



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichterin Flurina Schorta, Handelsrichterin Dr. Eliane Ganz, die Handelsrichter Dr. Felix Graber und Peter Ernst Zwicky sowie der Gerichtsschreiber Rudolf Hug

Urteil vom 18. November 2020

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X1. _____
vertreten durch Rechtsanwalt X2. _____

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y1. _____
vertreten durch Rechtsanwältin Y2. _____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis:

| | |
|--|----|
| Rechtsbegehren | 3 |
| I. Sachverhalt und Verfahren | 3 |
| A. Sachverhaltsübersicht | 3 |
| B. Prozessverlauf | 4 |
| II. Prozessuales | 5 |
| A. Prozessvoraussetzungen | 5 |
| 1. Zuständigkeit | 5 |
| 2. Klageänderung und eventuelle Klagehäufung | 5 |
| B. Editionsantrag | 8 |
| III. Materielles | 8 |
| A. Anwendbares Recht | 8 |
| B. Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast | 8 |
| C. Der Vertrag vom 24. August 2017 | 9 |
| 1. Abschluss und Inhalt | 9 |
| 2. Qualifikation und Voraussetzungen des Honoraranspruchs | 12 |
| D. Provisionsicherungsabrede | 13 |
| 1. Rechtliches | 13 |
| 2. Objektive Auslegung | 16 |
| 3. Subjektive Auslegung | 30 |
| 4. Nachträgliche Vertragsänderung am 27. März 2018 | 34 |
| E. Anspruch auf Erfolgsprovision | 38 |
| 1. Unbestrittener Sachverhalt | 38 |
| 2. Parteibehauptungen | 39 |
| 3. Rechtliches | 40 |
| 4. Würdigung | 41 |
| 5. Fazit | 43 |
| F. Anspruch auf Schadenersatz | 43 |
| 1. Parteibehauptungen | 43 |
| 2. Rechtliches | 44 |
| 3. Würdigung | 45 |
| 4. Fazit | 48 |
| G. Ansprüche infolge Kündigung | 48 |
| 1. Parteibehauptungen | 48 |
| 2. Rechtliches | 49 |
| 3. Würdigung | 50 |
| 4. Fazit | 51 |
| H. Zusammenfassung und Fazit | 51 |
| IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen | 52 |
| Dispositiv | 54 |

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen nach Edition der im nachfolgenden Verfahrens Antrag genannten Unterlagen noch zu beziffernden Betrag (mindestens € 970'000.00) zuzüglich Zins von 5% ab 01.02.2019 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Mit der Replik geändertes Rechtsbegehren:

(act. 18 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen nach Edition der im nachfolgenden Verfahrens Antrag genannten Unterlagen noch zu beziffernden Betrag (mindestens € 970'000.00) zuzüglich Zins von 5% ab 01.02.2019 zu bezahlen.
2. *Eventualiter* sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin € 470'000.00 zuzüglich Zins von 5% ab 01.02.2019 zu bezahlen.
3. *Sub-eventualiter* sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin € 220'000.00 zuzüglich Zins von 5% ab 01.02.2019 zu bezahlen.
4. *Sub-sub-eventualiter* sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin € 250'000.00 zuzüglich Zins von 5% ab 04.10.2019 zu bezahlen.
5. *Sub-sub-sub-eventualiter* sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 268'312.50 zuzüglich Zins von 5% ab 12.12.2018 zu bezahlen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

I. Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie bezweckt die finanz- und betriebswirtschaftliche Beratung beim Kauf und Verkauf von Unternehmen oder Teilbereichen davon, bei Fusionen und Restrukturierungen und anderen damit zusammenhängenden Tätigkeiten (act. 3/1). Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung österreichischen Rechts mit Sitz in D._____ (Stadr in Österreich). Das Geschäftsmodell der Beklagten ist im Wesent-

lichen die Überlassung von Elektrofahrzeugen an Hotels, die ihr im Gegenzug Übernachtungsgutscheine zur Verfügung stellen. Sie erzielt ihr Einkommen durch die Veräusserung dieser Übernachtungsgutscheine und durch den Vertrieb der gebrauchten Fahrzeuge, die sie Ende Saison von den Hotels zurückerhält (act. 1 Rz. 8; act. 10 Rz. 7; act. 11/2).

2. Die Beklagte bedurfte im Jahr 2017 einer Wachstumsfinanzierung. Mit "Engagement Letter" vom 24. August 2017 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Suche eines Investors bzw. Fremdkapitalgebers. In der Folge gewährte die E._____ LLP, die nicht von der Klägerin vermittelt worden war, der Beklagten die gewünschte Finanzierung. Die Klägerin behauptet, die Beklagte schulde ihr infolge der vereinbarten Provisionsgarantie, bzw. weil die Parteien auf das Kausalitätserfordernis verzichtet hätten, die Erfolgsprovision. Im Weiteren wirft sie der Beklagten vor, sie habe es entgegen der vereinbarten Exklusivität versäumt, die Klägerin über das Interesse der E._____ LLP zu informieren und sie in den Transaktions- und Verhandlungsprozess einzubinden. Als Folge der Verletzung der Exklusivität schulde die Beklagte der Klägerin Schadenersatz in Höhe der Erfolgsprovision (Rechtsbegehren 1-3). Subeventualiter beantragt die Klägerin die Bezahlung einer "Break-up fee" (Rechtsbegehren 4), subsubeventualiter verlangt sie von der Beklagten Schadenersatz infolge Kündigung zur Unzeit (Rechtsbegehren 5). Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage. Sie ist der Ansicht, sie schulde der Klägerin keine Vergütung. Die Klägerin habe ihr keinen Investor vermittelt, mit dem eine Transaktion zustande gekommen sei. Die Parteien hätten keine Provisionsgarantie vereinbart, bzw. sie hätten nicht auf das Kausalitätserfordernis verzichtet. Sie habe keine vertraglichen Pflichten verletzt.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 1. Februar 2019 (zugleich Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit den eingangs genannten Begehren rechtshängig (act. 1). Den von ihr geforderten Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 4; act. 6). Innert angesetzter Frist (act. 7) erstattete die Beklagte am 24. April 2019 die Klageantwort (act. 10). Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 27. Juni 2019 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 7 f.).

Daraufhin wurde mit Verfügung vom 28. Juni 2019 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet; zugleich wurde die Klägerin verpflichtet, einen zusätzlichen Kostenvorschuss zu leisten (act. 15). Die Klägerin bezahlte den zusätzlichen Kostenvorschuss innert Frist (act. 17) und replizierte mit Eingabe vom 4. Oktober 2019 (act. 18). Die Duplik der Beklagten datiert vom 27. Januar 2020 (act. 22). Mit Eingabe vom 7. Februar 2020 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zu den Dupliknoten ins Recht (act. 26). Hierzu nahm die Beklagte ihrerseits mit Eingabe vom 24. Februar 2020 Stellung (act. 29). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2020 (act. 31) wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten, was sowohl die Klägerin als auch die Beklagte mit Eingaben vom 30. Oktober 2020 (act. 33) und vom 5. November 2020 (act. 34) taten. Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

II. Prozessuales

A. Prozessvoraussetzungen

1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit wurde zur Recht nicht bestritten (act. 10 Rz. 46 f.): Die Parteien vereinbarten, dass die Gerichte von Zürich für alle im Zusammenhang mit dem Vertrag vom 24. August 2017 stehenden Streitigkeiten zuständig sein sollen (act. 3/6 S. 5 Ziff. 8 a. E.). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit gestützt auf Art. 23 Ziff. 1 LugÜ örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

2. Klageänderung und eventuelle Klagehäufung

2.1. Die Klägerin ergänzte in der Replik ihr ursprüngliches Rechtsbegehren um die Eventualbegehren 2-5. Das Hauptbegehren blieb unverändert (act. 1 S. 2; act. 18 S. 2). Sie erklärt, mit den neuen Eventualbegehren 2 und 3 keine neuen Ansprüche zu erheben, sondern lediglich das Hauptbegehren hinsichtlich der

Provisions- bzw. Schadenshöhe mit einem Eventual- und einem Subeventualantrag zu ergänzen (act. 18 Rz. 225, 238). Die neuen Eventualbegehren 4 (Break-up Fee) und 5 (Schadenersatz infolge Kündigung zur Unzeit) würden auf demselben Vertrag wie die Rechtsbegehren 1-3 gründen und demselben Lebenssachverhalt entspringen (act. 18 Rz. 133-135, 243).

2.2. Die Beklagte bestreitet die Zulässigkeit der Klageerweiterung (act. 22 Rz. 107, 171, 182, 184). Sie bringt insbesondere vor, die Ausdehnung des Streitgegenstandes auf die Break-up Fee sei mangels Zusammenhang zum bisherigen Anspruch unzulässig. Der Anspruch auf die Break-up Fee gründe in der Ablehnung eines "secure bona fide written offers". Dieser habe mit dem ursprünglich geltend gemachten Anspruch, der mit dem Bestehen einer Provisionsgarantie und der Verletzung einer Koordinations- und Weiterleitungspflicht begründet werde, weder thematisch noch sachlich etwas zu tun (act. 22 Rz. 107).

2.3. Als Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO gilt die Änderung des Streitgegenstandes. Ob eine Änderung des Streitgegenstands vorliegt, beurteilt sich nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, das heisst dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen (BGE 144 III 452 E. 2.3.2 S. 457). Jede inhaltliche Änderung der ursprünglichen Rechtsbegehren, mit welchen mehr, Zusätzliches oder anderes verlangt wird, ist eine Klageänderung. Keine Klageänderung sind dagegen bloss formelle Änderungen des Rechtsbegehrens. Rechtsbegehren dürfen zwecks Verdeutlichung jederzeit neu oder anders formuliert werden. Unverändert bleibt die Klage auch, wenn der Kläger den eingeklagten Streitgegenstand mit einer anderen materiellen Rechtsgrundlage begründet oder dessen Bewertung ändert (WILLISEGGER in: Spühler/Tenchio/Ilfanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2017, [zit. BSK ZPO], Art. 227 N 21 f.). Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Zudem muss das Gericht auch für die geänderte Klage örtlich zuständig sein (LEUENBERGER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil-

prozessordnung, 2016, [zit. ZPO-Komm], Art. 227 N 30a; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 40). Die gleiche sachliche Zuständigkeit ist ebenfalls vorausgesetzt, soweit diese nicht bloss vom Streitwert abhängig ist (vgl. Art. 227 Abs. 2 ZPO). Werden mit der Klageänderung zusätzliche (Eventual-)Anträge gestellt, müssen ausserdem die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung erfüllt sein (Art. 90 ZPO). Art. 90 ZPO setzt seinerseits voraus, dass für die gehäuften Ansprüche das gleiche Gericht sachlich zuständig ist (lit. a) und dass auf sie dieselbe Verfahrensart anwendbar ist (lit. b).

2.4. Die Rechtsbegehren 2 und 3 sind keine Klageänderung, sondern lediglich eine Verdeutlichung des Hauptbegehrens. Sie stützen sich auf dasselbe Klagefundament wie das Hauptbegehren und werden lediglich für den Fall gestellt, dass das Gericht die geforderte Provision bzw. den Schadenersatz als nicht im vollen Umfang gegeben erachtet. Grundsätzlich bedürfte es der Stellung der Eventualbegehren nicht: Aufgrund des Dispositionsgrundsatzes (Art. 58 Abs. 1 ZPO) darf das Gericht einer Partei zwar nicht mehr zusprechen, als sie verlangt. Es ist dem Gericht dagegen nicht verwehrt, den eingeklagten Anspruch nur teilweise zu schützen (GLASL in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2016, Art. 58 N 20). Die Eventualbegehren 2 und 3 sind daher *in maiore minus* im Hauptbegehren enthalten (vgl. BGer 1E.18/2007 vom 14. April 2008 E. 7.1). Die Rechtsbegehren 2 und 3 sind zulässig.

2.5. Ob die eventualiter gehäuften Rechtsbegehren 4 und 5 noch auf demselben Lebenssachverhalt beruhen wie dem ursprünglich geltend gemachten, ist mangels eindeutiger Kriterien zur Abgrenzung von Lebenssachverhalten notorisch schwierig (vgl. BGE 144 III 452 E. 2.3 a. E. und E. 2.4 S. 460). Die Abgrenzung kann vorliegend indes offenbleiben. Da sich die Rechtsbegehren 4 und 5 wie die übrigen Rechtsbegehren auch auf den Vertrag vom 24. August 2017 stützen, ist ein genügend enger sachlicher Zusammenhang gegeben. Die Klageerweiterung ist zulässig. Das hiesige Gericht ist für die Rechtsbegehren 4 und 5 zudem örtlich und sachlich zuständig (Art. 23 Ziff. 1 LugÜ; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die Rechtsbegehren 4 und 5 sind, wie das Hauptbegehren auch, im ordentlichen Verfahren zu behandeln. Ihre eventuelle Häufung ist daher zulässig.

B. Editionsantrag

Die Klägerin beantragt die Edition eines mutmasslich zwischen 1. Oktober 2018 und 31. Januar 2019 datierenden (Wandel-)Darlehensvertrages zwischen der Beklagten und der E._____ LLP und/oder mit Letzterer konzernmässig verbundenen Gesellschaften betreffend die Finanzierung der Beklagten (act. 18 S. 3). Da, wie sogleich aufzuzeigen ist, die Klage aus anderen Gründen abzuweisen sein wird, bedarf es keiner Edition der beantragten Urkunde.

III. Materielles

A. Anwendbares Recht

Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG; Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG). Liegen vertragliche Ansprüche im Streit, richtet sich deren Beurteilung nach dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 1 und 2 IPRG). Im Vertrag vom 24. August 2017 haben die Parteien ausdrücklich schweizerisches Recht für anwendbar erklärt (act. 3/6 S. 5 Ziff. 8 a. E.; act. 1 Rz. 17; act. 10 Rz. 27), weshalb dieses der nachfolgenden Beurteilung zugrunde zu legen ist.

B. Vorbemerkung: Behauptungs- Substantiierungs- und Beweislast

1. Unter der Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungslast beinhaltet insbesondere auch die Obliegenheit eines schlüssigen – d.h. widerspruchsfreien und vollständigen – Tatsachenvortrages (SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZPO-Komm, Art. 55 N 21). Welche Tatsachen zu behaupten sind, ergibt sich aus dem Tatbestand der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage und dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522 f.; 127 III 365 E. 2b S. 368). Dabei folgt die Behauptungslast der Beweislast (Art. 8 ZGB; BGE 132 III 186 E. 4 S. 191). Bestreitet die Gegenpartei den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast (BGer 4A_9/2018 vom

31. Oktober 2018 E. 2.2; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Die Vorbringen sind dann nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368).

2. Das genügende Behaupten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last. Deren Nichterfüllung kann prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellt. Ist bereits die Behauptung nicht schlüssig, führt dies zur Abweisung der Klage, selbst wenn sie nicht bestritten wird. Einen schlüssigen Tatsachenvortrag muss die Gegenpartei dagegen bestreiten, andernfalls die Klage gutzuheissen ist (sofern der geltend gemachte Sachverhalt den Tatbestand erfüllt). Wird der schlüssige Tatsachenvortrag bestritten, in der Folge aber nicht substantiiert, führt dies ebenfalls zur Abweisung der Klage (MARKUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung, ZBJV 154/2018, S. 283 mit Hinweis auf BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.5). Der unsubstantiierte ist dem unbewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen (BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1). Umgekehrt ist über schlüssige und substantiierte Behauptungen, die überhaupt nicht, nicht schlüssig oder zwar schlüssig, aber unsubstantiiert bestritten werden, kein Beweis zu führen (Art. 150 Abs. 1 ZPO e contrario, vgl. MARKUS/HUBER-LEHMANN, a.a.O., S. 284). Gegenstand des Beweises sind nach dem Gesagten nur substantiiert behauptete und substantiiert bestrittene, rechtserhebliche Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 67 E. 2.1. S. 68 f.).

C. Der Vertrag vom 24. August 2017

1. Abschluss und Inhalt

Im Jahr 2017 war die Beklagte auf der Suche nach einem Investor für eine Wachstumsfinanzierung. Sie wandte sich zwecks Unterstützung hierbei an die Klägerin (act. 1 Rz. 12; act. 10 Rz. 22, 25.3). Am 23. August 2017 unterschrieb die Klägerin, vertreten durch ihre Verwaltungsräte F._____ und G._____, einen "Engagement Letter" (act. 1 Rz. 13; act. 10 Rz. 9, 23). Tags darauf telefonierten

F._____ und G._____ mit den Geschäftsführern der Beklagten, H._____ und I._____ (act. 10 Rz. 24; act. 18 Rz. 267), die hierauf den Engagement Letter für die Beklagte unterzeichneten (act. 1 Rz. 14; act. 22 Rz. 9, 24). Der "Engagement Letter" vom 24. August 2017 (nachfolgend "der Vertrag"; act. 3/6) lautet im Auszug wie folgt:

"[...]

2 Appointment and scope of services

In the context of the above-described background, you [H._____] as ultimate shareholder together with I._____ representing the majority of the shareholders of the Company (herein "the Majority Shareholders and/or the Owners or the Sellers) appoint A._____ AG ("A'._____") as the lead adviser and broker (herein referred to as "the Engagement") in connection with the fund raising and/or the partial sale of the Company to any potential investor to be approached (herein "the Transaction").

As part of our scope, A'._____ will together with you and your management team manage the process of the Transaction and assist the Owners of the Company to negotiate and subsequently complete the Transaction. In this role, A'._____ may, as required by the Owners from time to time and as appropriate, perform all or some of the following work:

- Review the strategic business plan that positively describes the current trading and potential growths opportunities of the Company;
- Evaluate the Company considering various valuation methodologies (e.g. [...]) to determine the Equity Value (i.e. [...]);
- Prepare the management presentation for the Management meeting with a view of the prospective Transaction;
- Identify and approach potential investors and/or debt lenders;
- Advise on how the proposed Transaction should be run generally;
- Release adequate information to prospective investors subject to signing a confidentiality letter and talk through the business opportunity and other relevant information with them in detail while explaining the process and expectations of the Transaction from both a financial and non-financial perspective;
- Arrange and participate in the Management Meeting and any follow-up meetings with prospective investors in order for your team to have the opportunity to present their business plan and management presentations;
- Obtain a written conditional offer (the "NBO") from prospective investor(s) setting out the structure of the proposed deal including the form of consideration;
- Evaluate the NBO(s) received and advise on it (including highlighting the benefits and risks to the Sellers);
- Following receipt of the NBO(s), advise on how the Transaction may be structured in detail considering the adequate fundraising and/or the potential partial sale of the Company (including key elements of a shareholder agreement such as [...]);
- Prepare and manage the virtual data room and coordinate the entire due diligence process. This includes co-ordinating the supply of information to prospective investors

closely with your management team, your solicitors and your other advisors (e.g. accountants and tax experts);

- Conducting negotiations in close cooperation with the Owners and/or Sellers, the prospective investor(s), the solicitors and other advisors;
- At all times, we will continue to review the appropriateness of the proposed Transaction considering the on-going development of the Company.

Except when stipulated expressly in the scope of services, A'._____ will not perform the following activities and therefore will not take the responsibility for such issues regarding the transaction:

- Provide any accounting, audit, legal tax or other specialist advice;
- Provide advice on any aspects relating to legal or regulatory requirements;
- Draft the transactional legal documents. [...]
- Be responsible for any facts, estimates, opinion, projections, forecasts or other information, howsoever presented, included in financial models or business plans or any other documentation. [...]
- Express any independent opinion on, or take responsibility for, the achievability of any forecasts or the reasonableness of any assumptions or upon the fairness or accuracy of any financial or other information relating to the Company;
- Perform independent financial or other due diligence on the business of the Company.

[...]

5 Fees and expenses

The fees are based in accordance with the nature, complexity and the experience of the persons involved. As compensation for our services hereunder, the Owners and/or the Sellers agree to pay A'._____ for this Engagement as follows:

5.1 Retainer Advisory Fee

A Retainer Advisory Fee of EUR 10,000 for each of the following milestones:

Milestone 1: Prepare all necessary documents (such as the teaser, the non-disclosure agreement and a comprehensive management presentation);

Milestone 2: Obtain non-binding offer(s) and/or Term Sheets;

Milestone 3: Begin negotiations of the transaction/financing agreements.

The first Retainer Advisory Fee for Milestone 1 shall be invoiced and paid after 30 days following signing of the Engagement Letter. The Retainer Advisory Fee for Milestone 2 and Milestone 3 shall be invoiced after having achieved the respective Milestones payable within 10 days. Any paid Retainer Advisory Fee can be offset against the Success Fee.

5.2 Success Fee

We suggest to work on a success fee (the "Success Fee") upon completion of the Transaction. The transaction sum (the "Transaction Sum") shall be the higher of (i) the gross amount of the fund raised or (ii) the actual Equity Value (as derived from the Enterprise Value on a cash/debt free basis) for 100% of the shares in the Company, and for the avoidance of any doubt including any deferred consideration like earn-outs, escrow accounts, bonuses, options, shares and any other deferred consideration (the "Equity Value"). The percentage of the Suc-

Success Fee ("the Success Fee Percentage") is 5.0% of the Transaction Sum. In any event, the Success Fee shall be at least EUR 250,000.

5.3 VAT and Expenses

Our fees do not include value added tax (VAT) which shall be payable in addition where required. We will invoice you for all expenses incurred in the provision of the services (e.g. travel and expenses). Further, we will charge you a flat rate of 5% of our Retainer Advisory Fee (however not on the Success Fee) to cover our incidental costs such as IT-, insurance and telephone costs.

6 Exclusivity

In consideration of our role and Engagement, the Sellers assign A'._____ the exclusivity to act as the lead adviser relating to the potential Transaction during our Engagement. In order to ensure an efficient and professional process, the Sellers and the management of the Company coordinate any potential discussions taking place in relation to a possible Transaction with A'._____.

7 Termination and Break-up Fee

A'._____'s Engagement hereunder may be terminated at any time with or without cause, by either you, the Sellers or A'._____ upon ten days' written notice thereof to the other party; provided, however, that in the event of any termination by you or the Owners (the "Termination");

- a) A'._____ will be entitled to a reasonable compensation in the amount of EUR 250'000 ("Break-up Fee"), payable on the date you or the Owners reject a secure bona fide written offer and/or Term Sheet safe as to a Transaction Sum of at least EUR 5 million, and
- b) A'._____ will continue to be entitled to payment of the full amount of the Success Fee less the already paid Break-up Fee as described herein in the event that the Transaction is consummated within 24 months following the Termination.

[...]."

2. Qualifikation und Voraussetzungen des Honoraranspruchs

2.1. Die Klägerin behauptet, die Parteien hätten einen Vermittlungsmäklervertrag abgeschlossen (act. 1 Rz. 77 ff.). Ihre Rolle gehe aber weit über die eines Mäklers hinaus. Sie umfasse die ganzheitliche Beratung der Beklagten im Finanzierungs- bzw. Teilverkaufsprozess mit allen möglichen Investoren (act. 1 Rz. 15; act. 18 Rz. 2 f., 15 f., 65 f.). Die Klägerin vertritt sodann im Hauptstandpunkt die Meinung, sie habe Anspruch auf die Erfolgsprovision, weil die Parteien eine Provisionsgarantie vereinbart bzw. weil sie auf das Kausalitätserfordernis verzichtet hätten (act. 18 Rz. 199 ff.). Die Beklagte stellt die Qualifikation des Vertrages als Mäklervertrag nicht in Frage (act. 10 Rz. 53).

2.2. Angesichts der Vorbringen der Klägerin, scheinen sich Ausführungen zur Vertragsqualifikation und zur Abgrenzung des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR) vom Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) aufzudrängen. Ausführliche Erwägungen können jedoch unterbleiben. Die Qualifikation des Vertrages ist für den Entscheid über die von der Klägerin begehrte Entschädigung nicht ausschlaggebend: Im Rahmen eines Vermittlungsmäklervertrags ist der Mäklerlohn regelmässig verdient, sobald der Zielvertrag infolge der Vermittlung zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Der Mäkler muss mindestens einen kausalen Beitrag zur Transaktion geleistet haben. Eine derart erfolgsbedingte Honorierung kann auch im Rahmen eines einfachen Auftrages vereinbart werden (BGE 144 III 43 E. 3.4.4 S. 51). Dies ist dann der Fall, wenn die im Interesse des Auftraggebers geschulte Tätigkeit darin besteht, auf den Abschluss eines Zielvertrages hinzuwirken, wobei das Volumen dieses Zielgeschäfts für die Vergütung des Beauftragten massgeblich ist. Das Erfolgshonorar ist aber im Unterschied zum Mäkler nicht bereits durch einen kausalen Beitrag des Beauftragten verdient. Der Beauftragte muss, um die Erfolgsprovision zu verdienen, alles für den Vollzug der Transaktion Notwendige getan haben (BGE 144 III 43 E. 3.4.4. S. 51). Daraus folgt, dass sowohl der Mäkler als auch der Beauftragte grundsätzlich einen Beitrag zum Zielgeschäft leisten müssen. Um seinen Vergütungsanspruch zu sichern, kann sich der Beauftragte daher auch der im Mäklerrecht gängigen Provisionssicherungsmittel bedienen. Ob die Parteien eine Provisionssicherungsabrede getroffen haben, ergibt sich aus den Parteivereinbarungen. Einer abschliessenden Qualifikation des Vertrages bedarf es nicht.

D. Provisionssicherungsabrede

1. Rechtliches

1.1. Der Mäkler bzw. der nur im Erfolgsfall honorierte Beauftragte weiss nicht, ob seine Bemühungen zum Abschluss eines Zielvertrages und damit zu einer Entlohnung führen. Je aufwändiger und kostspieliger sich die Anbahnung eines Zielgeschäfts erweist, umso höher ist das Lohnausfallrisiko. Die Ungewissheit des Mäklers bzw. des Beauftragten ist zweierlei: Er weiss zu Beginn seiner Tätigkeit noch nicht, ob es ihm gelingen wird, einen Dritten zu finden, der das Zielgeschäft

mit dem Auftraggeber abschliessen will. Andererseits ist ungewiss, ob der Auftraggeber mit dem gefundenen abschlusswilligen Dritten das Zielgeschäft dann auch tatsächlich abschliesst. Diese Ungewissheiten werden auch als aleatorische, d.h. vom Zufall abhängende Elemente bezeichnet (vgl. AMMANN in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationen Recht I, 2019, [zit. BSK OR I], Art. 413 N 3; HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000, S. 171, 181). Um diesen Ungewissheiten bzw. um seinem Lohnausfallrisiko beizukommen, wird sich der Makler bzw. der Beauftragte nach Möglichkeit eine Provisionssicherung ausbedingen.

1.2. Das Erfolgshonorar kann gesichert werden, indem die Parteien eine *Provisionsgarantie* (auch Provisionsgarantie i.e.S., vgl. BGE 100 II 361 E. 3d S. 365 f.; BSK OR I-AMMANN, Art. 412 N 13 und Art. 413 N 13) vereinbaren. Eine Provisionsgarantie (i.e.S.) liegt vor, wenn die Parteien vereinbaren, dass die Provision ungeachtet der tatsächlich getriebenen Aufwände verdient sein soll, sobald der Makler bzw. der Beauftragte eine erfolgsgerichtete Tätigkeit entfaltet hat. Ob ein Zielgeschäft zustande kommt, ist nur noch massgebend, um die definitive Provisionshöhe zu berechnen, soweit die garantierte Provision nicht der vollen Provision entspricht.

1.3. Die Parteien können den Honoraranspruch auch durch einen *Verzicht auf das Leistungserfordernis* sichern. Verzichten die Parteien auf das Leistungserfordernis, entsteht der Provisionsanspruch, sobald ein Zielgeschäft zustande kommt. Der Makler ist vom Nachweis, dass er einen kausalen Beitrag zum Abschluss des Zielgeschäfts geleistet hat, entbunden (Kausalitätsverzicht bzw. Verzicht auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs). Der Beauftragte ist bei einem Verzicht davon entbunden, nachzuweisen, dass er alles Erforderliche für das Zustandekommen des Zielgeschäfts unternommen hat. Der Beauftragte bzw. der Makler kann seinen Provisionsanspruch auch dann geltend machen, wenn ein Dritter das Zielgeschäft vermittelt, oder – je nach Ausgestaltung des Verzichts – wenn der Auftraggeber das Zielgeschäft selbständig mit einem Dritten abschliesst.

1.4. Ein Verzicht auf das Leistungserfordernis kann auch bei Abschluss einer *Ausschliesslichkeitsabrede* (Exklusivabrede) vorliegen. Schliessen die Parteien

eine Ausschliesslichkeitsabrede ab, so schaltet der Mäkler bzw. der Beauftragte die Konkurrenz anderer Mäkler bzw. Berater aus, die ihm mit der Vermittlung des Zielgeschäfts zuvorkommen könnten. Der Mäkler bzw. der Beauftragte kann sich sogar versprechen lassen, dass selbst der Auftraggeber sich nicht selbständig um einen Vertragsschluss bemühen darf, bzw. dass dieser das Zielgeschäft nicht ohne Mitwirkung des Mäklers bzw. des Beauftragten abschliessen darf. Verletzt der Auftraggeber die Exklusivabrede, kann die Rechtsfolge darin bestehen, dass der Provisionsanspruch trotzdem entstehen soll. Ist diese Rechtsfolge anvisiert, bewirkt eine Exklusivabrede einen Verzicht auf das Leistungserfordernis. Mit einer Exklusivabrede können die Parteien aber auch eine eigentliche Unterlassungspflicht des Auftraggebers begründen. Es soll dem Auftraggeber verboten sein, einen anderen Vermittler heranzuziehen und, je nach Vereinbarung, auch selbst sich um den Abschluss zu bemühen. Haben die Parteien eine Unterlassungspflicht stipuliert, kann der Mäkler bzw. der Beauftragte bei Verletzung der Exklusivabrede gestützt auf Art. 98 Abs. 2 OR Schadenersatz verlangen, wenn er einen Schaden nachweisen kann (BGE 100 II 364, 103 II 133 und 131 III 268; BSK OR I-Ammann, Art. 412 N 13 ff. und Art. 413 N 13; BRACHER in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 2016, Art. 413 N 8 f., je mit Hinweisen; HOFSTETTER, a.a.O., S. 171 f.).

1.5. Ob die Parteien eine Provisionssicherungsabrede abgeschlossen haben und was die Folge ihrer Verletzung ist, ist bei Uneinigkeit durch Auslegung der Parteienvereinbarungen zu bestimmen. Für die Auslegung einer Vereinbarung ist zunächst der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien, d.h. das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen massgebend (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; subjektive Vertragsauslegung). Weil es sich beim wirklichen Willen um eine innere Tatsache handelt, kann er nicht direkt bewiesen werden. Er ist anhand von Indizien zu ergründen. Indiz ist nicht nur der Wortlaut der Willenserklärung. Sämtliche für die Willensabgabe relevanten Umstände des Vertragsschlusses sind heranzuziehen. Weitere Indizien sind namentlich die Begleitumstände, die Beweggründe und das Verhalten und die Erklärungen der Parteien vor und nach Vertragsschluss (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 142 III 239 E. 5.2.1.; BGer 5A_927/2017 vom 8. März 2018 E. 5.1). Lässt sich eine

tatsächliche Willensübereinstimmung nicht feststellen, ist der Vertrag objektiv auszulegen (BGE 144 III 93 E. 5.2.1 S. 97 f.; 137 III 145 E. 3.2.1 S. 148). Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien nach Massgabe des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Es ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, wobei dieser aus seinem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen ist (BGE 144 III 93 E. 5.2.2; 140 III 391 E. 2.3 S. 398; 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Massgebend ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 144 III 93 E. 5.2.1 S. 98; 140 III 391 E. 2.3 S. 398).

1.6. Trotz des Vorrangs des übereinstimmenden tatsächlichen Vertragswillens ist praxisgemäss zunächst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen (vgl. u.a. HGer ZH HG960184 vom 22. November 1999; HG090086 vom 10. Juni 2011 E. 3.2.3; HG140147 vom 15. November 2019 E. 5.2; HG170093 vom 16. März 2020 E. 5.4.2.1). Jene Partei, die einen vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Konsens geltend macht, ist hierfür beweispflichtig. Gelingt der Beweis nicht, bleibt das objektiven Auslegungsergebnis massgebend (BGE 121 III 118 E. 4b. S. 123 f.; BGer 4A_683/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1 f.).

2. Objektive Auslegung

2.1. *Parteistandpunkte*

2.1.1. Die Klägerin trägt vor, die Beklagte habe sie in Ziffer 2 des Vertrages zu ihrer leitenden Beraterin und Mäklerin im Zusammenhang mit der Kapitalbeschaffung und/oder dem teilweisen Verkauf der Beklagten an irgendeinen möglichen Investor, an den herangetreten wird, ernannt (act. 1 Rz. 15, 92; act. 18 Rz. 249). Dies schliesse Transaktionen mit Investoren ein, die direkt oder indirekt an die Beklagte gelangt oder von ihr angesprochen worden seien (act. 18 Rz. 253 f.). Sobald eine Transaktion gemäss Ziffer 2 des Vertrages zustande gekommen sei, sei die Erfolgsprovision gemäss Ziffer 5.2 des Vertrages geschuldet (act. 18 Rz.

15 f., 94). Sie dürfe als leitende Beraterin (lead adviser) im gesamten Transaktionsprozess eine führende Rolle einnehmen (act. 18 Rz. 262). Ihre Rolle sei die eines "M&A-Berater i.e.S." (act. 18 Rz. 65, 73). Dessen Beziehung zu seinem Kunden sei gemäss kaufmännischer Verkehrssitte durch eine beidseitig vereinbarte Exklusivität gekennzeichnet (act. 1 Rz. 2, act. 18 Rz. 67 f., 71, 73, 261). Daher habe F._____ am 17. August 2017 H._____ gegenüber klargestellt, dass eine Mandatierung die Exklusivität voraussetze (act. 1 Rz. 23). In Ziffer 6 des Vertrages hätten die Parteien eine Exklusivabrede abgeschlossen (act. 1 Rz. 86; act. 18 Rz. 2, 15 f.). Diese Abrede erstrecke sich auf jede potentielle Transaktion im Sinne von Ziffer 2 des Vertrages (act. 1 Rz. 24, 92). Sie habe die Beklagte verpflichtet, sämtliche interessierten Investoren bezüglich aller Arten einer Finanzierung an die Klägerin zu verweisen, die Klägerin in sämtliche Transaktions- und Verhandlungsprozesse miteinzubeziehen und jegliche potentiellen Gespräche mit Investoren in Bezug auf eine mögliche Transaktion mit der Klägerin zu koordinieren (Weiterleitungs- und Koordinationspflicht; act. 1 Rz. 25, 86, 92; act. 18 Rz. 2, 15 ff.). Die Zusage von F._____ und G._____ anlässlich des Telefonats vom 24. August 2017, wonach eine Vergütung nur geschuldet sein würde, sollte die Klägerin einen Investor finden, sei unter dem Vorbehalt gestanden, dass die Beklagte der Koordinations- und Weiterleitungspflicht nachkomme (act. 18 Rz. 267). Von wem der Initialkontakt zu einem Investor ausgegangen sei, sei irrelevant. Die Beklagte habe Investoren, welche direkt an sie gelangt seien, ohnehin an die Klägerin verweisen müssen. Die Parteien hätten zudem vereinbart, dass bei Verletzung der Exklusivabrede – namentlich wenn eine Transaktion unter Missachtung der Weiterleitungs- und Koordinationspflicht erfolge – die Erfolgsprovision trotzdem geschuldet sei. Ein Provisionsanspruch bestehe daher unabhängig von der Vermittlungstätigkeit der Klägerin (act. 1 Rz. 26 f., 86; act. 18 Rz. 2, 17, 255). Dies ergebe sich auch aus Ziffer 7 lit. b) des Vertrages. Die Klägerin sei danach selbst nach einer Kündigung des Vertrages berechtigt gewesen, die Erfolgsprovision zu verlangen. Eine solche Transaktion wäre naturgemäss nicht von der Klägerin vermittelt worden (act. 1 Rz. 27). Die Vereinbarung der Exklusivität sei zudem unter Berücksichtigung der Interessenslage der Parteien erfolgt. Die Beklagte habe sich als Startup eine laufende Vergütung der Klägerin nicht leisten können. Die

Klägerin sei dagegen mit einem hohen Provisionsausfallrisiko bei gleichzeitiger erheblicher Vorleistungspflicht konfrontiert gewesen. Bei Investitionen in Startups sei ungewiss, ob es je zum Abschluss eines Zielgeschäfts komme. Die Exklusivität sei vereinbart worden, um das Lohnausfallrisiko auszugleichen (act. 1 Rz. 95 f.).

2.1.2. Die Beklagte behauptet, die Klägerin sei eine klassische Vermittlungsmäkerin gewesen, keine M&A-Beraterin i.e.S. (act. 22 Rz. 43 f., 46). Die Klägerin habe gemäss Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages nur auf Aufforderung der Beklagten hin Leistungen erbringen müssen (act. 22 Rz. 43 ff.). Eine Aufgabe der Klägerin sei das aktive Zugehen auf Investoren gewesen (act. 10 Rz. 11.1). Eine honorarberechtigte Transaktion setze den Vertragsschluss mit Investoren, die die Klägerin aktiv angegangen und vermittelt habe, voraus. Nicht erfasst seien Transaktionen mit Investoren, die direkt an die Beklagte gelangt seien, oder von der Beklagten selbst angesprochen worden seien (act. 10 Rz. 11 f., 25.3, 30.2, 35; act. 22 Rz. 11.2, 14, 190). Die Rolle der Klägerin als "lead adviser" beschränke sich auf die Koordination mit den von ihr vermittelten Interessenten. Dritten Beratern bzw. Mäklern, soweit solche beigezogen worden wären, sei diese Leitung verwehrt gewesen (act. 10 Rz. 18, 33, 59.3; act. 22 Rz. 12.4, 44, 197). Nur in diesem Sinne sei der Klägerin in Ziffer 6 des Vertrages die Exklusivität zugesagt worden (act. 10 Rz. 18, 65.3). Die Regelung habe die Vermeidung von Doppelspurigkeiten bei der Kontaktaufnahme mit Investoren und die Gestaltung eines möglichst effizienten Prozesses bezweckt (act. 22 Rz. 11.2 f., 43). Es bestehe keine Usanz für eine weitergehende Exklusivität (act. 10 Rz. 17; act. 22 Rz. 49 f.). Ein Markt- bzw. Branchenverständnis des Terms "lead adviser" könne der Beklagten ohnehin nicht angerechnet werden. Sie sei Laie im Bereich von M&A-Transaktionen (act. 22 Rz. 45, 48). Aus der Verwendung des Begriffs "lead adviser" könne auch nicht abgeleitet werden, dass der Beklagten der Beizug weiterer Vermittler und die selbständige Suche und Verhandlung mit Investoren verboten gewesen sei. Eine solche Vereinbarung hätten die Parteien nicht getroffen (act. 10 Rz. 32 ff., 58.1; act. 22 Rz. 11.4, 43, 188). Es habe keine Koordinations- und Weiterleitungspflicht betreffend nicht von der Klägerin vermittelte Investoren bestanden (act. 10 Rz. 37.2, 59.3; act. 22 Rz. 11.3, 12.5, 15, 23, 188, 191, 196, 202, 228,

245). Es habe der Beklagten einzig obliegen, die Gespräche mit von der Klägerin vermittelten Investoren zu koordinieren (act. 10 Rz. 18, 34). Die Parteien hätten zudem keine Vereinbarung darüber getroffen, welche Rechtsfolge eine Verletzung von Ziffer 6 des Vertrages habe (act. 10 Rz. 57; act. 22 Rz. 13.3). F._____ und G._____ hätten dagegen anlässlich des Telefonats vom 24. August 2017 festgehalten, dass eine Vergütung nur geschuldet sei, sofern die Klägerin einen Investor finde (act. 10 Rz. 24). Eine Provisionsgarantie hätte zudem explizit geregelt werden müssen (act. 10 Rz. 30.3, 31, 34.3, 35, 36.3, 58.1, 59.3; act. 22 Rz. 9, 11.2 ff., 12, 43, 245). Einer Provisionsgarantie über 5% hätte die Beklagte aber nie zugestimmt. Die Beklagte sei einzig gewillt gewesen, eine Provision zu bezahlen, falls es der Klägerin gelingen würde, einen Investor zu vermitteln (act. 10 Rz. 65.5, 68). Gegenteiliges könne auch nicht aus Ziffer 7 lit. b) des Vertrages entnommen werden. Ein nachträglicher Provisionsanspruch bestehe nur für den Fall des Zustandekommens einer Transaktion mit einem von der Klägerin vermittelten Investor (act. 10 Rz. 36.5 f., 65.4; act. 22 Rz. 160).

2.2. Würdigung

2.2.1. Der Wortlaut des Vertrags (vgl. oben, E. III.C.1. S. 10 ff.) enthält keine Provisionsgarantie (i.e.S.). Im Gegenteil. Gemäss Ziffer 5.2 Ingress des Vertrages soll der Provisionsanspruch *nach Vollzug der Transaktion* entstehen ("We suggest to work on a success fee (the "Success Fee") upon completion of the Transaction. [...]", vgl. act. 3/6 Ziff. 5.2). Der Vollzug einer Transaktion – das heisst nichts anderes als ein Erfolg – ist damit stets Voraussetzung für den Provisionsanspruch. Die Parteien nennen den Provisionsanspruch denn auch *Erfolgshonorar*, was dessen Abhängigkeit von einem Erfolg geradezu indiziert. Eine Provisionsgarantie, wonach das Honorar bereits mit Aufnahme der erfolgsgerichteten Berater- bzw. Vermittlungstätigkeit geschuldet sein soll, scheidet aufgrund des klaren Wortlauts von Ziffer 5.2 des Vertrages aus. Anhaltspunkte, welche gegen dieses Auslegungsergebnis sprechen – namentlich mit Blick auf die Systematik des Vertrages und auf den von den Parteien verfolgten Zweck – sind nicht ersichtlich.

2.2.2. Im Weiteren enthält der Vertrag auch keinen ausdrücklich ausformulierten Verzicht auf das Leistungserfordernis. Ein solcher hätte vorgelegen, hätten die

Parteien vereinbart, dass die Erfolgsprovision in jedem Fall geschuldet sei, sobald ein Zielgeschäft vollzogen wurde, unabhängig vom Beitrag der Klägerin, bzw. selbst wenn das Zielgeschäft aufgrund der Bemühungen Dritter oder aufgrund eigener Bemühungen der Beklagten zustande gekommen ist. Hätten die Parteien einen solchen Verzicht vereinbaren wollen, wäre in systematischer Hinsicht die Vereinbarung desselben unter Ziffer 5.2 des Vertrages zu erwarten gewesen. Dies haben sie aber weder unter Ziffer 5.2 noch an anderer Stelle des Vertrages gemacht.

2.2.3. Gemäss Ziffer 5.2 des Vertrags entsteht, wie erwähnt, der Provisions- bzw. Erfolgshonoraranspruch mit Vollzug einer Transaktion. Die Klägerin knüpft am Wort "Transaktion" an, wie sie in Ziffer 2 des Vertrages definiert wurde. Eine honorarbegründende Transaktion sei jede Transaktion mit einem Investor, auch wenn dieser durch einen Dritten vermittelt oder durch die Beklagte selbst gefunden worden sei (act. 18 Rz. 253 f.). Damit leitet die Klägerin aus Ziffer 5.2 in Verbindung mit Ziffer 2 des Vertrages sinngemäss einen impliziten Verzicht auf das Leistungserfordernis ab. Ob diese Auffassung zutrifft, ist nachfolgend zu untersuchen.

2.2.3.1. In Ziffer 2 des Vertrages wird die Transaktion mit der "Kapitalbeschaffung und/oder dem teilweisen Verkauf der Beklagten an einen jeden potentiellen, anzusprechenden Investor" definiert ("[...] the fund raising and/or the partial sale of the Company to any potential investor to be approached (herein "the Transaction").", vgl. act. 3/6 Ziff. 2 Abs. 1 a. E.). Uneins sind sich die Parteien namentlich darüber, wer mit "any potential investor to be approached" gemeint sein soll, bzw. welche Investoren erfasst sein sollen. Der Wortlaut spricht nur von "anzusprechenden Investoren". *Von wem* diese Investoren anzusprechen sein werden, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht. Hätten die Parteien gewollt, dass nur von der Klägerin vermittelte Investoren als Investoren im Sinne des Mandates gelten sollen, bedürfte es nicht des Determinativs "jeder" bzw. "any". Ausgehend vom Wortlaut von Ziffer 2 Abs. 1 des Vertrages allein umfasst daher das Zielgeschäft Finanzierungsgeschäfte mit allen möglichen künftigen Investoren, unabhängig davon, von wem sie angesprochen wurden.

2.2.3.2. Der Wortlaut ist indes keineswegs eindeutig und klar. Die Parteien behaupten nicht, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Investoren angesprochen worden waren. Alle Investoren waren demnach "potentielle, anzusprechende Investoren", ohne dass eindeutig etwas darüber gesagt worden wäre, von wem diese potentiellen Investoren anzusprechen waren. Angesichts der unklaren Definition der Transaktion in Ziffer 2 Abs. 1 des Vertrages, drängt sich eine ganzheitliche Auslegung des Vertrages umso mehr auf.

2.2.3.3. Die Beklagte wendet mit Blick auf die Systematik des Vertrages ein, dass das Recht der Klägerin gemäss Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages, im Rahmen der Aufgabenerfüllung Investoren anzusprechen, ein Hinweis darauf sei, dass nur von der Klägerin angesprochene und vermittelte Investoren gemeint sein könnten (act. 22 Rz. 191). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Aufgabenkatalog in Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages keine abschliessende Umschreibung von Pflichten ist, welche die Klägerin stets zu erfüllen hätte. Ziffer 2 Absatz 2 lautet im Auszug wie folgt: "[... Die Klägerin] may, as required by [der Beklagten] from time to time and as appropriate, perform all or some of the following work: [...] Identify and approach potential investors and/or debt lenders; [...]"(vgl. act. 3/6 Ziff. 2 Abs. 2). Dass die Klägerin nur Leistungen erbringen musste, für die ein Bedarf bestand ("as required"), kann auch bedeuten, dass unter Umständen gar kein Bedarf für ein Ansprechen der Investoren durch die Klägerin bestand, weil es die Beklagte selbst tun würde. Das heisst aber nicht, dass die Klägerin hernach keine Aufgaben im Rahmen des Mandats mehr erfüllen musste, mit dem Resultat, dass sie in diesen Fällen eine Erfolgsprovision nie hätte verdienen können. Das Ermitteln und Ansprechen potentieller Investoren war nur eine von mehreren Aufgaben, welche die Klägerin bei Bedarf erfüllen musste. Die erste Kontaktaufnahme allein dürfte regelmässig kaum ausreichen, um einen potentiellen Investor zum Abschluss des anvisierten Zielgeschäfts zu bewegen. Der Katalog der potentiellen Aufgaben gemäss Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages ist denn auch viel umfassender und vor dem Hintergrund des gesamten Absatz 2 von Ziffer 2 zu lesen. Dessen Ingress lautet: "As part of our scope, [die Klägerin] will, together with you [die Beklagte] manage the process of the Transaction and assist [...] to negotiate and subsequently complete the Transaction [...]" (vgl. act. 3/6 Ziff. 2 Abs. 2). Mit der Zusage der Klägerin, den Transaktionsprozess gemeinsam mit der Beklagten zu führen und sie in der Verhand-

lung und im Vollzug der Transaktion zu unterstützen, vereinbarten die Parteien nichts weniger als das Leistungserfordernis der Klägerin. Auf die (Nicht-)Erfüllung einzelner Aufgaben kommt es nicht an.

2.2.3.4. Dieses Ergebnis bestätigt Ziffer 6 des Vertrages (betreffend Exklusivität). Der erste Satz von Ziffer 6 lautet: "In consideration of our role and Engagement, [die Beklagte] assign [der Klägerin] the exclusivity to act as the lead adviser relating to the potential Transaction during our Engagement." (act. 3/6 Ziff. 6). Hätten die Parteien das Leistungserfordernis schon durch die Definition der Transaktion (in Ziffer 2 des Vertrages) wegbedungen, hätte die zusätzliche Vereinbarung einer Exklusivabrede zugunsten der Klägerin – wenn überhaupt – nur einen eingeschränkten Nutzen. Wäre der Beitrag der Klägerin keine notwendige Voraussetzung für den Honoraranspruch, wäre konkurrierendes Tätigwerden Dritter nicht entscheidend, da ihr Provisionsanspruch dadurch nicht gefährdet würde. Die Vereinbarung der Exklusivitätsklausel spricht daher gegen einen impliziten Verzicht auf das Leistungserfordernis durch die Definition der Transaktion gemäss Ziffer 2 des Vertrages.

2.2.3.5. Schliesslich behauptet die Klägerin sinngemäss, der Verzicht auf das Leistungserfordernis ergebe sich auch aus Ziffer 7 lit. b) des Vertrages (betreffend nachgelagerte Provisionspflicht). Sie führt, wie bereits erwähnt, aus, der provisiionsberechtigte Vollzug einer Transaktion nach Kündigung des Vertrages sei naturgemäss nicht auf ihre Vermittlung zurückzuführen (act. 1 Rz. 27). Dem kann nicht zugestimmt werden. Selbstverständlich ist es möglich, dass die Klägerin ihren Beitrag zu einer Transaktion leistet, die erst nach Auflösung des Vertrages vollzogen wird. Dem trägt die in Ziffer 7 lit. b) getroffene Regelung Rechnung, indem festgehalten wird, dass sich die Beklagte durch eine Kündigung nicht der Provisionspflicht entziehen kann, sofern die Klägerin bereits ihre Leistungen erbracht hat (vgl. BGE 144 III 43 E. 3.4.4 a. E. S. 52; 135 III 295 E. 5.2 S. 302; 117 II 273 E. 5c S. 280). Gegenteiliges kann aus dieser Klausel nicht herausgelesen werden. Namentlich ist nicht ersichtlich, dass die nachgelagerte volle Provisionspflicht bedingungslos in jedem Falle bestehen würde, soweit die Beklagte innert zwei Jahren nach Kündigung des Vertrages mit irgendeinem Investor und ohne

jegliches Zutun der Klägerin ein Finanzierungsgeschäft im Sinne von Ziffer 2 Abs. 1 des Vertrages abschliesst. Das Gegenteil ist der Fall:

2.2.3.6. Ziff. 7 lit. b) des Vertrages ist nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit der ganzen Ziffer 7 zu lesen. Ziffer 7 lit. a) sieht zunächst vor, dass die Klägerin Anspruch auf eine "angemessene Entschädigung" in Höhe von EUR 250'000.– haben soll (Auflösungsgebühr), zahlbar am Tag, an dem die Beklagte eine verbindliche schriftliche Offerte oder ein Term Sheet betreffend eine Transaktionssumme von mindestens EUR 5 Millionen ablehnt. Ziffer 7 lit. b) bestimmt, dass die Klägerin Anspruch auf die gesamte Erfolgsprovision haben soll (abzüglich der bereits geleisteten Auflösungsgebühr), für den Fall, dass die Transaktion innert 24 Monaten nach der Beendigung des Vertrages vollzogen wird (vgl. act. 3/6 Ziff. 7 und oben, E. III.C.1. S. 12). Die Verwendung der Konjunktion "und" zwischen Litera a) und Litera b) sowie der Umstand, dass die Auflösungsgebühr gemäss Litera a) von der nachträglichen Provisionssumme in Abzug gebracht werden kann, verdeutlicht, dass nur *eine* Zahlung geschuldet ist. Die Zahlung wird aber unter Umständen in zwei Schritten fällig. Eine erste Tranche von EUR 250'000.– wird sofort bei Ablehnung eines qualifizierten Angebots fällig, unabhängig davon, ob es letztlich zu einer Transaktion kommt. Die die erste Tranche übersteigende Erfolgsprovision ("full amount [...] less the already paid break-up fee") wird dagegen erst dann fällig, sollte mit einem Investor, dessen Angebot zunächst abgelehnt wurde, doch noch eine Transaktion zustande kommen (beispielsweise aufgrund eines verbesserten Angebots).

2.2.3.7. Ziffer 7 lit. a) spezifiziert zwar nicht, wessen Bemühungen zum Vorliegen eines Term Sheets bzw. einer verbindlichen schriftlichen Offerte geführt haben müssen, damit die Auflösungsgebühr geschuldet ist. Nach Treu und Glauben kann die Klausel aber nicht anders verstanden werden, als dass nur jene abgelehnten Angebote zur Auflösungsgebühr berechtigen, zu deren Vorliegen die Klägerin ihren vertraglich geschuldeten Beitrag geleistet hat. Daraus folgt zweierlei: Bevor die Klägerin ein Term Sheet oder eine verbindliche schriftliche Offerte für eine Finanzierung von mindestens EUR 5 Millionen vorlegt, können die Parteien den Vertrag entschädigungslos auflösen. Gelingt dies der Klägerin, sind ihre Be-

mühungen mit mindestens EUR 250'000.– zu honorieren. Die Ungewissheit, dass die Klägerin überhaupt nicht entschädigt wird, weil die Beklagte das Angebot letztlich ablehnt, obschon die Klägerin bereits alle wesentlichen Aufwendungen getätigt hat, wird beseitigt. Mit einem Verzicht auf das Leistungserfordernis hat dies aber nichts zu tun.

2.2.3.8. Eine gegenteilige Auslegung scheint nicht vertretbar. Eine Auflösungsgebühr, die sich nicht auf eine Schadenspauschalisierung im Falle der unzeitigen Kündigung beschränkt, sondern die Bezahlung des ganzen Erfolgshonorars vorsieht, hätte Strafcharakter (BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 13). Damit würde das der Beklagten gestützt auf Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 404 Abs. 1 OR zustehende freie Widerrufsrecht in unzulässiger Weise eingeschränkt (vgl. BGE 109 II 462 E. 4b S. 468). Dass die Parteien eine derartige, unangemessene Lösung gewollt haben, ist nicht anzunehmen (vgl. BGE 122 III 420 E. 3a S. 424).

2.2.4. Eine objektivierte Auslegung von Ziffer 5.2 in Verbindung mit Ziffer 2 des Vertrages ergibt, dass ein Anspruch auf die Erfolgsprovision besteht, wenn die Klägerin den vertraglich geschuldeten Beitrag zum Abschluss des Zielgeschäfts geleistet hat. Durch wen der Initialkontakt zum potentiellen Investor zustande gekommen ist, ist nicht ausschlaggebend. Ein impliziter Verzicht auf das Leistungserfordernis liegt nicht vor. Ein Verzicht auf das Leistungserfordernis könnte aber nach wie vor aufgrund der in Ziffer 6 des Vertrages vereinbarten Exklusivität vorliegen. Ob dies zutrifft, ist nachfolgend zu untersuchen.

2.2.4.1. In Ziffer 6 Satz 1 des Vertrages wurde der Klägerin von der Beklagten "in Anbetracht ihrer Rolle und des Vertrages" von der Beklagten die Exklusivität gewährt, um während des Engagements als leitende Beraterin bezüglich der potentiellen Transaktion tätig zu sein ("In consideration of our role and Engagement, [die Beklagte] assign [der Klägerin] the exclusivity to act as the lead adviser relating to the potential Transaction during our Engagement."; vgl. act. 3/6 Ziff. 6 Satz 1). Ziffer 6 Satz 2 hält fest, dass die Beklagte alle potentiellen Diskussionen in Bezug auf eine mögliche Transaktion mit der Klägerin koordiniert, um einen effizienten und professionellen Prozess zu gewährleisten ("In order to ensure an efficient and professional process, [die Beklagte] coordinate any potential discussions taking place in relation to a possible Transaction with [der Klägerin]."; vgl. act. 3/6 Ziff. 6

Satz 2). Festzuhalten ist, dass sich Satz 1 nur auf die Berater-, nicht aber auf die Vermittlertätigkeit bezieht (vgl. act. 3/6 Ziffer 2 Abs. 1 des Vertrages, wo die Klägerin zur leitenden Beraterin und Vermittlerin ["lead adviser and broker"] ernannt wurde). Ziffer 6 äussert sich zudem nicht konkret dazu, dass die Beklagte eigene Bemühungen unterlassen müsse oder dass Dritte nicht als Berater oder Vermittler tätig werden dürfen. Letzteres stimmt mit Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages überein, wonach die Klägerin Aufgaben nur bei Bedarf erledigen muss. An einem Bedarf für die Leistungen der Klägerin fehlt es, wenn diese Leistungen aufgrund eigener Bemühungen der Beklagten oder eines Dritten nicht benötigt werden.

2.2.4.2. Werden umgekehrt Leistungen gemäss Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages benötigt, aber von Dritten erbracht, kommt der Klägerin eine exklusive, leitende Stellung zu (Ziffer 6 Satz 1 des Vertrages). Dass sich die Exklusivität nur auf die Erfüllung von Aufgaben gemäss Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages beziehen kann, ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass diese 'in Anbetracht der Rolle der Klägerin und des Vertrages' zu verstehen ist ("In consideration of our role and Engagement [...]", vgl. act. 3/6 Ziffer 6 Ingress). Andererseits ist dieser Schluss zutreffend, weil die Klägerin bestimmte Leistungen explizit ausgeschlossen hat (vgl. act. 3/6 Ziffer 2 Abs. 3). Die Voraussetzung der Aufgabenerfüllung durch Dritte folgt aus der Verwendung des Worts "lead": Zieht die Klägerin weitere Berater bei, übernimmt der leitende Berater die Gesamtkoordination des Prozesses. Ohne das Tätigwerden Dritter bedarf es dagegen keines *leitenden* Beraters. Anhaltspunkte, aufgrund derer nach Treu und Glauben auf eine weitergehende Bedeutung des Worts "lead" bzw. des Begriffs "lead advisor" geschlossen werden müsste, sind nicht ersichtlich. Mutmasslich wollten die Parteien in der Ernennung der Klägerin zur exklusiven leitenden Beraterin daher eine Kompetenzzuweisung vereinbaren, für den Fall, dass neben der Klägerin weitere Berater zwecks Erfüllung von Aufgaben im Sinne von Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages tätig werden.

2.2.4.3. Diese Auslegung bestätigt Satz 2 der Exklusivitätsklausel ("In order to ensure an efficient and professional process, [die Beklagte] coordinates any potential discussions taking place in relation to a possible Transaction with [der Klägerin]"; act. 3/6 Ziffer 6 Satz 2). Es wäre im Lichte des Vorerwähnten ineffizient, würde aufgrund eines uneinheitlichen Transaktions-

prozesses nicht das bestmögliche Angebot erreicht werden können. Daher ist es konsequent, die Beklagte zur Koordination anzuhalten. Das heisst entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung (vgl. act. 18 Rz. 262) indes nicht, dass die Beklagte verpflichtet wäre, Investoren an sie weiter zu verweisen oder sie in direkt geführte Verhandlungen miteinzubinden. Koordinieren bedeutet Abstimmen verschiedener Vorgänge (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 4. Aufl. 2001, S. 945; Duden, das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl. 2010, S. 571; Duden, Fremdwörterbuch, 8. Aufl. 2005, S. 566). Damit obliegt es der Beklagten zwar, die Klägerin über den Beizug dritter Berater zu informieren und ihr Vorgehen mit ihr abzusprechen. Da die Beklagte alle Diskussionen ("any discussions") zu koordinieren hat, betrifft die Koordination wohl auch von ihr selbständig geführte Gespräche. Zu dieser Koordination ist die Beklagte insoweit verpflichtet, als sie zur Vermeidung eines ineffizienten Prozesses notwendig ist. Mehr oder anderes kann nach Treu und Glauben aus dieser Bestimmung nicht herausgelesen werden. Gegenteiliges haben F._____ und G._____ auch nicht anlässlich des Gesprächs vom 24. August 2017 kundgetan. Eine Mentalreservation der Vorgenannten, wonach die Vergütungspflicht nur unter dem Vorbehalt einer weitergehenden Koordinations- und Weiterleitungspflicht besteht, ist bei einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zudem ohnehin nicht beachtlich (vgl. MÜLLER in: Aebi-Müller/Müller, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, 2018 [zit. BK OR], Art. 1 N 175).

2.2.4.4. Es ergibt sich auch nicht aufgrund der geltend gemachten Interessenlage, dass die Exklusivabrede die Beklagte verpflichtet, die Klägerin in selbständig geführte Verhandlungen miteinzubeziehen. Ein Interesse der Klägerin, ihren Provisionsanspruch möglichst umfassend zu sichern bzw. diesen von den aleatorischen Elementen loszulösen, ist zwar angesichts des Umstandes, dass sie zum Tätigwerden bzw. zum Erbringen von Vorleistungen verpflichtet war, nachvollziehbar. Die Pflicht der Klägerin zum Tätigwerden ergibt sich aus Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages (vgl. oben, E. III.D.2.2.3.3. S. 20 f.). Sie ergibt sich aber auch aus Ziffer 3 des Vertrages, wonach nach Abschluss desselben ein detaillierter Zeitplan ausgearbeitet werden sollte (vgl. act. 3/6 Ziff. 3). Die Ansicht der Klägerin, sie würde ohne eine erweiterte Provisionssicherung bei einem Nichtabschluss des Zielge-

schäfts trotz erbrachter Vorleistungen "plötzlich an der Seitenlinie" stehen (vgl. act. 1 Rz. 96), greift indes zu kurz. In Ziffer 5.1 des Vertrages haben die Parteien ein Beratungshonorar ("Retainer Advisory Fee") vereinbart. Dieses Honorar entschädigt eine andere Tätigkeit (die allgemeine, von bestimmten Investoren unabhängige Beratung) als die Erfolgsprovision (die Vermittlung). Die Parteien haben zudem nicht festgehalten, dass das Beratungshonorar eine provisorische An- bzw. Vorschusszahlung an die Erfolgsprovision ist, die nur im Erfolgsfall definitiv zu bezahlen ist. Hätten die Parteien dies gewollt, erübrigte sich die Verrechnungsmöglichkeit des Beratungshonorars mit der Erfolgsprovision zu vereinbaren (vgl. act. 3/6 Ziff. 5.1 a. E.). Die Anrechenbarkeit von Akontozahlungen an die Gesamtvergütung ist begriffsimmanent und bedarf keiner speziellen Erwähnung. Aufgrund des erfolgsunabhängigen Beratungshonorars besteht damit bereits ein Interessenausgleich für den Fall, dass es nicht zum Abschluss eines Zielgeschäfts kommen sollte.

2.2.4.5. Aus der Vereinbarung des erfolgsunabhängigen Beratungshonorars lässt sich auch nicht ableiten, dass die Exklusivabrede der Provisionssicherung dienen sollte. Der Umstand, dass die Parteien für bereits angebahnte Abschlüsse eine Auflösungsgebühr ("Break-up Fee") vereinbart haben (vgl. act. 3/6 Ziffer 7), nicht aber die Folgen eines Abschlusses durch Dritte oder durch die Beklagte selbst geregelt haben, deutet darauf hin, dass mit der Exklusivabrede keine Provisionsicherung angestrebt wurde. Zwar vermag das Beratungshonorar der Klägerin je nach Umfang ihrer Bemühungen keinen Gewinn zu verschaffen oder ihre Aufwände zu decken. Dieses Risiko ist aber jedem Beratungs- oder Vermittlungsmäklervertrag, bei dem die Vergütung vom Eintritt eines Erfolges abhängig ist, immanent. Die Wegbedingung der Erfolgsbedingtheit wäre deshalb zu vereinbaren. Dies haben die Parteien nur im beschränkten Umfang für das Beratungshonorar getan. Die Wegbedingung der Erfolgsbedingtheit des Honorars muss zwar nicht ausdrücklich erfolgen (BGE 100 II 361 E. 4 S. 367). Es müssen sich aber in Abwesenheit einer ausdrücklichen Vereinbarung angesichts der weitreichenden Konsequenzen einer Wegbedingung anderweitige Hinweise finden lassen, die auf einen Wegbedingungswillen hindeuten. Solche Hinweise liegen nicht vor. Aus dem Umstand, dass F. _____ am 17. August 2017 H. _____ gesagt haben soll, ei-

ne Mandatierung der Klägerin komme nur unter der Voraussetzung der Exklusivität infrage, kann nichts abgeleitet werden. In der Gesprächsnotiz hielt G. _____ zwar fest "[Die Klägerin] bedarf Exklusives Mandat" (act. 1 Rz. 23 und act. 3/8). Der Inhalt oder der Zweck der Exklusivabrede wird in der Gesprächsnotiz nicht näher definiert. Wie sich die Verletzung der Exklusivität auf das Erfolgshonorar auswirken soll, ist ebenfalls nicht Gegenstand der Notiz. Die Klägerin behauptet auch nicht, der Zweck der Exklusivabrede und die Folgen ihrer Verletzung seien an diesem Gespräch thematisiert worden. Damit behauptet die Klägerin in diesem Zusammenhang nichts, was für die Auslegung rechtserheblich wäre. Mangels behaupteter rechtserheblicher Tatsachen kann die von der Klägerin offerierte Parteibefragung von F. _____ und G. _____ zu diesem Gespräch unterbleiben (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO e contrario).

2.2.4.6. Weitergehende Pflichten bzw. eine umfassendere Exklusivität kann auch nicht aus der Verwendung des Begriffs "lead adviser" abgeleitet werden (vgl. dazu oben, E. III.C.2.2.4.2 S. 24 f.). Namentlich kann aus den von der Klägerin ins Recht gereichten Auszügen der Internetseiten der J. _____ AG (act. 19/46) und der K. _____ Partners AG (act. 19/47) nicht abgeleitet werden, dass ein Kunde dieser Gesellschaften stets verpflichtet ist, von eigenen Transaktionsbemühungen abzusehen bzw. den leitenden Berater stets in direkt mit einem Investor geführte Gespräche zu involvieren. Letzteres ergibt sich auch nicht für einen "M&A-Berater i.e.S.". Selbst wenn die Geschäftsbeziehung desselben zu seinem Kunden durch eine "beidseitig vereinbarte Exklusivität" gekennzeichnet ist und diese Beziehung "durch gegenseitiges Vertrauen und durch absolute Vertraulichkeit" beherrscht ist (act. 18 Rz. 68), kann daraus allein noch nicht abgeleitet werden, dass diesem Kunden das eigene Tätigwerden stets untersagt ist. Die von der Klägerin behauptete Usanz ist damit nicht bewiesen (vgl. Art. 150 Abs. 2 ZPO). Und selbst wenn eine derartige kaufmännische Verkehrssitte erstellt wäre, änderte sich dadurch nichts: Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, dass die Beklagte Erfahrung im Bereich von M&A-Transaktionen hat. Inwiefern die Beklagte, deren Geschäft der Handel mit und der Vertrieb von Elektrofahrzeugen und Übernachtungsgutscheinen ist (vgl. act. 10 Rz. 7), sich ein über den Wortsinn hinausgehendes Branchenverständnis anrechnen lassen müsste, bzw. aus der Verwendung des Be-

griffs "lead adviser" nicht näher konkretisierte Pflichten hätte erkennen müssen, erschliesst sich nicht. Damit ist es irrelevant, welche Bedeutung die Klägerin dem Begriff "lead adviser" bzw. "M&A-Berater i.e.S." zumisst.

2.3. *Ergebnis der objektivierten Auslegung*

2.3.1. Insgesamt kann Folgendes festgehalten werden: Die Klägerin hat einen Anspruch auf die Erfolgsprovision, sobald sie den vertraglich geschuldeten Beitrag zum Abschluss des Zielgeschäfts geleistet hat. Die Parteien haben mutmasslich weder ausdrücklich noch implizit auf dieses Leistungserfordernis verzichtet. Auch die Exklusivabrede hat keinen Verzicht auf das Leistungserfordernis zu Folge. Aufgrund der Exklusivabrede sollte der Beklagten einzig das exklusive Recht zukommen, eine leitende Stellung unter den Beratern einzunehmen, soweit die Beklagte weitere Berater zwecks Erfüllung von Aufgaben gemäss Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages beizog. Zwecks Gewährleistung der Effizienz und Professionalität des Prozesses war die Beklagte daher gehalten, die Klägerin über den Beizug dritter Akteure oder über selbständig geführte Gespräche zu informieren und diese mit der Klägerin abzustimmen. Über die Rechtsfolge, die eintreten soll, wenn die Beklagte die geforderte Koordination missachtet, hält die Klausel nichts fest. Eine diesbezügliche Ergänzung des Vertrages erübrigt sich an dieser Stelle. Wie nachfolgend (E. III.F. S. 43 ff.) aufzuzeigen sein wird, hat die Beklagte die Exklusivabrede ohnehin nicht verletzt.

2.3.2. Die Auslegung führt zu einem klaren Ergebnis. Daher wirkt sich nicht aus, dass bei unklaren Vertragsbestimmungen die Verfasserin, vorliegend die Klägerin, das Risiko einer undeutlichen Formulierung tragen würde (sog. Unklarheitenregel, vgl. BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 S. 69, 607 E. 2 S. 610; 122 III 118 E. 2a S. 121, wonach mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat). Die Beklagte ist mit ihrem diesbezüglichen Einwand daher nicht zu hören (vgl. act. 10 Rz. 10, 23).

2.3.3. Die Parteien sind, wie erwähnt, soweit sie einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillen geltend machen wollen, behauptungs- und beweisbelastet. Gelingt einer Partei, einen tatsächlichen

Vertragswillen nachzuweisen, so geht dieser dem normativ festgestellten vor. Andernfalls bleibt der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Vertragswille verbindlich (vgl. oben, E. III.D.1.6. S. 16).

3. Subjektive Auslegung

3.1. *Parteistandpunkte*

3.1.1. Die Klägerin bringt zusammengefasst vor, es ergebe sich aus dem nachträglichen Parteiverhalten, dass sich die Weiterleitungs- und Koordinationspflicht auf jeden Interessenten bezog, sowie, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass jede Transaktion den Provisionsanspruch auslöse, unabhängig davon, ob die Transaktion mit einem von der Klägerin vermittelten Investor zustande gekommen sei (act. 18 Rz. 17 f., 30 f., 60 f.). Relevant sei erstens das Email der Beklagten vom 5. März 2018. Darin habe sie bestätigt, dass sie alle Anfragen von Investoren an die Klägerin weiterleiten würde (act. 18 Rz. 21). Zweitens habe die Beklagte am 27. März 2018 klargestellt, dass alle Kontakte von interessierten Investoren über die Klägerin zu koordinieren seien und dass das Honorar nicht nach der Quelle des Kontakts unterscheide (act. 18 Rz. 22 ff.). Drittens habe die Beklagte am 4. April 2018 eine Pressemitteilung veröffentlichen wollen, wonach die Klägerin alle Gespräche mit Investoren koordiniere (act. 18 Rz. 26). Viertens habe sich die Beklagte im Mai 2018 gegenüber der VR-Bank L._____ genau im Sinne der umfassenden Koordinations- und Weiterleistungspflicht verhalten. Sie habe M._____ von der VR-Bank L._____ mitgeteilt, dass sie zunächst mit der Klägerin sprechen müsse, "damit hier alles richtig kontrolliert [sei]" (act. 1 Rz. 29 ff.; act. 18 Rz. 28 f.). Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte der Klägerin am 1. März 2018, am 4. März 2018, am 5. März 2018, am 14. März 2018 und am 5. April 2018 die Kontaktdaten mehrerer Investoren weitergeleitet habe, bzw. die Weiterleitung in Aussicht gestellt habe (act. 18 Rz. 41 ff.).

3.1.2. Die Beklagte hält dem entgegen, dass die Bestätigung H._____s vom 5. März 2018 lediglich erfolgt sei, um dem Wunsch der Klägerin, Doppelspurigkeiten zu vermeiden, nachzukommen (act. 22 Rz. 15). Vor diesem Hintergrund sei auch die Erwähnung der Klägerin in der angedachten Pressemitteilung und die Weiter-

leitung von Investorenvorschlägen erfolgt (act. 22 Rz. 20, 31 ff.). Auch im Email vom 27. März 2018 sei von einer Verpflichtung zur Weiterleitung und Koordination keine Rede gewesen (act. 22 Rz. 16). Aus dem von F._____ an H._____ gesandten Email vom 9. Mai 2018 betreffend die VR-Bank L._____ könne höchstens abgelesen werden, dass die Klägerin Exklusivität gegenüber anderen Mäklern beansprucht habe (act. 10 Rz. 37.2, 60). Aber auch die Kontrolle durch die Klägerin, die H._____ M._____ in Aussicht gestellt habe, habe lediglich die Vermeidung von Doppelspurigkeiten bezweckt (act. 22 Rz. 22). Die Beklagte habe dagegen ihrerseits am 13. September 2018 klargestellt, dass sie die Klägerin nur bei einem Vertragsschluss mit einem von der Klägerin vermittelten Investor vergüten würde (act. 10 Rz. 11.2). Zudem sei aus dem Umstand, dass die Klägerin im Dezember 2019 eine "Break-up Fee" geltend machte, abzuleiten, dass die Klägerin selbst nicht vom Bestand eines Provisionsanspruchs ausgegangen sei, obschon sie damals bereits gewusst habe, dass eine Transaktion ohne ihr Zutun zustande gekommen sei (act. 22 Rz. 13.4).

3.2. Würdigung

3.2.1. Folgender Emailverkehr vom 5. März 2018 ist aktenkundig (act. 19/20): Um 10.01 Uhr schrieb I._____ an F._____ und G._____: "Hallo Herr F._____ und Herr G._____, ¶ folgenden Investoren, habe ich bei einem Persönlichen Gespräch unser Konzept näher gebracht. [...]". F._____ und G._____ antworteten um 10.24 Uhr: "Guten Morgen Herr I._____ ¶ Vielen Dank für die Zustellung der Kontakte. Können Sie uns noch mitteilen, inwieweit Sie bereits eine Rückmeldung der potentiell interessierten Kontakte erhalten haben bzw. ob wir diese nochmals angehen sollten? ¶ Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, schlagen wir vor, dass Sie uns jeweils interessierte Investoren, welche sich bei Ihnen melden, an uns verweisen. Ansonsten würden wir bereits kontaktierte Investoren, welche Ihrerseits bereits mit Informationen beliefert wurden, nicht nochmals angehen. Andernfalls müssten wir uns im Detail abstimmen, welche Informationen bereits ausgetauscht wurden. [...]". Um 11.49 Uhr, antwortete H._____: "Ok..ab sofort wird jeder interessent der sich meldet, an euch verwiesen. [...]". H._____'s Bestätigung lässt kein vom objektiven Auslegungsergebnis abweichendes Vertragsverständnis vermuten. Sein Email ist die Antwort auf den Vorschlag der Klägerin, interessierte Investoren jeweils an sie zu verweisen, um damit Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Hätte eine Weiterleitungspflicht bereits aufgrund des Vertrages bestanden, erübrigte sich ein diesbezüglicher *Vorschlag*. Was be-

reits vereinbart ist, muss nicht vorgeschlagen werden. Selbst bei gegenteiliger Annahme erweist sich der Emailverkehr als für den klägerischen Standpunkt unergiebig. Es ergibt sich daraus kein übereinstimmendes Verständnis der Parteien betreffend den Provisionsanspruch für den Fall, dass die Beklagte künftige Investorenkontakte nicht weiterleitet. Der Provisionsanspruch war nicht Thema des Austauschs vom 5. März 2018.

3.2.2. Betreffend die Bestätigung der Klägerin vom 27. März 2018 ist folgender Emailverkehr aktenkundig (act. 19/21): Um 8.44 Uhr schrieb H._____ an F._____: "Hallo F._____, [...] Meine grundsätzliche frage wäre nocheinmal, wie läuft euer honorar und auch die abwicklung an sich, wenn wir den kontakt gebracht haben und der interessent gleich direkt den weg mit uns wählt?! [...]". Um 9.11 Uhr antwortete F._____: "Guten Morgen H._____ ¶ Danke für die Nachricht. Wie vereinbart werden wir den gesamten Transaktionsprozess koordinieren und leiten. Aus diesem Grund ist es wichtig und im Interesse aller Parteien, dass sämtliche Kontakte von interessierten Investoren über [die Klägerin] koordiniert werden. Beim Honorar unterscheiden wir grundsätzlich nicht, inwiefern der erste Kontakt von Euch oder [der Klägerin] kommt. Bitte beachte, dass die Exklusivität im Engagement Letter entsprechend vereinbart wurde. [...]." Auch aus diesem Emailverkehr ergibt sich kein übereinstimmendes Verständnis der Parteien, wonach die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, Investorenkontakte der Klägerin weiterzuleiten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt selber nicht davon ausging, dass die Beklagte eine solche Pflicht hatte. Dies folgt einerseits aus dem Umstand, dass die Klägerin nicht von einer Weiterleitungspflicht spricht, sondern lediglich davon, dass sie die Investorenkontakte über sie zu *koordinieren* seien. Dies entspricht einer Wiederholung der vertraglichen Regelung in Ziffer 6 Satz 2 (vgl. act. 3/6 Ziffer 6). Neu bzw. nicht in dieser Form vertraglich festgehalten ist einzig die Aussage der Klägerin, wonach sie beim Honorar grundsätzlich nicht unterscheiden würde, welche Partei den ersten Kontakt mit einem Investor hergestellt habe. Doch auch dies deckt sich mit dem objektiven Auslegungsergebnis, wonach irrelevant ist, welche Partei den ersten Kontakt mit einem Investor herstellte (vgl. oben, E. III.C.2.2.3.3. S. 21 f.): Ein über die Beklagte hergestellter Erstkontakt entbindet die Klägerin nicht von der Leistung eines Beitrags zur Transaktion, um die Provision zu verdienen. Gegenteiliges kann ihrem Email vom 27. März 2018 nicht entnommen werden.

3.2.3. Bei den Akten liegen sodann die Emails vom 9. Mai 2018 (act. 3/9). Um 11.34 Uhr schrieb M._____ an H._____: "Lieber H._____, [...] Ich war aktiv und habe die letzten beiden Tage mit diversen potenziellen Kapitalgebern telefoniert [...]. Insbesondere hätte ich jetzt folgende Partner, mit denen grundsätzlich eine Zusammenarbeit möglich wäre, sofern dies von Eurer Seite gewünscht ist: [...]" Um 11.45 Uhr antwortete H._____: "Lieber M._____, [...] Ich spreche kurz mit F._____ von der [Klägerin], damit hier alles richtig kontrolliert ist. [...] Ich bzw. F._____ wird sich bei dir direkt melden. [...] Schauen wir mal, wie Hr. F._____ dies sieht, da er ja bereits die anderen Interessenten und Angebot weiss oder eventuell schon vorliegen hat. [...]". Um 12.18 Uhr schrieb F._____ an H._____ – mit vorstehenden Nachrichten im Anhang – Folgendes: "Hallo H._____, ¶ Danke für die Information. Wir waren uns nicht bewusst, dass Herr M._____ von der VR-Bank L._____ mit der Suche von potentiellen Investoren unterwegs ist. Dies ist bekanntlich problematisch, da grundsätzlich [die Beklagte] vereinbarungsgemäss die Exklusivität hat und wir dies auch für einen professionellen Prozess zwingend voraussetzen. Unsere Investoren erwarten dies und daher sollten wir uns grundsätzlich daranhalten. [...]". Aus diesen Nachrichten ergeben sich keine Hinweise auf ein übereinstimmendes Verständnis der Parteien, das auf eine Pflicht der Beklagten zur Weiterleitung von Investorenkontakten oder zum Einbezug der Klägerin durch die Beklagte hindeutet. Die Nachricht H._____s an M._____, namentlich dessen Hinweis auf F._____ 'Wissen, indiziert einzig die Absicht der Kontaktaufnahme mit F._____ zwecks Koordination der Gespräche. Ein vom objektiven Auslegungsergebnis abweichendes Verständnis der Exklusivklausel lässt sich auch nicht in der Reaktion der Klägerin erkennen. Der Hinweis von F._____, wonach ein professioneller Prozess die Exklusivität voraussetzte und dass "seine" Investoren dies erwarten, deutet darauf hin, dass die Exklusivität die Gewährleistung eines gleichlaufenden Prozesses für alle Investoren bezweckte. Das entspricht dem objektiven Auslegungsergebnis (vgl. oben, E. III.D.2.2.4.2. S. 24 f.). Dass die Exklusivabrede die Provisionssicherung bezweckte, ergibt sich aus dem Email von F._____ nicht.

3.2.4. Ein vom objektiven Auslegungsergebnis abweichendes gemeinsames Vertragsverständnis lässt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte eine Pressemitteilung versenden wollte oder Investorenkontakte an die Klägerin weiterleitete, ableiten. Aus der Pressemitteilung (vgl. act. 19/22), ergibt sich nicht, dass sich dadurch angesprochene Investoren nicht direkt mit der Beklagten in Verbindung setzen dürften. Schliesslich begründet weder die angedachte Pres-

semitteilung noch die Weiterleitung von Investorenkontakten einen Provisionsanspruch der Klägerin für Transaktionen, die ohne ihr Zutun zustande gekommen sind.

3.3. *Ergebnis der subjektiven Auslegung*

Der Klägerin gelingt der Nachweis eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillens nicht. Daher bleibt – die nachträgliche Vereinbarung mit einem anderslautenden Inhalt vorbehalten – der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Vertragswille für die Beurteilung der sich im Weiteren stellenden Tat- und Rechtsfragen allein massgeblich. Die Würdigung der weiteren von der Beklagten geltend gemachten Umstände, namentlich ihr Email vom 13. September 2018 und das angebliche Verhalten der Klägerin im Dezember 2019, kann unter diesen Umständen unterbleiben.

4. Nachträgliche Vertragsänderung am 27. März 2018

4.1. *Parteistandpunkte*

4.1.1. Die Klägerin bringt eventualiter vor, die Parteien hätten den Vertrag nachträglich abgeändert. Die Beklagte habe dem Email der Klägerin vom 27. März 2018 nicht widersprochen, sondern gestützt auf diese Bestätigung das Projekt mit der Klägerin weiterverfolgt. Sie habe das Projekt den Medien vorstellen wollen und die Mitarbeiter der Klägerin über 1000 Stunden am Projekt arbeiten lassen. Damit habe die Beklagte unter gleichzeitigem konkludenten Verzicht auf den Schriftformvorbehalt ihr Einverständnis erklärt, alle Anfragen potentieller Investoren an die Klägerin weiterzuleiten, diese mit ihr zu koordinieren und eine Erfolgsprovision unabhängig davon zu bezahlen, wer den Investor akquiriert habe (act. 18 Rz. 33 ff., 37). Subeventualiter habe das Email vom 27. März 2018 als kaufmännisches Bestätigungsschreiben entsprechende konstitutive Wirkungen entfaltet (act. 18 Rz. 36 f.).

4.2. Die Beklagte ist der Meinung, die Klägerin könne nichts daraus ableiten, dass sie, die Beklagte, auf das Email der Klägerin vom 27. März 2018 nicht rea-

giert habe (act. 22 Rz. 26, 29). Die Klägerin habe im Übrigen mit Email vom 12. September 2018 selber darauf hingewiesen, dass es keine über den Vertrag hinausgehende mündliche Nebenabreden gebe, da solche vertragsgemäss ohnehin explizit ausgeschlossen seien (act. 22 Rz. 29).

4.3. *Rechtliches*

4.3.1. Ein Vertragsschluss bzw. eine Vertragsänderung bedarf der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR). Das Stillschweigen auf ein Angebot bzw. auf einen Antrag zur Vertragsänderung bedeutet grundsätzlich dessen Ablehnung. Dieser Grundsatz gilt auch im kaufmännischen Verkehr (BK OR-MÜLLER, Art. 6 N 8 mit Hinweisen). Stillschweigen gilt nur als Zustimmung zu einem Antrag, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird (Art. 6 OR). Von der stillschweigenden Annahme zu unterscheiden ist das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Im geschäftlichen Verkehr werden mündliche Mitteilungen und mündlich geschlossene Verträge häufig schriftlich bestätigt. Wird im Bestätigungsschreiben das mündlich Vereinbarte modifiziert, kann ihm trotzdem materiell rechtserzeugende Kraft zukommen. Vorausgesetzt ist, dass vorgängig ernsthafte Vertragsverhandlungen zur Sache stattgefunden haben und dass das Bestätigungsschreiben unmittelbar danach bei der Gegenpartei eintrifft (GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, 10. Aufl. 2014, N 1168; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 6 N 25). Ernsthafte Vertragsverhandlungen können Umstände im Sinne von Art. 6 OR begründen, aufgrund derer eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist (GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 457). Je geringfügiger die Ergänzungen und Abweichungen sind, umso eher besteht eine Obliegenheit zur Remonstration (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 6 N 26). Einem unwidersprochenen Bestätigungsschreiben kommt aber keine rechtserzeugende Wirkung zu, wenn das Schreiben derart vom Verhandlungsergebnis abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf (BGE 114 II 250 E. 2a S. 252).

4.3.2. Selbst wenn eine stillschweigende Annahme erfolgte, kann der so geschlossene Vertrag nur dann Rechtswirkungen entfalten, wenn nicht eine andere Formvorschrift einzuhalten ist. Es liegt in der Dispositionsfreiheit der Parteien, bei Rechtsgeschäften, die keiner Formvorschrift unterliegen (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR), eine Form vertraglich zu vereinbaren. In diesem Fall wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Geht eine solche Abrede auf schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung, so gelten für deren Erfüllung die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit (Art. 16 Abs. 2 OR). Die einfache Schriftlichkeit ist eingehalten, wenn der Vertrag die Unterschriften aller Personen trägt, die durch ihn verpflichtet werden sollen (Art. 13 Abs. 1 OR). Ein vertraglich vorgesehener Schriftlichkeitsvorbehalt steht der Annahme einer formlosen Vertragsänderung aber nicht von vornherein entgegen. Der vertragliche Formvorbehalt kann jederzeit formfrei aufgehoben werden. Die Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, wie insbesondere dann, wenn die Parteien sich über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (BGE 125 III 263 E. 4c S. 168; 105 II 75 E. 1 S. 78; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 1, 10).

4.4. *Würdigung*

4.4.1. Das Email vom 27. März 2018, auf welches sich die Klägerin stützt, ist folgende von F._____ an H._____ gesandte Nachricht (act. 19/21): "Guten Morgen H._____ ¶ Danke für die Nachricht. Wie vereinbart werden wir den gesamten Transaktionsprozess koordinieren und leiten. Aus diesem Grund ist es wichtig und im Interesse aller Parteien, dass sämtliche Kontakte von interessierten Investoren über [die Klägerin] koordiniert werden. Beim Honorar unterscheiden wir grundsätzlich nicht, inwiefern der erste Kontakt von Euch oder [der Klägerin] kommt. Bitte beachte, dass die Exklusivität im Engagement Letter entsprechend vereinbart wurde. [...]."

4.4.2. Diese Nachricht ist, wie von der Klägerin zutreffend erläutert, eine Antwort auf eine von H._____ gestellte Frage (vgl. E. III.D.3.2.2. S. 31 f.). Die Wortwahl der Klägerin lässt nicht auf eine Vertragsänderungs-offerte schliessen. Im Weiteren spricht die Klägerin weder von einer Weiterleitungspflicht noch davon, dass ein Provisionsanspruch auch dann entsteht, wenn die Beklagte eine Transaktion

ohne das Zutun der Klägerin abschliesst. Die Klägerin erwähnt einzig, dass die Investorenkontakte über sie koordiniert werden sollen. Abweichendes vom Vertragsinhalt, der eine entsprechende Koordination der Gespräche ausdrücklich festhält, ergibt sich nicht. Dasselbe gilt für die von der Klägerin erwähnte Vergütungspflicht, die nicht danach unterscheiden soll, von welcher Partei der Erstkontakt ausgegangen ist. Nur weil die Beklagte den Erstkontakt hergestellt hat, hat dies noch nicht zur Folge, dass die Klägerin deswegen keinen Beitrag zum Transaktionserfolg leisten müsste (vgl. E. III.D.2.2.3.3. S. 20 f.).

4.4.3. Selbst wenn das Email vom 27. März 2018 einen Antrag zur Vertragsänderung darstellen würde, kann nicht von einem stillschweigenden Akzept der Beklagten ausgegangen werden. Hierzu wäre erforderlich, dass die Klägerin substantiiert darlegt, inwiefern der propagierten Vertragsänderung eine besondere Natur zukommt oder aufgrund welcher Umstände eine ausdrückliche Annahme durch die Beklagte nicht zu erwarten war. Dies tut die Klägerin nicht. Auch eine konkludente Zustimmung durch die Beklagte scheidet aus. Das Vorantreiben des Projekts, die anvisierte Pressemitteilung und der (bestrittene) Umstand, dass die Klägerin über 1000 Stunden investiert hat, sind keine vorbehaltlosen Erfüllungshandlungen einer Weiterleitungspflicht oder eines Verzichts auf das Leistungserfordernis.

4.4.4. Anzufügen ist, dass ein stillschweigendes bzw. konkludentes Akzept der Beklagten dem Schriftlichkeitsvorbehalt für Vertragsänderungen gemäss Ziffer 8 des Vertrages (vgl. act. 3/6 Ziffer 8) widersprechen würde. Eine vorbehaltlose Erfüllung des Vertrags mit geändertem Inhalt liegt nicht vor. Weitere Anhaltspunkte, die auf einen konkludenten Verzicht auf den Schriftlichkeitsvorbehalt schliessen lassen, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil. Mit Email vom 12. September 2018 bestätigte F._____, dass es keine anderslautenden, den Vertrag vom 24. August 2017 abändernden Vereinbarungen gebe. Er schrieb: "Die Abmachungen [im Vertrag] sind klar und eindeutig schriftlich festgelegt und gegenseitig akzeptiert. Darüber hinausgehende mündliche [...] Nebenabreden gibt es nicht [...], da sie ohnehin gemäss [Vertrag] explizit ausgeschlossen sind." (act. 11/3 S. 2). Angesichts dieser ausdrücklichen Zurückweisung formloser Nebenabreden, wäre es widersprüchlich, wenn die Parteien über ein halbes Jahr zuvor

konkludent auf den vertraglich stipulierten Schriftlichkeitsvorbehalt verzichtet hätten. Damit misslingt der Klägerin der Nachweis, dass der Vertrag vom 24. August 2017 aufgrund des Emails vom 27. März 2018 abgeändert wurde.

4.4.5. Gegenteiliges ergibt sich nicht auch aufgrund der Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Die Klägerin unterlässt es zu behaupten (und zu substantiieren), dass dem Email vom 27. März 2018 ernsthafte mündliche Verhandlungen vorangegangen sind. Ebenso behauptet sie nicht, dass sie das Email unmittelbar nach entsprechenden Gesprächen an die Beklagte sandte. Das Email nimmt weder auf vorangegangene Verhandlungen Bezug, noch werden darin die von der Klägerin behaupteten abweichenden Pflichten festgehalten. Damit kann dem Email vom 27. März 2018 nicht die Qualität eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens zukommen. Soweit die Parteien nicht über eine Provisionsgarantie bzw. über einen Verzicht auf das Leistungserfordernis verhandelt haben, ist zudem anzumerken, dass selbst wenn die Klägerin eine entsprechende Pflicht nachträglich im Email festgehalten hätte, sie aufgrund der Tragweite dieser Pflicht nach Treu und Glauben nicht mit dem Einverständnis der Beklagten hätte rechnen dürfen. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass ihr Schweigen auf das Email der Klägerin vom 27. März 2018 für die Beklagte unschädlich ist.

4.5. *Fazit*

Indem die Beklagte dem Email der Klägerin vom 27. März 2018 nicht widersprach, wurde der Vertrag vom 24. August 2017 nicht abgeändert. Daher bleiben die Bestimmungen des Vertrags vom 24. August 2017 für die nachfolgend zu beantwortenden Streitfragen alleine massgebend.

E. Anspruch auf Erfolgsprovision

1. Unbestrittener Sachverhalt

Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt nahm die Beklagte Verhandlungen mit der E._____ LLP auf und brachte diese selbständig und ohne Einbezug der Klägerin zum Abschluss (act. 1 Rz. 3, act. 10 Rz. 41.2). Am 18. Dezember 2018 veröffentlichte E._____ LLP eine Medienmitteilung, in welcher sie eine Investition in

die Beklagte vermeldete. Über die exakte Höhe der Investition schwieg sich die Medienmitteilung aus; sie enthielt lediglich der Hinweis, dass sich die Engagements von E._____ LLP typischerweise in der Höhe von EUR 40 Millionen bis EUR 60 Millionen bewegen (act. 3/5; act. 1 Rz. 48; act. 10 Rz. 42).

2. Parteibehauptungen

2.1. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe es treuwidrig unterlassen, sie über die Gespräche mit E._____ LLP zu informieren und sie in den Transaktions- und Verhandlungsprozess einzubinden. Da die Parteien eine Provisionsgarantie vereinbart hätten, habe die Klägerin Anspruch auf die Erfolgsprovision auf Basis der Transaktion der Beklagten mit E._____ LLP, obschon sie daran nicht mitgewirkt habe (act. 1 Rz. 88 ff.; act. 18 Rz. 201 f.). Selbst wenn die Parteien nicht vom Kausalitätserfordernis dispensiert hätten, sei die Provision geschuldet, da ein Kausalzusammenhang bestehe. N._____, ein Mitarbeiter der Beklagten, habe am 28. September 2019 zwischen 7.43 Uhr und 7.46 Uhr 409 von 600 Dokumenten aus dem virtuellen Datenraum heruntergeladen (act. 18 Rz. 99). Darunter hätten sich Dokumente befunden, welche die Klägerin erstellt oder bei deren Erstellung mitgewirkt habe (act. 18 Rz. 100). Zudem habe N._____ am 20. Oktober 2018, als die Verhandlungen mit der in O._____ [Stadt in Grossbritannien] domizilierten E._____ LLP bereits im Gang gewesen seien, von einem Internetanschluss in O._____ aus auf den virtuellen Datenraum zugegriffen (act. 18 Rz. 102). Für den Download der Dokumente könne es nur eine Erklärung geben: Die Beklagte habe die Dokumente der E._____ LLP zur Verfügung gestellt, damit diese die Unternehmensprüfung ausserhalb des von der Klägerin strukturierten und verwalteten Datenraumes habe durchführen könne (act. 18 Rz. 101, 103). Die Arbeiten der Klägerin am Datenraum und an den darin enthaltenen Dokumenten seien für Transaktion der Beklagten mit E._____ LLP mitursächlich. Es entspreche der allgemeinen Erfahrung im Geschäftsleben, dass die E._____ LLP nicht ohne die Grundlage des kopierten Datenraumes in die Beklagte investiert hätte (act. 18 Rz. 204). Und wenn kein Kausalzusammenhang bestehen würde, dann sei dieser zu fingieren. Die Beklagte sei aufgrund von Ziffer 2 und 6 des Vertrages verpflichtet gewesen, ihr das Interesse von E._____ LLP zu melden und sie in den Trans-

aktions- und Verhandlungsprozess miteinzubinden. Indem die Beklagte dies vertragswidrig unterlassen habe, habe sie der Klägerin die Möglichkeit genommen, ihre Leistungen gemäss Ziffer 2 des Vertrages anzubieten und damit den allenfalls erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit der Klägerin und der Transaktion mit E._____ LLP herzustellen (act. 18 Rz. 206).

2.2. Die Beklagte hält daran fest, dass die Parteien keine Provisionsgarantie vereinbart hätten (act. 10 Rz. 60). Die Provisionspflicht der Beklagten wäre ausgelöst worden, hätte es die Klägerin geschafft, der Beklagten einen Investor zu vermitteln, mit dem eine Transaktion zustande gekommen wäre. Dies sei nicht der Fall (act. 22 Rz. 160). Es bestehe kein Zusammenhang zwischen der Tätigkeit der Klägerin und der von der Beklagten letztlich in kompletter Eigenregie umgesetzten und von dieser selbst akquirierten Transaktion (act. 22 Rz. 161). Die Beklagte habe die Transaktion mit E._____ LLP weder auf Basis eines von der Klägerin verwalteten Datenraumes geschlossen, noch habe sie der E._____ LLP Dokumente aus dem Datenraum zur Verfügung gestellt (act. 22 Rz. 77, 79, 163). N._____ sei am 20. Oktober 2018 zwar in Grossbritannien gewesen, allerdings sei sein Aufenthalt privater Natur gewesen. Dass der Zugriff von N._____ auf den Datenraum von O._____ [Stadt in England] aus erfolgt sei, sei nicht erkennbar. Die Ortsangabe der IP-Lokalisierung beziehe sich nur auf den Standort des Internetzugangsbetreibers (act. 22 Rz. 76). Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin den Datenraum strukturiert habe. Ohnehin habe die Klägerin – bis auf den Teaser – die in den Datenraum hochgeladenen Dokumenten weder erstellt, noch habe sie massgeblich daran mitgewirkt (act. 22 Rz. 78 f.). Ein Kausalzusammenhang sei nicht im Ansatz zu erkennen (act. 22 Rz. 163). Dieser könne mangels vertragswidrigem Verhalten der Beklagten auch nicht fingiert werden (act. 22 Rz. 164 f.).

3. Rechtliches

Die Voraussetzungen des Honoraranspruchs eines Vermittlungsmäklers bzw. eines Beauftragten, dessen Honorar vom Eintritt eines Erfolges abhängig ist, wurden bereits dargetan (vgl. oben, E. III.C.2.2. f. S. 12 ff.). Zu ergänzen ist Folgendes: Die Erfolgsbedingtheit des Provisionsanspruches unterwirft diesen den all-

gemeinen Bestimmungen über die Bedingungen (Art. 151 ff. OR). Ob der Auftraggeber mit dem ihm vermittelten Geschäftspartner ein Zielgeschäft eingeht, ist eine künftige, ungewisse und vom freien Willen des Auftraggebers abhängige Tatsache (sog. potestative Suspensivbedingung). Der Provisionsanspruch steht zudem unter der weitem (stillschweigenden) Bedingung – namentlich, solange eine nachvertragliche Provisionspflicht nicht verabredet wurde – dass die Einwilligung des Auftraggebers zum Zielgeschäft während der Vertragsdauer erfolgt (ALLEMANN/VON DER CRONE, M&A-Transaktionsberatung im Grenzbereich von Auftrag und Mäklervertrag, SZW 2018, S. 432, 445). Angesichts des Umstandes, dass der Auftraggeber das Mandat jederzeit beenden kann (Art. 404 Abs. 1 OR, u.U. i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR) oder – soweit das Mandat befristet ist – dessen Ende abwarten kann, steht der Fortbestand des vertraglichen Honoraranspruchs unter der resolutiven Potestativbedingung der ausbleibenden Kündigung bzw. des treuen Verhaltens des Auftraggebers. Schliesslich ist es der Vertrag, der dem Mäkler bzw. Beauftragten die Honoraranspruchsgrundlage verschafft. Der Auftraggeber darf dabei, solange die Bedingung schwebt, nichts unternehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hindern könnte (Art. 152 Abs. 1 OR). Tut er es wider Treu und Glauben, gilt die Bedingung als eingetreten (Art. 156 OR). Die Zustimmung des Auftraggebers zum Zielgeschäft gilt daher als während der Vertragsdauer eingetreten, wenn der Auftraggeber den Vertrag widerruft oder einen befristeten Vertrag ablaufen lässt, um nachher "provisionsfrei" mit einem vom Mäkler bzw. Beauftragten vermittelten Interessenten abzuschliessen (BGE 76 II 386; 85 II 525). Der Auftraggeber kann sich nicht durch ein absichtlich herbeigeführtes oder treuwidrig abgewartetes Vertragsende seiner Provisionspflicht entziehen, obschon der Mäkler bzw. der Beauftragte bereits den vertraglich geschuldeten Beitrag zur Transaktion geleistet hat.

4. Würdigung

4.1. Die Auslegung des Vertrages hat ergeben, dass die Klägerin einen Beitrag zur Transaktion der Beklagten mit E._____ LLP geleistet haben muss, damit sie Anspruch auf eine Erfolgsprovision hat (E. III.D.2.3.1. S. 28 f.). Eine Provisionsgarantie bzw. einen Verzicht auf das Leistungserfordernis haben die Parteien nicht

vereinbart. Zu untersuchen ist daher zunächst ob die Klägerin, einen Beitrag zur Transaktion der Beklagten mit der E._____ LLP geleistet hat.

4.2. Wäre der Vertrag vom 24. August 2017 als einfacher Auftrag zu qualifizieren, hätte es der Klägerin obliegen, darzutun, dass sie alles für die Transaktion der Beklagten mit E._____ LLP Notwendige unternommen hat (BGE 144 III 43 E. 3.4.4. S. 51). Entsprechende Behauptungen stellt die Klägerin aber nicht auf. Der Anspruch auf eine Erfolgsprovision gestützt auf das Auftragsrecht allein ist daher abzuweisen. Wäre der Vertrag dagegen als Mäklervertrag zu qualifizieren, würde schon ein psychologischer Kausalzusammenhang genügen, um einen Provisionsanspruch zu begründen. Ob ein psychologischer Kausalzusammenhang, wie von der Klägerin behauptet, gegeben ist, ist nachfolgend zu untersuchen.

4.3. Ob die Klägerin den Datenraum strukturiert hat und ob dieser Datenraum Dokumente enthielt, die von ihr erstellt wurden bzw. woran sie mitgewirkt hat, kann offenbleiben. Selbst wenn die Behauptungen der Klägerin zutreffen würden, würde ein Kausalzusammenhang voraussetzen, dass die Beklagte diese Arbeitsergebnisse im Transaktionsprozess mit E._____ LLP verwendete. Dass dem so war, bestreitet die Beklagte (act. 22 Rz. 77, 79, 163). Damit wird die Klägerin für den Kausalzusammenhang behauptungs- und beweispflichtig (Art. 8 ZGB, Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dies gelingt der Klägerin nicht. Selbst wenn als gegeben hinzunehmen wäre, dass N._____ am 20. Oktober 2018 in O._____, wo auch die E._____ LLP ihren Sitz hat, während einigen Minuten auf den Datenraum zugegriffen, und bereits zuvor, am 28. September 2018, 409 von 600 Dokumenten aus dem Datenraum heruntergeladen hätte, beweist der Download alleine nicht, dass er dies tat, um diese Dokumente der E._____ LLP zugänglich zu machen. Aus der von der Klägerin eingereichten Zugriffsliste (act. 19/64) ergeben sich zahlreiche Aktivitäten von N._____, der laut der Beklagten bei ihr als Controller tätig ist (act. 22 Rz. 73). Woraus sich ein zwingender Zusammenhang zwischen dem Download am 28. September 2018, dem kurzzeitigen (und von der Klägerin inhaltlich nicht näher konkretisierten) Zugriff am 20. Oktober 2018 und allfälligen Verhandlungen der Beklagten mit E._____ LLP ergeben soll, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht näher dargetan. Der Download mag zwar ein

für die Sachdarstellung der Klägerin sprechendes Indiz sein, und es kann davon ausgegangen werden, dass die E._____ LLP nicht ohne Hintergrundinformationen in die Beklagte investiert hätte. Der Schluss jedoch, dass es die am 28. September 2018 heruntergeladenen Dokumente waren, die der E._____ LLP zur Verfügung gestellt wurden, ist rein spekulativ und wird durch keinerlei weitere Hinweise gestützt. Entgegen der Meinung der Klägerin (act. 18 Rz. 103 f.) ist es unter diesen Umständen auch nicht Sache der Beklagten, die Gründe für den Download näher dazulegen, zumal dieser allein keinen kausalen Zusammenhang mit der von E._____ getätigten Investition zu belegen vermöchte. Weitere Beweismittel offeriert die Klägerin zur Tatsache der Verwendung von Dokumenten durch die Beklagte nicht (act. 18 Rz. 101, 103). Der Kausalzusammenhang bleibt damit unbewiesen.

4.4. Unter diesen Umständen lässt sich der Kausalzusammenhang auch nicht fingieren (vgl. Art. 156 OR). Das künftige, ungewisse Ereignis, dessen Eintritt die Beklagte nicht treuwidrig verhindern durfte, war der Abschluss eines Zielgeschäfts bei bestehender Vertragsgrundlage, nachdem die Klägerin bereits den geschuldeten Beitrag geleistet hatte. Das Erfordernis eines durch die Klägerin geleisteten Beitrags an das Zustandekommen der Transaktion ist aber eine Voraussetzung für den Lohnanspruch, keine Bedingung im Sinne von Art. 151 OR, deren Eintritt die Beklagte treuwidrig verhindern könnte.

5. Fazit

Ungeachtet der Qualifikation des Vertrages als einfacher Auftrag oder als Mäklervertrag hat die Klägerin keinen vertraglichen Anspruch auf die Erfolgsprovision.

F. Anspruch auf Schadenersatz

1. Parteibehauptungen

1.1. Die Klägerin behauptet im Wesentlichen, sie habe gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR einen Anspruch auf Schadenersatz in Höhe der Erfolgsprovision (act. 1 Rz. 98 ff.). Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, jegliche potenziellen Gespräche mit Bezug auf eine mögliche Transaktion mit der Klägerin zu koordinieren. Dies habe

bedeutet, dass die Beklagte die Klägerin über direkt an sie gerichtete Anfragen informieren und die Klägerin in den Transaktions- und Verhandlungsprozess mit solchen Investoren miteinbeziehen musste. Diese Pflichten habe die Beklagte verletzt (act. 1 Rz. 100; act. 18 Rz. 227). Des Weiteren habe die Beklagte die Rolle der Klägerin als "lead adviser" missachtet und die Exklusivitätsabrede gemäss Ziffer 6 des Vertrages verletzt, indem sie P._____ bzw. dessen Q._____ Investment GmbH mit der Vermittlung und dem Vorantreiben der Transaktion mit E._____ LLP beauftragt habe (act. 18 Rz. 282 f., 291). Die Beauftragung von P._____ ergebe sich aus dessen Ernennung zum CFO der Beklagten als Folge der Investition durch E._____ LLP in die Beklagte, sowie aus dem Publizieren dieser Ernennung durch die E._____ LLP auf deren Webseite (act. 18 Rz. 288 f.). Diese Vertragsverletzungen hätten die Klägerin geschädigt, weil ihr die Erfolgsprovision entgangen sei (act. 1 Rz. 101; act. 18 Rz. 228). Hätte die Beklagte die Klägerin vertragsgemäss über das Interesse der E._____ LLP informiert und die Klägerin in den Transaktions- und Verhandlungsprozess miteinbezogen, hätte die Klägerin ihre vertraglichen Leistungen erbracht und ihr wäre nach Vollzug der Transaktion die Erfolgsprovision zugestanden (act. 1 Rz. 101).

1.2. Die Beklagte wendet ein, sie sei vertraglich weder verpflichtet gewesen, die Klägerin über direkt an die Beklagte gelangte Investoren zu informieren, noch habe sie die Klägerin in den Transaktions- und Verhandlungsprozess einbinden müssen (act. 10 Rz. 71, act. 22 Rz. 173). Einen anderen Berater habe die Beklagte nicht beigezogen (act. 22 Rz. 218). P._____ bzw. die R._____ Digital Services Ltd., in dessen Vorstand P._____ sei, habe die Beklagte zwar im Zusammenhang mit dem Aufbau eines Logistik-Hubs in S._____ [Land in Europa] bzw. beim Aufbau des "B'._____ Marketplace" unterstützt. Im Zusammenhang mit der von der Beklagten selbst beschafften Wachstumsfinanzierung sei P._____ indes weder von der Beklagten beauftragt noch vergütet worden (act. 22 Rz. 219, 222).

2. Rechtliches

Kann die Erfüllung einer Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (po-

sitive Vertragsverletzung, Art. 97 Abs. 1 OR). Geschuldet ist das Erfüllungsinteresse: Der Schuldner hat den Gläubiger in Bezug auf sein Vermögen so zu stellen, wie dieser stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre (BGE 120 II 296 E. 3b S. 299; BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38a). Nach ständiger Rechtsprechung gilt als Schaden dabei die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 145 III 225 E. 4.1.1. S. 232). Die Partei, die Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung begehrt, hat substantiiert zu behaupten und zu beweisen, dass die Gegenpartei eine vertragliche Verpflichtung nicht (gehörig) erfüllt hat und dass ihr dadurch adäquat-kausal der Schaden entstanden ist, dessen Ersatz sie begehrt (BGE 144 III 155 E. 2.3 S. 159).

3. Würdigung

3.1. Die Exklusivitätsklausel (Ziffer 6 des Vertrages, vgl. act. 3/6) gewährt der Klägerin "in Anbetracht ihrer Rolle und des Vertrages" die Exklusivität, während des Engagements als leitende Beraterin bezüglich der potentiellen Transaktion tätig zu sein ("In consideration of our role and Engagement, [die Beklagte] assign [der Klägerin] the exclusivity to act as the lead adviser relating to the potential Transaction during our Engagement."; vgl. act. 3/6 Ziff. 6 Satz 1). Weiter bestimmt die Klausel, dass die Beklagte alle potentiellen Diskussionen in Bezug auf eine mögliche Transaktion mit der Klägerin koordiniert, um einen effizienten und professionellen Prozess zu gewährleisten ("In order to ensure an efficient and professional process, [die Beklagte] coordinate any potential discussions taking place in relation to a possible Transaction with [der Klägerin]."; vgl. act. 3/6 Ziff. 6 Satz 2). Die Auslegung dieser Klausel hat ergeben, dass es mutmasslich dem Willen der Parteien entsprach, der Beklagten dann, wenn die Klägerin mehrere Berater beizieht, der Klägerin eine leitende Stellung einzuräumen. Im Weiteren obliegt es der Beklagten, die Klägerin über den Beizug dritter Berater sowie über selbständig geführte Verhandlungen zu informieren und ihr Vorgehen mit der Klägerin abzusprechen,

soweit dies notwendig ist, um Ineffizienzen zu vermeiden (vgl. E. III.D.2.2.4.1. ff. S. 24 ff.).

3.2. Die Beklagte war dagegen gestützt auf Ziffer 6 nicht verpflichtet, die Klägerin in den Verhandlungs- und Transaktionsprozess mit der E._____ LLP miteinzubeziehen. Indem die Beklagte dies nicht tat, hat sie die Exklusivitätsklausel nicht verletzt. Der Verweis der Klägerin auf das Urteil 4A_479/2011 des Bundesgerichts vom 28. November 2011 ist daher unzutreffend. Jenem Urteil lag ein Mäklervertrag zugrunde, in welchem die Parteien die Verhandlungsführung ausdrücklich der Mäklerin übertrugen (BGer 4A_479/2011 vom 28. November 2011 E. 2.6). Offen ist aber, ob die Beklagte Ziffer 6 Satz 2 des Vertrages verletzt hat, sollte sie die Klägerin nicht über die Gespräche mit der E._____ LLP informiert haben.

3.3. Diesbezüglich ist vorweg festzuhalten, dass die Beklagte der Klägerin nach eigener Darstellung am 28. November 2018 anlässlich einer Telefonkonferenz mitgeteilt habe, dass sie seit vier bis fünf Wochen mit einer "weiteren Partei" Verhandlungen führe (act. 1 Rz. 46). Die Identität dieser weiteren Partei wurde nach Darstellung der Klägerin an dieser Telefonkonferenz zwar nicht offenbart (vgl. act. 1 Rz. 47). Dies musste die Beklagte aber ohnehin nicht tun, denn einzig die Koordination der verschiedenen Verhandlungen bedarf nicht zwingend der Offenlegung der Identität der Investoren. Soweit es sich bei diesem "weiteren Investor" um die E._____ LLP gehandelt hat, kann der Beklagten nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe die Klägerin nicht über ihre Verhandlungen mit Dritten informiert.

3.4. Eine Pflichtverletzung der Beklagten ist indes selbst dann nicht rechtsgenügend von der Klägerin behauptet worden, hätte es die Beklagte gänzlich unterlassen, die Klägerin über ihre Verhandlungen mit der E._____ LLP zu informieren. Die Beklagte war nämlich nur dann zur Information und Koordination verpflichtet, soweit dies notwendig war, *um Ineffizienzen zu vermeiden*. Die Klägerin behauptet aber nicht, dass die Information der Beklagten über deren Verhandlungen mit der E._____ LLP notwendig gewesen wäre, um Ineffizienzen zu vermeiden. Sie behauptet nicht, dass die unterlassene Information und Koordination ein ungeordnetes, aufwändigeres Verfahren zur Folge hatte. Die Klägerin macht auch keine

Ausführungen dazu, zu welchem Zeitpunkt die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, sie über deren eigene Bemühungen zu informieren.

3.5. Ungenügend substantiiert ist sodann die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe P._____ als Berater im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Transaktion beauftragt. Die Klägerin führt nicht aus, wann und mit welchem Inhalt die Beklagte P._____ beauftragt haben soll und inwiefern sich dieser Auftrag mit jenem der Klägerin überschneidet. Schliesslich beweist weder die zeitliche Nähe der Rekrutierung P._____s als CFO der Beklagten noch die Erwähnung dieses Umstandes auf der Website von E._____ LLP, dass P._____ von der Beklagten beauftragt wurde, sie im Transaktionsprozess zu beraten (vgl. act. 19/90). Gegenteiliges kann auch nicht aus P._____s Tätigkeit bei der Q._____ Investment GmbH herausgelesen werden (vgl. act. 19/84).

3.6. Selbst wenn die Klägerin eine Pflichtverletzung der Beklagten dargetan hätte, wäre ihrem Schadenersatzbegehren kein Erfolg beschieden. Ihr Schadenersatzanspruch würde sich auf den Ausgleich der Ineffizienzen bzw. auf Ersatz der Mehrkosten beschränken, die durch unnötige und zusätzliche Aufwände entstanden sind, weil die Beklagte es unterliess, die Beklagte über ihre Verhandlungen mit E._____ LLP zu informieren und ihr Vorgehen abzusprechen. Nur diese Mehrkosten entsprechen dem Erfüllungsinteresse. Inwiefern darüberhinausgehend die Erfolgsprovision Teil des Erfüllungsinteresses der Klägerin sein soll, ist nicht ersichtlich. Mit dem Ersatz der Mehrkosten wäre die Klägerin bereits so gestellt, wie wenn die Beklagte ihrer Informations- bzw. Koordinationspflicht nachgekommen wäre. Solche Mehrkosten macht die Klägerin nicht substantiiert geltend: Ihre Ausführungen beschränken sich allgemein auf den Aufwand, den sie im Zusammenhang mit dem Mandat gehabt zu haben behauptet (vgl. act. 18 Rz. 106 ff.). Inwiefern es sich hierbei um ersatzfähige Mehrkosten handelt, erklärt die Klägerin nicht.

3.7. Ein Schaden ist indes auch dann nicht schlüssig dargetan, würde der Klägerin zugestimmt, dass bei der Schadensberechnung von der vollen Erfolgsprovision ausgegangen werden müsste. Aufgrund des Umstandes, dass ein Schaden nur die Verminderung des *Reinvermögens* ist, wären von der vollen Erfolgsprovi-

sion nicht nur jene Aufwendungen in Abzug zu bringen, welche die Klägerin bereits in Erfüllung des Vertrages hatte. Anzurechnen wären zusätzlich auch die Aufwendungen, welche die Klägerin erspart hat, indem sie die vertragsgemässen Leistungen nicht erbringen musste. Die Klägerin macht zwar Angaben zu den Aufwänden, welche sie im Zusammenhang mit dem Mandat behaupteterweise hatte (vgl. act. 18 Rz. 106 ff.). Welche Aufwände sie ersparte, indem sie keine Ressourcen einsetzen musste, um die Beklagte im Transaktions- und Verhandlungsprozess mit der E._____ LLP zu unterstützen und zu beraten, legt sie nicht dar. Die Klägerin unterlässt es gänzlich, diesbezüglich Behauptungen aufzustellen.

4. Fazit

Das Schadenersatzbegehren der Klägerin ist mangels nachgewiesener Pflichtverletzung sowie mangels substantiiert behauptetem Schaden abzuweisen. Ausführungen zu den übrigen Haftungsvoraussetzungen erübrigen sich.

G. Ansprüche infolge Kündigung

1. Parteibehauptungen

1.1. *Klägerin*

1.1.1. Die Klägerin behauptet zusammengefasst, die Voraussetzungen der Break-Up Fee gemäss Ziffer 7 lit. a) des Vertrages seien erfüllt: Die Beklagte habe den Vertrag beendet und es habe ein qualifiziertes Angebot vorgelegen, das die Beklagte abgelehnt habe (act. 18 Rz. 142 ff.). Zu einer Kündigung sei es nicht gekommen (act. 1 Rz. 27). Die Beklagte habe den Vertrag implizit beendet, indem sie an der Telefonkonferenz vom 28. November 2018 die Identität der E._____ LLP nicht offengelegt habe, sie die Klägerin in der Folge nicht in den Transaktions- und Verhandlungsprozess miteinbezogen habe und die Offerte der T._____ SA am 12. Dezember 2018 abgelehnt habe (act. 1 Rz. 35, 18 Rz. 145). Mit diesem Verhalten habe die Beklagte auf die Arbeit der Klägerin verzichtet, was einer Beendigung des Vertrages im Sinne von Ziffer 7 desselben gleichkomme (act. 18 Rz. 146). Diese Beendigung sei zur Unzeit erfolgt. Die Klägerin hätte ihre Res-

sources anders eingesetzt, hätte die Beklagte ihr früher mitgeteilt, dass sie das Angebot der T. _____ SA ablehnen würde. Nachdem die Beklagte das unverbindliche Angebot der T. _____ SA vom 20. Juli 2018 unterschrieben habe, habe die Klägerin nicht daran zweifeln müssen, dass die Beklagte an der Weiterverfolgung dieses Angebots interessiert gewesen sei. Im Vertrauen darauf habe die Klägerin ihre Tätigkeiten ab Juli 2018 ausgebaut. Sie habe 69% ihres Gesamtaufwandes ab August 2018 erbracht. Daher sei die Beendigung des Vertrages durch die Beklagte, zu welcher die Klägerin keinen begründeten Anlass gegeben habe, hinsichtlich des Zeitpunkts und aufgrund der bereits von der Klägerin getätigten Dispositionen nachteilig gewesen (act. 1 Rz. 40, 18 Rz. 189 ff.; Rz. 240 f.).

1.2. *Beklagte*

Die Beklagte bringt vor, sie habe den Vertrag weder beendet, noch habe sie dies zur Unzeit getan, noch habe sie implizit etwas zu verstehen gegeben. Eine Kündigung hätte zudem schriftlich erfolgen müssen. Sie habe nicht konkludent auf das Schriftformerfordernis verzichtet (act. 22 Rz. 116, 150 ff., 184).

2. Rechtliches

2.1. Ein einfacher Auftrag bzw. ein Mäklervertrag kann jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Erfolgt die Kündigung zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet (Art. 404 OR u.U. i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR). Dieses jederzeitige Beendigungsrecht ist zwingender Natur. Es darf weder vertraglich wegbedungen noch eingeschränkt werden (BGE 115 II 464 E. 2 S. 465 f., BGer 4A_196/2020 vom 16. Juli 2020 E. 6.1.).

2.2. Ein Vertrag, für den die schriftliche Form vorgeschrieben ist, muss die Unterschrift aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen (Art. 13 Abs. 1 OR). Nach Art. 16 Abs. 1 OR wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Diese Vermutung bezweckt den Schutz der Partei, die zum Zustandekommen einer rechtlichen Bindung eine Erklärung abzugeben hat. Es wird zu ihrem Schutz vermutet, sie wolle an ihre Willenserklärung nur gebunden sein, wenn sie schriftlich erfolgt. Dieser Grundsatz gilt auch für die Fälle, in denen jemand ein vertraglich eingeräumtes Gestaltungs-

recht ausübt, z.B. einen Vertrag kündigt. Ist für eine Gestaltungserklärung, mit der ein Erklärender ein Rechtsverhältnis umformt, die Schriftlichkeit vereinbart, so ist zu vermuten, dass der Erklärende die sich daraus ergebenden Verpflichtungen und Verzichtes erst auf sich nehmen will, wenn er seinen Willen in der vorbehaltenen Form geäussert hat (BGE 138 III 123 E. 2.4.1. S. 127 f.).

3. Würdigung

3.1. Eine Kündigung durch die Beklagte ist sowohl zur Begründung eines Anspruchs auf Schadenersatz gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR als auch zur Begründung eines Anspruchs auf eine Auflösungsgebühr ("Break-up Fee", vgl. act. 3/6 Ziff. 7 und oben E. III.C.1. S. 12) notwendig. Gemäss Ziffer 7 kann die Kündigung jederzeit erfolgen. Sie muss aber schriftlich und unter Einhaltung einer zehntägigen Kündigungsfrist erfolgen. Mit der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit entspricht der Vertrag Art. 404 Abs. 1 OR. Durch die Bindung an eine Form und an eine Frist wird das jederzeitige Kündigungsrecht weder vertraglich wegbedungen noch in unzulässiger Weise eingeschränkt. Es darf weiterhin jederzeit – unter Einhaltung der Form und der Frist – ausgeübt werden. Ein solcher Form- und Fristvorbehalt ist mit dem zwingenden Recht nach Art. 404 Abs. 1 OR vereinbar (OGer ZH RT140144 vom 16. Februar 2015, E. 7.1).

3.2. Die Ausführungen der Klägerin zur Kündigung bzw. zur Beendigung des Vertrages sind nicht schlüssig. Zunächst behauptet sie (act. 1 Rz. 27) – übereinstimmend mit der Beklagten (act. 22 Rz. 116) – es sei vorliegend nicht zu einer Kündigung gekommen. Später behauptet die Klägerin aber demgegenüber, die Beklagte habe die Vertragsbeziehung implizit beendet (act 18 Rz. 146). Aufgrund dieses Widerspruches erweist sich der Tatsachenvortrag der Klägerin betreffend die Beendigung des Vertrages als un schlüssig; die Subsumtion des Sachverhalts unter Ziffer 7 des Vertrages ist mangels Gewissheit darüber, ob nun eine Kündigung bzw. Beendigung des Vertrages stattgefunden hat oder nicht, nicht möglich. Alleine deshalb sind die Begehren der Klägerin abzuweisen (vgl. E. III.B. S. 8 f.).

3.3. Den klägerischen Begehren wäre indes auch dann kein Erfolg beschieden, stellte man lediglich auf ihre Ausführungen in der Duplik ab (act. 18 Rz. 142 ff.).

Der Vertrag setzt in Ziffer 7 Ingress ausdrücklich eine schriftliche Kündigung voraus ("written notice"). Dass eine solche schriftliche Kündigung vorliegt, behauptet die Klägerin aber gerade nicht. Es ist deshalb zu vermuten, dass die Beklagte den Vertrag nicht kündigte. Dabei bleibt es auch deshalb, weil die Klägerin nicht behauptete, dem Formvorbehalt komme lediglich deklarative Wirkung zu, bzw. die Parteien hätten die Formabrede stillschweigend bzw. konkludent aufgehoben.

4. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Anspruch der Klägerin auf eine Auflösungsgebühr bzw. auf Schadenersatz infolge Kündigung zur Unzeit mangels bewiesener und hierzu vorausgesetzter Kündigung abzuweisen ist. Ausführungen dazu, ob die Kündigung zur Unzeit erfolgte und ob das Angebot der T._____ SA ein Term Sheet bzw. eine verbindliche schriftliche Offerte im Sinne von Ziffer 7 lit. a) des Vertrages ist, erübrigen sich damit.

H. Zusammenfassung und Fazit

1. Im Jahr 2017 suchte die Beklagte einen Investor für eine Wachstumsfinanzierung. Zwecks Unterstützung hierbei, schloss sie am 24. August 2017 mit der Klägerin den als "Engagement Letter" bezeichneten Vertrag ab. In der Folge schloss die Beklagte ein Finanzierungsgeschäft mit der E._____ LLP ab. Diesen Geschäftsabschluss tätigte die Beklagte ohne die Unterstützung der Klägerin. Die Klägerin gelangte deshalb mit vorliegender Klage ans Handelsgericht.

2. Die Klägerin verlangte im Hauptstandpunkt die Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung der Erfolgsprovision. Die normative Auslegung des Vertrages hat ergeben, dass die Parteien weder eine Provisionsgarantie noch einen Verzicht auf das Leistungserfordernis vereinbart haben. Infolgedessen besteht der Anspruch der Klägerin auf eine Erfolgsprovision nur, sofern sie den vertraglich geschuldeten Beitrag zum Zustandekommen der Transaktion zwischen der Beklagten und der E._____ LLP geleistet hat. Dies hat sie nicht. Ein Kausalzusammenhang ist zudem nicht gegeben. Die Klägerin konnte nicht beweisen, dass die Beklagte in der Transaktion mit E._____ LLP auf die Arbeitsergebnisse der Klägerin zurückgriff.

Ein Provisionsanspruch gestützt auf Art. 156 OR scheidet aus, da auch ein solcher einen Beitrag der Klägerin zur Transaktion voraussetzt.

3. Die Klägerin beantragte im Eventualstandpunkt Schadenersatz infolge positiver Vertragsverletzung, da die Beklagte die vertraglich vereinbarte Exklusivitätsklausel verletzt habe. Die objektive Auslegung des Vertrages ergab keine Pflicht der Beklagten, die Klägerin in den Verhandlungs- und Transaktionsprozess mit der E._____ LLP miteinzubeziehen. Im Weiteren hat die Klägerin nicht dargetan, inwiefern die Koordination der Verhandlungen der Klägerin mit der E._____ LLP notwendig war, um Ineffizienzen zu vermeiden. Abschliessend ist es der Klägerin nicht gelungen, den Schaden genügend zu substantiieren.

4. Im Subeventualstandpunkt machte die Klägerin Ansprüche infolge Kündigung des Vertrages geltend. Namentlich machte sie einen Anspruch auf eine Auflösungsgebühr ("Break-up Fee") sowie einen Anspruch auf Schadenersatz infolge Kündigung zur Unzeit geltend. Der Klägerin gelang indes der Nachweis nicht, dass der Vertrag vom 24. August 2017 je durch die Beklagte gekündigt wurde.

5. Die Klage ist abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt in erster Linie nach dem Streitwert (vgl. Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG und § 2 Abs. 1 lit. a GebV OG); er bildet die Basis zur Berechnung der Grundgebühr (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt; Zinsen, Kosten und Eventualbegehren sind nicht hinzuzurechnen (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Er beträgt EUR 970'000.– (act. 1 S. 2), bzw., da am Tag der Klageeinleitung ein Euro rund CHF 1.14 kostete, CHF 1'105'800.–. Die Grundgebühr beträgt damit rund CHF 32'000.–. Diese erscheint angesichts des Aufwands angemessen. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

2. Ausgangsgemäss ist der Beklagten zudem eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Deren Höhe richtet sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG ZH) und damit in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 32'400.–. Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um rund 40 % zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Klägerin hat der Beklagten daher eine Parteientschädigung von rund CHF 45'400.– zu entrichten.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 32'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 45'400.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'105'800.–.

Zürich, 18. November 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Rudolf Hug