

werbsmässigen Liegenschaftenhandels erfüllen,<sup>43</sup> was bei einem reinen Halten und Verwalten eines Immobilienportfolios im Anlagevermögen nicht gegeben ist.

Schliesslich gilt ein Holdingbetrieb nur dann als Betrieb im steuerlichen Sinne, wenn mindestens zwei direkt gehaltene Beteiligungen an aktiven Gesellschaften vorhanden sind. Demgemäss muss es sich bei den fraglichen Beteiligungen wertmässig überwiegend um Beteiligungen an aktiven Gesellschaften handeln, wobei die fraglichen Beteiligungen mehrheitlich mindestens 20% des Grund- oder Stammkapitals der anderen Gesellschaften ausmachen müssen (oder auf andere Weise eine massgebende Kontrolle auf diese ermöglichen [z.B. durch Aktionärbindungsvertrag]). Der Holdingbetrieb muss tatsächlich mit eigenem Personal oder mindestens über beauftragte Personen eine Holdingfunktion im Sinne der Koordination der Geschäftstätigkeit mehrerer Tochtergesellschaften oder der strategischen Führung wahrnehmen.<sup>44</sup>

## 6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

### 6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

#### Gerichtsstandsklausel im Kleingedruckten einer E-Mail

#### Besprechung von BGer, 4A\_507/2021, 2.6.2022

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_507/2021 vom 2. Juni 2022, A. AG gegen B. SA, Beförderungsvertrag, Gerichtsstandsvereinbarung.



MICHAEL HOCHSTRASSER\*

*Erforderliche Form für eine Gerichtsstandsvereinbarung. Nachweis durch Text. Erfordernis einer eindeutigen Annahme; Schweigen genügt nicht, auch nicht im Geschäftsverkehr. Einbezug von AGB.*

### I. Sachverhalt

Die B. SA handelt mit pharmazeutischen Produkten. Sie wandte sich am 1. Juni 2019 an die Zweigstelle X. (Gemeinde im Bezirk Lugano) der im Logistik- und Transportsektor tätigen A. AG und bat diese, den Transport von zwei Paketen mit Medikamenten nach Jordanien zu organisieren. Am gleichen Tag beauftragte die B. SA die Zweigstelle X. ausserdem mit dem Versand eines Kartons mit als Betäubungsmittel geltenden Produkten in die Türkei.

Die A. AG nahm die beiden Aufträge an. Sie teilte der B. SA die Kosten von CHF 675 für den Transport nach Jordanien resp. CHF 295 in die Türkei mit und vereinbarte mit ihr per E-Mail die operativen Details. Der Transport sollte von der später in Liquidation geratenen C. SA ausgeführt werden. Am Ende der E-Mails, welche die A. AG an die B. SA schickte, stand nach der Grussformel sowie dem Namen und den Kontaktdaten der Mitarbeiter, und vor dem Hinweis auf die Vertraulichkeit der Nachricht, in kleiner Schrift auf Deutsch und Englisch:

«Wir arbeiten ausschliesslich aufgrund der Allgemeinen Bedingungen des Verbands schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen (AB SPEDLOGSWISS), neueste Fassung – Gerichtsstand ist Bülach. / We work exclusively according to the General Terms and Conditions of the Swiss Freight Forwarders and Logistics Association (CG SPEDLOGSWISS), most recent edition – Jurisdiction is Bülach.»

<sup>43</sup> Steuerbuch Luzern Bd. 2, Weisungen StG, § 26 / 75 Nr. 2.

<sup>44</sup> Kreisschreiben Nr. 5a der ESTV vom 1. Juni 2022, Ziff. 4.3.2.6.

\* MICHAEL HOCHSTRASSER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur und Titularprofessor an der Universität Zürich.

Aufgrund eines Versehens des Frachtführers landeten die für die Türkei bestimmten Waren in Jordanien und die für Jordanien bestimmten Waren in der Türkei. Die B. SA reichte gestützt auf Art. 12 ZPO am Gerichtsstand der Niederlassung, beim Pretore des Bezirks Lugano, Klage ein und verlangte Schadenersatz in Höhe von CHF 85'692.15 zuzüglich Zins.

Die A. AG erhob die Einrede der Unzuständigkeit. Sie machte geltend, aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung und Art. 33 AB SPEDLOGSWISS sei das Gericht in Bülach zuständig.

Der Pretore des Bezirks Lugano beschränkte das Verfahren vorab auf die Frage seiner Zuständigkeit, welche er mit Entscheid vom 27. November 2020 bejahte. Das Appellationsgericht des Kantons Tessin wies die dagegen gerichtete Beschwerde der A. AG ab. Das Bundesgericht weist ihre Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

## II. Urteil

Das Bundesgericht liess offen, ob die Parteien die AB SPEDLOGSWISS wirksam in den Vertrag einbezogen hatten. Hat ein Spediteur mehrere Niederlassungen, so ist nach Art. 33 Abs. 2 der AB SPEDLOGSWISS das Gericht am Sitz der Niederlassung zuständig, die den Auftrag erhalten hat. Da die B. SA den Auftrag der Zweigstelle X. im Bezirk Lugano erteilte, hätten die AB SPEDLOGSWISS ebenfalls zur Zuständigkeit des Pretore des Bezirks Lugano geführt (E. 4.2). Das Bundesgericht beschränkte seine Prüfung deshalb auf die Frage, ob der Hinweis am Ende der E-Mail als gültige Vereinbarung des Forums in Bülach zu interpretieren sei.

Vorab verwies das Bundesgericht auf Art. 17 Abs. 1 ZPO, wonach die Parteien frei sind, für einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand zu vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 17 Abs. 2 ZPO; E. 5.1 und 5.1.1).

Das Bundesgericht rekapitulierte, dass bei den Formerfordernissen nach Art. 17 Abs. 2 ZPO, Art. 5 Abs. 1 IPRG und Art. 23 LugÜ im Allgemeinen kein Unterschied bestehe.<sup>1</sup> Die darin statuierten Voraussetzungen seien restriktiv auszulegen, weil die Vereinbarung eines Gerichtsstands eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz des Gerichtsstands am Wohnsitz oder Sitz des Beklagten darstelle. Es solle verhindert werden, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung

ohne Wissen der Parteien in den Vertrag Eingang finde. Damit eine Partei sich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung berufen könne, sei es deshalb erforderlich, dass sich die Parteien tatsächlich über den Gerichtsstand geeinigt hätten und ihr gemeinsamer Wille in einer der in Art. 17 Abs. 2 ZPO, Art. 5 Abs. 1 IPRG oder Art. 23 LugÜ genannten Formen zum Ausdruck komme (E. 5.1.2).<sup>2</sup> Die Gerichtsstandsvereinbarung müsse nicht handschriftlich unterzeichnet werden. Sie könne auch aus einem Briefwechsel hervorgehen. Die Bereitschaft, eine von der anderen Partei schriftlich vorgeschlagene Gerichtsstandsvereinbarung zu akzeptieren, müsse jedoch eindeutig und ebenfalls schriftlich zum Ausdruck kommen. Unerheblich sei das verwendete Medium. Demgegenüber biete das blosses Schweigen einer Vertragspartei keine genügende Gewähr für eine bewusste Annahme. Eine in einer schriftlichen Auftragsbestätigung enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung gelte daher nicht als vereinbart, nur weil der Adressat ihr nicht widersprochen habe (E. 5.1.3).<sup>3</sup>

Da im zu beurteilenden Fall kein tatsächlich übereinstimmender Willen nachgewiesen war, prüfte das Bundesgericht, ob sich die Parteien nach objektiver Auslegung auf den Gerichtsstand Bülach geeinigt hatten (E. 5.2.2). Wie die Vorinstanzen für das Bundesgericht verbindlich feststellten, hatten die Mitarbeiter der B. SA den von der A. AG offerierten Kosten und den Flugdaten ausdrücklich zugestimmt, der Gerichtsstandsklausel hingegen nicht (E. 5.3.2). Die Gerichtsstandsklausel stand am Ende der E-Mails, in kleinen Buchstaben direkt über dem Hinweis auf den vertraulichen Charakter der Nachricht. Das Bundesgericht hielt fest, dass auch im Rahmen von Geschäftsbeziehungen einer vorgeschlagenen Gerichtsstandsvereinbarung nicht ausdrücklich widersprochen werden müsse; das Schweigen einer Vertragspartei könne nicht als bewusste Annahme gedeutet werden. Die objektive Auslegung führte demnach zum Ergebnis, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nicht gültig vereinbart wurde (E. 5.4).

## III. Anmerkungen

Das Urteil 4A\_507/2021 liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Der Wille, eine Gerichtsstandsvereinbarung zu akzeptieren, muss eindeutig zum Ausdruck kommen. Blosses Schweigen auf einen Antrag genügt nicht.

<sup>1</sup> Mit Verweis auf BGer, 4A\_592/2014, 25.2.2015, E. 2.1.

<sup>2</sup> Mit Verweis u.a. auf BGE 131 III 398 E. 6; BGer, 4A\_592/2014, 25.2.2015, E. 2.1.

<sup>3</sup> Mit Verweis u.a. auf BGE 131 III 398 E. 7.1.1; BGer, 4A\_592/2014, 25.2.2015, E. 2.1; BGer, 4A\_272/2007, 21.11.2007, E. 5.1; BGer, 4A\_323/2013, 29.11.2013, E. 4.3.3.

Fast interessanter als das, was das Bundesgericht in diesem Fall entschieden hat, ist jedoch das, was es *nicht* entschieden hat: zum einen die Frage, ob AGB wirksam in den Vertrag einbezogen werden, wenn am Ende einer E-Mail kleingedruckt auf sie verwiesen wird, zum anderen die Frage, ob eine in solchen AGB enthaltene Gerichtsstandsklausel wirksam ist.

Die erste Frage konnte das Bundesgericht offenlassen, weil der Einbezug der AB SPEDLOGSWISS im zu beurteilenden Fall ebenfalls zur Zuständigkeit des Pretore des Bezirks Lugano geführt hätte. Die Frage ist jedoch bedeutsam, weil es im Transportwesen (wie auch in anderen Branchen) häufig vorkommt, dass in einer E-Mail, einer Auftragsbestätigung oder einem Frachtbrief auf die AB SPEDLOGSWISS (oder andere AGB) verwiesen wird.

Soweit ersichtlich, sind über 70 Jahre vergangen, seitdem sich das Bundesgericht zum letzten Mal mit dem stillschweigenden Einbezug der AB SPEDLOGSWISS (in der damals gültigen Fassung von 1922) befasste. BGE 77 II 154 lag der Sachverhalt zugrunde, dass eine Kolonialwaren-Importfirma eine Transportfirma mit dem Transport von 22 Tonnen Kakaobohnen beauftragte. Die Parteien hatten die AB SPEDLOGSWISS nicht ausdrücklich einbezogen. Sie standen jedoch seit Jahren in Geschäftsbeziehung und im Jahr vor dem besagten Transport hatte die Kolonialwaren-Importfirma der Transportfirma vier grössere Transportaufträge erteilt. Bei diesen Transporten verwendete die Kolonialwaren-Importfirma ein vorgedrucktes Auftragsformular, auf dem stand: «Wir übergeben Ihnen auf Grund der <Allgemeinen Bestimmungen>, festgesetzt vom Schweizerischen Spediteurenverband, nachstehende Partie zum Abtransport.» Wie das Bundesgericht festhielt, spiele es keine Rolle, ob die Kolonialwaren-Importfirma die AB SPEDLOGSWISS je gelesen habe. Unter Kaufleuten sei es ein selbstverständlicher Grundsatz, dass AGB, auf die Bezug genommen werde, zum Vertragsinhalt würden. Es genüge, dass der Kunde ausdrücklich und in nicht zu übersehender Weise auf die AGB aufmerksam gemacht werde und die Möglichkeit habe, sich vom Inhalt Kenntnis zu verschaffen. Das Bundesgericht bejahte eine stillschweigende Vereinbarung.<sup>4</sup>

Seither hatte das Bundesgericht bei anderen AGB die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu verfeinern. BGE 77 II 154 ist im Grunde bis heute weiter gültig. Bei Verträgen mit Konsumenten lehnt die herrschende Lehre eine stillschweigende Übernahme von AGB ab.<sup>5</sup> Im Geschäftsverkehr ist ein stillschweigender Einbezug demgegenüber

grundsätzlich anerkannt, insbesondere im Fall einer laufenden Geschäftsbeziehung oder bei einem bestehenden Handelsbrauch.<sup>6</sup> Nur mit Zurückhaltung soll dies allerdings bei Kleinunternehmen gelten, die sich in einer ähnlich schwachen Verhandlungsposition befinden wie ein Konsument.<sup>7</sup> In jedem Fall ungenügend ist, wenn der Verwender erst nach Vertragsabschluss auf die AGB Bezug nimmt. Ein Hinweis im Frachtbrief oder im Lieferschein genügt deshalb nicht, sofern keine nachträgliche (ausdrückliche) Zustimmung erfolgt.<sup>8</sup>

Enthalten die AGB eine Gerichtsstandsklausel, stellt sich die Frage, ob diese ungewöhnlich ist oder allenfalls gegen Art. 8 UWG verstösst. In seiner früheren Rechtsprechung hatte das Bundesgericht Gerichtsstandsklauseln als geschäftsfremd und damit ungewöhnlich bezeichnet. Nach der vom Bundesgericht entwickelten sog. *typographischen Praxis* waren Gerichtsstandsklauseln in AGB grundsätzlich nur dann gültig, wenn sie an gut sichtbarer Stelle angebracht und deutlich hervorgehoben waren (Fettdruck, andere Farbe etc.).<sup>9</sup> Seit der klaren und abschliessenden Regelung der Formvorschriften zunächst in Art. 9 Abs. 2 GestG<sup>10</sup> und nunmehr in Art. 17 Abs. 1 ZPO bleibt kein Raum mehr für die typographische Praxis.<sup>11</sup> Nach der zutreffenden Ansicht von HAAS/HUG sind Gerichtsstandsklauseln in AGB weder geschäftsfremd noch aus anderen Gründen ungewöhnlich.<sup>12</sup> Dementsprechend ist eine Gerichtsstandsklausel in AGB grundsätzlich gültig – da AGB schriftlich abgefasst sind, ist der von Art. 17 Abs. 2 ZPO geforderte Nachweis durch Text gegeben –, auch dann, wenn sie nicht besonders hervorgehoben ist.

GIOVANNA MONTANARO, Schweizer AGB-Recht im transportrechtlichen Umfeld, *TranspR* 2021, 371 ff., 373.

<sup>6</sup> BGE 77 II 154 E. 4; INGBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020, N 45.05; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 1 OR N 321 f.; KRAMER/PROBST/PERRIG (FN 5), N 114 und 223 ff.

<sup>7</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (FN 5), N 114; MONTANARO (FN 5), 373.

<sup>8</sup> Vgl. KRAMER/PROBST/PERRIG (FN 5), N 121; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (FN 6), N 45.02.

<sup>9</sup> BGE 128 I 273 E. 2.3; 118 Ia 294 E. 2a; BGer, 4C.282/2003, 15.12.2003, E. 3.2.

<sup>10</sup> Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG), aufgehoben per 1. Januar 2011.

<sup>11</sup> ULRICH HAAS/JOHANNA HUG, Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, *ZZZ* 2021, 470 ff., 474 f.; a.M. KRAMER/PROBST/PERRIG (FN 5), N 197 ff. Das Bundesgericht hat sich bislang nicht klar zur Weitergeltung der typographischen Praxis geäußert.

<sup>12</sup> HAAS/HUG (FN 11), 480 f.; gl.M. für den B2B-Verkehr KRAMER/PROBST/PERRIG (FN 5), N 199.

<sup>4</sup> BGE 77 II 154 E. 4.

<sup>5</sup> ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST/ROMAN PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 114;

Dies hat zur Konsequenz, dass ein und dieselbe Gerichtsstandsklausel nicht gilt, wenn sie am Ende einer E-Mail im Kleingedruckten steht (und in der Folge nicht ausdrücklich angenommen wird) – sie hingegen zumindest im Geschäftsverkehr doch gilt, wenn am Ende der E-Mail auf AGB hingewiesen wird, in denen die Klausel enthalten ist. Diese Rechtsfolge mag auf den ersten Blick überraschen, ist aber eine Folge der Globalübernahme von AGB. Es wäre interessant gewesen, was das Bundesgericht im besprochenen Urteil dazu gesagt hätte, wenn die AB SPEDLOGSWISS nicht wiederum zur Zuständigkeit des Pretore des Bezirks Lugano geführt hätten. Ein Anhaltspunkt findet sich in Erwägung 5.4, in der das Bundesgericht schreibt, dass der Hinweis auf die Gerichtsstandsklausel im Kleingedruckten einer E-Mail nicht mit dem Fall zu vergleichen sei, in welchem eine klar formulierte Gerichtsstandsvereinbarung in AGB enthalten ist, die der zustimmenden Partei zugänglich gemacht und von ihr akzeptiert werden. Dieser Hinweis ist m.E. so zu verstehen, dass die Vereinbarung des Gerichtsstands Bülach gültig gewesen wäre, wenn die AB SPEDLOGSWISS zu diesem Forum geführt hätten.

Interessant wäre ausserdem gewesen, was das Bundesgericht zum Einbezug der AB SPEDLOGSWISS gesagt hätte. Der Pretore des Bezirks Lugano und das Appellationsgericht des Kantons Tessin hatten einen gültigen Einbezug verneint, wie es scheint hauptsächlich mit dem Argument, zwischen den Parteien hätte keine laufende Geschäftsbeziehung bestanden.<sup>13</sup> Zum Verhältnis zwischen den Parteien lässt sich mangels Angaben im Sachverhalt nichts sagen. Immerhin ist davon auszugehen, dass die im Handel mit pharmazeutischen Produkten tätige B. SA nicht zum ersten Mal einen Transport in Auftrag gab. Ausserdem sind die AGB des Verbands schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen weit verbreitet, weshalb sich argumentieren lässt, es bestehe ein entsprechender Handelsbrauch.

#### 6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

##### Rechtsmissbräuchliche Teilklagen

##### Besprechung von BGer, 4A\_307/2021, 23.6.2022

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_307/2021 vom 23. Juni 2022, A. gegen B. AG, Teilklagen, Verfahrensart.



SELIM KELLER\*

*Eine Arbeitnehmerin erhob zeitlich gestaffelt vier Teilklagen mit einem Streitwert von je unter CHF 30'000 und beantragte, dass alle vier Verfahren gemeinsam im für sie kostenlosen vereinfachten Verfahren zu verhandeln seien. Das Bundesgericht erachtet dieses Vorgehen zu Recht als rechtsmissbräuchlich. Dennoch muss das Rechtsmissbrauchsverbot im Zusammenhang mit Teilklagen die Ausnahme bleiben. An der grundsätzlichen Zulässigkeit der Teilklage zur Verfolgung der vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Vorteile (insbesondere zur Kostenminimierung) ändert BGer 4A\_307/2021 vom 23. Juni 2022 nichts.*

#### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Arbeitnehmerin A. ist Zahnärztin. Die Arbeitgeberin B. ist eine Betreiberin von Zahnarztkliniken in der Schweiz. Zwischen den Parteien bestanden zwei Arbeitsverträge. Ab dem 1. März 2011 war die Arbeitnehmerin als Zahnärztin und ab dem 1. November 2012 zusätzlich als Zentrumsleiterin angestellt. Die Arbeitgeberin kündigte beide Arbeitsverträge.

Am 13. Januar 2020 erhob die Arbeitnehmerin beim Arbeitsgericht Zürich zwei Klagen. Mit diesen Klagen forderte die Arbeitnehmerin jeweils CHF 29'999 wegen missbräuchlicher Kündigung der Arbeitsverhältnisse. Das Arbeitsgericht vereinigte diese Verfahren am 8. September 2020.

Am 8. Dezember 2020 reichte die Arbeitnehmerin beim Arbeitsgericht Zürich zwei weitere Klagen ein. Mit ihrer dritten Klage machte die Arbeitnehmerin Lohnansprüche von CHF 29'999 aus beiden Arbeitsverträgen geltend. Mit der vierten Klage verlangte die Arbeitnehmerin Ferienlohn in der Höhe von CHF 8'587 und beantragte die Ausstellung von Arbeitszeugnissen und die Erstellung von Schlussrechnungen.

<sup>13</sup> BGer, 4A\_507/2021, 2.6.2022, E. 3 («essi non documentavano [...] una prassi consolidata tra le parti»).

\* SELIM KELLER, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt bei VISCHER mit Schwerpunkt in der Prozessführung und Schiedsgerichtsbarkeit.