



Kommentar zu: Urteil: [5A_214/2018](#) vom 26. April 2019
Sachgebiet: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Verbindliche versus unverbindliche Verhandlungsklauseln

Autor / Autorin

Sarah Zollinger, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 5A_214/2018 vom 26. April 2019 entschied das Bundesgericht, dass die durch die Darlehensgeberin in Verletzung der Verhandlungsabrede ausgesprochene Kündigung ungültig sei.

Sachverhalt

[1] W. (Darlehensgeberin) gewährte der Y. AG (Darlehensnehmerin, Beschwerdegegnerin) mit Vertrag vom 25. November 2011 ein Darlehen von CHF 3'100'000. Unter dem Titel «Rückzahlung» wurde Folgendes vereinbart:

«Für das Darlehen werden für die ersten 5 Jahre keine festen Rückzahlungen vereinbart. Nach Ablauf der 5 Jahre legen die Vertragsparteien Amortisationen fest. Die Darlehensnehmerin ist jederzeit frei, Rückzahlungen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu leisten.»

[2] Mit Vereinbarung vom 14. September 2015 trat die Darlehensgeberin ihre Ansprüche gegenüber der Darlehensnehmerin im Umfang von CHF 200'000 an X. (Zessionar, Beschwerdeführer) ab. Mit Schreiben vom 28. November 2016 kündigte die Darlehensgeberin das Darlehen (Sachverhaltsabschnitt A).

[3] Mit Zahlungsbefehl vom 13. Januar 2017 betrieb der Zessionar die Darlehensnehmerin für einen Betrag von CHF 200'000 nebst Zins von 5% seit 11. Januar 2017. Die Darlehensnehmerin erhob Rechtsvorschlag, worauf der Zessionar das Bezirksgericht Lenzburg um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung ersuchte (Sachverhaltsabschnitte B und C).

[4] Das Bezirksgericht Lenzburg wies das Rechtsöffnungsbegehren mit Entscheid vom 4. Oktober 2017 ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 24. Januar 2018

abgewiesen. Der Zessionar erhob daraufhin am 5. März 2018 Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhaltsabschnitte C, D und E sowie E. 5).

Erwägungen

[5] Strittig war vor Bundesgericht unter anderem die Frage, ob die Darlehensgeberin zur Kündigung des Darlehens berechtigt war (E. 2).

[6] Das Bundesgericht erinnerte daran, dass ein Darlehen von unbestimmter Dauer, d.h. wenn weder ein bestimmter noch ein bestimmbarer Rückzahlungszeitpunkt vereinbart worden sei, gemäss Art. 318 [OR](#) innert sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzubezahlen sei. Vorliegend hätten die Parteien keinen bestimmten Rückzahlungszeitpunkt vorgesehen. Stattdessen hätten sie vereinbart, nach Ablauf von fünf Jahren die Amortisationen festzulegen, wobei die Darlehensnehmerin bereits jederzeit vorher Rückzahlungen leisten könne. Aus Sicht der Darlehensgeberin bestehe insofern eine Mindestlaufzeit, als sie in den ersten fünf Jahren keine Rückzahlungen verlangen könne. Der Ablauf dieser Mindestlaufzeit mache, so das Bundesgericht, das Darlehen jedoch vorliegend nicht zu einem solchen von unbestimmter Dauer, bei welchem Art. 318 OR greifen würde (E. 4.2).

[7] Vielmehr hätten die Parteien vereinbart, sich nach diesen fünf Jahren auf weitere Vertragsverhandlungen über die Rückzahlungsmodalitäten einzulassen. Sie hätten also eine sog. Verhandlungsabrede geschlossen. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrags sei damit zwar der Rückzahlungszeitpunkt nicht objektiv bestimmbar gewesen, weil der Rückzahlungszeitpunkt erst Gegenstand künftiger Verhandlungen sein sollte. Dass diese künftigen Verhandlungen stattfinden und ab wann sie geführt werden sollten, hätten die Parteien jedoch bereits festgelegt, und damit auch den Weg, um zu einem bestimmten oder bestimmbareren Rückzahlungszeitpunkt zu gelangen. Die Rückzahlungspflicht hänge vorliegend von freien Verhandlungen unter den Parteien und nicht von einem objektiv bestimmbareren Umstand ab. Dies ändere aber nichts daran, dass die Vereinbarung, Verhandlungen über die Rückzahlung führen zu wollen, nur so verstanden werden könne, dass damit die Berufung auf Art. 318 OR, d.h. die Möglichkeit, das Darlehen (nach Ablauf der Mindestdauer) jederzeit auf sechs Wochen kündigen zu können, fürs Erste ausgeschlossen sein solle, da die Verhandlungsabrede sonst überflüssig gewesen wäre. Wäre nämlich die Meinung der Parteien gewesen, dass die Darlehensgeberin unmittelbar nach Ablauf der Mindestdauer oder wenigstens vor dem Versuch, die vereinbarten Verhandlungen zu führen, gestützt auf Art. 318 OR das Darlehen kündigen könnte, so wäre die Verhandlungsabrede überflüssig gewesen (E. 4.2).

[8] Vorliegend sei der erste Termin für eine Verhandlung über die Amortisation erst nach der Kündigung angesetzt worden. Die Kündigung vom 28. November 2016 sei damit verfrüht erfolgt, nämlich bevor die Darlehensgeberin Verhandlungen über die Amortisationen aufgenommen habe, zu denen sie sich verpflichtet hatte. Das spätere Verhalten der Parteien, insbesondere das angebliche Desinteresse der Darlehensnehmerin an solchen Verhandlungen, sei irrelevant für die Beurteilung der Frage, ob die Darlehensgeberin bereits am 28. November 2016 kündigen durfte (E. 4.2).

Kurzkommentar

[9] Vorliegend verpflichteten sich die Parteien, sich nach Ablauf der Mindestlaufzeit des Darlehensvertrags auf Vertragsverhandlungen betreffend die Rückzahlungsmodalitäten des Darlehens einzulassen. Die Parteien verpflichteten sich mit anderen Worten letztlich dazu, nach Ablauf der Mindestlaufzeit die neue Vertragsdauer bzw. den Fortbestand des Darlehensvertrags an sich zu verhandeln. Gegenstand dieses Urteils bildete die Frage, ob eine solche Vereinbarung verbindlich (E. 4.2) sowie durchsetzbar (E. 4.4) ist. Konkret musste das Bundesgericht entscheiden, ob die ohne vorgängige Vertragsverhandlungen ausgesprochene Kündigung des Darlehensvertrags durch die Darlehensgeberin rechtlich wirksam ist. Das Bundesgericht schützte die Ansicht der Vorinstanz, welche die fragliche Vertragsklausel als verbindliche Verhandlungsabrede qualifiziert und die dagegen verstossende Kündigung des Darlehensvertrags durch die Darlehensgeberin deshalb als unwirksam angesehen hatte (s. E. 4.2).

[10] Eine Verhandlungsabrede (im englischsprachigen Raum «*agreement to agree*» oder «*agreement to negotiate*») [VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede, Diss. Freiburg 2010 = AISUF Band 301, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 355] kann als eigenständiger Verhandlungsvertrag oder als Verhandlungsklausel, die Teil eines Vertrags ist, vorkommen (MONN, a.a.O., Rz. 360 ff. und 378). Im Folgenden interessieren nur die Verhandlungsklauseln. Von der *verbindlichen*, d.h. rechtlich durchsetzbaren Verhandlungsklausel – welche die Parteien verpflichtet, bezüglich eines bestimmten Gegenstands nach Treu und Glauben zu verhandeln (MONN, a.a.O., Rz. 354, 392 und 412) – ist die *unverbindliche*, d.h. rechtlich nicht durchsetzbare Verhandlungsabrede abzugrenzen (MONN, a.a.O., Rz. 412). Eine unverbindliche Verhandlungsabrede vermittelt keiner Partei einen Rechtsanspruch darauf, dass die Parteien Vertragsverhandlungen bezüglich eines bestimmten Gegenstands aufnehmen. Unverbindliche Verhandlungsklauseln werden dann gewählt, wenn sich die Parteien im Zeitpunkt der eigentlichen Vertragsverhandlungen noch nicht auf ein bestimmtes Vorgehen im Falle eines bestimmten Ereignisses einigen können oder wollen und zudem offenlassen wollen, ob sie im Falle dieses Ereignisses wirklich verhandeln wollen. Mit anderen Worten müssen die Parteien bei Vorliegen einer verbindlichen Verhandlungsklausel verhandeln (wobei diese Pflicht rechtlich durchsetzbar ist), wohingegen sie bei einer unverbindlichen Verhandlungsklausel verhandeln dürfen, nicht aber müssen. Der Vorteil dieser unverbindlichen Verhandlungsklauseln liegt darin, dass ein Vertrag unterzeichnet werden kann, obwohl sich die Parteien hinsichtlich eines bestimmten Gegenstands noch nicht geeignet haben (z.B. Vorgehen im Falle des Eintritts eines bestimmten künftigen Ereignisses).

[11] In Verträgen finden sich oft Klauseln, gemäss denen sich die Parteien verpflichten, im Falle eines bestimmten Ereignisses nach Treu und Glauben Vertragsverhandlungen zu führen (z.B. salvatorische Klauseln). In der Vergangenheit haben die Juristen solche Klauseln – selbst wenn diese ausdrücklich das Wort «verpflichten» enthielten oder der Rechtsbindungswille der Parteien auf andere Weise hervorging – als unverbindliche Verhandlungsklauseln aufgefasst. So wurde in der Doktrin die Auffassung vertreten, dass eine Verhandlungsklausel nicht mittels Realleistungsklage durchgesetzt und bei deren Verletzung nur Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* geltend gemacht werden könne (s. z.B. PETER R. ISLER, Letter of Intent, in: Rudolf Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 1 ff., S. 16 und 20; MIRJAM MEYER, Rechtsrisiken und Rechtsrisikomanagement bei M&A-Transaktionen, Diss. Zürich 2013 = ZStP Band 256, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 117 f.).

[12] Das referierte Urteil bestätigt u.E. den Trend in der Rechtsprechung, wonach verbindliche Verhandlungsklauseln mittels Realleistungsklage durchgesetzt werden können (so schon MONN, a.a.O., Rz. 949 ff.). Verletzt eine Partei eine verbindliche Verhandlungsklausel, hat sie folglich inskünftig nicht «nur» mit einer Schadenersatzklage zu rechnen, sondern auch oder nur mit einer Realleistungsklage. Darüber hinaus kann die Verletzung einer verbindlichen Verhandlungsklausel weitere rechtliche Konsequenzen zeitigen, wie z.B. die Ungültigkeit eines ausgeübten (Gestaltungs-)Rechts (*in casu* Kündigung). Dieser Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung hin zur realen Durchsetzbarkeit solcher verbindlichen Verhandlungsklauseln lässt sich auch im Schiedsrecht beobachten. So hat das Bundesgericht im Jahr 2016 entschieden, dass ein in Verletzung einer Mediationsvereinbarung eingeleitetes Schiedsverfahren durch das Schiedsgericht bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens zu sistieren sei (BGE [142 III 291](#) E. 2.4.4.1 S. 317 = Pra 2017, Nr. 46, S. 472; zustimmend CHRISTOPHER BOOG, How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses – Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007, ASA Bulletin 2008, S. 103 ff., S. 109; a.M. TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 76 ff.). Gleich ist zu verfahren, wenn ein staatliches Gerichtsverfahren in Verletzung einer Mediationsklausel eingeleitet wurde (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG170120 vom 22. Dezember 2017 E. 3.2, in: ZR 2018, Nr. 10, S. 24 ff., S. 25, dabei hielt das Handelsgericht fest, dass auch unter der Eidgenössischen [ZPO](#) – wie schon unter der Zürcherischen ZPO [Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 15. März 1999 E. II.4c), in: ZR 2000, Nr. 29, S. 86 f., S. 87] – die Einhaltung einer Mediationsklausel keine Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 ZPO sei; zustimmend die Lehre, s. z.B. PETER RUGGLE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 213 ZPO N 8; JAMES T. PETER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 213–218 ZPO N 58). Auch in der mietrechtlichen Rechtsprechung lassen sich solche Tendenzen erkennen: Das Mietgericht

Zürich qualifizierte die Kündigung eines Vermieters wegen Verletzung der Verhandlungspflicht als ungültig (Urteil des Mietgerichts Zürich [MB170006-L](#) vom 13. Februar 2018 E. 2, in: ZMP 2018 Nr. 1) und das Obergericht des Kantons Zürich urteilte, dass die vertragliche Pflicht der Vermieterin zur Unterbreitung einer Offerte an die Mieterin für die Fortführung des Vertragsverhältnisses zu veränderten Konditionen realiter durchgesetzt werden könne (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich [NG180008-O/U](#) vom 9. November 2018 E. 5.4.7., in: ZMP 2018 Nr. 15).

[13] Vorliegendes Urteil mahnt die Verfasser von Vertragstexten, Verhandlungsklauseln präzise zu formulieren und jeweils klarzustellen, ob es sich um eine verbindliche oder unverbindliche Verhandlungsklausel handelt. Um ungewollte Bildungswirkungen zu vermeiden, kann der vertragliche Bindungswille der Parteien explizit durch *nonbinding*-Klauseln wegbedungen werden (DANIEL R. ENGEL/MARZEL WYDEN, § 3 Letter of Intent [Absichtserklärung], in: Peter Münch/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst [Hrsg.], Schweizer Vertragshandbuch, 3. Aufl., Basel 2018, Rz. 2.2; MEYER, a.a.O., S. 118; MONN, a.a.O., Rz. 398). Den Verfassern von Vertragstexten sei insbesondere empfohlen, die sog. «Boiler-Plate»-Klauseln (s. dazu im Allgemeinen z.B. SYLVAIN MARCHAND, *Clauses contractuelles*, Basel 2008, S. 233 *in initio*), wie z.B. die bereits erwähnte salvatorische Klausel, dahingehend zu untersuchen, ob diese ungewollte Bindungswirkungen entfalten könnten.

MLaw SARAH ZOLLINGER, Substitutin, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

Zitiervorschlag: Sarah Zollinger / Dario Galli / Markus Vischer, Verbindliche versus unverbindliche Verhandlungsklauseln, in: dRSK, publiziert am 22. 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