

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.328/2006 /aka

Urteil vom 16. Oktober 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch
Gerichtsschreiberin Hürlimann.

Parteien
X. _____,
Beklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter,
vertreten durch Herren Prof. Dr. Karl Spühler und
Dr. Dominik Vock, Rechtsanwälte,

gegen

Swisscom AG,
Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,
vertreten durch Herren Dr. Gregor Bühler und Dr. Georg Naegeli, Rechtsanwälte.

Gegenstand
Mäklertätigkeit; Verrechnung,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 2006.

Sachverhalt:

A.

A.a Die Swisscom AG, Bern, (Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte) wurde 1998 als Aktiengesellschaft gestützt auf das Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG) vom 30. April 1997 (SR 784.11) gegründet. Sie führt mit ihrer Errichtung die Anstaltsteile der (ehemaligen) PTT-Betriebe weiter, welche Fernmelde- und Rundfunkdienste erbrachten (Art. 21 Abs. 1 TUG). Sie hat sämtliche Aktiven und Passiven dieser Anstaltsteile übernommen, die bis 1998 unter der Bezeichnung Telecom PTT im Markt auftraten (Art. 23 Abs. 1 TUG).

-:-

X. _____ (Beklagter, Widerkläger, Berufungskläger) ist Rechtsanwalt sowie Honorarkonsul des Landes A. _____. Nach eigenen Angaben ist er zur Hauptsache als Geschäftsmann tätig. Danach berät er finanzstarke Privatpersonen und Unternehmen und betreibt die Vermittlung von Geschäften, während die eigentliche Anwaltstätigkeit nur noch untergeordnete Bedeutung habe.

A.b Im August 1994 leitete die Regierung des Landes A. _____ eine Auktion über eine Minderheitsbeteiligung an der damaligen staatlichen Telefongesellschaft Y. _____ Telecom ein. Am Auktionsverfahren beteiligte sich neben vier anderen Bewerbern ein Joint Venture unter der Firma Z. _____ N.V., zu dem sich eine ausländische Telefongesellschaft und die Telecom PTT zusammengeschlossen hatten. Der Zuschlag wurde am 28. Juni 1995 bekannt gegeben; Z. _____ N.V. erwarb eine Beteiligung von 27 % an der Y. _____ Telecom zum Preis von USD 1.45 Milliarden.

A.c Der Beklagte kontaktierte anfangs April 1995 den ehemaligen Generaldirektor der Telecom PTT, B. _____, und bot ihm seine Dienste im Zusammenhang mit dem Verfahren um die Beteiligung an der Y. _____ Telecom an. B. _____ informierte seinen Nachfolger C. _____, der seinerseits am 4. Mai 1995 mit dem Beklagten telefonisch Kontakt aufnahm. In der Folge traf sich der Beklagte am 19. Juni 1995 und am 22. Juni 1995 mit D. _____, dem bei der Telecom PTT verantwortlichen Projektleiter für die Ausschreibung Y. _____ Telecom, zu Gesprächen. Am 22. Juni 1995 verfasste er ein Schreiben an den damaligen Wirtschaftsminister des Landes A. _____, in dem die Vorteile der Offerte der Z. _____ N.V. gepriesen wurden.

A.d Der Beklagte machte in der Folge geltend, es sei zwischen den Parteien ein Mäklervertrag zustande gekommen. Ausgehend von einem Provisionssatz von 1.5 % verlangte er bezogen auf den

Zuschlagspreis von USD 1.45 Mia. einen Mäklerlohn von CHF 22.5 Mio. zuzüglich 7.6 % MwSt. Diese Forderung meldete er am 3. Juli 2002 gemäss Art. 733 OR an, als die Klägerin im Rahmen einer beabsichtigten Kapitalherabsetzung einen Schuldenruf durchführte.

A.e Am 1. September 2003 stellte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich das Begehren, es sei festzustellen, dass sie dem Beklagten nichts schulde (Ziffer 1). Ausserdem beantragte sie, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr CHF 47'542.25 nebst Zins zu bezahlen (Ziffer 2.). Diese Forderung betrifft die Kosten, welche die Klägerin für die Sicherstellung der Forderung des Beklagten aufwenden musste, um ihr Aktienkapital mit Beschluss vom 30. April 2002 herabzusetzen. Sie musste für die Bankbürgschaft, deren Abschluss die Parteien am 25. Juli 2002 vereinbarten, nebst einer einmaligen Bearbeitungsgebühr pro Quartal CHF 9'505.45 bezahlen. Sie erhöhte im Laufe des Prozesses ihre Forderung auf CHF 114'080.40 nebst Zins.

A.f Der Beklagte erhob Widerklage auf Bezahlung des beanspruchten Mäklerlohnes. Er beantragte mit bereinigtem Rechtsbegehren, die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, ihm CHF 22'500'000.-- zuzüglich 7.6 % MwSt. und Zins zu 5 % seit 22. Dezember 1995 zu bezahlen.

B.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich schrieb mit Beschluss vom 3. Juli 2006 die Klage mit Bezug auf das Klagebegehren Ziffer 1 als gegenstandslos ab. Mit Urteil vom 3. Juli 2006 wies das Gericht die Klage mit Bezug auf das Klagebegehren Ziffer 2 ab (Dispositiv-Ziffer 1). Die Widerklage wurde abgewiesen (Dispositiv-Ziffer 2). Das Handelsgericht kam zum Schluss, das - ursprünglich vorhandene - Feststellungsinteresse der Klägerin sei durch die Widerklage dahingefallen. Die Widerklage wies das Gericht im Wesentlichen aus der Erwägung ab, dass ein Mäklervertrag nicht zustande gekommen und der Aufwand für die Erfüllung des Auftrags nicht nachgewiesen sei. Die Forderung der Klägerin auf Ersatz ihrer Auslagen für die Bürgschaft wies das Handelsgericht ab, weil sie sowohl einer gesetzlichen wie einer vertraglichen Grundlage entbehre.

C.

Mit Berufung vom 11. September 2006 stellt der Beklagte folgende Anträge:

1. In Aufhebung von Ziff. 2 des Dispositives des Urteils vom 3. Juli 2006 des Handelsgerichts des Kantons Zürich (...) sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger CHF 22'500'000.-- zuzüglich 7.6 % MwSt. und Zins zu 5 % seit 22. Dezember 1995 zu bezahlen.

2. Eventuell sei der Prozess im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen zur Neuurteilung an das Handelsgericht des Kantons Zürich zurückzuweisen.

3. In Aufhebung von Ziff. 3-5 des Dispositives des Urteils vom 3. Juli 2006 des Handelsgerichts des Kantons Zürich (...) seien die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Überdies sei sie zu verpflichten, dem Berufungskläger eine angemessene Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zu entrichten.

.. ..."

Ausserdem stellt der Beklagte den prozessualen Antrag, "es seien durch das Bundesgericht die erforderlichen Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 38 Satz 2 BZP mit Bezug auf die in den Rz 7, Rz 14, Rz 22, Rz 43 und Rz 47 genannten Beweismittel zu treffen".

Der Beklagte stellt zunächst den Sachverhalt aus seiner Sicht dar, wobei er Beweismittel für seine Behauptungen offeriert. Als offensichtliches Versehen und Verletzung von Art. 412 OR rügt er, dass die Vorinstanz die Tatsachen übersehen habe, dass die Klägerin am 4. Mai 1995 noch nicht gewusst habe, ob die Regierung des Landes A. _____ mit ihr die Vereinbarung über die Übernahme der Y. _____ Telecom abschliessen werde und dass sich das Auswahlverfahren nach privatrechtlichen Grundsätzen gerichtet habe, der Beschluss der Regierung des Landes A. _____ nicht anfechtbar und deren Vertragsfreiheit nicht beschränkt gewesen sei. Eine Verletzung von Art. 412 OR sieht er ausserdem darin, dass die Vorinstanz aus dem Umstand, dass er das offizielle Briefpapier des Honorarkonsulates benutzte, geschlossen habe, er habe in seiner Stellung als Honorarkonsul gehandelt. Als Verletzung von Art. 413 OR rügt der Beklagte sodann die Qualifikation seiner Tätigkeit als Lobbying statt als Vermittlungsmäkelei. Weiter rügt er, die Vorinstanz habe zu Unrecht bzw. willkürlich aus der Korrespondenz nicht geschlossen, dass die Klägerin die von ihm für sie erbrachte Mäklertätigkeit erkennen musste. Die Vorinstanz habe schliesslich in Verletzung von Art. 8 ZGB beantragte Beweise nicht abgenommen, den Vertrauensgrundsatz verletzt und sei von einer falschen Vertragsqualifikation ausgegangen, indem sie das Zustandekommen eines Mäklervertrags verneint und ihm das geforderte Honorar nicht zugesprochen habe.

D.

Die Klägerin schliesst in der Antwort auf Abweisung der Berufung. Sie erhebt ausserdem Anschlussberufung mit den Anträgen:

1. Disp. Ziff. 1 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 2006 sei aufzuheben, und der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten CHF 114'080.40 nebst Zins zu 5 %

1. auf CHF 9'520.45 seit 26. Juli 2002

2. auf CHF 104'559.95 seit 27. Januar 2004 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.

2. Eventuell sei das Verfahren zur Neuurteilung der Widerklage an das Handelsgericht des Kantons Zürich zurückzuweisen ..."

E.

Der Beklagte beantragt in der Antwort auf die Anschlussberufung, es sei darauf nicht einzutreten, eventuell sei die Anschlussberufung abzuweisen. Mit Eingabe vom 18. September 2007, die am 25. September 2007 dem Beklagten zur Kenntnis zugestellt wurde, hat sich die Klägerin unaufgefordert zur Anschlussberufungsantwort geäußert.

F.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies mit Zirkulationsbeschluss vom 21. April 2007 die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten ab, soweit darauf eingetreten werden konnte. Eine Beschwerde in Zivilsachen, mit welcher der Beschwerdeführer keine Verletzung von Bundesrechtsnormen durch das Handelsgericht rügte, wurde mit Urteil vom heutigen Tag abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, wenn sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen (Art. 63 Abs. 2 OG) oder im Hinblick auf den Tatbestand einer anwendbaren Sachnorm ergänzungsbedürftig sind (Art. 64 OG). Werden solche Ausnahmen geltend gemacht, so hat die Partei, welche den Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. c und d OG; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106 mit Hinweisen). Das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einreden, Bestreitungen und Beweismittel, sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig (Art. 55 lit. c OG). Blosser Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung ist im Berufungsverfahren unzulässig (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 120 II 97 E. 2b S. 99; 119 II 84 E. 3 S. 85, je mit Hinweisen).

2.1 Der Beklagte stellt den Sachverhalt aus seiner Sicht dar und offeriert für seine Behauptungen Beweise, wie wenn das Bundesgericht den Streitfall als Appellationsinstanz auch in Bezug auf die rechtserheblichen Tatsachen frei prüfen könnte. Im Verfahren der Berufung ist darauf nicht einzutreten. Entsprechend sind die als Beweismittel eingereichten Beilagen aus dem Recht zu weisen. Der Antrag auf Schutzmassnahmen wird damit gegenstandslos.

2.2 Ein offensichtliches Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 und Art. 55 lit. d OG liegt vor, wenn die kantonale Instanz eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig, d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut, wahrgenommen hat (BGE 115 II 399 E. 2a S. 399 f.; 109 II 159 E. 2b S. 162, je mit Hinweisen, vgl. auch BGE 129 III 135 E. 2.3.2.1 S. 145). Der Beklagte verkennt die Tragweite der Versehensrüge und kritisiert im Ergebnis die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wenn er die Feststellung beanstandet, dass der Klägerin die Abschlussbereitschaft der Regierung des Landes A. _____ anfangs Mai 1995 bekannt war, und dass keine klassische Situation vorgelegen habe, in der üblicherweise Vermittlungsmäkler eingesetzt würden, da insbesondere nur ein beschränkter Verhandlungsspielraum bestanden und keine Vertragsverhandlungen stattgefunden hätten, an welchen ein Mäkler aktiv hätte teilnehmen können. Die unter dem Titel der Versehensrüge vorgetragene Kritik an der Beweiswürdigung ist im vorliegenden Verfahren unzulässig.

2.3 Art. 8 ZGB regelt im Bereich des Bundesprivatrechts die Verteilung der Beweislast und verleiht der beweisbelasteten Partei das Recht, zu dem ihr obliegenden Beweis zugelassen zu werden. Allerdings besteht der Beweisanspruch nur in Bezug auf rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen und setzt voraus, dass die beweisbelastete Partei im kantonalen Verfahren rechtzeitig und formgerecht entsprechende Beweisanträge gestellt hat. Art. 8 ZGB schreibt dem Sachgericht dagegen nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist oder wie die Beweise zu würdigen sind und schliesst die vorweggenommene Würdigung von Beweisanerbieten nicht aus. Dem Sachgericht bleibt vielmehr unbenommen, von beantragten Beweiserhebungen abzusehen, weil es sie für untauglich hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen, oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und mit Gewissheit davon ausgeht, weitere Beweisabnahmen vermöchten diese Überzeugung nicht zu erschüttern (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f.; 122 III 219 E. 3c S. 223 f.; 114 II 289 E. 2a S. 290 f., je mit Hinweisen). Der Beklagte rügt als Verletzung von Art.

8 ZGB, dass die von ihm beantragten Zeugen zur Behauptung nicht angehört wurden, die Vertreter der Klägerin

hätten erkennen können, dass er für diese als Mäkler tätig geworden sei. Er will damit einen rechtlichen Schluss nach dem Vertrauensprinzip zum Beweis verstellen, während er nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz eine tatsächlich übereinstimmende Willensäusserung der Parteien über eine bestimmte Honorierung für seine Tätigkeit nicht behauptet hatte. Mangels prozessual gehöriger Behauptung war die Vorinstanz zur Abnahme entsprechender Beweismittel nicht verpflichtet. Eine Verletzung von Art. 8 ZGB liegt nicht vor.

2.4 Die Rügen, die der Beklagte gegen die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz vorbringt, sind unbegründet, soweit sie im vorliegenden Berufungsverfahren überhaupt zulässig sind. Soweit der Beklagte seine Rügen der Rechtsverletzung auf einen Sachverhalt stützt, der von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid abweicht, sind seine Vorbringen unzulässig. Es ist im vorliegenden Verfahren allein zu prüfen, ob die Vorinstanz aufgrund der Tatsachen, wie sie im angefochtenen Entscheid verbindlich festgestellt sind, Bundesrechtsnormen verletzt hat (Art. 43 Abs. 1 OG). Grundsätzlich zulässig sind die Rügen, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung von Konsens und Vertragsinhalt den bundesrechtlichen Vertrauensgrundsatz verletzt oder sie habe den - korrekt ermittelten - Vertragsinhalt zu Unrecht als einfachen Auftrag statt als Mäklervertrag qualifiziert.

3.

Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Mäklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR)

3.1 Zu den objektiv wesentlichen Elementen des Mäklervertrages gehören die Entgeltlichkeit und die Erfolgsbedingtheit aufgrund der Tätigkeit des Mäklers - sei es zum Nachweis oder zur Vermittlung eines Vertrages (BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; 124 III 481 E. 3a S. 482). Zur Begründung des Mäklerlohnes hat der Mäkler zu beweisen, dass der im Mäklervertrag bezeichnete Hauptvertrag infolge seiner Bemühungen abgeschlossen worden ist (BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; 124 III 481 E. 3a S. 483). Der Mäklervertrag kann durch konkludentes Verhalten abgeschlossen werden, wobei verlangt wird, dass das Verhalten des Mäklers hinreichend klar sein muss, damit das Schweigen des Auftraggebers als Zustimmung interpretiert werden kann (BGE 72 II 84 E. 1b S. 87, bestätigt in den Urteilen 4C.70/2003 vom 6. Juni 2003 E. 3.1, publ. in SJ 2004 I 257, 4C.54/2001 vom 9. April 2002 E. 2a, publ. in SJ 2002 I 557; 4C.66/1992 vom 29. September 1992 E. 2b, publ. in SJ 1993 S. 189).

3.2 Der Mäklervertrag lässt sich vom einfachen Auftrag nicht ohne weiteres aufgrund der vom beauftragten Vermittler entfalteten Tätigkeit abgrenzen. Denn ein Beauftragter, der eine der Vertragsparteien beim Abschluss eines Vertrages unterstützt und als deren Vertreter die Verhandlungen führt, kann sowohl im Rahmen eines einfachen Auftrages als auch im Rahmen eines Mäklervertrages handeln. Da die Vergütung des Mäklers vom Erfolg abhängt, ist er in seiner Tätigkeit jedoch unabhängiger von Weisungen des Auftraggebers als der Beauftragte (BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 276; 84 II 521 E. 2d S. 527). Für die Abgrenzung des besonderen Auftrages der Mäkelei vom einfachen Auftrag kann insbesondere die Art der Honorarvereinbarung wesentlich sein; wird die Tätigkeit unentgeltlich geleistet oder wird das Entgelt nicht vom Erfolg abhängig gemacht, sondern z.B. nach dem Zeitaufwand bemessen, so liegt ein gewöhnlicher Auftrag vor (BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 276; Fellmann, Berner Kommentar, N. 337 zu Art. 394 OR; Rayroux, Commentaire Romand, N. 1 und 10 zu Art. 412 OR). Die Erfolgsbedingtheit des Honoraranspruchs ist nicht blosse Rechtsfolge der Qualifikation des Auftrages als Mäklervertrag, sondern Begriffsmerkmal des Mäklervertrages (Ammann, Basler

Kommentar, 4. Aufl. 2007, N. 3 zu Art. 412 OR).

3.3

Die Vorinstanz hat zutreffend aufgrund der Parteivereinbarung beurteilt, ob der Beklagte die Interessen der Klägerin als Gesellschafterin der Z. _____ N.V. im Rahmen der Ausschreibung der Beteiligung an der Gesellschaft des Landes A. _____ gestützt auf einen einfachen Auftrag oder gestützt auf einen Mäklervertrag gewahrt hat.

3.3.1 Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens 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 (BGE 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 129 III 118 E. 2.5 S. 122; 128 III 265 E. 3a S. 267; 127 III 444 E. 1b S. 445). Die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip stellt eine Rechtsfrage dar, welche das Bundesgericht im Berufungsverfahren überprüfen kann, wobei es an die Feststellungen der Vorinstanz über die äusseren Umstände des Vertragsschlusses gebunden ist (vgl. BGE 129 III 702 E. 2.4 S. 707 mit Hinweisen).

3.3.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz ist der Beklagte im Frühjahr 1995 an die Rechtsvorgängerin der Klägerin herantreten und hat ihr seine Dienste angeboten, um die Chancen der Z. _____ N.V. an der Ausschreibung zu verbessern; die Klägerin hat danach dem Beklagten anlässlich der Treffen vom 19. und 22. Juni 1995 ihr Einverständnis erklärt, dass er die Bewerbung der Z. _____ N.V. begleite. Dabei ist eine tatsächliche Übereinstimmung der Parteien über einen Honoraranspruch und insbesondere die Vereinbarung eines Mäklerlohnes für den Fall des Zuschlags der Beteiligung an die Z. _____ N.V. nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz vom Beklagten nicht behauptet worden. Die Vorinstanz hat eine subjektiv übereinstimmende Abrede nicht festgestellt.

3.3.3 Die Vorinstanz hat den Vertrag als einfachen Auftrag qualifiziert, weil die Klägerin nach Treu und Glauben nicht habe davon ausgehen müssen, es handle sich bei den Aktivitäten des Beklagten um Mäklertätigkeiten. Die Umstände des Vertragsschlusses werden im angefochtenen Entscheid so festgestellt, dass eine öffentliche Ausschreibung im Land A. _____ stattfand, welche eine Teilprivatisierung der staatlichen Telecom des Landes A. _____ zum Gegenstand hatte, wobei grundsätzlich die Abschlussbereitschaft der Regierung des Landes A. _____ feststand, nachdem sich die Z. _____ N.V. an der Ausschreibung beteiligt hatte. Es gab nach den Feststellungen der Vorinstanz keine Vertragsverhandlungen, an welchen ein Mäkler aktiv hätte teilnehmen können, und es lag somit keine Situation vor, wo Mäkler zur Vermittlung eines Vertragsabschlusses üblicherweise eingesetzt werden.

3.3.4 Die Aktivitäten des Beklagten qualifizierte die Vorinstanz als Lobbyisten-Tätigkeit, die nach Treu und Glauben nicht als (Vermittlungs-)Mäkelei verstanden wird. Die Vorinstanz verneinte den Abschluss eines Mäklervertrags ausserdem in der Erwägung, dass die Klägerin weder aus der Korrespondenz noch aus der Visitenkarte hatte erkennen müssen, dass der Beklagte als Mäkler die Vermittlung des Zuschlags bei der Regierung des Landes A. _____ erfolgsgerichtet betreiben wollte, und der Beklagte in keiner Weise klargestellt hatte, dass er ein Erfolgshonorar beanspruche. Der Beklagte kritisiert diese Bezeichnung seiner Tätigkeit als Lobbying statt als Vermittlung des Zuschlags und hält daran fest, dass die Klägerin aus der Korrespondenz und seiner Visitenkarte habe erkennen müssen, dass er für sie als Mäkler tätig sei.

3.4 Gegenstand der Vermittlungsmäkelei, die hier allein in Frage steht, bildet die aktive Förderung des Vertragsschlusses (Ammann, a.a.O., N. 1 zu Art. 412 OR). Tätigkeiten, die auf die Unterstützung eines Vertragsschlusses gerichtet sind, können auch Gegenstand eines einfachen Auftrags bilden. Für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses ist die Tätigkeit, die der Beklagte im Interesse der Klägerin und deren Partnerin mit seiner Intervention bei den mit dem Zuschlag der Minderheitsbeteiligung an der Telecom des Landes A. _____ befassten Personen entfaltet hat, ungeachtet ihrer Bezeichnung als Lobbying oder Vermittlung nicht allein massgebend. Entscheidend ist hier vielmehr die Erfolgsbedingtheit des Honoraranspruchs. Da die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung über das Honorar getroffen haben, hat die Vorinstanz zutreffend geprüft, ob die Klägerin das Verhalten des Beklagten nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben so verstehen musste, dass er als Vermittlungsmäkler ein vom Erfolg des Zuschlags abhängiges Honorar für seine Tätigkeiten im Interesse des Joint Venture beanspruchen werde (das gegebenenfalls prozentual zum Preis, den die Z. _____ N.V. für die ausgeschriebene Beteiligung bezahlen würde, bemessen werden sollte).

3.5 Nach der Rechtsprechung untersteht ein Auftrag, der namentlich eine Vermittlungstätigkeit zum Gegenstand hat, nur dann den besonderen Regeln über den Mäklervertrag, wenn der Auftraggeber aus dem Verhalten des Beauftragten oder aus den Umständen eindeutig erkennen muss, dass der Beauftragte als Mäkler handelt (oben E. 3.1). Es obliegt daher grundsätzlich dem Beauftragten, ausdrücklich klar zu stellen, dass er ein vom Abschluss des zu vermittelnden Vertrages abhängiges Honorar beanspruchen werde, wenn aus den Umständen für die Auftraggeberin nicht offensichtlich ist, dass die auf den Erfolg eines Vertragsschlusses gerichtete Tätigkeit als Mäkelei ausgeübt werde. Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall zutreffend verneint, dass für die Klägerin nach den Umständen offensichtlich sein musste, dass der Beklagte seine Tätigkeit als Vermittlungsmäkler anbot. Was der Beklagte gegen diese Würdigung einwendet, überzeugt nicht.

3.6 Der Beklagte hat der Klägerin nach den Feststellungen der Vorinstanz seine Dienste als Honorarkonsul des Landes A. _____ angeboten. Die Vorinstanz hat insofern festgehalten, dass die Korrespondenz des Beklagten mit der Klägerin sowie mit der Regierung des Landes A. _____ bis nach dem Zuschlag stets auf offiziellem Briefpapier des Honorarkonsuls des Landes A. _____ erfolgte. Der Schluss, dass die Beklagte aufgrund der Korrespondenz keinen Anlass hatte anzunehmen, der Beklagte biete ihr seine Dienste als Mäkler an, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Da der Beklagte nach eigener Darstellung seine diplomatische Funktion herausgestrichen hatte, um seine Kenntnisse und Kontakte zu den entscheidenden Personen herauszuheben, durfte die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Beklagte seine Dienste in Zusammenhang mit der Handelsförderung des von ihm vertretenen Landes mit

schweizerischen Firmen anbiete. Dass die umstrittene Tätigkeit im Interesse der Klägerin zu den Aufgaben eines Honorarkonsuls des Landes A. _____ gehöre, hat die Vorinstanz entgegen der Behauptung des Beklagten nicht erklärt. Entscheidend ist, dass die Klägerin aus dieser Funktion des Beklagten nicht auf eine Mäklertätigkeit schliessen

musste. Entgegen der Ansicht des Beklagten ergibt sich auch aus der Gestaltung seiner Visitenkarte keineswegs, dass er als Mäkler auftrete. Die Visitenkarte weist ihn im Gegenteil nach den Feststellungen der Vorinstanz als Honorarkonsul des Landes A. _____, als Rechtsanwalt und als Präsident zweier Organisationen aus.

3.7 Die Vorinstanz hat ihrer Entscheidung zutreffende Kriterien über die Qualifikation des Mäklervertrags zugrunde gelegt und die Vereinbarung nach dem Vertrauensgrundsatz zutreffend interpretiert. Sie hat bundesrechtskonform erkannt, dass die Klägerin weder aus den Umständen noch aus dem Verhalten des Beklagten schliessen musste, er wolle seine Tätigkeiten in ihrem Interesse als Mäkler wahrnehmen und werde einen erfolgsbedingten Mäklerlohn beanspruchen. Die Berufung ist als unbegründet abzuweisen, soweit der Beklagte zulässige Rügen vorbringt.

4.

In ihrer Anschlussberufung rügt die Klägerin, die Vorinstanz habe den Vertrauensgrundsatz missachtet, indem sie aus der Vereinbarung vom 25. Juli 2002 nicht abgeleitet habe, dass der Beklagte die Sicherstellungskosten tragen müsse, wenn sich seine Forderung als unbegründet erweise, und sie habe zu Unrecht verneint, dass die Regelung von Art. 733 f. OR eine Lücke aufweise, die gemäss Art. 1 ZGB zu schliessen sei.

4.1 Die Vorinstanz hat festgestellt, die Parteien hätten in Ziffer 1 der Vereinbarung vom 25. Juli 2002 festgehalten: "Swisscom trägt die im Zusammenhang mit der Ausstellung und Aufrechterhaltung der Bankbürgschaft anfallenden Kosten, unter Vorbehalt der späteren Geltendmachung dieser Kosten gegenüber WS". Sie hat erwogen, dem Wortlaut dieser Erklärung sei ausdrücklich ein Vorbehalt der Geltendmachung der entsprechenden Kosten gegenüber dem Beklagten zu entnehmen und es könne daraus keine Verpflichtung des Beklagten gewonnen werden, diese Kosten zu übernehmen. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Parteien eine Verpflichtung des Beklagten, die Kosten im Falle der Unbegründetheit seiner Forderung zu erstatten, ausdrücklich in die Vereinbarung aufgenommen hätten, wenn sie dies so hätten vereinbaren wollen. Da die Klägerin keine besonderen Umständen behauptet hatte, aus denen nach Treu und Glauben ein bedingtes Schuldanerkenntnis des Beklagten hätte abgeleitet werden können, wies die Vorinstanz den von der Klägerin behaupteten vertraglichen Anspruch auf Rückerstattung der für die Sicherstellung erwachsenen Kosten ab. Den Erwägungen der Vorinstanz ist nichts beizufügen. Nach Treu und Glauben ergibt sich aus dem Vorbehalt der Rückforderung keine Verpflichtung zur Leistung.

4.2 Die Vorinstanz hat sodann die Ansicht der Klägerin verworfen, dass die Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung in Art. 732 ff. OR eine echte Lücke hinsichtlich der Kosten der Sicherstellung enthielten. Sie hat insbesondere dargelegt, dass es Sache der Gesellschaft sei, für die Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen zu sorgen und dies in öffentlicher Urkunde bestätigen zu lassen. Dazu gehöre nötigenfalls auch das Erwirken einer richterlichen Feststellung darüber, dass eine Sicherstellung nicht geleistet werden müsse bzw. die angemeldete Forderung unbegründet sei. In der Lehre sei zwar umstritten, ob der Gläubiger klagen müsse (so Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. 2004, S. 260) oder ob die Gesellschaft die richterliche Feststellung über das Nichtbestehen der Ansprüche auf Sicherstellung beantragen müsse (so Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, S. 798; Küng, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2002, N. 2 zu Art. 734 OR). Da die Gesellschaft aber nicht gezwungen sei, Sicherheit zu leisten, müsse sie die damit einhergehenden Kosten selber tragen, wenn sie sich dazu entschliesse. Da sich die Klägerin vorliegend dafür entschieden habe, die Kapitalherabsetzung vor der gerichtlichen Feststellung über die

Begründetheit der Forderung bzw. des Sicherstellungsbegehrens vorzunehmen, müsse sie die Kosten tragen. Die Vorinstanz hat damit erkannt, dass das Gesetz für den Fall von Streitigkeiten zwischen Gesellschaft und Gläubiger über die Sicherstellung oder Befriedigung bei der Kapitalherabsetzung eine Regelung vorsieht. Dies schliesst entgegen der Ansicht der Klägerin eine echte Gesetzeslücke aus. Denn dass die gesetzliche Regelung subjektiv als unbefriedigend empfunden wird, genügt für die Annahme einer echten Gesetzeslücke offensichtlich nicht. Da im Übrigen in der Lehre schon 1944 die Auffassung vertreten worden sei, Art. 734 OR sei nicht genügend überlegt worden, wie die Klägerin vorbringt, ist anzunehmen, dass das Problem bei den seither vorgenommenen Gesetzesrevisionen bekannt war. Wenn der Gesetzgeber dennoch keinen Bedarf für eine Ergänzung im Sinne der Ansicht der Klägerin gesehen hat, kann sie daraus jedenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Vorinstanz hat keine Bundesrechtsnormen verletzt, wenn sie eine echte Gesetzeslücke verneint.

5.

Berufung und Anschlussberufung sind als unbegründet abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Kosten sind den je unterliegenden Parteien zu auferlegen und entsprechend dem Streitwert

für die Berufung (Fr. 22,5 Millionen) mit Fr. 50'000.-- zu Lasten des Beklagten und für die Anschlussberufung (Fr. 114'000.--) mit Fr. 5'000.-- zu Lasten der Klägerin zu bemessen. Die Parteien haben der je obsiegenden Gegenpartei deren Parteikosten zu ersetzen. Die Parteientschädigung für die Berufung ist mit Fr. 60'000.--, diejenige für die Anschlussberufung mit Fr. 6'000.-- zu bemessen, womit der Klägerin insgesamt eine reduzierte Entschädigung von Fr. 54'000.-- zuzusprechen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 55'000.-- wird im Umfang von Fr. 5'000.-- der Klägerin und von Fr. 50'000.-- dem Beklagten auferlegt.

3.

Der Beklagte hat der Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 54'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 16. Oktober 2007

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: