

zuweisen ist, dass in diesem Urteil das Gesamtgremium des Verwaltungsrats von Interessenkonflikten betroffen war und dementsprechend kein Mitglied des Verwaltungsrats unabhängige Handlungen vornehmen konnte. Dahingegen wird in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation lediglich ein einzelner Interessenkonflikt eines Mitglieds des Verwaltungsrats gerügt.<sup>36</sup> In Anwendung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Interessenkonflikt nur als Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR qualifiziert werden, wenn sämtliche Verwaltungsratsmitglieder davon betroffen sind und der Verwaltungsrat seinen Willen nicht mehr bilden und entsprechend seinen gesetzlich übertragenen Aufgaben nicht mehr nachkommen kann.<sup>37</sup>

Zudem gilt es zu beachten, dass nicht jeder Interessenkonflikt einen Organisationsmangel begründet, auch dann nicht, wenn sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats betroffen sind. Gelingt der Beweis, dass ein bestehender Interessenkonflikt sich nicht zulasten der Gesellschaft auswirkt, bleibt die Unabhängigkeit bestehen.<sup>38</sup> Entsprechend bedingt das Vorliegen eines Interessenkonflikts nicht eine generelle Funktionsunfähigkeit des Verwaltungsrats, sondern begründet nur in Ausnahmefällen einen Tatbestand des Organisationsmangels.<sup>39</sup> Bei ungenügender Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen oder der Verweigerung von Sicherungsmassnahmen zur präventiven Bekämpfung von Interessenkonflikten sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Rechtsverletzung und allfällige Schadenersatzansprüche zu prüfen; es ist jedoch kein Organisationsmangel anzunehmen.<sup>40</sup>

Demgegenüber hat das Bundesgericht im Urteil 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2011 den konzernrechtlichen Sonderfall der Doppelorganschaft nicht etwa als Organisationsmangel, sondern als Frage der Verantwortlichkeit qualifiziert. Der mit einer Doppelorganschaft verbundene Interessenkonflikt begründe keinen Organisationsmangel, da dieser latente Interessenkonflikt eine vom Gesetzgeber gebilligte Realität des Konzerns im schweizerischen Recht darstelle.<sup>41</sup>

#### 4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht/ Droit international privé et procédure civile internationale

##### 4.2. Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht/Procédure civile internationale, exécution forcée internationale et droit international de la faillite

##### Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung auf einen Begünstigten aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter und Bürgschaftsrecht

##### Besprechung von BGer, 4A\_120/2022, 23.11.2022

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_120/2022 vom 23. November 2022 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B. Holding B.V. und B. Inc., Lugano-Übereinkommen, Bürgschaft.



BERNHARD BERGER\*



JAN HELLER\*\*

*Das Bundesgericht erwog, dass der Beklagte dem klagenden Begünstigten aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter eine Gerichtsstandsvereinbarung entgegengehalten kann. Weiter qualifizierte das Bundesgericht eine von der Muttergesellschaft abgegebene Zusicherung zur Vertragserfüllung als formfrei gültiges Sicherungsgeschäft.*

#### I. Sachverhalt

Die A. AG (Klägerin und Beschwerdeführerin; nachfolgend Klägerin) ist im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie tätig. Ihre Muttergesellschaft ist die C. AG mit Sitz in Deutschland. Auf der Gegenseite stand der B. Konzern. Dazu gehören die D. GmbH<sup>1</sup> (nachfolgend Beklagte 1), deren Muttergesellschaft B. Holding B.V. (Beklagte 2 und Beschwerdegegnerin 1; nachfolgend Beklagte 2) und die B. Inc. als oberste Konzerngesellschaft

<sup>36</sup> BGer, 4A\_207/2022, 17.10.2022, E. 3.3.4 f.

<sup>37</sup> SCHÖNBÄCHLER (FN 6), 98; WHERLOCK/VON DER CRONE (FN 29), 549; vgl. ferner PLÜSS (FN 18), AJP 2014, 215.

<sup>38</sup> VON DER CRONE/GOTTINI (FN 22), 522; so auch WHERLOCK/VON DER CRONE (FN 29), 549.

<sup>39</sup> BÜHLER (FN 12), 447; vgl. auch BÖCKLI (FN 29), § 14 N 273.

<sup>40</sup> BGer, 4A\_522/2011, 13.1.2012, E. 2.2.

<sup>41</sup> Vgl. VON DER CRONE/GOTTINI (FN 22), 522; vgl. ferner WHERLOCK/VON DER CRONE (FN 29), 550.

\* BERNHARD BERGER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Kellerhals Carrard.

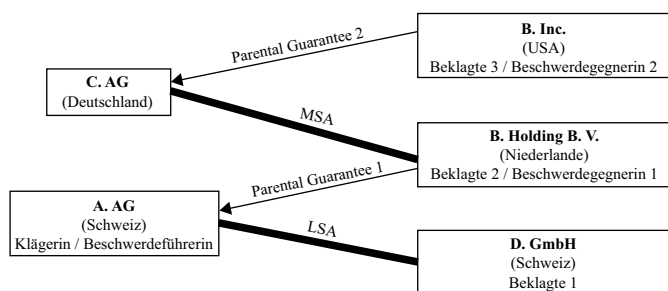
\*\* JAN HELLER, MLaw.

<sup>1</sup> Ehemals B. Switzerland GmbH.

(Beklagte 3 und Beschwerdegegnerin 2; nachfolgend Beklagte 3).

Die C. AG und die Beklagte 2 unterzeichneten am 21. Oktober 2015/18. Dezember 2015 einen Rahmenvertrag (Framework Master Service Agreement; nachfolgend MSA). Diesen Rahmenvertrag schlossen die Parteien ab, weil die C. AG und ihre Gruppengesellschaften (u.a. die Klägerin) beabsichtigten, mit einem Produkt des B. Konzerns ihre IT-Abläufe zu standardisieren und zu automatisieren. Im MSA sahen die Parteien die Ausstellung einer «parental guarantee of Provider's ultimate parent» vor. In der Folge stellte die Beklagte 3 als Muttergesellschaft der Beklagten 2 eine solche Parental Guarantee zugunsten der C. AG und deren Gruppengesellschaften aus (nachfolgend Parental Guarantee 2). Für die Parental Guarantee 2 wurde deutsches Recht und ein Gerichtsstand in Deutschland vereinbart.

Das MSA ermöglicht den Parteien sowie deren Tochtergesellschaften den Abschluss von Local Service Agreements (nachfolgend LSA). Aus diesem Grund unterzeichneten die Klägerin und die Beklagte 1 am 20. September 2016 ein LSA für die Schweiz. Das LSA sah vor, dass die Beklagte 2 eine Parental Guarantee zugunsten der A. AG und deren Tochtergesellschaften abgab (nachfolgend Parental Guarantee 1). Die Parental Guarantee 1 ist identisch mit der Parental Guarantee 2 mit der Ausnahme, dass für die Parental Guarantee 1 Schweizer Recht<sup>2</sup> und ein Gerichtsstand in der Schweiz vereinbart wurde.



Am 31. Januar 2018 gelangte die Klägerin unter Bezugnahme auf die Parental Guarantees an die Beklagten 2 und 3. Sie machte geltend, dass die jeweiligen Tochtergesellschaften ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt hätten. Am 31. Mai 2018 reichte sie gegen alle drei Beklagten am Handelsgericht des Kantons Bern eine Schadenersatzklage ein. Gegen die Beklagte 1 wurde das Verfahren aufgrund eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses abgeschrieben.

Das Handelsgericht beschränkte das Verfahren auf die Fragen der Prozessvoraussetzungen und der Haftung der Beklagten 2 und 3 aus den Parental Guarantees sowie aus dem Recht der einfachen Gesellschaft oder aus Konzernvertrauen.

Mit Entscheid vom 6. Februar 2022 trat das Handelsgericht auf die Klage gegen die Beklagte 3, soweit sich der Anspruch auf die Parental Guarantee 2 stützte, nicht ein (Dispositivziffer 1). Im Übrigen wies es die Klage gegen die Beklagten 2 und 3 ab (Dispositivziffer 2). Betreffend die Parental Guarantee 2 erwog das Handelsgericht, dass sich die Klägerin als materiell (rein) begünstigte Dritte den vereinbarten Gerichtsstand in Deutschland entgegenhalten lassen muss. International zuständig seien somit für Klagen aus der Parental Guarantee 2 die Gerichte in Deutschland. Für die Beurteilung von Ansprüchen aus der Parental Guarantee 1 war das Handelsgericht zuständig. In materieller Hinsicht qualifizierte es die Parental Guarantee 1 als formungültige Bürgschaft, weil der gesetzlich verlangte Höchstbetrag nicht festgelegt worden sei (vgl. Art. 493 Abs. 1 OR). Eine Haftung der Beklagten 2 und 3 gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft oder aus erwecktem Konzernvertrauen lehnte das Handelsgericht ebenfalls ab.

Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin Beschwerde in Zivilsachen am Bundesgericht. Sie beantragte, dass auf die Klage gegen die Beklagte 3 aus der Parental Guarantee 2 einzutreten und festzustellen sei, dass die Beklagten 2 und 3 aus den Parental Guarantees haften. Subsidiär sei deren Haftung aus dem Recht der einfachen Gesellschaft oder aus erwecktem Konzernvertrauen festzustellen.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, soweit darauf einzutreten war. Es bestätigte vorab den Nichteintretensentscheid des Handelsgerichts hinsichtlich der geltend gemachten vertraglichen Ansprüche aus der Parental Guarantee 2 gegenüber der Beklagten 3 (E. 3 und E. 4). Weiter bestätigte es, dass die Beklagte 3 der Klägerin gegenüber nicht aus dem Recht der einfachen Gesellschaft oder aus erwecktem Konzernvertrauen haftet. Hinsichtlich der behaupteten Ansprüche aus der Parental Guarantee 1 gegenüber der Beklagten 2 hob es den angefochtenen Entscheid wegen bundesrechtswidriger Anwendung des Bürgschaftsrechts auf und wies die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

<sup>2</sup> Das CISG und die Kollisionsnormen des schweizerischen internationalen Privatrechts wurden ausgeschlossen.

## II. Erwägungen

### A. Keine Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für vertragliche Ansprüche aus der Parental Guarantee 2 gegenüber der Beklagten 3 (E. 3 und E. 4)

Die Klägerin machte geltend, dass die Gerichtsstandsvereinbarung in der Parental Guarantee 2 für sie unverbindlich sei, weil sie zu ihren Lasten wirke. Sie habe dem Gerichtsstand in Deutschland auch nie zugestimmt, insbesondere nicht in der nach Art. 23 LugÜ vorgeschriebenen Form (E. 3).

Das Bundesgericht hielt einleitend fest, es sei zwischen den Parteien unbestritten, dass

- es sich beim behaupteten Anspruch aus der Parental Guarantee 2 um eine internationale Streitigkeit handle;
- für die Prüfung der Zulässigkeit der in der Parental Guarantee 2 vereinbarten Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich die Vorgaben von Art. 23 LugÜ massgebend seien;
- auf die Parental Guarantee 2 aufgrund der Rechtswahl deutsches Recht anwendbar sei, soweit die entsprechenden Fragen nicht vom LugÜ geregelt würden;
- die Parental Guarantee 2 nach deutschem Recht – unabhängig von der genauen Vertragsqualifikation – einen echten Vertrag zugunsten Dritter darstelle; und
- die Parental Guarantee 2 der Klägerin als Begünstigte somit ein direktes, selbstständiges Forderungsrecht gegenüber der Beklagten 3 einräume, d.h. die Klägerin Begünstigte aus der Parental Guarantee 2, nicht jedoch Vertragspartei derselben sei (E. 3).

Das Bundesgericht hatte somit für das LugÜ zu entscheiden, ob sich die Klägerin als begünstigte Dritte die in der Parental Guarantee 2 enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung entgegengehalten lassen muss, wenn sie ihren Anspruch aus diesem Vertrag statt vor den prorogierten Gerichten in Deutschland vor einem derogierten Gericht in der Schweiz einklagt (E. 4).

Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass dem Wortlaut von Art. 23 LugÜ (wie auch demjenigen von Art. 17 ZPO und Art. 5 IPRG) nicht zu entnehmen sei, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung über den Kreis der ursprünglichen Vertragsparteien hinaus gegenüber Dritten wirke. Vorab sei demnach zu prüfen, ob die strittige Wirkungserstreckung autonom nach dem LugÜ zu beurteilen sei (E. 4.1). In der Lehre sei die Frage umstritten. Während die einen Autoren auf das nationale Recht abstellten, seien andere aus Vereinheitlichungsüberlegungen für den vertragsautonomen Ansatz (E. 4.2). Das Bundesgericht verwarf eine ver-

tragsautonome Anknüpfung. Es stellte fest, dass weder der Wortlaut von Art. 23 LugÜ noch die Entstehungsgeschichte noch eine systematische Betrachtung darauf schliessen lassen würden, dass sich die Frage, ob und inwieweit ein Dritter bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter an die zwischen dem Stipulanten<sup>3</sup> und dem Promittenten abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung gebunden sei, autonom aus dem LugÜ ergebe (E. 4.3).

Demnach sei auf das anwendbare nationale Recht zurückzugreifen. Massgebend sei in diesem Fall das nach dem internationalen Privatrecht des Forums für anwendbar erklärte nationale Recht bzw. das nach dem Hauptvertrag anwendbare Recht. Falls der Dritte danach gebunden sei, könne die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ dem Dritten entgegengehalten werden. Die Wirkung der Vereinbarung bestimme sich insoweit wieder nach Art. 23 LugÜ (E. 4.4).

Die Lehre zu Art. 23 LugÜ äussere sich zwar zur hier strittigen Wirkungserstreckung der Gerichtsstandsvereinbarung, in der Regel aber ohne die Frage des konkret anwendbaren Rechts in diesem Zusammenhang weiter zu konkretisieren. Immerhin gehe die herrschende Lehre indes zu Recht davon aus, dass die Vertragsparteien (Stipulant und Promittent) dem Dritten bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter den Anspruch so einräumen können, dass dieser die zu seinen Gunsten geschaffene Forderung einzig vor dem vertraglich vereinbarten Forum einklagen kann (E. 4.5).

Weiter erwog das Bundesgericht, dass sich die Formanforderungen an die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ richten, wobei das Formerfordernis aber einzig von den vereinbarenden Vertragsparteien, nicht aber zusätzlich von der begünstigten Drittpartei beachtet werden muss (E. 4.6).

Im vorliegenden Fall sei unbestritten, dass auf die Parental Guarantee 2, wie auch auf die darin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung aufgrund der Rechtswahl deutsches Recht anwendbar sei. Die Vorinstanz habe dazu erwogen, dass nach deutschem Recht die in einem Vertrag zugunsten Dritter enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung dem begünstigten Dritten entgegengehalten werden könne. Damit setze sich die Klägerin vor Bundesgericht nicht genügend auseinander. Mangels hinreichender Rüge sei somit davon auszugehen, dass nach deutschem Recht die Klägerin als begünstigte Dritte an die Gerichtsstandsklausel gebunden sei (E. 4.7).

<sup>3</sup> Ein anderer Ausdruck für Stipulant ist Promissar (vgl. ALFRED KOLLER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 73.03).

Das Handelsgericht des Kantons Bern sei demnach auf den von der Klägerin gegenüber der Beklagten 3 geltend gemachten Anspruch aus der Parental Guarantee 2 zu Recht nicht eingetreten.

### **B. Keine Haftung der Beklagten 3 aus dem Recht der einfachen Gesellschaft oder aus erwecktem Konzernvertrauen (E. 5)**

Die Klägerin berief sich eventualiter auf eine Haftung der Beklagten 3 aus dem Recht der einfachen Gesellschaft, subeventualiter aus erwecktem Konzernvertrauen (E. 5). Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz vermochte die Klägerin keine über das übliche Mass im Konzern hinausgehende Verflechtung der Beklagten nachzuweisen (E. 5.1.1). Auch das Bundesgericht verneinte das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft und verwies auf die Erwägungen des Handelsgerichts, wonach u.a. der Vertrieb von Konzernprodukten noch keine einfache Gesellschaft begründet (E. 5.1.3).

Zur Haftung aus Konzernvertrauen hatte die Vorinstanz erwogen, dass diese nur subsidiär zur vertraglichen Haftung anwendbar sei. Da mit der Parental Guarantee 2 eine vertragliche Haftungsgrundlage bestehe, scheide die Haftung aus Konzernvertrauen aus (E. 5.2.1). Das Bundesgericht schützte diese Erwägung. Gemäss konstanter Rechtsprechung sei die Vertrauenshaftung grundsätzlich subsidiär zur vertraglichen Haftung und gelange demnach nur beim Fehlen einer solchen zur Anwendung (Absorption der vorvertraglichen Ansprüche). Die Klägerin sei zwar nicht selbst Vertragspartei der Parental Guarantee 2. Ihr sei aber ein selbständiges vertragliches Forderungsrecht gegenüber der Beklagten 3 eingeräumt worden. Das Vertrauen habe sich demnach in einem gültigen vertraglichen Anspruch manifestiert. Dadurch werde die Vertrauenshaftung vom vertraglichen Anspruch absorbiert (E. 5.2.2).

Damit stand fest, dass das Handelsgericht die Klage gegen die Beklagte 3, soweit die Ansprüche aus dem Recht der einfachen Gesellschaft oder aus erwecktem Konzernvertrauen geltend gemacht wurden, zu Recht abgewiesen hatte (E. 6).

### **C. Haftung der Beklagten 2 aus der Parental Guarantee 1 (E. 7)**

Hinsichtlich der Haftung der Beklagten 2 rügte die Klägerin vor Bundesgericht eine rechtsfehlerhafte Qualifikation der Parental Guarantee 1 als Bürgschaft. Bei der Parental Guarantee 1 handle es sich vielmehr um ein formfrei gültiges Sicherungsgeschäft (E. 7).

Die Vorinstanz hatte den Inhalt der Parental Guarantee 1 nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt und festgestellt, dass

damit primär die Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungen gemäss LSA durch die Beklagte 2 versprochen wurde, sofern die Beklagte 1 nicht erfüllen würde. Gegen dieses Auslegungsergebnis wurden keine hinreichenden Rügen erhoben (E. 7.1 und E. 7.2, insbes. E. 7.2.4).

Gestützt auf den festgestellten Vertragsinhalt hatte das Handelsgericht erwogen, dass das Bürgschaftsrecht nicht anwendbar wäre, solange die Klägerin von der Beklagten 2 die Erfüllung der Hauptleistung verlangt hätte. Die Klägerin fordere indes Schadenersatz (positives Vertragsinteresse) infolge der ausgebliebenen Primärleistung. Damit werde die Beklagte 2 für den Ausfall einer behaupteten Geldforderung in Anspruch genommen, welche die Beklagte 1 schulden würde. Wenn aber für eine Forderung mit Geld eingestanden werden solle, sei primär Bürgschaftsrecht anwendbar. Es liege demnach eine Bürgschaft i.S. von Art. 492 ff. OR vor, die mangels Erfüllung des Formerfordernisses nichtig sei (E. 7.3.1).

Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass das nachträgliche Parteiverhalten für den Inhalt des Vertrages und dessen Qualifikation ohne Bedeutung sei. Die Vertragsqualifikation könne nicht davon abhängen, wie sich die Klägerin nach Vertragsschluss verhält. Es sei daher unbeachtlich, ob die Klägerin im Falle der Nichterfüllung durch die Beklagte 1 gegenüber der Beklagten 2 an der Realerfüllung festhalte oder auf die Leistung verzichte und stattdessen Schadenersatz verlange. Die Auffassung des Handelsgerichts würde ansonsten dazu führen, dass die Parental Guarantee 1 zunächst nicht als Bürgschaft gelte, dann aber plötzlich zur Bürgschaft werde, sobald die Klägerin Schadenersatz als Sekundärleistung fordere (E. 7.3.2).

Zu prüfen blieb damit nur noch, ob die Parental Guarantee 1 gestützt auf den festgestellten Vertragsinhalt als Bürgschaft zu qualifizieren sei (E. 7.4). Die vom Bürgen geschuldete Ersatzleistung bestehe immer und ausschliesslich in der Bezahlung eines Geldbetrages (vgl. Art. 493 Abs. 4 und Art. 499 Abs. 1 OR). Selbst wenn die Hauptleistung eine Sachleistung oder eine persönliche Leistung zum Gegenstand habe, bleibe die Leistung des Bürgen eine Geldleistungspflicht. Falls die Parteien die ausschliessliche Pflicht des Bürgen zur Erbringung der Hauptschuld vereinbarten, liege keine Bürgschaft vor, sondern z.B. eine kumulative Schuldübernahme oder eine Garantie (E. 7.4.1).

Im vorliegenden Fall habe die Auslegung der Parental Guarantee 1 ergeben, dass die Beklagte 2 die Erfüllung der Hauptleistungen gemäss LSA sicherstellte. Damit sei nicht bloss eine Geldschuld vereinbart worden, falls die Beklagte 1 nicht leisten sollte. Die Beklagte 2 habe vielmehr selbst die Erfüllung des Vertrages mit der Klägerin versprochen, falls die Beklagte 1 ihren Verpflichtungen nicht nachkom-

men würde. Somit liege keine Bürgschaft vor. Das Handelsgericht habe die Parental Guarantee 1 daher zu Unrecht als Bürgschaft qualifiziert. Namentlich die Formvorschriften des Bürgschaftsrechts seien somit nicht anwendbar (E. 7.4.2).

Ob die Parental Guarantee 1 (wie von der Klägerin behauptet) als kumulative Schuldübernahme oder als Garantie zu qualifizieren sei, könne (mangels Rüge der Beklagten 2) offengelassen werden. Beides führe zum gleichen Ergebnis, nämlich der grundsätzlichen Haftung der Beklagten 2 gegenüber der Klägerin aus der Parental Guarantee 1 (E. 7.5).

Da die Vorinstanz das Verfahren u.a. auf die Frage der Haftung beschränkt hatte, sei die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurückzuweisen (E. 7.6).

### III. Anmerkungen

#### A. Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung (oder Schiedsklausel<sup>4</sup>) in einem echten Vertrag zugunsten eines Dritten

Der Entscheid des Bundesgerichts (und des Handelsgerichts) betreffend die strittige Zuständigkeitsfrage verdient Zustimmung.

##### 1. Allgemeines zum Vertrag zugunsten eines Dritten

Ein Vertrag zugunsten eines Dritten bedeutet, dass die Vertragsparteien (Stipulant und Promittent) einem Dritten (dem Begünstigten) einen vertraglichen Anspruch einräumen; sie vereinbaren, dass das Recht, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, einem Dritten (dem Begünstigten) zusteht (vgl. Art. 112 Abs. 2 OR; § 328 Abs. 1 BGB). Es wird zwischen *einfachen* (unechten) und *echten* Verträgen zugunsten Dritter unterschieden. Ein *echter* Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 Abs. 2 OR) setzt voraus, dass der Begünstigte ein eigenständiges Recht hat, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, sei es aufgrund der Willensmeinung der Vertragsparteien oder aufgrund einer Übung (Verkehrssitte). Bei einem *einfachen* Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 Abs. 1 OR) hat der Begünstigte kein eigenständiges Recht, die Erfüllung des Vertrages zu fordern; dieses Recht steht ausschliesslich dem Stipulanten zu, der

vom Promittenten die Erfüllung zugunsten des Begünstigten verlangen kann. Ob der Begünstigte ein eigenständiges Recht hat, die Erfüllung zu verlangen, ist durch Auslegung des jeweiligen Vertrages zwischen dem Stipulanten und dem Promittenten zu beurteilen.

#### 2. Wirkungen einer Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung im Aktivprozess des begünstigten Dritten

Vorab ist zu erwähnen, dass sowohl Gerichtsstands- als auch Schiedsvereinbarungen formbedürftig sind (vgl. u.a. Art. 17 ZPO, Art. 5 IPRG, Art. 23 LugÜ; Art. 358 ZPO, Art. 178 IPRG). Es ist indes unbestritten, dass das Formerfordernis nur von den (ursprünglichen) Vertragsparteien eingehalten werden muss, d.h. ein begünstigter Dritter (ebenso wie z.B. ein Zessionar) das Formerfordernis nicht beachten muss, um sich auf eine Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung berufen zu können.<sup>5</sup>

Enthält ein *echter* Vertrag zugunsten eines Dritten eine Gerichtsstandsvereinbarung (oder eine Schiedsklausel), so stellt sich vorab die Frage, ob sich der Begünstigte (der weder am Abschluss des Hauptvertrages noch am Abschluss der Zuständigkeitsvereinbarung beteiligt war) auf die Gerichtsstands- oder Schiedsklausel *berufen kann*, wenn er vom Promittenten die Erfüllung verlangt (sog. Aktivprozess). Bei dieser Frage geht es um den *persönlichen* Geltungsbereich der streitigen Gerichtsstands- oder Schiedsklausel. Das Gericht (oder Schiedsgericht) hat zu prüfen, ob der Stipulant und der Promittent als Vertragsparteien den gemeinsamen Willen hatten, dass nicht nur ihr Hauptvertrag, sondern auch die darin enthaltene Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung die Wirkung eines echten Vertrages zugunsten eines Dritten haben sollte. Sofern die Zuständigkeitsvereinbarung nicht eindeutig etwas anderes vorsieht, ist vernünftigerweise (nach Treu und Glauben) davon auszugehen, dass dies der Willensmeinung der Vertragsparteien entsprach. Der vom begünstigten Dritten vor dem vereinbarten Forum (oder Schiedsgericht) eingeklagte Promittent kann in diesem Fall nicht einwenden, dieses Gericht (oder Schiedsgericht) sei für die Beurteilung des dem Begünstigten versprochenen Anspruchs unzuständig. In der Schiedsgerichtsbarkeit sind diese allgemeinen Grundsätze längst anerkannt, wie der folgende Auszug aus BGer 4A\_44/2011, 19.4.2011 belegt (E. 2.4.1):<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Sowohl bei einer Gerichtsstandsvereinbarung als auch bei einer Schiedsklausel handelt es sich um eine Änderung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung. Die Probleme im Zusammenhang mit dem echten Vertrag zugunsten Dritter sind daher bei beiden Vereinbarungen vergleichbar (siehe auch: MARKUS MÜLLER-CHEN, Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten, in: Wolfgang Portmann/Helmut Heiss/Peter R. Isler/Florent Thouvenin (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 309 ff., 318).

<sup>5</sup> So ausdrücklich für Art. 23 LugÜ der hier besprochene Entscheid in E. 4.6. Für Schiedsvereinbarungen vgl. BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. A., Bern 2021, N 539 m.w.H.

<sup>6</sup> Dieser Entscheid betraf ein internationales Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz (12. Kapitel des IPRG). Das Bundesgericht bestätigte

« [S]ous réserve que la stipulation pour autrui parfaite dont se prévaut [le tiers] existât bel et bien, on ne voit pas de quel droit le [promettant], qui a signé les accords contenant la clause compromissoire, pourrait se plaindre de ce que le bénéficiaire de la stipulation fasse valoir sa créance issue de ces accords par la voie procédurale que lui-même et les autres cocontractants ont choisie pour régler les différends susceptibles d'en découler; à savoir l'arbitrage. Au demeurant, sauf convention contraire inexistante en l'espèce, le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite, au sens de l'art. 112 al. 2 CO, acquiert, contre le débiteur (ou promettant), une créance avec tous les droits de préférence et autres droits accessoires rattachés à celle-ci, y compris la clause compromissoire (...). S'il entend user de tels droits en faisant valoir sa prétention par la voie arbitrale, il n'est pas dans le pouvoir du stipulant ni du promettant de l'en empêcher. »

Je nachdem stellt sich die umgekehrte Frage, ob der aus einem echten Vertrag zugunsten eines Dritten Begünstigte sich nicht bloss auf die Zuständigkeitsvereinbarung berufen darf, sondern sich im Aktivprozess auch darauf behaupten lassen muss – dann nämlich, wenn der Begünstigte gegen den Promittenten vor einem anderen als dem vereinbarten Gericht (oder Schiedsgericht) klagt und der Promittent dessen Unzuständigkeit geltend macht. Ohne gegenteilige Abrede zwischen den Vertragsparteien haben sowohl Gerichtsstands- als auch Schiedsvereinbarungen ausschliessende Wirkung, d.h. der von der Prorogation oder Schiedsklausel erfasste Anspruch kann nur am vereinbarten Forum bzw. nur vor dem vereinbarten Schiedsgericht geltend gemacht werden (so explizit Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO und Art. 5 Abs. 1 Satz 3 IPRG).<sup>7</sup> Diese Ausschliesslichkeit gilt ohne weiteres auch gegenüber dem begünstigten Dritten. Demnach muss sich der Promittent nicht gefallen lassen, dass ihn der begünstigte Dritte vor einem anderen Forum als dem vereinbarten einklagt.

Kurz: Enthält ein Vertrag zugunsten eines Dritten eine Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung, ergibt eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip in aller Regel, dass der

Dritte (Begünstigte) sowohl berechtigt als auch verpflichtet ist, das zwischen dem Promittenten und dem Stipulanten vereinbarte Gericht (oder Schiedsgericht) für den Aktivprozess anzurufen, wenn er den ihm versprochenen Anspruch klageweise durchsetzen will.

Die Erwägungen des hier besprochenen Entscheids bestätigen sinngemäss die vorstehend erwähnten allgemeinen Grundsätze. Die Klägerin (Begünstigte) war nicht berechtigt, die Beklagte 3 (Promittentin) für Ansprüche aus der Parental Guarantee 2 vor einem Schweizer Gericht einzuklagen, zumal die zwischen der C. AG (Stipulantin) und der Beklagten 3 abgeschlossene Parental Guarantee 2 eine Gerichtsstandsvereinbarung enthielt, die einen Gerichtsstand in Deutschland vorsah. Die Beklagte 3 konnte und durfte sich zurecht darauf berufen, dass sie von der Klägerin für Ansprüche aus der Parental Guarantee 2 nur vor dem vereinbarten deutschen Gericht verklagt werden kann.

Nach der hier vertretenen Ansicht gingen das Handels- und das Bundesgericht auch methodisch korrekt vor. Zunächst wurde geprüft, ob die Frage der Wirkungserstreckung einer Gerichtsstandsvereinbarung im (euro-)internationalen Verhältnis durch das LugÜ selbst beantwortet werde bzw. vertragsautonom zu beurteilen sei. Diese Frage wurde zu Recht verneint. Damit war (ebenso zutreffend) auf das anwendbare nationale Recht zurückzugreifen, d.h. vorliegend das deutsche Recht, nachdem zwischen den Parteien unbestritten war, dass die Parental Guarantee 2 wie auch die darin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung aufgrund der Rechtswahl dem deutschen Recht unterstand. Ebenso wenig zu beanstanden ist die abschliessende Feststellung, dass nach deutschem Recht die Klägerin (Begünstigte) mangels Einlassung der Beklagten 3 (Promittentin) verpflichtet sei, den geltend gemachten Anspruch aus der Parental Guarantee 2 vor dem zwischen der C. AG (Stipulantin) und der Beklagten 3 vereinbarten Gericht in Deutschland zu verfolgen. Kurz: Die Beklagte 3 musste sich zu Recht nicht gefallen lassen, von der Klägerin aus der Parental Guarantee 2 vor den derogierten Schweizer Gerichten belangt zu werden.

Zum selben Ergebnis hätte das Bundesgericht unseres Erachtens auch gelangen müssen, wenn auf die Parental Guarantee 2 und die darin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung schweizerisches Recht anwendbar gewesen wäre. Weder Art. 17 ZPO und Art. 5 IPRG noch Art. 357 ZPO und Art. 178 IPRG (noch Art. 112 OR) äussern sich explizit zu der Frage, ob der Begünstigte aus einem echten Vertrag zugunsten eines Dritten, der eine Gerichtsstands- oder Schiedsklausel enthält, das so vereinbarte Forum in Anspruch nehmen darf und muss, wenn er die ihm versprochene Leistung einklagen will. In der Lehre wird die Gültigkeit

das zitierte Urteil in BGer, 4A\_627/2011, 8.3.2012, E. 3.2 im Zusammenhang mit einem internen Schiedsverfahren (3. Teil der ZPO).

<sup>7</sup> Vgl. betreffend Gerichtsstandsvereinbarungen: BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, Art. 5 N 49, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021; BSK ZPO-INFANGER, Art. 17 N 15, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017.

Für die Ausschliesslichkeit von Schiedsvereinbarungen, wo im Gegensatz zur Gerichtsstandsvereinbarung lediglich eine tatsächliche Vermutung besteht: KuKo ZPO-DASSER, Art. 357 N 23, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021; ZK IPRG-OETIKER, Art. 178 N 98, in: Markus Müller-Chen/Corinne Widmer-Lüchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK IPRG-OETIKER).

der Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung im Verhältnis zum Dritten im Allgemeinen bejaht.<sup>8</sup>

### 3. Wirkungen einer Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung im Passivprozess gegen den begünstigten Dritten

Je nachdem kann sich bei Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarungen in Verträgen zugunsten Dritter auch die Frage stellen, ob der am Vertrag unbeteiligte Dritte vom Promittenten (oder Stipulanten) vor dem prorogierten Gericht (oder Schiedsgericht) einklagt werden kann (sog. Passivprozess).<sup>9</sup> Denkbar ist z.B., dass der Promittent gegenüber dem Begünstigten Schadenersatzansprüche geltend machen will, die mit der Leistungserbringung aus dem Vertrag zugunsten des Dritten im Zusammenhang stehen.<sup>10</sup>

Das Bundesgericht hielt verschiedentlich fest, dass eine Prorogation zulasten eines Dritten ausgeschlossen sei.<sup>11</sup> Diese Aussage ist zwar insofern zutreffend, als es Verträge zulasten eines Dritten schuldrechtlich in der Tat (und trotz des unglücklichen Randtitels zu Art. 111 OR) nicht geben kann.<sup>12</sup> Im Kontext einer Prorogation greift das Dictum aber wohl zumindest teilweise etwas zu kurz oder ist ungenau. Sobald der begünstigte Dritte die ihm versprochene Leistung annimmt, wird der echte Vertrag zugunsten des Dritten perfekt (Art. 112 Abs. 3 OR). Hatte der Dritte im Zeitpunkt der Annahmeerklärung Kenntnis von der zwischen dem Stipulanten und dem Promittenten vereinbarten Gerichtsstands- oder Schiedsklausel (oder hätte er bei gehöriger Aufmerksamkeit davon wissen müssen), erscheint es sachgerecht, davon auszugehen, dass sich der Dritte diese Zuständigkeitsvereinbarung auch in einem allfälligen Passivprozess entgegenhalten lassen muss. Stipulant und Promittent sind diesfalls in der berechtigten Annahme zu schützen, dass der Dritte die ihm versprochene Leistung mit «Haut und Haaren» angenommen hat, mithin einschliesslich des Forums, das die Parteien des Vertrages zugunsten des Dritten für daraus entstehende Streitigkeiten vorgesehen

haben.<sup>13</sup> Denkbar ist indes auch, dass der Begünstigte die Leistung angenommen hat, ohne dass ihm die Konditionen des zwischen dem Stipulanten und dem Promittenten abgeschlossenen Vertrages zugunsten des Dritten im Einzelnen bekannt waren. Wenn der Dritte bei der Leistungsannahme keine Kenntnis von einer Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung hatte (und bei gehöriger Aufmerksamkeit auch nicht haben musste), ist deren Wirkungserstreckung für den Passivprozess u.E. eher zu verneinen.<sup>14</sup> Der Promittent (oder Stipulant) trägt in einem Prozess gegen den Begünstigten (Passivprozess) mithin die Beweislast dafür, dass der Begünstigte bei der Annahme bzw. Entgegennahme der Leistung den Streiterledigungsmechanismus kannte oder kennen musste und diesem (zumindest implizit) zustimmte (vgl. Art. 8 ZGB).<sup>15</sup>

Umgekehrt ist – unter Zugrundelegung der gleichen Prinzipien – davon auszugehen, dass sich der begünstigte Dritte im Passivprozess auch darauf berufen kann, dass er vom Promittenten (oder Stipulanten) für Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag zugunsten des Dritten nach dessen Annahme nur vor dem zwischen dem Promittenten und dem Stipulanten vereinbarten Gericht (oder Schiedsgericht) belangt werden kann.

### 4. Nachträglicher Abschluss oder nachträgliche Änderung der Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung im echten Vertrag zugunsten eines Dritten

Denkbar ist, dass der Stipulant und der Promittent in ihren Vertrag zugunsten eines Dritten eine Gerichtsstands- oder Schiedsklausel erst nachträglich, d.h. nachdem der Dritte die Leistung bereits angenommen hat, aufnehmen. Oder sie könnten die ursprüngliche Gerichtsstands- oder Schiedsklausel nachträglich, d.h. nach der Leistungsannahme durch den Dritten, abändern (z.B. das Forum oder den Sitz des Schiedsgerichts in ein anderes Land verschieben). In

<sup>8</sup> Siehe bspw.: BK IPRG-GABRIEL/LANDBRECHT, Art. 178 N 388 f., Berner Kommentar, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Bern 2023; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014, N 531; PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Fribourg 2000, N 1039 ff.; MÜLLER-CHEN (FN 4), 318.

<sup>9</sup> Der vom Bundesgericht zu beurteilenden Konstellation lag ein Aktivprozess zugrunde, weil die Klägerin (Begünstigte) die Beklagte 3 (Promittentin) einklagte.

<sup>10</sup> Siehe: KRAUSKOPF (FN 8), N 1046.

<sup>11</sup> So u.a. in BGer, 4A\_50/2019, 28.5.2019, E. 3.2.2 mit Hinweisen. Vgl. auch KRAUSKOPF (FN 8), N 1046.

<sup>12</sup> Dazu: PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. A., Zürich 2020, N 3875.

<sup>13</sup> Vgl.: DANIEL GIRSBERGER/NATHALIE VOSER, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 4. A., Zürich 2021, N 407; BSK IPRG-GRÄNICHNER, Art. 178 N 109, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER/ANTONIO RIGOZZI, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, 3. A., Oxford 2015, N 3.168; JEAN-FRANÇOIS POUURET/SÉBASTIEN BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. A., London 2007, N 289; KRAUSKOPF (FN 8), N 1046; ZK IPRG-OETIKER (FN 7), Art. 178 N 161.

<sup>14</sup> Ebenfalls in diese Richtung: MARCO STACHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2011 und 2012), AJP 2013, 102 ff., 121.

<sup>15</sup> Im Allgemeinen zur Beweislast bei Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen: SHK ZPO-COURVOISIER, Art. 17 N 19, Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpfli Handkommentar; ZK IPRG-OETIKER (FN 7), Art. 186 N 102.

einem solchen Fall kann sich die Frage stellen, ob (auch) der Dritte an solche nachträglich getroffenen Abreden zwischen dem Stipulanten und dem Promittenten gebunden ist.

Gemäss Art. 112 Abs. 3 OR kann der Stipulant den Promittenten nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem Promittenten erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch zu machen. In diesem Zeitpunkt wird der (echte) Vertrag zugunsten eines Dritten perfekt. Falls die Vertragsparteien (Stipulant und Promittent) nach erfolgter Leistungsannahme durch den Dritten an ihrem Vertrag etwas ändern wollen – und sei es auch nur in einem «Nebenpunkt» wie dem Streiterledigungsmechanismus – kann eine solche Änderung für den Dritten u.E. nur dann verbindlich werden, nachdem er dieser zugestimmt hat. Sobald der Stipulant den Promittenten nicht mehr «entbinden» kann (Art. 112 Abs. 3 OR), können die Vertragspartien auch die Durchsetzung des Anspruchs des Dritten nicht mehr erschweren, indem sie nachträglich eine für den Dritten nachteilige Zuständigkeitsvereinbarung treffen oder diese zum Nachteil des Dritten abändern (*argumentum a maiore ad minus*).

## B. Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme/Garantie

Dem Entscheid des Bundesgerichts ist auch hinsichtlich der Qualifikation der Parental Guarantee 1 als Sicherungsgeschäft, das nicht unter das Bürgschaftsrecht fällt, beizupflichten.

In der dem schweizerischen Recht unterstellten Parental Guarantee 1 versprach die Beklagte 2 die Erfüllung der von der Beklagten 1 unter dem LSA geschuldeten Hauptleistungen. Somit wurde keine Geldschuld, sondern die Erfüllung der von der Beklagten 1 unter dem LSA zu erbringenden IT-Leistungen versprochen. Der Umstand, dass die Gläubigerin (Klägerin 1) hinterher nach den einschlägigen Regeln auf die Primärleistung (IT-Leistungen) verzichtete und stattdessen Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangte, machte aus der Parental Guarantee 1 zu Recht kein (nachträgliches) Geldschuldversprechen.

Dieses Ergebnis ist auch aus Gründen der Rechtssicherheit im internationalen Geschäftsverkehr zu begrüssen. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass die Vertragsparteien auf beiden Seiten zu international tätigen Konzernen gehören. Sie hatten zweifellos die Absicht, mit den beiden Parental Guarantees rechtswirksame Sicherheiten zu bestellen (*favor negotii*), und zwar in dem Sinne, dass die beiden Obergesellschaften der Beklagten 1 (d.h. die Beklagten 2 und 3) der Klägerin je für sich «die Leistung eines Dritten» (Art. 111 OR) versprachen, nämlich die korrekte Erfüllung der Vertragspflichten der Beklagten 1 unter dem LSA. Die Bestellung einer Sicherheit in der Weise, dass bloss eine

Zahlung erfolgen würde, falls die Beklagte 1 ihrerseits eine bestimmte Leistung nicht erbringen sollte, ist nicht erkennbar, ebenso wenig, dass die Beklagten 2 und 3 ihre Haftung für die versprochene «Leistung eines Dritten» irgendwie beschränkten. Anhaltspunkte für den gewollten Abschluss einer auf blosser Geldzahlung limitierten und/oder auf einen bestimmten Geldbetrag beschränkten Sicherheit sind somit keine erkennbar. Unter diesen Umständen musste die Klägerin vernünftigerweise auch nicht damit rechnen, dass die ihr versprochene Sicherheit nunmehr unverhofft als (formungültige) Bürgschaft qualifiziert würde.