

# **BGer 4A\_120/2022 vom 23. November 2022**

Bundesgericht, 2022-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_120\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_120_2022)

FR: TF 4A\_120/2022 du 23 novembre 2022

IT: TF 4A\_120/2022 del 23 novembre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. Erwägung 2) ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten ( BGE 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116).

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen (vgl. Art. 42 Abs. 1 BGG ). Vor Bundesgericht findet in der Regel nur ein Schriftenwechsel statt ( Art. 102 Abs. 3 BGG ). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf die beschwerdeführende Partei die Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern ( BGE 134 IV 156 E. 1.7 ; 132 I 42 E. 3.3.4). Mit Rügen, welche die beschwerdeführende Partei bereits in der Beschwerde hätte erheben können, ist sie nach Ablauf der Beschwerdefrist ausgeschlossen ( BGE 135 I 19 E. 2.2; 134 IV 156 E. 1.7 ; 132 I 42 E. 3.3.4 mit Hinweisen). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2). Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik darüber hinausgeht, kann sie nicht gehört werden.

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens

entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin stellt sich vorab auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei für ihre aus der Parental Guarantee 2 gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 geltend gemachten Ansprüche zuständig. Die Vorinstanz habe Art. 23 LugÜ verletzt, indem sie die Zuständigkeit für ihre Forderung gestützt auf die Parental Guarantee 2 verneint habe. Die in der Parental Guarantee 2 enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung sei für sie nicht verbindlich, denn die Gerichtstandsklausel wirke zu ihren Lasten. Sie habe dem ausschliesslichen Gerichtsstand in U. \_\_\_\_\_ auch nie zugestimmt. Eine Zustimmung zur Gerichtsstandsvereinbarung müsse ohnehin in Schriftform oder in einer anderen Form vorliegen, die den Vorgaben von Art. 23 LugÜ genügen müsse. Eine solche liege nicht vor.

Vor Bundesgericht ist bezüglich des behaupteten Anspruchs aus der Parental Guarantee 2 unbestritten, dass eine internationale Streitigkeit vorliegt und dass für die Prüfung der Zulässigkeit der in der Parental Guarantee 2 vereinbarten Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich die Vorgaben des Lugano-Übereinkommens, Art. 23 LugÜ , massgebend sind. Ebenso wenig wird bestritten, dass auf die Parental Guarantee 2 aufgrund der Rechtswahl deutsches Recht anwendbar ist. Die Parteien und die Vorinstanz gehen sodann übereinstimmend davon aus, dass auch auf die Gerichtsstandsvereinbarung in der Parental Guarantee 2 deutsches Recht anwendbar ist, soweit die entsprechenden Fragen nicht vom LugÜ geregelt werden. Weiter ist unstrittig, dass es sich nach deutschem Recht bei der Parental Guarantee 2 - unabhängig von der genauen Vertragsqualifikation - um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt. Die Parteien und die Vorinstanz gehen schliesslich davon aus, dass die Parental Guarantee 2 der Beschwerdeführerin als Begünstigte ein direktes, selbstständiges Forderungsrecht gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 einräume. Die Beschwerdeführerin sei demnach unbestrittenermassen Begünstigte aus der Parental Guarantee 2, nicht jedoch Vertragspartei derselben.

### **E. 4**

Das Bundesgericht hat für das Lugano-Übereinkommen zu entscheiden, ob der Beschwerdeführerin als begünstigte Dritte die Gerichtsstandsvereinbarung in einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter entgegengehalten werden kann, wenn sie ihre Forderung aus diesem Vertrag an einem anderen Forum einklagt.

#### **E. 4.1**

Art. 23 des Lugano-Übereinkommens regelt die Vereinbarung über die Zuständigkeit. Art. 23 Ziff. 1 LugÜ sieht dabei vor, dass die Parteien ("les parties"; "le parti"; "the parties") die

Zuständigkeit vereinbaren ("sont convenues"; "abbiano convenuto"; "have agreed"). Die Gerichtsstandsvereinbarung entfaltet dabei grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen den Parteien Wirkung, welche der Vereinbarung zugestimmt haben (vgl. BGE 87 I 53 E. 3b; Urteil 4A\_50/2019 vom 28. Mai 2019 E. 3.2.2; Urteil des EuGH vom 28. Juni 2017 C-436/16 Leventis Rn. 35). Die Bestimmung geht dabei davon aus, dass die Parteien der Zuständigkeitsvereinbarung mit den Parteien des Gerichtsverfahrens übereinstimmen. Ein Dritter wird in der Bestimmung nicht erwähnt. Der Wortlaut von Art. 23 LugÜ präzisiert insbesondere nicht, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung über den Kreis der ursprünglichen Vertragsparteien hinaus gegenüber einem Dritten wirkt, wie übrigens auch Art. 17 ZPO und Art. 5 IPRG die Frage der Wirkungserstreckung auf Dritte nicht adressieren.

Es stellt sich damit vorab die Frage, ob die Bestimmung von Art. 23 LugÜ die hier strittige Wirkungserstreckung regelt, sich also die Wirkung einer Zuständigkeitsvereinbarung auf Dritte bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter autonom nach dem Lugano-Übereinkommen richtet.

#### **E. 4.2**

Ein Teil der Lehre schliesst in analoger Anwendung der EuGH Entscheidung Tilly Russ (Urteil des EuGH vom 19. Juni 1984 C-71/83), dass sich auch die Frage, ob und inwieweit ein Dritter bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter an eine Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist, nicht (autonom) nach Art. 23 LugÜ beurteilt, sondern nach dem anwendbaren nationalen Recht (Peter Mankowski, in: Thomas Rauscher [Hrsg.], Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR, Band I: Brüssel Ia-VO, 5. Aufl. 2021, Rn. 237 ff. und Rn. 252 zu Art. 25 Brüssel Ia-VO; Peter F. Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 43 zu Art. 25 EuGVVO; Florian Mohs, Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen, Diss. 2006, S. 43 ff.; Yves Donzallaz, La Convention de Lugano, 1998, Rz. 6642; für die Rechtsnachfolge vgl. Laurent Killias, in: Felix Dasser / Paul Oberhammer [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen [LugÜ]. 3. Aufl. 2021, N. 177 ff. zu Art. 23 LugÜ ). Andere möchten die hier strittige Drittwirkung aus Vereinheitlichungsüberlegungen vertragsautonom entscheiden (Julia Jungermann, Die Drittwirkung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ/EuGVO und LugÜ, Diss. 2006, S. 111 ff.; wohl auch Jan Kropholler / Jan von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, N. 28 zu Art. 23 EuGVO, aber N. 66 zu Art. 23 EuGVO).

#### **E. 4.3**

Es mag zutreffen, dass eine Vereinheitlichung der Drittwirkung einer Zuständigkeitsvereinbarung auf Ebene des Lugano-Übereinkommens wünschenswert wäre (Donzallaz, a.a.O. Rz. 6643). Sie lässt sich aber im Rahmen einer Auslegung von Art. 23 LugÜ nicht verwirklichen (vgl. Daniel Girsberger, Gerichtsstandsklauseln im Konnossement: Der EuGH und der internationale Handelsbrauch, IPRax 2000, S. 87 ff., S. 90) :

Der Dritte findet keine Erwähnung im Wortlaut von Art. 23 LugÜ (oben Erwägung 4.1) und aus den erläuternden Berichten lässt sich zur hier strittigen Frage der Drittwirkung bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter keine Antwort entnehmen (vgl. zuletzt: Fausto Pocar, Erläuternder Bericht zu dem am 30. Oktober 2007 in Lugano unterzeichneten Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckbarkeit gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI EU Nr. C 319/01, Rn. 103 ff.). Auch aus einer systematischen Betrachtung der Bestimmung im Gefüge der anderen Normen lassen

sich keine Schlüsse zur Drittwirkung bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter ziehen. Schliesslich lässt sich entgegen einzelner Stimmen in der Lehre einzig aus dem allgemeinen Zweck des Abkommens, insbesondere eine Vereinheitlichung der internationalen Zuständigkeiten der Gerichte zu schaffen, nicht schliessen, dass die Bestimmung von Art. 23 LugÜ die Drittwirkung einer Zuständigkeitsvereinbarung bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter regeln würde. Kurz gesagt: Regeln betreffend die Bindung des Dritten an die Gerichtsstandsvereinbarung lassen sich der Norm von Art. 23 LugÜ nicht entnehmen (Mankowski, a.a.O., Rn. 252 zu Art. 25 Brüssel Ia-VO).

#### **E. 4.4**

Soweit die Bestimmung von Art. 23 Abs. 1 LugÜ eine Frage nicht regelt, ist auf das nationale Recht zurückzugreifen, wie es bei komplexeren vertragsrechtlichen Fragen öfters der Fall ist. So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass sich die Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ nicht autonom nach dem Lugano-Übereinkommen richtet, sondern das nach dem IPRG des Forums für anwendbar erklärte nationale Recht bzw. das nach dem Hauptvertrag anwendbare Recht gilt (Urteile 4A\_451/2014 vom 28. April 2015 E. 2.1; 4A\_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 4; 4C.163/2001 vom 7. August 2001 E. 2b). Gleich ist auch für die vorliegende Frage zu entscheiden, ob und inwieweit ein Dritter bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter an eine Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist. Auch dafür gilt das nach dem IPRG des Forums für anwendbar erklärte nationale Recht bzw. das nach dem Hauptvertrag anwendbare Recht (vgl. Mankowski, a.a.O., Rn. 239 und Rn. 252 zu Art. 25 Brüssel Ia-VO [Vertragsstatut]).

Ist der Dritte danach gebunden, kann die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ dem Dritten entgegen gehalten werden. Die Wirkung der Vereinbarung bestimmt sich insoweit wieder nach dem Lugano-Übereinkommen (vgl. Andreas Bucher, in: Andreas Bucher [Hrsg.], *Loi fédérale sur le droit international privé / Convention de Lugano*, 2011, N. 51 zu Art. 23 LugÜ ; Mohs, a.a.O., S. 44).

#### **E. 4.5**

Weil der Dritte bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter den Anspruch nach der anwendbaren Rechtsordnung regelmässig so erwirbt, wie es die Vertragsparteien ausgestaltet haben (vgl. Urteile 4A\_528/2019 vom 7. Dezember 2020 E. 3.1; 4A\_44/2011 vom 19. April 2011 E. 2.4.1; Mankowski, a.a.O., Rn. 252 zu Art. 25 Brüssel Ia-VO), äussert sich auch die Lehre im Rahmen von Art. 23 LugÜ zur hier strittigen Wirkung der Gerichtsstandsvereinbarung, ohne aber die Frage des konkret anwendbaren Rechts in diesem Zusammenhang in der Regel weiter zu konkretisieren.

So wird insoweit für die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ richtig ausgeführt, dass bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter die Parteien dem Dritten den Anspruch so einräumen können, dass dieser die zu seinen Gunsten geschaffene Forderung einzig vor dem vertraglich vereinbarten Forum einklagen kann (Mankowski, a.a.O., Rn. 386 zu Art. 25 Brüssel Ia-VO; Schlosser, a.a.O., Rn. 43 zu Art. 25 EuGVVO; Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 4. Aufl. 2020, Rn. 205 zu Art. 25 EuGVVO; Markus Müller-Chen, *Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten*, in: Wolfgang Portmann et al (Hrsg.), *Gedenkschrift für Claire Huguenin*, 2020, S. 309 ff., S. 318; Rainer Hausmann, in: Thomas Simons / Rainer Hausmann [Hrsg.], *Unalex Kommentar, Brüssel I-Verordnung*, 2012, N. 134 zu Art. 23 Brüssel I-Verordnung; Helmut

Heiss, Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten Dritter, insbesondere in Versicherungsverträgen zu ihren Gunsten, IPRax 2005, S. 497 ff., S. 497; Donzallaz, a.a.O., Rz. 6642; Patrick Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. 2000, N. 1041; Laurent Killias, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Diss. 1993, S. 248 Fn. 83; a.M. wohl Bucher, a.a.O., N. 52 zu Art. 23 LugÜ ; Hélène Gaudemet-Tallon / Marie-Elodie Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 6. Aufl. 2018, Rz. 170 S. 227; kritisch: Christian Oetiker / David Jenny, in: Christian Oetiker / Thomas Weibel [Hrsg.], *Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen*, 2. Aufl. 2016, N. 14 f. zu Art. 13 LugÜ ). Dem begünstigten Dritten wird in einer solchen Situation "nicht genommen, sondern gegeben: nämlich eine Forderung, deren (prozessuale) Durchsetzungsmöglichkeit allerdings geregelt ist" (Reinhold Geimer, *Zuständigkeitsvereinbarungen zugunsten und zu Lasten Dritter*, NJW 1985, S. 533 ff., S. 534). Es wäre auch nicht sachgerecht, wenn der Dritte die vertragliche Leistung aus dem Vertrag beanspruchen, die Wirkung der Gerichtsstandsklausel aber verweigern könnte (Müller-Chen, a.a.O, S. 318).

Insoweit wird von der herrschenden Lehre im Rahmen von Art. 23 LugÜ zu Recht geschlossen, dass die Parteien dem Dritten bei einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter den Anspruch so einräumen können, dass dieser die zu seinen Gunsten geschaffene Forderung einzig vor dem vertraglich vereinbarten Forum einklagen kann.

#### **E. 4.6**

Aus dem Lugano-Übereinkommen ergeben sich schliesslich immerhin die Formanforderungen an die Zuständigkeitsvereinbarung. Wie bei einer begünstigenden Klausel (Urteil des EuGH vom 14. Juli 1983 C-201/82 Gerling Rn. 20) müssen die Formerfordernisse aber einzig von den vereinbarenden Vertragsparteien, nicht aber durch den begünstigten Dritten beachtet werden (Steffen Klumpp, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2020*, Rn. 378 zu § 328 BGB; Peter Gottwald, in: Wolfgang Krüger / Thomas Rauscher [Hrsg.], *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 5. Aufl. 2017, Rn. 55 zu Art. 25 Brüssel Ia-VO).

#### **E. 4.7**

Vor diesem Hintergrund ist das Nichteintreten der Vorinstanz auf die Klage bezüglich der Ansprüche gegen die Beschwerdegegnerin 2 aus der Parental Guarantee 2 nicht zu beanstanden: Unbestritten ist, dass auf die Parental Guarantee 2 wie auch auf die darin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung aufgrund der Rechtswahl deutsches Recht anwendbar ist (dazu oben Erwägung 3). Die Vorinstanz erwog dazu, dass nach der "herrschenden Lehre im deutschsprachigen Raum" der begünstigte Dritte bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter an die Gerichtsstandsklausel gebunden ist. Die Vorinstanz spricht damit zwar etwas ungenau vom "Recht im deutschsprachigen Raum". Sie setzt sich aber mit der deutschen Rechtslage in Bezug auf die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung auseinander und kommt in der Sache zum Schluss, dass sich die Drittwirkung der Gerichtsstandsklausel nach dem deutschen Recht richtet und danach die Gerichtsstandsvereinbarung der klagenden Beschwerdeführerin entgegengehalten werden kann (vgl. dazu: Peter Gottwald, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl. 2019, Rn. 89 zu § 328 BGB; Klumpp, a.a.O., Rn. 377 zu § 328 BGB).

Damit setzt sich die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht hinreichend auseinander (Erwägung 2.1). Sie behauptet bloss, dass Art. 23 LugÜ verletzt ist. Sie beruft sich aber nicht darauf, dass die Vorinstanz deutsches Recht unrichtig angewandt hätte. Insbesondere

macht sie nicht geltend, dass sie als begünstigte Dritte aus dem echten Vertrag zu Gunsten Dritter nach deutschem Recht nicht an die Gerichtsstandsvereinbarung gebunden wäre, sodass dies nicht geprüft werden muss. Vielmehr ist mangels hinreichender Rüge davon auszugehen, dass nach deutschem Recht die Beschwerdeführerin als begünstigte Dritte an die Gerichtsstandsklausel gebunden ist.

Ist die Beschwerdeführerin nach deutschem Recht gebunden, kann ihr nach dem Ausgeführten die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ entgegengehalten werden. Dass die Formvorschriften durch die Beschwerdeführerin als begünstigte Dritte nicht eingehalten wurden, ist nicht entscheidend. Eine Verletzung von Art. 23 LugÜ liegt insoweit nicht vor.

#### **E. 4.8**

An diesem Ergebnis ändern auch die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts. Sie legt weder hinreichend dar (Erwägung 2.1), noch ist ersichtlich, aus welchen Gründen die generelle Gerichtsstandsvereinbarung in der Parental Guarantee 2, wonach der Gerichtsstand U.\_\_\_\_\_ sei ("Venue will be U.\_\_\_\_\_"), nur auf das Deckungs-, nicht aber auf das Leistungsverhältnis gegenüber ihr als Dritte angewandt werden sollte. Ebenso wenig zeigt sie auf, zumindest nicht hinreichend (Erwägung 2.1), warum neben dem vereinbarten, vermutungsweise ausschliesslichen Gerichtsstand in U.\_\_\_\_\_ ( Art. 23 Ziff. 1 Satz 2 LugÜ ) ein Gerichtsstand an dem von ihr behaupteten Erfüllungsort bestehen sollte.

Gleiches gilt, wenn sie sich auf eine Annexzuständigkeit in Y.\_\_\_\_\_ beruft und behauptet, dass die Vorinstanz die "bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die h.L. zu den Grundsätzen der Kompetenzattraktion" verletzt habe. Die Beschwerdeführerin setzt sich auch hier nicht hinreichend mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander (Erwägung 2.1), die ausführlich darlegte, aus welchen Gründen unter den vorliegenden Umständen des konkreten Einzelfalls eine Kompetenzattraktion nicht in Betracht komme, noch legt die Beschwerdeführerin rechtsgenügend dar, inwiefern der Vorinstanz diesbezüglich eine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen wäre. Das gilt auch, wenn sie in diesem Zusammenhang pauschal behauptet, die Ausführungen der Vorinstanz zur Kompetenzattraktion seien willkürlich im Sinne von Art. 9 BV , ohne aber hinreichend darzulegen, inwiefern der Entscheid geradezu offensichtlich unrichtig wäre (Erwägung 2.1).

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich vorbringt, eine solche Regelung sei nicht vernünftig, weil dies zur Folge habe, dass sämtliche Tochtergesellschaften der C.\_\_\_\_\_ AG für Ansprüche aus der Parental Guarantee 2 in U.\_\_\_\_\_ klagen müssten, legt sie auch hier nicht genügend dar, worin die Rechtsverletzung bestehen soll (Erwägung 2.1). Nur der Vollständigkeit halber ist ihr immerhin entgegenzuhalten, dass zumindest ihre eigene Muttergesellschaft es als vorteilhaft angesehen hat, für den Rahmenvertrag MSA und für die Parental Guarantee 2 auf die Anwendung von deutschem Recht und die Zuständigkeit an ihrem Sitz in U.\_\_\_\_\_ zu bestehen. Sie konnte in den Vertragsverhandlungen beides unbestrittenermassen gegenüber der amerikanischen Beschwerdegegnerin 2 durchsetzen.

#### **E. 4.9**

Nach dem Ausgeführten entfaltet die Gerichtsstandsklausel in der Parental Guarantee 2 gegenüber der Beschwerdeführerin als Dritte in einem echten Vertrag zu Gunsten Dritten für den vorliegenden von ihr angestrebten Prozess Wirkung. Die bernischen Gerichte sind

damit in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten vertraglichen Ansprüche aus der Parental Guarantee 2 nicht zuständig und die Vorinstanz ist darauf zu Recht mangels Zuständigkeit nicht eingetreten.

Bei dieser Sachlage braucht auf die Eventualerwägung der Vorinstanz, wonach auch keine Haftung der Beschwerdegegnerin 2 aus der Parental Guarantee 2 bestünde, und die dagegen von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen, nicht weiter eingegangen zu werden.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, dass ihr die Beschwerdegegnerin 2 aus dem Recht der einfachen Gesellschaft und subeventualiter aus erwecktem Konzernvertrauen hafte.

### **E. 5.1.1**

Zur Haftung der Beschwerdegegnerin 2 aus dem Recht der einfachen Gesellschaft erwog die Vorinstanz, dass eine Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Bern bestehe und auf den behaupteten Anspruch aus dem Recht der einfachen Gesellschaft Schweizer Recht Anwendung finde. Das wird vor Bundesgericht nicht beanstandet.

Die Vorinstanz kam in der Sache zusammengefasst zum Schluss, dass die Haftung der Beschwerdegegnerin 2 gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft ausser Betracht falle. Die Beschwerdeführerin habe eine über das übliche Mass im Konzern hinausgehende Verflechtung der Beschwerdegegnerinnen nicht beweisen können. Namentlich lägen keine Hinweise für das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages vor. Vielmehr ergebe sich aus der gewählten Struktur mit dem LSA und den entsprechenden Sicherungsgeschäften, dass die Beschwerdegegnerinnen gerade nicht als einfache Gesellschaft gegen aussen hätten auftreten wollen. Insofern mangle es an einem entsprechenden Bindungswillen der Gruppengesellschaften.

### **E. 5.1.2**

Dagegen zählt die Beschwerdeführerin verschiedenste Umstände auf und behauptet gestützt darauf, dass sie entgegen der Vorinstanz einen Rechtsbindungswillen bewiesen habe. Die Vorinstanz habe auch einzig festgehalten, dass die Mitunterzeichnung des LSA durch E. \_\_\_\_\_ keine über das im Konzern übliche Mass hinausgehende Verflechtung begründe. Die anderen Argumente habe die Vorinstanz nicht gewürdigt und damit Art. 530 ff. OR und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sowie den Sachverhalt unvollständig festgestellt.

### **E. 5.1.3**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es nicht so, dass die Vorinstanz bezüglich den mangelnden personellen Verflechtungen der Konzerngesellschaften bloss auf den Umstand der Mitunterzeichnung des LSA durch E. \_\_\_\_\_ einging. Im Gegenteil berücksichtigte die Vorinstanz in ihrer Beweiswürdigung etwa die Umstände, dass die D. \_\_\_\_\_ GmbH bei den Vertragsverhandlungen und in der Projektarbeit unterstützt wurde. Die Vorinstanz konnte darin aber keine Begründung einer einfachen Gesellschaft erblicken. Ebenso ging die Vorinstanz auf das gemeinsame Ziel des Vertriebs von Konzernprodukten ein und erwog auch hier, dass die Beschwerdeführerin eine über das übliche Mass im Konzern hinausgehende Verflechtung nicht zu beweisen vermöge.

Indem die Beschwerdeführerin die vorliegenden Umstände anders würdigt als die Vorinstanz, vermag sie nicht aufzuzeigen (Erwägung 2.1), dass es geradezu offensichtlich unrichtig wäre, als die Vorinstanz in einer Beweiswürdigung schloss, dass die Beschwerdeführerin eine über das übliche Mass hinausgehende Verflechtung nicht habe nachweisen können. Es fehlt damit für die Haftung aus dem Recht der einfachen Gesellschaft am Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages.

Da es bereits an einer vertraglichen Verbindung zwischen den Beschwerdegegnerinnen mangelt, braucht auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Haftung aus dem Recht der einfachen Gesellschaft nicht weiter eingegangen zu werden.

#### **E. 5.2.1**

Die Vorinstanz prüfte schliesslich die von der Beschwerdeführerin subeventualiter geltend gemachte Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen gegenüber der Beschwerdegegnerin 2. Auch dafür seien die Berner Gerichte zuständig und es komme Schweizer Recht zur Anwendung, was vor Bundesgericht nicht beanstandet wird.

Die Vorinstanz erwog vorab, dass die Haftung aus Konzernvertrauen nur subsidiär zur vertraglichen Haftung zur Anwendung gelange und eine vertragliche Beziehung in Form der Parental Guarantee 2 gerade bestehe. In der Folge prüfte sie dennoch die weiteren Haftungsvoraussetzungen und kam zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin 2 auch nicht gestützt auf eine Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen haften würde.

#### **E. 5.2.2**

Auch diese Erwägungen vermag die Beschwerdeführerin nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Vertrauenshaftung grundsätzlich subsidiär zur vertraglichen Haftung, gelangt also nur bei Fehlen einer solchen zur Anwendung ( BGE 131 III 377 E. 3). Hat sich das Vertrauen, aus dem eine Partei Ansprüche ableitet, in einer gültigen Vertragsbeziehung manifestiert, entfällt das Vertrauen als selbständige Haftungsgrundlage und es gelangt unmittelbar die Vertragshaftung zur Anwendung (Urteil 4A\_18/2021 vom 21. Juli 2021 E. 4.3.1; siehe zu dieser sog. Absorption der vorvertraglichen Ansprüche im Zusammenhang mit einem Vermögensverwaltungsvertrag jüngst Urteile 4A\_72/2020 vom 23. Oktober 2020 E. 5.1.3; 4A\_556/2019 vom 29. September 2020 E. 4.1.3; je mit Hinweisen).

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin zwar nicht Vertragspartei der Parental Guarantee 2, ihr wurde aber durch einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter unbestrittenermassen ein selbstständiges vertragliches Forderungsrecht gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 eingeräumt (dazu oben Erwägung 3). Ihr wurde also mit der Parental Guarantee 2 durch die Vertragsparteien ein Anspruch gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 - der Konzerngrossmutter - geschaffen, welchen die Beschwerdeführerin aus dem Institut der Konzernhaftung herleiten möchte. In einer solchen Konstellation entfällt das Vertrauen als selbständige Haftungsgrundlage, denn es hat sich das Vertrauen, aus dem die Beschwerdeführerin Ansprüche ableitet, bereits in einem gültigen vertraglichen Anspruch manifestiert. Unter diesen Umständen wird die Vertrauenshaftung in den vertraglichen Anspruch absorbiert und es bleibt für die Vertrauenshaftung kein Raum.

Dass der vertragliche Anspruch gestützt auf die Parental Guarantee 2 nicht gültig bestehen würde oder sie aus der Konzernhaftung etwas verlangen könnte, was ihr bei der Parental Guarantee 2 verwehrt wäre, wird von der Beschwerdeführerin schliesslich nicht geltend

gemacht, zumindest nicht hinreichend (Erwägung 2.1).

Es bleibt damit bei der Auffassung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführerin kein Anspruch gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 aus Konzernvertrauen zusteht.

## **E. 6**

Zusammengefasst ist der angefochtene Entscheid betreffend die Ansprüche der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 zu bestätigen. Für die Ansprüche aus der Parental Guarantee 2 besteht keine Zuständigkeit der Berner Gerichte. Die Beschwerdegegnerin 2 haftet der Beschwerdeführerin auch nicht aus dem Recht der einfachen Gesellschaft oder aus Konzernvertrauen.

## **E. 7**

In der Klage der Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegnerin 1 stützt sie sich ebenfalls vorab auf die durch Letztere abgegebene Parental Guarantee 1. Für diese Ansprüche ist die Vorinstanz unbestrittenermassen zuständig. Ebensowenig ist bestritten, dass auf die Parental Guarantee 1 aufgrund der Rechtswahl Schweizer Recht anwendbar ist.

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Vorinstanz habe die Parental Guarantee 1 zu Unrecht als Bürgschaft qualifiziert. Sie habe damit Art. 492 ff. OR bundesrechtswidrig angewandt sowie das Willkürverbot verletzt. Die Vorinstanz hätte die Parental Guarantee 1 als formfrei gültiges Sicherungsgeschäft qualifizieren müssen.

### **E. 7.1**

Vor Bundesgericht stellt sich damit die Frage der rechtlichen Qualifikation der Parental Guarantee 1.

#### **E. 7.1.1**

Grundlage für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages bildet dessen Inhalt ( BGE 144 III 43 E. 3.3; Urteil 4A\_64/2020 vom 6. August 2020 E. 5).

#### **E. 7.1.2**

In einem ersten Schritt ist damit der Inhalt des Vertrags zu bestimmen. Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich vorab nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen ( Art. 18 Abs. 1 OR ). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und Art. 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist ( BGE 144 III 93 E. 5.2.2; 132 III 268 E. 2.3.2; je mit Hinweisen).

Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung 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. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; BGE 148 III 57 E. 2.2.1; 144 III 93 E. 5.2.3; je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen ( BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 133 III 61 E. 2.2.1).

### **E. 7.1.3**

Steht der Vertragsinhalt fest, ist in einem zweiten Schritt, gestützt auf der Grundlage des festgestellten Vertragsinhalts, die Vereinbarung rechtlich einzuordnen (vgl. BGE 129 III 664 E. 3.1; Urteil 4A\_64/2020 vom 6. August 2020 E. 5). Diese rechtliche Qualifikation des Vertrages ist Rechtsfrage ( BGE 131 III 217 E. 3; 84 II 493 E. 2). Das Bundesgericht prüft die Vertragsqualifikation der Vorinstanz aufgrund der von dieser festgestellten Tatsachen (Erwägung 2.2; BGE 84 II 493 E. 2; Urteil 4A\_64/2020 vom 6. August 2020 E. 5).

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz stützte sich auf diese Rechtsprechung und stellte richtigerweise vorab den Inhalt der Parental Guarantee 1 fest.

#### **E. 7.2.1**

Sie erwog dazu, es sei kein übereinstimmender Wille der Parteien bewiesen. Das stellt die Beschwerdeführerin nicht in Frage. Die Beschwerdegegnerin 1 behauptet dagegen zwar pauschal, es bestünde ein tatsächlicher Konsens, ohne dies aber hinreichend darzulegen (Erwägung 2.1), geschweige denn rechtsgenügend aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, als sie keinen solchen Willen erkennen konnte.

#### **E. 7.2.2**

Die Vorinstanz legte in der Folge zutreffend die Parental Guarantee 1 nach dem Vertrauensprinzip aus. Sie kam zusammengefasst zum Ergebnis, in der Parental Guarantee 1 sei keine blosser Schadenersatz- bzw. Geldleistungspflicht der Beschwerdegegnerin 1 festgehalten worden. In den "Recitals" werde festgehalten, die Beschwerdeführerin benötige eine Sicherheit, dass im Falle einer Nichterfüllung durch die D.\_\_\_\_\_ GmbH die in den Verträgen genannten Leistungen und Verpflichtungen dennoch erbracht würden ("[...] such services and obligations set out in the Agreement will nevertheless be performed"). Die Sicherheit der Beschwerdegegnerin 1 ziele in erster Linie auf die Erfüllung der vertraglichen Leistungen der D.\_\_\_\_\_ GmbH gemäss LSA. Diese umfassten indessen eine Reihe von Haupt- und Nebenpflichten; denkbar seien dabei auch Ersatzforderungen in Folge von Vertragsverletzungen. Primäre Vertragspartnerin der Beschwerdeführerin sei bei dieser Ausgestaltung des Vertrages die D.\_\_\_\_\_ GmbH geblieben. Die Beschwerdeführerin 1 sollte nur dann zur Leistung verpflichtet werden können, wenn die D.\_\_\_\_\_ GmbH nach einer Nachfrist und trotz angemessener Anstrengungen der Beschwerdeführerin nicht geleistet habe. Die Vertragsauslegung ergebe somit, dass im Rahmen der Parental Guarantee primär die Erfüllung der Hauptleistungen gemäss LSA sichergestellt worden sei, soweit die D.\_\_\_\_\_ GmbH nicht innert einer Frist von 30 Tagen seit schriftlicher Ermahnung selbst erfülle.

#### **E. 7.2.3**

Diese Auslegung nach dem Vertrauensprinzip stellt die Beschwerdeführerin nicht in Frage. Die Beschwerdegegnerin 1 behauptet, das Verhalten der Beschwerdeführerin nach Vertragsschluss gebe Aufschluss über ihr ursprüngliches Verständnis. So habe die Beschwerdeführerin eine Klage auf Geldleistung eingereicht und sie habe vorab explizit die Bezahlung von Schadenersatz gefordert. Damit sei belegt, dass die Parental Guarantee 1 von beiden Parteien als "Grundlage für einen Geldanspruch" verstanden worden sei. Mit diesen pauschalen Vorbringen setzt sich die Beschwerdegegnerin 1 nicht hinreichend mit den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander (Erwägung 2.1), noch zeigt sie

damit eine Bundesrechtsverletzung auf, ist doch das nachträgliche Parteiverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung (dazu oben Erwägung 7.1.2).

Die Beschwerdegegnerin 1 behauptet sodann, dass sich die Auffassung der Vorinstanz dem Wortlaut der Parental Guarantee 1 nicht entnehmen lasse. Auch hier setzt sie sich nicht mit den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander (Erwägung 2.1). Diese ging ausführlich auf den Wortlaut der Bestimmung ein und legte diesen im Gesamtzusammenhang der vorliegenden Umstände aus. Aus welchen Gründen sich die Auffassung der Vorinstanz nicht auf den Wortlaut der Parental Guarantee 1 stützen liesse, wird von der Beschwerdegegnerin 1 mit ihren pauschalen Vorwürfen nicht hinreichend dargetan, und ist im Übrigen auch nicht ersichtlich.

Die Vorinstanz ging in ihrer Vertragsauslegung auch auf den Umstand ein, dass die Beschwerdeführerin aus datenschutztechnischen Gründen auf eine Vertragspartnerin mit Sitz in der Schweiz angewiesen war. Sie legte aber ebenfalls dar, warum dies unter den vorliegenden Umständen am Auslegungsergebnis nichts ändere. Auch damit setzt sich die Beschwerdegegnerin 1 nicht auseinander, zumindest nicht rechtsgenügend (Erwägung 2.1), indem sie bloss behauptet, dass es auf "die Persönlichkeit der Schuldnerin" angekommen und jede andere Person als die D. \_\_\_\_\_ GmbH von einer Realerfüllung ausgeschlossen sei. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern es sich unter den vorliegenden Umständen beim Aufbau des geplanten IT-Projekts um eine persönliche Leistung der D. \_\_\_\_\_ GmbH gehandelt haben sollte.

#### **E. 7.2.4**

Es bleibt damit beim Auslegungsergebnis der Vorinstanz, wonach mit der Parental Guarantee 1 primär die Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungen gemäss LSA durch die Beschwerdegegnerin 1 versprochen wurde, sofern die D. \_\_\_\_\_ GmbH nicht erfüllte.

#### **E. 7.3.1**

Gestützt auf diesen Vertragsinhalt qualifizierte die Vorinstanz die Parental Guarantee 1. Sie erwog, soweit die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin 1 die Erfüllung der Hauptleistung verlangt hätte, wäre nicht das Bürgschaftsrecht zur Anwendung gekommen. Nachdem die D. \_\_\_\_\_ GmbH auf entsprechende Aufforderung hin nicht erfüllt habe, habe die Beschwerdeführerin auf die Erfüllung der Hauptleistung verzichtet und gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 Schadenersatz in Form des positiven Vertragsinteresses gefordert. Die Beschwerdeführerin nehme die Beschwerdegegnerin 1 damit für den Ausfall einer behaupteten Geldforderung (Schadenersatz) in Anspruch, welche die D. \_\_\_\_\_ GmbH schulden würde. Gesichert werde insofern eine Geldforderung, für welche die Beschwerdegegnerin 1 ebenfalls mit Geld einstehen solle. Soll für eine Forderung mit Geld eingestanden werden, finde primär Bürgschaftsrecht Anwendung, wenn die Voraussetzungen der Bürgschaft gegeben seien, selbst wenn die Promittentin auch für Sachleistungen hätte in Anspruch genommen werden können. Im vorliegenden Fall schliesse deshalb der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin 1 je nach Konstellation auch zur Erfüllung einer Dienstleistung hätte angehalten werden können, die Anwendung des Bürgschaftsrechts nicht aus. Das Leistungsversprechen der Beschwerdegegnerin 1 weise somit klaren Bürgschaftscharakter auf. Es liege demnach eine Bürgschaft im Sinne von Art. 492 ff. OR vor.

#### **E. 7.3.2**

Diese Erwägungen weist die Beschwerdeführerin zutreffend als bundesrechtswidrig aus: Die Parental Guarantee 1 ist gestützt auf den festgestellten Vertragsinhalt rechtlich einzuordnen (Erwägung 7.1.1). Dies ist bei der vorliegend anwendbaren Auslegung nach dem Vertrauensprinzip der Inhalt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Das nachträgliche Partieverhalten ist damit für den Inhalt des Vertrages und für dessen Qualifikation ohne Bedeutung (Erwägung 7.1.2). Die Vertragsqualifikation kann entsprechend nicht davon abhängen, wie sich die Beschwerdeführerin nach Vertragsschluss verhält. Insbesondere kann es nicht darauf ankommen, wie die Beschwerdeführerin im Falle der Nichterfüllung der gesicherten Leistung reagiert, d.h. ob sie im Falle der Nichterfüllung an der Realerfüllung gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 festhält oder aber auf die Leistung verzichtet und stattdessen Schadenersatz verlangt. Die Auffassung der Vorinstanz führte dazu, dass die Parental Guarantee 1 nicht als Bürgschaft zu qualifizieren wäre, solange die Beschwerdeführerin an der Realerfüllung der Leistungen festhielte, die Vereinbarung aber plötzlich zu einer Bürgschaft würde, sobald die Beschwerdeführerin Schadenersatz als Sekundärleistung forderte. Damit verkennt die Vorinstanz die bundesrechtlichen Vorgaben zur Qualifikation eines Vertrages.

#### **E. 7.4**

Zu prüfen bleibt, ob die Parental Guarantee 1 gestützt auf den festgestellten Vertragsinhalt als Bürgschaft zu qualifizieren ist.

##### **E. 7.4.1**

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen ( Art. 492 Abs. 1 OR ). Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus ( Art. 492 Abs. 2 Satz 1 OR ). Die Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe des zahlungsmässig bestimmten Höchstbetrages seiner Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst ( Art. 493 Abs. 1 OR ). Die Bürgschaft sichert die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages ( BGE 138 III 453 E. 2.2.1; 129 III 702 E. 2.1; Urteil 4A\_24/2020 vom 26. Mai 2020 E. 4.2.1 mit weiteren Hinweisen). Der in Anspruch genommene Bürge erfüllt dabei nicht die Schuld des Hauptschuldners, sondern seine eigene, auf dem Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger beruhende Verpflichtung, die auf Ersatzleistung im Falle des Ausbleibens der Leistung des Hauptschuldners geht ( BGE 70 II 271 E. 4 S. 273).

Die vom Bürgen geschuldete Ersatzleistung besteht immer in der Bezahlung eines Geldbetrages ( Art. 493 Abs. 4 und Art. 499 Abs. 1 OR ; Philippe Meier, in: Luc Thévenoz / Franz Werro [Hrsg.], Commentaire Romand, Code des obligations I, 3. Aufl. 2021, N. 2 zu Art. 492 OR ; Georges Scyboz, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, 1979, S. 363; Karl Anderegg, Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht, Diss. 1943, S. 11). Leistungsgegenstand des Bürgen ist somit Geld, nicht etwa die Leistung, die der Hauptschuldner zu bringen hat (Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1945, N. 6 und N. 15 zu Art. 492 OR ; Scyboz, a.a.O., S. 362). Die Leistung des Bürgen bleibt dabei eine Geldleistungspflicht selbst wenn die Hauptleistung eine Sachleistung oder eine persönliche Leistung zum Gegenstand hat (Meier, a.a.O., N. 2 zu Art. 492 OR ; Marine Haldy, Garanties personnelles privées, Diss. 2022, S. 30; Hüseyin Murat Develioglu, Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Diss. 2006, Rz. 600).

Vereinbaren die Parteien die ausschliessliche Pflicht des Bürgen zur Erbringung der Hauptschuld, liegt keine Bürgschaft vor (Oser/Schönenberger, a.a.O., N. 17 und N. 63 zu Art. 492 OR ; Friedrich Schulthess, Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht, ZSR 44 [1925], S. 63 ff., S. 73 f.). Bei einem solchen Vertrag kann es sich etwa um eine kumulative Schuldübernahme (Oser/Schönenberger, a.a.O., N. 17 und N. 63 zu Art. 492 OR ) oder um eine Garantie ( Art. 111 OR ) handeln, bei welcher die Parteien etwa vereinbaren können, dass der Promittent an Stelle des gesetzlich vorgesehenen Schadenersatzes die Leistung in natura erbringt (Peter Gauch / Walter R. Schlupe / Jörg Schmid / Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2020, Rz. 3932; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl. 1997, S. 430).

#### **E. 7.4.2**

Im vorliegenden Fall ergab die Auslegung der Parental Guarantee 1 nach dem Vertrauensprinzip, dass die Beschwerdeführerin 1 die Erfüllung der Hauptleistungen gemäss LSA sicherstellt, sofern die D. \_\_\_\_\_ GmbH nicht innert einer Frist von 30 Tagen seit schriftlicher Ermahnung selbst erfüllt (oben Erwägung 7.2.4). Vereinbart war damit nicht die Leistung einer (blossen) Geldschuld durch die Beschwerdegegnerin 1, wenn die D. \_\_\_\_\_ GmbH nicht leistete. Die Beschwerdegegnerin 1 versprach vielmehr den Vertrag mit der Beschwerdeführerin selbst zu erfüllen, falls die D. \_\_\_\_\_ GmbH ihren Verpflichtungen nicht nachkommen sollte. Es kann damit keine Bürgschaft vorliegen, denn die vom Bürgen geschuldete Ersatzleistung besteht immer in der Bezahlung eines Geldbetrages.

Nach dem Ausgeführten qualifizierte die Vorinstanz die Parental Guarantee 1 zu Unrecht als Bürgschaft. Das Bürgschaftsrecht, und damit auch dessen Formvorschriften kommen für die Parental Guarantee 1 nicht zur Anwendung.

Bei dieser Sachlage braucht auf die weiteren von den Parteien vorgebrachten Umstände, die ihrer Auffassung nach für oder gegen die Anwendung des Bürgschaftsrechts sprechen, nicht weiter eingegangen zu werden. Ebensovienig braucht beurteilt zu werden, ob die Parteien die "Möglichkeit einer Bürgschaft" verwarfen oder ob die Parental Guarantee 1 Bedingung für den Abschluss des LSA war.

#### **E. 7.5**

Die Beschwerdeführerin stellt sich in der Folge auf den Standpunkt, dass die Parental Guarantee 1 als ein formfrei gültiges Sicherungsgeschäft zu qualifizieren sei, nämlich entweder als bürgschaftsähnliche Garantie oder als kumulative Schuldübernahme. Ob ein Garantievertrag oder eine kumulative Schuldübernahme vorliege, könne jedoch offengelassen werden, da das Ergebnis dasselbe sei, nämlich die Haftung der Beschwerdegegnerin 1 gegenüber der Beschwerdeführerin auf das positive Vertragsinteresse.

Dagegen beharrt die Beschwerdegegnerin 1 vor Bundesgericht bloss auf ihrem Standpunkt, dass die Parental Guarantee 1 von der Vorinstanz zutreffend als formnichtige Bürgschaft qualifiziert worden sei. Es sei irrelevant, ob es grundsätzlich zulässig gewesen wäre, eine formfrei gültige Garantie oder ein anderes Sicherungsgeschäft abzuschliessen. Für den Fall, dass die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht mit ihrem Standpunkt durchdringt, äussert sie sich nicht, zumindest nicht hinreichend (Erwägung 2.1). Insbesondere weist sie den Standpunkt der Beschwerdeführerin, dass die Qualifikation der Parental Guarantee 1 als

Garantie oder Schuldübernahme nicht relevant sei, nicht als unrichtig aus, noch macht sie geltend, dass die Garantie oder kumulative Schuldübernahme (form) ungültig wären. Unter diesen Umständen kann die Qualifikation der Parental Guarantee 1 als Garantie oder Schuldübernahme offen bleiben (so bereits: BGE 81 II 520 E. 4; 101 II 323 E. 1d). Das Ergebnis ist im vorliegenden Fall dasselbe, nämlich eine grundsätzliche Haftung der Beschwerdegegnerin 1 gegenüber der Beschwerdeführerin.

#### **E. 7.6**

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz haftet die Beschwerdegegnerin 1 damit grundsätzlich aus der Parental Guarantee 1. Insoweit ist der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben.

Da die Vorinstanz das Verfahren unter anderem auf die Frage der Haftungsgrundlage beschränkte, fehlen in der vorinstanzlichen Entscheidung die Sachverhaltselemente, welche dem Bundesgericht einen reformatorischen Entscheid erlauben würden, weshalb die Beschwerdeführerin in ihrem Hauptbegehren zutreffend einen Rückweisungsantrag stellte. Die Sache wird insoweit zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **E. 7.7**

Da nach dem Ausgeführten die Beschwerdegegnerin 1 grundsätzlich aus der Parental Guarantee 1 haftet, bleibt kein Raum für das Eventual- und Subeventualbegehren (Haftung aus dem Recht der einfachen Gesellschaft und Haftung aus Konzernvertrauen). Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin ist nicht einzutreten.

#### **E. 8**

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde bezüglich der grundsätzlichen Haftung der Beschwerdegegnerin 1 aus der Parental Guarantee 1 gutzuheissen. Der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 6. Februar 2022 (HG 18 53), Dispositivziffer 2, wird aufgehoben, soweit er den Anspruch gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 (Beklagte 2 im vorinstanzlichen Verfahren) betrifft. Die Sache ist bezüglich der Haftung der Beschwerdegegnerin 1 aus der Parental Guarantee 1 zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auf die Beschwerde bezüglich der weiteren, eventualiter und subeventualiter geltend gemachten Ansprüche gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 (Haftung aus Konzernvertrauen und dem Recht der einfachen Gesellschaft) wird nicht eingetreten.

Die Beschwerde bezüglich der Ansprüche gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird (keine Zuständigkeit bezüglich der Ansprüche aus der Parental Guarantee 2, keine Haftung aus Konzernvertrauen und dem Recht der einfachen Gesellschaft).

Da die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens für beide Klagen zusammengefasst abschliessend regelte, das Verfahren gegen die Beschwerdegegnerin 1 aber fortzuführen ist, wird die Vorinstanz auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu regeln haben (vgl. Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG).

#### **E. 9**

Nach dem Gesagten obsiegt die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin 1, unterliegt hingegen gegenüber der Beschwerdegegnerin 2.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die Gerichtskosten je hälftig der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 1 als unterliegende Parteien auferlegt ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdegegnerin 1 wird gegenüber der Beschwerdeführerin entschädigungspflichtig, und die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.