

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB210057-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 22. März 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 5. Oktober 2021; Proz. CG180005**

### Ursprüngliches Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

"1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Einblick in den von ihm abgeschlossenen Vertrag zum Kauf der "C.\_\_\_\_\_ Gruppe" (gehal-

ten von der D.\_\_\_\_\_ GmbH) zu geben und namentlich den bezahlten Kaufpreis zu dokumentieren;

2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen nach Auskunftserteilung gemäss Ziff. 1 noch zu beziffernden Betrag in Höhe von 2,5% des Kaufpreises zuzüglich 7.7% MWST (mindestens aber Fr. 50'000.–) zu bezahlen;
3. Es sei das Betreibungsamt Affoltern am Albis anzuweisen, den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 10.11.2017) im Umfang des gemäss Ziff. 2 bezifferten Betrages zu beseitigen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% MWST) zu lasten des Beklagten."

#### **Angepasstes Rechtsbegehren:**

(act. 22 S. 4)

- "1. [unverändert]
2. [unverändert]
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 10.11.2017) sei im Umfang des gemäss Ziff. 2 zu beziffernden Betrages zu beseitigen.  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% MWST) zu lasten des Beklagten."

#### **Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes:**

##### **Es wird beschlossen:**

1. Antrag 1 des Rechtsbegehrens der Klägerin wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

##### **Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 20'000.–; die weiteren Kosten betragen Fr. 775.– Auslagen für Zeugenentschädigungen.
3. Die Entscheidgebühr und die Auslagen für Zeugenentschädigungen werden der Klägerin auferlegt und mit den von den Parteien (Klägerin: Fr. 7'550.–; Beklagter: Fr. 500.–) geleisteten Kautionen verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 29'079.– (inkl. 7.7% MWST) zu bezahlen.
5. Die Klägerin wird weiter verpflichtet, dem Beklagten die von ihm geleistete Kaution in der Höhe von Fr. 500.– zurückzuerstatten.
6. (Mitteilung)
7. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**  
(act. 166 S. 2 ff.)

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 5. Oktober 2021 aufzuheben und der Beklagte/Appellat in Gutheissung der Klage zu verpflichten, der Klägerin/Appellantin den Betrag von CHF 334'004.62 (CHF 310'125 zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7%) zu bezahlen.
2. Es sei der Klägerin in der Betreuung ... des Betreibungsamtes Affoltern am Albis im Betrag von CHF 216'000. 00 zuzüglich Zins von 5 % seit 1. November 2017 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Eventualiter: Es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Es seien die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beklagten/ Appellaten aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, die Klägerin in Höhe von CHF 29'079.00 (inklusive Mehrwertsteuer von 7.7 %) prozessual zu entschädigen.
5. Es seien die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten/ Appellaten aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, die Klägerin/ Appellantin prozessual für das Berufungsverfahren zu entschädigen, zuzüglich Mehrwertsteuer."

## **Erwägungen:**

### **I.**

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan: Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft, die unter anderem im Bereich der Vermittlung von Gastrobetrieben und -liegenschaften aktiv ist. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Beklagter) ist in leitender Stellung in der Gastronomie tätig. Die Klägerin stellt sich im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt, gegenüber dem Beklagten aufgrund der Vermittlung einer Gastro-Gruppe Anspruch auf eine Vermittlungsprovision zu haben. Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage.

### **II.**

1. Mit Eingabe vom 12. September 2018 reichte die Klägerin die vorliegende Klage samt Klagebewilligung beim Bezirksgericht Affoltern am Albis (Vorinstanz) ein (act. 1 und 2). Nach Einholung eines Kostenvorschusses (act. 6; act. 8) wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 15. Oktober 2018 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Die Klageantwort ging am 16. November 2018 ein (act. 16). Am 21. Januar 2019 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt, an der die Replik mündlich erstattet wurde (Prot. Vi S. 5 f.; act. 22). Mit Verfügung vom 21. Januar 2019 wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung einer schriftlichen Duplik angesetzt (act. 24). Die schriftliche Duplik wurde am 11. Februar 2019 erstattet (act. 27). Eine Stellungnahme der Klägerin zu Noven in der Duplik wurde alsdann am 20. März 2019 eingereicht (act. 33). Mit Beschluss vom 3. Juli 2019 wurden die Verkäufer der "C.\_\_\_\_-Gruppe", E.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_, zur Edition des vollständigen Kaufvertrags sowie der damit zusammenhängenden Verkaufs- und Zahlungsbelege verpflichtet (act. 39). Am 10. Juli 2019 erging ein Beweisbeschluss (act. 44). Am 17. Juli 2019 edierten E.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ den Kaufvertrag samt Beilagen (act. 45, act. 46 und act. 47/1-27). Für das Beweisverfahren leisteten die Klägerin und der Beklagte einen Kostenvorschuss (act. 50; act. 54). Es folgten diverse Verfügungen des Gerichts und Eingaben bzw. Stellungnahmen

der Parteien (act. 53 ff.). Im Oktober 2020 wurden Beweisverhandlungen durchgeführt (Prot. Vi S. 25 ff.), mit der Einvernahme von Zeugen (G. \_\_\_\_\_ [act. 142/1], E. \_\_\_\_\_ [act. 142/2], F. \_\_\_\_\_ [act. 142/3], H. \_\_\_\_\_ [act. 142/4], I. \_\_\_\_\_ [act. 142/6], J. \_\_\_\_\_ [act. 142/7], K. \_\_\_\_\_ [act. 142/8], L. \_\_\_\_\_ [act. 142/9]) und der Parteibefragung (M. \_\_\_\_\_ [Prot. Vi S. 33-60], N. \_\_\_\_\_ [Prot. Vi S. 60-78], Beklagter [Prot. Vi S. 79 - 107]). Mit Verfügung vom 19. Januar 2021 wurden vom Beklagten anlässlich der Beweisverhandlungen neu eingereichte Dokumente als Beweismittel nicht zugelassen und aus dem Recht gewiesen sowie Editionsanträge des Beklagten abgewiesen (act. 145). Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen (act. 145). Die entsprechende Stellungnahme des Beklagten datiert vom 22. Februar 2021 (act. 150). Die Klägerin liess sich nicht vernehmen. Am 5. Oktober 2021 ergingen Beschluss und Urteil der Vorinstanz (act. 150 = act. 169/2 = act. 170 [Aktensexemplar]).

2. Mit Eingabe vom 17. November 2021 erhob die Klägerin Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz (act. 166). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-164). Mit Verfügung vom 24. November 2021 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 171). Der Vorschuss ging am 6. Dezember 2021 ein (act. 174). Das Verfahren ist spruchreif (vgl. Art. 312 Abs. 1 HS 2 ZPO).

### III.

1. Die Klägerin ist durch das angefochtene Urteil beschwert. Es handelt sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 157) und der einverlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 172; act. 174). Dem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen.

2. Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht allerdings grundsätzlich auf

die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Parteien haben mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben haben. Sie haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_580/2015 vom 11.04.2016 E. 2.2). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente der Parteien gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (BGer 2C\_124/2013 vom 25.11.2013 E. 2.2.2).

#### IV.

1. Die Vorinstanz hat die Sachverhaltsdarstellungen der Parteien umfassend wiedergegeben (act. 170 S. 8-44). Darauf ist zu verweisen. Zusammengefasst nehmen die Parteien die nachfolgenden Standpunkte ein.
2. Die Klägerin bringt vor, mit dem Beklagten einen mündlichen Vertrag abgeschlossen zu haben, wonach der Beklagte sich verpflichtet habe, bei erfolgreicher Vermittlung einer zum Verkauf stehenden Gastro-Gruppe eine Vermittlungsprovision in Höhe von 2.5% des Kaufpreises (exkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen, wobei es unerheblich sei, ob am Kauf noch andere Parteien beteiligt seien (act. 2 Rz. 7) bzw. ob der Beklagte selbst Haupteigentümer des Verkaufsobjekts würde oder nicht (act. 22 S. 7):
  - Am 21. Oktober 2016 hätten sich M.\_\_\_\_\_ von der Klägerin und der Beklagte in Zürich getroffen. Der Beklagte habe M.\_\_\_\_\_ darüber informiert, dass er als Geschäftsführer der O.\_\_\_\_\_-Restaurantgruppe entlassen worden sei und nun eine neue Herausforderung suche. Er habe M.\_\_\_\_\_ konkret angefragt, ob er nicht Kenntnis einer zum Verkauf stehenden Gastro-Gruppe habe, die er alleine oder allenfalls mit anderen zusammen erwerben könne.

- M.\_\_\_\_\_ habe dem Beklagten in Aussicht gestellt, im Netzwerk der Klägerin entsprechende Abklärungen zu tätigen, und habe mit ihm vereinbart, dass für die erfolgreiche Vermittlung eines solchen "Objektes" von ihm eine geschäftsübliche Vermittlungsprovision in Höhe von 2.5% des Kaufpreises (exkl. MWST) zu bezahlen sei, wobei es unerheblich sei, ob am Kauf noch andere Parteien beteiligt seien. Der Beklagte habe sich mit dieser Vereinbarung einverstanden erklärt (act. 2 Rz. 7; s.a. act. 22 S. 7).
- Am 22. Oktober 2016 habe sie (die Klägerin) dem Beklagten eine Vertraulichkeitserklärung (act. 4/10) zugestellt und am selben Tag unterschrieben zurückerhalten. Auch mit dem vom Beklagten benannten Zweitinteressenten P.\_\_\_\_\_ habe sie eine sog. "Diskretionsvereinbarung" abgeschlossen (act. 2 Rz. 10).
  - Am 26. Oktober 2016 habe ein Treffen stattgefunden, an dem M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und der Beklagte teilgenommen hätten. Man habe das weitere Vorgehen besprochen und es seien erste Unterlagen abgegeben und die Vermittlungsprovision bekanntgegeben worden (act. 2 Rz. 16). Dem Beklagten sei das "Term-Sheet" (act. 4/9) übergeben worden (act. 22 S. 7). Es seien nochmals die Bedingungen der Vermittlungstätigkeit diskutiert worden und auch dieses Mal sei der Beklagte damit einverstanden gewesen (act. 22 S. 7).
  - Am 28. Oktober 2016 habe der Beklagte ein Motivationsschreiben mit einer unverbindlichen Offerte an die Verkäuferschaft gesandt (act. 2 Rz. 12; act. 4/12).
  - Am 13. Dezember 2016 habe ein Treffen der Parteien bei N1.\_\_\_\_\_ stattgefunden, an dem nochmals die Eckpunkte des weiteren Vorgehens festgehalten worden seien. Mit E-Mail vom nächsten Tag habe sie (die Klägerin) den Beklagten an die getroffene Vereinbarung erinnert und für den Erfolgsfall einen Pauschalpreis vorgeschlagen, der sich am vom Beklagten offerierten Richtwert der "C.\_\_\_\_\_ -Gruppe" orientiert habe (act. 2 Rz. 15; act. 22 S. 13).

Im Sommer 2017 habe sie, die Klägerin, einer Pressemeldung der Beteiligungsgesellschaft Q.\_\_\_\_\_ AG entnommen, dass diese gemeinsam mit dem Buy-in Management Team B.\_\_\_\_\_ (Beklagter) und P.\_\_\_\_\_ die "C.\_\_\_\_\_ -Gruppe" gekauft habe (act. 2 Rz. 17). Sie habe daraufhin den Beklagten wegen der Vermittlungsprovision kontaktiert. Dieser habe aber in Abrede gestellt, eine entsprechende Vereinbarung getroffen zu haben (act. 2 Rz. 18 f.).

3. Der Beklagte bestreitet, mit der Klägerin einen Vermittlungsvertrag geschlossen zu haben (act. 2 Rz. 5). Er sei davon ausgegangen, dass, wenn überhaupt, eine Provision beim Verkäufer anfalle (act. 16 Rz. 6). Bis zum E-Mail der Klägerin vom 14. Dezember 2016 sei von einer Provision nie die Rede gewesen (act. 16 Rz. 13 f.). Gegen dieses E-Mail sei umgehend remonstriert worden (act. 16 Rz. 15; act. 27 Rz. 15). Er habe auch keinen von der Klägerin vermittelten Betrieb gekauft, so dass eine allfällige Provision nie fällig geworden wäre (act. 2 Rz. 5, 13).

4. Die Vorinstanz kam nach Durchführung des Beweisverfahrens zum Schluss, der Klägerin sei es nicht gelungen zu beweisen, dass die Parteien eine mündliche Vereinbarung und damit einen Vertrag mit dem von der Klägerin behaupteten Inhalt abgeschlossen haben (act. 170 S. 61). Entsprechend wies sie die Klage ab. Die Klägerin rügt mit der vorliegenden Berufung im Wesentlichen eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts als Folge einer unzutreffenden Beweiswürdigung (act. 166 S. 5).

## V.

1. Die Klägerin macht geltend, mit dem Beklagten einen mündlichen Mäklervertrag im Sinne von Art. 412 OR abgeschlossen und aufgrund ihrer erfolgreichen Vermittlungstätigkeit Anspruch auf die vereinbarte Vermittlungsprovision von 2.5% des Kaufpreises (zzgl. MWST) zu haben (act. 2 Rz. 24 f.).

2.1 Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Massgebend ist in erster



Linie der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien. Zu prüfen ist, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Falls dies zu bejahen ist, besteht ein tatsächlicher Konsens (BGer 5C.17/2002 vom 26. August 2002 E. 1.1). Kann ein solcher nicht festgestellt werden, sind die Willensäußerungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 140 III 367 E. 3.1; BGE 137 III 145 E. 3.2.1). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des (behaupteten) Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteeverhalten ist dafür nicht von Bedeutung; es kann höchstens im Rahmen der Beweiswürdigung auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 144 III 93 E. 5.2.2 f.; BGE 133 III 61 E. 2.2.2.2; BGer 4A\_171/2020 vom 28. August 2020 E. 6.1; BGer 4A\_80/2013 vom 30. Juli 2013 E. 2.2). Als Auslegungselement zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens aufgrund des Vertrauensprinzips ist aber etwa die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen (BGer 4C.244/2002 vom 4. Oktober 2002 E. 2.1).

2.2 Die Behauptungs- und Beweislast für den Abschluss des Vertrags obliegt der Klägerin, die gegenüber dem Beklagten einen vertraglichen Anspruch geltend macht (Art. 8 ZGB). Der Beweis ist erbracht, wenn das Gericht aufgrund objektiver Gesichtspunkte von der Verwirklichung einer Tatsache überzeugt ist und allfällig vorhandene Zweifel nicht als erheblich erscheinen (BSK ZGB-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 17). Die beweisbelastete Partei trägt die Folgen der Beweislosigkeit.

2.3 Entscheidend ist damit, ob die Klägerin einen Sachverhalt behauptet und gegebenenfalls bewiesen hat, aus dem sich ein tatsächlicher oder sekundär ein normativer Konsens zum Abschluss eines Mäklervertrags mit dem Beklagten ergibt.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Klägerin eine mündliche Einigung überhaupt genügend substantiiert behauptet hat. Wie sich zeigen wird, kann dies angesichts des Beweisergebnisses aber offen bleiben.

3. Die Vorinstanz hat ein Beweisverfahren durchgeführt. Zur Frage des Vertragsschlusses hat sie über folgende Behauptungen Beweis abgenommen und der Klägerin den Hauptbeweis auferlegt (act. 44 S. 2 f.):

- *"dass die Klägerin, vertreten durch M.\_\_\_\_\_, und der Beklagte am 21. Oktober 2016 mündlich eine Vereinbarung schlossen, wonach sich der Beklagte verpflichtete, der Klägerin für die erfolgreiche Vermittlung einer vom Beklagten erworbenen Gastro-Gruppe eine Vermittlungsprovision in Höhe von 2.5% des Verkaufspreises (exkl. MWST) zu bezahlen, unabhängig davon, ob am Kauf nebst dem Beklagten noch andere Parteien beteiligt sind (act. 2 Ziff. 7 und Ziff. 14)" (Beweissatz 1);*
- *"dass das zweite Gespräch zwischen den Parteien (M.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Klägerin und dem Beklagten) am 26. Oktober 2016 in den Räumlichkeiten und im Beisein von M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und des Beklagten stattfand (act. 2 Rz. 16 und act. 22 S. 7 und 8)" (Beweissatz 2.1);*
- *"dass dem Beklagten anlässlich des zweiten Gesprächs vom 26. Oktober 2016 das undatierte Term-Sheet (act. 4/9) ausgehändigt wurde (act. 22 S. 7 und S. 8)" (Beweissatz 2.2);*
- *"dass anlässlich des zweiten Gesprächs vom 26. Oktober 2016 nochmals die Bedingungen der Vermittlungstätigkeit diskutiert und die Vermittlungsprovision von 2.5% bekannt gegeben wurden und dass der Beklagte auch dieses Mal einverstanden gewesen war (act. 2 Rz. 16 und Rz. 20 sowie act. 22 S. 7 und S. 13)" (Beweissatz 2.3);*
- *"dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten eine Provision in der Höhe von 2.5% der Verkaufssumme (der "C.\_\_\_\_\_-Gruppe") vereinbart wurde (act. 22 S. 7)" (Beweissatz 2.4);*
- *"dass die Parteien vereinbart haben, dass die Provision vom Beklagten an die Klägerin zu bezahlen ist, wenn der Verkauf aufgrund der Vermittlung der Klägerin über den Beklagten zustande kommt, und zwar unabhängig davon,*

*ob der Beklagte selbst Haupteigentümer des Verkaufsobjekts würde oder nicht (act. 22 S. 7)" (Beweissatz 2.5).*

4. Die Vorinstanz nahm zu *Beweissatz 1* die von der Klägerin offerierten Beweise ab, nämlich die Parteibefragung von M.\_\_\_\_\_ (Verwaltungsratspräsident der Klägerin) und des *Beklagten* (act. 170 S. 46 ff.; Prot. Vi S. 32 ff., 79 ff.). Aufgrund der übereinstimmenden Ausführungen beider befragten Personen erachtete sie als erstellt, dass am 21. Oktober 2016 zwar ein Treffen zwischen M.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten stattgefunden hat, es dabei jedoch – entgegen der Darstellung der Klägerin in den Rechtsschriften – weder zum Abschluss einer Vereinbarung gekommen noch seitens der Klägerin gegenüber dem Beklagten erwähnt worden sei, dass für die erfolgreiche Vermittlung einer erworbenen Gastro-Gruppe eine Vermittlungsprovision in Höhe von 2.5% des Verkaufspreises (exkl. MWST) zu bezahlen sei. Entsprechend sei der Klägerin der Beweis für ihre Tatsachenbehauptung gemäss *Beweissatz 1* nicht gelungen. Diese Ausführungen und der gezogene Schluss werden von der Klägerin zu Recht nicht beanstandet (act. 166 S. 9).

5. Zu den *Beweissätzen 2.1, 2.2 und 2.3* offerierte die Klägerin die Einvernahme von G.\_\_\_\_\_ als Zeuge und die Parteibefragung bzw. Beweisaussage von M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_ (Verwaltungsrat der Klägerin) und des Beklagten. Zu den *Beweissätzen 2.4 und 2.5* offerierte sie die Parteibefragung bzw. Beweisaussage von M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_ und des Beklagten. Die Beweise wurden von der Vorinstanz abgenommen (act. 170 S. 48 ff.; Prot. Vi S. 32 ff., 79 ff.; act. 142/1).

5.1.1 Die Zeugenaussage von G.\_\_\_\_\_ gab die Vorinstanz zusammengefasst wie folgt wieder: Der Zeuge habe bestätigt, dass ein Treffen von M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, dem Beklagten und ihm stattgefunden habe (gemäss *Beweissatz 2.1*); er habe aber keine verlässlichen Angaben zum Zeitpunkt des Gesprächs machen können (act. 170 S. 48 f.). Betreffend *Beweissatz 2.2* habe der Zeuge zu Protokoll gegeben, dass ihm (dem Zeugen) das Term-Sheet (act. 4/9) übergeben worden sei. Da die Übergabe des Term-Sheets die normale Vorgehensweise sei, nehme er an, dass das Dokument auch den übrigen Personen am Tisch übergeben worden sei. Auf die konkrete Frage, ob das Term-Sheet auch dem Beklagten übergeben

worden sei, habe der Zeuge zur Antwort gegeben, dass er das nicht wisse, es aber annehme. Damit – so die Vorinstanz – habe der Zeuge G.\_\_\_\_\_ nicht zu bestätigen gewusst, dass das Term-Sheet dem Beklagten anlässlich des Gesprächs, das er schliesslich auf Winter 2017 datiert habe, tatsächlich ausgehängt worden sei (act. 170 S. 49 f.). Hinsichtlich Beweissatz 2.3 habe der Zeuge nicht (mehr) gewusst, ob sich der Beklagte am Gespräch zu seinen finanziellen Möglichkeiten geäussert habe und ob dieser mit der Bezahlung einer Vermittlungsprovision in der Höhe von 2.5% ausdrücklich einverstanden gewesen sei. Ebenso wenig habe der Zeuge bestätigen können, ob es zu einer übereinstimmenden Willenserklärung zwischen der Klägerin und dem Beklagten gekommen sei, wonach der Beklagte die Provision selbst dann hätte zahlen müssen, wenn er das Objekt nicht selber kaufe (act. 170 S. 50 f.). Demgemäss habe der Zeuge G.\_\_\_\_\_ nicht zu bestätigen vermocht, dass es anlässlich des Gesprächs vom 26. Oktober 2016 seiner Wahrnehmung nach zum mündlichen Abschluss und damit zum Austausch gegenseitiger Willenserklärungen bezüglich der von der Klägerin behaupteten Vereinbarung gekommen sei (act. 170 S. 51 f.).

5.1.2 Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe sich sehr weitgehend auf den Umstand abgestützt, dass der Zeuge G.\_\_\_\_\_ den Zeitpunkt der Besprechung vom 26. Oktober 2016 nicht mehr präzise habe angeben können. Sie missachte dabei, dass zwischen der Besprechung und der Zeugeneinvernahme ein Zeitraum von vier Jahren liege. Die Unsicherheit belege vielmehr die Glaubwürdigkeit des Zeugen (act. 166 S. 11). Was die Übergabe des Term-Sheet (act. 4/9) betreffe, habe der Zeuge G.\_\_\_\_\_ zwar nicht ausdrücklich bestätigen können, dass dieses auch dem Beklagten übergeben worden sei. Es müsse aus seinen Aussagen über den Verlauf und den Gegenstand der Besprechung aber durchaus zwingend abgeleitet werden, dass die Vertreter der Klägerin (M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_) mit dem Beklagten sehr wohl alle Konditionen des Geschäfts im Zusammenhang mit der Gastronomie-Gruppe "C.\_\_\_\_\_" besprochen hätten. Der Zeuge habe bestätigt, dass die Bedingungen für eine Vermittlungstätigkeit (der Klägerin) diskutiert worden seien (act. 166 S. 12 f.), insbesondere auch die Höhe der Vermittlungsprovision von 2.5% der effektiven Kaufsumme (act. 166 S. 14). Er habe sich andererseits an eine (ausdrückliche) Erklärung des Einverständnisses des Beklagten nicht er-

innern können (act. 166 S. 14). Immerhin müsse als erstellt gelten, dass dem Beklagten – unabhängig von der umstrittenen Übergabe des "Term-Sheet" – die Konditionen der Vermittlungstätigkeit der Klägerin durchaus bekannt gegeben worden seien (act. 166 S. 14 f.).

5.1.3.1 Entgegen der Klägerin hat die Vorinstanz die fehlende Erinnerung des Zeugen in zeitlicher Hinsicht zwar erwähnt, aber nicht massgeblich darauf abgestellt. Tatsächlich ist der genaue Zeitpunkt des Treffens von untergeordneter Bedeutung. Zentral ist, ob der Zeuge bestätigen konnte, dass anlässlich des Gesprächs (in Anwesenheit von M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, des Beklagten und des Zeugen [vgl. Beweissatz 2.1]) dem Beklagten das Term-Sheet (act. 4/9) ausgehändigt wurde (Beweissatz 2.2), die Bedingungen der Vermittlungstätigkeit diskutiert und die Vermittlungsprovision von 2.5% der Verkaufssumme bekannt gegeben wurden sowie dass der Beklagte damit einverstanden war (Beweissatz 2.3). Diese Bestätigung muss in einer Art und Weise erfolgen, die das Gericht von der Verwirklichung der bestätigten Tatsache überzeugt und allfällig vorhandene Zweifel als nicht erheblich erscheinen lässt (vorne E. 2.2).

5.1.3.2 Der Zeuge G.\_\_\_\_\_ erklärte, er habe an dem Gespräch teilgenommen, weil er im Rahmen einer losen Zusammenarbeit mit der Klägerin zu tun gehabt habe und von M.\_\_\_\_\_ gebeten worden sei, bei der Besprechung dabei zu sein. M.\_\_\_\_\_ habe auch sein (des Zeugen) Netzwerk nutzen wollen und er hätte die Chance bekommen "dieses Geschäft ebenfalls zu akquirieren und somit an einer Vermittlungsprovision [zu partizipieren]" (act. 142/1 S. 7). Das Dokument act. 4/9 (Term-Sheet) sei ihm, dem Zeugen, übergeben worden. Damit habe er in der Folge dann auch selber akquiriert (act. 142/1 S. 8). Er wisse nicht, ob das Dokument auch dem Beklagten übergeben worden sei. Er nehme dies aber an; dies sei die normale Vorgehensweise (act. 142/1 S. 9). Man habe über die Parameter des Objekts und über die Konditionen gesprochen (act. 142/1 S. 9). Er erinnere sich gut, dass die Bedingungen für eine Vermittlungstätigkeit diskutiert worden seien, weil dies für ihn essentiell sei; wenn er partizipiere, müsse er auch wissen, was er daran verdienen könne, wenn er erfolgreich akquiriere (act. 142/1 S. 10). Auch auf dem Fact Sheet sei erkennbar, dass es eine Käuferprovision sei (act. 142/1 S.

10). Es sei beim Gespräch um Parameter und Grundsätze gegangen. Aber an Details könne er sich nicht mehr erinnern, beispielsweise wie stark das Interesse gewesen sei (act. 142/1 S. 10). Die Höhe der Vermittlungsprovision sei bekannt gegeben worden. Der Anlass dieser Diskussion bzw. Bekanntgabe sei immer derselbe: Es gehe um die Absicherung ihrer ("unserer") Leistungen und um Klarheit darüber, wer die Provision im Erfolgsfall zu entrichten habe. Dies müssten sie ("wir") wissen und mitteilen. Er habe dies auch bei seiner Akquise seinen Kunden mitteilen müssen, die in diesem Fall leider erfolglos gewesen sei (act. 142/1 S. 11). Nicht zu erinnern vermöge er sich daran, ob der Beklagte mit der Bezahlung einer Vermittlungsprovision in der Höhe von 2.5% einverstanden gewesen sei (act. 142/1).

5.1.3.3 Die Übergabe des Term-Sheet (nicht nur an den Zeugen, sondern auch) an den Beklagten und eine Einverständniserklärung des Beklagten konnte der Zeuge G.\_\_\_\_\_ damit nicht bestätigen. Hiervon geht auch die Klägerin aus. Die umstrittene Frage, ob die Konditionen der Vermittlungstätigkeit bekannt gegeben wurden, wurde vom Zeugen bestätigt. Allerdings beruhte diese Bestätigung ganz wesentlich auf dem Umstand, dass es seiner Erfahrung nach immer so gewesen sei. Konkrete Äusserungen, Fragen, Reaktionen oder sonstige Anhaltspunkte, die auf eine Diskussion dieser Konditionen im Rahmen des Gesprächs schliessen liessen, vermochte er nicht zu schildern. Dies ist zwar aufgrund des zeitlichen Abstands nicht verwunderlich, hinterlässt aber ernsthafte Zweifel bzw. die Ungewissheit darüber, was tatsächlich in welcher Art und Weise besprochen wurde.

Eine konkludente Willenserklärung seitens der Vertreter der Klägerin könnte an sich in der behaupteten – aber wie gesehen vom Zeugen nicht in überzeugender Weise bestätigten – Aushändigung des Term-Sheet gesehen werden. Dieses hat folgenden Wortlaut (act. 4/9):

#### **"Angebot Gastronomie-Gruppe**

##### **Vertraulich**

Standort: 14 Betriebe: 10 Eigene / 4 Franchise  
3 neue Betriebe in Planung

Umsatz: 2015 CHF 21 Mio.  
Cash Flow: CHF 3 Mio.  
Kaufpreis: CHF 12 Mio. (Übernahme der AG)  
Timing: Mai 2017  
Details und Kontakt: über A. \_\_\_\_\_  
(Bilanzen, Erfolgsrechnungen,  
Mietverträge, Franchiseverträge usw.)

**Honorar A. \_\_\_\_\_ 2.5 % Vermittlungsgebühr vom Bruttoverkaufspreis exkl. MwSt."**

Dieses Term-Sheet sagt für sich genommen nichts darüber aus, ob der Käufer oder der Verkäufer eine Vermittlungsgebühr zu bezahlen hat. Immerhin deutet die Bezugnahme auf den Bruttoverkaufspreis (statt auf den Bruttokaufspreis) eher darauf hin, dass nach diesem Dokument die Verkäuferschaft die Vermittlungsgebühr bezahlen soll. Auch wenn man also annähme, dem Beklagten sei das Term-Sheet übergeben worden, liesse sich aus diesem Umstand nichts zugunsten der Klägerin ableiten.

Weder von der Klägerin konkret behauptet noch vom Zeugen erwähnt wird im Weiteren die Reaktion des Beklagten anlässlich des Gesprächs vom 26. Oktober 2016, nachdem seitens der Klägerin die Bedingungen der Vermittlungstätigkeit geschildert und das Term-Sheet übergeben worden sein sollen. Eine konkrete (ausdrückliche oder konkludente) Willenserklärung des Beklagten – z.B. die Äusserung "einverstanden" – wird nicht behauptet und ist nicht dargetan.

5.2.1 Die Aussagen von M. \_\_\_\_\_ in der Parteibefragung gab die Vorinstanz zusammengefasst bzw. im Sinne eines Fazits wie folgt wieder: Er habe die zum Beweis verstellten Tatsachenbehauptungen gemäss den Beweissätzen 2.1 bis 2.4 bestätigt, jene gemäss Beweissatz 2.5 mit der Einschränkung, dass er nicht mehr gewusst habe, wann – ob am 26. Oktober 2016 oder zu einem späteren Zeitpunkt – vereinbart worden sei, dass die Provision unabhängig davon, ob der Beklagte selbst Haupteigentümer des Verkaufsobjektes würde oder nicht, geschuldet sei (act. 166 S. 54).

5.2.2 Dieses Fazit wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt (act. 166 S. 15). Kritisiert wird allerdings die vorinstanzliche Erwägung, es sei bei der Würdigung der Aussagen von M.\_\_\_\_\_, von N.\_\_\_\_\_ und des Beklagten zu berücksichtigen, dass sie alle ein erhebliches Interesse am für sie günstigen Ausgang des vorliegenden Verfahrens hätten und sich ihre Ausführungen im Rahmen der Parteibefragung denn auch fast gänzlich mit denjenigen in den Parteivorträgen deckten, weshalb der Beweiswert ihrer Aussagen geringer einzustufen sei, als derjenige des Zeugen G.\_\_\_\_\_ (act. 170 S. 45). Die Klägerin moniert, es handle sich hierbei um eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung der Beweisaussage (korrekt: der Parteibefragung) und verletze die Grundsätze der freien Beweiswürdigung. Es sei nicht zulässig, einem gesetzlich vorgesehenen Beweismittel von vornherein einen verminderten Beweiswert beizumessen (act. 166 S. 6). Zudem bilde die Kohärenz der Sachverhaltsdarstellung der Verwaltungsräte der Klägerin, wiedergegeben zum einen in den klägerischen Rechtsschriften und zum andern in ihren Aussagen im Rahmen des Beweisverfahrens, entgegen der Vorinstanz kein Indiz für einen geringeren Beweiswert, sondern spreche vielmehr für deren Glaubwürdigkeit (act. 166 S. 7).

5.2.3.1 Richtig ist, dass sich das Gericht gemäss Art. 157 ZPO seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise bildet und den gesetzlich vorgesehenen Beweismitteln kein bestimmter Beweiswert zugemessen wird (LORENZ, Beweiserhebung mittels Parteiaussage, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 373 m.H.). Einem Beweismittel darf nicht im Voraus in allgemeiner Weise die Beweiseignung abgesprochen werden (BGE 143 III 297 E. 9.3.2; BGer, 18. Mai 2012, 5A\_250/2012 E. 7.4.1). Massgebend ist vielmehr die Überzeugungskraft eines Beweismittels unter Berücksichtigung der konkreten Umstände im Einzelfall. Nachdem das Gericht allerdings die Beweise abgenommen hat, kann es deren Wert beurteilen und durchaus zum Schluss kommen, "dass der Beweiswert einer Parteiaussage 'zu eigenen Gunsten' für sich allein genommen im konkreten Fall als gering einzustufen ist" (BGE 143 III 297 E. 9.3.2). Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist vom Gericht auch zu berücksichtigen, dass die Parteien ein Interesse am Ausgang des Prozesses haben und in diesem Sinn "befangen" sind (LORENZ, a.a.O., Rz. 380).



Vorliegend antwortete M.\_\_\_\_\_ auf die Fragen, ob der Beklagte mit der Provision einverstanden gewesen sei, ob am 26. Oktober 2016 über die Bedingungen gesprochen worden sei bzw. (nochmals) ob der Beklagte mit der Vermittlungsprovision von 2.5% einverstanden gewesen sei, einsilbig mit "Ja" (Prot. Vi S. 44 f.). Aus welchen konkreten Äusserungen oder Verhaltensweisen des Beklagten er auf dieses Einverständnis schloss bzw. schliesst, tat er nicht dar. Die Vorinstanz hat damit im Ergebnis zu Recht festgehalten, den sehr allgemein gehaltenen, zu seinen Gunsten lautenden Bestätigungen der Beweissätze durch M.\_\_\_\_\_ komme ein geringer Beweiswert zu. Auf die Aussagen M.\_\_\_\_\_s lässt sich eine richterliche Überzeugung, wonach es so war, wie von der Klägerin behauptet, nicht stützen.

5.3.1 Die Aussagen von N.\_\_\_\_\_ in der Parteibefragung gibt die Vorinstanz in einem Fazit wie folgt wieder: N.\_\_\_\_\_ habe die in den Beweissätzen 2.1 und 2.2 aufgeführten Tatsachenbehauptungen, nämlich dass am 26. Oktober 2016 ein Gespräch stattgefunden habe und anlässlich dieses Gesprächs dem Beklagten das Fact-Sheet (act. 4/9) übergeben worden sei, bestätigt. Zu den Beweissätzen 2.3, 2.4 und 2.5 habe er zu Protokoll gegeben, dass die Vermittlungsprovision von 2.5% nicht gross diskutiert worden sei. Auf die Frage, was er mit "nicht gross" meine, habe er ausgeführt, dass er sich nicht im Detail daran zu erinnern vermöge, wie die Kommunikation dieses Erstgesprächs gewesen sei. Sodann habe N.\_\_\_\_\_ bestätigt, dass der Beklagte mit den Bedingungen der Vermittlungstätigkeit, also auch mit der Höhe der Vermittlungsprovision einverstanden gewesen sei (Prot. Vi S. 64), und dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten eine Provision in der Höhe von 2.5% der Verkaufssumme der "C.\_\_\_\_\_ -Gruppe" vereinbart worden sei (Prot. Vi S. 65). Schliesslich habe N.\_\_\_\_\_ die zum Beweis verstellte Tatsachenbehauptung der Klägerin gemäss Beweissatz 2.5 bestätigt (act. 170 S. 56).

In Würdigung dieser Aussagen hält die Vorinstanz fest, wenn N.\_\_\_\_\_ auf die Frage, ob der Beklagte explizit gesagt habe, damit [mit den Bedingungen] einverstanden zu sein, antworte, "den Wortlaut nicht mehr" zu wissen und nachschiebe, er gehe davon aus, dass sie an diesem Tag ein Einverständnis gehabt hätten

(Prot. Vi S. 66), dann stehe seine Aussage im Widerspruch zur zuvor abgegebenen Bestätigung der Tatsachenbehauptung, wonach die Parteien vereinbart hätten, dass die Provision vom Beklagten an die Klägerin zu bezahlen sei, wenn der Verkauf aufgrund der Vermittlung der Klägerin über den Beklagten zustande komme, und zwar unabhängig davon, ob der Beklagte selbst Haupteigentümer des Verkaufsobjektes würde oder nicht ("Ja, ist richtig" [Prot. Vi S. 67 f.]). Dies erwecke Zweifel daran, dass sich der Beklagte anlässlich des Treffens vom 26. Oktober 2016 tatsächlich so geäußert habe. Dies gelte umso mehr, als weder der Zeuge G.\_\_\_\_\_ noch M.\_\_\_\_\_ gewusst hätten, ob der Passus, wonach die Provision unabhängig davon, ob der Beklagte selbst Haupteigentümer des Verkaufsobjektes würde oder nicht, geschuldet sei, anlässlich des Gesprächs vom 26. Oktober 2016 oder an einem weiteren Gespräch vereinbart worden sei. Die Aussagen von N.\_\_\_\_\_ vermöchten demnach den Vertragsschluss nicht mit der erforderlichen Gewissheit zu beweisen (act. 170 S. 56 f.).

5.3.2 Die Klägerin moniert, die Vorinstanz verneine die Kohärenz der Aussagen und die Glaubwürdigkeit von N.\_\_\_\_\_ zu Unrecht. Wenn er auf die Frage, ob der Beklagte explizit gesagt habe, mit den Bedingungen einverstanden zu sein, durchaus wahrheitsgemäss geantwortet habe, "den Wortlaut nicht mehr" zu wissen, stehe dies in keiner Weise im Widerspruch zu seiner zuvor abgegebenen Bestätigung des Beweissatzes 2.5. Letztere Tatsachendarstellung habe N.\_\_\_\_\_ mit "Ja, ist richtig" bestätigt. Die Schlussfolgerung des Bezirksgerichts, es liege ein Widerspruch vor, sei offensichtlich ohne Grundlage erfolgt (act. 166 S. 15 f.).

5.3.3 Von massgeblicher Bedeutung sind die folgenden Aussagen von N.\_\_\_\_\_:

- Auf die Frage, ob anlässlich des Gesprächs vom 26. Oktober 2016 die Vermittlungsprovision von 2.5% besprochen wurde, antwortete er mit "Ja" (Prot. Vi S. 64). Zur anschliessenden Frage, ob die Vermittlungsprovision auch diskutiert worden sei, erklärte er: "Soweit ich mich erinnern kann, wurde sie nicht gross diskutiert" (Prot. Vi S. 64). Er möge sich nicht im Detail daran zu erinnern, wie die Kommunikation gewesen sei; es sei ein Erstgespräch gewesen; wenn es eine Diskussion gegeben hätte darüber, würde er sich erinnern (Prot. Vi S. 64).

- Die Fragen, ob der Beklagte seiner Erinnerung nach mit den Bedingungen der Vermittlungstätigkeit bzw. mit der Höhe der Vermittlungsprovision von 2.5% einverstanden gewesen sei, beantwortete er mit "Ja" (Prot. Vi S. 64). Gleich beantwortete er auch die Frage, ob zwischen der Klägerin und dem Beklagten eine Provision in der Höhe von 2.5% der Verkaufssumme der "C.\_\_\_\_\_-Gruppe" vereinbart worden sei (Prot. Vi S. 66). Auf die Frage, wie diese Vereinbarung zustanden gekommen sei, erklärte er: "Basierend auf dem Fact Sheet, welches wir an diesem Gespräch durchgegangen sind. Ich glaube, es steht unten 2.5% des Kaufpreises" (Prot. Vi S. 66). Die Frage, ob der Beklagte explizit gesagt habe, damit einverstanden zu sein, beantwortete er wie folgt: "Den Wortlaut weiss ich nicht mehr. Ich gehe davon aus, dass wir an diesem Tag ein Einverständnis hatten, denn sonst hätten wir eine Diskussion gehabt und mit der Abwicklung des Geschäfts nicht weiter gemacht." (Prot. Vi S. 66). Aufgefordert, näher auszuführen, wie die Diskussion mit Bezug auf Beweissatz 2.5 abgelaufen sei, gab er an: "Wir haben nach diesem Erstgespräch nicht mehr über die Konditionen gesprochen. Wir haben anlässlich des Erstgesprächs mit dem Beklagten besprochen, dass er diese Grössenordnung nicht selber stemmen könne und einen Investor beziehen müsse. Das war für mich klar. Für uns als Vermittler ist es aber irrelevant. Wir bekommen die Vermittlungsprovision basierend auf dem Gesamtgeschäft. Wie das intern unter den Co-Investoren geregelt wird und ob sie auch einen Teil übernehmen oder nicht, das ist die Sache des Beklagten" (Prot. Vi S. 68).

Hinsichtlich dieser Aussagen von N.\_\_\_\_ gilt das gleiche wie bei M.\_\_\_\_: Pauschale Bestätigungen der Beweissätze und vage Äusserungen zum Inhalt der Gespräche sind nicht geeignet, beim Gericht die Überzeugung zu erwecken, dass zwischen den Parteien ausdrücklich oder konkludent übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht wurden. Ob sich N.\_\_\_\_ geradezu in Widersprüche verwickelt hat, wie die Vorinstanz festhält, kann dabei offen bleiben. Entscheidend ist, dass auch N.\_\_\_\_ kein konkretes Verhalten der Beteiligten und insbesondere des Beklagten schilderte, aus welchem auf einen Konsens geschlossen werden könnte.

5.4 Die Aussagen des *Beklagten* in der Parteibefragung gibt die Vorinstanz schliesslich in einem Fazit folgendermassen wieder: Der Beklagte habe bestätigt, dass am 26. Oktober 2016 ein Gespräch zwischen ihm, M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ stattgefunden habe, habe sich jedoch nicht daran zu erinnern vermocht, dass auch der von der Klägerin als Zeuge offerierte G.\_\_\_\_\_ daran teilgenommen habe. Der letzte Kontakt, so habe der Beklagte gemeint, liege Jahre zurück (act. 170 S. 57). Bestritten habe der Beklagte, dass ihm anlässlich des Gesprächs vom 26. Oktober 2016 oder zu einem früheren Zeitpunkt das unter act. 4/9 zu den Akten gegebene undatierte Fact-Sheet ausgehändigt worden sei (act. 170 S. 59). Bestritten habe der Beklagte auch, mit der Klägerin eine Vereinbarung mit dem von dieser behaupteten Inhalt abgeschlossen zu haben (act. 170 S. 59).

6.1 Die Klägerin geht auf die Aussagen des Beklagten in der Parteibefragung nicht konkret ein, moniert aber, die Vorinstanz hätte dessen Bestreitungen unter Einbezug des gesamten Hintergrundes der Kontakte zwischen den Parteien im Zusammenhang mit der Gastronomie-Gruppe "C.\_\_\_\_\_" würdigen müssen (act. 166 S. 16). Insgesamt habe es die Vorinstanz bei der Beweiswürdigung unterlassen, "die Parteiaussagen – und in der Folge auch die Aussagen der befragten Zeugen – in eine Beziehung zu allen anderen von den Parteien offerierten und vom Gericht abgenommenen Beweismitteln" (act. 166 S. 7 f.) sowie "insbesondere auch den unbestritten gebliebenen Sachverhaltsdarstellungen der Parteien" zu stellen (act. 166 S. 8). So habe die Vorinstanz etwa in keiner Weise den Abschluss der sogenannten Diskretionsvereinbarungen vom 22. bzw. 26. Oktober 2016 (act. 4/10a) zwischen der Klägerin und dem Beklagten sowie dessen Partner P.\_\_\_\_\_ in ihre Beweiswürdigung miteinbezogen (act. 166 S. 8, 16). Ohne Berücksichtigung geblieben seien auch das "Motivationsschreiben zur Prüfung der Übernahme" vom 26. Oktober 2016 (act. 4/12; vgl. act. 166 S. 18), die Bestandteil hiervon bildende "Unverbindliche Offerte zur Übernahme der C.\_\_\_\_\_-Gruppe" (vgl. act. 166 S. 18 f.) und das Protokoll der Sitzung vom 13. Dezember 2016 (act. 4/14; vgl. act. 166 S. 19). Diese Beweismittel machten deutlich, dass sie (die Klägerin) während des gesamten Ablaufs ihre bei einem Zustandekommen des Kaufgeschäftes über die Gastronomie-Gruppe "C.\_\_\_\_\_" entstehenden Provisionsansprüche habe sichern wollen, was nur dann überhaupt zweckmässig

habe sein können, wenn zwischen den Parteien eine solche Provision von 2.5% des Verkaufspreises, wie im "Term-Sheet" entgegen der Darstellung des Beklagten und der Beweiswürdigung des Bezirksgerichts "vereinbart", geschuldet sein würde (act. 166 S. 19). Übergangen habe das Bezirksgericht auch die Aussagen "des von der Klägerin offerierten Zeugen L.\_\_\_\_\_" (act. 166 S. 20) sowie der Zeugen E.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ (act. 166 S. 21).

Sinngemäss macht die Klägerin mit diesen Ausführungen geltend, es gebe Umstände und Gegebenheiten (ausserhalb der Besprechung vom 26. Oktober 2016), die auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen liessen. Auf diese Punkte ist im Folgenden einzugehen.

6.2 Die Klägerin führt aus, man habe eine "Diskretionsvereinbarung" über die Geheimhaltungspflicht im Zusammenhang mit dem Verkaufsprozess abgeschlossen, die nur zwei Zwecke verfolgen könne: Einerseits gehe es um den Schutz der Eigentümer eines Verkaufsobjekts, andererseits um die Ansprüche eines Vermittlers (hier der Klägerin) auf ein Entgelt für seine (bzw. ihre) Vermittlungsbemühungen. Entgegen der Darstellung des Beklagten sei für den letztgenannten Zweck in einer Geheimhaltungsvereinbarung nicht die Erwähnung von "Kosten, Tarifen, Gebühren, Entschädigungen, Kommissionen oder Honoraren" notwendig, sondern es genüge, eine Geheimhaltungsverpflichtung zu stipulieren, welche die Verwendung der von einem Vermittler zur Verfügung gestellten Informationen unter Umgehung einer Vermittlungsprovision verhindere (act. 166 S. 17).

Nicht ersichtlich ist, inwiefern die "Diskretionsvereinbarung" (act. 4/10) auf die Vereinbarung eines Vermittlungshonorars mit dem Beklagten schliessen lassen oder auch nur ein Indiz hierfür darstellen soll. Der Umstand, dass die Klägerin mit der "Diskretionsvereinbarung" (auch) ihre Provisionsansprüche sichern wollte (so act. 166 S. 17), sagt nichts darüber aus, ob und falls ja, mit wem (d.h. mit der Käufer- oder Verkäuferschaft) tatsächlich ein Mäklervertrag abgeschlossen wurde. Die "Diskretionsvereinbarung" zeigt aber, dass die Klägerin es durchaus als angebracht erachtete, wichtige Punkte in einer schriftlichen Vereinbarung festzuhalten. Wieso sie dies gerade mit Bezug auf die für sie zentrale Verpflichtung zur Bezahlung eines Honorars nicht getan hat, erscheint vor diesem Hintergrund um-

so unverständlicher. Die Klägerin führt dazu aus, sie hätten auf eine schriftliche Provisionsvereinbarung verzichtet, weil ihre Verwaltungsräte und der Beklagte sich von früheren Geschäftskontakten her gekannt hätten und weil der Beklagte als Privatperson aufgetreten sei, während die übrigen Interessenten ausschliesslich Unternehmen gewesen seien (act. 2 Rz. 14; act. 22 S. 2; s.a. Prot. Vi S. 43). Diese Erklärung überzeugt nicht.

6.3 Die Klägerin verweist auf das "Motivationsschreiben zur Prüfung der Übernahme" (act. 4/12), in dem der Beklagte ausdrücklich erklärt habe, er hätte "diverse Kontakte und Möglichkeiten, um auch grössere Investitionen solide finanzieren zu können", weshalb einem konkurrenzfähigen Angebot nichts im Wege stehe. Diese Erklärung gegenüber der Verkäuferin stehe in diametralem Widerspruch zu seiner Darstellung in der Klageschrift, es sei von vornherein klar gewesen, dass er keine Mittel für einen Kauf in dieser Grössenordnung gehabt habe (act. 166 S. 18). Welche Konsequenzen dies für die Frage des Vertragsschlusses zwischen der Klägerin und dem Beklagten haben soll, tut die Klägerin allerdings nicht dar und ist nicht zu sehen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der "Unverbindlichen Offerte" zur Übernahme der "C.\_\_\_\_\_ Gruppe", die Bestandteil dieses Motivations-schreibens bildet. Dass der Beklagte dort die Rahmenbedingungen für eine solche Übernahme und insbesondere einen Kaufpreis im "Bereich um die 10 Millionen CHF" nannte und der Kauf mit der R.\_\_\_\_\_ Holding AG schliesslich zu einem Kaufpreis von Fr. 12.5 Mio. zustande kam (vgl. act. 166 S. 18 f.), sagt nichts aus zur Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Entgegen der Klägerin lässt sich daraus auch nicht (bzw. nicht einmal) auf eine Übergabe des Term Sheet schliessen (vgl. act. 166 S. 33).

6.4 Die Klägerin verweist im Weiteren auf die Besprechung vom 13. Dezember 2016 mit den Eigentümern der Gruppe "C.\_\_\_\_\_", F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, an der vereinbart worden sei, bis 16. Januar 2017 einen schriftlichen Letter of Intent inklusive eines Finanzierungsnachweises vorzulegen, und zwar mit Zustellung an die Klägerin. Weiter hätten sich die Beteiligten darauf geeinigt, Drehscheibe für Fragen und Antworten sei immer die Klägerin (act. 166 S. 19 m.H.a act. 4/14). Zur Frage der Vermittlungsprovision trägt dies nichts bei.

6.5 Sodann rügt die Klägerin, das Bezirksgericht habe den Zeugen L.\_\_\_\_\_ in seinem Urteil nicht einmal erwähnt (act. 166 S. 20). Dabei liesse sich aus seinen Aussagen ihre Vorgehensweise bei der Unterbreitung von Angeboten für Übernahmen im Gastrobereich in schlüssiger Weise ableiten (act. 166 S. 20). Zu beachten ist allerdings, dass der Zeuge L.\_\_\_\_\_ nur mit Bezug auf Beweissatz 3.2 (betreffend Geschäftsüblichkeit der Provision) als Beweismittel offeriert wurde, nicht aber zu den Beweissätzen 2.1 - 2.5 (act. 44). Die Vorinstanz hat diese Zeugenaussagen damit zu Recht nicht berücksichtigt. Im Übrigen wären sie mit Bezug auf die Beweissätze 2.1 - 2.5 auch unergiebig. Aus den vom Zeugen L.\_\_\_\_\_ gemachten Erfahrungen mit der Klägerin lässt sich – entgegen der Klägerin (vgl. act. 166 S. 21) – insbesondere nicht ableiten, dem Beklagten sei am 26. Oktober 2016 das Term-Sheet tatsächlich übergeben worden. Noch weniger lassen sie auf eine Vereinbarung betreffend Vermittlungsprovision zwischen Klägerin und Beklagtem schliessen.

6.6 Analoges gilt, soweit die Klägerin moniert, das Bezirksgericht habe die Zeugenaussagen der Verkäufer E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ nicht berücksichtigt (vgl. act. 166 S. 21). Die Zeugen E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ wurden einzig als Beweismittel zu den Beweissätzen 3.1, 4.1, 5.1, 5.2, 6.1 und 6.2 angerufen, nicht aber zu den Beweissätzen 2.1 - 2.5 (act. 44). Im Übrigen wären auch ihre Aussagen (dazu, dass ihnen von der Klägerin zu verstehen gegeben worden sei, dass das Vermittlungshonorar von der Käuferin bezahlt werde [vgl. act. 166 S. 22] sowie dass die Vermittlung durch die Klägerin erfolgt sei [act. 166 S. 23 ff.]) nicht geeignet, etwas hinsichtlich der Beweissätze 2.1 - 2.5 bzw. hinsichtlich einer tatsächlichen Provisionsabrede mit dem Beklagten abzuleiten.

6.7 Nicht zu folgen ist auch den Ausführungen der Klägerin, das Bezirksgericht sei auf die Zeugenaussagen von H.\_\_\_\_\_ (act. 142/4), I.\_\_\_\_\_ (act. 142/6) und S.\_\_\_\_\_ (act. 142/5) zu Unrecht nicht eingegangen (act. 166 S. 26 ff.). Diese Zeugenbefragungen erfolgten zum Beweissatz 5.1 ("dass der Beklagte beim Kauf der 'C.\_\_\_\_\_ -Gruppe' aufseiten der Käuferschaft mit von der Partie war"; act. 44 S. 5 f.). Für die Frage des Vertragsschlusses zwischen der Klägerin und dem Beklagten lässt sich daraus nichts Konkretes herleiten, und zwar auch nicht, wenn

man annähme, dass der Klägerin der Beweis des Beweissatzes 5.1 gelungen wäre. Auch wenn der Beklagte sich bemüht haben sollte, seine Beteiligung an der Käuferschaft zu verschleiern (vgl. act. 166 S. 27 f.), könnte aus diesem Umstand nicht darauf geschlossen werden, dass tatsächlich eine Vermittlungs- bzw. Provisionsvereinbarung zwischen ihm und der Klägerin getroffen wurde. Dies gilt ganz grundsätzlich, vor allem aber auch vor dem Hintergrund, dass die Klägerin mit E-Mail vom 14. Dezember 2016 (einseitig) ihre Ansicht zum Ausdruck gebracht hatte, im Falle des Verkaufs der "C.\_\_\_\_\_ -Gruppe" gegenüber dem Beklagten Anspruch auf eine Vermittlungsprovision zu haben (act. 4/14).

6.8 Schliesslich ist noch auf einen letzten, aus Sicht der Klägerin zentralen Einwand einzugehen: Die Klägerin weist immer wieder darauf hin, es sei lebensfremd anzunehmen, dass sie gratis tätig geworden sei (vgl. etwa act. 2 Rz. 23; act. 22 S. 7; act. 166 S. 25, 28). Sie schliesst daraus, der Beklagte müsse ihr eine Vermittlungsprovision schulden. Abgesehen davon, dass sich einzig gestützt auf diese Interessenlage ohnehin kein (normativer) Konsens begründen liesse, blendet sie aus, dass der Auftrag an den Mäkler auch von der Verkäuferschaft ausgehen und diese sich zur Bezahlung einer Vergütung verpflichten kann. Die Käuferschaft schuldet in diesem Fall keine Vergütung. In diesem Sinne stellt sich der Beklagte im Prozess auf den Standpunkt, von einer Verkäuferprovision ausgegangen zu sein (act. 16 Rz. 6).

7. Nach dem Ausgeführten ist die Vorinstanz zu Recht zum Ergebnis gekommen, dass der Klägerin der Nachweis eines Vertragsschlusses mit dem von ihr behaupteten Inhalt nicht gelungen ist. Die Berufung ist abzuweisen.

## VI.

1. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend vom Streitwert von Fr. 334'004.62 (act. 166 S. 2; act. 177 S. 2) ist die Gerichtsgebühr



in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 17'430.– festzusetzen.

2. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 5. Oktober 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 17'430.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von der Berufungsklägerin geleistete Vorschuss herangezogen.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 166, 168, 169/3), sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt

Fr. 334'004.62.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. A. Götschi

versandt am: