

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.20 vom 24. August 2018

BS Appellationsgericht, 2018-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.20

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.20 du 24 août 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.20 del 24 agosto 2018

Erwägungen

E. 1

unter Vorbehalt eines Ausschlusses gemäss Art. 2 oder 6 CISG diesem Übereinkommen unterstanden. Die Berufungsbeklagte hatte deshalb Anlass, die tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Ausschlusses im erstinstanzlichen Verfahren zu behaupten und zu beweisen. Somit handelt es sich bei den erwähnten Behauptungen der Berufungsbeklagten um unbeachtliche Noven (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, wäre ein Ausschluss der Anwendbarkeit des CISG aber auch dann zu verneinen, wenn diese Behauptungen berücksichtigt würden. Die Berufungsbeklagte verweist auch auf Ziff. 13.5 ihrer Allgemeinen Einkaufsbedingungen (Klagbeilage 9), gemäss der ■die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche■ vorbehalten bleiben (Berufungsantwort Ziff. 32). Diese Bestimmung ist zu berücksichtigen, weil sie von den Berufungsklägerinnen sowohl im erstinstanzlichen Verfahren als auch im Berufungsverfahren behauptet worden ist (Klageantwort Ziff. 123; Berufung Ziff. 215). Zudem gaben die Berufungsklägerinnen in ihrer Klageantwort (Klageantwort Ziff. 122) den folgenden Wortlaut von Ziff. 13.3 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen (Klagbeilage 9) wieder: ■Die Garantiefrist beträgt ein Jahr vom Tage der Übernahme, bzw. Abnahme an gerechnet. Sie verlängert sich um die Zeit, während der der Liefergegenstand wegen der Ausbesserung nicht gebraucht werden kann. Sind Instandsetzungsarbeiten oder Ersatzlieferungen nötig, so beginnt die Garantiefrist neu ab dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die instandgestellten bzw. ersetzten Teile in Betrieb genommen wurden. Zeigt sich während der Garantiefrist, dass die Lieferung oder Teile davon die vertraglichen Anforderungen nicht erfüllen, so ist der Lieferant verpflichtet, nach der Wahl des Werkes entweder die Mängel auf seine Kosten an Ort und Stelle unverzüglich zu beheben oder beheben zu lassen oder den D___ kostenlos mangelfreien Ersatz zu liefern.■

Das CISG verwendet die Begriffe Sach- und Rechtsmangel nicht. Statt von einem Sachmangel spricht es von einer Vertragswidrigkeit der Ware (Boehm/Gottlieb, in: Brunner [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar UN-Kaufrecht ■ CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 35 N 1 FN 1136; vgl. Art. 35 Abs. 3, Art. 36 f., Art. 39 f. und Art. 46 Abs. 2 und 3 CISG; Magnus, a.a.O., Art. 35 N 2). In der Sache enthält aber auch das CISG Regelungen für Sach- und Rechtsmängel (Art. 35 ff. und Art. 45 ff. CISG; Boehm/Gottlieb, a.a.O., Art. 35 N 1; Bucher, Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in: Bucher [Hrsg.], BTJP 1990, Wiener Kaufrecht, Bern 1991, S. 13, 28; Magnus, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 35 ff. N 1) und unterscheidet ebenfalls zwischen Sachmängeln (Art. 35-40 und Art. 44 CISG) und Rechtsmängeln (Art. 41-44 CISG) (vgl. Bucher, a.a.O., S. 28; Magnus, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 35 ff. N 2). Dementsprechend ist die Verwendung der Begriffe

Sach- und Rechtsmangel auch in der Literatur zum CISG verbreitet (Boehm/Gottlieb, a.a.O., Art. 35 N 1; Bucher, a.a.O., S. 28; Huguenin, a.a.O., N 2769, 2807 f. und 2819; Magnus, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 35 ff. N 1 f.). Der Begriff der Garantie findet sich im CISG (Art. 36 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 CISG), nicht aber im Kaufrecht des OR. Folglich deutet die Verwendung der Begriffe Mangel, Sachmangel, Rechtsmangel oder Garantie nicht darauf hin, dass die Parteien mit dem schweizerischen Recht das OR gemeint haben oder die Anwendung des CISG haben ausschliessen wollen.

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Parteien mit dem Vorbehalt der **gesetzlichen Gewährleistungsansprüche** die Anwendung des CISG haben ausschliessen wollen. Im Gegensatz zum OR unterscheidet das CISG nicht zwischen Nichterfüllung bzw. Unmöglichkeit, Verzug, positiver Vertragsverletzung und Gewährleistung bzw. Sach- und Rechtsmängelhaftung (vgl. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 162; Huguenin, a.a.O., N 2791). Das Leistungsstörungenrecht des CISG basiert auf einem einheitlichen, verschuldensunabhängigen Tatbestand der Vertragsverletzung (Brunner, a.a.O., Einleitung N 9; vgl. Boehm/Gottlieb, a.a.O., Art. 35 N 2; Huguenin, a.a.O., N 2791; Magnus, a.a.O., Art. 45 N 11 und 25). Rechtstatsächlich bleiben die unterschiedlichen Arten von Leistungsstörungen freilich bestehen und werden auch im CISG bis zu einem bestimmten Grad unterschiedlich geregelt (Akikol/Bürki, in: Brunner [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar UN-Kaufrecht **CISG**, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 45 N 12; Magnus, a.a.O., Art. 45 N 25). Insbesondere enthält auch das CISG für Sachmängel (Art. 35-40 und 44 CISG) und Rechtsmängel (Art. 41-44 CISG) besondere Bestimmungen (vgl. Boehm/Gottlieb, a.a.O., Art. 35 N 1; Bucher, a.a.O., S. 28; Magnus, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 35 ff. N 1). Die vertragswidrige Beschaffenheit wird durch spezielle Vorschriften als besondere Vertragsbruchmodalität geregelt, für die eine Reihe von Sondervorschriften und der besondere Rechtsbehelf der Minderung gelten (Schlechtriem, Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware, in: Bucher [Hrsg.], BTJP 1990, Wiener Kaufrecht, Bern 1991, S. 103, 104). Dementsprechend werden auch in der Literatur zum CISG die Begriffe Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel (Bucher, a.a.O., S. 28-30), Sachmängelhaftung (Bucher, a.a.O., S. 28-30; Huguenin, a.a.O., N 2769; Magnus, a.a.O., Art. 35 N 2) und Verzug (Magnus, a.a.O., Art. 45 N 26; Schmidt-Ahrendts/Czarnecki, in: Brunner [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar UN-Kaufrecht **CISG**, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 74 N 43 f.) verwendet. Das CISG enthält keine spezifische Regelung für zugesicherte Eigenschaften (Boehm/Gottlieb, a.a.O., Art. 35 N 2 FN 1138). Es unterscheidet nicht zwischen vertragsgemässen und zugesicherten Eigenschaften der Ware (Magnus, a.a.O., Art. 35 N 16). Gemäss Art. 35 Abs. 1 CISG hat der Verkäufer grundsätzlich für alle Eigenschaften einzustehen, die der Käufer nach dem Vertrag von der Ware erwarten darf (Boehm/Gottlieb, a.a.O., Art. 35 N 2 FN 1138; Magnus, a.a.O., Art. 35 N 16). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre ist eine Zusicherung im Sinn von Art. 197 Abs. 1 OR eine Erklärung des Verkäufers, dass die Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweise, auf die der Käufer nach Treu und Glauben vertrauen darf (BGer 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1, 4A_480/2007 vom 27. Mai 2008 E. 3.1; Müller-Chen, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 197 OR N 14). Die Rechtsnatur einer Zusicherung im Sinn von Art. 197 Abs. 1 OR ist umstritten. Gemäss der überwiegenden neueren Lehre handelt es sich um eine Willenserklärung des Verkäufers, eine Sache zu liefern, die eine bestimmte Eigenschaft aufweist, und bildet die zugesicherte Eigenschaft

Vertragsbestandteil (Giger, in: Berner Kommentar, 1979, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR N 15 und Art. 197 OR N 7; Honsell, a.a.O., S. 97; Huguenin, a.a.O., N 2599; Schönle/Higi, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., 2005, Art. 197 OR N 87 ff.). Dafür spricht auch ein Bundesgerichtsentscheid, gemäss dem durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist, ob eine Eigenschaftsangabe als Zusicherung zu gelten hat (BGE 109 II 24 E. 4 S. 24). Nach dieser Auffassung unterscheidet sich eine zugesicherte Eigenschaft im Sinn von Art. 197 Abs. 1 OR in der Sache nicht von einer vertraglich festgelegten im Sinn von Art. 35 Abs. 1 CISG. Gemäss mehr als ein halbes Jahrhundert alten Bundesgerichtsurteilen und einem Teil der Lehre handelt es sich bei der Zusicherung im Sinn von Art. 197 Abs. 1 OR nicht um einen Vertragsbestandteil, sondern um eine bestimmt umschriebene Vorstellungsäusserung oder Aussage bzw. qualifizierte Wissensäusserung des Verkäufers (BGE 71 II 239 E. 4 S. 241, 73 II 218 E. 1 S. 220 ff., 88 II 410 E. 3c S. 416; Keller/Siehr, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 74; vgl. Müller-Chen, a.a.O., Art. 197 OR N 16 f.). Selbst diese Auffassung ändert aber nichts daran, dass eine Zusicherung im Sinn von Art. 197 Abs. 1 OR regelmässig auch die Voraussetzungen einer vertraglichen Festlegung im Sinn von Art. 35 Abs. 1 CISG erfüllt. Folglich stellt auch die Verwendung der Begriffe Gewährleistung, Sach- und Rechtsmängelhaftung, Verzug und zugesicherte Eigenschaft als solche zumindest keinen eindeutigen und deutlichen Hinweis darauf dar, dass die Parteien mit dem schweizerischen Recht das OR gemeint haben oder die Anwendung des CISG haben ausschliessen wollen. Das Gleiche gilt für den Vorbehalt der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche in Ziff. 13.5 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen. Mit gesetzlichen Ansprüchen sind dabei offensichtlich solche gemäss objektivem Recht im Gegensatz zu den in den Allgemeinen Einkaufsbedingungen vertraglich geregelten gemeint und nicht solche gemäss OR als Gesetz im Gegensatz zu solchen gemäss CISG als Staatsvertrag. Der Vorbehalt kann damit zwanglos als Verweis auf die Ansprüche gemäss Art. 45 ff. CISG in Verbindung mit Art. 35 ff. CISG verstanden werden. Die Regelung von Ziff. 13.3 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen ist mit dem CISG als Ganzem ohne Weiteres vereinbar.

Die Berufungsbeklagte macht im Weiteren geltend, die Rechtswahlklausel in ihren Allgemeinen Einkaufsbedingungen würde zu einer Ungleichbehandlung der Anbieter führen, wenn sie je nachdem, ob sich die Niederlassung des Zuschlagsempfängers in der Schweiz oder im Ausland befindet, zur Anwendung des OR oder des CISG führen würde. Da sie zur Gleichbehandlung aller Anbieter verpflichtet sei, sei es für diese leicht erkennbar, dass mit dem schweizerischen Recht das OR gemeint sein müsse (Berufungsantwort Ziff. 31; vgl. auch Berufungsduplik Ziff. 35). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Im Submissionsverfahren gelten die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung der Anbieter (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. b Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; § 1 lit. d Gesetz über öffentliche Beschaffungen [BeG, SG 914.100]). Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass im Zeitpunkt des Zuschlags feststehen müsse, ob der Vertrag dem OR oder dem CISG unterliegt, oder dass auf den Vertrag unabhängig davon, welche Anbieterin den Zuschlag erhält, dasselbe Recht Anwendung finden muss. Im Zeitpunkt des Zuschlags müssen nur die wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen (BGE 134 II 297 E. 4.2 S. 304; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998 E. 2c in: ZBI 2000 S. 255, 257; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1089). Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu

erbringenden Leistungen und Gegenleistungen sowie allfällige wesentliche Nebenbestimmungen (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998 E. 2c in: ZBI 2000 S. 255, 257; Galli/ Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1089). Im gestützt auf den Zuschlag abgeschlossenen Vertrag dürften vergaberechtlich nur keine wesentlichen Abweichungen vom durch die Ausschreibungsunterlagen und das Angebot bestimmten Vertragsinhalt vereinbart werden (vgl. BGE 134 II 297 E. 4.2 S. 304; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998 E. 2c in: ZBI 2000 S. 255, 257; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1089). Über blosse Nebenpunkte können sich die Vertragspartner frei verständigen (BGE 134 II 297 E. 4.2 S. 304). Unerhebliche Abweichungen von den im Submissionsverfahren durch die Ausschreibungsunterlagen und das Angebot festgelegten Parametern (Zuschlagsfestlegungen) sind vergaberechtlich zulässig, wobei eine Abweichung solange unerheblich ist, als sie den konkret dem Zuschlagsempfänger erteilten Zuschlag nicht in Frage stellt (Beyeler, a.a.O., N 2558, 2576 f., 2847 und 2851). Über im Submissionsverfahren nicht festgelegte Parameter können sich die Parteien auch nach dem Zuschlag einigen (vgl. Beyeler, a.a.O., N 2847 ff.). Ob der Kaufvertrag dem OR oder dem CISG unterliegt, ist kein wesentlicher Vertragspunkt. Insbesondere wird durch die Anwendung des einen oder des anderen Rechts weder die Käuferin noch die Verkäuferin grundsätzlich bevorzugt oder benachteiligt. Dass die Anwendung des OR oder des CISG kein wesentliches Element des Vertrags darstellt, gilt erst Recht, wenn ein Teil der darin geregelten Fragen wie im vorliegenden Fall ohnehin durch Allgemeine Einkaufsbedingungen geregelt wird. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass im Zeitpunkt des Zuschlags nicht feststehen muss, ob der oder die Kaufverträge dem OR oder dem CISG unterliegen. Unabhängig davon, ob das anwendbare Recht im Submissionsverfahren festgelegt worden ist oder nicht, können die Vertragsparteien diesbezüglich auch noch nach dem Zuschlag eine Vereinbarung treffen. Bei Fehlen einer Vereinbarung beantwortet sich die Frage, ob auf den Vertrag das OR oder das CISG anzuwenden ist, nach dem objektiven Recht. Folglich stellt der Umstand, dass der Abschluss des Kaufvertrags oder der Kaufverträge im Rahmen eines Submissionsverfahrens erfolgt ist, keinen Hinweis darauf dar, dass die Parteien mit dem schweizerischen Recht das OR gemeint haben oder die Anwendung des CISG haben ausschliessen wollen.

Die Berufungsbeklagte macht sodann geltend, die Parteien hätten sich während der gesamten Vertragsbeziehung nie auf das CISG, sondern auf das OR berufen (Berufungsantwort Ziff. 33). Selbst unter der Annahme, dass diese Behauptung zutrifft, kann daraus nicht auf einen Ausschluss des CISG geschlossen werden. Das CISG regelt ausschliesslich den Abschluss des Kaufvertrags und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers (Art. 4 CISG). Insbesondere die Stellvertretung, die Anfechtung wegen Willensmängeln (soweit sie im Anwendungsbereich des CISG möglich ist [vgl. dazu unten E. 5.3], die Verjährung, die Abtretung, die Schuldübernahme, der Schuldbeitritt und die Vertragsübernahme fallen grundsätzlich nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des CISG (Magnus, a.a.O., Art. 4 N 20, 37, 38, 48 und 57; Murmann/Stucki, in: Brunner [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar UN-Kaufrecht ■ CISG, 2. Aufl., Bern 2014, N 10, 18, 33 f.). Je nachdem, welche Rechtsfragen zur Diskussion stehen, haben sich die Parteien somit auch dann, wenn der Kaufvertrag oder die Kaufverträge dem CISG unterliegen, auf das OR zu berufen. Mangels jeglicher Substanziierung der Behauptung der Berufungsbeklagten ist nicht feststellbar, ob die von

den Parteien diskutierten Fragen im CISG oder im OR geregelt gewesen sind. Im Übrigen haben die Berufungsklägerinnen keinen Anlass gehabt, sich auf das CISG zu berufen, weil ihrer Ansicht nach nur die Berufungsklägerin 2 Vertragspartei ist und es deshalb an der für die Anwendung des CISG erforderlichen Internationalität der Kaufverträge fehlt.

3.6.4 Nachträglicher Ausschluss des CISG

Schliesslich macht die Berufungsbeklagte geltend, die Parteien hätten spätestens im erstinstanzlichen Verfahren die Geltung des OR vereinbart und das CISG nachträglich stillschweigend ausgeschlossen (Berufungsantwort Ziff. 35 ff.; Berufungsduplik Ziff. 36 ff.), was von den Berufungsklägerinnen bestritten wird (Berufungsreplik Ziff. 50 ff.).

Eine stillschweigende Ausschlussvereinbarung im Prozess ist nur anzunehmen, wenn die Parteien die Anwendbarkeit des CISG gesehen und dennoch das unvereinlichte Recht übereinstimmend zur Grundlage ihrer Argumentation genommen haben (Magnus, a.a.O., Art. 6 N 51, vgl. Oberlandesgericht Hamm vom 2. April 2009, in: CISG-online 1978 Ziff. 61 f.; Oberlandesgericht Rostock vom 10. Oktober 2001, in: CISG-online 671; Oberlandesgericht Celle vom 24. Mai 1995, in: CISG-online 152 E. 1; Huguenin, a.a.O., N 2732; Manner/Schmitt, a.a.O., Art. 6 N 4). Ein solches Verhalten muss Ausdruck eines gemeinsamen Willens sein (Oberlandesgericht Celle vom 24. Mai 1995, in: CISG-online 152 E. 1; Ferrari, a.a.O., Art. 6 N 26). Gemäss einem Urteil der Cour de Cassation von Frankreich und der Berufungsbeklagten genügt es zur Annahme eines stillschweigenden Ausschlusses des CISG, dass sich die Parteien vor dem Gericht nicht auf dieses berufen haben (Cour de Cassation von Frankreich vom 25. Oktober 2005 U 99-12879 [abrufbar auf www.cisg.fr]; Berufungsduplik Ziff. 46). Dieser ohne jegliche Begründung von der überwiegenden Rechtsprechung und Lehre abweichenden Auffassung kann nicht gefolgt werden (vgl. Ferrari, a.a.O., Art. 6 N 25; Magnus, a.a.O., Art. 6 N 51; Manner/Schmitt, a.a.O., Art. 6 N 4; vgl. nun auch Cour de Cassation von Frankreich vom 13. September 2011 09-70305 [abrufbar auf www.cisg.fr]). Sie ist insbesondere auch unvereinbar mit dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Ferrari, a.a.O., Art. 6 N 25; vgl. Manner/Schmitt, Art. 6 N 4). Im Übrigen ist mangels Darstellung des Sachverhalts ohnehin nicht feststellbar, ob der vorliegende Fall mit dem von der Cour de Cassation beurteilten vergleichbar ist.

Die Berufungsbeklagte führt aus, sie habe sich von Anfang an auf einen Grundlagenirrtum nach OR berufen und entsprechend ihre ganze Argumentation ausschliesslich nach OR angeboten. Die Berufungsklägerinnen hätten ihre gesamte Gegenargumentation ebenfalls ausschliesslich nach OR angeboten (Berufungsantwort Ziff. 37). Eine Anfechtung wegen Irrtum gestützt auf das CISG ist auch im Falle der Anwendbarkeit dieses Übereinkommens ausgeschlossen (Ferrari, a.a.O., Art. 4 N 22 f. und 24; Magnus, a.a.O., Art. 4 N 20 und 48-50; Murmann/Stucki, a.a.O., Art. 4 N 10). Die Tatsache, dass sich die Berufungsbeklagte zur Begründung ihrer Anfechtung wegen Willensmangel nicht auf das CISG, sondern das OR berufen hat, und die Berufungsklägerinnen die Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung auf der Grundlage des OR bestritten haben, spricht deshalb in keiner Art und Weise für einen Ausschluss des CISG. Da die Berufungsbeklagte keine Ansprüche aus Leistungsstörungen geltend machte, hatten die Berufungsklägerinnen keinen Anlass, sich dazu zu äussern, ob sich solche nach dem OR oder nach dem CISG gerichtet hätten. Gemäss der Darstellung der Berufungsklägerinnen in der Klageantwort war auf die Klage gegen die Berufungsklägerin 1 mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Klageantwort Ziff. 10 ff.) und wäre die Klage abzuweisen gewesen, weil die

Berufungsklägerin 1 nicht Vertragspartei war, weil kein Grundlagenirrtum vorlag, weil die Berufung auf einen Grundlagenirrtum ausgeschlossen war (Klageantwort Ziff. 228-230) und weil eine allfällige Forderung der Berufungsbeklagten durch Verrechnung untergegangen war (Klageantwort Ziff. 285 ff.). Aus dem Umstand, dass die Berufungsklägerinnen diese Kaskade von Einwänden nicht noch mit dem Argument ergänzt haben, dass das CISG anwendbar wäre, wenn angenommen würde, die Berufungsklägerin 1 sei auch Vertragspartei gewesen, kann nicht geschlossen werden, die Berufungsklägerinnen hätten die Anwendbarkeit des CISG auch für diesen Fall ausschliessen oder einen entsprechenden Ausschluss bestätigen wollen. Für den Fall, dass entgegen ihrer Auffassung eine Grundlage für Ansprüche der Beklagten gegen die Berufungsklägerin 1 bejaht wird, haben die Berufungsklägerinnen in Ziff. 234 ihrer Klageantwort festgehalten, dass ■die nachfolgend im Zusammenhang mit den gegen die Beklagte 2 [Berufungsklägerin 2] erhobenen Vorbringen gemachten rechtlichen Ausführungen mutatis mutandis [mit den nötigen Abänderungen] auch für die Beklagte 1 [Berufungsklägerin 1]■ gelten (Hervorhebung im Original, eckige Klammern hinzugefügt). Soweit sich die Berufungsklägerinnen in diesen Ausführungen im Zusammenhang mit im CISG nicht geregelten Fragen auf das OR berufen, spricht dies von vornherein nicht für einen Ausschluss des CISG. Betreffend die wenigen Verweise auf das Kaufrecht des OR (Berufungsantwort Ziff. 247 f., 253 und 277 f.) ist die Einschränkung, dass die Ausführungen mit den nötigen Abänderungen auch für die Berufungsklägerin 1 gelten, dahingehend zu verstehen, dass die betreffenden Bestimmungen des OR durch die diesen funktional entsprechenden Bestimmungen des CISG zu ersetzen sind.

3.6.5 Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände ein wirklicher übereinstimmender Wille der Parteien, die Anwendung des CISG auszuschliessen, nicht erstellt ist, und dass eine vernünftige Person in der Stellung der Parteien unter den gegebenen Umständen aus den Erklärungen und dem sonstigen Verhalten der Parteien auch nicht auf einen solchen Willen geschlossen hätte. Jedenfalls kommt ein Ausschlusswille nicht mit der für die Annahme eines stillschweigenden Ausschlusses des CISG erforderlichen Deutlichkeit und Sicherheit zum Ausdruck. Damit wurde die Anwendung dieses Übereinkommens nicht nach Art. 6 CISG ausgeschlossen. Dies entspricht auch den Feststellungen des Zivilgerichts (vgl. angefochtener Entscheid E. 2). Somit ergibt sich, dass auf einen allfälligen Kaufvertrag oder allfällige Kaufverträge sowohl im Verhältnis zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin 1 als auch in demjenigen zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin 2 das CISG Anwendung findet.

4. Vertragsabschluss

4.1 Überblick

Die Berufungsklägerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass Kaufverträge lediglich zwischen der Berufungsklägerin 1 und der Berufungsbeklagten zustande gekommen seien. Die Berufungsklägerin 2 sei hingegen nicht Vertragspartei (Berufung Ziff. 34 ff.). Die Berufungsbeklagte sowie das Zivilgericht sind demgegenüber der Ansicht, dass sowohl die Berufungsklägerin 1 wie auch die Berufungsklägerin 2 Vertragsparteien der Berufungsbeklagten seien (Berufungsantwort Ziff. 47 ff.; angefochtener Entscheid E. 3.).

Gemäss dem CISG kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande (Honsell, a.a.O., S. 159; Huguenin, a.a.O., N 2746; vgl. Art. 14, 18 und 23 CISG). Dabei entspricht die Regelung des Vertragsschlusses im Wesentlichen derjenigen von Art. 3 ff. OR (Honsell, a.a.O., S. 159).

In der Erwägung 4 wird die Frage behandelt, ob zwischen der Berufungsbeklagten einerseits sowie der Berufungsklägerin 1 und/oder der Berufungsklägerin 2 andererseits ein Kaufvertrag bzw. Kaufverträge zustande gekommen sind. Dabei stellen sich sechs Unterfragen: Was war Gegenstand der Ausschreibung und damit des Kaufvertrags (E. 4.2)? Machte die Berufungsklägerin 1 ein Angebot (E. 4.3)? Nahm die Berufungsbeklagte dieses Angebot an (E. 4.4)? Wurde der Gegenstand des Kaufvertrags erweitert (E. 4.5)? Sind die Einwände gegen die Parteistellung der Berufungsklägerin 1 stichhaltig (E. 4.6)? Trat die Berufungsklägerin 2 dem Kaufvertrag bei (E. 4.7)? Dabei kann entgegen der Auffassung des Zivilgerichts (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.5) nicht offen bleiben, ob die Berufungsklägerin 1 auch betreffend die nach dem 23. Januar 2007 bestellten Zähler des Typs L_____ Vertragspartei ist, weil dies für die Anwendbarkeit des CISG entscheidend ist.

4.2 Ausschreibung des Abschlusses eines Kaufvertrages für Zähler des Typs K_____

Am 24. April 2003 schrieb die Berufungsbeklagte die Lieferung von elektronischen Drehstromzählern für den Bereich Privathaushalte aus (Klage Ziff. 14). In ihrer Klage behauptete sie, Gegenstand des im Rahmen dieser Submission eingereichten Angebots sei die Lieferung von 5■000 bis 7■000 Zählern zwischen den Jahren 2003 und 2005 sowie auf Wunsch der Berufungsbeklagten von 7■000 Einheiten pro Jahr ab dem Jahr 2006 gewesen (Klage Ziff. 17). Im Preisangebot und im Pflichtenheft für die Ausschreibung, die von der Berufungsbeklagten als Beweismittel genannt worden sind, werden unter Auftrag bzw. Liefertermine und Abrufmengen die Lieferung von 5■000 bis 7■000 Einheiten pro Jahr ab Herbst 2003 bis Ende 2005 abrufbar in Teillieferungen von jeweils 500 Einheiten sowie die Option für weitere Lieferungen von bis zu 7■000 Einheiten pro Jahr abrufbar in kleineren Mengen ab Anfang 2006 bis Ende 2007 erwähnt (Klagbeilagen 8 und 9). Die zeitliche Begrenzung der Option bis Ende 2007 wurde im erstinstanzlichen Verfahren weder von der Berufungsbeklagten noch von den Berufungsklägerinnen erwähnt. Durch das blosses Einreichen der erwähnten Beilagen als Beweismittel wurde die darin erwähnte zeitliche Begrenzung nicht behauptet. Rechtserhebliche Behauptungen müssen grundsätzlich in der Rechtschrift bzw. im mündlichen Parteivortrag selbst vorgebracht werden. Beilagen sind grundsätzlich bloss Beweismittel und keine Parteibehauptungen (vgl. oben E. 3.6.3). In ihrer Berufungsantwort behauptet die Berufungsbeklagte erstmals, dass sich der Zuschlag auf Lieferungen bis Ende 2007 bezogen habe (Berufungsantwort Ziff. 67 f. und 76). Dabei handelt es sich um ein gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO grundsätzlich unzulässiges Novum. Die Berufungsklägerinnen bestreiten diese Behauptung implizit, indem sie behaupten, dass Vergabeverfahren habe nur 5■000 Einheiten betroffen, und machen ausdrücklich geltend, die Berufungsbeklagte hätte ihre Behauptungen bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorbringen müssen und sei damit nicht mehr zu hören (Berufungsreplik Ziff. 115). Unter diesen Umständen kann die zeitliche Beschränkung der Option im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden. Damit ist davon auszugehen, dass Gegenstand der Ausschreibung und des Angebots die Lieferung von 5■000 bis 7■000 Zählern pro Jahr ab Herbst 2003 bis Ende 2005 abrufbar in Teillieferungen von jeweils 500 Einheiten und die Option weiterer Lieferungen von bis zu 7■000 Einheiten pro Jahr abrufbar in kleineren Mengen ab Anfang 2006 gewesen ist.

Gemäss der Darstellung der Berufungsklägerinnen erfasste die Ausschreibung nur Zähler des Typs K____; diese Darstellung wurde von der Berufungsbeklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht wirksam bestritten (Klageantwort Ziff. 125 und 306; Replik Ziff. 27 und 102 ff. [Die pauschale Bestreitung in Ziff. 102 ist wirkungslos.]; Duplik Ziff. 24, 37 und 54). In ihrer Berufung behaupten die Berufungsklägerinnen erstmals, das Submissionsverfahren habe nur 5■000 Zähler des Typs K____ betroffen (Berufung Ziff. 43, 85, 87 und 91). Diese Behauptung ist ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Zudem ist sie haltlos. Bereits für die Zeit von Herbst 2003 bis Ende 2005 war im Pflichtenheft für die Ausschreibung die Lieferung von 5■000 bis 7■000 Stück pro Jahr vorgesehen (Klage Ziff. 17; Klagbeilagen 9 und 10). Tatsächlich wurden in dieser Zeit 12■000 Zähler des Typs K____ bestellt und geliefert (Klage Ziff. 19; Klagbeilagen 12-22). Aus dem Umstand, dass im Vergabeentscheid nur der von der Berufungsklägerin 1 für 5■000 Stück angebotene Festpreis von CHF 437■500.■ erwähnt wird (Klagbeilagen 9 und 10), kann offensichtlich nicht abgeleitet werden, der Zuschlag sei nachträglich auf 5■000 Stück beschränkt worden. Dies erklärt sich vielmehr damit, dass die Gesamtliefermenge davon abhängig gewesen ist, wie viele Einheiten die Berufungsbeklagte pro Jahr abrufen, und damit noch nicht bestimmbar gewesen ist.

Wenn die Verkäuferin eine der Gattung nach bestimmte Ware in zeitlich getrennten Teilleistungen zu liefern hat, liegt ein Sukzessivlieferungskaufvertrag vor (vgl. Huguenin, a.a.O., N 2362). Dabei kann der Gesamtumfang der Lieferung bestimmt oder unbestimmt sein und können die Lieferungen periodisch oder auf Abruf erfolgen (Honsell, a.a.O., S. 32). Der Sukzessivlieferungskaufvertrag ist ein einheitlicher Vertrag über die Lieferung der Ware in zeitlich getrennten Teilleistungen (vgl. Huguenin, a.a.O., N 2362 und 3847). Damit schrieb die Berufungsbeklagte im vorliegenden Fall den Abschluss eines Sukzessivlieferungskaufvertrags aus.

4.3 Angebot der Berufungsklägerin 1

Im Rahmen dieser Ausschreibung wurden Preisangebote vom 4. Juni 2003 eingereicht. Die Angebote waren mit dem Stempel [...] & représentations commerciales F____ und der Unterschrift von F____ versehen. In den Preisangeboten wurde angekreuzt ■Unsere Firma ist einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) unterstellt■ und ■Die Bestätigung über die Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen durch die zuständige Paritätische Kommission oder die am Sitz zuständige Behörde/Stelle liegt bei■. In den Beilagen wurde bestätigt, dass die Berufungsklägerin 1 alle Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags berücksichtige (Klage Ziff. 15 f.; Replik Ziff. 21; Klagbeilagen 7 und 8). Im Pflichtenheft für die Ausschreibung wurde unter Angaben des Unternehmens die Berufungsklägerin 1 vertreten durch F____, [...], angegeben (Replik Ziff. 21; Klagbeilage 9). Auf dem Begleitschreiben vom 4. Juni 2003 finden sich die Angaben [...] und F____ (ingénieur ETS) études électrotechniques & représentations commerciales Generalvertretung für die Schweiz / importateur général (Replik Ziff. 21; Klagbeilage 6). Im Begleitschreiben wird zwar darauf hingewiesen, dass die Berufungsklägerin 1 und F____ die Berufungsklägerin 2 gründen werden. Entgegen der Behauptung der Berufungsklägerinnen ergibt sich aus dem Schreiben aber nicht, dass F____ im Namen der zu bildenden Gesellschaft gehandelt hat (Klageantwort Ziff. 13; Klagbeilage 6). Damit besteht kein Zweifel, dass Anbietende die Berufungsklägerin 1 vertreten durch F____ gewesen ist.

Das von einer Anbietenden in einem Submissionsverfahren eingereichte Angebot stellt eine verbindliche Vertragsofferte dar (BGE 141 II 14 E. 10.3 S. 48; BGer 2C_346/2013 vom 20.

Januar 2014 E. 1.3.3; Gauch/Schluép/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl., N 1061a). Ein submissionsrechtliches Angebot ist somit gleichzeitig ein vertragsrechtliches Angebot (Lips/Lippuner, Entscheidbesprechungen, in: AJP 2014 S. 870, 872). Folglich kann die Vergabestelle den Beschaffungsvertrag durch eine schlichte Bestellung abschliessen (Lips/Lippuner, a.a.O., S. 873). Sofern der Vertrag zustande kommt, verpflichtet sich der Anbietende mit dem in einem Submissionsverfahren eingereichten Angebot, die verlangte Leistung zu erbringen (BGE 141 II 14 E. 10.3 S. 48; BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3). Die Preisangebote vom 4. Juni 2003 stellen somit ein vertragsrechtliches Angebot der Berufungsklägerin 1 dar.

4.4 Annahme des Angebots durch die Berufungsbeklagte

Mit Entscheid vom 19./26. August 2003 wurde der Zuschlag der ■ [] ■ erteilt (Klage Ziff. 18; Klagbeilage 10). Angesichts der Angaben im Pflichtenheft besteht nicht der geringste Zweifel, dass damit die Berufungsklägerin 1 vertreten durch F_____ gemeint gewesen ist. Der Zuschlag ist eine Verfügung, mit der die Vergabebehörde entscheidet, dass der öffentliche Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauauftrag durch den Abschluss des erforderlichen Beschaffungsvertrags (z.B. Kaufvertrag, einfacher Auftrag oder Werkvertrag) mit einem bestimmten Inhalt an einen bestimmten Anbieter vergeben werden soll (Gauch/Schluép/Schmid, a.a.O., N 1067a und 1069). Nach schweizerischem Recht ist zwischen Zuschlag und Abschluss des Beschaffungsvertrags zu unterscheiden. Der vergaberechtliche Zuschlag ist trotz seiner Bekanntgabe keine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung, mit der die Offerte des Anbieters akzeptiert wird. Der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger kommt erst dadurch zustande, dass dessen Angebot durch eine separate Erklärung angenommen wird (Gauch/Schluép/Schmid, a.a.O., N 1067b). Der Beschaffungsvertrag untersteht dem Privatrecht, sofern nicht ausnahmsweise ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Frage steht. Für das Zustandekommen und die Gültigkeit des Beschaffungsvertrags ist das Privatrecht massgebend. Der Zuschlag bildet bloss eine öffentlich-rechtliche Voraussetzung dafür, dass die Beschaffungsbehörde den Vertrag mit dem Anbieter abschliessen darf (Gauch/Schluép/Schmid, a.a.O., N 1067c f.).

Mit an F_____, études électrotechniques et représentations commerciales, gerichteter Bestellung vom 11. September 2003 bestellte die Berufungsbeklagte 1 ■ 000 Zähler des Typs K_____ (Klage Ziff. 19.1; Klagbeilage 12). Mit dieser Bestellung nahm die Berufungsbeklagte das Angebot der Berufungsklägerin 1 auf Abschluss eines Sukzessivlieferungskaufvertrags an. Damit kam ein einheitlicher Vertrag über die Lieferung von Zählern des Typs K_____ zustande. Mit den späteren Bestellungen von Zählern des Typs K_____ wurden Teillieferungen im Rahmen dieses Vertrags abgerufen. Die Bestellung wurde am 23. September 2003 mit dem Stempel études électrotechniques & représentations commerciales F_____ und dessen Unterschrift bestätigt (Klage Ziff. 29; Klagbeilage 12).

In ihrer Berufung behaupten die Berufungsklägerinnen erstmals, die Gültigkeitsdauer des Angebots sei auf 90 Tage ab Eingabedatum am 5. Juni 2003 beschränkt gewesen (Berufung Ziff. 135). Bei dieser Behauptung handelt es sich um ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auf dem als Klagbeilage 7 eingereichten Preisangebot steht zwar ■ Gültigkeitsdauer des Angebots: 90 Tage (Regel: Ab Eingabedatum für die Dauer von 90 Tagen) ■ und im als Klagbeilage 10 eingereichten Vergabeantrag heisst es Eingabedatum 5. Juni 2003. Durch das blosses Einreichen dieser Beilagen wurden die darin enthaltenen Angaben jedoch nicht behauptet. Rechtserhebliche Behauptungen müssen grundsätzlich in

der Rechtsschrift bzw. im mündlichen Parteivortrag selbst vorgebracht werden. Beilagen sind grundsätzlich bloss Beweismittel und keine Parteibehauptungen (vgl. oben E. 3.6.3). Im Übrigen wäre der Vertrag sowohl nach CISG als nach OR auch dann zustande gekommen, wenn die Annahme verspätet erfolgt wäre. Eine verspätete Annahme ist grundsätzlich unwirksam (Art. 18 Abs. 2 CISG; Magnus, a.a.O., Art. 19 N 28; Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl., München 2013, Art. 21 N 3; Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 419). Gemäss Art. 21 Abs. 1 CISG ist eine verspätete Annahme dennoch als Annahme wirksam, wenn der Anbietende unverzüglich den Annehmenden in diesem Sinn mündlich unterrichtet oder eine entsprechende schriftliche Mitteilung absendet. Mit der Billigungserklärung bringt der Anbietende zum Ausdruck, dass er die verspätete Annahme als wirksam bewertet (Schroeter, a.a.O., Art. 21 N 7). Dazu genügt es, dass er mit der Erklärung seine Zustimmung zum Vertrag deutlich macht (Magnus, a.a.O., Art. 21 N 11). Auch eine konkludente Billigung durch schriftliche Mitteilung ist denkbar, etwa indem der Anbietende nach verspätetem Zugang der Annahme einen Lieferplan mitteilt und um die Übersendung von Pro-forma-Rechnungen bittet (Schroeter, a.a.O., Art. 21 N 9). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, der Anbieter müsse umgehend nach dem Zugang der Annahmeerklärung reagieren (Magnus, a.a.O., Art. 21 N 10). Die Rechtsprechung ist jedoch grosszügiger und hat etwa eine konkludente Billigung nach sieben Tagen ausreichen lassen, obwohl das Angebot eine Annahme innert zwei Werktagen gefordert hatte (Schroeter, a.a.O., Art. 21 N 8). Zudem kommt der Vertrag auch dann zustande, wenn der Anbietende die verspätete Annahme nicht sofort, aber noch innert einer angemessenen oder in der Annahmeerklärung gesetzten Frist billigt. Im Unterschied zur unverzüglichen Billigung kommt der Vertrag in diesem Fall nicht im Zeitpunkt des Zugangs der Annahme, sondern erst im Zeitpunkt des Zugangs der Billigung zustande (Magnus, a.a.O., Art. 21 N 12). Wenn der Anbietende eine verspätete Annahme nicht gemäss Art. 21 Abs. 1 CISG gelten lässt, stellt diese ein Gegenangebot dar (Magnus, a.a.O., Art. 18 N 22). Indem die Berufungsklägerin 1 vertreten durch F_____ am 23. September 2003 die Bestellung der Berufungsbeklagten vom 11. September 2003 vorbehaltlos bestätigte, billigte sie die darin enthaltene konkludente Annahme des Angebots zum Abschluss eines Sukzessivlieferungskaufvertrags unverzüglich oder jedenfalls innert angemessener Frist. Damit wurde die Annahme gemäss CISG selbst dann wirksam, wenn sie als verspätet qualifiziert würde.

Wie bereits erwähnt behauptete keine der Parteien rechtzeitig, dass die Option für Lieferungen von Zählern des Typs K_____ zeitlich beschränkt war (vgl. oben E. 4.2). Falls dieses unzulässige Novum berücksichtigt und angenommen würde, der Gegenstand der Ausschreibung und damit des ursprünglichen Sukzessivlieferungskaufvertrags sei bis Ende 2007 befristet gewesen, wäre dieser dadurch stillschweigend verlängert worden, dass nach dem gleichen Vorgehen wie bisher eine weitere Bestellung am 11. April 2008 vorgenommen und am 21. April 2008 bestätigt worden ist (vgl. zur Bestellung und deren Bestätigung Klage Ziff. 19.18 und 30 sowie Klagbeilage 29). Aus dem Umstand allein, dass die Bestellung nicht wie bisher an F_____, sondern an die Berufungsklägerin

E. 2

entgegen den Feststellungen des Zivilgerichts (angefochtener Entscheid E. 3.3 und E. 3.4.2) nicht in [...], sondern in [...] befunden hat (Berufung Ziff. 68 f.; Berufungsbeilage 2), ist nicht rechtserheblich. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die

Berufungsklägerin 2 erst nach dem Zuschlag gegründet und im Handelsregister eingetragen worden ist.

Mit den bereits vor dem Zuschlag erfolgten Bestellungen vom 10. Februar und 10. Juli 2003 und deren Bestätigung (Klage Ziff. 20, 22 und 30 f.; Klagbeilagen 35 und 45-46) wurden zweifellos Kaufverträge zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin 1 abgeschlossen, weil die Berufungsklägerin 2 damals noch nicht existierte und ein Handeln im Namen einer zu bildenden Gesellschaft in keiner Art und Weise zur Diskussion stand. Die erstmals in der Berufung aufgestellte Behauptung, diese Verträge seien mit F_____ persönlich abgeschlossen worden (Berufung Ziff. 36), ist ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Sie steht zudem in unauflösllichem Widerspruch zur Behauptung der Berufungsklägerinnen in der Klageantwort, die in der Klage erwähnten Kaufverträge und damit auch diejenigen betreffend die Bestellungen vom 10. Februar und 10. Juli 2003 seien zwar nicht mit der Berufungsklägerin 1, aber mit der Berufungsklägerin 2 abgeschlossen worden (Klageantwort Ziff. 305).

4.7 Vertragsbeitritt der Berufungsklägerin 2

Der Kaufpreis für die Bestellungen vom 10. Februar, 10. Juli und 11. September 2003 wurde von F_____ in Rechnung gestellt (Klage Ziff. 31; Klagbeilagen 12, 35, 45 und 46). Für alle späteren Bestellungen wurden die Rechnungen von der Berufungsklägerin 2 ausgestellt (Klage Ziff. 31; Klagbeilagen 13-34 und 36-44).

Die Parteien behaupteten übereinstimmend, dass die Berufungsklägerin 2 betreffend alle Bestellungen Vertragspartei sei (Klage Ziff. 11 und 79; Klageantwort Ziff. 52, 54, 63-66, 111, 118, 231 und 305). Damit ist davon auszugehen, dass sich die Berufungsklägerin 2 durch Vertragsbeitritt (vgl. dazu Huguenin, a.a.O., N 1469) nachträglich als weitere Vertragspartei am Sukzessivlieferungskaufvertrag bzw. den Kaufverträgen zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin 1 auf der Verkäuferseite beteiligt hat. Bezüglich der Bestellungen nach dem Zuschlag kann mit der Berufungsbeklagten (vgl. Klage Ziff. 11) und dem Zivilgericht (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.4.4) davon ausgegangen werden, dass die Berufungsklägerin 2 den Vertragsbeitritt mit der Rechnungsstellung konkludent erklärt hat. Betreffend die früheren Bestellungen erklärte sie den Vertragsbeitritt spätestens in ihrer Klageantwort.

5. Ausschluss der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums

5.1 Die Berufungsbeklagte stützt ihren Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises auf den Wegfall des Kaufvertrages bzw. der Kaufverträge zufolge Irrtumsanfechtung. Somit ist nachfolgend auf die Frage der Anfechtung wegen Willensmängel einzugehen.

5.2 Die Berufungsklägerinnen sind der Ansicht, dass im Anwendungsbereich des CISG die nationalen Bestimmungen über die Irrtumsanfechtung verdrängt werden (Berufung Ziff. 19 ff.; Berufungsreplik Ziff. 63 ff.). Das Zivilgericht ist demgegenüber zum Schluss gelangt, dass auch im Anwendungsbereich des CISG bei Sachmängeln alternativ eine Irrtumsanfechtung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR möglich sei (angefochtener Entscheid E. 2). Die Berufungsbeklagte ist der Ansicht, dass das Zivilgericht die Irrtumsanfechtung nach OR zu Recht zugelassen habe, sofern das CISG vorliegend überhaupt relevant sei, was sie bestreitet (Berufungsantwort Ziff. 39 ff.; Berufungsduplik Ziff. 49 ff.).

5.3 Der überwiegende Teil der Lehre vertritt zu Recht die Auffassung, dass die Anfechtung dem CISG unterstehender Kaufverträge wegen Irrtums über Eigenschaften der Kaufsache ausgeschlossen ist (Bock, Gewinnherausgabeansprüche gemäss CISG, in: Bächler/Müller-Chen [Hrsg.], Private Law, FS Schwenger, Band I, Bern 2011, S. 184; Brunner, a.a.O., Art. 4 N 10; Bucher, a.a.O., S. 48; Djordjević, in: Kröll et al. [Hrsg.], UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods [CISG], 2. Aufl., München/Oxford 2018, Art. 4 N 21; Ferrari, a.a.O., Art. 4 N 22 f. und 24; Heuzé, La vente internationale de marchandises: droit uniforme, 2. Aufl., Paris 2000, N 286; Honsell, in: Basler Kommentar, 6. Aufl., 2015, Vor Art. 197-210 OR N 11 und 13 f.; Huber, UN-Kaufrecht und Irrtumsanfechtung, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [ZEuP] 1994, S. 592 ff.; Huguenin, a.a.O., N 2737; Magnus, a.a.O., Art. 4 N 48 und 50; Mankowski, in: Schmidt [Hrsg.], Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 5, 4. Aufl., München 2018, Art. 4 N 10; Murmann/Stucki, a.a.O., Art. 4 N 10; Schroeter, Defining the Borders of Uniform International Contract Law: The CISG and Remedies for Innocent, Negligent, or Fraudulent Misrepresentation, Villanoca Law Review, Vol. 58, 2013, S. 577; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 39.43; Schwenger/Hachem, a.a.O., Art. 4 N 19; Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016 N 1388; Murmann/Stucki, a.a.O., Art. 4 N 10; a. M. Bydliński, Das allgemeine Vertragsrecht, in: Doralt [Hrsg.], Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Wien/Manz 1985, S. 58; Lessiak, UNCITRAL-Kaufrechtsabkommen und Irrtumsanfechtung, in: JBL 1989, S. 490). Diese Auffassung wird auch in der Rechtsprechung vertreten (vgl. Urteil des Landgerichts Aachen vom 14. Mai 1993, in: RIW 1993, 761 = CISG-online Nr. 86; Urteil des Handelsgerichts Hasselt vom 19. April 2006, in: CISG-online Nr. 1389). Das CISG regelt die Ansprüche des Käufers wegen einer Abweichung der Beschaffenheit des Kaufobjekts von der vertraglichen Vereinbarung abschliessend, so dass insoweit eine Anfechtung des Kaufvertrages nach nationalem Recht ausgeschlossen ist (Mankowski, a.a.O., Art. 4 N 10; Bucher, a.a.O., S. 48; Magnus, a.a.O., Art. 4 N 48; Schwenger, a.a.O., 39.43; Urteil des Landgerichts Aachen vom 14. Mai 1993, in: RIW 1993, 761 = CISG-online Nr. 86; Urteil des Handelsgerichts Hasselt vom 19. April 2006, in: CISG-online Nr. 1389).

Entgegen der Ansicht des Zivilgerichts (angefochtener Entscheid E. 2) ist die Auffassung, die Anfechtung von dem CISG unterliegenden Kaufverträgen wegen Irrtums über Eigenschaften der Sache sei ausgeschlossen, durchaus vereinbar mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum OR, gemäss der dem Käufer bei sachlich mangelhafter Erfüllung die Gewährleistungsansprüche gemäss Art. 197 ff. OR und die Anfechtung wegen Willensmangel gemäss Art. 23 ff. OR alternativ zur Verfügung stehen (vgl. BGE 127 III 83 E. 1b S. 85, 109 II 319 E. 2 S. 322, 108 II 102 E. 2a S. 104, 107 II 419 E. 1 S. 421). Gemäss Art. 7 Abs. 1 CISG sind bei der Auslegung dieses Übereinkommens sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern. Insbesondere ist das CISG grundsätzlich autonom, d.h. aus sich selbst heraus ohne Rückgriff auf das nationale Recht des Anwenders oder auf nationale Begriffe und Verständnisse, auszulegen (Ferrari, a.a.O., Art. 7 N 9 f.; Magnus, a.a.O., Art. 7 N 12 ff.; Wagner, a.a.O., Art. 7 N 2; vgl. bereits oben E. 3.2). Die Grundsätze, dass bei der Auslegung des CISG sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit, seine einheitliche Anwendung zu fördern, zu berücksichtigen sind, zielen auf die Schaffung von

Einheitsrecht ab (Ferrari, a.a.O., Art. 7 N 15). Aufgrund dieser besonderen, bei der Auslegung des OR nicht zu berücksichtigenden Auslegungsgrundsätze ist es ohne Weiteres möglich, dass die Auslegung für dem CISG unterstehende Kaufverträge zu einem anderen Resultat führt als diejenige für dem OR unterstehende Kaufverträge. Dementsprechend vertreten auch Autoren, die für das OR die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung wegen Sachmängeln befürworten, die Auffassung, das CISG schliesse eine solche aus (Bucher, a.a.O., S. 48; Huguenin, a.a.O., N 2703 und 2737). Nur mit dem Ausschluss der Anfechtung wegen Irrtums über Eigenschaften der Kaufsache kann die mit dem CISG bezweckte Rechtseinheit gewährleistet werden. Entgegen der Auffassung des Zivilgerichts (angefochtener Entscheid E. 2) führt nicht der Ausschluss der Anfechtung wegen Irrtums über Eigenschaften der Kaufsache zu einem unbefriedigenden Ergebnis, sondern vielmehr deren alternative Zulassung, weil letztere die zum Zweck rascher Abwicklung sinnvollen restriktiveren Voraussetzungen der Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit der Ware (Art. 38 f. CISG) aushebelt (vgl. zum OR Honsell, a.a.O., Vor Art. 197-210 OR N 9; Schwenzer, a.a.O., N 39.41) und die mit dem CISG angestrebte internationale Rechtsvereinheitlichung in einem Kernbereich des Kaufrechts aushöhlt (Schwenzer, a.a.O., N 39.43).

Dem von der Berufungsbeklagten erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 22. Dezember 2000 kann nur entnommen werden, dass sich die Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums als Gültigkeitsfrage im Sinn von Art. 4 lit. a CISG nicht nach diesem Übereinkommen, sondern nach dem OR beurteilt und auch bei dem CISG unterliegenden Verträgen möglich ist (vgl. BGer 4C.296/2000 vom 22. Dezember 2000 E. 3a). Dass die Anfechtung wegen Erklärungsirrtums als Gültigkeitsfrage abgesehen von der Sonderregelung von Art. 27 CISG vom CISG nicht geregelt wird und nach dem anwendbaren nationalen Recht zulässig ist, entspricht herrschender Auffassung (Ferrari, a.a.O., Art. 4 N 24 f.; Magnus, a.a.O., Art. 4 N 51 und Art. 8 N 21; vgl. Hurni, a.a.O., Art. 8 N 8; Murmann/Stucki, a.a.O., Art. 4 N 10; a. M. Schmidt-Kessel, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht ■ CISG, 6. Aufl., München 2013, Art. 8 N 6). Allerdings unterscheiden sich Erklärungs- und Grundlagenirrtum wesentlich. Wie die Berufungsklägerinnen zu Recht geltend machen (vgl. Berufungsreplik Ziff. 66), kann deshalb aus dem erwähnten Urteil entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten (vgl. Berufungsantwort Ziff. 43; Berufungsduplik Ziff. 52) nicht abgeleitet werden, das Bundesgericht halte auch die Anfechtung eines dem CISG unterstehenden Kaufvertrags wegen eines Grundlagenirrtums über eine Eigenschaft der Sache für zulässig.

5.4 Da die Anfechtung dem CISG unterstehender Kaufverträge wegen Irrtums über Eigenschaften der Kaufsache nicht möglich ist, ist die Anfechtungserklärung der Berufungsbeklagten vom 11. Juli 2013 wirkungslos.

6. Beurteilung der Rechtsbegehren

6.1 Teilweise Rückerstattung des Kaufpreises

Mit Rechtsbegehren 1 verlangt die Berufungsbeklagte von den Berufungsklägerinnen die Rückerstattung von 10 % des Kaufpreises jedes einzelnen Stromzählers Zug um Zug gegen deren Herausgabe (Klage Ziff. 82). Da die Anfechtungserklärung der Berufungsbeklagten vom 11. Juli 2013 wirkungslos ist, ist ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises ausgeschlossen. Folglich ist das Rechtsbegehren 1 vollumfänglich abzuweisen.

6.2 Schadenersatz

6.2.1 Mit Rechtsbegehren 2 verlangt die Berufungsbeklagte von den Berufungsklägerinnen teilklageweise Schadenersatz in Höhe von CHF 50'000. für die Kosten der Auswechslung der Stromzähler und Schadenersatz in Höhe von CHF 50'000. für die Kosten der Lagerung der ausgebauten Stromzähler (Klage Ziff. 76, 81 und 83). Damit macht die Berufungsbeklagte Schadenersatz aus Vertragswidrigkeit der Ware geltend. Dass die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG erfüllt wären, behauptet die Berufungsbeklagte nicht ansatzweise. Ein solcher ist gemäss Art. 39 Abs. 2 CISG vielmehr ausgeschlossen (letzte Lieferung am 4. Januar 2010 [Klage Ziff. 19.24], allfällige Anzeige der Vertragswidrigkeit am 17. September 2012 [Klage Ziff. 44; Klagbeilage 57; Klageantwort Ziff. 131 und 133; Klageantwortbeilage 55; vgl. auch Klageantwort Ziff. 129 und Replik Ziff. 27]). In der Berufungsantwort stützt die Berufungsbeklagte ihren Schadenersatzanspruch auf culpa in contrahendo (Berufungsantwort Ziff. 178). Wenn es zum Vertragsschluss gekommen ist, regelt das CISG die Haftung aus culpa in contrahendo, d.h. für die Verletzung vorvertraglicher, sich aus Treu und Glauben ergebender Pflichten wie Mitteilungs-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten, und die Ansprüche aus Vertragsverletzung mit Ausnahme der Personenschäden gemäss Art. 5 CISG abschliessend. Für Ansprüche aus culpa in contrahendo oder positiver Vertragsverletzung nach nationalem Recht bleibt deshalb kein Raum (Ferrari, a.a.O., Art. 4 N 46; Murmann/Stucki, a.a.O., Art. 4 N 48; differenzierend Magnus, a.a.O., Art. 4 CISG N 41-43). Da der Kaufvertrag oder die Kaufverträge abgeschlossen und nicht wirksam angefochten worden sind, ist eine Haftung der Berufungsklägerinnen aus culpa in contrahendo somit ausgeschlossen. Im Übrigen ist eine Gutheissung der Klage gestützt auf eine Haftung aus culpa in contrahendo auch deshalb nicht möglich, weil die Berufungsbeklagte deren Voraussetzungen zumindest nicht rechtzeitig behauptet hat, wie im Folgenden dargelegt wird.

6.2.2 Haftung aus culpa in contrahendo bedeutet Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N 963) und setzt die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht voraus (Huguenin, a.a.O., N 1524 und 1534). Der Versuch der Berufungsbeklagten, eine Haftung aus culpa in contrahendo mit dem Verhalten der Berufungsklägerinnen nach dem Abschluss des Kaufvertrags oder der Kaufverträge zu begründen (vgl. Berufungsantwort Ziff. 178), ist damit unbehelflich. Soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht, setzt die Haftung aus culpa in contrahendo nach zutreffender herrschender Auffassung ein Verschulden des Schädigers voraus (Obergericht des Kantons Luzern vom 9. Juni 1995 E. 3b in: ZBJV 1996 S. 416, 418; Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N 967; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 N 27; a. M. Schwenger, a.a.O., N 47.06). Für das Verschulden gilt in analoger Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR wie bei der vertraglichen Haftung eine Beweislastumkehr (vgl. Obergericht des Kantons Luzern vom 9. Juni 1995 E. 3b in: ZBJV 1996 S. 416, 418 f.; Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N 967; Furrer/Wey, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 97-98 N 13). Ein Verschulden der Berufungsklägerinnen setzt auf der tatsächlichen Ebene zumindest voraus, dass der von der Berufungsbeklagten behauptete Fehler für eine vernünftige Person aus dem Verkehrskreis der Berufungsklägerinnen in der konkreten Situation spätestens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennbar gewesen ist (vgl. zum objektivierten Fahrlässigkeitsmassstab Schwenger, a.a.O., N 22.14). Die Behauptungslast folgt der objektiven Beweislast gemäss Art. 8 ZGB (BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 3; Hurni, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 55 ZPO N 15; Pahud, in: Brunner et al.

[Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N 14; Willisegger, in: Basler Kommentar, 3. Aufl., 2017, Art. 221 ZPO N 27). Eine Partei hat somit diejenigen Tatsachen zu behaupten, für die sie die objektive Beweislast trägt (vgl. Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 N 13 und 21; Willisegger, a.a.O., Art. 221 ZPO N 27). Dies gilt jedoch nur im Regelfall (Pahud, a.a.O., Art. 221 N 14). Ausnahmsweise decken sich Behauptungs- und Beweislast nicht (Hurni, a.a.O., Art. 55 ZPO N 16). Insbesondere im Falle einer Beweislastumkehr fallen Behauptungs- und Beweislast auseinander. So hat etwa bei der Vertragshaftung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR der Gläubiger das Verschulden des Schuldners zu behaupten und dieser alsdann seine Schuldlosigkeit zu beweisen (Hurni, Art. 55 ZPO N 16; Walter, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 8 ZGB N 188 f.). Das Gleiche muss für die Haftung aus culpa in contrahendo gelten, für die in analoger Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR ebenfalls eine Beweislastumkehr angenommen wird. Somit oblag es der Berufungsbeklagten, rechtzeitig zumindest zu behaupten, dass der von ihr behauptete Fehler für eine vernünftige Person aus dem Verkehrskreis der Berufungsklägerinnen in der konkreten Situation spätestens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennbar gewesen sei. Dies tat die Berufungsbeklagte in Verletzung ihrer Behauptungslast nicht.

In der Klage erklärte die Berufungsbeklagte, aufgrund der Aktennotiz der J_____ (Klagbeilage 86) bestehe Grund zur Annahme und werde deshalb behauptet, dass die Untauglichkeit des gewählten Materials bzw. die Eignung zur Haarbildung bereits im Jahr 2003 in Fachkreisen bekannt gewesen sei (Klage Ziff. 72; vgl. auch Klage Ziff. 66). Dass dies auch den Berufungsklägerinnen bekannt gewesen oder für eine vernünftige Person aus dem Verkehrskreis der Berufungsklägerinnen in der konkreten Situation erkennbar gewesen sei, behauptete sie nicht. Ein Schadenersatzanspruch besteht gemäss den Ausführungen der Berufungsbeklagten vielmehr nur für den Fall, dass sich ergeben sollte, dass die Berufungsklägerinnen um den Konstruktionsfehler in den verkauften Stromzählern gewusst haben oder hätten wissen müssen (Klage Ziff. 81). Ob dies der Fall gewesen ist, ist entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten (Berufungsantwort Ziff. 181) nicht durch das in der Klage beantragte Gutachten (Klage Ziff. 72) zu ergründen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, die notwendigen schlüssigen Tatsachenbehauptungen zur Vervollständigung einer lückenhaften Sachdarstellung zu gewinnen (Verbot des Ausforschungsbeweises) (Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 N 12; vgl. Oberhammer, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 55 N 10). Zudem bezieht sich der Beweisantrag nur auf die Tatsachenbehauptung, dass die Untauglichkeit des gewählten Materials bzw. die Eignung zur Haarbildung bereits im Jahr 2003 in Fachkreisen bekannt gewesen ist (Klage Ziff. 72). Der Umstand allein, dass etwas in Fachkreisen bekannt gewesen ist, bedeutet aber noch nicht, dass es für eine vernünftige Person aus dem Verkehrskreis der Berufungsklägerinnen in der konkreten Situation erkennbar gewesen ist. In ihrer Replik behauptete die Berufungsbeklagte zwar, die Berufungsklägerinnen hätten schon früher von der Problematik gewusst, diese aber verschwiegen, bis die Berufungsbeklagte sie mit den Fehlmessungen konfrontiert habe (Replik Ziff. 3). Dass die Problematik den Berufungsklägerinnen bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags oder der Kaufverträge und damit in den Jahren 2003 bis 2009 bekannt war (Bestätigung der ersten Bestellung am 22. Februar 2003 [Klagbeilage 35], Bestätigung der letzten Bestellungen am 11. Dezember 2009 [Klagbeilagen 34 und 44]), behauptete sie damit aber nicht. An anderer Stelle der Replik macht sie bloss geltend, die Berufungsklägerinnen hätten spätestens seit dem Jahr 2011 gewusst, dass alle Messgeräte

aller Baujahre von der Haarbildung betroffen gewesen seien (Replik Ziff. 30 f. und 70). In der Berufungsantwort behauptet die Berufungsbeklagte, die Berufungsklägerinnen hätten den Fehler nach dessen Entdeckung gegenüber der Berufungsbeklagten zunächst verschwiegen und danach die Rücknahme der Zähler verweigert und damit die Lagerung der Geräte durch die Klägerin nötig gemacht (Berufungsantwort Ziff. 178). Dass die Berufungsklägerinnen den Fehler bereits vor dem Abschluss des Kaufvertrags oder der Kaufverträge entdeckt hätten, behauptet sie jedoch nicht. Soweit sie über das im vorinstanzlichen Verfahren Behauptete hinausgehen, sind die Behauptungen in der Berufungsantwort zudem gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO unbeachtlich, weil sie bei zumutbarer Sorgfalt schon vor dem Zivilgericht haben vorgebracht werden können. Schliesslich führt die Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort aus, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass dem streitgegenständlichen Konstruktionsfehler tatsächlich ein Verschulden der Beklagten zugrunde lag, womit die Beklagte den Grundlagenirrtum der Klägerin schuldhaft verursacht hätten (Berufungsantwort Ziff. 181). Damit erklärt sie ein allfälliges Verschulden der Berufungsklägerinnen selber zur blossen Hypothese. Zusammenfassend hat die Berufungsbeklagte mit ihren unsubstanzierten Ausführungen die tatsächlichen Voraussetzungen einer Haftung aus culpa in contrahendo nicht wirksam behauptet. Dies gilt erst recht für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Haftung aus unerlaubter Handlung. Diesbezüglich bestätigt die Berufungsbeklagte ausdrücklich, dass sie den Vorwurf einer absichtlichen Täuschung und eines Betrugs nicht erhoben habe (Berufungsduplik Ziff. 11). Folglich ist eine Gutheissung des Rechtsbegehrens 2 gestützt auf culpa in contrahendo oder Art. 41 OR ausgeschlossen.

6.2.3 Das Zivilgericht hiess das Rechtsbegehren 2 gestützt auf Art. 939 Abs. 1 ZGB im Umfang von CHF 50'000. gut, soweit die Berufungsbeklagte damit Ersatz für die Lagerungskosten verlangte (angefochtener Entscheid E. 9.1-9.3). Die Anwendung von Art. 939 ZGB setzt voraus, dass eine Person eine Sache ohne dingliche oder obligatorische Berechtigung zum Besitz besessen hat (unberechtigter Besitz) (Schmid/ Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, N 336 f.; vgl. Ernst, in: Basler Kommentar, 5. Aufl., 2015, Art. 939 ZGB N 1 und 7; Stark/Lindenmann, in: Berner Kommentar, 4. Aufl., 2016, Art. 939 ZGB N 1) und die Sache herausgeben muss oder hat herausgeben müssen (Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N 337; vgl. Ernst, a.a.O., Art. 939 ZGB N 1 und 7; Stark/Lindenmann, a.a.O., Art. 939 ZGB N 1). Die Herausgabepflicht kann sich insbesondere aus Art. 641 Abs. 2, Art. 927, Art. 934 Abs. 3 oder Art. 936 ZGB ergeben (Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N 338). Da die Anfechtung wegen Willensmangel im vorliegenden Fall nicht zulässig ist, ist der Kaufvertrag oder sind die Kaufverträge weiterhin wirksam. Folglich ist der Besitz der Berufungsbeklagten nicht unberechtigt und hat sie die Zähler den Berufungsklägerinnen nicht herauszugeben. Damit ist ein Ersatzanspruch gemäss Art. 939 Abs. 1 ZGB ausgeschlossen.

6.2.4 Aus den vorstehenden Gründen ist auch das Rechtsbegehren 2 vollumfänglich abzuweisen.

7. Prozesskosten

7.1 Die Berufungsbeklagte unterliegt vollständig. Sie hat deshalb gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen und den Berufungsklägerinnen für beide Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Streitgenossen, die den Prozess gemeinsam geführt haben, steht nur ein gemeinsamer Anspruch auf eine einheitliche Parteientschädigung zu (Sterchi, in: Berner Kommentar,

2012, Art. 105 ZPO N 11).

7.2 Bei Klagen gegen mehrere Solidarschuldner sind die Ansprüche zur Bestimmung des Streitwerts nicht nach Art. 93 Abs. 1 ZPO zusammenzurechnen, weil wirtschaftlich nur eine Leistung verlangt wird (Rüegg/Rüegg, in: Basler Kommentar, 3. Aufl., 2017, Art. 93 ZPO N 2; Stein-Wigger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 93 N 9; vgl. Borla-Geier, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 71 N 23). Für die Festsetzung der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens ist somit von einem Streitwert von CHF 428'596.95 auszugehen. Da das Zivilgericht die Klage im Umfang von CHF 50'000.00 abgewiesen hat und die Berufungsbeklagte weder Berufung noch Anschlussberufung erhoben hat, beträgt der für die Festsetzung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens massgebende Streitwert CHF 378'596.95 (vgl. § 11 Abs. 1 Ziff. 1 Verordnung über die Gerichtsgebühren [GebV, SG 154.810]; § 12 Abs. 3 Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [HO, SG 291.400]).

7.3 Die Gerichtskosten des Zivilgerichts betragen CHF 14'000.00 einschliesslich der Übersetzungskosten. Die Gerichtskosten des Appellationsgerichts bemessen sich gemäss § 41 Abs. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810) nach der GebV. Sie werden in Anwendung von § 11 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 GebV auf CHF 20'000.00 festgesetzt.

7.4 Die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren beträgt CHF 78'000.00 (angefochtener Entscheid E. 10). Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird in Anwendung von § 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 1, § 5 Abs. 1 lit. a und § 12 Abs. 1 HO auf CHF 40'000.00 festgesetzt. Da das Grundhonorar in schriftlich geführten Verfahren den Aufwand für eine Rechtsschrift und eine Verhandlung deckt (§ 3 Abs. 2 HO) und im Berufungsverfahren keine Verhandlung durchgeführt worden ist, rechtfertigt sich für die Berufungsreplik kein Zuschlag gemäss § 5 Abs. 1 lit. b) bb HO.

Mit der Zusprechung einer Parteientschädigung soll der obsiegenden Partei der aus der anwaltlichen Parteivertretung im Verfahren erlittene Schaden ersetzt werden. Da die Parteientschädigung somit als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetz (MWSTG, SR 641.20) zu qualifizieren ist, wird darauf keine Mehrwertsteuer erhoben. Wenn die Partei durch die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird, rechtfertigt es sich, diesen Betrag auch bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Fehlt eine entsprechende Belastung, so ist die Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung hingegen nicht zu berücksichtigen (AGE ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3; vgl. zum Ganzen Honauer/Pietro Paolo, Die Krux mit der Mehrwertsteuer, in: plädoyer 1/2011 S. 73 f.; Schmid, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 95 N 26; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 95 N 39; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Als Ort der Dienstleistung eines Anwalts gilt der Ort, an dem die Empfängerin der Dienstleistung den Sitz der wirtschaftlichen Tätigkeit oder eine Betriebsstätte hat, für welche die Dienstleistung erbracht wird, oder in Ermangelung eines solchen Sitzes oder einer solchen Betriebsstätte der Wohnort oder der Ort ihres üblichen Aufenthalts (Art. 8 Abs. 1 MWSTG). Der Sitz der Berufungsklägerin 1 befindet sich in Slowenien. Sie macht nicht geltend, dass sie in der Schweiz eine Betriebsstätte hat. Folglich ist davon auszugehen, dass

die Leistung ihrer Parteivertreter im vorliegenden Verfahren im Sinn des MWSTG nicht im Inland erbracht und von einem Unternehmen mit Sitz im Ausland bezogen worden ist. Auf einer solchen Leistung erhebt die Schweiz keine Mehrwertsteuer (vgl. Art. 1 Abs. 2 MWSTG). Dementsprechend wird auf den Rechnungen vom 8. Mai, 8. Juli 2015 und 25. November 2015 sowie 3. Mai und 7. November 2016 festgehalten, die Leistungen unterlägen nicht der Mehrwertsteuer, weil sie als im Ausland erbracht gälten. Dass die Berufungsklägerin 1 für den Bezug der Dienstleistung in Slowenien Mehrwertsteuer bezahlen muss, ist nicht geltend gemacht worden. Unter diesen Umständen ist ihr auf der Parteientschädigung kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer zu gewähren (vgl. Honauer/Pietropaolo, a.a.O., S. 74; Schmid, a.a.O., Art. 95 N 26). Wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die Mehrwertsteuer beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3; vgl. zum Ganzen Honauer/Pietropaolo, a.a.O., S. 73 f.; Schmid, a.a.O., Art. 95 N 26; Suter/von Holzen, a.a.O., Art. 95 N 39 und Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Gemäss dem UID-Register ist die Berufungsklägerin 2 mehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Dass sie ausnahmsweise trotzdem durch die Mehrwertsteuer belastet sei, macht sie nicht geltend. Folglich ist auch ihr die Parteientschädigungen ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

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