

Kommentar zu: Urteil: [4A_265/2018](#) vom 3. September 2018
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Willenserklärungen in GV- und VR-Protokollen

Autor / Autorin

Michael Kündig, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_265/2018 vom 3. September 2018 hielt das Bundesgericht fest, dass ein unterzeichnetes Protokoll einer Generalversammlung einer Aktiengesellschaft nichts mit einem Vertrag bzw. entsprechenden Willensäusserungen zu tun habe.

Sachverhalt

[1] Die A. AG (Unternehmerin, Klägerin, Beschwerdeführerin) und die B. AG (Kundin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) schlossen am 9. Februar 2006 einen Projektvertrag ab. Danach hatte die Unternehmerin Entwicklungskapazitäten für Softwareentwicklungsleistungen zur Verfügung zu stellen. Der Projektvertrag sah eine Kündigungsfrist von 60 Tagen jeweils auf ein Quartalsende vor. Unter «Weitere Bestimmungen» heisst es sodann: «Ergänzungen und Veränderungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform und der Unterzeichnung durch beide Vertragsparteien. Auch dieses Schrifterfordernis kann nur durch schriftliche Vereinbarung aufgehoben werden» (Sachverhalt Teil A).

[2] Die Softwareentwicklungskapazität bei der Unternehmerin wurde unter dem Projektvertrag von ursprünglich 10 bzw. 15 Mitarbeitern im Jahre 2006 laufend erhöht, sodass diese im April 2013 53 Softwarespezialisten umfasste (Sachverhalt Teil A).

[3] Die damalige B. Holding AG hielt 49% der Aktien der Unternehmerin. Die restlichen 51% waren bei der A. Holding AG (Sachverhalt Teil A).

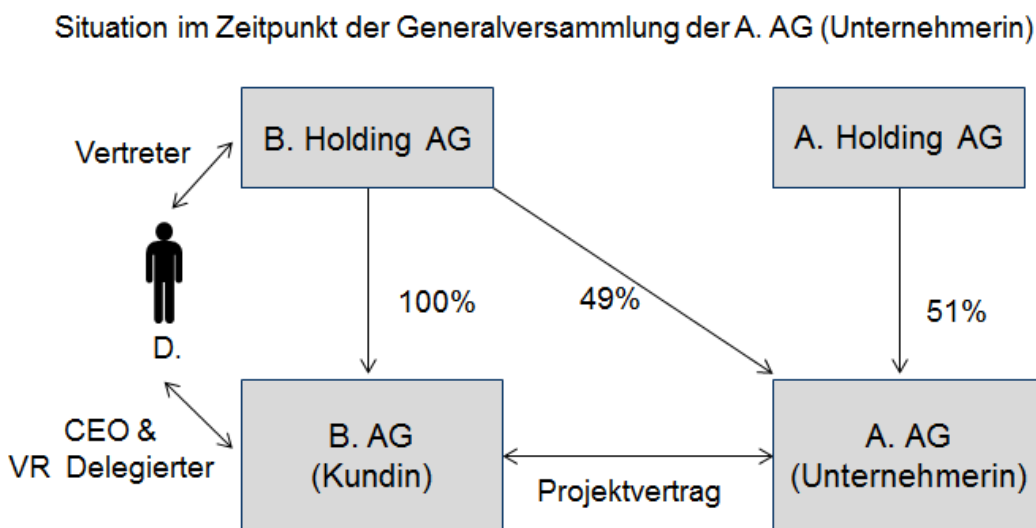
[4] Mit Schreiben vom 3. April 2013 hielt die Kundin gegenüber der Unternehmerin Folgendes fest: «Hiermit bestätigen wir Ihnen die Zusammenarbeit [...] bis mindestens Ende 2017 und sichern Ihnen zu, die Kooperation mindestens im bisherigen Rahmen weiterzuführen» (Sachverhalt Teil A).

[5] Mit Schreiben vom 23. Dezember 2014 kündigte die Kundin den Projektvertrag auf den 31. März 2015. Die Unternehmerin widersetzte sich dieser Kündigung mit Schreiben vom 5. Januar 2015 und hielt fest, die vertraglich vereinbarte Zusammenarbeit sei bis mindestens Ende 2017 einzuhalten. Die Kundin bezahlte in der Folge die Monatsrechnungen der Unternehmerin bis und mit März 2015 (Sachverhalt Teil A).

[6] Das Bezirksgericht Willisau wies mit Urteil vom 24. August 2017 die Forderungsklage der Unternehmerin ab. Das Bezirksgericht stellte fest, die Parteien hätten Schriftlichkeit für die Abänderung des Projektvertrags vorgesehen. Mit dem Schreiben vom 3. April 2013 sei das Schrifterfordernis seitens der Kundin eingehalten, nicht jedoch der Unternehmerin. Gegen dieses Urteil erhob die Unternehmerin erfolglos Berufung an das Kantonsgericht Luzern. Anders als das Bezirksgericht erwog das Kantonsgericht, die Parteien hätten mit dem Schreiben vom 3. April 2013 vereinbart, der Projektvertrag solle mindestens bis Ende 2017 fest dauern. Das Kantonsgericht qualifizierte den Projektvertrag jedoch als gemischten Vertrag, wobei Schwerpunkt die auftragsrechtlichen Komponenten bildeten, weswegen die Kundin den Projektvertrag gestützt auf Art. 404 Abs. 1 [OR](#) jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen konnte. Die Vorinstanz wies daher die Klage mit Urteil vom 15. März 2018 ebenfalls ab (Sachverhalt Teil B).

[7] Die von der Unternehmerin erhobene Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 3).

[8] Der Sachverhalt lässt sich grafisch wie folgt darstellen:



Erwägungen

[9] Das Bundesgericht erwog, formbedürftige Rechtsgeschäfte seien nach denselben Grundsätzen auszulegen wie formfreie, d.h., es sei nach den gesamten Umständen zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich gewollt haben oder – wenn sich dies nicht feststellen lasse – wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen seien. Stehe der nach den allgemeinen Auslegungsmethoden ermittelte Vertragsinhalt fest, sei bei formbedürftigen Verträgen in einem weiteren Schritt zu beurteilen, ob der Inhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist. Dies gelte auch im Falle eines vertraglich vereinbarten Formvorbehalts (E. 2.1.1).

[10] Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben sei, müsse von allen Parteien unterzeichnet werden, die durch ihn verpflichtet werden sollen (Art. 13 Abs. 1 OR). Der Projektvertrag sei ein gewöhnlicher zweiseitiger Vertrag, der für beide Parteien sowohl Rechte wie Pflichten enthalten habe. Unter diesen Umständen erfasse das Schriftformerfordernis Antrag und Annahme gleichermaßen (E. 2.1.2).

[11] Die Vorinstanz habe keine Feststellungen dazu getroffen, in welcher Form die Unternehmerin um Abgabe der Zusicherungserklärung ersucht habe. Ein entsprechendes Aktenstück habe nicht vorgelegen. Vielmehr ergebe sich umgekehrt daraus, dass die Vorinstanz aus der Erklärung vom 3. April 2013 Rückschlüsse auf den (möglichen) Inhalt des Antrags ziehe, dass kein schriftlicher Antrag vorgelegen habe. Dass die Vorinstanz anschliessend trotzdem prüfte, ob dieses Schreiben «nicht gar eine Annahme der von der [Unternehmerin] erbetenen Erklärung darstellt», begründete sie damit, dies sei die Prüfung einer Rechtsfrage. Damit habe sie übersehen, dass auch die Prüfung einer Rechtsfrage entsprechende Behauptungen der Parteien zum Tatsächlichen voraussetze. Mangels entsprechender Behauptung sei nicht davon auszugehen, dass das Ersuchen der Unternehmerin um Abgabe der Erklärung vom 3. April 2013 seinerseits (*recte*: ihrerseits) schriftlich erfolgt sei. Damit sei mit Schreiben der Kundin vom 3. April 2013, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, der Projektvertrag nicht formgültig verlängert worden (E. 2.1.3).

[12] In einer Eventualbegründung habe die Vorinstanz geprüft, ob das Schriftformerfordernis erfüllt sei, wenn man davon ausginge, dass die Unternehmerin die Erklärung der Kundin vom 3. April 2013 hätte schriftlich bestätigen müssen, und die Erklärung somit ein Angebot an die Unternehmerin beinhaltet hätte (E. 2.2).

[13] Die Vorinstanz habe erwogen, dass an eine solche Zustimmung jedenfalls keine hohen Anforderungen zu stellen wären. Die Unternehmerin erbringe u.a. mit dem von ihr rechtsgültig unterzeichneten Protokoll der Generalversammlung (GV) vom 10. Juli 2014 den Nachweis, dass sie damit den von ihr in der Jahresrechnung 2013 vom 10. Januar 2014 angebrachten Vermerk «Aufgrund der Zusammenarbeitszusage des wichtigsten Kunden, welche bis mindestens Ende 2017 läuft, besteht entsprechende Planungssicherheit» ausdrücklich genehmigt bzw. akzeptiert habe. Dieser Vermerk nehme zumindest inhaltlich klar Bezug auf das Schreiben der Kundin vom 3. April 2013, auch wenn dieses Schreiben nicht explizit erwähnt werde. Nicht ausschlaggebend sei, dass das Akzept nicht ausdrücklich an die Kundin gerichtet gewesen sei, «nachdem die [Kundin] anlässlich der GV vom 10. Juli 2014 in der Person von D., damaliger Verwaltungsratsdelegierter und CEO der [Kundin] und Mitunterzeichner des Schreibens vom 3. April 2013 präsent» gewesen sei und die Erklärung der Unternehmerin zustimmend zur Kenntnis genommen habe. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Unternehmerin an der GV vom 10. Juli 2014 das Schreiben der Kundin vom 3. April 2013 schriftlich bestätigt bzw. schriftlich akzeptiert habe (E. 2.2.1).

[14] Das Bundesgericht hielt fest, es sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Vereinbarung einer festen Vertragsdauer bis Ende 2017 schriftlich zu erfolgen hatte. Die Vorinstanz habe wiederholt ausgeführt, es dürften hier «keine hohen Anforderungen» an ein schriftliches Akzept (der schriftlichen Offerte) gestellt werden. Gemäss Bundesgericht sei unklar, was die Vorinstanz damit meine. Die Schriftform sei entweder eingehalten oder nicht; eine abgemilderte Form gebe es nicht (E. 2.2.2).

[15] Ein Vertrag – und damit auch die Änderung eines Vertrags – komme durch übereinstimmende *gegenseitige* Willensäusserung zustande (Art. 1 OR). Sei der Vertrag formbedürftig, müssen auch die schriftlichen Erklärungen gegenseitig sein. Gegenseitigkeit bedeute, dass die Vertragsannahme als Antwort auf die (an den Annehmenden adressierte) Offerte wiederum dem Offerenten gegenüber erklärt werde. Die Erklärungen müssten aufeinander bezogen sein. Daran fehle es hier. Die aus Sicht der Vorinstanz massgebliche Passage im Anhang zur Jahresrechnung 2013 der Unternehmerin («Aufgrund der Zusammenarbeitszusage des wichtigsten Kunden, welche bis mindestens Ende 2017 läuft, besteht entsprechende Planungssicherheit») stehe unter dem Titel «Verpflichtungen aus Devisen-Termingeschäften» als einleitende Erklärung zu den getätigten bzw. noch geplanten Devisen-Termingeschäften. Ein Akzept könne darin allein schon deswegen nicht gesehen werden, weil dieser Satz nicht an die Kundin gerichtet war, sondern an die Aktionäre der Unternehmerin. Entgegen der Vorinstanz, so das Bundesgericht, treffe auch nicht zu, dass die Kundin an der GV vom 10. Juli 2014 «präsent» war. Anwesend war die damalige Aktionärin B. Holding AG, vertreten durch D. Der Präsident des Verwaltungsrats (VRP) der Unternehmerin habe das Protokoll der GV zwar unterzeichnet. Dieses Protokoll sei ein Beschlussprotokoll, welches die Anträge und Ergebnisse der Abstimmungen und Wahlen wiedergebe. Als solches habe es nichts zu tun mit einem Vertrag bzw. entsprechenden Willensäusserungen, die der Richter entsprechend den Umständen

auszulegen hätte. Ob das GV-Protokoll überhaupt unterzeichnet werden müsse, sei in der Lehre strittig. Jedenfalls könne aus einer Unterzeichnung durch den VRP keine – noch zu interpretierende – Willensäußerung an die Adresse einer nicht anwesenden juristischen Person (der Kundin) abgeleitet werden (E. 2.2.3).

[16] Das Bundesgericht hielt zusammenfassend fest, dass eine Vertragsänderung somit nicht formgültig vereinbart worden sei. Damit sei es bei der Kündigungsmöglichkeit gemäss Ziffer 13 des Projektvertrags geblieben. Dass die Kundin diese Frist nicht eingehalten hätte, werde nicht geltend gemacht (E. 2.2.4).

Kurzkommentar

[17] Das Bundesgericht hatte im referierten Entscheid eine Streitigkeit im Zusammenhang mit der Beendigung eines EDV-Projektvertrags (s. hierzu z.B. GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014 Rz. 323) zu beurteilen. Der Projektvertrag enthielt, wie *in praxi* viele Verträge, eine sog. *Abänderungsklausel* (s. z.B. SIMON LICHTENSTEIGER, § 6 Standardklauseln, in: Peter Münch/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst [Hrsg.], Schweizer Vertragshandbuch, 3. Aufl., Basel 2018, Rz. 2.1 ff.). Mit einer Abänderungsklausel vereinbarten die Parteien, dass die grundsätzlich im schweizerischen Privatrecht geltende Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1 OR) durch die gewillkürte, d.h. von den Parteien vereinbarte Formvorschrift begrenzt wird (INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 16 OR N 3 ff.). Umstritten war im bundesgerichtlichen Verfahren, ob die Kundin überhaupt zur Kündigung des Projektvertrags berechtigt war. Die Unternehmerin behauptete nämlich, die Parteien hätten den Projektvertrag durch das Schreiben vom 3. April 2013 formgültig dahingehend geändert, dass dieser eine feste Vertragsdauer bis Ende 2017 hatte und somit die Kündigung des Projektvertrags unter diesem Gesichtspunkt ungültig war.

[18] Das Bundesgericht entschied u.E. zu Recht, dass die Parteien *in casu* den Projektvertrag nicht formgültig geändert haben und die Kündigung des Projektvertrags durch die Kundin damit vertragskonform erfolgt ist. Es rief in diesem Zusammenhang zwei wichtige OR AT-Grundsätze in Erinnerung:

- Ein (zweiseitiger) Vertrag, für den die schriftliche Form vorgeschrieben sei, müsse von allen Parteien unterzeichnet werden, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Unter diesen Umständen erfasse das Schriftformerfordernis Antrag und Annahme gleichermaßen (E. 2.1.2).
- Ein Vertrag – und damit auch die Änderung eines Vertrags – komme durch übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung zustande (Art. 1 OR). Sei der Vertrag formbedürftig, müssen auch die schriftlichen Erklärungen, d.h. Antrag und Annahme, gegenseitig sein. Gegenseitigkeit bedeute, dass die Vertragsannahme als Antwort auf die (an den Annehmenden adressierte) Offerte wiederum dem Offerenten gegenüber erklärt wird. Die Erklärungen müssen aufeinander bezogen sein (E. 2.2.3 *in initio*).

[19] Das Bundesgericht wandte in der Folge diese beiden Grundsätze auf den vorliegenden Fall an und spielte die beiden möglichen Konstellationen durch:

- *Konstellation 1* (Qualifikation des Schreibens der Kundin vom 3. April 2013 als Annahme der Offerte der Unternehmerin): Aufgrund des von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalts und mangels gegenteiliger Parteibehauptungen war nicht erstellt, dass die Offerte der Unternehmerin schriftlich erfolgt war. Das Bundesgericht hielt daher zu Recht fest, dass der Projektvertrag infolge fehlender schriftlicher Offerte nicht formgültig verlängert worden sei (E. 2.1.1–2.1.3).
- *Konstellation 2* (Qualifikation des Schreibens der Kundin vom 3. April 2013 als Offerte an die Unternehmerin): Die Vorinstanz hatte argumentiert, an die Annahme der Offerte durch die Unternehmerin seien «keine hohen Anforderungen» zu stellen (E. 2.2.1 *in initio*). Das Bundesgericht verwarf einleitend diese Ansicht der Vorinstanz und hielt richtigerweise fest, dass die «Schriftform [...] entweder eingehalten [sei] oder nicht; eine abgemilderte Form [gebe] es nicht» (E. 2.2.2 *in fine*). Die Vorinstanz qualifizierte eine Passage im Anhang zur Jahresrechnung 2013 der Unternehmerin (oben Rz. 13) als Annahme der Offerte der Kundin durch die Unternehmerin. Das Bundesgericht folgte dieser Ansicht aus zwei Gründen nicht. *Erstens* hielt es richtigerweise fest, dass die Passage nicht an die Kundin, sondern die Aktionäre der

Unternehmerin gerichtet gewesen sei. Zudem sei – entgegen der Vorinstanz – die Kundin gar nicht an der GV anwesend gewesen: Anwesend sei nur D. als Vertreter der Aktionärin B. Holding AG gewesen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass D. offenbar gleichzeitig auch Verwaltungsratsdelegierter und CEO der Kundin gewesen ist (s. E. 2.2.1). *Zweitens* stellte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass die Unterzeichnung des GV-Protokolls durch den VRP der Unternehmerin keine relevante Willensäußerung der Unternehmerin sei (E. 2.2.3).

[20] Die Aussagen des Bundesgerichts zur Gegenseitigkeit von Willenserklärungen (oben Rz. 19 [Konstellation 2]) und zur Einhaltung der Schriftform mit Bezug auf die gegenseitigen Willensäußerungen sind nicht nur für die Vertragspraxis, sondern insbesondere auch für die M&A-Praxis bedeutsam. Im Rahmen der *Legal Due Diligence* (s. dazu z.B. SIMON MEYER, *Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf*, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band 313, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 72) wird jeweils u.a. geprüft, ob mit Bezug auf die zu verkaufenden Aktien die lückenlose Eigentumschette (*Chain of Title*) erstellt ist (zu dieser Problematik im Allgemeinen: MARKUS VISCHER, *Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz*, AJP 2019, S. 294 ff., S. 294 ff.; SAMUEL LIEBERHERR/MARKUS VISCHER, *Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf*, AJP 2016, S. 293 ff., S. 293 ff.; OLIVER BLUM, *Rechtsmängel bei der Übertragung von Aktien*, AJP 2007, S. 694 ff., S. 694 ff.). Aktienübertragungen erfolgen in der Praxis häufig nicht *lege artis*. Deswegen wird in der Praxis oft in Protokollen von VR- und GV-Beschlüssen nach Zessionen gesucht, wobei man sich auf das Urteil des Bundesgerichts [4A_248/2015](#) vom 15. Januar 2016 E. 4.3 [besprochen von ALEXANDRE BOTH, *Conditions de validité du transfert d'actions par cession en la forme d'un procès-verbal*, GesKR 2016, S. 242 ff., S. 242 ff.] stützt (LIEBERHERR/VISCHER, a.a.O., S. 295).

[21] In diesem Urteil [4A_248/2015](#) vom 15. Januar 2016 erblickte das Bundesgericht in den vom VRP und von einem VR-Mitglied, welche beide zugleich auch Aktionäre der AG waren, unterzeichneten GV-Protokollen jeweils gültige Zessionen unverbriefter Aktien (kritisch hierzu: BOTH, a.a.O., S. 245: «Les procès-verbaux sont donc peu clairs quant à l'actionariat effectif de la société A. SA et ne donnent aucune indication précise sur les actions transférées. Or, comme indiqué ci-dessus, les principes liés à la forme écrite exigent qu'un tiers puisse individualiser avec certitude le nouveau créancier et la créance cédée. A la lecture de l'arrêt, il est peu vraisemblable que les procès-verbaux répondent à cette exigence.»).

[22] Das Bundesgericht scheint im besprochenen Urteil seine im Urteil [4A_248/2015](#) gemachten Aussagen etwas relativiert und damit seine Anforderungen an eine gültige Zession verschärft zu haben. Es hat festgehalten, dass die Unterzeichnung eines (GV-)Protokolls keine (schriftliche) Willensäußerung mit Bedeutung über das (GV-)Protokoll hinaus sei. Allerdings waren der Sachverhalt im referierten Urteil und jener im Urteil [4A_248/2015](#) verschieden: Im Urteil [4A_248/2015](#) und dessen zugrundeliegenden Fall waren beide Vertragsparteien (Zedent und Zessionar) an der GV anwesend und die Willensäußerungen waren somit gegenseitig. Hingegen war dies *in casu* nach Ansicht des Bundesgerichts wohl nicht der Fall, auch wenn der Vertreter der B. Holding AG, nämlich D., zugleich auch CEO und VR-Delegierter der Kundin war (anders das Urteil des Bundesgerichts [4A_117/2010](#) vom 14. Juni 2010 [besprochen von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide](#), in: Jusletter 3. Oktober 2011, Rz 60 ff.], wo das Bundesgericht einen Aktienkaufvertrag für eine dritte Person, d.h. die verkaufte AG, verbindlich betrachtete, weil der Verkäufer auch vertretungsberechtigtes Organ der AG war). Zudem unterzeichneten im erwähnten Fall im Unterschied zum hier besprochenen Fall sowohl der Zedent als auch der Zessionar das Protokoll.

[23] Im Lichte des hier besprochenen Urteils ist fraglich, ob inskünftig in einem VR- oder GV-Protokoll noch eine Zession von Aktien erblickt werden kann. Allenfalls kann eine solche Zession dann noch angenommen werden, wenn der Adressat der Zessionserklärung, also der Zessionar, bei Abgabe der Zessionserklärung (bzw. des Angebots) durch den Zedenten anwesend (und somit die Willensäußerung an ihn gerichtet) war und beide Parteien das betreffende Protokoll unterzeichnet haben.

[24] In Bezug auf das Unterzeichnungserfordernis könnte man sich allenfalls auf den Standpunkt stellen, dass es genügt, wenn der Zedent das Protokoll unterzeichnet hat. Es liesse sich nämlich in Analogie zum Grundsatz der «halben Schriftlichkeit» (sog. mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung, s. z.B. KARL SPÜHLER/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 279; LAURENT KILLIAS, in: Stämpfli's Handkommentar, Lugano-Übereinkommen [LugÜ], 2. Aufl., Bern 2011, Art. 23 N 110) argumentieren, dass in diesem Fall das Schriftformerfordernis erfüllt ist (s. zur Einhaltung der Formerfordernis mit Bezug auf Zessionen auch das Urteil des Bundesgerichts [4A_172/2018](#) vom 13. September 2018 und die Besprechung von LETIZIA SCHLEGEL/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Irrtümliche Bezeichnung des Schuldners in der Abtretungsurkunde](#), in: dRSK, publiziert am 18. März 2019, Rz. 21 ff.).

MLaw MICHAEL KÜNDIG, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Michael Kündig / Dario Galli / Markus Vischer, Willenserklärungen in GV- und VR-Protokollen, in: dRSK, publiziert am 15. August 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch