

# **BGer 4A 477/2017 vom 11. Januar 2018**

Bundesgericht, 2018-01-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_477\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_477_2017)

FR: TF 4A 477/2017 du 11 janvier 2018

IT: TF 4A 477/2017 del 11 gennaio 2018

## **Regeste**

Forderung | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das eine Zivilrechtsstreitigkeit ( Art. 72 BGG ) als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige Instanz entschieden hat ( Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen nicht vollständig durchgedrungen ( Art. 76 BGG ), eine Streitwertgrenze besteht nicht ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69 ) und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG ). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdegegnerin rügt in der Antwort eventualiter, der Beschwerdeführerin sei die Entschädigung aus Bauherrentreuhand zu Unrecht zugesprochen worden. Mit diesem Vorbringen kann sie nicht gehört werden. Sie hat selbst keine Beschwerde eingereicht und eine Anschlussbeschwerde ist nicht zulässig ( BGE 134 III 332 E. 2.5, vgl. auch BGE 138 V 106 E. 2.1 ; 137 I 86 E. 8.2 ). Die Beschwerdegegnerin bringt zwar an sich zutreffend vor, dass der Gegenpartei im Beschwerdeverfahren unbenommen ist, den angefochtenen Entscheid mit zulässigen Rügen gegen Gründe zu unterstützen, welche die Vorinstanz verworfen hat, für den Fall, dass sich die Beschwerde begründet erweist ( BGE 136 III 502 E. 6.2, vgl. auch BGE 140 III 456 E. 2.2.2 mit Hinweisen ). Derartige Vorbringen haben sich jedoch im Rahmen des Streitgegenstandes des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht zu halten. Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren bildet vorliegend ausschliesslich die eingeklagte finanzielle Beteiligung der Beschwerdeführerin nach Erklärung der Kündigung. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Abweisung ihrer Forderung auf Platzierungskommission für die Kapitalerhöhung vom Oktober/November 2013 sowie gegen die Abweisung ihrer Forderung aus Verwaltungskommission und aus Bauherren-Entschädigung für das vierte Quartal 2013. Auch wenn das Vertragsverhältnis unbestritten gesamtheitlich zu qualifizieren ist, bildet Streitgegenstand damit die Gültigkeit der Vertragskündigung vom 12. September 2013 und deren Folgen. Forderungen der Beschwerdeführerin für die Zeit vor der Erklärung der Kündigung durch die Beschwerdegegnerin am 12. September 2013 bilden nicht Gegenstand der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin ist mit ihrer Eventualbegründung in der Antwort nicht zu hören.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt mehrfach, der Sachverhalt sei offensichtlich falsch oder unvollständig festgestellt.

### **E. 3.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). 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 ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18; 136 II 508 E. 1.2; 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 462 E. 2.4; je mit Hinweisen). Soweit sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2. S. 90 mit Hinweisen). In jedem Fall ist auszuweisen, dass die gerügte Feststellung für den Ausgang des Verfahrens erheblich ist ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Verweisen). Soweit die Rügen diesen Anforderungen nicht genügen, ist darauf nicht einzutreten.

### **E. 3.2**

Soweit die Beschwerdeführerin zunächst den Sachverhalt aus ihrer Sicht zusammenfasst, sind der Beschwerde keine Rügen zu entnehmen. Auch soweit sie ihre Beanstandungen alternativ auf Rechts- oder Sachverhaltsfragen bezieht oder - im Sinne einer appellatorischen Kritik - ihre Sachverhaltsrügen im Rahmen ihrer rechtlichen Einordnung vorträgt, verkennt sie die Anforderungen an formelle Sachverhaltsrügen in diesem Verfahren. Dies gilt namentlich für die Rügen gegen die Verneinung eines von den Parteien gemeinsam verfolgten Zwecks. Auch ist der Begründung der Beschwerde etwa nicht zu entnehmen, inwiefern sich aus den von der Vorinstanz angeführten Vertragsklauseln der Schluss in sachlich vertretbarer Weise nicht ergeben könnte, dass die Beschwerdeführerin ihre Arbeit selbständig organisierte und diese auf fremde Rechnung erbrachte. Auch wenn zutrifft, dass sich in Ziffer 2.8 des Term Sheets - Anlage 3 zur Dienstleistungsvereinbarung - beide Parteien zur sorgfältigen Ausführung der von ihnen zu erbringenden Dienstleistungen verpflichten, ist dies jedenfalls in Ziffer 7 des Platzierungsvertrags ausdrücklich (nur) für die Beschwerdeführerin statuiert. Die Rügen entbehren gehöriger Begründung, soweit offensichtlich falsche Feststellungen geltend gemacht werden.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das Vertragsverhältnis zu Unrecht als Auftrag und nicht als einfache Gesellschaft, eventuell als Innominatvertrag qualifiziert.

#### **E. 4.1**

Gesellschaft ist nach Art. 530 Abs. 1 OR die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Schliessen sich nur zwei Personen zusammen oder werden Rechte und Pflichten ungleich geregelt, so kann die Abgrenzung zu synallagmatischen Verträgen schwierig sein. Weder ein Interesse beider Parteien am Erfolg noch die Vereinbarung einer

Gewinnbeteiligung machen jedoch den Vertrag zur einfachen Gesellschaft, wenn das Hauptinteresse der Parteien unterschiedlich ist ( BGE 104 II 108 E. 2 S. 112, vgl. auch Urteile 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.1; 4C.30/2007 vom 16. April 2007 E. 4.1). Wesentlich ist vielmehr ein gemeinsames Hauptinteresse, an das beide Parteien gleichberechtigt beitragen, wobei sich eine ungleiche Stellung wie namentlich eine Weisungsgebundenheit der einen Partei nicht mit einem Gesellschaftsvertrag verträgt ( BGE 104 II 108 E. 2 S. 113 mit Verweis).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid ausgeführt, dass die Parteien ihre Verträge, die sie am 13. Februar 2011 schriftlich abgefasst haben, mehrfach (und teils ausdrücklich "im Sinne von Art. 394 ff. OR ") als "Auftrag" bezeichnen, während in keinem der Dokumente von "einfacher Gesellschaft" die Rede ist. Sie hat in Bezug auf die wesentlichen Typenmerkmale des Auftrags beigefügt, dass sich die Klägerin verpflichtet, Anteile des Fonds zu platzieren und weitere Dienstleistungen (Suche nach Immobilien, Unterstützung der Fondsleitung beim Verkauf und bei der Wahrnehmung der Bauherrentreuhand) zu erbringen. Die Vorinstanz hat mit Verweis auf Ziffer 7 des Platzierungsvertrags (KB 2) und Ziffer 2.8 der Anlage 3 (Term Sheet) zur Dienstleistungsvereinbarung (KB 3) festgehalten, dass sich die Beschwerdeführerin zur sorgfältigen Ausführung verpflichtet. Sie hat zudem unter Verweis auf Ziffern 2.2 bis 2.6 des Platzierungsvertrags (KB 2), auf Ziffer 2 der Dienstleistungsvereinbarung (KB 3) und Ziffer 2.2 der Anlage 3 (Term Sheet) dazu festgehalten, die Klägerin sei organisatorisch selbständig und handle auf fremde Rechnung. Die Vorinstanz hat sodann die Qualifikation als einfache Gesellschaft abgelehnt mit der Begründung, ein gemeinsamer Zweck, der über das durch die Gewinnbeteiligung gesteigerte Interesse am Erfolg oder an der richtigen Vertragserfüllung hinausgehe, sei nicht ersichtlich. Sodann werde eine gemeinsame Beschlussfassung durch die Vorschriften des Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagegesetz, KAG; SR 951.31) ausgeschlossen. Danach dürfe die Fondsleitung Anlageentscheide nur an Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen delegieren, die einer anerkannten Aufsicht unterstehen; dies sei tatsächlich so gehandhabt worden, da Entscheide von der Beklagten gefällt wurden, ohne dass der Klägerin ein Mitspracherecht zugestanden wäre. Schliesslich hätten die Parteien ausdrücklich vereinbart, dass der Platzierungsvertrag als Auftrag zu verstehen sei, womit den Vorgaben der Eidgenössischen Steuerverwaltung für die Ausnahme der Vertriebsentschädigung von der Mehrwertsteuer entsprochen werde.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin will den im angefochtenen Entscheid festgestellten Sachverhalt mit zahlreichen Feststellungen ergänzen. Darauf kann zum Vorneherein nicht eingetreten werden, soweit nicht mit Aktenhinweisen nachgewiesen wird, dass entsprechende Behauptungen schon vor Vorinstanz aufgestellt und zum Beweis verstellt worden sind. Im Übrigen ist darauf höchstens insoweit einzugehen, als wenigstens sinngemäss in Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid aufgezeigt wird, inwiefern die zu ergänzenden Tatsachen für den Ausgang des Verfahrens erheblich sein können, d.h. das von der Beschwerdeführerin angestrebte Ergebnis stützen. Insofern genügt im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht, einfach Umstände aufzuführen, welche aus Sicht der Beschwerdeführerin für eine andere Vertragsqualifikation sprechen oder zu behaupten, die Vorinstanz hätte etwas prüfen müssen. So hat die Vorinstanz berücksichtigt, dass die

Klägerin die Idee hatte, einen schweizerischen Immobilienfonds mit nachhaltigen Immobilien zu lancieren und dass sie zu diesem Zweck mit der Beklagten Kontakt aufnahm, die über die erforderliche Bewilligung verfügt. Inwiefern jedoch die Art der Zusammenarbeit der Parteien vor dem Abschluss der schriftlichen Verträge im Februar 2011 deren Inhalt hätte bestimmen können, ohne dass dies schriftlich so vereinbart wurde, ist der Beschwerde nicht zu entnehmen.

#### **E. 4.4**

Den gemeinsamen Zweck, den die Parteien nach Ansicht der Beschwerdeführerin als Gesellschafter verfolgt, bezeichnet sie nicht ausdrücklich. Sie hat jedoch auf die Gründung eines Immobilienfonds hingewirkt, hat dessen Logo und Bezeichnung geschaffen. Nach der Einrichtung dieses Fonds war das gemeinsame Interesse der Vertragsparteien auf die erfolgreiche Entwicklung und Verwaltung des Fondsvermögens gerichtet; dass aber die Parteien die Leitung des Immobilienfonds mit gemeinsamen Kräften und Mitteln betrieben hätten, liesse sich nur sagen, wenn in dieser Hinsicht auch ihre Rechte und Pflichten im Verhältnis gegenüber Dritten gleich gewesen wären ( BGE 104 II 108 E. 2 S. 113; 83 II 32 E. 1c). Dies hat die Vorinstanz hauptsächlich in der Erwägung verneint, dass das KAG eine gemeinsame Verantwortung ausschliesse, nachdem die Beschwerdeführerin keiner anerkannten Aufsicht unterstehe. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin nichts ein. Insbesondere ändert an der ungleichen Stellung der Vertragsparteien im Verhältnis zu Dritten nichts, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen eines Beirates in interne Entscheide über die Entwicklung und den Betrieb des Fonds eingebunden war, dass sie Unterlagen für den FINMA-Bewilligungsprozess beibrachte, an der Beschlussfassung über die Bestimmung der Depotbank beteiligt war etc.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie das Vertragsverhältnis der Parteien als Auftrag qualifizierte. Soweit sie dabei auf ihre Rügen in kantonalen Rechtsschriften verweist, ist sie nicht zu hören ( BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2 S. 116; 133 II 396 E. 3.3 S. 400). Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass der Wortlaut der Verträge - die in Kenntnis der bisherigen Zusammenarbeit von juristisch beratenen, geschäftserfahrenen Parteien redigiert wurden - für einen Auftrag spricht. Die Vorinstanz hat überdies ohne Bundesrechtsverletzung erkannt, dass die vereinbarte Gewinnbeteiligung der Beschwerdeführerin für eine einfache Gesellschaft nicht genügt; angesichts der gesetzlichen Verantwortung der Beschwerdegegnerin als Fondsleitung hat sie zutreffend ausgeschlossen, dass das gemeinsame Interesse am Erfolg des Immobilienfonds als gemeinsamer Zweck einer einfachen Gesellschaft unter den Parteien qualifiziert werden kann. Im Übrigen ist der Beschwerde nicht zu entnehmen, mit welchem Inhalt angeblich ein Innominatvertrag, namentlich ein kündbarer Vertriebsvertrag, zustande gekommen sein soll. Die Rüge ist unbegründet, dass die Vorinstanz mit der Qualifikation des Vertragsverhältnisses als einfachen Auftrag Bundesrecht verletzt habe.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Kündigung des Auftrags durch die Beschwerdegegnerin am 12. September 2013 in Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. ihres Rechts auf Beweis nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert und sie habe Ziffer 2.2 des Platzierungsvertrags falsch ausgelegt, indem sie den Nachweis eines Kausalzusammenhangs der Akquisitions-Bemühungen der Klägerin verlangt habe. Denn

sie habe substantiiert vorgebracht, dass sie schon vor dem 12. September 2013 massgebliche Bemühungen für die Akquisition von Kunden geleistet habe.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz stellt fest, dass die Parteien in Ziffer 8 des Platzierungsvertrags (KB 2) und Ziffer 9 des Dienstleistungsvertrags (KB 3) Bestimmungen zur Dauer (bis Ende 2015) und zur ordentlichen Kündigung (auf Jahresende mit einer 12-monatigen Frist) und zur ausserordentlichen Kündigung vereinbart haben. Angesichts der zwingenden Natur von Art. 404 OR kommt die Vorinstanz indes zum Schluss, dass die mit Schreiben vom 12. September 2013 per 30. September 2013 erklärte Kündigung gültig ist. Die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung verneint das Handelsgericht in der Erwägung, eine unlautere Strategie der Beschwerdegegnerin weise diese zurück mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe ihre Versprechen nicht gehalten, und die Kündigung sei auch nicht kurz nach Vertragsschluss, sondern nach einigen Jahren Laufzeit erfolgt. Da die Kündigung per 30. September 2013 gültig sei, verneint die Vorinstanz trotz gewisser von der Beschwerdeführerin geleisteter Vorarbeiten den Anspruch auf die Platzierungskommission, weil die Zeichnungsfrist für die Kapitalerhöhung erst vom 28. Oktober 2013 bis zum 8. November 2013 lief und die tatsächliche Platzierung erst im November 2013 erfolgte. Denn zum Zeitpunkt der Vorarbeiten waren nach den Darlegungen der Vorinstanz die definitiven Konditionen der Kapitalerhöhung noch unbekannt und es konnten keine Verpflichtungen eingegangen werden. Für blosser Akquisitionsbemühungen stehe aber der Klägerin kein Anspruch auf Entschädigung zu. Schliesslich bezeichnete die Vorinstanz als unklar, ob sich die Beschwerdeführerin auf eine Kündigung zur Unzeit berufe. Sie hielt indes fest, dass die Beschwerdeführerin für diesen Fall unterlassen habe, ihren Schaden zu substantiieren.

### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe ihre sämtlichen Vorbringen zum Thema des Rechtsmissbrauchs und die offenkundige Beweislage ignoriert und ihren Editionsantrag abgewiesen, mit dem sie hätte beweisen wollen, dass die Kündigung durch die Beschwerdegegnerin aus eigenen finanziellen Beweggründen erfolgt sei und dass diese absichtlich das Zwischenergebnis der Bemühungen der Beschwerdeführerin um die Kapitalerhöhung nicht abgewartet habe. Inwiefern das Vorgehen der Beschwerdegegnerin konkret gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen haben soll, ergibt sich allerdings aus diesen Vorbringen nicht, denn Verweise auf Begründungen in den Vorakten sind unbeachtlich ( BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2 S. 116; 133 II 396 E. 3.3 S. 400). Die allgemeine Behauptung widersprüchlichen Verhaltens der Beschwerdegegnerin oder widersprüchlicher Begründung der Kündigung im Verfahren lässt nicht erkennen, mit welchen konkreten Umständen die Beschwerdeführerin die angebliche rechtsmissbräuchliche Kündigung behauptete. Aus der Begründung in der Rechtsschrift der Beschwerdeführerin ergibt sich nicht, welche konkreten, für die Frage des Rechtsmissbrauchs erheblichen Umstände sie mit den von der Vorinstanz nicht abgenommenen oder nicht gewürdigten Beweisen hätte beweisen wollen. Auf die Rüge ist daher nicht einzutreten.

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Vorinstanz habe ihre neue rechtliche Argumentation nach Aktenschluss in Verletzung von Bundesrecht nicht berücksichtigt,

wonach sie gemäss Ziffer 2.2 und Ziffer 4.6 des Platzierungsvertrags (KB 2) auch dann Anspruch auf die vertragliche Platzierungskommission habe, wenn die Vertragskündigung per 30. September 2013 gültig sei. Sie macht insofern mit Aktenhinweisen geltend (Rz 50), sie habe rechtzeitig behauptet und zum Beweis verstellt, dass die Kapitalerhöhung in einer Beiratssitzung vom 12. August 2013 beschlossen worden sei und dass danach nicht nur sie, sondern auch die Beschwerdegegnerin unter Beizug der Bank D. \_\_\_\_\_ vor der Vertragsbeendigung mit der Akquisition für die Kapitalerhöhung begonnen und umfangreiche Bemühungen aufgenommen hätten. Da die Bank D. \_\_\_\_\_ von der Beschwerdegegnerin unter Verletzung des Exklusivrechts der Klägerin gemäss Ziffer 4.6 des Platzierungsvertrags beigezogen worden sei, finde Ziffer 2.2 dieses Vertrags auf die nach Vertragsbeendigung durchgeführten Platzierungen Anwendung. Den vorinstanzlichen Feststellungen ist in der Tat nichts zum Vorbringen zu entnehmen, dass die Kapitalerhöhung bereits am 12. August 2013 beschlossen worden sei und beide Parteien - die Beschwerdegegnerin nach der Behauptung der Beschwerdeführerin unter vertragswidrigem Beizug der Bank D. \_\_\_\_\_ - danach mit Platzierungsbemühungen begonnen hätten. Träfe das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu, dass nach der Vereinbarung der Parteien mit der Platzierung schon ab Mitte August 2013 begonnen wurde, könnten die Vorarbeiten der Beschwerdeführerin entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin in der Antwort nicht als blosse "soft commitments" bezeichnet werden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt begründet. Die Vorinstanz wird zu prüfen haben, ob die Beschwerdeführerin gemäss Ziffern 2.2 und 4.6 des Platzierungsvertrags Anspruch auf die Platzierungskommission hat für den Fall, dass die Platzierung vor Vertragskündigung beschlossen und von beiden Parteien nach dem internen Beschluss betrieben wurde.

#### **E. 5.4**

Im Übrigen rügt die Beschwerdeführerin nicht, die Vorinstanz habe mit der Abweisung ihrer Forderungen auf Verwaltungskommission und Entschädigung für Bauherrentreuhand für das vierte Quartal 2013 Bundesrecht verletzt für den Fall, dass der Vertrag als Auftrag zu qualifizieren ist. Insoweit ist die Beschwerde unbegründet.

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids ist insoweit aufzuheben, als die Klage in Bezug auf die Forderung von Fr. 516'030.-- aus Platzierungskommission abgewiesen wird und die Sache ist zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem sind Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids aufzuheben; die Vorinstanz wird über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens erneut zu befinden haben. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Angesichts des Verfahrensausgangs rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte zu auferlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und keine Parteientschädigungen zu sprechen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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