



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichterin Andrea Strähl, Handelsrichterin Ursula Suter, Handelsrichter Dr. Martin Liebi und Handelsrichter Ivo Eltschinger sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil und Beschluss vom 24. Januar 2023

in Sachen

A._____ SCA,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:
(act. 1 sinngemäss)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin € 500'000 nebst Zinsen von 5 % seit dem 27.07.2018 zu bezahlen.
2. Die Verfahrenskosten seien der Beklagten aufzuerlegen.

Geändertes Rechtsbegehren:
(act. 9)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin € 500'000 nebst Zinsen von 5 % seit dem 27.07.2018 an die Klägerin zu bezahlen.
2. Die Verfahrenskosten seien der Beklagten aufzuerlegen sowie der Parteikosten inklusive MwSt."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft auf Aktien nach luxemburgischem Recht mit Sitz in C._____. Sie bezweckt, Vermögen direkt oder indirekt in Wertpapieren anzulegen, die Risikokapital darstellen, und investiert vor allem in den Bereichen Elektromobilität und Automatisierung in Gesellschaften in ... [Staaten] (act. 25 Rz. 8, act. 22). Als Geschäftsführerin der Klägerin weist das Handels- und Firmenregister Luxemburg die A2.____ S.a.r.l. mit Sitz in C._____ aus (act. 22). Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer der A2.____ S.a.r.l. sind (nebst anderen) D._____, E._____ und F._____ (act. 7/3).

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht mit Sitz in G._____, Österreich. Sie bezweckt die Vermögensverwaltung und ist eine reine Holdinggesellschaft, welche ausschliesslich Anteile an der B2.____ GmbH & Co KG mit Sitz in G._____ (nachfolgend Zielgesellschaft) hält und keine anderen Geschäfte betreibt. H._____ ist Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten (act. 1 S. 2, 25 Rz. 9 ff., 26/4).

Die Zielgesellschaft entwickelt und produziert Hightech-Antriebssysteme, welche unter anderem in ... und allgemein in der Elektromobilität eingesetzt werden (act. 25 Rz. 10). H._____ ist Kommanditist und Geschäftsführer der Zielgesellschaft (act. 25 Rz. 10, 26/4).

b. Prozessgegenstand

Die Parteien beabsichtigten eine Beteiligung der Klägerin an der Zielgesellschaft durch den Kauf von durch die Beklagte gehaltenen Anteilen. Die Klägerin leitete hierzu einen Due Diligence Prozess ein. In diesem Zusammenhang schlossen die Parteien am 25. Juli 2018 einen Vertrag (nachfolgend Earnest Money Vertrag), welcher eine Zahlung der Klägerin von EUR 500'000.– an die Beklagte vorsah. Für den Fall des Scheiterns der Transaktion enthält der Earnest Money Vertrag

eine an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Rückzahlungspflicht. In der Folge überwies die Klägerin der Beklagten EUR 500'000.–. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Rückzahlung dieses Betrages. Die Beklagte bestreitet eine Rückzahlungspflicht. Eventualiter macht sie Gegenforderungen geltend.

B. Prozessverlauf

Am 28. Mai 2019 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die Klage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren vor dem hiesigen Gericht anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 3. Juni 2019 wurden diverse Anordnungen getroffen (act. 4). Insbesondere wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und der Beklagten zur Stellungnahme zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit angesetzt. Die Klägerin kam den Anordnungen fristgerecht nach (act. 6). Mit Eingabe vom 8. Juli 2019 änderte die Klägerin ihr Rechtsbegehren hinsichtlich der Kostenverteilung (act. 9). Am 8. Juli 2019 äusserte sich die Beklagte zur Zuständigkeit des Handelsgerichts und erhob die Unzuständigkeitseinrede, welche sie mit einem Nichteintretensantrag verband (act. 10). Mit Verfügung vom 10. Juli 2019 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich zum Nichteintretensantrag zu äussern (act. 13). Die entsprechende Stellungnahme datiert vom 26. August 2019 (act. 17). Mit Verfügung vom 30. August 2019 wurde festgestellt, dass ein aktuelles Dokument, analog einem Handelsregisterauszug der Klägerin, immer noch fehlte und es wurde der Klägerin zu dessen Einreichung eine letzte Frist angesetzt (act. 19). Die Klägerin kam der Aufforderung am 9. September 2019 nach (act. 21, 22). Mit Beschluss vom 30. September 2019 wies das hiesige Gericht die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ab und setzte dieser eine Frist zur Einreichung der Klageantwort an (act. 23). Mit Eingabe vom 3. Dezember 2019 reichte die Beklagte die Klageantwort ein (act. 25). Nach mehrmaliger Terminverschiebung fand am 16. Dezember 2020 eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 13 ff.). Anlässlich der Vergleichsverhandlung stellte die Beklagte den prozessualen Antrag, die Prozesskosten für die Vergleichsverhandlung seien der Klägerin aufzuerlegen und es sei sogleich über diesen Antrag zu entscheiden (Prot. S. 18 f.). Mit Verfügung vom 4. Januar 2021 wurde der Klägerin Frist zur Replik angesetzt (act. 37). Mit Beschluss vom 25. Ja-

nuar 2021 wurde der prozessuale Antrag der Beklagten abgewiesen (act. 41). Die Replik datiert vom 5. März 2021 (act. 43), die Duplik vom 1. Juni 2021 (act. 47). Auf Ersuchen der Klägerin wurde ihr eine Frist zur Ausübung des Replikrechts angesetzt (act. 51, 52). Innert erstreckter Frist reichte die Klägerin die Stellungnahme vom 13. Juli 2021 ein (act. 56). Auf Wunsch der Parteien fand am 3. November 2021 eine zweite Vergleichsverhandlung statt, welche erneut zu keiner Einigung führte (Prot. S. 27 ff.). Der Beklagten wurde hierauf Frist angesetzt, um sich zur letzten Stellungnahme der Klägerin zu äussern (act. 62). Die entsprechende Stellungnahme datiert vom 19. November 2021 (act. 64). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 65). Beide Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 67, 68). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich war umstritten. Mit unangefochtenem Beschluss vom 30. September 2019 wurde die internationale und örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte gestützt auf Art. 23 Abs. 1 LugÜ bejaht. Auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich wurde bejaht (act. 23).

1.2. Eingaben nach Aktenschluss

Beide Parteien haben nach Abschluss des Schriftenwechsels je eine weitere Eingabe eingereicht (act. 56, 64). Im Rahmen des von Bundesgericht und Handelsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (BGE 138 I 484 E. 2.1). Nach dem zweiten Schriftenwechsel treten jedoch Novenrechtsschranken ein. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Auf die Zulässigkeit allfälliger neuer Vorbringen und Beweismittel

ist nachfolgend an der entsprechenden Stelle näher einzugehen, soweit sie überhaupt relevant sind.

1.3. Klageänderung

Mit Eingabe vom 8. Juli 2019 passte die Klägerin ihr Rechtsbegehren im eingangs wiedergegebenen Umfang an (act. 9). Die Anpassung ist vor dem Hintergrund von Art. 227 ZPO unproblematisch und zulässig.

1.4. Rechtswidrig erlangte Beweismittel

1.4.1. Standpunkte

Mit der Duplik beantragt die Beklagte, dass das Gericht bestimmte von der Klägerin mit der Replik eingereichte Beweismittel (act. 44/18, 44/20, 44/40, 44/44, 44/49 und 44/53) aus dem Recht weise. Sämtliche Beweismittel, die als "vertraulich" oder "streng vertraulich" gekennzeichnet seien, seien rechtswidrig erlangte Beweismittel im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO (act. 47 Rz. 51, 68). In Bezug auf act. 44/18, 44/20 und 44/49 bezeichnet die Beklagte die Interessen der Zielgesellschaft und der Klägerin an der Geheimhaltung der hochsensiblen Daten als zu schützende Rechtsgüter (act. 47 Rz. 64). In Bezug auf act. 44/53 seien die zu schützenden Rechtsgüter "die Interessen der I._____ an ihrer Integrität und der Geheimhaltung der durch sie bearbeiteten Daten aus datenschutzrechtlichen Gründen aber auch aufgrund von potentiellen Interessenkonflikten von I._____, welche wiederum die Interessen der Beklagten tangieren" (act. 47 Rz. 65). In Bezug auf act. 44/44 und 44/53 seien auch die Interessen der Beklagten zu schützende Rechtsgüter (act. 47 Rz. 66). Auf eine konkrete Schutznorm beruft sich die Beklagte nicht.

Die Klägerin beantragt, auf den Verfahrens Antrag sei nicht einzutreten, eventuelter sei er abzuweisen. Ihrer Meinung nach handelt es sich bei den beanstandeten Dokumenten nicht um rechtswidrig beschaffte Beweismittel i.S.v. Art. 152 Abs. 2 ZPO. Sämtliche Dokumente betreffen das Verhältnis zwischen der Klägerin und ihren Beratern und nicht der Beklagten (act. 56 S. 2, Rz. 10 ff.).

1.4.2. Rechtliche Grundlagen

Rechtswidrig erlangte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Werden bei der Beschaffung von Beweismitteln prozessuale Vorschriften verletzt, ist das Beweismittel formell rechtswidrig erhoben. Rechtswidrig beschafft sind auch Beweismittel, die unter Verletzung materiellrechtlicher Normen beschafft worden sind (BRÖNNMANN, in: Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Band I, N 42 ff. zu Art. 152). Eine Beschaffungshandlung ist dann rechtswidrig im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO, wenn sie ein Rechtsgut beeinträchtigt und gleichzeitig eine Norm verletzt, welche dieses Rechtsgut vor dieser Beeinträchtigung schützt, ohne dass dafür eine Rechtfertigung gegeben ist. Rechtsgüter sind rechtlich geschützte Interessen. Verletzungen der Persönlichkeit stehen bei rechtswidrigen Beschaffungshandlungen im Vordergrund. Denkbar ist aber auch die Verletzung anderer Rechtsgüter, z.B. das Amtsgeheimnis, das Arztgeheimnis oder das Anwaltsgeheimnis. Auch ein Verstoss gegen Berufsregeln gemäss BGFA führt zur Rechtswidrigkeit. Zu beachten ist, dass der Urheber der Beschaffungshandlung auch Adressat der Schutznorm sein muss. Verletzt eine Beschaffungshandlung eine vertragliche Pflicht, stellt dies regelmässig einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar. Im Rahmen einer Mediation kann beispielsweise vertraglich vereinbart werden, dass Beweismittel, die im Mediationsverfahren ausgetauscht werden, nicht in den Zivilprozess getragen werden dürfen. Scheitert die Mediation und offeriert eine Partei im darauf folgenden Zivilprozess dennoch solche Beweismittel, verstösst sie gegen ihre vertragliche Verpflichtung. Da dies gleichzeitig einen Verstoss gegen die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB darstellt, liegt ein materiell rechtswidrig beschafftes Beweismittel vor (vgl. zum Ganzen: RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, 2009, N 234 ff.)

1.4.3. Würdigung

Vorauszuschicken ist, dass die erst nach Abschluss des Schriftenwechsels gemachten neuen Vorbringen der Klägerin in act. 56 zur rechtswidrigen Erlangung von Beweismitteln im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zulässig sind, da sie

damit auf Behauptungen und Anträge der Beklagten reagierte, welche erstmals mit der Duplik vorgebracht wurden, und zu einem früheren Zeitpunkt kein Anlass bestand, sich diesbezüglich zu äussern (act. 47 S. 2, Rz. 50 ff.).

Die Entwürfe der Financial Due Diligence Berichte (act. 44/44, 44/53), die Zusammenfassung von Rechtsanwalt J._____ (act. 44/18) sowie die erste Frageliste für den Legal Due Diligence Bericht (act. 44/40) enthalten den Vermerk "Vertraulich". Der Vermerk der Vertraulichkeit ist den Berufs- bzw. Standesregeln geschuldet, an welche die Berater der Klägerin gebunden sind. Soweit sich die Beklagte auf eine Verletzung des Anwaltsgeheimnisses oder von Berufs- und Standesregeln beruft, ist festzuhalten, dass diese Vorschriften die Ausübung des Anwaltsberufs regeln. Es besteht keine Grundlage, die Vorschriften auf das Verhalten von Nicht-Anwälten, beispielsweise dasjenige der Klienten, anzuwenden.

Zu prüfen ist sodann ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. gegen vertragliche Verpflichtungen. Die Klägerin hat im Hinblick auf den Anteilskauf die K._____ Rechtsanwälte GmbH (Österreich) mit der Legal Due Diligence beauftragt. Die Durchführung der Financial Due Diligence wurde der I._____ übertragen (act. 43 Rz. 9). Die Rechte und Pflichten der Parteien im Rahmen des Due Diligence-Prozesses werden im Earnest Money Vertrag geregelt. Die Parteien haben unter anderem vereinbart, dass die Beklagte zwecks Durchführung der Due Diligence gegenüber der Klägerin alle Daten offenlegt, welche das Geschäft der Beklagten betreffen (act. 3/1 Präambel). Es ist klar, dass in diesem Rahmen auch sensible Informationen offengelegt werden. Sowohl die Entwürfe der Due Diligence Berichte (act. 44/20, 44/44, 44/53), teilweise die zugrundeliegenden Fragen (act. 44/49) als auch die Lage-Zusammenfassung von Rechtsanwalt J._____ enthalten sensible Informationen über die Zielgesellschaft bzw. die Beklagte. Ungeachtet der Sensibilität der in der Due Diligence offenzulegenden Informationen enthält der Earnest Money Vertrag keine Vertraulichkeits- oder Geheimhaltungsklausel bzw. ein Verbot der Verwendung der offengelegten Informationen in einem gerichtlichen Verfahren. Zu beachten ist vielmehr, dass die Parteien in Ziffer 2 des Earnest Money Vertrags die Rückzahlung der EUR 500'000.- gerade für jenen Fall vereinbart haben, dass während der Due Dili-

gence ein wichtiger Grund auftauchen würde, welcher einen erheblichen Einfluss auf die Preisgestaltung haben würde. Die Verwendung der in der Due Diligence offengelegten Informationen zur Begründung eines allfälligen Rückzahlungsanspruchs war demnach Teil des Konsenses zwischen den Parteien. Dass der Rückzahlungsanspruch nicht gerichtlich durchgesetzt werden kann und damit toter Buchstabe bliebe, kann von den Parteien vernünftigerweise nicht gewollt gewesen sein. Da die Verwendung der Informationen aus dem Due Diligence Prozess für die (gerichtliche) Durchsetzung des vertraglich vereinbarten Rückzahlungsanspruchs notwendig ist, kann sie keine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellen; vielmehr handelt es sich um einen vertragsgemäßen Gebrauch dieser Informationen. Dass die Parteien diesbezüglich ein anderes tatsächliches Verständnis hatten, wird von der Beklagten weder behauptet noch belegt.

Anders als der Earnest Money Vertrag enthalten der Letter of Intent (act. 26/7) und das Confidentiality Agreement (act. 26/9) Vorschriften zur Geheimhaltung. Auf den entsprechenden Dokumenten ausgewiesene Parteien sind jedoch nicht die Parteien dieses Verfahrens, sondern die A2._____ S.a.r.l. und die Zielgesellschaft. Die Parteien scheinen zwar anzuerkennen (act. 43 Rz. 145, 47 Rz. 412), dass der Inhalt der Vereinbarungen auch zwischen ihnen gilt. Selbst wenn dem so wäre, was sich aus den Vertragsdokumenten nicht ergibt, würden sich die darin eingegangenen Verpflichtungen nicht auf das interne Verhältnis zwischen den Parteien auswirken, zumal sie sich verpflichteten, "not to disclose the Proprietary Information to any third party, without the prior written consent of the Supplying Party (act. 26/9 Ziffer 2.1.4). Ein Geheimhaltungsanspruch bestünde damit höchstens gegenüber Dritten, nicht aber im vorliegenden Verfahren gegenüber der Klägerin, welche – wie bereits erwähnt – zur Durchsetzung ihrer Ansprüche aus dem Earnest Money Vertrag auf die Verwendung von offengelegten Informationen angewiesen ist.

Folglich unterstehen die umstrittenen Beweismittel trotz des Vermerks "vertraulich" unter den Parteien keiner Geheimhaltungspflicht. Das Einbringen der Beweismittel in den vorliegenden Prozess ist nicht rechtswidrig im Sinne von Art.

152 Abs. 2 ZPO. Die entsprechenden Verfahrensanträge der Beklagten sind daher abzuweisen.

2. Rückzahlungsanspruch aus Earnest Money Vertrag

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Im Januar 2018 nahm die Klägerin Kontakt mit H. _____ auf und signalisierte Interesse an einer Beteiligung an der Zielgesellschaft (act. 43 Rz. 10). Auch H. _____ zeigte sich interessiert. Mit Datum vom 16. Mai 2018 schlossen die Geschäftsführerin der Klägerin und die Zielgesellschaft einen Letter of Intent (act. 3/3). Darin wurden die Absichten und der Stand der Verhandlungen festgehalten. Zudem wurde ein Unternehmenswert festgehalten und vorgesehen, dass nach Unterzeichnung der Due Diligence Prozess eingeleitet wird (act. 3/3 Ziffer 1 und 4). Am 25. Juli 2018 schlossen die Parteien den Earnest Money Vertrag, welcher unter anderem eine Zahlung von EUR 500'000.– der Klägerin an die Beklagte vorsah (act. 3/1 Ziff. 1). Der Vertrag sah für den Fall, dass der Kauf zustandekommen sollte, vor, dass die Zahlung zinsfrei auf den Kaufpreis angerechnet wird (act. 3/1 Ziff. 6). Für den Fall, dass die Transaktion scheitern sollte, statuiert der Vertrag eine an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Rückzahlungspflicht (act. 3/1 Ziff. 2 und 3). Am 26. Juli 2018 überwies die Klägerin der Beklagten EUR 500'000.– (act. 25 Rz. 27 und act. 3/4). In der Folge liess sie eine Due Diligence in den Bereichen Legal und Finance durchführen. Zwecks Durchführung der Due Diligence wurden Daten der Zielgesellschaft offengelegt (act. 25 Rz. 19 f.). Nach Vorliegen der Ergebnisse der Due Diligence beendete die Klägerin die Verhandlungen mit Schreiben vom 23. Januar 2019 (act. 43 Rz. 176, act. 3/7).

2.2. Standpunkte

2.2.1. Die Klägerin stützt ihre Forderung in erster Linie auf Ziffer 3 des Earnest Money Vertrags. Die Parteien hätten sich trotz ernsthafter Verhandlungen nicht auf einen Preis für den Anteilskauf einigen können (act. 43 Rz. 156 ff.). Die Due Diligence habe Umstände zutage gebracht, die eine Reduktion der Unternehmensbewertung gegenüber der anfänglichen Indikation im Letter of Intent ge-

rechtfertigt hätten. Die Beklagte sei damit nicht einverstanden gewesen und sei von einem höheren Wert ausgegangen (act. 43 Rz. 174 f.). Überdies erachtet die Klägerin auch Ziffer 2 des Earnest Money Vertrags als erfüllt, da die Erkenntnisse aus der Due Diligence als wichtige Gründe zu qualifizieren seien (act. 43 Rz. 176).

2.2.2. Die Beklagte bestreitet einen Rückzahlungsanspruch. Sie macht im Wesentlichen geltend, ein Rückzahlungsanspruch im Falle abweichender Preisvorstellungen gemäss Ziffer 3 des Earnest Money Vertrags verlange zusätzlich das Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäss Ziffer 2 des Vertrags (act. 25 Rz. 55). Den behaupteten (und bestrittenen) Erkenntnissen aus der Due Diligence fehle diese Qualität, zumal die Klägerin bereits vor Vertragsschluss Kenntnis von den entsprechenden Umständen gehabt habe (act. 25 Rz. 65, 47 Rz. 45). Zudem erfordere ein Rückzahlungsanspruch eine ernsthafte Vertragsverhandlung. Da die Klägerin nie ein mündliches oder schriftliches Angebot geschweige denn einen Vertragsentwurf unterbreitet habe, hätten die Parteien auch nicht darüber verhandeln können (act. 47 Rz. 43).

2.3. Anwendbares Recht

Die Parteien haben ihren jeweiligen statutarischen Sitz in Luxemburg bzw. Österreich. Damit liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Das anwendbare Recht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. In Ziff. 8.3 des Earnest Money Vertrags (act. 3/1) vereinbarten die Parteien, dass der Vertrag materiellem Schweizer Recht untersteht. Demnach ist Schweizer Recht anwendbar.

2.4. Beweiswert interner E-Mails

2.4.1. Standpunkte

Die Beweisführung der Klägerin stützt sich zu grossen Teilen auf interne E-Mail-Korrespondenz der Klägerin. Die Klägerin geht davon aus, die internen E-Mails würden den relevanten Sachverhalt authentisch abbilden (act. 56 Rz. 9). Die Be-

klage spricht diesen E-Mails pauschal jeden Beweiswert ab. Sie geht so weit, den Inhalt der internen E-Mails blossen Parteibehauptungen gleichzusetzen (act. 47 Rz. 72).

2.4.2. Rechtliche Grundlagen

Art. 168 ZPO enthält eine Liste der zulässigen Beweismittel, darunter die Urkunden. Als Urkunden gelten Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 177 ZPO). Unter elektronische Dateien fallen z.B. auch E-Mails, SMS oder eingescannte Papierdokumente, wobei der Umstand, dass derartige Dokumente leicht manipulierbar sind, bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist (SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen ZPO, 2021, N 2 zu Art. 177).

2.4.3. Würdigung

Die eingereichten Ausdrücke der E-Mails fallen unter den Urkundenbegriff. Es handelt sich um zulässige Beweismittel im Sinne von Art. 168 ZPO und nicht um blossen Parteibehauptungen. Es ist im Geschäftsverkehr üblich, dass Vertragsverhandlungen von einem regen E-Mail-Verkehr begleitet werden. Da dieser zeitnah erfolgt, bildet er den jeweiligen Stand der Verhandlungen und die Erklärungen der Parteien bzw. deren Entwicklung gut ab. Ob die Korrespondenz dabei parteiintern oder zwischen den Vertragsparteien geführt wird, ist für den Beweiswert nicht relevant. Die vorgebrachten E-Mails stammen hauptsächlich aus einem Zeitraum, in welchem beide Seiten an einem Vertragsschluss interessiert waren, und ein Streit oder gar eine gerichtliche Auseinandersetzung sich noch nicht abzeichneten. Es ging in erster Linie darum, den Stand der Verhandlungen gegenüber anderen Entscheidungsträgern innerhalb der Klägerin wiederzugeben bzw. interne Diskussionsgrundlagen zu schaffen. Die Beklagte bestreitet weder die Echtheit der ausgedruckten E-Mails noch behauptet sie, dass sie objektiv unwahre Aussagen enthielten betreffend den Stand der Verhandlungen bzw. die Erklärungen der Parteien. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Klägerin in dieser Phase intern falsche Aussagen betreffend Stand der Verhandlungen bzw. Erklärungen der Be-

klagen verbreiten sollte. Auch die Beklagte führt nicht aus, welchen Anlass die Organe der Klägerin hierzu gehabt haben könnten. Der eingereichten E-Mail-Korrespondenz kommt demnach ein erheblicher Beweiswert in Bezug auf die darin festgehaltenen umstrittenen Tatsachen zu.

2.5. Vertragsqualifikation

2.5.1. Standpunkte

Die Beklagte qualifiziert den Earnest Money Vertrag als Haftgeld im Sinne von Art. 158 OR (act. 25 Rz. 57). Die Klägerin ging in der Klageschrift zunächst von einem Darlehen gemäss Art. 312 ff. OR aus (act. 1 S. 5). In der Replik stellt sie sich auf den Standpunkt, der Vertrag lasse sich keiner der beiden Vertragsarten eindeutig zuordnen (act. 43 Rz. 131 ff.).

2.5.2. Rechtliche Grundlagen

Unter Haftgeld wird eine Leistung verstanden, die bei Vertragsschluss mit der Abrede hingegeben wird, dass der Gläubiger die Leistung bei Nichterfüllung behalten darf. Art. 158 Abs. 1 OR sieht als widerlegbare gesetzliche Vermutung vor, dass das beim Vertragsschluss gegebene An- oder Draufgeld als Haftgeld und nicht als Reugeld gilt. Mangels anderer Abrede wird somit vermutet, dass die Hingabe der Leistung der Bekräftigung des Vertragsschlusses dienen soll. Art. 158 Abs. 2 OR hält fest, dass sich der Empfänger das Haftgeld, ohne andere Abrede, weder auf die Hauptforderung noch auf einen Schadenersatzanspruch bei Leistungsstörung anrechnen lassen muss, sondern das Haftgeld zusätzlich zu seinem vertraglichen Anspruch behalten darf (Draufgeld). Bei Nichterfüllung der Vertragschuld durch den Schuldner kommt der Zahlung eines Haftgeldes die Funktion einer zum Voraus entrichteten und kumulativ geschuldeten Konventionalstrafe zu (WUFFLI, in: OFK zum OR, 2016, N 2 ff. zu Art. 158).

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte. Das Darlehen ist verzinslich, wenn Zinse verabredet sind. Im

kaufmännischen Verkehr sind auch ohne Verabredung Zinsen zu bezahlen. Für die Rückzahlung des Darlehens kann ein bestimmter Termin, eine Kündigungsfrist oder der Verfall auf beliebige Aufforderung vereinbart werden. Ist nichts vereinbart, ist das Darlehen innert sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzuzahlen (Art. 312 ff. OR).

2.5.3. Würdigung

Der Darlehensvertrag passt auf die vorliegende Vertragskonstruktion nur bedingt. Charakterisierend für den Darlehensvertrag ist die Rückzahlungsverpflichtung. Die vorliegend getroffene Regelung, wonach die bezahlte Summe unter gewissen Bedingungen beim Empfänger verbleibt, ist dem reinen Darlehensvertrag nach Art. 312 ff. OR fremd. Die Vereinbarung weist Ähnlichkeiten mit dem Haftgeld gemäss Art. 158 OR auf, ein "reines" Haftgeld liegt jedoch nicht vor: Das Haftgeld wird bei Vertragsschluss für den Fall der Nichterfüllung des Vertrags erbracht als eine Art vorweg entrichtete Konventionalstrafe. Im Falle der Nichterfüllung verbleibt das Haftgeld beim Empfänger. Vorliegend haben die Parteien die Leistung der Geldsumme aber nicht mit der Nichterfüllung des Vertrags verknüpft, sondern mit dem Zustandekommen bzw. Nicht-Zustandekommen eines anderen, künftigen Vertrags, zu dessen Abschluss sich die Parteien gerade nicht verpflichtet haben (vgl. Ziffer 6 des Letter of Intent, act. 3/3). Mangels einer solchen Verpflichtung kann auch nicht argumentiert werden, dass die Summe als Haftgeld der Sicherung eines vorvertraglich geschuldeten künftigen Vertragsschlusses dient.

Damit entspricht der vorliegende Vertrag weder einem reinen Darlehensvertrag noch kann die Abrede der Zahlung der vereinbarten Geldsumme als reines Haftgeld qualifiziert werden. Es handelt sich vielmehr um einen Innominatkontrakt. Ob der Klägerin ein Rückzahlungsanspruch zusteht, ist durch Auslegung der konkreten Abreden zu ermitteln.

2.6. Vertragsauslegung

2.6.1. Standpunkte

Die Klägerin macht geltend, der Earnest Money Vertrag sei so zu verstehen, dass der Betrag von EUR 500'000.– zurückzuerstatten sei, wenn es aufgrund unterschiedlicher Preisvorstellungen der Parteien nicht zu einem Vertragsschluss komme (act. 43 Rz. 141). Die Beklagte dagegen legt den Rückzahlungsgrund der fehlenden Einigung gemäss Ziffer 3 restriktiver aus: Sie setzt *zusätzlich* einerseits das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Ziffer 2 voraus und andererseits, dass ein ernsthaftes und dokumentiertes Angebot unterbreitet wurde, welches alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte enthält (act. 25 Rz. 101).

2.6.2. Rechtliche Grundlagen

Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wird eine Übereinstimmung des inneren Willens der Parteien festgestellt, so ist dieser tatsächliche Konsens massgebend und es braucht nicht nach dem allfälligen Vorliegen und dem Inhalt eines normativen Konsenses gesucht zu werden. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra. 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a, Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom 6. September 2002, E. 2.1). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa).

Bei der Vertrauensauslegung sind Umstände zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände lassen dagegen erkennen, was

die Parteien im Vertrag seinerzeit gemeint bzw. wie sie ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten und können daher für die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens von Bedeutung sein (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3).

2.6.3. Würdigung

2.6.3.1. Wortlaut

Der Earnest Money Vertrag enthält in Bezug auf den Verbleib bzw. die Rückzahlung der Zahlung folgenden Wortlaut (act. 3/1):

2) BEDINGUNG FÜR DEN VERBLEIB

Für den Fall, dass sich der Provider nach Abschluss der Due Diligence ohne Grund von den Verhandlungen zurückzieht, verfällt ein Anspruch auf Rückzahlung der € 500'000. Als wichtiger Grund wird zwischen den Parteien vereinbart, gilt jeder „seriously adverse matter“, welcher während der Due Diligence auftaucht und welcher einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Preisgestaltung haben würde. In einem solchen Fall kann sich der Provider „mit Grund“ von den Verhandlungen zurückziehen und der Rückzahlungsanspruch ist gegeben.

3) RÜCKZAHLUNGSANSPRUCH

Für folgende Fälle ist ein Rückzahlungsanspruch gegeben:

- Die Verhandlungen werden vom Empfänger abgebrochen
- Die Parteien können sich nicht auf einen ausgewogenen Vertrag (SPA) einigen (auch aufgrund unterschiedlicher Preisvorstellungen)
- Die Gesellschaft kommt in Liquiditäts- oder Rechtsschwierigkeiten

Auch für den Fall, dass die Verkaufsverhandlungen aus anderen Gründen abgebrochen werden, welche ausserhalb der Kontrolle beider Parteien liegen, ist ein Rückzahlungsanspruch gegeben.

Beide Bestimmungen betreffen inhaltlich die Frage, wann ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin besteht. Ziffer 2 formuliert die Voraussetzungen für eine Rückzahlung in allgemeiner Weise und macht die Rückzahlung von einem wichtigen Grund, einem "seriously adverse matter" abhängig, der während der Due Diligence auftaucht. Ziffer 3 hingegen umschreibt konkrete Sachverhalte, welche zu einer Rückzahlung führen. Ziffer 3 des Earnest Money Vertrags, zweites Aufzählungszeichen, worauf die Klägerin ihren Anspruch stützt, ist klar formuliert und lässt für sich allein betrachtet keinen Auslegungsspielraum. Die Unklarheit ergibt

sich erst mit Blick auf Ziffer 2, welcher den gleichen Anspruch (Rückzahlungsanspruch) behandelt, jedoch an andere Voraussetzungen knüpft. Das Verhältnis zwischen den beiden Bestimmungen wird im Vertrag nicht explizit geregelt. Insbesondere fehlt eine Formulierung, die darauf schliessen lässt, dass der Inhalt der einen Klausel kumulativ auch für den Inhalt der anderen Klausel gilt, z.B. durch Verwendung einer verbindenden Formulierung, wie "und", "zudem" oder einer ähnlichen Formulierung, die den kumulativen Charakter der Voraussetzungen zum Ausdruck bringen würde.

Das Verständnis der Beklagten, wonach der Rückzahlungsanspruch ein dokumentiertes Angebot mit allen objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten voraussetze, findet ebenfalls keine Stütze im Wortlaut der beiden Bestimmungen.

Der Wortlaut spricht damit für das Verständnis der Klägerin. Er beantwortet aber die Frage nach dem Verhältnis der beiden Klauseln nicht restlos, weshalb auch andere Auslegungsmittel einzubeziehen sind.

2.6.3.2. Systematik

Der Earnest Money Vertrag ist in zwei Teile gegliedert, einerseits die Präambel und andererseits die Operativen Vertragsbestimmungen. Die Präambel ist untergliedert in vier mit Grossbuchstaben versehene Abschnitte. Sie enthält Informationen zu den Parteien, zum Stand der Gespräche (Due Diligence), zum Inhalt der offengelegten Daten und zum Zweck der Earnest Money-Zahlung. Die Operativen Vertragsbestimmungen enthalten acht mit Ziffern und Titeln versehene Bestimmungen. Die Bestimmungen enthalten zum Teil weitere Untergliederungen. Die Ziffern 2 und 3 sind einander formal gleichgestellt. Keine Ziffer ist der anderen unter- oder übergeordnet und beide sind mit einem Titel in gleicher Schrift und Schriftgrösse versehen. Werden in einem Vertrag zwei Klauseln einander in solcher Art gleichgestellt, impliziert dies eine Alternativität dieser Klauseln, d.h. dass sie unabhängig voneinander Geltung erlangen. Kumulative Bedingungen werden dagegen häufig in der gleichen Klausel aufgeführt oder in anderer Weise formal miteinander verknüpft, z.B. indem sie durchnummeriert werden. Die Systematik

spricht demnach ebenfalls dafür, dass die beiden Bestimmungen unabhängig voneinander gelten.

2.6.3.3. Zweck der Vereinbarung / vorvertragliches Verhalten

Die Frage nach dem Zweck der Zahlung ist umstritten und hat beidseits in den Rechtsschriften viel Raum eingenommen. Allgemein kann festgehalten werden, dass eine Pre-Offer Due Diligence wie die vorliegende einige Risiken für die Zielgesellschaft birgt, welche es abzufedern gilt. Im Vordergrund stehen Geheimhaltungsinteressen und -pflichten, Informationslecks durch Erhöhung der Zahl involvierter Personen, Absorption von Managementkapazitäten und externe Kosten. Mögliche Schutzvorkehrungen sind in diesem Kontext Vertraulichkeitsvereinbarungen, Einschränkungen in Bezug auf die offengelegten Dokumente oder in Bezug auf den Kreis der Personen, die davon Kenntnis nehmen sowie der Abschluss von Letters of Intent, allenfalls in Kombination mit Earnest Money Klauseln. In einer Earnest Money Klausel verpflichtet sich der potentielle Anbieter in durchsetzbarer Weise, der Zielgesellschaft einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen, falls er ohne vernünftigen Grund überhaupt kein Angebot oder ein Angebot unter einem gewissen Preis unterbreitet. Letters of Intent und Earnest Money Klauseln dienen dabei weniger den Schutzinteressen in Bezug auf sensible Daten der Zielgesellschaft, sondern sollen sicherstellen, dass ernsthaft verhandelt wird (vgl. zum Ganzen: TSCHÄNI/DIEM, in: Mergers & Acquisitions VII, EIZ Band/Nr. 57, 2005, Die Pflichten des Verwaltungsrates der Zielgesellschaft bei Übernahmeangeboten, S. 79 ff.).

Die Präambel des Earnest Money Vertrags selber hält unter Buchstabe D. fest: "Nachdem im Falle eines Abbruches der Verhandlungen nach der Due Diligence es nicht auszuschliessen ist, dass die Parteien sich zukünftig indirekt über Konkurrenzunternehmen gegenüberstehen, gewährt zur Sicherung der schutzwürdigen Interessen des Empfängers der Provider eine Zahlung als "Earnest Money" (act. 3/1). Vor diesem Hintergrund könnte die Formulierung durchaus im Sinne der Beklagten verstanden werden, dass die Earnest Money Zahlung als Gegenpol zur Offenlegung der sensiblen Daten in der Due Diligence gedacht wurde, welche von einem Konkurrenzunternehmen verwendet werden könnten. Bei isolierter Be-

trachtung der Operativen Vertragsbestimmungen des Earnest Money Vertrags scheint die Zahlung vor allem der Sicherstellung ernsthafter Verhandlungen zu dienen. Dazu passt die Bezeichnung als Earnest Money wie auch, dass die Rückzahlung in Ziffer 2 vom Vorliegen eines "seriously adverse matters" abhängig gemacht wird.

Das vor allem durch interne Korrespondenz der Klägerin dokumentierte vorvertragliche Verhalten der Parteien enthält Hinweise darauf, dass die Earnest Money Zahlung zudem dazu diene, der Beklagten Liquidität zu verschaffen. So berichtete D._____ am 19. Juli 2018 in einer E-Mail an E._____, F._____ und L._____, dass H._____ sich erkundigt habe, ob die Klägerin ihn finanziell unterstützen könnte: "Gemäss H._____ besteht ein Agreement mit seinem Bruder zu dessen Ausstieg aus der Firma. Dieses Agreement beinhaltet mehrere Schritte wovon ein wichtiger in 2 Wochen ist, bis dahin muss H._____ seinem Bruder einen Betrag von EUR 0.5mio überweisen. H._____ hat dazu ein Anwesen verkauft jedoch wird das Geld nicht im benötigten Zeitraum verfügbar sein. Er hat mich gefragt ob wir eventuell in der Lage wären ihn hier zu unterstützen. Ich habe ihm gesagt, dass wir dies erstmal prüfen müssten. @L._____. Habe dies bereits mit E._____ besprochen, ob uns hier eine Möglichkeit geboten wurde hinsichtlich der bevorstehenden Transaktion. Wie siehst Du das, was für Möglichkeiten könnten wir hier in Betracht ziehen, um zum Beispiel ein Darlehen gegen Verpfändung von Aktien. Die grösste Problematik dürfte hier wohl der Faktor Zeit spielen. (...)" (act. 44/14). In der Folgekorrespondenz schrieb D._____: "Habe mit L._____ gesprochen. Sein Vorschlag wäre, dass wir das Ganze als sogenanntes "Earnest money" verpacken. Im Grundsatz würden wir den Betrag überweisen für das Recht auf Einsicht in den Datenraum. Das Positive an dem Prozedere wäre, dass wir den Betrag in kurzer Zeit überweisen könnten (...) ohne durch den ganzen Investmentprozess zu müssen." (act. 44/33). Am 21. Juli 2018 erkundigte sich D._____ bei H._____ nach der "Deadline (...) bis wann die Überweisung erfolgen muss" und kommunizierte folgenden Zeitplan: "(...) Mi/Do: Unterzeichnung des Vertrags und Auslösung des Zahlungsauftrages, Do/Fr: Erhalten des Betrages und gleichzeitiges Weitersenden (...)". Zudem wies D._____ darauf hin, dass der Zeitplan knapp bemessen sei und es wünschenswert wäre, wenn H._____ die Deadline um ein

paar Tage nach hinten schieben könnte. H._____ antwortete gleichentags "(...) Wegen Verlängerung sollte bis 30. möglich sein" (act. 44/15). Am 24. Juli 2018 informierte D._____ intern: "Hallo Team. H._____ hat mich heute Abend nochmals kontaktiert. Bezüglich der Vereinbarung mit seinem Bruder. Mit der bevorstehenden Zahlung von 0.5mio erhält er die alleinige Entscheidungsbefugnis, respektive ist der Weg frei dass er A._____ als Investoren an Bord holen kann. (...)" (act. 44/35).

Damit passt der Wortlaut der Vereinbarung nicht gänzlich zur eingereichten Korrespondenz. Da es jedoch die Klägerin selber war, welche den Vertragstext ausgearbeitet hat, und der Wortlaut in Bezug auf den Zweck der Zahlung klar ist, durfte er nach Treu und Glauben so verstanden werden, dass die Earnest Money Zahlung vorderhand der Sicherung der beklagischen Interessen bzw. von ernsthaften Verhandlungen diene. Dass die Zahlung an die Beklagte dieser überdies zusätzliche Liquidität verschaffte, kann als beabsichtigter Nebeneffekt betrachtet werden. Damit ist davon auszugehen, dass der Earnest Money Vertrag mehreren Zwecken diene. Der Zweck der Sicherung schutzwürdiger Interessen der Beklagten spricht eher für die Annahme strengerer Voraussetzungen der Rückzahlung; der Zweck der Verschaffung von Liquidität hingegen spricht eher dafür, dass die Hürden für eine Rückzahlung im Falle des Scheiterns der Transaktion tief anzusetzen sind. Der Zweck der Vereinbarung erheischt damit kein vom Wortlaut und der Systematik abweichendes Verständnis (vgl. Erw. 2.6.3.1. und 2.6.3.2.) der streitgegenständlichen Bestimmungen.

2.6.3.4. Interessenlage

Die Klägerin hat ein Interesse daran, dass sie die Earnest Money Zahlung ohne weitere einschränkende Voraussetzungen zurückerhält, wenn es nicht zu einem Vertragsschluss kommen sollte. Sie hat kein Interesse daran, ihr Kapital (ohne Gegenleistung) einer Gesellschaft zu überlassen, mit welcher sie in keiner Verbindung steht. Dies gilt umso mehr, wenn man einbezieht, dass die Klägerin zur Leistung der Earnest Money Zahlung deshalb bereit war, weil sie sich davon eine Vereinfachung der Transaktion erhoffte (vgl. act. 44/35: "Mit der bevorstehenden Zahlung von 0.5mio erhält er die alleinige Entscheidungsbefugnis, respektive ist

der Weg frei, dass er A._____ als Investoren an Bord holen kann."). Die Klägerin hat dieses Interesse im Vorfeld des Abschlusses des Earnest Money Vertrags in Bezug auf den Rückzahlungsanspruch in ihrer internen Kommunikation auch deutlich verbalisiert: Mit E-Mail vom 22. Juli 2018 – drei Tage vor Vertragsschluss – formulierte D._____ zuhanden von L._____ einige Gesprächspunkte für ein Treffen mit H._____. Unter anderem hielt er fest: "(...) 2. "earnest money" Agreement über den benötigten Betrag, welcher im Fall der Transaktion als Anzahlung an die Beteiligung dient. Respektive für den Fall dass die Transaktion nicht zustande kommt (aus welchen Gründen auch immer), A._____ das Geld zuzüglich einer üblichen Verzinsung in einem annehmbaren Rahmen zurückvergütet erhält. (...) ". Nach Erhalt der Vertragsentwürfe hakte D._____ beim Rechtsvertreter der Klägerin nochmals nach: "Frage hinsichtlich der Rückzahlungsansprüche (Ziffer 3, Vertrag earnest money), unter welchen Fällen wir das Geld zurückerhalten, ist diese Liste ausreichend um unsere Interessen zu schützen?" (act. 44/34).

Die Interessen der Beklagten hingegen weisen in eine andere Richtung: Für den Due Diligence Prozess verpflichtete sie sich, teilweise sehr sensitive Daten gegenüber der Klägerin offen zu legen. Eine solche Offenlegung macht nur mit Blick auf eine erfolgreiche Beteiligung Sinn, weshalb sie ein Interesse daran hatte, dass die Verhandlungen ernsthaft geführt und nicht leichtfertig beendet werden. Demnach hatte sie ein erkennbares Interesse an möglichst strengen Voraussetzungen für die Rückzahlung.

Diese gegenseitige und divergierende Interessenlage war für die Parteien erkennbar, weshalb auch dieses Auslegungsmittel an den aufgrund des Wortlauts und der Systematik gewonnenen Erkenntnissen (Erw. 2.6.3.1. und 2.6.3.2.) nichts ändert.

2.6.3.5. Zusammenfassung

Die normative Auslegung ergibt, dass Ziffer 3 des Earnest Money Vertrags als eigenständige Bestimmung zu betrachten ist. Namentlich ist die Bestimmung so zu verstehen, dass ein Rückzahlungsanspruch besteht, sofern einer der darin aufgezählten Sachverhalte vorliegt, ohne dass weitere Voraussetzungen kumulativ hin-

zutreten würden, insbesondere nicht das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Ziffer 2 des Vertrags und auch nicht das Vorliegen eines schriftlichen Angebots oder gar eines Vertragsentwurfs mit allen objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten. Soweit die Beklagte einen abweichenden tatsächlichen gemeinsamen Willen überhaupt geltend macht, beruft sie sich allein auf die Beweisaussage bzw. Parteibefragung von H._____. H._____ hat in diesem Verfahren offenkundige Eigeninteressen, welche den Beweiswert einer allfälligen Aussage stark beeinträchtigen würden. Zudem könnte sich H._____ als Organ der Beklagten höchstens zu deren Willensbildung äussern. Beweismittel, welche Aufschluss über das tatsächliche Wissen und den Willen der Klägerin geben, wurden von der Beklagten nicht angeboten. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass mit den Aussagen von H._____ allein Beweis über einen vom Ergebnis der normativen Auslegung abweichenden tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Parteien geführt werden kann.

2.7. Keine Einigung auf einen ausgewogenen Vertrag

2.7.1. Standpunkte

Die Klägerin vertritt den Standpunkt, die Parteien hätten sich trotz entsprechender Verhandlungen nicht auf einen Preis für einen Anteilskauf einigen können. Die Klägerin habe nach Erhalt der ersten Entwürfe der Due Diligence Berichte ein Angebot unterbreitet, welches von der Beklagten abgelehnt worden sei. Damit liege ein Fall von Ziffer 3, zweites Alinea des Earnest Money Vertrags vor (act. 43 Rz. 156). Die Klägerin stützt sich zum Beweis ihrer Behauptungen insbesondere auf die interne E-Mail-Korrespondenz der Klägerin, die Verträge (Earnest Money Vertrag und Letter of Intent) und die Entwürfe der Due Diligence Berichte.

Die Beklagte bestreitet, dass überhaupt Verhandlungen betreffend einen Anteilskauf stattgefunden hätten, geschweige denn, dass es zu einem Angebot und Gegenangebot gekommen sei (act. 47 Rz. 95 ff., 425).

2.7.2. Würdigung

Die eingereichte E-Mail-Korrespondenz vermittelt ein gutes Bild des Verlaufs der Vertragsverhandlungen. Weshalb dieser Korrespondenz entgegen dem Vorbringen der Beklagten ein erheblicher Beweiswert in diesem Zusammenhang zukommt, wurde bereits erörtert (Erw. 2.4).

Am 10. Januar 2018 schrieb D._____ von der Klägerin H._____ von der Beklagten eine E-Mail und stellte die Klägerin als Industrieholdinggesellschaft vor, welche eine eAchse für Elektrofahrzeuge entwickle und auf der Suche nach einem Partner für die Entwicklung des Getriebes sei. H._____ von der Beklagten zeigte sich interessiert und ein erstes Treffen wurde vereinbart (act. 44/21). Dieser erste gegenseitige Austausch von Interessenbekundungen kann als Startpunkt der Verhandlungen über einen Anteilskauf betrachtet werden.

Weitere Treffen folgten (act. 44/22, 44/23) und die Verhandlungen wurden konkreter: Im März 2018 waren die Parteien bereits daran, einen Letter of Intent auszuarbeiten (act. 44/24). In diesem Zusammenhang tauschten die Parteien erste Einschätzungen in Bezug auf den Unternehmenswert der Zielgesellschaft aus: H._____ bat D._____ um eine Indikation des Unternehmenswerts. D._____ schätzte den Unternehmenswert am 9. März 2018 aufgrund der ihm in diesem Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Angaben auf EUR 20 - 25 Mio. (act. 44/24). Im April 2018 stellte H._____ einen Unternehmenswert von EUR 80 Mio. in den Raum. Diese Einschätzung teilte D._____ nicht und wies H._____ darauf hin, dass diese Zahl aus einem Angebot eines Industrieunternehmens aus Indien resultiere, welches er nicht als verbindlich interpretiere (act. 44/25). Die Bewertung der Zielgesellschaft und damit die Preisvorstellungen divergierten demnach in diesem frühen Stadium der Verhandlungen, was die Parteien aber nicht an einer Fortsetzung der Verhandlungen hinderte.

Für den 4. Mai 2018 wurde ein weiteres Treffen der Parteien von D._____ bestätigt (act. 44/26). Am 6. Juni 2018 übermittelte die Zielgesellschaft D._____ einen überarbeiteten Letter of Intent (act. 44/31). Der definitive Letter of Intent trägt das Datum vom 16. Mai 2018. Unter anderem wird darin festgehalten "The Company is valued at EUR 40-50m. Final pricing and terms are subject to due diligence" (act. 3/3). Dabei handelt es sich um eine erste Indikation des Unternehmenswerts

im Sinne einer Gesprächsgrundlage. Dass sich die Klägerin darauf nicht behaften lassen wollte, wird aufgrund der Formulierung ("Final pricing and terms are subject to due diligence" und "This Letter of Intent is non-binding (...)"); act. 3/3) deutlich.

Bereits nach Abschluss des Letter of Intent waren die Parteien darum bemüht, die für die Durchführung der Due Diligence notwendigen Informationen zusammenzutragen. Zu diesem Zweck wurde ein sogenannter virtueller Datenraum eingerichtet. Anfangs Juni 2018 stellte die mit der Legal Due Diligence beauftragte Anwaltskanzlei eine erste und ausführliche Due Diligence Request List zusammen (act. 44/37, 44/38, 44/39). Am 11. Juli 2018 übermittelte D._____ H._____ einen Zeitplan für den Beteiligungsprozess mit der Deadline Ende Oktober (2018) (act. 44/42). Ebenfalls im Juli 2018 wurde das Thema der Zahlung von EUR 500'000.– an die Zielgesellschaft, deren Gründe, deren rechtliche Ausgestaltung, eine allfällige Rückforderung und deren Absicherung sowohl intern als auch zwischen den Parteien erörtert (act. 44/14, 44/33, 44/15, 44/34, 34/35). Gleichzeitig begann die Beklagte damit, den Datenraum mit den gewünschten Informationen zu füllen, was sich aus einer aktualisierten Due Diligence Request List ergibt (act. 44/40).

Am 25. Juli 2018 wurde der Earnest Money Vertrag unterzeichnet (act. 3/1). Der Vertrag dient in erster Linie dazu, die Zahlung von EUR 500'000.– zu regeln. Er nimmt hinsichtlich Unternehmensbewertung auf den Letter of Intent Bezug. Darin wird deutlich, dass sich die Klägerin noch nicht festlegen wollte. Dies ergibt sich aus der Formulierung "Da die Parteien ausser einer Indikation im Letter of Intent noch nicht über Preisvorstellungen verhandelt haben, wird die Einigung über den Kaufpreis nicht von dieser Vereinbarung erfasst." (act. 3/1, Präambel lit. D). Daraus geht klar hervor, dass die Klägerin die definitive Einschätzung des Unternehmenswerts erst aufgrund der Erkenntnisse der Due Diligence vornehmen wollte, was bei einer Transaktion wie der streitgegenständlichen naheliegt und auch Sinn und Zweck der Due Diligence entspricht. Der Vorwurf der Beklagten, wonach die Unternehmensbewertung durch die Klägerin bereits zu Beginn der Verhandlungen festgestanden sei (act. 47 Rz. 136 f.), geht daher fehl.

Im Verlauf der Due Diligence traten gewisse Aspekte hervor, welche für die Klägerin von besonderer Bedeutung waren. Vor allem die (künftige) Auftragslage – im Speziellen ein erwarteter Serienauftrag des russischen ...-Herstellers M._____ für ...-getriebe – und die vertragliche Situation zwischen H._____ und seinen Familienmitgliedern in Bezug auf die Zielgesellschaft wurden wiederholt zum Thema. Es waren auch diese Aspekte, über welche die Klägerin beharrlich weitere Informationen verlangte. So stellte D._____ am 7. August 2018 fest, dass wichtige Bereiche im Datenraum fehlen würden, namentlich "Verträge mit Kunden (im Speziellen der Auftrag von M._____ zum ...-getriebe), Verträge mit Lieferanten / strategischen Partnern, Abmachungen zwischen H._____ und seinem Bruder N._____" (act. 44/16). Am 31. Juli 2018 stellte D._____ zwar intern fest, dass schon "eine Menge an Dokumenten" in den Datenraum hochgeladen worden seien, bezüglich grosser Kundenaufträge und Anstellungsverträge Management noch Lücken beständen (act. 44/43). Es erfolgten Aufforderungen zur Bekanntgabe weiterer Dokumente (act. 44/45, 44/46). In Bezug auf die Kundenaufträge und Abmachungen zwischen H._____ und seinem Bruder wurde sogar eigens ein Treffen vereinbart, an welchem die Beklagte Informationen offenlegen würde, welche sie wegen besonderer Sensitivität nicht in den Datenraum stellen wollte (act. 44/17, 44/48).

Das Thema Kundenaufträge und Profitabilität beschäftigte die Klägerin weiterhin (act. 44/47). Für den 23. August 2018 wurde zwischen den Parteien ein Gespräch (Management-Call) vereinbart. Die seitens der Klägerin erstellte Agenda sah insbesondere eine Besprechung der Themen Kunden/Projekte, Related Parties, Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz und Bankbewegungen vor (act. 44/19). Ende August 2018 lag der Entwurf des Legal Due Diligence Berichts vor (act. 44/20). Die in den Verhandlungen schon wiederholt thematisierten zukünftigen Kundenaufträge, namentlich der Serienauftrag von M._____, und die familiären Verflechtungen der Zielgesellschaft fanden Eingang in den Bericht und wurden aus rechtlicher Sicht mit hohen Risiken in Verbindung gebracht (act. 44/20).

Aus der weiteren Korrespondenz ergibt sich, dass es auch nach Vorliegen der vorläufigen Ergebnisse der Due Diligence zu keiner Einigung bezüglich des Unternehmenswerts gekommen ist: Am 3. September 2018 berichtete D._____ von

einem Treffen mit H._____, anlässlich dessen D._____ eine Bewertungsspanne von EUR 23 - 28 Mio. genannt habe, worauf H._____ schockiert und emotional reagiert habe (act. 44/28). D._____ hielt diesbezüglich fest: "Ich hatte heute ein Treffen mit H._____ in G._____. Gegenstand der Diskussion war eine Analyse der Fakten zum Unternehmenswert sowie der Liquidität und Tragbarkeit. Mit Stand heute sind wir so verblieben, dass wir hier noch Klärungsbedarf haben" (act. 44/57).

Nach Vorliegen des aktualisierten Financial Due Diligence Berichts vom 7. September 2018, welcher unter anderem Erkenntnisse in den Bereichen der Profitabilität (EBITDA) und der Kapitalausstattung (Eigenkapitalquote) der Zielgesellschaft brachte (act. 44/53 S. 13 und 14), gelangten die Verhandlungen in eine entscheidende Phase. D._____ stellte gegenüber O._____ (mit Legal Due Diligence Beauftragter) am 12. September 2018 in Aussicht, H._____ in den kommenden Tagen ein Angebot zu machen (act. 44/51). Am 17. September 2018 erkundigte sich D._____ bei H._____ via WeChat nach der Möglichkeit eines Treffens, bei welchem ein Angebot unterbreitet werden sollte (act. 44/58 S. 15). Aus den folgenden Nachrichten und aus einer internen E-Mail von D._____ ergibt sich, dass am 24. September 2018 ein Treffen zwischen D._____, E._____ und H._____ in P._____ [Stadt in Österreich] stattfand. Gegenstand der Diskussion war "die Bewertung und benötigte Mittel für den geplanten Wachstumskurs" (act. 44/58 S. 17, 44/52). Am 11. Oktober 2018 schrieb D._____ O._____ Folgendes: "Wir sind weiter im Gespräch mit H._____ hinsichtlich unserer Beteiligung. Es scheint eine Annäherung an unsere Vorstellung stattzufinden. Wir warten nun auf ein Gegenangebot in den kommenden Wochen. (...)" (act. 44/51). Demnach müssen die Parteien Ende September 2018 bzw. anfangs Oktober 2018 einen Vorschlag und Gegenvorschlag ausgetauscht haben. Am Donnerstag, 15. November 2018, teilte D._____ O._____ mit, dass für den kommenden Montag ein Treffen vorgesehen sei, welches Klarheit darüber verschaffen solle, ob es zu einem Abschluss komme. Wie aus der Folgekorrespondenz vom 18. November 2018 hervorgeht, war dies aber nicht der Fall. D._____ berichtete: "Leider sind wir noch immer nicht zu einer finalen Entscheidung gekommen. Der Gegenvorschlag hat leider nicht viel neue Erkenntnis gebracht. Wir werden in den kommenden 1-2 Wochen intern zu

einer Entscheidung kommen, welche der Gegenseite kommuniziert wird." (act. 44/51). Erkenntnisse über den weiteren Verlauf der Verhandlungen ergeben sich aus dem WeChat-Verlauf (act. 44/58). Teilnehmer des Chats waren H._____, E._____ und D._____. Daraus geht hervor, dass am 19. November 2018 ein weiteres Treffen zwischen diesen drei Personen stattgefunden hat und H._____ am 7. Dezember 2018 wissen wollte, wann er das endgültige Angebot "wie zuletzt besprochen" erhalten werde (act. 44/58 S. 23). Weiter ergibt sich aus dem Chat-Verlauf, dass die drei Personen ein weiteres Treffen für den 24. Januar 2019 vereinbarten, anlässlich dessen die Klägerin die Verhandlungen beendete (act. 44/58 S. 25 ff.). Dies ergibt sich aus dem Schreiben vom 23. Januar 2019, worin die Klägerin schriftlich festhielt, dass sie sich mit der Beklagten nicht über ein ausgewogenes SPA habe einigen können (act. 3/7). Als ausschlaggebend nannte sie "Tatsachen, die im Zuge der Due Diligence Prüfung aufgetaucht sind und wonach sich die ursprüngliche Bewertung von EUR 40-50mio als nicht gerechtfertigt erweist." Im Einzelnen berief sie sich auf Ergebnisse der Due Diligence im Bereich Wachstum (kein unterzeichneter Serienauftrag für ...-getriebe), im Bereich Profitabilität (wesentlich tiefere Margen) und im Bereich Finanzierung (für die Erwirtschaftung von nachhaltigem Cash Flow müsste Kreditschuld gesenkt werden).

Darauf folgte eine schriftliche Stellungnahme von H._____, worin er sich gegen die Folgerungen der Klägerin wehrte. Die Gründe für die Beendigung der Verhandlungen seien unrichtig dargestellt worden (Profitabilität) oder beträfen Umstände, die von Anfang an klar kommuniziert worden seien (Wachstum/...-getriebe, knappe finanzielle Lage). Er weist darauf hin, dass es klar gewesen sei, dass die zukünftig zu erwartenden Ergebnisse stärker hätten gewichtet werden müssen, andernfalls man sich den gesamten Prozess hätte sparen können (act. 3/10).

Die Darstellung der Beklagten, dass überhaupt keine Verhandlungen stattgefunden hätten, ist angesichts der vorstehend aufgeführten Umstände, aktenwidrig. Ihre Sichtweise, wonach eine Verhandlung erst vorliege, wenn (schriftlich) ausgearbeitete Offerten bzw. Gegenofferten ausgetauscht würden, ist zu eng. Eine Verhandlung setzt keinen Austausch von Offerten in schriftlicher Form, geschweige

denn von bereits ausgearbeiteten Vertragsentwürfen voraus. Für diese Annahme besteht weder eine gesetzliche Grundlage noch eine Grundlage im Earnest Money Vertrag, noch gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben unter den vorliegenden Umständen eine schriftliche Offerte. Gerade bei komplexeren Verträgen erfolgt häufig eine schrittweise Annäherung an eine Einigung in Gesprächen, E-Mails und dergleichen. Selbst wenn man vorliegend nicht bereits mit den ersten gegenseitigen Interessenbekundungen von Vertragsverhandlungen ausginge, so setzten diese doch spätestens mit dem Verfassen des Letter of Intent und des Earnest Money Vertrags ein. Die Verhandlungen wurden begleitend zur Ausführung der Due Diligence geführt und gelangten nach deren vorläufigem Abschluss in die entscheidende Phase. Sie endeten mit den Schreiben vom 23. Januar 2019 und 23. Februar 2019 (act. 3/7 und 3/10).

Mit Austausch dieser Schreiben waren die Verhandlungen definitiv gescheitert. Dass es zu einer Einigung gekommen wäre, behauptet keine der Parteien. Aus den Umständen ist zu schliessen, dass es letztlich an einer unterschiedlichen Einschätzung des Unternehmenswertes der Zielgesellschaft scheiterte, einer Divergenz, die bereits zu Beginn der Verhandlungen zum Vorschein gekommen war und trotz beidseitigem Bemühen nicht aufgelöst werden konnte. Die Gründe der Divergenz lagen nach dem vorstehend Ausgeführten insbesondere in der unterschiedlichen Beurteilung von Umständen, insbesondere des erwarteten Serienauftrags von M._____, der Profitabilität und Kapitalausstattung sowie der vertraglichen Situation mit Familienmitgliedern von H._____. Dass diese Umstände immer wieder thematisiert wurden, zeugt davon, dass sie für die Klägerin von übergeordneter Bedeutung waren. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Klägerin bereits zu Beginn "Bescheid wusste", wie es die Beklagte darstellt. Entscheidgrundlage war letztlich die präzise Aufarbeitung und Würdigung dieser Umstände durch die mit der Due Diligence beauftragten Fachpersonen.

Demnach sind die Voraussetzungen gemäss Ziffer 3 zweites Alinea des Earnest Money Vertrags erfüllt: Die Transaktion scheiterte an der unterschiedlichen Bewertung der Zielgesellschaft und der damit einhergehenden unterschiedlichen Preisvorstellungen. Dieser spezifische Grund wird von Ziffer 3 des Earnest Money

Vertrags explizit als möglicher Grund für ein anspruchsbegründendes Ausbleiben der Einigung genannt.

2.8. Vorliegen eines "seriously adverse matter"

2.8.1. Standpunkte

Die Klägerin bejaht einen Rückerstattungsanspruch (eventualiter) auch für den Fall, dass die fehlende Einigung auf wichtigen Gründen im Sinne von Ziffer 2 des Earnest Money Vertrags beruhen müsste. Die durch die Due Diligence erlangten Erkenntnisse in den Bereichen Wachstum (Serienauftrag von M.____), familiäre Verflechtungen und Betriebskennzahlen (EBITDA und Eigenkapitalquote) hätten einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Preisgestaltung und seien damit wichtige Gründe im Sinne der Bestimmung (act. 43 Rz. 163 ff.).

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Die von der Klägerin nachträglich angeführten Gründe seien ihr bereits vor Abschluss des Earnest Money Vertrags bekannt gewesen, weshalb sie nicht als Rechtfertigung für den Abbruch der Verhandlungen dienen könnten. Vielmehr hätte die Klägerin von den Verhandlungen nach Bekanntwerden eines wichtigen Grundes sofort zurücktreten müssen (act. 47 Rz. 35 ff., act. 25 Rz. 44).

2.8.2. Würdigung

Selbst wenn man aufgrund subjektiver oder objektiver Vertragsauslegung zum Schluss käme, dass für einen Rückzahlungsanspruch nach Ziffer 3 zweites Alinea des Earnest Money Vertrags kumulativ die Voraussetzungen von Ziffer 2 des Vertrags erfüllt sein müssten, wäre ein Rückzahlungsanspruch zu bejahen.

Ziffer 2 sieht vor, dass der Provider einen Rückzahlungsanspruch hat, wenn er sich nach Abschluss der Due Diligence mit Grund von den Verhandlungen zurückzieht. Als zulässiger Rückzugsgrund wird jeder "seriously adverse matter" be-

zeichnet, welcher während der Due Diligence auftaucht und welcher einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Preisgestaltung haben würde. Die Beklagte legt dies so aus, dass es sich um einen gänzlich neuen Sachverhalt handeln müsse, welcher gerade erst durch die Due Diligence zu Tage gefördert wurde. Der Wortlaut kann aber nach Treu und Glauben nicht in diesem Sinn verstanden werden, da es den Zweck einer Due Diligence missachten würde: Das Ziel der Due Diligence ist das Beschaffen und Überprüfen derjenigen Informationen über das zu kaufende Unternehmen (oder den zu kaufenden Unternehmensteil) durch den Käufer, die dieser für Entschiede betreffend Vertragsverhandlungen, Konditionen des Kaufs, insbesondere des Kaufpreises, benötigt. Im Vordergrund der Due Diligence steht meist das Erkennen und Abschätzen des zu kaufenden Unternehmens bzw. Unternehmensteils (VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 96/2000 S. 229). Dabei geht es nicht nur um ein Zusammentragen von Informationen, sondern auch um eine Beurteilung und Einordnung dieser Informationen. Die Beurteilung der Informationen aus rechtlicher, betriebswirtschaftlicher und steuerlicher Sicht setzt regelmässig den Beizug von Experten des jeweiligen Fachgebietes voraus. Naturgemäss bestehen bereits vor Durchführung der Due Diligence gewisse Vorstellungen und Kenntnisse auf Seiten des Käufers, die er gestützt auf eigene erste Abklärungen oder Äusserungen des Verkäufers gewonnen hat. Solches Wissen kann aber noch keine Entscheidungsgrundlage im vorerwähnten Sinn darstellen, da es weder anhand von Unterlagen objektiviert wurde, noch von Fachpersonen überprüft und beurteilt wurde. Die Formulierung "welcher während der Due Diligence auftaucht" ist daher nach Treu und Glauben nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine völlig neue Tatsache gerade durch die Due Diligence ans Licht gekommen ist, sondern vielmehr, dass eine Tatsache von den beigezogenen Fachpersonen bezüglich ihrer rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und steuerlichen Tragweite überprüft und anders beurteilt wird, als dies allenfalls noch in Vorgesprächen der Fall war. Demnach ist es für den Rückzahlungsanspruch gemäss Ziffer 2 des Earnest Money Vertrags nicht von Bedeutung, ob die Klägerin aufgrund der Angaben der Beklagten oder eigener Nachforschung bereits erste eigene Annahmen bezüglich für den Kauf relevanter Umstände getroffen hat.

Die Beklagte scheint insgesamt die Ernsthaftigkeit der Interessen der Klägerin an einer Beteiligung in Abrede stellen zu wollen. Dies entbehrt jedoch einer Grundlage im vorliegenden Sachverhalt. Dass die Klägerin ein ernsthaftes Interesse verfolgte, ergibt sich nicht nur aus dem Umstand, dass sie die Gespräche überhaupt initiiert hat. Auch die Intensität der Verhandlungen zeugen davon. Die Parteien standen über mehrere Monate in engem Kontakt, führten Telefonate und hielten Treffen an verschiedenen Orten in Europa ab. Auch intern wurde die Beteiligung intensiv diskutiert, das ergibt sich aus der dokumentierten E-Mail-Korrespondenz zumindest für die Klägerin. Zudem wurden ein Letter of Intent sowie ein Earnest Money Vertrag verfasst und leitete die Klägerin einen kostspieligen Due Diligence Prozess ein. Sowohl für die Financial als auch die Legal Due Diligence erteilte sie entgeltliche Aufträge an externe Experten des jeweiligen Fachgebietes. Die Due Diligence wurde sorgfältig durchgeführt. Davon zeugen nicht nur die ausführlichen Due Diligence Request Lists. Wiederholt wurden die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Informationen auf Vollständigkeit geprüft, erörtert und fehlende Informationen nachgefordert und mit der Klägerin besprochen. Die gesamten Umstände der Verhandlungen lassen entgegen der Ansicht der Beklagten darauf schliessen, dass die Klägerin ein aufrichtiges und ernsthaftes Interesse an einer Zusammenarbeit mit der Beklagten bzw. einer Beteiligung hatte. Es ist nicht ersichtlich (und wird von der Beklagten auch nicht dargetan), weshalb die Klägerin einen derartigen Aufwand hätte auf sich nehmen wollen, wenn sie nicht ernsthaft interessiert gewesen wäre. Der Ernsthaftigkeit tut es auch keinen Abbruch, dass es nie zu einem schriftlichen Angebot oder gar einem ausformulierten Vertragsentwurf gekommen ist. Eine besondere Form für ein Angebot wurde weder in den Vertragswerken zwischen den Parteien vorgesehen, noch verlangt das Gesetz eine solche, noch wäre eine solche nach Treu und Glauben zu erwarten. Dass es gegen Ende der Verhandlungen zu einem Austausch eines Vorschlags und eines Gegenvorschlags gekommen ist, ergibt sich aus der Korrespondenz (act. 44/51, 44/52, 44/58). Auch der Umstand, dass die Klägerin die Verhandlungen über den im Letter of Intent geplanten Zeitplan (Abschluss der Transaktion bis Ende Oktober 2018, act. 3/3) hinaus weiterverfolgt hat, zeugt von ihrem ernsthaften Interesse und der Hoffnung, doch noch eine Einigung zu erzielen.

Wie bereits ausgeführt, stuft der Due Diligence Bericht die Risiken im Zusammenhang mit einer noch nicht aufgelösten familiären und vertraglichen Verflechtung in Bezug auf die Zielgesellschaft und einem damit zusammenhängenden "Exit-Vertragswerk" als hoch ein. Der Bericht hält fest, im Ergebnis führe dies dazu, dass die wirksame Übertragung von Anteilen an der Zielgesellschaft von der Zustimmung von weiteren, mit H._____ familiär verbundenen Gesellschaftern abhängig (act. 44/20 Key-Findings # 1). Ausserdem stellte der Bericht fest, dass die Zielgesellschaft gegenüber M._____ im Zusammenhang mit der Serienfertigung und der Wartung der Getriebe für den Q._____ ... keine gesicherte Vertragsposition habe (act. 44/20 Key-Findings # 7). Es sei nicht absehbar, ob es tatsächlich zum Abschluss der Verträge komme. Die bisher abgeschlossenen Vertragskonvolute würden der Zielgesellschaft auch keine IP-Rechte und keine Exklusivität im Zusammenhang mit der Serienproduktion und der Wartung der ...-getriebe verschaffen, so dass M._____ auch auf andere Anbieter zurückgreifen könne. Diese unsichere Vertragsposition sollte nach Empfehlung des Red Flag Reports bei der Kaufpreisbestimmung berücksichtigt werden (act. 44/20 Key-Findings # 7). Beide Erkenntnisse sind geeignet, sich auf die Unternehmensbewertung und damit auf die Kaufpreisgestaltung auszuwirken.

Der Financial Due Diligence Bericht erachtet in Bezug auf die Betriebskennzahl EBITDA (Gewinn vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und immaterielle Vermögensgegenstände) Bereinigungen als notwendig, welche von der Geschäftsführung der Zielgesellschaft nicht vorgenommen worden seien. Dadurch gelangen die beigezogenen Experten zu tieferen EBITDA, als es sich aus den Jahresabschlüssen der Zielgesellschaft ergibt. Ausgehend von diesen Werten stellt der Bericht tiefere EBITDA Margen fest (act. 44/53 S. 13). Zudem stellt der Financial Due Diligence Bericht fest, dass das Eigenkapital in der Berichtsperiode von EUR 4.1 Mio. per Juni 2016 auf EUR 2.4 Mio. per Juni 2018 gesunken sei (act. 44/53 S. 14). Sowohl die Feststellungen zum EBITDA als auch zum Eigenkapitalwert sind geeignet, die Bewertung des Zielunternehmens und damit die Preisgestaltung zu beeinflussen.

Die genannten Erkenntnisse der Legal und Financial Due Diligence stellen daher einen wichtigen Grund im Sinne von Ziffer 2 des Earnest Money Vertrags dar. Der Klägerin kann damit nicht vorgeworfen werden, sich ohne wichtigen Grund von den Verhandlungen zurückgezogen zu haben. Ein Rückzahlungsanspruch ist daher auch nach Ziffer 2 des Earnest Money Vertrags zu bejahen.

3. Zinsanspruch aus Earnest Money Vertrag

Die Klägerin verlangt nebst der Rückzahlung der EUR 500'000.– die Leistung eines Zinses von 5 % seit dem Zahlungseingang am 27. Juli 2018. Sie stützt sich hierzu auf Ziffer 4 des Earnest Money Vertrags (act. 1 S. 7, 43 Rz. 261 und 3/1). Ziffer 4 des Earnest Money Vertrags sieht für den Fall der Rückzahlung des Earnest Money eine bankübliche Verzinsung in Höhe von 5% pro rata temporis vor (act. 3/1).

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie - im Falle des Vorliegens eines Rückerstattungsanspruchs - gemäss Ziffer 4 des Earnest Money Vertrags zur Leistung eines Zinses von 5 % seit Zahlungseingang verpflichtet ist. Sie bestreitet auch nicht, dass die Zahlung von EUR 500'000.– am 27. Juli 2018 bei ihr eingegangen ist.

Damit ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Zins von 5% auf EUR 500'000.– seit dem 27. Juli 2018 zu leisten.

4. Verrechnungsweise geltend gemachte Ansprüche der Beklagten

4.1. Standpunkte

4.1.1. Für den Fall, dass die eingeklagte Forderung geschuldet sein sollte, erklärt die Beklagte Verrechnung mit einer ihr gegen die Klägerin zustehenden Schadenersatzforderung aus culpa in contrahendo. Die Klägerin habe ihre vertraglichen Nebenpflichten gemäss Art. 2 ZGB gegenüber der Beklagten verletzt, indem sie treuwidrig ohne Grund die vorvertraglichen Verhandlungen betreffend den Kauf eines Anteils an der Zielgesellschaft abgebrochen bzw. gar nicht erst aufgenommen habe. Der Schaden der Beklagten belaufe sich auf EUR 196'720.– und bestehe in den extrem aufwendigen Arbeiten im Zusammenhang mit der von der

Klägerin verlangten Due Diligence und den nunmehr nutzlosen Kosten und Aufwendungen der Beklagten in diesem Zusammenhang (act. 25 Rz. 110, 47 Rz. 44).

4.1.2. Die Klägerin bestreitet die Verrechnungsforderung der Beklagten. In tatsächlicher Hinsicht sei sie gänzlich unsubstantiiert. In rechtlicher Hinsicht bestehe keine Grundlage dafür, dass der blosser Abbruch von Vertragsverhandlungen Schadenersatzansprüche nach sich ziehe, insbesondere wenn keine Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrags bestehe (act. 43 Rz. 235).

4.2. Rechtliche Grundlagen

Die Haftung aus culpa in contrahendo ist eine Erscheinungsform der Vertrauenshaftung. Die Verantwortlichkeit aus der culpa in contrahendo beruht auf dem Gedanken, dass sich die Parteien während Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben verhalten müssen. Mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen entsteht zwischen den Parteien eine rechtliche Bindung und ihnen erwachsen gegenseitige Pflichten, wie z.B. die Pflicht, ernsthaft und gemäss den wahren Absichten zu verhandeln. Ein Anspruch aus culpa in contrahendo kann auch dann bestehen, wenn kein Vertrag zustande kommt oder der Vertrag nichtig ist. Im Falle des Abbruchs der Vertragsverhandlungen kommt die Figur der culpa in contrahendo nur ausnahmsweise zur Anwendung. Die Parteien investieren grundsätzlich auf eigene Gefahr in Vertragsverhandlungen. Im blossen Abbruch von Vertragsverhandlungen liegt keine Treuwidrigkeit (GÖKSU TARKAN, in: Präjudizienbuch OR, 10. Aufl., 2021, Vorb. Art. 1-40f, N 33). Es besteht keine Pflicht, begonnene Verhandlungen fortzuführen; jede Partei darf sie vielmehr abbrechen und hat darüber der andern grundsätzlich auch nicht Rechenschaft zu geben. Mit dem Eintreten in Verhandlungen ergeben sich jedoch zwangsläufig gegenseitige Verpflichtungen. Dazu gehört insbesondere, dass die Parteien Verhandlungen ihrer wirklichen Absicht gemäss führen und einander in gewissem Masse über Tatsachen unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (BGE 105 II 75 E. 2).

4.3. Würdigung

Die Beklagte stützt ihren Anspruch aus culpa in contrahendo allein auf den Umstand, dass die Klägerin die Vertragsverhandlungen abgebrochen hat. Wie ausgeführt, löst der bloße Abbruch von Vertragsverhandlungen grundsätzlich keine Haftung im Sinne einer culpa in contrahendo aus. Die Beklagte führt nicht näher aus, aufgrund welcher Umstände der Abbruch der Verhandlungen vorliegend ausnahmsweise treuwidrig sein sollte. Zudem stellt die Beklagte einen Schadensbetrag in den Raum, ohne darzulegen, aus welchen Schadenspositionen sich diese Summe im Einzelnen zusammensetzt und inwiefern diese durch (treuwidriges) Verhalten der Klägerin verursacht wurde. Der von ihr gemachte bloße Verweis auf Schadenspositionen in einer Beilage genügt nicht. Es ist nicht Sache des Gerichts, anhand von Beilagen mögliche Behauptungen zu den Anspruchsgrundlagen selber zu ermitteln. Vor diesem Hintergrund scheidet ein Anspruch aus culpa in contrahendo bereits an mangelnder Substantiierung der Anspruchsgrundlagen.

Darüber hinaus lässt die vorstehend bereits eingehend dargestellte Kommunikation im Zusammenhang mit der geplanten Transaktion keine Treuwidrigkeit der Klägerin erkennen. Die Ernsthaftigkeit der Absichten der Klägerin ergibt sich bereits daraus, dass sie eine für sie aufwendige und kostspielige Due Diligence eingeleitet hat und hat durchführen lassen. Die Verhandlungen sind aufgrund unterschiedlicher Ansichten zu einzelnen für den Vertrag relevanten Umständen gescheitert, welche sich insbesondere auf die Preisvorstellungen ausgewirkt haben. Diese Divergenzen wurden seitens der Klägerin offen kommuniziert (vgl. Erw. 2.7.2). Damit liegt kein Fall von culpa in contrahendo vor, sondern eine Verwirklichung des allen Vertragsverhandlungen inhärenten Risikos, dass die Parteien gewisse Umstände unterschiedlich beurteilen und sich daher nicht einig werden. Dem verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzanspruch der Beklagten fehlt damit jede Grundlage.

4.4. Zusammenfassung

Die Parteien waren interessiert an einer Beteiligung der Klägerin an der Zielgesellschaft, deren Anteile von der Beklagten gehalten wurden. Zu diesem Zweck

liess die Klägerin eine Due Diligence durchführen und die Parteien schlossen einen Vertrag, worin sich die Klägerin zur Leistung eines Betrages unter dem Titel "Earnest Money" verpflichtete. Der Vertrag sah unter gewissen Bedingungen einen Rückzahlungsanspruch der Klägerin vor, falls es nicht zu einem Anteilskauf kommen sollte. Nach Auslegung der entsprechenden Vertragsbedingungen ergibt sich, dass die Bedingungen für eine Rückzahlung erfüllt sind. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, den von der Klägerin unter dem Titel "Earnest Money" geleisteten Betrag von EUR 500'000.– zzgl. eines Zinses zu 5% seit Überweisung der Zahlung zurückzuerstatten. Mangels hinreichender Substantiierung des behaupteten Anspruchs und Fehlens eines treuwidrigen Verhaltens der Klägerin besteht kein Anspruch der Beklagten aus culpa in contrahendo, welchen sie dem Rückzahlungsanspruch der Klägerin verrechnungsweise entgegensetzen könnte.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Für die Umrechnung einer Fremdwährung zur Bestimmung des Streitwerts ist der Mittelkurs Devisen zur Zeit der Rechtshängigkeit (= Datum Poststempel) massgebend. Der Streitwert (Umrechnungskurs vom 28. Mai 2019) beträgt demnach CHF 562'050.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 11 GebV OG ist eine um die Hälfte erhöhte Gerichtsgebühr von aufgerundet CHF 33'000.– geschuldet. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr von der Beklagten zu tragen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht einzuräumen.

5.2. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen. Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 und 2 Anw. GebV). Sie beträgt vorliegend rund CHF 24'600.–. Hinzu kommen Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2

AnwGebV für die Teilnahme an den Vergleichsverhandlungen, die Erstattung der Duplik sowie einer zusätzlichen Stellungnahme. Ausgangsgemäss ist der Klägerin eine Parteientschädigung von 150 % der Grundgebühr zuzusprechen, was rund CHF 37'000.– entspricht. Die Klägerin beantragte zudem die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlages. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. BGE 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5 sowie Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.). Die Klägerin hat es unterlassen, die für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände zu behaupten. Die Parteientschädigung ist daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Der Antrag der Beklagten, die act. 44/18, 44/20, 44/40, 44/44, 44/49 und 44/53 aus dem Recht zu weisen, wird abgewiesen.
2. Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 500'000.– nebst Zins zu 5 % seit 27. Juli 2018 zu bezahlen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 33'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 37'000.– zu leisten.
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 562'050.–.

Zürich, 24. Januar 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsidentin:

Dr. Claudia Bühler

Gerichtsschreiberin:

Claudia Iunco-Feier