

SO_GERICHTE ZKBER.2021.11 vom 10. August 2022

SO Obergericht, 2022-08-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2021.11

FR: SO_GERICHTE ZKBER.2021.11 du 10 août 2022

IT: SO_GERICHTE ZKBER.2021.11 del 10 agosto 2022

Erwägungen

E. 1

Die B.____ ist ein Unternehmen mit Sitz in [] und in der Herstellung von und im Handel mit Uhren und Uhrwerken tätig. Die A.____ ist in den Vereinigten Staaten von Amerika im Bundesstaat [...] domiziliert. Das Unternehmen befasst sich mit der Produktion und dem Handel von Uhren.

E. 1.1

Das Amtsgericht stellte zu Beginn der Hauptverhandlung fest, die Beklagte sei säumig. Zur Begründung erwog es, die Beklagte habe seinerzeit auf Nachfrage des Gerichts, wer für sie befragt werden solle, C.____ angegeben. Dieser sei am 6. Februar 2020 vorgeladen worden und zur Hauptverhandlung vom 25. August 2020 nicht erschienen. Ein Dispensationsgesuch sei nie gestellt worden, vielmehr habe man die Verhandlung insgesamt verschieben wollen. Die Verhandlungsverschiebung sei von der Beklagten zwei Mal beantragt worden. Nach der ersten vorläufigen Abweisung sei das Gericht davon ausgegangen, dass eine Ausnahmegewilligung eingeholt werde, das heisst die Bewilligung zu einer Einreise für maximal 5 Tagen ohne Quarantäne. Dass eine Einreise unzumutbar gewesen wäre, sei nicht ersichtlich. Wenn C.____ daran gelegen hätte, an der Verhandlung teilzunehmen, wäre es ihm zumutbar gewesen, die Ausnahmegewilligung zu beantragen oder in Quarantäne zu gehen und dort im Homeoffice zu arbeiten. C.____ sei amerikanischer Staatsbürger, weshalb eine Rückreise problemlos hätte möglich sein sollen. Im zweiten Verschiebungsgesuch seien dann plötzlich gesundheitliche Bedenken vorgebracht, aber nicht belegt worden, zum Beispiel mit einem Arztzeugnis, dass C.____ gefährdet oder eine Risikoperson wäre. Auf der Beklagtenseite sei die Parteibefragung das einzige Beweismittel. Die antizipierte Beweiswürdigung ermögliche jedoch, auf Beweisabnahmen zu verzichten, wenn genügend Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung vorhanden seien. Vorliegend seien viele Urkunden eingereicht worden und auch aus den Rechtsschriften gehe hervor, dass der Sachverhalt gestützt auf die Urkunden belegt sei. Es seien darunter auch E-Mails von C.____. Der Sachverhalt sei nicht wirklich bestritten, es gehe vielmehr um rechtliche Fragen. Zur Klärung der rechtlichen Fragen könne aus Sicht des Gerichts auf die Befragung von C.____ verzichtet werden. Seine Befragung werde auch nicht angerufen für strittige Sachverhaltsfragen, weshalb eine sachgerechte Entscheidung ohne Befragung von C.____ möglich sei. Auch bezüglich der Befragung der Klägerin, das heisst von D.____, gehe das Gericht davon aus, dass genügend Grundlagen vorhanden seien, um die rechtlichen Fragestellungen sachgerecht zu entscheiden. Es sei auch fraglich, ob er überhaupt sachverhaltsrelevante Angaben machen könne, weil er erst seit 2019 im Handelsregister eingetragen sei. Sein Name erscheine in den von der Klägerin eingereichten Urkunden denn auch nicht. Im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung werde nach dem Gesagten auf die Befragungen von C.____ und D.____ verzichtet und die Beklagte für

säumig erklärt.

E. 1.2

Die Beklagte rügt zusammengefasst und im Wesentlichen, die Vorinstanz hätte bei korrekter Vorgehensweise die Hauptverhandlung verschieben beziehungsweise zumindest nach erstatteten ersten Parteivorträgen abbrechen müssen, um dann anlässlich eines Fortsetzungstermins die Parteibefragung und insbesondere die Befragung C.____ in Anwesenheit der Parteien durchzuführen. Stattdessen habe das Amtsgericht in Verletzung ihres rechtlichen Gehörs und ihrer Partei- und Teilnahmerechte sowie in Verletzung ihres Rechts auf Beweis gänzlich auf die Parteibefragung verzichtet. Eine Rechtfertigung hierfür gebe es nicht. Die Voraussetzungen für die von der Vorinstanz bemühte antizipierte Beweiswürdigung seien nicht gegeben gewesen und die Vorinstanz habe das Konzept der antizipierten Beweiswürdigung auch lediglich deshalb angerufen, um nicht den wahren Grund für den Verzicht auf die Parteibefragung offenlegen zu müssen. Der wahre Grund für den Verzicht auf die Parteibefragung hätte ebendiesen Verzicht gerade nicht zu rechtfertigen vermocht. Denn das Ansinnen der Vorinstanz, die Hauptverhandlung auf jeden Fall durchzuführen, um das Verfahren vor Jahresende abzuschliessen zu können und der Wunsch nach prozeduraler Absicherung des unzulässigen Säumnisentscheids, rechtfertigten es nicht, ihr das Recht auf Beweis abzuschneiden und ihr rechtliches Gehör zu verletzen. Die Säumigerklärung C.____ durch die Vorinstanz sei sodann ebenfalls zu Unrecht erfolgt. Wie aufgezeigt, sei es C.____ bei objektiver Betrachtung nicht möglich gewesen, legal in die Schweiz einzureisen. In jedem Fall habe ihm eine solche Einreise aufgrund der damit einhergehenden Quarantänepflichten, die insbesondere auch bei Rückkehr in die USA gegolten hätten, nicht zugemutet werden können. Unabhängig davon habe die Vorinstanz dem Parteivertreter durch das sture Beharren auf Durchführung der Hauptverhandlung nicht den Schutz angedeihen lassen, auf den er Anspruch habe. Denn die gesundheitlichen Risiken einer Interkontinentalreise während grassierender Pandemie würden schwerer wiegen als der Wunsch der Vorinstanz, das Verfahren vor Jahresende abzuschliessen. Entsprechend sei auch die anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2020 erfolgte Säumigerklärung C.____ beziehungsweise der Beklagten zu Unrecht erfolgt, womit eine weitere Gehörsverletzung der Beklagten beziehungsweise eine weitere Verletzung des Rechts auf Beweis einhergehe. Die aufgezeigten Rechtsverletzungen und Verfahrensfehler müssten die Aufhebung des Entscheids und die Rückweisung desselben an die Vorinstanz zu Folge haben. Die Vorinstanz werde in der Folge eine neue Hauptverhandlung unter Anwesenheit von C.____ durchführen müssen, wobei anlässlich dieser Hauptverhandlung auch die Parteibefragung C.____ zu erfolgen habe.

1.3.1 Die Amtsgerichtspräsidentin ■ Instruktionsrichterin der Vorinstanz ■ hatte am 19. Dezember 2019 die Beweisverfügung erlassen (AS 162 f.). Sie bewilligte dabei unter anderem die von beiden Seiten beantragte Parteibefragung und ersuchte die Parteien um Mitteilung, mit welchen Personen die Parteibefragung durchzuführen sei (Ziffern 1 und 3 der Verfügung). Nach Eingang der entsprechenden Meldungen verfügte sie am 6. Februar 2020, anlässlich der Hauptverhandlung werde die Parteibefragung für die Klägerin mit D.____ und für die Beklagte mit C.____ durchgeführt (Ziffern 2 ■ 4 der Verfügung). Gleichzeitig lud sie die Parteien und ihre Vertreter zur amtsgerichtlichen Hauptverhandlung auf 25. August 2020 vor.

1.3.2 Art. 154 ZPO sieht vor, dass Beweisverfügungen jederzeit abgeändert oder ergänzt werden können. Am Beschluss des Amtsgerichts, entgegen einer früheren Verfügung nun

doch keine Parteibefragungen mit der Klägerin und der Beklagten durchzuführen, ist daher vom Grundsatz her nichts auszusetzen. Es ist ohne Weiteres möglich, auf ein zunächst bewilligtes Beweismittel später zu verzichten, zum Beispiel, wenn das Gericht bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung zur Erkenntnis gelangt, eine entsprechende Beweisabnahme sei für den Entscheid nicht erforderlich. Diese Voraussetzung lag vor, was sich auch daran zeigt, dass über die vorliegende Berufung ebenfalls ohne Durchführung einer Parteibefragung befunden werden kann.

Dazu kommt, dass das Amtsgericht die Beklagte zu Recht als säumig erachtete. Gemäss Art. 147 Abs. 1 ZPO ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Die Amtsgerichtspräsidentin hatte am 12. August 2020 ein erstes Gesuch der Beklagten vom 4. August 2020 um Verschiebung des Verhandlungstermins abgewiesen (AS 179). Am 19. August 2020 wies sie auch das erneute Verschiebungsgesuch der Beklagten ab (AS 182). Der zur Parteibefragung vorgeladene Vertreter der Beklagten, C.____, war somit verpflichtet, zur Hauptverhandlung zu erscheinen. An den beiden Verfügungen der Amtsgerichtspräsidentin ist nichts auszusetzen. Die Beklagte hatte die Umstände, welche die Teilnahme von C.____ angeblich verunmöglichten, in den beiden Eingaben an die Vorinstanz nicht substantiiert. Die persönliche Teilnahme von C.____ wäre denn auch nicht unmöglich oder unzumutbar gewesen. Die Klägerin hatte dies in ihrer Stellungnahme vom 11. August 2020 zum ersten Verschiebungsgesuch der Beklagten ausführlich und zutreffend dargelegt (AS 177 f.). Diese Stellungnahme war der Beklagten umgehend zusammen mit der Verfügung, dass das Verschiebungsgesuch abgewiesen werde, zugestellt worden (Verfügung der Amtsgerichtspräsidentin vom 12. August 2020, AS 179). Die Beklagte hatte auch nie den Einsatz einer damals möglichen Videokonferenz beantragt.

1.3.3 Die Berufungsklägerin wirft dem Amtsgericht vor, die rechtfertigenden Ausführungen, C.____ hätte eben in Quarantäne gehen und dort im Homeoffice arbeiten sollen, seien anmassend. Immerhin handle es sich bei C.____ um den CEO der Beklagten. Dieser Vorwurf ändert nichts daran, dass die Beklagte nicht belegte, weshalb es ihr nicht möglich war, den von der Klägerin und auch der Vorinstanz aufgezeigten Weg, gestützt auf eine Ausnahmegewilligung an der Verhandlung teilzunehmen, zu beschreiten. Die ZPO enthält für die Erscheinungspflicht eines CEO keine besonderen Bestimmungen. Der Verzicht auf die Befragung der Parteien an der Hauptverhandlung vom 25. August 2020 kam nicht überraschend. Die Amtsgerichtspräsidentin hatte in ihrer Verfügung vom 19. August 2020 angekündigt, dass nach Durchführung der ersten Parteivorträge sowie der Befragung von D.____ im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung entschieden werde, ob die Befragung von C.____ notwendig sei. Es sind auch sonst keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Vorinstanz, wie die Berufungsklägerin behauptet, die Hauptverhandlung auf Biegen und Brechen hat durchführen wollen. Rechtsverletzungen und Verfahrensfehler sind keine auszumachen. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet.

E. 2

Die B.____ (nachfolgend: Klägerin) reichte am 19. April 2018 gegen die A.____ (nachfolgend: Beklagte) beim Richteramt Solothurn-Lebern eine Forderungsklage ein. Die Klägerin verlangte von der Beklagten die Bezahlung eines nach einer Lieferung von 100'000 Quarzwerken noch offenen Restbetrages von CHF 1'033'805.60. Weiter forderte sie CHF 1'129'130.00 für von der Beklagten bestellte und zur Auslieferung bereit stehende

5'600 mechanische Uhrwerke. Für die örtliche Zuständigkeit des Richteramtes Solothurn-Lebern berief sie sich auf eine in ihren Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen (AGB) enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung. Die Beklagte bestritt die Gültigkeit der von der Klägerin angerufenen Gerichtsstandsvereinbarung und beantragte, da die Zuständigkeit auch nicht anderweitig begründet werden könne, auf die Klage nicht einzutreten. Eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen.

E. 2.1

Die Klägerin beruft sich für die umstrittene örtliche Zuständigkeit auf eine in ihren AGB vom 1. Juli 2009 enthaltene Gerichtsstandsklausel (Urkunde 8 der Klägerin). Die entsprechende Ziffer 18 der AGB lautet wie folgt:

18.1 Die Verträge der Lieferantin unterstehen ausschliesslich schweizerischem Recht. Gerichtsstand ist nach Wahl der Lieferantin Grenchen oder der allgemeine Gerichtsstand des Käufers.

18.2 Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.04.1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) wird ausdrücklich ausgeschlossen.

2.2.1 Die Parteien sind sich einig und es trifft zu, dass die Gültigkeit dieser Vereinbarung anhand von Art. 23 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12) zu prüfen ist. Art. 23 Ziff. 1 LugÜ bestimmt Folgendes:

Haben die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates hat, vereinbart, dass ein Gericht oder die Gerichte eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates zuständig. Dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates sind ausschliesslich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Eine solche Gerichtsstandsvereinbarung muss geschlossen werden:

a) schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung; oder

b) in einer Form, welche den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien entstanden sind; oder

c) im internationalen Handel in einer Form, die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kannten oder kennen mussten und den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmässig beachten.

2.2.2 Gepflogenheiten im Sinne von Art. 23 Ziff. 1 lit. b dieser Bestimmung sind Gewohnheiten, die sich lediglich zwischen den Parteien aufgrund einer länger dauernden Geschäftsbeziehung oder Übung entwickelt haben, wenn mit anderen Worten länger dauernde und wiederholte Geschäftsbeziehungen eine Art interne Praxis zu begründen vermögen. Bei einer Gepflogenheit muss es sich um eine Übung handeln, auf die sich die Parteien tatsächlich geeinigt haben; die Gepflogenheit als solche ersetzt nicht das materielle Gültigkeitserfordernis der Einigung. Es genügt also nicht, dass eine Gerichtsstandsklausel lediglich wiederholt auf Rechnungen oder Auftragsbestätigungen abgedruckt wird. Handelt es sich hingegen um eine laufende Geschäftsbeziehung, die in ihrer Gesamtheit den AGB

mit Gerichtsstandsklausel einer Partei unterliegt, und hat sich die Gepflogenheit entwickelt, einzelne Geschäfte nach den AGB dieser Partei abzuwickeln, gilt die Gerichtsstandsvereinbarung auch dann, wenn ein einzelnes Geschäft mündlich abgeschlossen wird (Bernhard Berger, in: Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2015, N 49 zu Art. 23 LugÜ). Eine Einigung wird vermutet.

2.2.3 Auch eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 23 Ziff. 1 lit. c LugÜ setzt als materielles Gültigkeitserfordernis eine Einigung der Parteien voraus. Voraussetzung ist, dass sich die Prorogation auf ein Geschäft des internationalen Handels bezieht. Der Begriff des Handels wird weit gefasst; auf die Eigenschaft als kaufmännisches Unternehmen kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass das Geschäft gewerblichen Zwecken dient. Die Internationalität ist gegeben, wenn das Geschäft einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist. Das Vorliegen eines Handelsbrauchs muss für den Geschäftszweig, in dem die Parteien tätig sind, nachgewiesen werden. In dieser Branche besteht ein Handelsbrauch, wenn die dort tätigen Kaufleute bei Abschluss einer bestimmten Art von Verträgen allgemein und regelmässig ein bestimmtes Verhalten befolgen. Der Handelsbrauch muss sich demnach nicht auf das Abschliessen von Gerichtsstandsvereinbarungen, sondern allgemein auf den Abschluss von Verträgen in der betreffenden Branche beziehen. Den für die Praxis wohl wichtigsten Anwendungsfall von Abs. 1 lit. c stellt das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben dar. Es entspricht heute einem über die Grenzen hinweg anerkannten Grundsatz, dass ein unwidersprochen gebliebenes kaufmännisches Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Wirkung hat, es sei denn, der Inhalt des Schreibens weiche derart vom erzielten Verhandlungsergebnis ab, dass der Verfasser nach Treu und Glauben nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen durfte. Eine Gerichtsstandsvereinbarung kann deshalb im internationalen Handel auch dadurch verbindlich werden, dass eine Partei der anderen unwidersprochen das erzielte Verhandlungsergebnis bestätigt, und zwar selbst dann, wenn der Gerichtsstand erst im Bestätigungsschreiben erstmals erwähnt wird. Selbstverständlich müssen auch in diesem Fall die subjektiven Voraussetzungen von Abs. 1 lit. c erfüllt sein, was dazu führen kann, dass die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung verneint werden muss, wenn der Schweigende den Handelsbrauch nicht kennen musste (Berger, a.a.O., N 50 ff., mit Hinweisen).

2.3.1 Das Amtsgericht befasste sich zunächst mit der Frage, ob es gestützt auf Art. 23 Ziff. 1 lit. b LugÜ örtlich zuständig sei. Es erwog, die Parteien seien zur Zeit, als die vorliegend umstrittenen Verträge verhandelt und abgeschlossen worden seien, in einer laufenden Geschäftsverbindung gestanden. Im Zuge derselben hätten sie in regelmässigen Abständen neue Verträge über die Lieferung von Uhrwerken jeweils nach dem gleichen Vorgang abgeschlossen. Sie hätten verhandelt und sich zunächst mündlich oder auf dem Korrespondenzweg über die Konditionen einer neuen Bestellung geeinigt. Im Anschluss daran habe die Klägerin eine Auftragsbestätigung ausgestellt, die das Verhandlungsergebnis schriftlich festgehalten habe. Die jeweiligen Auftragsbestätigungen hätten den deutlich erkennbaren Verweis auf die AGB der Klägerin enthalten und seien von der Beklagten unwidersprochen und ohne Vorbehalt entgegengenommen worden. Auf dieser Grundlage sei das Geschäft in der Folge abgewickelt worden. Aus den früheren, jeweils unwidersprochen gebliebenen Auftragsbestätigungen sei der Beklagten bekannt gewesen, dass die Klägerin ihre AGB einbeziehe. Somit habe die Beklagte während der Verhandlungen über die hier umstrittenen Einzelverträge und beim Abschluss derselben

gewusst, dass die AGB der Klägerin nach deren Willen Vertragsbestandteil bildeten. Nach der bestehenden Gepflogenheit, das heisst mit vorgängiger Willenseinigung und anschliessender schriftlicher Bestätigung, hätten die Parteien am 18. November 2014, am 1. Dezember 2014 sowie am 4. November 2015 Verträge abgeschlossen. Sämtliche Auftragsbestätigungen zu diesen Geschäften hätten wiederum den expliziten Verweis auf die AGB der Klägerin enthalten. Gegen diese habe die Beklagte keine Einwände erhoben. Damit stehe fest, dass sich die Parteien basierend auf den erwähnten Auftragsbestätigungen auf die AGB und die Gerichtsstandsklausel, welche in den AGB enthalten sei, geeinigt hätten. Das angerufene Gericht sei daher zur Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit örtlich zuständig.

2.3.2 Die Beklagte und Berufungsklägerin rügt zusammengefasst und im Wesentlichen, erstellt sei nur, dass zu verschiedenen Zeitpunkten in der Vergangenheit auf der Webseite der Klägerin wohl ein PDF-Dokument mit AGB habe heruntergeladen werden können. Die Klägerin habe aber nie bewiesen, dass die von ihr vorgelegten AGB die zu den relevanten Zeitpunkten geltende Fassung sei. Die von ihr eingereichten AGB und die darin enthaltene Gerichtsstandsklausel seien daher bereits aus diesem Grund unbeachtlich. Weiter seien die Formerfordernisse von Art. 23 Abs. 1 LugÜ nicht erfüllt und es sei auch keine Einigung in Bezug auf die Gerichtsstandsvereinbarung zustande gekommen. Unstreitig sei, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. a LugÜ vorliegend nicht erfüllt seien. Streitig sei einzig, ob die Gerichtsstandsklausel den Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 lit. b oder c LugÜ genüge. Es gehe daher an der Sache vorbei, wenn die Vorinstanz unter Berufung auf BGE 139 III 345 E. 4.4.1 argumentiere, es sei dem Vertragspartner zumutbar, einem Hinweis des AGB-Verwenders auf seine Internetseite nachzugehen und die AGB dort zur Kenntnis zu nehmen. Die Vorinstanz übergehe, dass es im zitierten Bundesgerichtsentscheid gerade nicht um die Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 lit. b oder c LugÜ gegangen sei, sondern um die Erfüllung der Formerfordernisse gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. a LugÜ. Ein solcher Fall liege hier unbestrittenermassen nicht vor. Auch gehe es hier nicht darum, dass der Verweis auf die Abrufbarkeit der AGB wie in BGE 139 III 345 in einem Vertrag erfolgt, der per E-Mail zugestellt worden sei. Vielmehr beziehe sich die Klägerin lediglich auf angebliche Auftragsbestätigungen, auf denen der Hinweis auf die Abrufbarkeit der AGB auf ihrer Webseite abgedruckt worden sei. BGE 139 III 345 sei daher nicht einschlägig. Die Vorinstanz lege zwar zunächst korrekt dar, dass sich die Parteien zu Beginn ihrer Geschäftsbeziehung zumindest einmal auf die Gerichtsstandsklausel oder die AGB, die eine solche Klausel enthielten, hätten einigen müssen, da die Gepflogenheit nur die Schriftform, nicht jedoch die Einigung ersetzen könne. Sie ziehe dann aber falsche Schlüsse, beziehungsweise leite alleine aus der bestehenden Geschäftsbeziehung und dem wiederholt abgedruckten Hinweis auf die AGB in den Auftragsbestätigungen der Klägerin und deren widerspruchslose Entgegennahme ab, dass eine eigentliche Einigung auf die AGB der Klägerin und die darin enthaltene Gerichtsstandsklausel erfolgt sei. Falsch sei bereits, dass die Parteien in einer laufenden Geschäftsbeziehung gestanden seien, im Zuge derer die Parteien in regelmässigen Abständen neue Verträge über die Lieferung von Uhrwerken jeweils nach der gleichen Vorgehensweise abschlossen hätten. Unter anderem sei nicht zutreffend, dass die früheren Order Confirmations vom 16. Dezember 2013 und vom 13. März 2014 die Gepflogenheiten im Rahmen der Geschäftsbeziehung der Parteien aufzeigten, insbesondere in Bezug auf Besprechung, mündliche Vereinbarung, Ausstellung der Order Confirmation sowie entsprechende Abwicklung. Es sei völlig unklar, wie die Vorinstanz angesichts der

vorliegenden Unterlagen zu diesem Schluss habe kommen können. Frühere Bestellungen zeigten, dass von einer langandauernden, wiederholten und immer gleich ablaufenden Geschäftsbeziehung keine Rede sein könne. Sie habe im vorinstanzlichen Verfahren auch aufgezeigt, dass die Parteien in der Vergangenheit ihre Geschäfte gerade nicht einheitlich, sondern jeweils auf unterschiedliche Weise abgeschlossen, beziehungsweise abgewickelt hätten. Die Feststellung der Vorinstanz, dass die Geschäfte auf der Grundlage der AGB abgewickelt worden seien, sei schlicht falsch und auch völlig aus der Luft gegriffen. Die Klägerin habe nichts dergleichen behauptet, geschweige denn bewiesen. Vielmehr habe sie selber bewiesen, dass es kein einheitliches Muster in der Geschäftsanbahnung zwischen den Parteien gegeben habe. Die AGB hätten dabei in der Geschäftsbeziehung der Parteien nie eine Rolle gespielt. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung genüge es nicht, wenn eine Gerichtsstandsklausel im Rahmen der AGB einer Partei auf der Rückseite eines auf dem Geschäftspapier dieser Partei niedergelegten schriftlichen Vertrags abgedruckt sei, denn es sei nicht sicher, dass die andere Partei tatsächlich einer Klausel zugestimmt habe, die von den allgemeinen Regeln abweiche. Die Klägerin habe mit ihr insgesamt nur zwei andere Geschäfte abgeschlossen. Es verbiete sich, aus diesen beiden Bestellungen irgendwelche Schlussfolgerungen zu ziehen, denn die Klägerin habe weder behauptet noch belegt, wie es zum angeblichen Vertragsschluss in diesen Fällen gekommen sei. Ausserdem könne bei lediglich zwei früheren Geschäften nicht von einer langandauernden, wiederholten und immer gleich ablaufenden Geschäftsbeziehung die Rede sein.

2.3.3.1 Die Klägerin beruft sich für den eingeklagten Restbetrag von CHF 1'033'805.60 aufgrund einer Lieferung von 100'000 Quarzwerken auf eine Auftragsbestätigung («Order Confirmation») vom 18. November 2014 (Urkunde 5). Für den Anspruch auf Zahlung von CHF 1'129'130.00 stützt sie sich auf zwei weitere Auftragsbestätigungen vom 1. Dezember 2014 (Urkunde 6) und vom 4. November 2015 (Urkunde 7). Alle drei Auftragsbestätigungen enthalten den Hinweis auf die AGB der Klägerin («Only the general terms of sale and delivery of B. ___ under «www.[...]ch» are applicable»). Die Klägerin reichte zwei frühere Auftragsbestätigungen vom 16. Dezember 2013 und vom 13. März 2014 über die Lieferung von Uhrwerken ein, die denselben Verweis auf die AGB der Klägerin enthielten (Urkunde 9). Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Beklagte jemals widersprochen hätte und die Geschäfte nicht entsprechend diesen Auftragsbestätigungen abgewickelt worden wären. Dass den Auftragsbestätigungen Verhandlungen über die Konditionen vorausgingen, liegt ebenso auf der Hand wie die Tatsache, dass sich die Parteien geeinigt haben müssen, ansonsten die Geschäfte nicht entsprechend abgewickelt worden wären. Der Beklagten war mithin bekannt, dass die AGB nach dem Willen der Klägerin beim Kauf von Uhrwerken jeweils Vertragsbestandteil bilden.

2.3.3.2 Was die Beklagte und Berufungsklägerin dagegen vorbringt, vermag daran nichts zu ändern. Gegen die Feststellung der Vorinstanz, die AGB seien auf der Internetseite der Klägerin stets abrufbar gewesen, bringt sie nichts Substantiiertes vor. Im Gegenteil hat die Klägerin belegt, dass die AGB auf ihrer Internetseite im relevanten Zeitraum durchgehend abrufbar waren (Urkunde 37). Einem Vertragspartner ist zumutbar, einem Hinweis des AGB-Verwenders auf seiner Internetseite nachzugehen und die AGB dort zur Kenntnis zu nehmen (BGE 139 III 345 E. 4.4.1). Es liegt nicht ein Fall vor, in welchem die Klägerin die Gerichtsstandsklausel lediglich wiederholt in Auftragsbestätigungen abgedruckt hätte. Zwischen den Parteien bestand vielmehr eine laufende Geschäftsbeziehung, die in ihrer

Gesamtheit den AGB mit einer Gerichtsstandsklausel unterlag. Diese AGB sehen ■ neben der Gerichtsstandsklausel ■ im Übrigen ausdrücklich vor, dass der Vertrag mit der schriftlichen Auftragsbestätigung durch die Lieferantin zustande kommt (Urkunde 8, Ziffer 3.2). Auch aus dem von ihr erwähnten Geschäft vom Oktober 2013 kann die Berufungsklägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, wurde dieses doch nicht umgesetzt. Die Behauptung, auf der Grundlage der Auftragsbestätigungen vom 16. Dezember 2013 und vom 13. März 2014 seien gar keine Verträge abgeschlossen worden, erhebt die Beklagte im Berufungsverfahren zum ersten Mal und ist damit unzulässig (Art. 317 ZPO).

2.3.3.3 Nach dem Gesagten ist somit davon auszugehen, dass die Parteien in Bezug auf die Lieferung von 100'000 Quarzwerken und von 5'600 mechanischen Uhrwerken eine Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen haben in einer Form, welche den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien aufgrund früherer Lieferungen von Uhrwerken bestanden. Dieser Vereinbarung zufolge ist Gerichtsstand nach Wahl der Klägerin [] oder der allgemeine Gerichtsstand der Beklagten. Die Vorinstanz bejahte ihre Zuständigkeit daher zu Recht.

2.4.1 Das Amtsgericht führt im angefochtenen Urteil zur Zuständigkeitsnorm von Art. 23 Ziff. 1 lit. c LugÜ aus, die Parteien gehörten als Vertragsparteien der gleichen Branche an und das Geschäft diene gewerblichen Zwecken. Das Handelsgeschäft sei zudem international, da die beiden Gesellschaften ihren Sitz in verschiedenen Staaten hätten. Die Parteien hätten bereits vor den hier umstrittenen Verträgen wiederholt nach gleichem Ablauf miteinander Geschäfte abgeschlossen und abgewickelt. So hätten sie im Dezember 2013 einen Vertrag über die Lieferung von 2■300 Uhrwerken für CHF 544■180.00 abgeschlossen, den die Klägerin mit Auftragsbestätigung vom 16. Dezember 2013 schriftlich bestätigt habe. In dieser Auftragsbestätigung sei auf die AGB und damit einhergehend auf die dort enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung verwiesen worden. Im März 2014 hätten die Parteien einen Vertrag über die Lieferung von 1■000 Uhrwerken für CHF 79■700.00 geschlossen, den die Klägerin mit Auftragsbestätigung vom 13. März 2014 schriftlich bestätigt habe. Auch in dieser Auftragsbestätigung sei auf die AGB und damit einhergehend auf die dort enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung verwiesen worden. Dass diese Geschäfte in der Folge abgewickelt, das heisst die Uhrwerke von der Klägerin geliefert und die Beklagte die Rechnungen beglichen habe, sei unbestritten. Die Klägerin sei ein in der Herstellung von und im Handel mit Uhren und Uhrwerken tätiges Unternehmen und die Beklagte befasse sich mit der Produktion und dem Handel mit Uhren. Beim Geschäftszweig, in welchem die Parteien agierten, handle es sich um ein Massengeschäft, was sich insbesondere an den vorliegend umstrittenen Lieferungen zeige, welche sich auf grosse Mengen an Uhrwerken zu verhältnismässig kleinen Stückpreisen beziehen würden. In derartigen Massengeschäften sei es üblich, die wesentlichen Vertragspunkte wie Kaufgegenstand, Menge, Spezifikation und Preis zu verhandeln und für die weiteren Einzelheiten auf die AGB, welche unter Umständen eine Gerichtsstandsvereinbarung enthielten, zu verweisen. Wie sich aus dem vorliegenden Sachverhalt ergebe, sei es in der hier relevanten Branche auch geläufig, eine mündlich, telefonisch oder auf dem Korrespondenzweg wie zum Beispiel per E-Mail erzielte Willenseinigung nachträglich mittels Auftragsbestätigung schriftlich zu bestätigen. Die Beklagte sei aufgrund der früheren Geschäfte mit diesem Brauch vertraut gewesen. Bereits die damaligen Auftragsbestätigungen, welche einen Verweis auf die AGB der Klägerin und damit auf die dort enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung enthalten hätten, habe sie ohne

Vorbehalt entgegengenommen. Da die Parteien schon früher untereinander Geschäftsbeziehungen angeknüpft hätten, sei der Beklagten die Kenntnis des Handelsbrauchs zu unterstellen. Dazu komme, dass von der Beklagten, welche ein seit 1996 in der Uhrenbranche tätiges Unternehmen sei, erwartet werden dürfe, dass sie mit den Handelsbräuchen ihres Geschäftszweigs vertraut sei. Im vorliegend interessierenden Geschäftszweig entspreche es einem Handelsbrauch, dass ein Bestätigungsschreiben inklusive dem darin verwiesenen Gerichtsstand, als genehmigt gelte, wenn darauf nicht reagiert oder geschwiegen werde, und dass auf diese Weise der entsprechende Vertrag zustande komme. Aufgrund dieses Handelsbrauchs habe das Schweigen der Beklagten auf die diversen Auftragsbestätigungen, welche als kaufmännische Bestätigungsschreiben zu qualifizieren seien, die in den AGB der Klägerin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung begründet. Die örtliche Zuständigkeit sei daher auch unter diesem Gesichtspunkt gegeben.

2.4.2 Die Berufungsklägerin wendet ein, die Annahme eines Handelsbrauchs durch die Vorinstanz sei bereits deswegen falsch, weil die Klägerin den Nachweis dieses Handelsbrauchs nicht erbracht habe. Im vorinstanzlichen Verfahren habe sie dazu lediglich ausgeführt, es sei erforderlich, dass es in dem Geschäftszweig, in dem die Parteien tätig seien, einem Brauch entspreche, dass ein Bestätigungsschreiben als genehmigt gelte, wenn darauf nicht reagiert oder geschwiegen werde und dieser Brauch bekannt sei oder als bekannt vorausgesetzt werden könne. Um dies zu belegen, habe die Klägerin jedoch lediglich auf den vorliegenden Sachverhalt Bezug genommen und behauptet, die Parteien hätten bereits vor den hier umstrittenen angeblichen Verträgen wiederholt nach dem angeblich gleichen Ablauf miteinander Geschäfte abgeschlossen und abgewickelt. Die Vorinstanz erwäge fälschlicherweise, dass sich der Handelsbrauch nicht auf das Abschließen von Gerichtsstandsvereinbarungen, sondern allgemein auf den Abschluss von Verträgen in der betreffenden Branche beziehen müsse. Dies möge zwar im Grundsatz zutreffen, könne aber insbesondere bei AGB nicht dazu führen, dass lediglich ein Verweis auf AGB in einem Bestätigungsschreiben, in denen dann ein Gerichtsstand festgelegt werde, genüge. Wenn AGB nicht ausgehändigt würden, sei es erforderlich, dass nicht nur die Einbeziehung nicht ausgehändigter AGB in den Vertrag durch bloße Bezugnahme, sondern auch gerade auf diesem Wege die Prorogation eines an sich international unzuständigen Mitgliedstaates beziehungsweise eines Gerichts in demselben einem internationalen Handelsbrauch entspreche. Dies habe die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren weder behauptet noch bewiesen. Unter Hinweis auf mehrere Autoren sei denn auch festzustellen, dass ein solcher Handelsbrauch gar nicht existiere. Die Vorinstanz beziehe sich zur Bejahung eines internationalen Handelsbrauchs aber gerade auf das Institut des kaufmännischen Bestätigungsschreibens und argumentiere, dass es im vorliegend interessierenden Geschäftszweig einem anerkannten Grundsatz entspreche, dass ein unwidersprochen gebliebenes kaufmännisches Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Wirkung habe. Dies sei nicht der Fall. Die Klägerin habe im vorinstanzlichen Verfahren entsprechend auch nicht dargelegt, dass in der betreffenden Branche eine diesbezügliche Praxis gelte, sondern lediglich allgemeine Ausführungen getätigt. Die Vorinstanz könne nun nicht einfach von sich aus und ohne jegliche Belege beispielsweise aus anderen Geschäften oder Auftragsbestätigungen und AGB anderer Branchenteilnehmer davon ausgehen, dass in der vorliegenden Branche eben dieser Handelsbrauch bestehe, wenn gerade das Gegenteil erstellt sei. Die Klägerin trage die Beweislast auch in diesem Punkt. Die Annahme eines Handelsbrauchs ersetze auch nicht die Willenseinigung der Parteien in Bezug auf die Gerichtsstandsvereinbarung. Selbst der Klägerin zufolge seien die angeblich

relevanten Verträge zwischen den Parteien und insbesondere die angeblichen Gerichtsstandsvereinbarungen erst durch ihr Schweigen auf die von der Klägerin übermittelten Auftragsbestätigungen zustande gekommen. Dies stimme aber gerade nicht mit der Definition eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens überein: Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nehme Bezug auf einen bereits abgeschlossenen Vertrag, also auf eine bereits erfolgte Willenseinigung der Parteien, wobei das Bestätigungsschreiben dessen Inhalt eben bestätige. Eine vorgängige Willenseinigung mit Bezug auf die AGB der Klägerin und damit auch in Bezug auf die Gerichtsstandsvereinbarung liege damit aber gerade nicht vor. Der Gerichtsstand sei zudem nicht im Bestätigungsschreiben angegeben worden. Vielmehr habe dieses lediglich auf AGB verwiesen, in denen wiederum dann die Gerichtsstandsvereinbarung angeblich zu finden gewesen sein soll. Dies genüge nicht. Im Übrigen seien auf Auftragsbestätigungen die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben überhaupt nicht anwendbar.

2.4.3 Bei der Auslegung des LugÜ ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_446/2018 vom 21. Mai 2019, E. 2). Dieser Rechtsprechung zufolge steht namentlich dann fest oder wird vermutet, dass die Vertragsparteien einen Handelsbrauch kennen, «wenn sie untereinander oder mit anderen in dem betreffenden Geschäftszweig tätigen Vertragspartnern schon früher Geschäftsbeziehungen angeknüpft hatten oder wenn in diesem Geschäftszweig ein bestimmtes Verhalten bei Abschluss einer bestimmten Art von Verträgen allgemein und regelmäßig befolgt wird und daher hinreichend bekannt ist, um als ständige Übung angesehen werden zu können» (Urteil des EuGH vom 20. Februar 1997, C-106/95 MSG c. Gravières Rhénanes, Rz. 24). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Die Klägerin hat nachgewiesen, dass die Parteien bereits vor den hier umstrittenen Geschäften miteinander Verträge in der gleichen Art abgeschlossen und dann auch abgewickelt hatten (Urkunde 9). Es ist damit erstellt, dass es im Geschäftsbereich der Parteien einem Handelsbrauch entspricht, dass ein Bestätigungsschreiben und der darin verwiesene Gerichtsstand als genehmigt gelten, wenn darauf nicht reagiert oder geschwiegen wird. Auch nach der Praxis des Bundesgerichts hat im kaufmännischen Verkehr ein unwidersprochen gebliebenes Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung (BGE 114 II 250 E 2a). Aufgrund der früheren Geschäfte war dieser Brauch der Beklagten bekannt. Unbestritten ist, dass die Parteien der gleichen Branche angehören, ihren Sitz in unterschiedlichen Staaten haben sowie das Geschäft gewerblichen Zwecken dient und damit ein internationales Handelsgeschäft vorliegt. Entgegen den Vorbringen der Berufungsklägerin wurde die vorliegend umstrittene Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Ziffer 18.1 der AGB damit geschlossen «in einer Form, die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kannten oder kennen mussten und den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmässig beachten (Art. 23 Ziff. 1 lit. c LugÜ). Wie die Berufungsbeklagte zutreffend bemerkt, gehen die Hinweise der Berufungsklägerin auf die Literatur und Rechtsprechung aus Deutschland an der Sache vorbei (Berufungsantwort RZ 44, Replik, RZ 38-45). Die Berufung der Beklagten ist auch in diesem Punkt unbegründet.

E. 2.5

Das Amtsgericht Solothurn-Lebern ging somit zu Recht von einer gültigen Gerichtsstandsvereinbarung und seiner örtlichen Zuständigkeit aus. Ob es auch als Gericht des Erfüllungsortes gemäss Art. 113 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht

(IPRG, SR 291) zuständig wäre, braucht bei diesem Ergebnis nicht weiter geprüft zu werden.

E. 3

Die Hauptverhandlung vor Amtsgericht fand am 25. August 2020 statt. Die Beklagte hatte zuvor mit Eingaben vom 4. und 18. August 2020 darum ersucht, die Verhandlung zu verschieben, weil wegen der Covid-19-Pandemie eine Einreise ihres zur Parteibefragung vorgeladenen Vertreters derzeit unzumutbar und entsprechend auch unverhältnismässig sei. Die Gesuche wurden von der Amtsgerichtspräsidentin mit Verfügungen vom 12. August 2020 und 19. August 2020 abgewiesen. Der Vertreter der Beklagten, C.____, erschien in der Folge nicht zur Hauptverhandlung. Die Beklagte liess beantragen, die Verhandlung nach den ersten Partevorträgen abubrechen und an einem Termin neu anzusetzen, der allen Parteien die Anwesenheit und die Wahrung ihrer Rechte ermögliche. Das Amtsgericht stellte hierauf fest, die Beklagte sei säumig und beschloss, die Hauptverhandlung ohne Parteibefragung ■ weder mit der Klägerin noch der Beklagten ■ fortzusetzen. Am 26. August 2020 fällte es sodann folgendes Urteil:

E. 3.1

Die Berufungsklägerin rügt für den Fall, dass von einer gültigen Gerichtsstandsvereinbarung ausgegangen werde, die Vorinstanz sei zu Unrecht von gültigen Verträgen ausgegangen. Weder seien die AGB der Klägerin in die Verträge einbezogen worden noch sei eine Einigung auf den Kaufpreis erfolgt.

E. 3.2

Den AGB der Klägerin zufolge unterstehen die mit ihr geschlossenen Verträge ausschliesslich schweizerischem Recht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG, SR 0.221.211.1) wird ausdrücklich ausgeschlossen (Urkunde 8, Ziffer 18). Das Amtsgericht erachtete die AGB als Vertragsbestandteil und die Rechtswahl als gültig. Zur Begründung verwies es auf die mehrjährige Geschäftsbeziehung der Parteien, die in der gleichen Branche tätig seien, regelmässig per E-Mail kommunizierten und in dieser Form auch Bestellungen vereinbarten. Im internationalen Handel sei die Verwendung von AGB nichts Ungewöhnliches. Sämtliche in Frage stehenden Auftragsbestätigungen würden auf die AGB der Klägerin verweisen (Urkunden 5 bis 7). Die Beklagte habe zudem beim Vertragsschluss die AGB zur Kenntnis nehmen können, seien sie doch auf der Internetseite der Klägerin stets abrufbar gewesen (Urkunde 37). Auch im Rahmen früherer Geschäfte zwischen den Parteien sei in den Auftragsbestätigungen jeweils auf die entsprechenden AGB verwiesen worden (Urkunde 9). Gegen keine dieser Auftragsbestätigungen und damit einhergehend auch nicht gegen den darin erwähnten Verweis auf die AGB habe die Beklagte Widerspruch erhoben. Wäre sie mit dem Einbezug der AGB nicht oder nicht mehr einverstanden gewesen, hätte sie dies der Klägerin während der Verhandlungen mitteilen müssen. Von einem einseitigen Nachschieben dieses Verweises auf die AGB könne somit nicht die Rede sein. Vielmehr sei in jeder Order Confirmation auf die AGB hingewiesen worden und sie seien auf der Internetseite jederzeit verfügbar gewesen. Unter diesen Umständen stelle der Verweis der Klägerin in den Auftragsbestätigungen, dass die AGB auf ihrer Homepage abgerufen werden können, auch im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme dar.

E. 3.3

Die Berufungsklägerin bringt auch zu diesem Punkt vor, die Klägerin habe nie bewiesen, dass die von ihr ins Recht gelegten AGB die zum Zeitpunkt des angeblichen Vertragsschlusses tatsächlich geltenden und gemäss Verweis in den Auftragsbestätigungen auf ihrer Webseite abrufbaren AGB gewesen seien. Die AGB seien auch sonst nicht in die angeblichen Verträge einbezogen worden und spielten daher weder für Inhalt und Auslegung noch den eigentlichen bestrittenen Vertragsschluss eine Rolle. Sowohl für die Quarzwerke als auch für die mechanischen Uhrwerke gelte, dass die Parteien zwar verhandelt hätten, es aber selbst gemäss Sachverhaltsdarstellung der Klägerin in diesen Verhandlungen gerade nicht zum Vertragsschluss und auch nicht zum Einbezug der AGB gekommen sei. Die AGB seien nie Thema in den Vertragsverhandlungen der Parteien gewesen und hätten in der Geschäftsbeziehung zwischen ihnen keine Rolle gespielt. Die Klägerin habe nach den Vertragsverhandlungen vielmehr drei von ihr selbst als Offerten qualifizierte Auftragsbestätigungen versandt, wobei sie diesen jeweils einseitig und erstmalig noch einen Verweis auf ihre AGB beigefügt habe. Dies genüge für einen eigentlichen Einbezug der AGB in ein angebliches Vertragsverhältnis nicht. Die Klägerin habe nie bewiesen, dass die ins Recht gelegten AGB tatsächlich zu den relevanten Zeitpunkten auf ihrer Webseite abrufbar gewesen wären. Zum anderen sei sie ihrer Verschaffungsobliegenheit für die AGB nicht nachgekommen. Sie habe ihr die angeblichen AGB nie zugestellt oder in anderer Form übermittelt. Der Zugriff auf die AGB sei darüber hinaus vor Vertragsschluss zu gewährleisten. In den Auftragsbestätigungen habe die Klägerin auch nicht etwa den genauen Link zu den AGB angegeben, sondern lediglich auf ihre Startseite verwiesen. Dort seien die AGB aber nicht auffindbar, sondern man habe zunächst auf den Reiter «Products» klicken müssen und sei nur und erst dann auf einen Hinweis auf die AGB gestossen. Welche AGB dort aufgeschaltet gewesen seien, sei nicht bekannt und habe die Klägerin nicht bewiesen. Die Vorinstanz ignoriere, dass die Klägerin damit ihrer Verschaffungsobliegenheit in Bezug auf die AGB nicht nachgekommen sei. Die AGB seien somit zwischen den Parteien nicht in ihre angeblichen (bestrittenen) Vertragsbeziehungen einbezogen, sondern von der Klägerin lediglich nachgeschoben worden. Damit sei auch die Rechtswahlklausel in den AGB nicht anwendbar, womit der Ausschluss des CISG unbeachtlich sei. Das CISG sei vorliegend anwendbar.

3.4.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) werden nur Vertragsinhalt, wenn eine dementsprechende Willensübereinstimmung der Parteien vorliegt. Die Übernahme der AGB kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen. Im kaufmännischen Verkehr sind an die Einbeziehung von AGB im Vergleich zum Verkehr mit Konsumenten geringere Anforderungen zu stellen. Insbesondere kommt auch eine stillschweigende Einbeziehung in Betracht. So gelten im kaufmännischen Verkehr AGB als stillschweigend vereinbart, wenn sich Entsprechendes aus einer vorangehenden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien oder aus Handelsbrauch ergibt. Beim elektronischen Vertragsabschluss muss der Kunde die Möglichkeit haben, die AGB herunterzuladen, abzuspeichern und auszudrucken. Im Übrigen reicht der Hinweis auf die Website des AGB-Verwenders aus (Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, S. 365 ff, Rz. 45.01 ff., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

3.4.2 Die Vorinstanz begründet überzeugend und unter Hinweis auf die entsprechenden Urkunden der Klägerin, dass diese Voraussetzungen für den Einbezug der AGB in die Vertragsbeziehungen der Parteien erfüllt sind. Was die Berufungsklägerin dagegen vorbringt, vermag daran nichts zu ändern. Bei den umstrittenen Auftragsbestätigungen

(Urkunden 5 -7) handelte es sich im Gegensatz zur Darstellung der Berufungsklägerin nicht um Offerten, sondern um schriftliche Bestätigungen der vorgängig von der Beklagten in Auftrag gegebenen Bestellungen («Order Confirmation»). Die Beklagte widersprach diesen Auftragsbestätigungen, welche den Verweis auf die AGB enthielten, bis zum vorliegenden Verfahren nie. Im Fall der Quarzwerke hat die Beklagte mit ihrer Teilzahlung den Vertrag sogar teilweise erfüllt. Die Auftragsbestätigungen entsprechen den Auftragsbestätigungen früherer Geschäfte, bei denen die Klägerin ihre AGB ebenfalls miteinbezogen hatte. Aufgrund der von der Klägerin eingereichten Urkunde 37 ging das Amtsgericht zu Recht davon aus, dass die AGB auf deren Internetseite im relevanten Zeitraum durchgehend abrufbar waren. Auch wenn in den Auftragsbestätigungen lediglich auf die Startseite der Klägerin verwiesen wurde und es noch einen zusätzlichen Mausklick erforderte, um von den AGB Kenntnis zu nehmen, ist die Klägerin damit ihrer Verschaffungsobliegenheit in Bezug auf die AGB nachgekommen. Es kann deshalb auch nicht gesagt werden, die AGB seien von der Klägerin erst nachträglich einbezogen worden. Mit dem Amtsgericht ist festzustellen, dass die AGB der Klägerin Vertragsbestandteil wurden und damit insbesondere die Verträge dem schweizerischen Recht unter Ausschluss des CISG unterstehen.

E. 4

Im Anschluss an die nachträgliche Zustellung der Entscheidungsbegründung erhob die Beklagte (nachfolgend auch: Berufungsklägerin) frist- und formgerecht Berufung gegen den Entscheid. Sie stellt die folgenden Rechtsbegehren:

eventualiter zu 1.

subeventualiter zu 2.

Die Klägerin (nachfolgend auch: Berufungsbeklagte) beantragt, die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und das Urteil des Amtsgerichts zu bestätigen. Die Beklagte und Berufungsklägerin reichte eine Stellungnahme zur Berufungsantwort ein. Seitens der Klägerin und Berufungsbeklagten folgte darauf eine Eingabe mit Bemerkungen zu dieser Stellungnahme.

E. 4.1

Die Berufungsklägerin behauptet, wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren, aus den beiden Order Confirmations vom 16. Dezember 2013 und vom 13. März 2014 könne nichts in Bezug auf Besprechung, mündliche Vereinbarung, Ausstellung der Order Confirmation sowie entsprechende Abwicklung abgeleitet werden. Die Vorinstanz unterschläge sodann die Bestellung vom 29. Oktober 2013, weil diese vom behaupteten Muster abweiche und nicht in deren Würdigung des Sachverhalts passe. Im Übrigen wichen auch die angeblichen Bestellungen der mechanischen Uhrwerke vom von der Vorinstanz behaupteten Schema ab, denn auch hier lägen mindestens E-Mails auch von Seiten der Beklagten vor, die eine Bestellung ■ in Bezug auf Mengen und Lieferdaten, jedoch noch ohne Einigung über den Preis ■ bestätigten.

E. 4.2

Das Amtsgericht hielt zutreffend fest, die früheren Order Confirmations vom 16. Dezember 2013 (Urkunde 9) und vom 13. März 2014 (Urkunde 9) seien unter denselben Parteien erfolgt und stimmten vom Erscheinungsbild her (Beschreibung der Bestellung, Menge, Preis, Zahlungsfrist, Lieferdaten sowie Verweis auf AGB) mit den vorliegend umstrittenen

Auftragsbestätigungen überein (Urkunden 5 - 7). Die beiden vorherigen Order Confirmations (Urkunden 9) zeigten denn auch die Gepflogenheiten im Rahmen der Geschäftsbeziehung der Parteien auf (Besprechung, mündliche Vereinbarung, Ausstellung der Order Confirmation sowie entsprechende Abwicklung). Auf diese Weise sind auch die Bestellungen der Quarzuhrwerke und der mechanischen Uhrwerke abgeschlossen worden. Der Vorwurf, die Vorinstanz unterschläge die Bestellung vom 29. Oktober 2013, geht an der Sache vorbei, weil dieses Geschäft im Gegensatz zu den anderen unbestrittenermassen gar nicht umgesetzt wurde. Die Auftragsbestätigungen betreffend die mechanischen Uhrwerke (Urkunden 6 und 7) weichen nicht von derjenigen der Quarzuhrwerke (Urkunde 5) ab. Die entsprechenden Rügen der Berufungsklägerin sind unbegründet.

E. 5

Die Streitsache ist spruchreif. In Anwendung von Art. 316 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 212) kann darüber ohne Durchführung einer Verhandlung aufgrund der Akten entschieden werden. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen des Amtsgerichts kann grundsätzlich auf die Akten verwiesen werden. Soweit erforderlich, ist nachstehend darauf einzugehen.

II.

E. 5.1

Die Berufungsklägerin bestreitet, dass durch die Order Confirmation vom 18. November 2014 betreffend 100'000 Quarzuhrwerken (Urkunde 5), die Order Confirmation vom 1. Dezember 2014 betreffend 1'800 mechanischen Uhrwerken (Urkunde 6) und die Order Confirmation vom 4. November 2015 betreffend 3'800 mechanischen Uhrwerken (Urkunde 7) zwischen den Parteien jeweils gültige Verträge zustande gekommen seien.

5.2.1 Das Amtsgericht hielt im Zusammenhang mit den Quarzuhrwerken fest, die Parteien beziehungsweise ihre Vertreter hätten sich am 12. November 2014, in [...] zu einer Besprechung getroffen. Anlässlich dieses Treffens habe die Beklagte bei der Klägerin unter anderem 100'000 Quarzuhrwerke in mehreren Teillieferungen bestellt. Gleichzeitig habe die Klägerin der Beklagten die entsprechende Auftragsbestätigung in Aussicht gestellt (Urkunde 12). Mit E-Mail vom 17. November 2014, in welcher Bezug genommen worden sei auf die Besprechung vom 12. November 2014, habe die Klägerin die Bestellung und die Liefertermine bestätigt und die Auftragsbestätigung erneut in Aussicht gestellt (Urkunde 13). Die schriftliche Auftragsbestätigung datiere schliesslich vom 18. November 2014. Darin habe die Klägerin die Lieferung einer Gesamtmenge von 100'000 Quarzuhrwerken zu einem Stückpreis von CHF 18.75, ausmachend einen Gesamtpreis von CHF 1'875'000.00, in 20 Teillieferungen bestätigt (Urkunde 5). Die Klägerin habe der Beklagten die Uhrwerke vollständig geliefert (Urkunde 15). Am 3. September 2015 habe sie der Beklagten die vorliegend umstrittene Rechnung für elf Teillieferungen von je 5'000 Quarzuhrwerken zu einem Gesamtpreis von CHF 1'036'117.00 mit Zahlungstermin 3. Oktober 2015 gestellt. Bezüglich des Preises finde sich in der Rechnung ein Verweis auf die ursprüngliche Offerte (Urkunden 11 und 14). Aufgrund diverser Umbuchungen aus Teil- und Doppelzahlungen der Beklagten habe die Klägerin den ursprünglichen Rechnungsbetrag von CHF 1'036'117.00 auf die letztlich eingeklagte Summe von CHF 1'033'805.60 reduziert (Urkunden 14 und 16). Mit erster Mahnung vom 28. Oktober 2015 habe sie die Beklagte aufgefordert, die Rechnung vom 3. September 2015 innert zehn Tagen zu bezahlen (Urkunde 17). Am 23. November 2015 habe der CEO der Beklagten, C.____, der Klägerin

mitgeteilt, dass bei 755 Quarzuhwerken Mängel aufgetreten seien, woraufhin die Klägerin die Beklagte mit E-Mail vom 24. November 2015 aufgefordert habe, die genannten Quarzuhwerke zwecks technischer Überprüfung und gegebenenfalls zwecks Austauschs an sie zu retournieren (Urkunde 18). Mit Mahnschreiben vom 30. November 2015 habe die Klägerin die Beklagte erneut zur Bezahlung der Rechnung vom 3. September 2015 innert zehn Tagen angehalten (Urkunde 19). Am 18. Dezember 2015 habe die Beklagte der Klägerin nicht wie vereinbart nur die 755 angeblich defekten Quarzuhwerke, sondern insgesamt 4'615 Uhrwerke verschiedenster Kaliber zurückgesandt, wobei sich die Klägerin bereit erklärt habe, die Inventarisierung und Überprüfung sämtlicher 4'615 Uhrwerke vorzunehmen (Urkunden 20 und 21). Am 11. Januar 2016 habe die Klägerin die Beklagte abermals zur Zahlung der Rechnung vom 3. September 2015 innert zehn Tagen gemahnt (Urkunde 22). Mitte Februar 2016 habe die Beklagte der Klägerin unbestrittenermassen ein Los von 30'000 Stück von angeblich mangelhaften Quarzuhwerken gesandt. Am 9. August 2016 habe die Klägerin der Beklagten per Email für den fraglichen Betrag einen Ratenzahlungsplan von August bis Oktober 2016 unterbreitet (Urkunde 23). Gleichentags habe die Beklagte per Mail vorgeschlagen, den Betrag von CHF 1'033'805.60 in vier Teilzahlungen zu begleichen. Im Gegenzug habe sie von der Klägerin verlangt, die zur Prüfung retournierten und getesteten Quarzuhwerke sofort herauszugeben und im September die mechanischen Uhrwerke auszuliefern (Urkunde 24). Mit Schreiben vom 4. Oktober 2016 habe die Klägerin die Beklagte nochmals zur Zahlung der Quarzuhwerke aufgefordert und überdies Sicherheiten für die Kosten der mechanischen Uhrwerke im Betrag von CHF 1'132'570.00 verlangt, insbesondere eine Bankgarantie und einen Zahlungsplan für die überfälligen Zahlungen im Gesamtbetrag von CHF 1'033'805.60 beizubringen (Urkunde 25). Am

E. 10

Oktober 2016 habe die Beklagte geantwortet, dass der geschuldete Ausstand für die Quarzuhwerke im Betrag von CHF 1'033'805.60 in vier Teilzahlungen, per

E. 15

November, 15. Dezember, per 15. Januar und per 15. Februar beglichen werde. Im Gegenzug habe die Beklagte von der Klägerin verlangt, die zur Qualitätskontrolle retournierten, getesteten und für in Ordnung anerkannten Quarzuhwerke sofort vollständig herauszugeben und die mechanischen Uhrwerke auf Kredit zu liefern. Auf den Vorschlag einer Bankgarantie sei sie nicht eingegangen (Urkunde 26). Nach einer weiteren Mahnung vom 9. November 2016 (Urkunde 27) habe die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 6. Dezember 2016 mitgeteilt, dass sie bis zum 12. Dezember 2016 die Zahlung der ausstehenden Summe von CHF 1'033'805.60 erwarte, wobei sie der Beklagten nach Eingang derselben innert 10 Arbeitstagen die 30'000 Quarzuhwerke übersenden werde (Urkunde 28). Nachdem die Beklagte auf diese letzte Aufforderung nicht eingegangen sei, habe die Klägerin am 13. Dezember 2016 das Schlichtungsgesuch eingereicht.

5.2.2 Weiter erwog das Amtsgericht, es sei somit davon auszugehen, dass am 12. November 2014 anlässlich einer Besprechung am Sitz der Beklagten die Lieferung der 100'000 Quarzuhwerke [] vereinbart worden sei (Urkunde 12). Die dabei erzielte Willenseinigung habe die Klägerin unmittelbar danach mit E-Mail vom 17. November 2014 (Urkunde 13) und einen Tag später mit Auftragsbestätigung vom 18. November 2014 bestätigt (Urkunde 5). Der darin festgehaltene Stückpreis von CHF 18.75 für das Jahr 2014 sei der Beklagten

bereits nach einer Besprechung vom 24. Oktober 2013 beziehungsweise im Hinblick auf die Bestellung vom 29. Oktober 2013 mitgeteilt worden (Urkunden 10 und 11). Dass anlässlich der Besprechung vom 12. November 2014 Preisverhandlungen erfolgt seien, ergebe sich aus dem entsprechenden Protokoll (Urkunde 12). Gemäss diesem Protokoll habe es sich um eine «weitere» Bestellung von Quarzuhwerken [] gehandelt, womit die Beklagte den Stückpreis bereits von früheren Geschäften her, insbesondere von der Bestellung für das Jahr 2014 (Urkunde 11), gekannt haben dürfte. Darüber hinaus habe die Beklagte gegen diese Order Confirmation vom 18. November 2014 keinen Widerspruch erhoben und insbesondere auch nie den darin festgehaltenen «Special price according to the offer QL-13-308» von CHF 18.75 pro Stück bestritten oder geltend gemacht, dieser Preis weiche vom erzielten Verhandlungsergebnis ab. Insofern habe die im kaufmännischen Verkehr erfolgte, unwidersprochen gebliebene Auftragsbestätigung vom 18. November 2014 rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung, womit sie als Vertrag mit dem bestätigten Inhalt gelte.

Hinzu komme, dass das Geschäft betreffend die 100'000 Quarzuhwerke effektiv abgewickelt worden sei. Für die ersten 45'000 Quarzuhwerke habe die Beklagte den Kaufpreis von CHF 18.75 pro Stück unbestrittenermassen vollständig und widerspruchslos bezahlt. Den Betrag von CHF 1'033'805.60 für die restlichen 55'000 Quarzuhwerke habe sie beziehungsweise deren CEO, C.____, mit E-Mails vom 9. August 2015 (Urkunde 24) und vom 10. Oktober 2016 (Urkunde 26) anerkannt. Anzumerken sei, dass die Beklagte damit nicht etwa ein Vergleichsangebot unterbreitet habe, beinhalteten die Emails doch die Anerkennung des gesamten Ausstandes («Payment of balance»; Urkunden 24 und 26). Die Beklagte habe in der Klageantwort zwar vorgebracht, die Klägerin habe schlecht erfüllt beziehungsweise mangelhafte Quarzuhwerke geliefert. Die angebliche Schlechterfüllung respektive Mangelhaftigkeit lege sie jedoch nicht substantiiert dar, obwohl sie dafür beweispflichtig wäre. Dieser Einwand sei daher unbeachtlich. Daran ändere auch nichts beziehungsweise es sei auch keine Anerkennung der angeblichen Mangelhaftigkeit darin zu erblicken, dass die 30'000 Stück Quarzuhwerke, welche zur Kontrolle an die Klägerin retourniert worden seien, sich nach wie vor bei dieser befänden, mache sie daran doch mangels Bezahlung durch die Beklagte berechtigterweise ein Retentionsrecht geltend und sei in diesem Zusammenhang keine Stundung der Kaufpreisrestanz oder Ähnliches vereinbart worden. Letztlich sei anzufügen, dass die Beklagte die Konformität der gelieferten Quarzuhwerke, wie ihr E-Mail vom 10. Oktober 2016 gegenüber der Klägerin zeige, ausdrücklich anerkannt habe («We keep the movements now that we know they are OK to use»; Urkunde 26).

Angesichts der Geschäftsgepflogenheiten der Parteien, der Order Confirmation vom 18. November 2014 als unwidersprochen gebliebenes Bestätigungsschreiben, der Einigung über den Stückpreis in Anlehnung an die Offerte QL-13-308, der Lieferung von 100'000 Quarzuhwerken, der vollständigen sowie widerspruchslosen Bezahlung von 45'000 Quarzuhwerken, der Konformität der Quarzuhwerke und der Anerkennung des Ausstandes von CHF 1'033'805.60 sei der Vertrag über die Lieferung von 100'000 Quarzuhwerken zu einem Stückpreis von CHF 18.75, ausmachend einen Kaufpreis von CHF 1'875'000.00, zwischen den Parteien gültig zustande gekommen.

5.2.3 Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, es treffe nicht zu, dass am 12. November 2014 in [...] ein Vertrag abgeschlossen und die Lieferung von 100'000 Quarzuhwerken [] vereinbart worden sei. Die Vorinstanz stelle zu Unrecht auf das einseitig von der Klägerin

anlässlich des Treffens vom 12. November 2014 erstellte Protokoll ab. Das Protokoll dieses Treffens sei weder von ihr unterzeichnet noch sei sie im Verteiler für dieses Protokoll aufgeführt. Die Klägerin habe denn auch nie geltend gemacht, dass sie dem Protokoll zugestimmt oder dieses überhaupt nur gekannt hätte. Aus den gleichen Gründen könne entgegen der Vorinstanz aus dem Protokoll auch nicht abgeleitet werden, dass die Klägerin ihr eine Auftragsbestätigung in Aussicht gestellt habe. Es sei falsch, dass bereits anlässlich des Treffens vom 12. November 2014 eine Willenseinigung und damit ein Vertragsschluss erfolgt sei und die Klägerin habe dies nie behauptet. Diese habe stets geltend gemacht, dass erst ihr Schweigen zu dem von der Klägerin zugestellten Bestätigungsschreiben den Vertragsschluss begründet habe. Indem die Vorinstanz einen nicht einmal von der Klägerin behaupteten Sachverhalt für zutreffend erkläre, verletze sie die Dispositionsmaxime. Wie die Vorinstanz selbst feststelle, habe sie Bestellungen mittels Email getätigt, und zwar auch, wenn im Vorfeld anlässlich eines Treffens Vertragsverhandlungen stattgefunden hätten. Eine derartige Bestellung fehle in Bezug auf die angebliche Bestellung der 100'000 Quarzuhwerke. Die Parteien hätten sich entsprechend auch nicht über den angeblichen Preis für die 100'000 Quarzuhwerke geeinigt. Richtig sei, dass am 12. November 2014 ein Treffen stattgefunden habe, an welchem verschiedene Punkte besprochen sowie Preisdiskussionen geführt worden seien, allerdings ohne Einigung. Zutreffend sei ebenfalls, dass ihr die Klägerin am 17. November 2014 ein E-Mail geschickt und einseitig eine angeblich erfolgte Bestellung im Hinblick auf Mengen und Lieferdaten bestätigt sowie mit E-Mail vom 20. November 2014 eine Order Confirmation zugestellt habe. Die Vorinstanz übersehe aber, dass dies alles einseitig erfolgt sei. Aus einer rein einseitigen Kommunikation könne kein Vertragsschluss konstruiert werden. Auch die Erwägung der Vorinstanz, wonach der Beklagten der erst in der Auftragsbestätigung festgehaltene Stückpreis von CHF 18.75 bekannt gewesen sein soll, treffe nicht zu. Das von der Klägerin angerufene Protokoll zeige gerade, dass die Parteien anlässlich des Treffens vom 12. November 2014 diverse Preisdiskussionen geführt hätten und mache deutlich, welche Bedeutung sie dem Stückpreis eines Kalibers zugemessen habe und dass ein zu hoher Preis ein «Deal-Breaker» für sie gewesen sei. Da man keine Einigung betreffend den Stückpreis erzielt habe, vermöge ein nachgeschobener Preis in einer Order Confirmation beziehungsweise Offerte durch die Klägerin und ihr Schweigen hierauf keinerlei Wirkungen zu entfalten.

Die Parteien hätten sich anlässlich des Treffens vom 12. November 2014 nicht auf einen Preis geeinigt. Die Klägerin habe auch nie behauptet, dass der Preis der Quarzuhwerke anlässlich des Treffens am 12. November 2014 besprochen worden wäre. Folge man den Behauptungen der Klägerin, so handle es sich bei der Auftragsbestätigung vom

E. 18

November 2014 um eine eigentliche Offerte, die durch ihr Schweigen angenommen worden sein soll. Der angeblich vereinbarte Preis ergebe sich sodann lediglich aus der Auftragsbestätigung und dem dort aufgeführten Verweis auf die als Urkunde 11 eingereichte Offerte QL13-308. Aus dieser Offerte QL13-308 gehe eindeutig hervor, dass es sich bei dem Angebot insgesamt um ein «special offer» gehandelt habe. Der Preis sei somit gerade nicht allgemein gültig gewesen. Entsprechend habe nicht geschlossen werden dürfen, dass dieser Preis auch für eine angeblich verbindliche Bestellung ein Jahr später gelten würde. Eine Einigung sei auch nicht etwa durch Schweigen erfolgt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz liege mit der Auftragsbestätigung vom 18. November 2014 kein

konstitutive Wirkung entfaltendes kaufmännisches Bestätigungsschreiben vor. Bei der Auftragsbestätigung vom 18. November 2014 könne nicht von einer unmittelbaren Bestätigung im Sinne des kaufmännischen Bestätigungsschreibens gesprochen werden, weshalb die Regeln des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auch aus diesem Grund nicht anwendbar seien. Die ihr von der Klägerin am 20. November 2014 zugesandte Order Confirmation habe einen einseitig festgelegten Stückpreis beinhaltet. Dieses einseitige Nachschieben eines Preises in einer Offerte könne schon deshalb keine Wirkung entfalten, weil die Parteien im Vorfeld sehr wohl Preisdiskussionen geführt hätten, ohne aber zu einer Einigung zu gelangen. Aus ihrem Schweigen auf diese Offerte könne deshalb nichts abgeleitet werden. Eine Einigung über den Preis könne entgegen der Vorinstanz auch nicht dadurch herbeigeredet werden, dass sie einen Teil der gelieferten Quarzuhrwerke bezahlt habe. Vielmehr hätte eine Einigung betreffend den Preis bereits bei Vertragsschluss erzielt werden müssen. Durch eine spätere angeblich widerspruchslose Bezahlung bloss eines Teils der Quarzuhrwerke könne keine früher erfolgte Einigung abgeleitet werden. Ebenso wenig könne gesagt werden, mit den Emails vom 9. August 2015 und vom 10. Oktober 2016 habe sie den angeblich ausstehenden Restbetrag anerkannt. Bei diesen E-Mails habe es sich um vertrauliche Vergleichsangebote gehandelt. So sei dort insbesondere von «open a new page» sowie «we agree not to hold each other to blame for this and we start a positive relation once again» die Rede. Ein im Rahmen vertraulicher Vergleichsgespräche getätigtes Vergleichsangebot könne nie als Zugeständnis der gerade im Streit stehenden Punkte gelten. Darüber hinaus sei die Verwendung vertraulicher Vergleichsgespräche auch unzulässig, was gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO zur Unbeachtlichkeit der angeblichen Beweismittel im Verfahren führe.

5.2.4 Die Vorbringen der Berufungsklägerin sind unbegründet. Das Amtsgericht erachtete den Beweis für den von der Klägerin behaupteten Vertrag über die Quarzuhrwerke aus mehreren Gründen erbracht: Die Geschäftsgepflogenheiten der Parteien, das unwidersprochene Bestätigungsschreiben (Order Confirmation vom 18. November 2014) die vollständige und widerspruchslose Bezahlung von 45'000 Quarzuhrwerken, die Konformität der Quarzuhrwerke und die Anerkennung des Ausstandes von CHF 1'033'805.60. Aufgrund all dieser Umstände kann am Zustandekommen des Vertrages in der Tat nicht mehr gezweifelt werden. Wenn die Beklagte im Berufungsverfahren dagegen vorbringt, die Klägerin selber habe gar nie behauptet, an der Besprechung vom 12. November 2014 sei ein Vertragsschluss erfolgt, ist sie an die Replik im vorinstanzlichen Verfahren zu erinnern, in welcher die Klägerin wörtlich ausführte: «Die Lieferung der 100'000 Quarzuhrwerke [] wurde am 12. November 2014 anlässlich einer Besprechung am Sitz der Beklagten vereinbart» (Replik vom 23. Mai 2019, S. 22, RZ 66, AS 105). Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime und erst recht auch der Dispositionsmaxime ist nicht auszumachen. Die Klägerin hatte unbestrittenermassen 100'000 Quarzuhrwerke geliefert und die Beklagte 45'000 Stück davon zum Preis von CHF 18.75, der nicht vereinbart worden sein soll, bezahlt. Urkundlich erstellt ist auch, dass der CEO der Beklagten, C.____, den Betrag von CHF 1'033'805.60 mehrfach als Ausstand (payment of balance) erwähnte (Urkunden 24 und 26). Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass diese Angaben im Rahmen von vertraulichen Vergleichsgesprächen erfolgt wären, geschweige denn, dass es sich bei den entsprechenden Urkunden um rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO handelte. Die Beklagte bringt im Berufungsverfahren nichts vor, was die Feststellung der Vorinstanz, dass sie die angebliche Schlechterfüllung respektive Mangelhaftigkeit nicht substantiiert dargelegt habe, zu erschüttern vermöchte.

Die Beklagte widersprach der ihr von der Klägerin - entsprechend den zwischen den Parteien bestehenden Gepflogenheiten - zugestellten Auftragsbestätigung («Order Confirmation» [Urkunde 5], das heisst keine Offerte, wie die Berufungsklägerin behauptet) nicht. Das Amtsgericht mass ihr deshalb zu Recht wie bei den früheren Geschäften (Urkunde 9) rechtserzeugende Wirkung zu. Es bleibt damit bei dessen Feststellung, dass ein Vertrag über die Lieferung von 100'000 Quarzuhwerken zu einem Stückpreis von CHF 18.75, ausmachend einen Kaufpreis von CHF 1'875'000.00, zwischen den Parteien gültig zustande gekommen ist.

5.3.1 Zu den umstrittenen Bestellungen von mechanischen Uhrwerken (Order Confirmation vom 1. Dezember 2014 und Order Confirmation vom 4. November 2015 [Urkunde 6 und 7]) führt das Amtsgericht im angefochtenen Urteil aus, die Parteien hätten mit E-Mails vom 7. April 2014 unter anderem die Lieferung von 1'800 mechanischen Uhrwerken des Kalibers 2824-2 vereinbart (Urkunde 29). Mit schriftlicher Auftragsbestätigung vom 1. Dezember 2014 habe die Klägerin in der Folge die Bestellung von 1'800 mechanischen Uhrwerken des Kalibers 2824-2 zu einem Stückpreis von CHF 84.00, ausmachend insgesamt CHF 151'200.00, bestätigt (Urkunde 6). Weiter habe die Beklagte mit E-Mail vom 2. September 2015 insgesamt 3'800 mechanische Uhrwerke des Kalibers 7750 bestellt und um Lieferung von 1'500 Stück im April 2016, von 1'500 Stück im Juni 2016 sowie von 800 Stück im August 2016 ersucht (Urkunde 30). Diese zweite Bestellung zu einem Stückpreis von CHF 257.35, ausmachend einen Gesamtbetrag von CHF 977'930.00, habe die Klägerin mit schriftlicher Auftragsbestätigung vom 4. November 2015 bestätigt (Urkunde 7). Die mechanischen Uhrwerke seien gemäss den Vorgaben der Beklagten unter anderem mit einer Lasergravur «A.____» hergestellt worden (Urkunde 31). Mit Schreiben vom 4. Oktober 2016 habe die Klägerin die Beklagte auf die überschrittene Kreditlimite hingewiesen und ihr mitgeteilt, dass eine rasche Lieferung der mechanischen Werke nur gegen Sicherheitsleistung in Form einer Bankgarantie erfolgen könne (Urkunde 25). Die Beklagte habe demgegenüber am 10. Oktober 2016 weiterhin die umgehende Freigabe der mechanischen Werke auf Kredit verlangt (Urkunde 26). Am 6. Dezember 2016 habe die Klägerin die Beklagte zur Zahlung des ausstehenden Betrags für die mechanischen Werke aufgefordert und ihr mitgeteilt, dass die Auslieferung innert 10 Arbeitstagen nach Zahlungseingang erfolge. Gleichzeitig habe sie der Beklagten anboten, die Bestellung für die mechanischen Werke gegen Zahlung von 40% des Auftragswerts zu stornieren (Urkunde 28).

Dieser von der Klägerin mit Urkunden belegte Ablauf mache deutlich, dass auch die beiden umstrittenen Bestellungen von mechanischen Uhrwerken nach den zwischen den Parteien etablierten Gepflogenheiten abgeschlossen worden seien. Die Bestellung von 1'800 mechanischen Uhrwerken Kaliber 2824-2 sei mit E-Mails vom 4. bzw. 7. April 2014 vereinbart und anschliessend mit Auftragsbestätigung vom 1. Dezember 2014 definitiv bestätigt worden (Urkunden 6, 29 und 33). Die Bestellung von 3'800 mechanischen Uhrwerken Kaliber 7750 sei mit E-Mails vom 28. August beziehungsweise 2. September 2015 vereinbart und danach mit Auftragsbestätigung vom 4. November 2015 definitiv bestätigt worden (Urkunden 7 und 30). Zu beachten sei in diesem Zusammenhang auch die einvernehmliche Regelung zwischen der Klägerin und der Wettbewerbskommission (WEKO) beziehungsweise die damalige Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013. Gemäss dieser hätten die Kunden der Klägerin bereits im Vorjahr, jeweils bis spätestens 30. September, ihre gewünschten Mengen an mechanischen Werken für das Folgejahr

bestätigen müssen. Nach Erhalt dieser Bestellungen, habe die Klägerin vorab eine provisorische Bestellbestätigung versandt. Zugleich habe die Klägerin die Beklagte darauf hingewiesen, dass im Falle einer Preiserhöhung die provisorisch bestätigte Bestellung später wieder storniert werden könne (Urkunden 34 und 36). Auf eine von der Klägerin angekündigte Preiserhöhung (Urkunden 35) habe die Beklagte nicht reagiert. Für das Jahr 2016 sei keine Preiserhöhung erfolgt. Am 1. Dezember 2014 und 4. November 2015 habe die Klägerin der Beklagten die definitiven Auftragsbestätigungen gesandt (Urkunden 6 und 7). Die Beklagte habe gemäss den Akten weder gegen die provisorische noch gegen die definitive Auftragsbestätigung Widerspruch erhoben. Der Ablauf für die Bestellungen von mechanischen Uhrwerken sei somit stets derselbe und die Beklagte als langjährige Kundin mit diesem Ablauf vertraut gewesen, so dass sie die Bestellungen für das Folgejahr jeweils lediglich mittels kurzer E-Mails getätigt habe (Urkunden 29 und 30). Die Beklagte habe denn auch bereits vor der fraglichen Bestellung wiederholt nach dem gleichen Ablauf mechanische Uhrwerke des gleichen Kalibers und in der gleichen Ausführung bezogen (Urkunde 30: [« we hereby confirm 3800 units of caliber 7750 in the same finish as previous or-ders»] und Urkunde 33: [«Caliber ■ same execution as before 2824, Units 1800»]). Auch über die Preise sei die Beklagte vorgängig informiert worden (Urkunden 34, 35 und 36). Die Beklagte behaupte nicht, die Preise würden vom erzielten Verhandlungsergebnis abweichen und sie habe die vereinbarten Preise auch in ihrer späteren Korrespondenz nie in Frage gestellt. Es sei dabei lediglich um die Liefer- und Zahlungskonditionen gegangen (Urkunden 24 und KB 26). Die im kaufmännischen Verkehr erfolgten, unwidersprochen gebliebenen Auftragsbestätigungen vom 1. Dezember 2014 sowie vom 4. November 2015 hätten rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung, womit sie als Verträge mit dem bestätigten Inhalt zu qualifizieren seien. Angesichts der Geschäftsgepflogenheiten der Parteien, der Order Confirmations vom 1. Dezember 2014 und vom 4. November 2015 als unwidersprochen gebliebene Bestätigungsschreiben, der Einigung über den Stückpreis in Anlehnung an die jeweiligen Preislisten und der Korrespondenz betreffend Liefer- und Zahlungskonditionen seien die Verträge über 5'600 mechanische Uhrwerke zum Preis von 1'800 Stück à CHF 84.00 und 3'800 Stück à CHF 257.35, insgesamt CHF 1'129'130.00, zwischen den Parteien gültig zustande gekommen.

5.3.2 Die Berufungsklägerin rügt, entgegen den falschen Feststellungen der Vorinstanz sei es auch betreffend die mechanischen Uhrwerke zwischen den Parteien zu keinem Vertragsschluss gekommen, da kein Konsens in Bezug auf den Preis bestanden habe. Die Klägerin behaupte lediglich, die angeblich relevanten Verträge seien aufgrund ihres Schweigens auf die angeblichen Auftragsbestätigungen vom 1. Dezember 2014 und vom 4. November 2015 zustande gekommen. In der E-Mailkorrespondenz hätten sich die Parteien auf die Ware und die Menge sowie die Lieferformalitäten, nicht jedoch auf den Preis, geeinigt. Die Klägerin habe im vorinstanzlichen Verfahren denn auch nie eine solche Einigung belegt. Im Gegenteil habe sie selbst dargelegt, dass ein Stückpreis angeblich aufgrund von Vorgaben der WEKO von ihr überhaupt erst jeweils nach der Vereinbarung der zu bestellenden Stückzahlen habe kommuniziert werden können. Vor dem Versand der Auftragsbestätigungen, die erstmals einen Stückpreis enthielten, sei demnach weder nach Art. 14 CISG noch nach dem schweizerischen Obligationenrecht ein annahmefähiges Angebot vorgelegen, das von ihr hätte angenommen werden können. Die Feststellungen der Vorinstanz, der Ablauf der Bestellungen von mechanischen Werken sei stets derselbe gewesen und sie sei als langjährige Kundin mit diesem Ablauf vertraut gewesen, seien

unzutreffend. Dass die Klägerin ihr regelmässig Preislisten habe zukommen lassen und sie über Preiserhöhungen informiert habe, ändere nichts daran, dass während der Vertragsverhandlungen keine Einigung bezüglich des Preises erzielt worden sei. Dies zeige im Gegenteil gerade auf, dass die Klägerin ihr bis zur Zustellung ihrer angeblichen Auftragsbestätigungen jeweils kein abschliessendes Preisangebot unterbreitet habe. Jedenfalls reiche das einseitige Zusenden von Preisen nicht aus, um eine Annahme beziehungsweise einen Konsens zwischen den Parteien zu belegen. Die ihr im Dezember 2014 und November 2015 zugestellten Auftragsbestätigungen hätten erstmals ein abschliessendes Preisangebot der Klägerin enthalten, das sie jedoch nur durch ausdrückliche Bestätigung hätte annehmen können. Die Vorinstanz bejahe auch in diesem Fall zu Unrecht das Vorliegen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Sie habe zu keinem Zeitpunkt die von der Klägerin nach ihrem Gusto diktierten, im Anschluss an ergebnislose Preisverhandlungen nachgeschobenen Preise akzeptiert. Festzuhalten sei auch, dass sie im Rahmen vertraulicher Vergleichsgespräche unter keinen Umständen ein verbindliches Zugeständnis abgegeben habe beziehungsweise hätte abgeben können oder wollen. Die Auftragsbestätigungen seien entsprechend nicht wie kaufmännische Bestätigungsschreiben zu behandeln, sondern wie einfache Offerten unter Beifügung von einseitig durch die Klägerin bestimmten Zusätzen, unter anderem dem angeblich massgeblichen Preis. Dieser Preis sei vorgängig weder verbindlich ausgehandelt worden noch hätten sich die Parteien vorgängig darauf geeinigt. Entsprechend lägen keine Umstände vor, welche das Zustandekommen des Vertrags aufgrund ihres Schweigens auf die Offerte der Klägerin gebieten würden. Weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht sei betreffend den Preis ein Konsens gefunden worden. Die Klägerin habe entsprechend keinen Anspruch auf Kaufpreis.

5.3.3 Auch diese Rügen sind unbegründet. Die Ausführungen der Berufungsklägerin decken sich im Wesentlichen mit deren Vorbringen bei der Vorinstanz. Wie die Berufungsbeklagte zutreffend entgegnet, beruht die Schlussfolgerung des Amtsgerichts, wonach auch die Verträge über den Kauf der mechanischen Uhrwerke gültig zustande gekommen seien, auf einer eingehenden und zutreffenden Würdigung der zum Beweis offerierten Umstände und Gegebenheiten. Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden. An den Erwägungen der Vorinstanz ist nichts auszusetzen. Angesichts der von der Klägerin eingereichten Urkunden ging sie zu Recht davon aus, dass auch bezüglich dem Preis ein Konsens erzielt worden war. Bezeichnenderweise hatte die Beklagte in der Korrespondenz nach den Auftragsbestätigungen denn auch die Preise nie konkret bestritten oder angezweifelt. Thema waren einzig die Liefer- und Zahlungskonditionen. Es bleibt auch im Zusammenhang mit den mechanischen Uhrwerken dabei, dass ein gültiger Vertragsschluss vorliegt.

6.1 Das Amtsgericht stellte fest, die Klägerin habe die 100'000 Quarzuhwerke [], insbesondere die hier relevanten 55'000 Uhrwerke, vollständig geliefert und sei damit ihrer Leistungspflicht gemäss der Order Confirmation vom 18. November 2014 nachgekommen. Die Beklage andererseits habe ihre vertragliche Hauptpflicht, die Zahlung der Vergütung, bis anhin nicht erfüllt und damit den Vertrag verletzt. Die Forderung von CHF 1'033'805.60 sei fällig. An der Fälligkeit ändere auch nichts, dass 30'000 Quarzuhwerke [], welche zwecks technischer Überprüfung an die Klägerin retourniert worden seien, sich noch bei ihr befänden, habe diese daran doch ein gesetzliches Retentionsrecht nach Art. 895 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210). Auch in Bezug auf die mechanischen

Uhrwerke sei die Klägerin ihrer Leistungspflicht nachgekommen. Sie habe die von der Beklagten bestellten, spezifisch gefertigten 5'600 mechanischen Uhrwerke hergestellt und diese stünden seit Oktober 2016 zum Versand bereit und der Betrag von CHF 1'129'130.00 sei entsprechend fällig. Als es um die Lieferung gegangen sei, habe sich die Beklagte im Zahlungsrückstand befunden (Urkunde 25). Die Klägerin sei deshalb gemäss Ziffer 7.4 der AGB (Urkunde 8) berechtigt gewesen, eine Vorauszahlung beziehungsweise Sicherheitsleistung zu verlangen. Dieser Bestimmung zufolge könne die Lieferantin bei Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des Käufers, insbesondere bei Zahlungsrückstand, vor weiteren Lieferungen Vorauszahlungen oder Sicherheiten für ihre Forderungen verlangen. Angesichts des Ausstandes von CHF 1'033'805.60 seien diese Voraussetzungen erfüllt, das heisst die Klägerin sei nicht vorleistungspflichtig, sondern berechtigt gewesen, die Lieferung der mechanischen Uhrwerke von einer Vorauszahlung oder Sicherheitsleistung abhängig zu machen.

6.2 Die Berufungsklägerin bestreitet, dass der Kaufpreis, selbst wenn er geschuldet wäre, fällig geworden sei. Die Klägerin sei stets vorleistungspflichtig gewesen. Sie habe sich gemäss ihren Auftragsbestätigungen zur Lieferung auf Rechnung verpflichtet mit Erfüllungsort an ihrem Sitz in den USA. Die Klägerin sei ihrer Vorleistungspflicht jedoch nicht nachgekommen: Die mechanischen Uhrwerke seien gar nie geliefert worden und von den Quarzuhrwerken halte sie 30'000 Stück zurück, die aufgrund Mangelhaftigkeit hätten zurückgeschickt werden müssen. Die Klägerin habe in Bezug auf die 100'000 Quarzuhrwerke nur schlecht erfüllt beziehungsweise sie habe mangelhafte Quarzuhrwerke geliefert. Sie habe kein Retentionsrecht. Die Zurückbehaltung der 30'000 Uhrwerke hindere das Fälligwerden des Kaufpreises. Dasselbe gelte für den angeblich für die mechanischen Uhrwerke geschuldeten Kaufpreis, da die Klägerin auch hier ihrer Vorleistungspflicht nicht nachgekommen sei. Entgegen den falschen Feststellungen der Vorinstanz habe diese nicht in der Herstellung der 5'600 mechanischen Uhrwerke, sondern in der Lieferung dieser Uhrwerke zu den festgelegten Lieferterminen an ihren Sitz in den USA bestanden. Die Klägerin sei auch nicht berechtigt gewesen, eine Vorauszahlung beziehungsweise Sicherheitsleistung zu verlangen. Dies ergebe sich auch nicht aus den AGB der Klägerin, denn diese seien nie in das Vertragsverhältnis einbezogen worden. Der Kaufpreis habe daher gar nie fällig werden können. Die Klägerin habe sodann von sich aus in der Klage kundgetan, dass sie die mechanischen Uhrwerke nicht liefern werde beziehungsweise zu Unrecht Vorleistung von ihr verlange. Es liege mithin eine wesentliche Vertragsverletzung vor, weshalb sie im vorinstanzlichen Verfahren gemäss Art. 49 CISG hilfsweise die Aufhebung der beiden angeblich geschlossenen Kaufverträge unter Ansetzung einer Nachfrist zur Erfüllung innert 14 Tagen erklärt habe. Da die Klägerin auch in der Zwischenzeit ihrer Vorleistungspflicht nicht nachgekommen sei, seien die Verträge - sofern sie denn überhaupt gültig geschlossen seien - somit in jedem Fall aufgehoben. Die Vorinstanz habe sich zu Unrecht damit gar nicht auseinandergesetzt.

6.3 Auch diese Vorbringen der Berufungsklägerin vermögen das vorinstanzliche Urteil nicht zu erschüttern. Die Behauptung der Schlechterfüllung bleibt unsubstantiiert. Die Beklagte ist vielmehr auf ihrer Aussage im E-Mail vom 10. Oktober 2016 zu behaften: «We keep the movements now that we know they are OK to use (Urkunde 26). Die Vorinstanz ging deshalb zu Recht davon aus, dass der Klägerin an den 30'000 Quarzuhrwerken ein Retentionsrecht zusteht. Es kann dafür auf die zutreffenden Erwägungen auf Seite 24 f. des angefochtenen Urteils verwiesen werden (Erw. G). Die Forderung von CHF 1'033'805.60

wurde deshalb fällig. Und aufgrund des Zahlungsrückstandes war die Klägerin gestützt auf Ziffer 7.4 ihrer AGB (Urkunde 8), die wie vorstehend aufgezeigt Vertragsbestandsanteil waren, berechtigt, vor der weiteren Lieferung der mechanischen Uhrwerke Vorauszahlung oder Sicherheiten zu verlangen. Die Vorinstanz musste sich deshalb mit der von der Beklagten angerufenen Bestimmung von Art. 49 CISG nicht auseinandersetzen. Ganz abgesehen davon ist das CISG gemäss Ziffer 16.2 der AGB auf die Rechtsbeziehungen der Parteien gar nicht anwendbar.

7. Das Amtsgericht verpflichtete die Beklagte aus diesen Gründen zu Recht, der Klägerin die Beträge von CHF 1'033'805.60 und CHF 1'129'130.00, je zuzüglich Zins, zu bezahlen. Ob die Einwände der Beklagten wie das Amtsgericht zusätzlich erwog widersprüchlich, vertragswidrig und letztlich missbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB waren, braucht bei diesem Ergebnis nicht weiter erörtert zu werden. Die Berufung ist so oder so unbegründet und damit abzuweisen.

8. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens von CHF 50'000.00 gehen dem Ausgang entsprechend zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin. Gestützt auf die von der Berufungsbeklagten eingereichte Kostennote ist sie zudem zu verpflichten, eine Parteientschädigung von CHF 26'884.60 zu bezahlen.

Demnach widerkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 50'000.00 werden der A. ___ auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3. Die A. ___ hat der B. ___ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 26'884.60 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Der Streitwert beträgt CHF 2'162'935.60.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Die Präsidentin

Hunkeler

Die Gerichtsschreiberin

Trutmann

Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde mit Verfügung vom 25. Oktober 2022 abgeschrieben (BGer 4A_392/2022).

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