



**Entscheid des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht**

**vom 30. April 2013 (400 12 243)**

---

**Obligationenrecht**

**Zustandekommen eines Vertrags, Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte, Bestimmbarkeit der Mietsache, Fiktion des Eintritts einer Bedingung**

\_\_\_\_\_  
Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader, Richter René Borer (Ref.), Richterin Barbara Jermann Richterich; Gerichtsschreiber Hansruedi Zweifel

\_\_\_\_\_  
Parteien

**A. \_\_\_\_ AG,**

vertreten durch Advokat Dr. Christian Oetiker, Aeschenvorstadt 4, Postfach 526, 4010 Basel,

**Klägerin und Berufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagte**

gegen

**B. \_\_\_\_ AG,**

vertreten durch Advokaten Dr. Christoph Bühler und Jan Bangert, St. Jakobs-Strasse 41, Postfach 2348, 4002 Basel,

**Beklagte und Berufungsbeklagte/Anschlussberufungsklägerin**

\_\_\_\_\_  
Gegenstand

**Obligationenrecht allg. / Forderung**

Berufung gegen den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 22. Dezember 2011

**A.** Die in Deutschland ansässige C.\_\_\_\_GmbH plante auch in der Schweiz tätig zu werden und in F.\_\_\_\_ einen Schrottplatz mit Schrottverarbeitung und direktem Hafenumschlag einzurichten. 2005 fanden erste Gespräche zwischen der C.\_\_\_\_GmbH und der Beklagten über ein mögliches Schrottplatzprojekt der C.\_\_\_\_GmbH in F.\_\_\_\_ statt. Die Beklagte liess Mitte 2005 durch die C.\_\_\_\_GmbH einen Portalkran, der auf dem Grundstück ...strasse 61 in E.\_\_\_\_/F.\_\_\_\_ stand, abrechen. Im Januar 2006 bestellte G.\_\_\_\_ für die C.\_\_\_\_GmbH eine Schrottschere für EUR 1.95 Mio. zuzüglich Umsatzsteuer. Die C.\_\_\_\_GmbH und die Beklagte unterzeichneten am 15.09.2006 einen "Miet- und Umschlagsvertrag" (nachfolgend: MUV 06). Darin war festgehalten, dass die Beklagte der C.\_\_\_\_GmbH eine Fläche von ca. 7000 m2 (bis zu 12'000 m2) vermietet, und zwar Freifläche sowie Hafenumschlagsfläche. Zudem wurde zum Mietobjekt Folgendes festgehalten: "Die genaue Abgrenzung und das genaue Flächenmass werden von den Parteien einvernehmlich festgelegt. Der genaue Standort in F.\_\_\_\_ wird bis spätestens 31.10.2006 mitgeteilt und durch einen neuen Mietvertrag bezeichnet, der den vorliegenden Mietvertrag ersetzt." (§ 1). Die Vermietung erfolgte gemäss § 2 Ziff. 1 zum Zweck der Nutzung als Gewerbegrundstück, als Metall- sowie Schrottlager- und Umschlagplatz mit Betrieb einer Schrottschere einschliesslich Nebenaggregaten (Waage), wobei die Beschaffung und Aufrechterhaltung etwaiger behördlicher Genehmigungen für die mieterseitige Nutzung dem Mieter auf dessen Kosten oblag (§ 2 Ziff. 3). Das Mietverhältnis sollte gemäss § 3 am 01.01.2007 beginnen und mindestens bis 31.12.2035 andauern. Als Mietzins wurde CHF 2.00/m2 pro Monat festgesetzt (§ 4). Zudem wurde vereinbart, dass die Beklagte gegen Entschädigung mit eigenen Umschlagsmaschinen den Materialumschlag für die C.\_\_\_\_GmbH durchführen würde (§ 10). Für Vertragsänderungen wurde die Schriftform vorbehalten (§ 11 Ziff. 1) und es wurde festgehalten, dass die Vertragsparteien keine mündlichen Nebenabreden getroffen hätten. Die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG, eine deutsche Gruppengesellschaft der C.\_\_\_\_GmbH, resp. die in Gründung befindliche Klägerin beauftragte die Dr. I.\_\_\_\_GmbH im November 2006 mit Abklärungen zur Realisierung eines Schrottplatzes an der ...strasse 61 in E.\_\_\_\_. Das Gelände an der ...strasse in E.\_\_\_\_ stand im Baurecht der Beklagten. Am 07.11.2006 erfolgte eine Begehung des Geländes in E.\_\_\_\_ mit Dr. I.\_\_\_\_. Am 08.12.2006 fand eine Präsentation des Projekts in E.\_\_\_\_ durch Dr. I.\_\_\_\_ vor den Behördenvertretern des Kantons J.\_\_\_\_ statt. Im Anschluss an diese Sitzung teilte die Beklagte der C.\_\_\_\_GmbH mit, dass das Grundstück in E.\_\_\_\_ nicht vermietet werden könne, da die dort ansässige Kohlehändlerin, die K.\_\_\_\_AG, sich weigere, während des laufenden Mietvertrag umzuziehen.

Die Beklagte bot der C.\_\_\_\_GmbH in L.\_\_\_\_ einen Alternativstandort mit anderen Konditionen an. Die C.\_\_\_\_GmbH akzeptierte dies nicht, sondern schlug mit Schreiben vom 16.01.2007 vor, die Konditionen aus dem Vertrag vom 15.09.2006 zu übernehmen. Falls dies nicht möglich sei, bestünde sie auf dem Vertrag vom 15.09.2006 und bitte die Beklagte, den Standort E.\_\_\_\_ voranzutreiben. Vorsorglich setzte die C.\_\_\_\_GmbH die Beklagte bezüglich des Standortes E.\_\_\_\_ in Verzug. Die C.\_\_\_\_GmbH und die Beklagte unterzeichneten am 14.02.2007 einen weiteren, bedingten "Miet- und Umschlagsvertrag" (nachfolgend: MUV 07). Als Mietobjekt wurde eine Fläche von ca. 9'450 m2 wasserseitig im Hafen L.\_\_\_\_, ...strasse 92, bezeichnet. Die genaue Abgrenzung und das genaue Flächenmass werde von den Parteien einvernehmlich festgelegt (§ 1). Die Vermietung erfolgte gemäss § 2 zum Zweck der Nutzung als Industriegrundstück als Metall- sowie Schrottlager- und Umschlagplatz mit Betrieb einer Schrottschere einschliesslich Nebenaggregaten (z.B. Waage). Der Beginn des Mietverhältnisses war abhän-

gig von der behördlichen Aparzellierung und der entsprechenden Baurechtsübernahme durch die Beklagte sowie von der Erfüllung behördlicher Auflagen, ansonsten der Vertrag seine Gültigkeit verliere (§ 3 sowie Anlage 2 zum MUV 07). Das Mietverhältnis sollte bis mindestens 31.12.2035 dauern (§ 3). Der Mietzins wurde zeitlich gestaffelt auf CHF 3.35/m<sup>2</sup> bis CHF 3.85/m<sup>2</sup> pro Monat festgelegt, wobei der Zins ab 01.01.2021 den dann herrschenden Verhältnissen anzupassen sei (§ 4). Zudem wurde vereinbart, dass die Beklagte den gesamten Umschlag des Schrotts per Schiff und Bahn mit eigenen Maschinen für die Mieterin C.\_\_\_\_GmbH durchführe. Dabei wurden auch garantierte Umschlagsmengen und eine Preisliste für den Umschlag vereinbart (§ 10). Der MUV 07 wurde unter zwei kumulativen aufschiebenden Bedingungen abgeschlossen: dass die Baurechtsübernahme durch die Beklagte rechtswirksam vollzogen wird, und dass sämtliche behördlichen Auflagen erfüllt und Bewilligungen erteilt sind (§ 12). Am 19.10.2007 schloss die Beklagte mit der M.\_\_\_\_AG einen Vertrag im Hinblick auf die Übertragung des Baurechts an die Beklagte, welcher am 01.07.2008 wirksam wurde. Die Dr. I.\_\_\_\_GmbH war von der Klägerin mit dem Genehmigungsmanagement des geplanten Schrottplatzes in L.\_\_\_\_ beauftragt. Hauptproblem für die Erzielung einer Bewilligung am Standort in L.\_\_\_\_ war gemäss Aussage des Zeugen Dr. I.\_\_\_\_ im nachfolgenden Gerichtsverfahren vor dem Bezirksgerichts Arlesheim der Lärm. Am 27.02.2007 hat die N.\_\_\_\_AG im Auftrag der Klägerin ein Lärmgutachten zur Errichtung einer Anlage zur Verarbeitung von Schrott am Standort L.\_\_\_\_ erstellt. Die Klägerin reichte am 10.12.2007 das Baugesuch für die Errichtung einer Anlage zur Verarbeitung von Schrott und Metallen an der ...strasse 92 in L.\_\_\_\_ ein. Es gab eine grosse Opposition der Wohnbevölkerung gegen den geplanten Schrottplatz am Standort L.\_\_\_\_. Es formierte sich die "IG ..." und es gingen zahlreiche Einsprachen gegen das Bauvorhaben ein. Am 17.07.2008 wies das Bauinspektorat des Kantons O.\_\_\_\_ gestützt auf die Umweltverträglichkeitsprüfung die Einsprachen ab und erteilte der Klägerin die Baubewilligung. Die Einsprecher reichten dagegen Beschwerde bei der Baurekurskommission ein. Am 22.09.2009 gab die Baurekurskommission im Rahmen des Baurekursverfahrens ein neutrales Lärmgutachten bei der EMPA in Auftrag, weil das von der Klägerin im Rahmen des Baugesuchsverfahrens eingegebene Lärmgutachten die Baurekurskommission nicht überzeugte.

Die Klägerin sollte den Schrottplatz in L.\_\_\_\_ betreiben. Für die zukünftige Nutzung des Grundstücks in L.\_\_\_\_ zur Schrottverarbeitung waren verschiedene Rück- und Umbauarbeiten nötig, welche die C.\_\_\_\_GmbH bereits vor Erteilung der notwendigen Bewilligungen und damit vor Inkrafttreten des MUV 07 ausführen lassen wollte. Die Klägerin sollte diese Rück- und Umbauarbeiten im Auftrag von C.\_\_\_\_GmbH durchführen. Die Klägerin und die Beklagte schlossen zu diesem Zweck eine Vereinbarung über ein "Übergangsmietverhältnis" betreffend das Grundstück L.\_\_\_\_. Die Beklagte stellte der Klägerin das Grundstück in L.\_\_\_\_ für die notwendigen Umbau- und Rückbauarbeiten zur Verfügung und die Klägerin verpflichtete sich im Gegenzug, ab Vorliegen des schriftlichen Rückbauauftrags einen im Vergleich zum Mietzins gemäss MUV 07 um 50% reduzierten Mietzins zu bezahlen. Am 18.08.2008 erteilte die Beklagte den Rückbauauftrag für den Grossteil der Arbeiten und hielt fest, dass das Übergangsmietverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin am 18.08.2008 beginne. In der Folge liess die Klägerin den Rückbau der dortigen Anlagen vornehmen. Der Rückbau der Anlagen war im November 2008 abgeschlossen. Mit Email vom 04.02.2009 teilte die Beklagte der C.\_\_\_\_GmbH mit, dass sie der C.\_\_\_\_GmbH eine Materiallagerbox für den wasserseitigen Schrottschlag auf ihrem

Grundstück im Hafen E.\_\_\_\_ zur Verfügung stellen werde. Damit konnte die C.\_\_\_\_ GmbH bereits ab Februar 2009 mit dem Schrottschlag beginnen, obwohl noch keine rechtskräftige Baubewilligung für das Gelände in L.\_\_\_\_ vorlag und der MUV 07 noch nicht in Kraft war. Ab Februar 2009 besorgte die Beklagte im Hafen von E.\_\_\_\_ für die C.\_\_\_\_ GmbH im Rahmen einer Übergangsvereinbarung den Umschlag von Schrott.

Zwischen August 2008 und Juni 2009 fanden Gespräche zwischen den Vertretern der C.\_\_\_\_ GmbH, der Beklagten und der P.\_\_\_\_ AG im Hinblick auf eine mögliche Zusammenarbeit bei der Durchführung des Schrottschlags auf einem Grundstück an der ...strasse in L.\_\_\_\_ statt. Die Beklagte unterhielt seit langem enge Geschäftsbeziehungen mit der P.\_\_\_\_ AG, welche auf die Zulieferung von Schrotten zur Weiterverarbeitung zu Stahl angewiesen war. Da das Schweizer Schrottaufkommen nicht ausreichte, war die P.\_\_\_\_ AG daran interessiert, dass möglichst wenig Schrott exportiert und zusätzlich Schrott importiert wurde. Die P.\_\_\_\_ AG plante zudem ab 2008 für die Zukunft eine Kapazitätserweiterung mit dem Projekt "Q.\_\_\_\_", das einen zusätzlichen Mehrbedarf an Schrott bedeutet hätte. Ausserdem war eine Umlagerung von der Strasse auf die Schiene vorgesehen. Die P.\_\_\_\_ AG suchte daher einen Umschlagplatz im Raum F.\_\_\_\_. Ab Januar 2009 wurde diskutiert, dass die C.\_\_\_\_ GmbH auf dem landseitigen Teil des Grundstücks in L.\_\_\_\_ die Logistik und den Umschlag (ohne Schrottschere) für die P.\_\_\_\_ AG durchführen und der P.\_\_\_\_ AG den wasserseitigen Teil des Grundstücks für den Umschlag überlassen würde. Die P.\_\_\_\_ AG und die C.\_\_\_\_ GmbH konnten sich in der Folge jedoch nicht über die Bedingungen einer Zusammenarbeit einigen und brachen die Vertragsverhandlungen im Juni 2009 ab. Am 17.06.2009 teilte die Beklagte der C.\_\_\_\_ GmbH mit, dass sie ab sofort keine Umschlagstätigkeiten und Schrottannahmen in E.\_\_\_\_ mehr durchführen werde. Als Begründung führte die Beklagte mit E-Mail vom 18.06.2009 an, dass die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte die Abrede getroffen hätten, dass die C.\_\_\_\_ GmbH eine industrielle Tätigkeit betreiben und sich vorwiegend auf den Import von Vormaterial, das Aufbereiten von Scherenschrott und die Belieferung der Schweizer und eventuell der italienischen Stahlwerke beschränken werde. Entgegen dieser Abrede betreibe die C.\_\_\_\_ GmbH nun in E.\_\_\_\_ ein reines Export-Handelsgeschäft. Mit E-Mails vom 17. und 19.06.2009 forderte die C.\_\_\_\_ GmbH die Beklagte auf, die Umschlagstätigkeiten in E.\_\_\_\_ sofort wieder aufzunehmen, andernfalls sie die Beklagte für die entstehenden Mehrkosten haftbar machen werde. Die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach, sondern verlangte mit Schreiben vom 25.06.2009 von der C.\_\_\_\_ GmbH unter Ansetzung einer Frist bis 03.07.2009, die ausschliesslich auf das Export-Handelsgeschäft konzentrierte Tätigkeit zu unterlassen. Mit E-Mail und Rechnung vom 15.07.2009 machte die C.\_\_\_\_ GmbH bei der Beklagten Schadenersatz für Mehrkosten geltend, da die Klägerin aufgrund der verweigerten Umschlagsdienste die Schrotte nach R.\_\_\_\_ (statt nur nach E.\_\_\_\_) habe transportieren müssen.

Mit Schreiben vom 24.07.2009 löste die Beklagte sämtliche Rechtsverhältnisse zur C.\_\_\_\_ GmbH auf, da diese innert Frist nicht von der Durchführung des ausschliesslichen Export-Handelsgeschäfts abgesehen habe und offenbar auch künftig nicht bereit sei, diese abredewidrige Tätigkeit einzustellen. Mit gleichem Schreiben bestätigte die Beklagte überdies den bereits am 17.06.2009 erklärten Widerruf der Abrede betreffend die Umschlagstätigkeit in E.\_\_\_\_. Zudem widerrief sie den noch nicht in Kraft getretenen MUV 07 hinsichtlich der Umschlagstätigkeit. Die Beklagte kündigte ausserdem das vereinbarte Übergangsmietverhältnis

betreffend die Klägerin aus wichtigem Grund per 31.10.2009. Auf den gleichen Zeitpunkt kündigte die Beklagte den noch nicht in Kraft getretenen MUV 07 betreffend das Mietverhältnis.

Mit Schreiben vom 14.08.2009 bestritten die C.\_\_\_\_GmbH und die Klägerin, dass jemals eine Abrede getroffen worden sei, wonach die C.\_\_\_\_GmbH nur den Schrottimport hätte betreiben dürfen. Des Weiteren stellten sie klar, dass die Kündigungen der Mietverhältnisse nichtig und jene der Umschlagsverträge ungültig seien. Sie forderten daher die Beklagte auf, die Umschlagstätigkeit vorerst in E.\_\_\_\_ und sobald technisch möglich in L.\_\_\_\_ umgehend wieder aufzunehmen. Mit Schreiben vom 21.08.2009 machte die Beklagte erneut geltend, dass durch die abredewidrige Tätigkeit der C.\_\_\_\_GmbH die Geschäftsgrundlage weggefallen sei. Der noch nicht in Kraft getretene MUV 07 sei bereits mit Schreiben der Beklagten vom 24.07.2009 dahingefallen. Zudem erklärte sie den Rücktritt vom MUV 07 im Sinne von Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR. Die Beklagte kündigte ausserdem das Übergangsmietverhältnis mit der Klägerin unter Einhaltung der Sechsmonatsfrist per 28.02.2010 und mit Zustellung des amtlichen Formulars vom 21.08.2009. Eventualiter erklärte die Beklagte die Kündigung aus wichtigem Grund. In Bezug auf den Umschlag in E.\_\_\_\_ machte die Beklagte geltend, es bestehe keine Verpflichtung der Beklagten, in E.\_\_\_\_ auf Dauer Umschlagstätigkeiten für die C.\_\_\_\_GmbH vorzunehmen. Ausserdem berief sich die Beklagte auf Art. 404 OR. Die C.\_\_\_\_GmbH und die Klägerin hielten im Schreiben vom 02.09.2009 fest, dass alle Miet- und Umschlagsverträge weiter gälten. Sie forderten daher die Beklagte erneut auf, die Umschlagstätigkeit in E.\_\_\_\_ umgehend wieder aufzunehmen unter Ansetzung einer Frist bis 11.09.2009. Mit Schreiben vom 11.09.2009 lehnte es die Beklagte ab, die Umschlagstätigkeit in E.\_\_\_\_ wieder aufzunehmen.

Am 10.09.2009 verfügte das Bauinspektorat einen Baustopp gegenüber der Klägerin bezüglich der Vorarbeiten auf dem Grundstück in L.\_\_\_\_, da die von der Klägerin für den Landumschlag errichteten Bauten, insbesondere Betonwände und eine Lastwagenwaage, Gegenstand der noch nicht rechtskräftigen Baubewilligung seien und der Baubewilligungspflicht unterlägen.

Am 18.09.2009 reichte die Klägerin bei der kantonalen Schlichtungsstelle für Mietangelegenheiten ein Begehren um Einleitung eines Schlichtungsverfahrens ein. Darin ersuchte sie um Feststellung, dass die Kündigung vom 21.08.2009 betreffend den Mietvertrag ...strasse 92 in L.\_\_\_\_ (Übergangsmietverhältnis) nichtig sei, eventualiter unwirksam und subeventualiter missbräuchlich sei. In der Folge gab es Bemühungen um eine gütliche Einigung. Mit Schreiben vom 04.11.2009 setzten die C.\_\_\_\_GmbH und die Klägerin der Beklagten Frist bis 19.11.2009, um entweder den Vergleichsvorschlag anzunehmen oder von der ausgesprochenen Rücktrittserklärung Abstand zu nehmen und eine verbindliche Erklärung abzugeben, dass sie den MUV 07 halten werde. Die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach. Die C.\_\_\_\_GmbH erklärte daraufhin mit Schreiben vom 20.11.2009 gestützt auf die Verzugsregeln den sofortigen Rücktritt vom MUV 07. Damit sei auch die Bedingung für das zwischen der Klägerin und der Beklagten eingegangene Übergangsmietverhältnis endgültig weggefallen und dieses daher ebenfalls aufgelöst. Die Klägerin kündigte an, sie werde die Liegenschaft bis 30.11.2009 räumen. Gleichzeitig wies die C.\_\_\_\_GmbH darauf hin, dass mit dem Rücktritt vom MUV 07 der MUV 06 von der Beklagten wieder zu erfüllen sei. Sie forderte daher die Beklagte auf, ihr eine ca. 7'000 bis 12'000 m<sup>2</sup> grosse Freifläche sowie Hafen- und Umschlagsfläche in F.\_\_\_\_ (vergleichbar mit den bisher angedachten Grundstücken in E.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_) zum Betrieb eines Metall- sowie Schrottlager- und Umschlagplatzes mit einer Schrottschere einschliesslich Nebenaggregaten zu

vermieten und den entsprechenden Materialumschlag (Schiff-Lagerplatz und Lagerplatz-Schiff) zu besorgen. Die C.\_\_\_\_GmbH setzte der Beklagten Frist bis zum 12.01.2010, dieser Verpflichtung nachzukommen.

Die Parteien einigten sich auf eine Beendigung des Übergangsmietverhältnisses per 30.11.2009, und die Klägerin zog das Begehren um Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zurück. Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 16.12.2009 den Rückzug des Baugesuchs betreffend Errichtung eines Schrottplatzes mit Schrottverarbeitung auf der Parzelle ...strasse 92 in L.\_\_\_\_. Die Baurekurskommission O.\_\_\_\_ schrieb mit Entscheid vom 25.06.2010 das Baurekursverfahren zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab und auferlegte der Klägerin die Beweiskosten sowie eine Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdeführer. Mit Schreiben vom 07.01.2010 an die C.\_\_\_\_GmbH stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass sich aus dem MUV 06 keine verbindlichen Rechtsansprüche ableiten liessen, weil es an einem bestimmten oder objektiv bestimmbareren Mietobjekt fehle. Ferner seien allfällige Rechtspflichten ohnehin wegen objektiver Unmöglichkeit dahingefallen. Zudem müsse der Rücktritt beider Parteien vom MUV 07 so verstanden werden, dass die Geschäftsbeziehung zwischen der C.\_\_\_\_GmbH und der Beklagten in jeder Beziehung beendet worden sei. Die C.\_\_\_\_GmbH verhalte sich widersprüchlich, wenn sie nun doch die Erfüllung des MUV 06 verlange. Mit Schreiben vom 15.01.2010 setzte die C.\_\_\_\_GmbH der Beklagten eine letzte Nachfrist, um ihren Verpflichtungen aus dem MUV 06 nachzukommen. Nachdem die Beklagte innert Frist nicht reagierte, erklärte die C.\_\_\_\_GmbH mit Schreiben vom 29.01.2010 in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR, dass sie unter Festhaltung am MUV 06 auf die nachträgliche Leistung der Beklagten verzichte und den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlange. Die bis dahin von der Klägerin erbrachten Arbeiten und Investitionen haben zu einem Mehrwert des Grundstücks in L.\_\_\_\_ geführt. Die Parteien konnten sich in der Folge am 07.04.2010 über die Bezahlung einer Mehrwertentschädigung gemäss Art. 260a Abs. 3 OR durch die Beklagte an die Klägerin einigen. Dabei wurden auch diejenigen Planungs- und Projektierungskosten berücksichtigt, die den Rück- bzw. Umbau des Grundstücks in L.\_\_\_\_ betrafen. Die Klägerin, die C.\_\_\_\_GmbH und die Beklagte behielten sich die Geltendmachung weiterer Forderungen vor. Am 07.07.2010 trat die C.\_\_\_\_GmbH sämtliche Ansprüche aus den beiden Miet- und Umschlagsverträgen (MUV 06 und MUV 07) an die Klägerin ab.

Mit Begehren vom 09.07.2010 ersuchte die Klägerin um Einleitung eines Schlichtungsverfahrens bei der Schlichtungsstelle für Mietangelegenheiten des Kantons Basel-Landschaft und machte eine Schadenersatzforderung von CHF 52'316'356.33 nebst Zins zu 5% seit dem 29.01.2010 geltend. Im Schlichtungsverfahren kam es zu keiner Einigung. Am 29.11.2010 reichte die Klägerin die schriftlich begründete Klage beim Bezirksgericht Arlesheim ein mit dem Antrag, es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin CHF 50'942'975.95 nebst Zins zu 5% seit dem 29.01.2010 zu bezahlen, unter o/e Kostenfolge zulasten der Beklagten. Es handelte sich um folgende Forderungspositionen:

- a. Ersatz des positiven Vertragsinteresses aus der Nichterfüllung des MUV 06: Die Klägerin errechnet einen Schaden in Höhe von CHF 52'078'239.67 aus entgangenem Gewinn, wovon der Gewinn in Höhe von CHF 1'689'034.55, den die Klägerin aus momentaner Tätigkeit generiere, abzuziehen sei.
- b. Ersatz des negativen Vertragsinteresses aus dem Dahinfallen des MUV 07: Im Hinblick auf die Realisierung des Schrottplatzes habe die C.\_\_\_\_GmbH die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG und die

Klägerin mit verschiedenen Tätigkeiten beauftragt. Für die Kosten, die diesen beiden Gesellschaften aus diesen Aufträgen entstanden seien, hätten diese einen Vergütungsanspruch gegenüber der C.\_\_\_\_GmbH. Im Umfang dieser Vergütungsansprüche sei der C.\_\_\_\_GmbH ein Schaden von CHF 245'863.90 entstanden.

c. Schaden aus der Verletzung des Übergangsmietverhältnisses vom 18.08.2008: Die Klägerin sei das Übergangsmietverhältnis nur im Hinblick auf die Umsetzung des MUV 07 eingegangen. Mit dem berechtigten Rücktritt durch die C.\_\_\_\_GmbH sei auch das Übergangsmietverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten aufgelöst worden und die geleisteten Mietzinse von CHF 213'839.80 hätten sich als unnütze Aufwendungen erwiesen. Infolge der unberechtigten Weigerung der Beklagten im Juni 2009, die vereinbarte Umschlagstätigkeit für die C.\_\_\_\_GmbH in E.\_\_\_\_ weiterhin vorzunehmen, hätten die Schrotte nach R.\_\_\_\_ umgeleitet werden müssen, wodurch Mehrkosten für den Umschlag von CHF 94'067.13 angefallen seien.

In der schriftlichen Klagantwort vom 20.05.2011 beantragte die Beklagte, es sei die Klage abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter o/e Kostenfolge. Mit Verfügung vom 06.06.2011 wurde der Schriftenwechsel geschlossen und wurden die Parteien zur Hauptverhandlung geladen. Als Zeugen resp. Auskunftspersonen wurden Dr. I.\_\_\_\_, S.\_\_\_\_, T.\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_ geladen. Die Einholung einer Expertise zur Frage eines entgangenen Gewinns und die Einvernahme des Zeugen Z.\_\_\_\_ wurden vorbehalten. Am 08.11.2011 wurden Dr. I.\_\_\_\_, S.\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_ als Zeugen sowie U.\_\_\_\_ als Auskunftsperson einvernommen. Im Anschluss daran fand die Parteibefragung statt. Danach wurde die Hauptverhandlung ausgestellt und den Parteien Frist angesetzt, dem Gericht allfällige Noven und Unterlagen zur Erwidern der Noven einzureichen, jeweils mit gleichzeitiger Zustellung an die Gegenpartei. Mit Eingabe vom 15.11.2011 reichte die Klägerin neue Beweismittel ein. Die Beklagte reichte mit Eingabe vom 18.11.2011 ebenfalls neue Unterlagen ein als Erwidern auf die neuen Dokumente der Klägerin. Am 23.11.2011 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt und den Parteien die Möglichkeit eingeräumt, mündlich zu replizieren bzw. zu duplizieren. Der Entscheid wurde in Bedacht genommen.

**B.** Mit Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 22.12.2011 wurde die Klage teilweise gutgeheissen und die Beklagte verurteilt, der Klägerin CHF 450'246.90 nebst 5% Zins seit 29.01.2010 zu bezahlen. Für die Mehrforderung wurde die Klage abgewiesen. Die Gerichtsgebühr von CHF 50'000.00 wurde der Klägerin auferlegt, und die Klägerin wurde verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 831'600.00 (inkl. Auslagen und MWST von CHF 61'600.00) zu bezahlen. Der Bezirksgerichtspräsident erwog dabei im Wesentlichen Folgendes:

Zunächst stelle sich die Frage, ob der Miet- und Umschlagsvertrag vom 15.09.2006 (MUV 06) genügend bestimmt und mit der Unterzeichnung gültig zustande gekommen sei. Erforderlich sei eine Einigung der Parteien über alle wesentlichen Vertragspunkte, wozu beim Mietvertrag die Mietsache, der Mietzins und die Mietdauer gehörten. Ferner müssten alle wesentlichen Vertragspunkte bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Bestimmbar sei ein Vertragspunkt auch dann, wenn auf die Bestimmungskompetenz eines Vertragspartners verwiesen werde. Das Mietobjekt sei als "Fläche sowie Hafenumschlagsfläche" von ca. 7'000 bis 12'000 m<sup>2</sup> in F.\_\_\_\_ (Schweiz) umschrieben. Die Abgrenzung, das genaue Flächenmass und der genaue Standort in F.\_\_\_\_ seien jedoch im Vertrag nicht bezeichnet. Es habe 2006 verschiedene Flächen, die

der Beschreibung "Freifläche sowie Hafenumschlagsfläche" entsprochen hätten, gegeben. Folglich hätten die Parteien das Mietobjekt im MUV 06 nicht individuell und konkret bestimmt. Ausserdem sei die Höhe des Mietzinses von der Grösse der Fläche abhängig, sodass die Bezeichnung des Flächenmasses als wesentlicher Vertragspunkt zu betrachten sei. Die Klägerin behaupte, die C.\_\_\_\_ GmbH hätte von der Lage her "irgendein" Gelände am Wasser in F.\_\_\_\_ oder O.\_\_\_\_ gemietet. Es stehe jedoch fest, dass der genaue Standort des Grundstücks entscheidend dafür gewesen sei, ob eine Bewilligung für den Betrieb eines Schrottplatzes hätte erzielt werden können. Folglich sei für die C.\_\_\_\_ GmbH der genaue Standort des zu vermietenden Grundstücks objektiv wesentlich gewesen, sei es doch gemäss § 2 Ziff. 3 des Vertrags ihre Sache gewesen, die behördlichen Bewilligungen für die Nutzung zu beschaffen. Überdies habe sich die Mieterin gemäss § 3 des Vertrags verpflichtet, ab 01.01.2007 bis zum 31.12.2035 einen Mietzins von mindestens CHF 14'000.00 pro Monat zu bezahlen. Es sei unwahrscheinlich, dass sich die C.\_\_\_\_ GmbH verbindlich zur Mietzinszahlung für "irgendein" Grundstück in F.\_\_\_\_ nach Wahl der Beklagten habe verpflichten wollen, ohne dass vorher die Realisierbarkeit des geplanten Grossprojekts auf dem jeweiligen Gelände abgeklärt worden wäre. Die Bezeichnung des genauen Standorts sei deshalb als objektiv wesentlicher Vertragspunkt zu qualifizieren. Für die Beklagte sei somit nicht erkennbar gewesen, dass sie aus dem MUV 06 die Vermietung eines Grundstücks an irgendeinem Standort in F.\_\_\_\_ schulde. Ferner hätten die Parteien ausdrücklich vorgesehen, dass die Abgrenzung und das Flächenmass von den Parteien "einvernehmlich festgelegt" werden sollten. Bezüglich des genauen Standorts sei festgehalten worden, dass dieser bis 31.10.2006 "mitgeteilt" werde, wobei auch hier ein neuer Mietvertrag und damit die spätere Einigung der Parteien vorbehalten worden sei. Der MUV 06 enthalte daher keine Befugnis einer Partei, den genauen Standort nachträglich einseitig zu bestimmen. Die Parteien hätten damit zum Ausdruck gebracht, dass sie erst gebunden sein wollten, wenn sie sich darüber geeinigt hätten. Am 15.09.2006 seien nicht alle wesentlichen Vertragspunkte bestimmt resp. bestimmbar gewesen, weshalb der Vertrag noch nicht geschlossen worden sei. Insbesondere sei in diesem Zeitpunkt noch völlig unklar gewesen, ob ein Schrottplatz auf einem Gelände in F.\_\_\_\_ am Wasser überhaupt realisiert werden könne. Es sei daher naheliegend, dass die C.\_\_\_\_ GmbH den verbindlichen Vertragsschluss habe vorbehalten wollen. Es lägen keine Nachweise vor, dass der im Auftrag der Beklagten von der C.\_\_\_\_ GmbH im Sommer 2005 auf ihrem Gelände in E.\_\_\_\_ abgebrochene Portalkran und die von G.\_\_\_\_ im Januar 2006 bestellte Schrottschere im Hinblick auf den geplanten Schrottplatz in E.\_\_\_\_ erfolgt seien.

Es liege auch keine Wahlobligation vor, weil der MUV 06 nicht auf mehrere mögliche Mietobjekte gerichtet gewesen sei. Zudem sollte die Konkretisierung der Mietsache nicht durch die Wahlklärung einer Partei, sondern gemäss § 1 "einvernehmlich festgelegt" werden und "in einem neuen Mietvertrag" erfolgen. Mangels einer Einigung über die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte stelle der MUV 06 auch keinen wirksamen Vorvertrag dar, aus dem ein Erfüllungsanspruch oder ein Anspruch auf Abschluss eines bestimmten weiteren Vertrags abgeleitet werden könne. Der MUV 06 sei höchstens eine Absichtserklärung ohne rechtliche Verbindlichkeit.

Die Ansicht der Klägerin, der Vertragsschluss sei später erfolgt, weil das Mietobjekt bis zum 31.10.2006 genau bestimmt gewesen sei und weil innert dieser Frist festgestanden habe, dass das Grundstück in E.\_\_\_\_ vermietet werde, sei abzulehnen. Am 07., 16. und 23.11.2006 seien

zwar unter Beizug der von der H.\_\_\_\_ GmbH & Co. KG beauftragten Dr. I.\_\_\_\_ GmbH diverse Vorbereitungsarbeiten im Hinblick auf die Einreichung eines Baubehrens für den Betrieb eines Schrottplatzes auf dem Gelände in E.\_\_\_\_ besprochen worden. Dr. I.\_\_\_\_ habe insbesondere auch auf mögliche Probleme bezüglich der mit dem Schrottplatz verbundenen Lärmbelastung hingewiesen. Folglich sei Ende Oktober und im November 2006 noch keineswegs gesichert gewesen, dass die erforderlichen Bewilligungen für den Schrottplatz erteilt würden. Hinzu komme, dass die auf dem vorgesehenen Gelände einen Kohlenhandel betreibende K.\_\_\_\_ AG ein ungekündigtes Mietverhältnis mit der Beklagten bezüglich eines Teils der Parzelle gehabt habe, wovon die C.\_\_\_\_ GmbH gewusst habe. Nach Auffassung von Dr. I.\_\_\_\_ wäre der Betrieb eines Schrottplatzes ohne Wegzug der Kohlehändlerin gar nicht möglich gewesen. Die Nutzung des Grundstücks durch die C.\_\_\_\_ GmbH hätte somit vorausgesetzt, dass die bisher dort tätige Kohlehändlerin während des laufenden Mietvertrags und bis zum Inkrafttreten des MUV 06 am 01.01.2007 umziehe. Dass davon ausgegangen werden könne, für die Kohlehändlerin könne ein geeigneter Ersatzstandort gefunden werden und die K.\_\_\_\_ AG verlasse tatsächlich vorzeitig und bis zum 01.01.2007 das Gelände in E.\_\_\_\_, sei nicht nachgewiesen. Unter diesen Umständen könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien sich Ende Oktober 2006 zur Miete dieses Grundstücks in E.\_\_\_\_ hätten verpflichten wollen. Ferner sei nach der Mitteilung der Beklagten an die C.\_\_\_\_ GmbH am 08.12.2006, dass mit einem Wegzug der K.\_\_\_\_ AG nicht mehr gerechnet werden könne, klar gewesen, dass kein Konsens über die Miete des Grundstücks in E.\_\_\_\_ mehr zustande kommen werde. Ferner hätten die Parteien gemäss § 11 MUV 06 zum Ausdruck gebracht, dass die wesentlichen Vertragsbestimmungen, wozu auch die hinreichende Bestimmung des Mietobjekts gehöre, im Sinne eines vertraglichen Formvorbehalts schriftlich aufgesetzt werden sollten. Selbst wenn sich die Parteien später auf das Grundstück E.\_\_\_\_ geeinigt hätten, wäre diese Vereinbarung wegen Nichteinhaltung der erforderlichen Form ungültig.

Nachdem der Miet- und Umschlagsvertrag vom 14.02.2007 (MUV 07) dahingefallen sei, könne die C.\_\_\_\_ GmbH weder aus dem MUV 06 noch aus dem MUV 07 einen Erfüllungsanspruch ableiten. Somit sei die Forderung der Klägerin auf Ersatz des positiven Interesses von CHF 50'389'205.12 zuzüglich 5% Zins seit 29.01.2010 abzuweisen.

Der MUV 07 sei unter zwei aufschiebenden Bedingungen geschlossen worden, dass die Baurechtsübernahme durch die Beklagte vollzogen und rechtswirksam werde, und dass sämtliche behördlichen Auflagen erfüllt und die Bewilligungen für den Betrieb des Schrottplatzes mit Schrottverarbeitung erteilt seien. Im Baubewilligungsverfahren sei es zu Verzögerungen gekommen. Der MUV 07 habe nie Wirkungen entfaltet, weil er noch vor dem unsicheren Eintritt der Bedingung dahingefallen sei. Vor Mietbeginn sei ein Rücktritt vom Vertrag gestützt auf die Verzugsregeln möglich. Auch ohne Mahnung gerate der Schuldner in Verzug, wenn der Fall einer vorzeitigen, ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung vorliege. Fraglich sei, ob der C.\_\_\_\_ GmbH eine vorzeitige Erfüllungsverweigerung vorzuwerfen sei. Der Export von Schrott sei im MUV 07 ausdrücklich vorgesehen und zulässig. Mündliche Nebenabreden existierten gemäss § 11 Ziff. 2 MUV 07 nicht. Auch der von der Beklagten behauptete Zweck des Vertrags, die Versorgung der Schweizer Stahlwerke mit Schrott sicherzustellen, sei nirgends festgehalten. Auch eine entsprechende mündliche Vereinbarung der Parteien sei nicht nachgewiesen. Ferner habe die C.\_\_\_\_ GmbH nicht endgültig die Erfüllung ihrer künftigen Vertragspflichten verweigert, sondern Entgegenkommen signalisiert. Demzufolge sei die Beklagte nicht

zum Rücktritt vom MUV 07 berechtigt gewesen, weshalb ihre Kündigung vom 24.07.2009 und ihr Rücktritt vom 21.08.2009 rechtsunwirksam seien. Nachdem die Beklagte der Aufforderung der C.\_\_\_\_GmbH, zu erklären, dass sie vom Rücktritt Abstand nehme und den MUV 07 halten werde, nicht nachgekommen sei, habe die Beklagte ihrerseits die Vertragserfüllung vorzeitig verweigert. Die C.\_\_\_\_GmbH sei somit zum Rücktritt vom MUV 07 berechtigt gewesen und könne das negative Vertragsinteresse geltend machen.

Die C.\_\_\_\_GmbH mache geltend, sie habe im Hinblick auf die Realisierung des Schrottplatzes in L.\_\_\_\_ die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG und die Klägerin mit verschiedenen Tätigkeiten beauftragt. Für die der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG und der Klägerin entstandenen Kosten hätten diese Vergütungsansprüche gegenüber der C.\_\_\_\_GmbH. Im Umfang dieser Vergütungsansprüche gegenüber der C.\_\_\_\_GmbH habe die C.\_\_\_\_GmbH einen Schaden erlitten. Das Gericht gehe davon aus, dass die C.\_\_\_\_GmbH die finanziellen Mittel für die Realisierung des Schrottplatzes zur Verfügung gestellt und das finanzielle Risiko des Projekts getragen habe. Daher liege es auf der Hand, dass die Klägerin und die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG von der C.\_\_\_\_GmbH beauftragt worden seien, die Aufwendungen im Hinblick auf die Realisierung des Schrottplatzes zu tätigen. Deshalb sei davon auszugehen, dass der entsprechende Schaden bei der C.\_\_\_\_GmbH eingetreten sei. Man wisse nicht, ob die Baubewilligung für den Betrieb des Schrottplatzes in L.\_\_\_\_ je erteilt worden wäre. Immerhin habe der Zeuge Dr. I.\_\_\_\_ als erfahrener Fachmann ausgesagt, dass trotz des Lärmproblems gute Chancen bestanden hätten, die Baubewilligung für den Standort L.\_\_\_\_ zu erhalten. Die Beklagte habe sich zu Unrecht geweigert, von ihrem unberechtigten Vertragsrücktritt Abstand zu nehmen und den MUV 07 für verbindlich zu erklären. Sie habe damit treuwidrig verhindert, dass die noch nicht erfüllte Bedingung, nämlich die rechtskräftige Erteilung der Baubewilligung, eintreten können. Folglich sei davon auszugehen, dass die aufschiebende Bedingung des MUV 07 ohne den Rücktritt im Sinne von Art. 156 OR erfüllt worden wäre.

Die Erstellung des Lärmgutachtens durch die N.\_\_\_\_AG habe CHF 7'962.40 gekostet und sei für das Baubewilligungsgesuch in L.\_\_\_\_ erforderlich gewesen, weshalb die entsprechenden Kosten von der Beklagten zu ersetzen seien. Im Zusammenhang mit der Projektierung des Schrottbetriebs sei die N.\_\_\_\_AG allgemein beratend tätig gewesen zwecks Erzielung einer rechtskräftigen Baubewilligung für den Schrottplatz L.\_\_\_\_ und in Erwartung der Durchführung des MUV 07, weshalb die entsprechenden Kosten von CHF 30'154.95 von der Beklagten zu ersetzen seien. Die Rechnungen von Dr. I.\_\_\_\_ vom 14.12.2006, 15.06.2007 und 04.08.2008 betreffen Planungs- und Projektierungskosten für den eigentlichen Schrottbetrieb, weshalb auch diese Kosten von EUR 15'000.00 zu ersetzen seien. Hinzu kämen die Anwaltskosten von Advokat Roman Zeller für das Baurekursverfahren betreffend den Schrottplatz in L.\_\_\_\_ von CHF 55'294.35, die von der Baurekurskommission der Klägerin auferlegten Gutachtenskosten und die zugunsten der Beschwerdeführer und zulasten der Klägerin zugesprochene Parteientschädigung von CHF 24'498.80. Die im Januar 2006 bestellte Schrottschere sei erst im März 2008 geliefert worden, nachdem das Baugesuch für L.\_\_\_\_ eingereicht gewesen sei. Angesichts der ungewissen Dauer des Baubewilligungsverfahrens erscheine die Lieferung im März 2008 nicht als verfrüht, weshalb die Auslagen für die Lieferung und Lagerung der Schere von EUR 48'333.80 von der Beklagten zu ersetzen seien. Das gleiche gelte auch für die Wartungskosten des Umschlagbaggers von EUR 977.70, für die Kosten für die Überführung des Umschlagbaggers von CHF 2'690.00 sowie für die Versicherungsprämien der Klägerin für die

Schrottschere und den Umschlagbagger von EUR 11'429.80. Der von der Klägerin geltend gemachte Umrechnungskurs sei von der Beklagten nicht bestritten worden. Zusammengefasst ergebe sich ein Schaden von CHF 236'425.10.

Die von der Klägerin im Auftrag der C.\_\_\_\_ GmbH auf dem Gelände in L.\_\_\_\_ durchgeführten Rück- und Umbauarbeiten seien einzig zwecks Realisierung des Schrottplatzes ausgeführt worden. Der Abschluss des Übergangsmietverhältnisses vom 18.08.2008 sei daher nur im Hinblick auf die Umsetzung des MUV 07 erfolgt. Das Übergangsmietverhältnis bzw. die bezahlten Mietzinse von CHF 213'839.80 erwiesen sich durch den ungerechtfertigten Vertragsrücktritt der Beklagten als nutzlos und seien folglich zu ersetzen.

Unter dem Titel negatives Interesse sei eine Forderung von total CHF 450'264.80 nebst 5% Zins seit 29.01.2010 zuzusprechen.

**C.** Mit Berufung vom 22.08.2012 beantragte die Klägerin die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Verurteilung der Beklagten, der Klägerin über den zugesprochenen Betrag von CHF 450'264.90 nebst 5% Zins seit 29.01.2010 hinaus den Betrag von CHF 13'031'265.45 nebst 5% Zins seit 29.01.2010 zu bezahlen. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren von CHF 50'000.00 sei im Umfang von CHF 36'750.00 der Klägerin und von CHF 13'250.00 der Beklagten aufzuerlegen. Der Klägerin sei eine Parteientschädigung von CHF 220'374.00 (inkl. MWST) und der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 611'226.00 (inkl. MWST) zuzusprechen. Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens seien der Beklagten aufzuerlegen. Sie begründete ihre Anträge im Wesentlichen wie folgt:

Dass die Vorinstanz bereits nach Vorliegen der Klagantwort den Schriftenwechsel geschlossen habe, sei voreilig gewesen und stelle im Ergebnis eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin dar, nachdem die Vorinstanz zur Auffassung gelangt sei, die Klage mit den von der Beklagten in der Klagantwort vorgebrachten Einwänden zum überwiegenden Teil abzuweisen. Durch dieses Vorgehen habe die Vorinstanz der Klägerin die Möglichkeit genommen, auf die Ausführungen der Beklagten insbesondere zur Bedeutung des MUV 06 schriftlich Stellung zu nehmen. Ferner hätte die Vorinstanz zur Vermeidung eines Überraschungsurteils die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass sie in Bezug auf die eingeklagte Hauptforderung und den ihr zugrunde liegenden MUV 06 möglicherweise anderer Auffassung sein könnte als die Klägerin, um dieser die Möglichkeit zu geben, sich mit der abweichenden Rechtsauffassung auseinanderzusetzen. Abgesehen von ihrem mündlichen Schlussplädoyer vor dem Bezirksgericht, das erst nach der Zeugeneinvernahme und der Parteibefragung gehalten worden sei, könne die Klägerin nun erstmalig in der Berufung zu der von ihr abweichenden Rechtsauffassung der Beklagten und des Gerichts schriftlich Stellung nehmen, was keinen ordnungsgemässen Verfahrensablauf darstelle. Dementsprechend sei das Urteil wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben.

Soweit die Vorinstanz den auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gerichteten Teil der Klage abgewiesen habe, sei das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft. Weder sei der Sachverhalt in den massgeblichen Punkten richtig festgestellt und zutreffend gewürdigt worden, noch sei das Recht richtig angewandt worden.

Entgegen den Mutmassungen der Vorinstanz hätten die Parteien bereits am 15.09.2006 im Rahmen des MUV 06 einen Bindungswillen gehabt, wofür folgende Fakten und Überlegungen sprächen: Die C.\_\_\_\_ GmbH habe sich Sicherheit gewünscht. Mündliche Zusagen hätten be-

reits vorgelegen. Die äussere Form und die Überschrift des MUV 06 sprächen für einen Vertrag. Auch im Text werde die Vereinbarung immer als Vertrag und nicht als Absichtserklärung bezeichnet. Der gesamte Inhalt der Vereinbarung spreche für einen Vertrag und nicht für eine blosser Absichtserklärung. Der Vereinbarungstext habe sich auf dem Rechner der Beklagten befunden, so dass diese die Möglichkeit gehabt habe, den Wortlaut zu ändern, wenn sie lediglich eine Absichtserklärung hätte schliessen wollen. Vor der Unterzeichnung des MUV 06 hätten die Vertreter der Beklagten extra noch telefonisch die Zustimmung des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten zur Unterzeichnung eingeholt. Anschliessend sei der Abschluss des MUV 06 bei einem Essen gross gefeiert worden. Das wirtschaftliche Risiko einer Bindung der Parteien durch den MUV 06 sei für beide Seiten überschaubar gewesen, da sich das vereinbarte Projekt auch für den Fall eines blossen Materialumschlags gerechnet hätte. Zumindest habe die C.\_\_\_\_ GmbH als Erklärungsempfängerin aus dem gesamten Verhalten der Beklagten beim Abschluss des MUV 06 schliessen müssen und dürfen, dass auch die Beklagte einen Bindungswillen gehabt habe und die Vereinbarung daher nicht nur eine gegenseitige Absichtserklärung, sondern ein Vertrag gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe dieser Bindungswille zu gegenseitigen, auf Erfüllung gerichteten Verpflichtungen und damit auch zu entsprechenden Ansprüchen der Vertragsparteien geführt.

Soweit vereinbart worden sei, dass die Beklagte bis zum 31.10.2006 ein ganz konkretes Grundstück mitteilen solle, sei dies entgegen den Feststellungen der Vorinstanz fristgemäss erfolgt, wofür folgende Fakten und Überlegungen sprächen: Bis zum 08.12.2006 habe es weder ein Schreiben der Beklagten, mit welchem diese um eine Verlängerung der vertraglich vereinbarten Frist nachgesucht habe, noch ein Mahnschreiben der C.\_\_\_\_ GmbH, mit welchem diese die Nichteinhaltung der vereinbarten Frist gerügt und die Beklagte in Verzug gesetzt habe, gegeben. Anfang November 2006 sei die Dr. I.\_\_\_\_ GmbH von der C.\_\_\_\_ GmbH nicht nur mit der Prüfung der Geeignetheit des Grundstücks in E.\_\_\_\_ für einen Schrottplatz beauftragt worden, sondern bereits mit der Erzielung der entsprechenden Genehmigung. Hierfür seien im November 2006 nicht nur sämtliche erforderlichen Daten und Pläne des Grundstücks von der Beklagten zur Verfügung gestellt worden, sondern die Vertragsparteien hätten am 07.11.2006 mit Dr. I.\_\_\_\_ auch die für den Schrottplatz vorgesehene Teilfläche genau bestimmt und deren Abgrenzung festgelegt. Die K.\_\_\_\_ AG sei Anfang November 2006 auch bereit gewesen, ihren Betrieb auf ein anderes Grundstück umzusiedeln, wenn die Umzugskosten von der Beklagten übernommen würden. Am 15.11.2006 hätten sich die Herren X.\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_ von der Beklagten und die Herren G.\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_ von der C.\_\_\_\_ GmbH in F.\_\_\_\_ getroffen, um weitere Einzelheiten bezüglich des Grundstücks in E.\_\_\_\_ zu besprechen. Daraufhin hätten sich die Vertragsparteien am 23. und 24.11.2006 mit Herrn Ä.\_\_\_\_ von der Ö.\_\_\_\_ GmbH erneut vor Ort getroffen, um die genauen Ausführungen und Masse der für den Schrotturnschlag auf dem Grundstück ...strasse 61 in E.\_\_\_\_ benötigten Umschlagbagger der Ü.\_\_\_\_ GmbH abzuklären. Ähnliche Aktivitäten seien seinerzeit in Bezug auf kein anderes Grundstück unternommen worden. Bereits kurz nach dem 08.12.2006, nämlich am 13.12.2006, habe die Beklagte das Ersatzgrundstück in L.\_\_\_\_ präsentiert. Daraufhin seien die Aktivitäten in Bezug auf das Grundstück in E.\_\_\_\_ nach Aussage des Zeugen Dr. I.\_\_\_\_ nur zurückgestellt bzw. nur noch "verhalten fortgeführt" und nicht etwa eingestellt worden. Mit Schreiben vom 16.01.2007, also noch vor Abschluss des MUV 07, aber nach der Absage für das Grundstück in E.\_\_\_\_ durch die Beklagte, habe die C.\_\_\_\_ GmbH die Beklagte konkret bezüglich des Standortes E.\_\_\_\_ in Verzug

gesetzt. Die Beklagte habe nie wirklich bestritten, das Grundstück in E.\_\_\_\_ nach Abschluss des MUV 06 als das Grundstück mitgeteilt zu haben, auf dem der Schrottplatz hätte realisiert werden sollen. Aus all dem könne nur der Schluss gezogen werden, dass Anfang November 2006 die Beklagte das in ihrem Baurecht stehende Grundstück in E.\_\_\_\_ bzw. den durch die Vertragsparteien gemeinsam definierten Teil davon als das Grundstück mitgeteilt habe, das sie bis zum 31.10.2006 entsprechend dem MUV 06 hätte mitteilen sollen.

Schliesslich habe die Vorinstanz übersehen, dass es sich beim MUV 06 gegebenenfalls um einen Innominatkontrakt handeln könne, der einerseits für die C.\_\_\_\_ GmbH u.a. den Sinn gehabt habe, die Beklagte zur Beschaffung und mietweisen Überlassung eines für den gemeinsam vereinbarten Zweck geeigneten Grundstücks zu verpflichten, und der andererseits der Beklagten einen langjährigen Hafenumschlag hätte sichern sollen. Es sei kein überzeugender Grund ersichtlich, warum eine solche Vereinbarung kein gegenseitig verpflichtender Vertrag sein solle und warum die Parteien aus einer solchen Vereinbarung keine Erfüllungsansprüche haben sollten.

Berücksichtige man noch, dass sich die C.\_\_\_\_ GmbH in der Folge strikt an die Vereinbarungen im MUV 06 gehalten habe und im Interesse der vereinbarten Zusammenarbeit sogar bereit gewesen sei, weitere Zugeständnisse in Bezug auf Lage und Miethöhe zu machen (vgl. MUV 07) und sämtliche behördlichen Auflagen zu erfüllen, um ihrerseits ihre Verpflichtungen aus dem MUV 06 resp. MUV 07 erfüllen zu können, dann sei es mit Treu und Glauben nicht vereinbar, der Beklagten zu gestatten, sich mehr oder weniger folgenlos ohne wichtigen Grund aus dem MUV 06 zu lösen und diesen lediglich als Absichtserklärung auszulegen. Vielmehr sei davon auszugehen, dass sich die Beklagte durch den MUV 06 u.a. ganz konkret dazu verpflichtet habe, innerhalb bestimmter Frist ein für den konkreten Zweck geeignetes Grundstück zu benennen und dieses der C.\_\_\_\_ GmbH während der Dauer der auf 28 Jahre vereinbarten Zusammenarbeit mietweise zu überlassen.

Mit dem Schaden aus der Nichterfüllung des MUV 06 habe sich die Vorinstanz nicht beschäftigt. Die Klägerin halte an ihren diesbezüglichen Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren fest und verweise darauf. Aufgrund des hohen Kostenrisikos reduziere die Klägerin jedoch die Schadenersatzforderung auf einen Betrag von CHF 13'031'265.45, was einem entgangenen Gewinn von CHF 14'720'300.00 abzüglich der Schadenminderung von CHF 1'689'034.55 entspreche. Eine weitere Substanziierung, wie diese Teilforderung zu berechnen sei, erübrige sich, nachdem es sich um eine einzige Forderung handle (entgangener Gewinn). Dieser Betrag sei ihr auch dann zuzusprechen, wenn einer der massgeblichen Faktoren vom Gericht abweichend von den Ausführungen in der Klage beurteilt werde und dies zu einem reduzierten entgangenen Gewinn führe.

**D.** Mit Berufungsantwort/Anschlussberufung vom 10.10.2012 beantragte die Beklagte die Abweisung der Berufung, die anschlussweise Aufhebung von Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheids und stattdessen die vollumfängliche Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten, und zwar zusammengefasst aus folgenden Gründen: Es liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Einen Anspruch auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels gebe es nicht. Neue Tatsachen und Beweismittel hätte die Klägerin unter der damals noch strengen Eventualmaxime im zweiten Schriftenwechsel nur einreichen dürfen, soweit sie noch keine Veranlassung gehabt hätte, dies im ersten Schriftenwechsel zu

tun, d.h. nur dann, falls die Klagantwort überraschende neue Einwendungen enthalten hätte, mit denen die Klägerin schlichtweg nicht habe rechnen müssen. Der Vorderrichter sei zutreffend zum Schluss gekommen, dass die Klagantwort keine solchen überraschenden und über den von der Klägerin ausgebreiteten Prozessstoff hinausgehenden Tatsachendarstellungen enthalten habe. Insbesondere sei keineswegs überraschend gewesen, dass die Beklagte die Verbindlichkeit des MUV 06 bestritten habe. Auch ohne Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels sei es der Klägerin frei gestanden, von ihrem allgemeinen Replikrecht Gebrauch zu machen und unaufgefordert eine schriftliche Stellungnahme abzugeben. Die Klägerin habe darauf aber verzichtet. Noch während der erstinstanzlichen Hauptverhandlung habe die Klägerin 17 neue Beweisdokumente ins Recht gelegt und ihren Vortrag entsprechend ergänzt. Die Klägerin habe ihren Vortrag sogar explizit eine "mündliche Replik" genannt. Darum sei ihre heutige Rüge der Gehörsverletzung ein missbräuchliches, widersprüchliches Verhalten. Haltlos sei auch die Darstellung der Klägerin, sie sei mit einem Überraschungsurteil konfrontiert gewesen. Ein solches könne nur dann vorliegen, wenn das Gericht seinen Entscheid auf einer zwischen den Parteien nicht thematisierten, völlig unerwarteten Rechtsgrundlage getroffen hätte, was im vorliegenden Fall nicht zutrefte. Beide Parteien hätten ausführlich zur Frage der Verbindlichkeit des MUV 06 plädieren können.

Mit der Berufung habe die Klägerin unzulässige neue Behauptungen und Beweisanträge in den Prozess eingeführt, weil die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO fehlten. In Rz. 22 behaupte sie erstmals, bereits etwa ein Jahr vor September 2006 habe die Beklagte "mündliche Zusagen (bzw. Absichtserklärung) ... zur gemeinsamen Durchführung des geplanten Projekts" getätigt. Neu sei auch die Behauptung, die Unterzeichnung des MUV 06 am 15.09.2006 sei von den Anwesenden "ausgiebig gefeiert" worden, sowie die als Beweis dafür offerierte Beilage 152. Neu sei weiter die Behauptung der Klägerin, sie hätte einen verbindlichen Vertrag selbst auf das Risiko hin abschliessen wollen, dass sie auf dem gemieteten Grundstück keine Schrottverarbeitung würde realisieren können. Erstmals werde in der Berufung ein ganz neuer Inhalt des MUV 06 behauptet: Es solle nun darin um die "Beschaffung eines für einen Schrottplatz mit Schrottschere geeigneten Grundstücks" gegangen sein. Neu behaupte die Klägerin ferner, dass am 15.11.2006 ein Treffen zwischen den Parteien stattgefunden habe, an welchem die Beklagte der C.\_\_\_\_GmbH "grünes Licht" gegeben habe, in Verhandlungen über Baggerkäufe einzutreten, und dass solche Verhandlungen am 23. und 24.11.2006 vor Ort in E.\_\_\_\_ stattgefunden hätten.

Der Entscheid des Vorderrichters, den von der Klägerin aus dem Nichtvertrag vom 15.09.2006 abgeleiteten Anspruch abzuweisen, erweise sich als Resultat einer korrekten rechtlichen Würdigung aufgrund eines zutreffend festgestellten Sachverhalts: Die Parteien hätten im Dokument vom 15.09.2006 im Rahmen der Vertragsanbahnung den Rahmen festgehalten, in dem sie sich die zukünftige Zusammenarbeit vorgestellt hätten, dabei aber ausdrücklich eine spätere schriftliche Einigung auf ein noch zu bestimmendes Grundstück, seine Abgrenzungen und sein Flächenmass vorbehalten. Das sei kein Vertrag, aus dem die C.\_\_\_\_GmbH einen Erfüllungsanspruch ableiten könne.

Die Berufung versuche vergebens, mit unbegründeten und einander ausschliessenden Alternativtheorien dagegen anzukämpfen. Der Vorinstanz habe die Klägerin noch vorgetragen, die Parteien hätten sich bereits am 15.09.2006 verbindlich auf ein Grundstück in E.\_\_\_\_ festgelegt. Diese Theorie habe sie in der Berufung aufgegeben. Nun vertrete sie einerseits eine "Wahl-

schuldtheorie". Diese scheitere daran, dass das Dokument vom 15.09.2006 nicht verschiedene Leistungen der Beklagten als geschuldet bestimme, von denen die wahlberechtigte Partei eine auswählen könne. Dieses Dokument bestimme nicht einmal eine einzige Leistung der Beklagten dem Inhalt nach, sondern behalte diese Bestimmung ausdrücklich späterer Einigung vor. Dass es der Beklagten nach der alternativ dazu gestellten "Bestimmungsmachttheorie" vorbehalten gewesen sei, einseitig das Grundstück zu bestimmen, sei nicht nur inkompatibel mit der "Wahlschuldtheorie", sondern auch mit dem ausdrücklichen Vorbehalt späterer Einigung. Die "Vorvertragstheorie" nütze ihr deshalb nichts, weil Erfüllungsansprüche aus einem Vorvertrag nur dann abgeleitet werden könnten, wenn der Inhalt der zu erfüllenden Obligation bestimmt vereinbart worden sei, nicht aber, wenn die Parteien sich genau diese Bestimmung für eine spätere Einigung vorbehalten hätten. Auch die Theorie, wonach es um einen auf "Beschaffung" gerichteten Innominatvertrag gehe, nütze der Klägerin nichts, weil auch ein Innominatkontrakt eine Leistungspflicht bestimmt oder bestimmbar festlegen müsse, damit daraus ein Erfüllungsanspruch abgeleitet werden könne. Das tue er nicht, wenn die Bestimmung des Leistungsinhalts späterer Einigung vorbehalten bleibe. Letztlich habe es den Parteien am 15.09.2006 am Willen gemangelt, sich wirklich fest zur Miete eines Grundstücks zu verpflichten, namentlich auch der C.\_\_\_\_GmbH, welche die bereits teuer angeschaffte Schrottschere habe einsetzen wollen und für welche deshalb nur ein Grundstück in Frage gekommen sei, auf dem dieser Betrieb erlaubt werde.

Die Vorinstanz gehe mit dem Schluss, dass das Dahinfallen des MUV 07 von der Beklagten zu verantworten sei, der Eintritt der Bedingungen (insbes. der Baubewilligung für den Schrottplatz in L.\_\_\_\_) zu fingieren sei und die Beklagte deshalb das negative Vertragsinteresse zu ersetzen habe, fehl. Selbst wenn man von der Annahme ausginge, dass das Scheitern der Vertragsbeziehung von der Beklagten zu verantworten sei, führe dies nicht einfach zu einer Schadenersatzpflicht der Beklagten. Die Vorinstanz gehe von einer unzulässigen Fiktion des Bedingungseintritts nach Art. 156 OR aus. Ferner seien die angeblichen Schadensposten bei Drittparteien eingetreten, die gar nicht Vertragspartner der Beklagten gewesen seien. Bei der Bedingung der Erteilung einer Baubewilligung handle es sich um eine sog. Rechtsbedingung, die überwiegend öffentliche Interessen schütze, weshalb Art. 156 OR darauf keine Anwendung finde. Selbst wenn Art. 156 OR auch auf Rechtsbedingungen anwendbar wäre, habe die Beklagte die Nichterteilung der Baubewilligung nicht treuwidrig vereitelt. Es fehle dazu an der Kausalität ihres Verhaltens. Die C.\_\_\_\_GmbH selbst habe mit ihrem Rücktritt vom 20.11.2009 dafür gesorgt, dass der Vertrag aufgelöst worden sei und die Bedingung nicht mehr eintreten könne. Sie hätte nicht zurücktreten müssen, sondern hätte Erfüllung verlangen können. Das habe sie aber nicht getan, weil sie es nicht gewollt habe, und dies weil sie selbst nicht mehr daran geglaubt habe, dass die erforderliche Baubewilligung in absehbarer Zeit oder überhaupt je rechtskräftig werde. Da der Klägerin der Nachweis nicht gelinge, dass die Baubewilligung erteilt worden wäre, könne sie nicht aus dem Dahinfallen des MUV 07 Schadenersatz verlangen. Zudem lauteten die für die geltend gemachten Aufwendungen und Mietzinse gestellten Rechnungen entweder auf die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG bzw. deren Zweigniederlassung in F.\_\_\_\_ oder auf die Klägerin, nicht aber auf die C.\_\_\_\_GmbH. Die blosser Behauptung des angeblichen Vergütungsanspruchs dieser Schwestergesellschaften der C.\_\_\_\_GmbH gegenüber der C.\_\_\_\_GmbH sei aber unbewiesen geblieben. Die Vorinstanz habe es daher zu Unrecht als nachgewiesen erachtet, dass die C.\_\_\_\_GmbH gegenüber der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG bzw.

deren Zweigniederlassung in F.\_\_\_\_ oder der Klägerin zur Vergütung der von jenen getätigten Aufwendungen verpflichtet gewesen sei. Die Vorinstanz habe den entsprechenden Sachverhalt unzutreffend festgestellt und eine rechtlich nicht korrekte Beurteilung vorgenommen. Daher sei die teilweise Klageguteheissung aufzuheben und die Klage vollständig abzuweisen.

**E.** Mit Anschlussberufungsantwort vom 15.11.2012 beantragte die Klägerin die kostenfällige Abweisung der Anschlussberufung. Die Bedingung gemäss § 12 Ziff. 2 MUV 07 sei keine Rechtsbedingung, weil die Parteien auf die Erfüllung dieser Bedingung ohne Weiteres hätten verzichten können, ohne dass deswegen der Mietvertrag nicht gültig zustande gekommen wäre. Somit sei Art. 156 OR anwendbar. Die Beklagte habe den Eintritt der Bedingung dadurch vereitelt, dass sie sich schuldhaft und ohne Rechtfertigung geweigert habe zu erklären, dass sie den MUV 07 erfüllen werde, und damit einen antizipierten Vertragsbruch begangen habe. Die C.\_\_\_\_ GmbH habe aufgrund des antizipierten Vertragsbruchs der Beklagten nach den Verzugsregeln vom MUV 07 zurücktreten dürfen. Dass die C.\_\_\_\_ GmbH vom MUV 07 zurückgetreten sei, weil sie nicht mehr an die Erteilung der Baubewilligung geglaubt habe, werde bestritten. Der Klägerin obliege nicht der Nachweis, dass die Baubewilligung tatsächlich erteilt worden wäre, sondern bloss der Beweis, dass entweder die Bedingung eingetreten wäre oder dass die Beklagte den Eintritt der Bedingung treuwidrig vereitelt habe. Letzteres sei nachgewiesen. Ein Teil der Kosten, die zum Schaden der C.\_\_\_\_ GmbH gehörten, seien vorab bei der H.\_\_\_\_ GmbH & Co. KG und der Klägerin entstanden. Diese hätten ihrerseits eine Ersatzforderung gegen die C.\_\_\_\_ GmbH. Damit sei dieser im Umfang des sog. Haftungsinteresses ein Schaden erwachsen. Für den Nachweis der Auftragsverhältnisse habe es keiner besonderen Beweisanträge bedurft, weil der Sachverhalt an sich bereits gezeigt habe, dass die behaupteten Auftragsverhältnisse bestanden hätten. Diese Auftragsverhältnisse lägen geradezu "auf der Hand". Das Urteil der Vorinstanz in Bezug auf den Schadenersatzanspruch aus dem MUV 07 sei korrekt und die dagegen von der Beklagten erhobenen Einwendungen seien nicht stichhaltig.

**F.** Zur Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, erschienen für die Klägerin deren Rechtsbeistand und die Herren G.\_\_\_\_, Rechtsanwalt V.\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_ sowie für die Beklagte deren Rechtsbeistände und die Herren X.\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_. Die Parteivertreter hielten zuerst einen Parteivortrag. Anschliessend fand eine Parteibefragung statt. In den Schlussvorträgen hielten die Parteien an sämtlichen Rechtsbegehren fest.

## **1. Eintreten**

Der Entscheid der Vorinstanz ist nach dem 01.01.2011 und damit nach Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) ergangen, so dass diese für das Rechtsmittelverfahren zur Anwendung gelangt (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Gegen einen Endentscheid in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens CHF 10'000.00 kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO Berufung erhoben werden. Mit Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO unrichtige Rechtsanwendung oder/und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311

Abs. 1 ZPO). Die Streitwertgrenze ist im vorliegenden Fall klar erreicht. Der angefochtene Entscheid wurde der Klägerin am 21.06.2012 zugestellt. Die Rechtsmittelfrist ist unter Berücksichtigung der Gerichtsferien durch die Berufung vom 22.08.2012 somit eingehalten. Die Anschlussberufung ist ebenfalls fristgemäss erhoben worden (Art. 313 ZPO). Gemäss § 6 Abs. 1 lit. c i.V.m. § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung der Berufung und der Anschlussberufung sachlich zuständig. Da auch die übrigen Formalien für das Rechtsmittel der Berufung bzw. Anschlussberufung eingehalten sind, ist auf diese einzutreten.

## **2. Rechtliches Gehör**

Gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien umfassen das Recht, von allen beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht dieses Replikrecht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt worden ist (BGE 132 I 42 E. 3.3.3 und 3.3.4 S. 47; BGE 133 I 98 E. 2.2 S. 99). Dabei wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen will, dies umgehend tut oder zumindest beantragt; ansonsten wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 133 I 100 E. 4.8 S. 105 mit Hinweisen; vgl. zuletzt Urteil 5A\_42/2011 vom 21.03.2011 E. 2.2.2 mit Hinweisen, in: Praxis 2011 Nr. 92 S. 657). Die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 29 BV geht davon aus, dass es Aufgabe des Gerichts ist, in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht der Parteien zu gewährleisten. Hierzu kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder den Parteien Frist für eine allfällige Stellungnahme ansetzen. Es kann Eingaben aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nehmen oder eine Stellungnahme beantragen (vgl. zum Ganzen BGE 138 I 484 E. 2.1 ff. S. 485 ff.).

Im vorliegenden Fall war die Klägerin im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren anwaltlich vertreten. Ihr Rechtsvertreter musste die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Replikrecht kennen und somit wissen, dass ihm auch bei der blossen Zustellung der Klagantwort vom 20.05.2011 zur Kenntnisnahme ein Replikrecht zustand, das er innert angemessener Frist einzufordern hatte, ansonsten Verzicht angenommen würde. Im vorliegenden Fall forderte die Klägerin nach Erhalt der Verfügung vom 06.06.2011 resp. nach Erhalt der Klagantwort weder ein Replikrecht ein noch reichte sie dem Bezirksgericht eine "Spontanreplik" ein (vgl. Eingabe der Klägerin an das Bezirksgericht vom 17.06.2011). Dies ist in Nachachtung der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts als Verzicht der Klägerin auf das Recht, schriftlich zu replizieren, zu qualifizieren. Selbst wenn kein Verzicht auf das Replikrecht angenommen werden könnte, so wäre eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im späteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich geheilt worden, konnte doch die Klägerin vorgängig der Hauptverhandlung mit Eingabe vom 15.11.2011 neue Beweismittel (von der Klägerin ausdrücklich als "Replikbeilagen" bezeichnet) einreichen und anlässlich der Hauptverhandlung in aller

Ausführlichkeit mündlich replizieren. Der Rechtsbeistand der Klägerin hat seine Plädoyernotizen zudem in schriftlicher Fassung abgegeben (vgl. Plädoyernotizen vom 23.11.2011).

Gemäss Art. 57 ZPO wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an. Das Gericht wendet das Recht selbst dann unabhängig - und gegebenenfalls abweichend - von Amtes wegen an, wenn die Parteien in Bezug auf das anzuwendende Recht übereinstimmen (vgl. Zürcher Kommentar ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 57 N 9). Ob das rechtliche Gehör verletzt ist, wenn das Gericht einen Entscheid mit einer völlig neuen Begründung stützen will, sofern dies von den Parteien nicht erwartet werden musste und die Gefahr besteht, dass sie sich nicht mehr äussern können, ist umstritten (dafür Zürcher Kommentar ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 57 N 18; dagegen Dike Komm. ZPO-Glasl, Art. 57 N 25). Im vorliegenden Fall kann von einem "Überraschungsurteil" ohnehin keine Rede sein, weil die Beklagte bereits in der Klagantwort die Auffassung vertreten hat, der MUV 06 stelle mangels Bindungswillen und mangels Einigung über wesentliche Vertragspunkte keinen Vertrag dar. Im Zivilprozess kann und darf weder die Klagpartei noch die Beklagtenpartei davon ausgehen, dass das Gericht ihrer eigenen Rechtsauffassung zuneigt. Folglich musste die Klägerin bereits nach Kenntnisnahme der Klagantwort damit rechnen, dass der Richter in der rechtlichen Beurteilung der eingeklagten Schadenersatzansprüche aus dem MUV 06 allenfalls der Rechtsauffassung der Beklagten folgen werde. Weiter konnte sie sich in der mündlichen Replik anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 23.11.2011 hinreichend mit der von der Beklagten in der Klagantwort vorgetragene Rechtsauffassung auseinandersetzen.

Die Klägerin stösst mit ihrer Rüge, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, mithin ins Leere.

### **3. Noven**

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

Die in Rz. 22 der Berufung aufgestellte Behauptung, bereits etwa ein Jahr vor September 2006 seien die mündlichen Zusagen (bzw. Absichtserklärungen) der Beklagten zur gemeinsamen Durchführung des geplanten Projekts vorgelegen, ist im Vergleich zu den Tatsachenvorbringen der Klägerin vor erster Instanz neu. Im damaligen Plädoyer des klägerischen Rechtsbeistands vom 23.11.2011 wurde nicht ausgeführt, dass die Beklagte mündliche Zusagen abgegeben habe, sondern etwas Anderes: Der Abbruch des Krans im Juli 2005 habe auch dazu gedient, das Grundstück für die Nutzung der Klägerin bereit zu machen; am 27.07.2005 habe es ein Treffen der Herren X.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_, bei welcher das Projekt E.\_\_\_\_ besprochen worden sei, gegeben; am 23.08.2005 habe der Steuerberater von Herrn G.\_\_\_\_ der Beklagten einen Entwurf für einen Miet- und Umschlagsvertrag zugestellt (vgl. Rz. 21-23 in den Plädoyernotizen). Dies ist aber nicht dasselbe wie die Behauptung von mündlichen Zusagen der Beklagten in jenem Zeitpunkt. Dass der Klägerin nicht zumutbar gewesen sei, diese neue Behauptung bereits vor erster Instanz vorzubringen, hat die Klägerin weder behauptet noch bewiesen. Somit kann dieses neue Vorbringen der Klägerin im Berufungsverfahren keine Berücksichtigung finden.

Die in Rz. 33 der Berufung aufgestellte Behauptung, die Unterzeichnung des MUV 06 sei von den Parteien "ausgiebig gefeiert" worden, ist auch neu. Jedoch war es entgegen der Ansicht der

Klägerin für sie nicht unzumutbar, diese Behauptung schon vor 1. Instanz aufzustellen, musste sie doch als sorgfältig handelnde Prozesspartei damit rechnen, dass die Vorinstanz den Bindungswillen der Parteien hinsichtlich des MUV 06 verneinen könnte. Daher ist weder diese neue Behauptung noch das diesbezügliche Beweismittel (vgl. Berufungsbeilage 152) zu berücksichtigen.

In den Rz. 35 und 55 der Berufung behauptete die Klägerin erstmals, sie hätte einen verbindlichen Vertrag selbst auf das Risiko hin abschliessen wollen, dass sie auf dem gemieteten Grundstück keine Schrottverarbeitung würde realisieren können. Dies ist neu gegenüber der bisherigen Tatsachenbehauptung der Klägerin in Rz. 43 der Klage, wonach das Mietobjekt im MUV 06 nicht sogleich bezeichnet worden sei, weil zuerst habe abgeklärt werden müssen, ob der geplante Schrottplatz auf diesem Grundstück realisiert werden könne. Dass es der Klägerin nicht zumutbar gewesen wäre, diese Behauptung, schon vor 1. Instanz vorzubringen, ist zu verneinen, zumal die Ausführungen der Beklagten in Rz. 39 der Klagantwort der Klägerin Anlass gegeben haben, in der Replik anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht diese neue Behauptung aufzustellen. Auch diese neue Tatsache kann somit nicht berücksichtigt werden.

Die in Rz. 45 der Berufung aufgestellte Behauptung zum Inhalt des MUV 06, es sei darum gegangen, dass die Beklagte sich zur "Beschaffung eines für einen Schrottplatz mit Schrottschere geeigneten Grundstücks" verpflichte, ist neu gegenüber dem Tatsachenvortrag der Klägerin in Rz. 45 der Klage. Dort äusserte sich die Klägerin bloss dazu, dass bei Annahme der von der Beklagten behaupteten fehlenden Bestimmtheit des Mietobjekts die C.\_\_\_\_GmbH aus dem MUV 06 gegenüber der Beklagten einen unbedingten Anspruch auf Vermietung eines geeigneten Objekts und auf Abschluss eines Miet- und Umschlagsvertrags, der inhaltlich dem MUV 06 entsprochen hätte, gehabt hätte. Von einer Beschaffungspflicht der Beklagten als Vertragsinhalt des MUV 06 war vor 1. Instanz keine Rede. Mit zumutbarer Sorgfalt hätte diese Behauptung ohne Weiteres im erstinstanzlichen Verfahren eingebracht werden können. Die Behauptung eines neuen, anderen Vertragsinhalts im Berufungsverfahren ist daher unzulässig. Soweit die Klägerin gestützt auf diese neue und unzulässige Tatsachenbehauptung eine rechtliche Alternativbegründung (Innominatkontrakt bzw. Vertrag sui generis) vorträgt (Rz. 124 ff.), ist diese folglich nicht zu hören.

In den Rz. 79-84 der Berufung wird behauptet, es hätte am 15.11.2006 ein Treffen zwischen den Parteien stattgefunden, an welchem die Beklagte der C.\_\_\_\_GmbH "grünes Licht" gegeben habe, in Verhandlungen über Baggerkäufe einzutreten, und solche Verhandlungen hätten am 23. und 24.11.2006 vor Ort in E.\_\_\_\_ stattgefunden. Dies sind neue Behauptungen, die ohne Weiteres bereits vor 1. Instanz hätten vorgebracht werden können. Folglich sind sie samt dem dazugehörigen Beweismittel (vgl. Berufungsbeilage 153) im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

#### **4. Sachverhaltsfeststellung zum Bindungswillen bezüglich MUV 06**

Zu prüfen ist, ob die Verneinung eines Bindungswillens beider Parteien bezüglich des MUV 06 durch die Vorinstanz eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung darstellt. Dabei ist im Hinblick auf das Zustandekommen eines Vertrags zu beachten, dass der geäusserte Bindungswille allein einer Partei nicht ausreicht (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR), dass sich der übereinstimmende Bindungswille auf alle wesentlichen Vertragspunkte beziehen muss (vgl. Art. 2 Abs. 1 OR) und dass die

wesentlichen Vertragspunkte bestimmt oder zumindest bestimmbar sein müssen (vgl. Berner Kommentar OR-Kramer, Art. 1 N 168 ff.).

Es mag zutreffen, dass es der C.\_\_\_\_GmbH am 15.09.2006 grundsätzlich darum ging, mit dem Vertragsdokument eine Sicherheit zu erhalten, ein Gelände in F.\_\_\_\_ am Wasser zu bekommen (vgl. Aussage von U.\_\_\_\_, Protokoll des Bezirksgerichts Arlesheim vom 08.11.2011, S. 14). Diese Absicht einer Partei führt für sich allein noch nicht zu einem Vertragsschluss und ist bloss ein Indiz für einen Bindungswillen der C.\_\_\_\_GmbH. Gleichzeitig ist damit noch nicht geklärt, auf welchen Vertragsinhalt sich dieser einseitige Bindungswille bezieht.

Dass im September 2006 bereits seit ca. einem Jahr die mündlichen Zusagen (bzw. Absichtserklärungen) der Beklagten zur gemeinsamen Durchführung des gemeinsamen Projekts vorgelegen seien, ist - wie unter E. 3 ausgeführt - eine neue unzulässige Behauptung. Der Argumentation der Klägerin, dass wegen dieser vorgängigen mündlichen Zusagen der Beklagten aus Sicht der C.\_\_\_\_GmbH im September 2006 eine reine Absichtserklärung gar nicht mehr erforderlich gewesen sei, ist damit die Grundlage entzogen.

Dass die Parteien den MUV 06 als "Vertrag" betiteln, die Parteien als Vermieter und Mieter bezeichnen und als Untertitel die Begriffe Mietobjekt, Mietzweck, Mietdauer und Mietzins etc. verwenden, heisst noch nicht, dass sie sich rechtsverbindlich über die gegenseitige Leistungserbringung geeinigt haben. Art. 18 OR relativiert ausdrücklich die Massgeblichkeit der von den Parteien gewählten Bezeichnung oder Ausdrucksweise und erklärt allein den übereinstimmenden wirklichen Willen für massgebend. Aufgrund der äusseren Gestaltung eines mit "Vertrag" überschriebenen Dokuments kann somit noch kein übereinstimmender Bindungswille der Parteien hinsichtlich aller wesentlichen Vertragspunkte festgestellt werden. In § 1 des MUV 06 haben die Parteien vielmehr erklärt, dass die genaue Abgrenzung und das genaue Flächenmass von ihnen einvernehmlich festgelegt werde und die Fläche statt ca. 7'000 m<sup>2</sup> auch bis zu 12'000 m<sup>2</sup> betragen dürfe, dass der genaue Standort in F.\_\_\_\_ (Schweiz) bis spätestens 31.10.2006 mitgeteilt und durch einen neuen Mietvertrag bezeichnet werde, der den MUV 06 ersetze. Damit haben die Parteien im MUV 06 vorbehalten, sich bezüglich eines wesentlichen Vertragspunktes später zu einigen. Bloss aus der Formulierung, dass der vorbehaltene, neue Mietvertrag den MUV 06 ersetzen werde, kann natürlich nicht geschlossen werden, dass damit hinsichtlich des MUV 06 ein übereinstimmender Bindungswille vorgelegen sei. Nicht nachweisen konnte die Klägerin die Behauptung, dass die Beklagte den Text des MUV 06 schon vor dem 15.09.2006 zur Verfügung gehabt habe. Damit wird die klägerische Argumentation, die Beklagte hätte jede denkbare Möglichkeit gehabt, den Vertrag entsprechend abzuändern oder mit einem Zusatz zu versehen, wenn sie am 15.09.2006 lediglich eine Absichtserklärung hätte abschliessen wollen, hinfällig.

Aus dem Umstand, dass Herr X.\_\_\_\_ seitens der Beklagten vor der Unterzeichnung des MUV 06 den Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten telefonisch kontaktiert hat, kann nicht geschlossen werden, dass die Beklagte mit der nach dem Telefonat erfolgten Unterzeichnung eine Erklärung zum Abschluss eines Mietvertrags abgegeben habe. Die telefonische Rückversicherung beim Verwaltungsratspräsidenten erscheint vielmehr auch dann angezeigt, wenn es um eine Absichtserklärung geht, mit der die Beklagte eine sich immerhin über 28 Jahre erstreckende Zusammenarbeit mit der C.\_\_\_\_GmbH anvisiert und dabei verbindliche Zusagen über den Mietzins von CHF 2.00 pro m<sup>2</sup> und Monat am Standort F.\_\_\_\_ und über die Preise für den Materialumschlag macht (vgl. §§ 4 und 10 MUV 06). Auch die C.\_\_\_\_GmbH durfte allein auf-

grund der telefonischen Rückversicherung beim Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten nicht davon ausgehen, dass die Beklagte einen rechtsverbindlichen Vertrag abschliessen wollte.

Dass die Unterzeichnung des MUV 06 von den Anwesenden ausgiebig gefeiert worden sei, ist - wie unter E. 3 ausgeführt - eine neue unzulässige Behauptung. Sie vermag daher die Argumentation der Klägerin nicht zu stützen.

Gemäss Rz. 43 der Klage sei das Mietobjekt im MUV 06 nicht sogleich bezeichnet worden, weil zuerst habe abgeklärt werden müssen, ob der geplante Schrottplatz auf diesem Grundstück realisiert werden könne. Die Vorinstanz hat u.a. gestützt auf diese Tatsachenbehauptung der Klägerin festgestellt, dass sich die Klägerin nicht habe binden wollen. Dieser Schluss ist aus den nachfolgenden Gründen nicht zu beanstanden. Gemäss § 3 MUV 06 hätte ab Januar 2007 für die folgenden 28 Jahre Mietzins bezahlt werden müssen. Es ist gerichtsnotorisch, dass niemand Miete zu bezahlen gewillt ist, wenn ihm kein konkretes und für den vereinbarten Zweck (vgl. § 2 Abs. 1 MUV 06) geeignetes Mietobjekt zur Verfügung gestellt wird. Zudem oblag gemäss § 2 Abs. 3 MUV 06 die Beschaffung und Aufrechterhaltung etwaiger behördlicher Genehmigungen und die Erfüllung behördlicher Auflagen für die Nutzung durch den Mieter - mithin das Risiko der Realisierbarkeit des geplanten Schrottplatzes - dem Mieter auf dessen Kosten. Am 15.09.2006 lag für keinen Standort im Hafen von F.\_\_\_\_\_ eine entsprechende Abklärung vor. Das Risiko der C.\_\_\_\_ GmbH, für ein Hafengrundstück Miete zu bezahlen, obwohl sich die beabsichtigte Nutzung darauf gar nicht realisieren liesse, war daher aktenkundig gross. Dass sich die C.\_\_\_\_ GmbH nicht binden wollte, bevor Abklärungen die Realisierbarkeit des geplanten Schrottplatzes an einem konkreten Standort im Hafen von F.\_\_\_\_\_ ergeben hätten, ist damit keine Unterstellung der Vorinstanz, sondern eine sich aufgrund der gesamten Umstände zwingend aufdrängende Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, hat doch die C.\_\_\_\_ GmbH bereits Anfang 2006 eine Schrottschere bestellt, um sie auf dem zu mietenden Grundstück in F.\_\_\_\_\_ einsetzen zu können (vgl. Aussage von U.\_\_\_\_\_ vor 1. Instanz, Protokoll vom 08.11.2011, S. 13 unten, und Aussage von G.\_\_\_\_\_ vor 1. Instanz, Protokoll vom 08.11.2011, S. 16 Abschnitt 3). Dass sich die C.\_\_\_\_ GmbH auch zur Miete eines Grundstücks hätte binden wollen, wenn der von ihr geplante Betrieb eines Schrottplatzes mit Schrottschere darauf gar nicht bewilligt worden wäre, ist - wie unter E. 3 ausgeführt - eine neue unzulässige Behauptung, welche nicht berücksichtigt werden darf. Selbst wenn - wie die Klägerin zu Unrecht geltend macht - das Risiko der Geeignetheit des mitzuteilenden Grundstücks für die Schrottverarbeitung bei der Beklagte gelegen hätte, könnte nicht von einem übereinstimmenden Bindungswillen ausgegangen werden. In diesem Fall hätte die C.\_\_\_\_ GmbH nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen dürfen und können, die Beklagte habe sich bereits langjährig als Vermieterin binden wollen, bevor überhaupt festgestanden wäre, ob die Beklagte ein für einen Schrottplatz mit Schrottschere geeignetes Grundstück fände.

Folglich ist die Feststellung der Vorinstanz, es habe am 15.09.2006 keinen übereinstimmenden Bindungswillen der C.\_\_\_\_ GmbH und der Beklagten zum Abschluss eines langjährigen Mietvertrags gegeben, zu Recht erfolgt.

## **5. Sachverhaltsfeststellung zur Bestimmbarkeit des Mietobjekts gemäss MUV 06**

Der MUV 06 sah einerseits die Vermietung einer Fläche von ca. 7'000 bis 12'000 m<sup>2</sup> Freifläche und Hafenumschlagsfläche im Hafen von F.\_\_\_\_\_ (§ 1) ab 01.01.2007 (§ 3) zu CHF 2.00 monat-

liche Miete pro m<sup>2</sup> (§ 4) von der Beklagten an die C.\_\_\_\_GmbH und andererseits die Übernahme des Materialumschlags und der Ausführverzollung durch die Beklagte für die C.\_\_\_\_GmbH (§ 10) vor. Soweit die Klägerin in der Berufung darüber hinaus behauptet, die Beklagte habe sich durch den MUV 06 verpflichtet, ein für den Betrieb eines Schrottplatzes mit Schrottschere geeignetes Grundstück zur Verfügung zu stellen oder zu beschaffen, ist dies - wie unter E. 3 ausgeführt - eine neue und unzulässige Behauptung. Dem Wortlaut des MUV 06 lässt sich jedenfalls keine Verpflichtung der Beklagten entnehmen, ein Grundstück zu beschaffen. Vielmehr war die Beklagte aufgrund der beabsichtigten langjährigen Zusammenarbeit in eigenem Geschäftsinteresse darum bemüht, zusammen mit der C.\_\_\_\_GmbH ein geeignetes Grundstück zu finden.

Dass die genaue Lage und die genaue Grösse des zu vermietenden Grundstücks eine wesentliche Rolle gespielt hat, hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt. Von der genauen Lage hing nämlich ab, ob auf dem Grundstück überhaupt ein Schrottplatz mit Schrottschere betrieben werden durfte, was gemäss § 2 MUV 06 den Zweck der Vermietung darstellt. Die Klägerin hielt in Rz. 43 der Klage selbst fest, dass die entsprechende Geeignetheit des Mietobjekts für sie wesentlich war. Dies wurde auch von U.\_\_\_\_ (vgl. Protokoll vom 08.11.2011, S. 12 Abschnitt 1) und von G.\_\_\_\_ anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgerichtspräsidenten bestätigt (vgl. Protokoll vom 08.11.2011, S. 16 Abschnitt 3). Da die Mietzinsberechnung an die Fläche des Mietobjekts gebunden war, kam der effektiven Fläche, welche von 7'000 bis zu 12'000 m<sup>2</sup> variieren durfte, ebenfalls eine wesentliche Bedeutung zu. Die erstmals an der Berufungsverhandlung aufgestellte Behauptung von G.\_\_\_\_, der Flächenunterschied ergebe sich daraus, dass das Gelände an der ...strasse in E.\_\_\_\_ 7'000 m<sup>2</sup> ohne Einbezug der von der K.\_\_\_\_AG von der Beklagten gemieteten Fläche und 12'000 m<sup>2</sup> mit Einbezug dieser Fläche gemessen habe (vgl. Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 09.04.2013, S. 3), ist neu und daher unzulässig. Dass sie ohnehin nicht schlüssig ist, ergibt sich aus den Flächenangaben gemäss Klagbeilage 73.

Dass die Beklagte sich verpflichtet habe, ein von ihr noch zu bestimmendes, dem vorgegebenen Rahmen entsprechendes Grundstück aus dem eigenen Bestand auszuwählen oder auf dem Markt zu besorgen und der C.\_\_\_\_GmbH zum vereinbarten Zweck mietweise zu überlassen, entspricht nicht den Tatsachen, wie sie die Vorinstanz korrekt aufgrund des Wortlauts von § 1 MUV 06 festgestellt hat. Demgemäss war die Beklagte nicht verpflichtet, ein entsprechendes Grundstück auszuwählen resp. zu besorgen. Soweit die Klägerin damit eine Beschaffungspflicht der Beklagten behaupten will, sind ihre Vorbringen in Rz. 50 der Berufung ohnehin neu und unzulässig, was bezüglich Rz. 45 der Berufung bereits in E. 3 festgestellt wurde. Ferner war die Beklagte laut § 1 MUV 06 nicht berechtigt, ein Grundstück im vorgegebenen Rahmen einseitig zu bestimmen. Hinsichtlich der genauen Abgrenzung und der genauen Fläche behielten sich die C.\_\_\_\_GmbH und die Beklagte eine einvernehmliche Festlegung vor. Die Beklagte sollte bloss ein entsprechendes Grundstück bis 31.10.2006 der C.\_\_\_\_GmbH mitteilen. Die Bestimmung des Standorts der Mietsache hätte anschliessend im gegenseitigen Einvernehmen erfolgen müssen, nämlich durch den schriftlichen Abschluss eines "neuen Mietvertrags". Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in der "Mitteilung" der Beklagten im Gesamtzusammenhang des Wortlauts von § 1 MUV 06 nicht die Vereinbarung eines einseitigen Bestimmungsrechts der Beklagten erblickte. Eine spätere Einigung über das Mietobjekt hätte vorausgesetzt, dass die C.\_\_\_\_GmbH die Realisierbarkeit eines Schrottplatzes mit Schrottschere auf

dem von der Beklagten ihr mitgeteilten Grundstück positiv beurteilt hätte. Dass eine solche Beurteilung bereits am 15.09.2006 vorgelegen wäre, ist nicht dargetan.

Dass die Geeignetheit eines Mietobjekts für den vermieteten Zweck zum Leistungsumfang des Vermieters gehöre und nicht durch Vertrag auf den Mieter abgewälzt werden könne, trifft gemäss Art. 256 Abs. 2 OR nur für Wohn- und Geschäftsräume zu. Im vorliegenden Fall trafen die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte in § 2 Abs. 3 MUV 06 somit zulässigerweise eine davon abweichende Regelung, wonach der C.\_\_\_\_ GmbH die Beschaffung der behördlichen Genehmigungen und die Erfüllung der behördlichen Auflagen oblag. Die Beklagte verpflichtete sich mit dem MUV 06 entgegen der Interpretation der Klägerin nicht dazu, der C.\_\_\_\_ GmbH ein zum vereinbarten Zweck geeignetes Grundstück zu vermieten. Die Behauptung der Klägerin, dass zufolge einer entsprechenden Leistungspflicht der Beklagten für die C.\_\_\_\_ GmbH die genaue Lage eines solchen Grundstücks im Hafen von F.\_\_\_\_ nicht wesentlich gewesen sei, ist damit unbewiesen geblieben.

Die Feststellung der Vorinstanz, dass sich die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte mit dem MUV 06 nicht über das Mietobjekt geeinigt haben, entspricht somit der Beweis- und Aktenlage, weshalb das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, darin keine falsche Feststellung des Sachverhalts erkennen kann.

## **6. Sachverhaltsfeststellung bezüglich spätere Einigung auf das Mietobjekt**

Dass die Beklagte der C.\_\_\_\_ GmbH gemäss § 1 MUV 06 bis 31.10.2006 ihr Grundstück an der ...strasse 61 in E.\_\_\_\_ als "das vertraglich geschuldete" mitgeteilt habe, ist eine neue und somit im Berufungsverfahren unzulässige Behauptung (vgl. dazu die Darstellung in der Klage Rz. 43 und 50 und im Plädoyer der Klägerin vor erster Instanz Rz. 40-42). Zudem fehlen die Beweise für diese Behauptung ohnehin, wird doch die angeblich mündliche Mitteilung an G.\_\_\_\_ von der Beklagten bestritten. Dass eine Zeugenbefragung von G.\_\_\_\_ im Berufungsverfahren nicht angeht, ist bereits von der instruierenden Gerichtspräsidentin des Kantonsgerichts entschieden worden (vgl. Verfügung vom 26.11.2012). Zugestanden ist bloss, dass die Beklagte und die C.\_\_\_\_ GmbH Ende Oktober/Anfang November 2006 das Grundstück in E.\_\_\_\_ als mögliches Objekt ins Auge gefasst haben.

Dass es bis zum 08.12.2006 weder ein Schreiben der Beklagten, mit welchem diese um eine Verlängerung der Frist zur Mitteilung des Mietobjekts gemäss § 1 MUV 06 nachgesucht hätte, noch ein Mahnschreiben der C.\_\_\_\_ GmbH, mit welchem diese die Nichteinhaltung dieser Frist gerügt und die Beklagte in Verzug gesetzt hätte, gab, ist kein zwingendes Indiz dafür, dass bis zum 31.10.2006 eine solche Mitteilung der Beklagten erfolgt sei. Da die Beklagte und die C.\_\_\_\_ GmbH keine einseitige Bestimmungskompetenz der Beklagten hinsichtlich des Mietobjekts vereinbart haben, wäre eine blosser Mitteilung gemäss § 1 MUV 06 ohnehin nicht einer vertraglichen Einigung über die Mietsache, welche ausdrücklich vorbehalten wurde, gleichzusetzen gewesen. Die Mitteilung ist in dem Sinne erfolgt, dass das Grundstück an der ...strasse 61 in E.\_\_\_\_ als mögliches Mietobjekt in Frage kommt. Dies entspricht der Regelung von § 1 MUV 06. Nun war es Sache der C.\_\_\_\_ GmbH, die Realisierbarkeit eines Schrottplatzes mit Schrottschere auf diesem Grundstück zu prüfen, bevor die vorbehaltene einvernehmliche Festlegung des Mietobjekts erfolgen konnte. Dass die H.\_\_\_\_ GmbH & Co. KG resp. die in Gründung befindliche Klägerin im Auftrag der C.\_\_\_\_ GmbH Anfang November 2006 die Dr. I.\_\_\_\_ GmbH beauftragte, die dortige Realisierbarkeit zu prüfen, entsprach genau dem in § 1

MUV 06 vorgesehenen Ablauf, welcher der einvernehmlichen Festlegung des Mietobjekts im Hinblick auf die von der C.\_\_\_\_ GmbH in § 2 Abs. 3 MUV 06 übernommenen Verpflichtungen vorausgehen sollte. Aus der entsprechenden Auftragserteilung kann daher nicht geschlossen werden, dass die Beklagte das Grundstück an der ...strasse 61 in E.\_\_\_\_ vorgängig als "das vertraglich geschuldete" mitgeteilt haben müsse.

Dass die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte am 07.11.2006 die für den Schrottplatz vorgesehene Teilfläche des Grundstücks in E.\_\_\_\_ genau bestimmt und deren Abgrenzungen festgelegt hätten, ergibt sich so nicht aus den aktenkundigen Beweismitteln. Vielmehr wurde im Protokoll der Dr. I.\_\_\_\_ GmbH vom 07.11.2006 festgehalten, dass gemäss Auffassung von Dr. I.\_\_\_\_ noch eine detaillierte Vermessung nach Lage und Höhe und allen Einzelheiten als Grundlage des Projekts notwendig sei, dass Herr Y.\_\_\_\_ seitens der Beklagten bezüglich der vorliegenden Vermessungsdaten bei der N.\_\_\_\_ AG anfragen werde und dass die Kosten der noch in Auftrag zu gebenden Vermessung möglicherweise hälftig geteilt würden (vgl. Klagbeilage 18). Der Aussage von Dr. I.\_\_\_\_ als Zeuge am 08.11.2011 vor dem Bezirksgericht, sie seien am 07.11.2006 auf Ortsbesichtigung gegangen, dann sei die Fläche in E.\_\_\_\_ definiert worden, es sei kein anderes Grundstück begangen worden, kann daher auch nicht entnommen werden, dass am 07.11.2006 "das vertraglich geschuldete" Grundstück mitgeteilt worden sei (vgl. Protokoll vom 08.11.2011, S. 4 unten). Insbesondere wird darin nicht ausgesagt, wozu diese "Definition" erfolgt sein soll. Im Gesamtzusammenhang der Zeugenaussage von Dr. I.\_\_\_\_ kann seine diesbezügliche Aussage nur so verstanden werden, dass es um die Definierung des Geländes im Hinblick auf die von ihm vorzunehmende Machbarkeitsprüfung und nicht um die Bestimmung des Mietobjekts ging.

Es ist aktenkundig, dass der C.\_\_\_\_ GmbH bekannt war, dass auf dem sich als mögliches Mietobjekt in Frage kommenden Grundstück in E.\_\_\_\_ die K.\_\_\_\_ AG mit der Beklagten ein Mietverhältnis hatte (vgl. Aussage von U.\_\_\_\_, Protokoll vom 08.11.2011, S. 14 Abschnitt 12), und dass die Realisierung des geplanten Schrottplatzes mit Schrottschere nur möglich gewesen wäre, wenn die bisherige Mieterin dieser Teilfläche des Grundstücks der Beklagten in E.\_\_\_\_ das Gelände geräumt hätte (vgl. Zeugenaussage von Dr. I.\_\_\_\_, Protokoll vom 08.11.2011, S. 3 Abschnitt 9, sowie Vermerk "Rückbau" bezüglich des Areals der K.\_\_\_\_ AG auf Klagbeilage 73). Die Aussage von X.\_\_\_\_, wonach die K.\_\_\_\_ AG zuerst mit einem Wegzug einverstanden gewesen sei, danach nicht mehr, ist im Gesamtzusammenhang seiner diesbezüglichen Aussage zu werten (vgl. Protokoll vom 08.11.2011, S. 16 Abschnitt 7): Die Weigerung der K.\_\_\_\_ AG lag darin begründet, dass am von der Beklagten offerierten Ersatzstandort nur eine 4-jährige Mietdauer möglich gewesen wäre (vgl. Klagantwortbeilage 16). Daraus ergibt sich, dass eine Bereitschaft der K.\_\_\_\_ AG zum Umzug von Beginn weg nur unter der Voraussetzung bestand, dass ihr ein Objekt mit einer langjährigen Nutzungsdauer zur Verfügung gestellt werde. Insofern war die ursprüngliche Zustimmung der K.\_\_\_\_ AG nur eine grundsätzliche, welche nicht voraussetzungslos bestand. Die Beklagte suchte somit nicht wegen einer vorbehaltlosen Zustimmung zum Wegzug, sondern wegen der an gewisse Bedingungen geknüpften Umzugsbereitschaft der K.\_\_\_\_ AG einen Ersatzstandort, welcher den von der K.\_\_\_\_ AG gestellten Bedingungen entsprochen hätte, was ihr jedoch mit dem Grundstück im Hafen ... nicht gelang (vgl. Klagantwortbeilage 16). Daher verbietet sich der Schluss der Klägerin, dass der Beklagten Anfang November 2006 die Zustimmung der K.\_\_\_\_ AG zu einem Umzug vorgelegen sei und dass somit nichts gegen die Annahme eines Bindungswillens der C.\_\_\_\_ GmbH und der Beklagten in diesem

Zeitpunkt spreche. Da sich die Beklagte im MUV 06 eine spätere Einigung über die Mietsache vorbehielt, konnte sie diese ohnehin davon abhängig machen, dass die bisherige Mieterin zum Wegzug bereit war.

Dass am 15.11.2006 ein Treffen zwischen den Parteien stattgefunden habe, an welchem die Beklagte der C.\_\_\_\_ GmbH "grünes Licht" gegeben habe, in Verhandlungen über Baggerkäufe einzutreten, und dass solche Verhandlungen am 23. und 24.11.2006 vor Ort in E.\_\_\_\_ stattgefunden hätten, ist - wie unter E. 3 ausgeführt - eine neue unzulässige Behauptung. Sie vermag daher die Argumentation der Klägerin nicht zu stützen.

Aus dem Umstand, dass zwischen Ende Oktober/Anfang November 2006 und dem 08.12.2006 die Eignung des Geländes in E.\_\_\_\_ abgeklärt wurde, kann entgegen der Ansicht der Klägerin nicht geschlossen werden, dass sich die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte bereits auf dieses Gelände als Mietobjekt geeinigt hätten. Die Präsentation des Grundstücks in L.\_\_\_\_ am 13.12.2006, nur wenige Tage nach der Absage für das Gelände in E.\_\_\_\_, durch die Beklagte als Ersatzgrundstück ist auch kein zwingendes Indiz dafür, dass die Beklagte sich aufgrund des MUV 06 verpflichtet gesehen habe, schnellstmöglich ein anderes Grundstück zu benennen. Viel eher ist daraus zu schliessen, dass die Beklagte aus Eigeninteresse im Hinblick auf die beabsichtigte, langjährige Zusammenarbeit ein anderes mögliches Mietobjekt vorschlug.

Dass die C.\_\_\_\_ GmbH das Projekt E.\_\_\_\_ nach dem 08.12.2006 nicht mehr mit der bisherigen Geschwindigkeit, sondern "verhalten" weiterführte, hiess bloss, dass die bereits ausgelösten Aufträge für die Vermessung fortgeführt wurden (vgl. Klagbeilage 23 Ziff. 1). Dies indiziert noch nicht, dass die C.\_\_\_\_ GmbH am Grundstück in E.\_\_\_\_ trotz Einlassung auf das neu präsentierte Grundstück in L.\_\_\_\_ "sicherheitshalber" habe festhalten wollen. Erst das Schreiben der C.\_\_\_\_ GmbH vom 16.01.2007 (vgl. Klagbeilage 27) gibt deren Ansicht wieder, dass sich die Parteien hinsichtlich des Standorts E.\_\_\_\_ verbindlich geeinigt hätten. Dieses Schreiben enthält jedoch lediglich die Einnahme des Parteistandpunktes der C.\_\_\_\_ GmbH, welcher von der Beklagten anlässlich der gemeinsamen Sitzung vom 17.01.2007 bestritten wurde (vgl. Klagbeilage 28 Ziff. 7.1 und 8.1). Gestützt auf dieses Schreiben kann deshalb nicht auf einen übereinstimmenden Bindungswillen hinsichtlich des Grundstücks in E.\_\_\_\_ als Mietobjekt und auf eine bereits erfolgte Mitteilung des "vertraglich geschuldeten" Grundstücks durch die Beklagte bis 31.10.2006 geschlossen werden. Die Beklagte hatte vor erster Instanz gar keine Veranlassung, die klägerische Behauptung, die Beklagte habe das Grundstück in E.\_\_\_\_ Ende Oktober 2006 als das für den vereinbarten Zweck von der C.\_\_\_\_ GmbH anzumietende bestimmt, zu bestreiten, weil diese Behauptung erst in der Berufung und damit zu spät aufgestellt wurde.

Die Feststellung der Vorinstanz, dass es Ende Oktober/Anfang November 2006 aus verschiedenen Gründen noch nicht klar war, ob das Projekt Schrottplatz in E.\_\_\_\_ überhaupt realisiert werden konnte, und dass deshalb kein entsprechender Bindungswille der Parteien hinsichtlich der Mietsache auszumachen sei, ist somit zutreffend.

## **7. Rechtsanwendung bezüglich Schadenersatz aus MUV 06**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich, wobei laut Art. 1 Abs. 2 OR die Willensäusserung eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein kann. Gemäss Art. 2 Abs. 1 OR muss sich diese Einigung auf alle wesentlichen Punkte beziehen; nur der Vorbehalt von Nebenpunkten hindert vermutungsweise die Verbindlichkeit des Vertrags nicht. Wesentliche Punkte sind einer-

seits solche, die ein unverzichtbares Merkmal des jeweiligen Vertragstyps darstellen, d.h. die Leistung, die Gegenleistung und die Parteien (objektiv wesentlich). Wesentliche Punkte sind andererseits solche, die darüber hinaus für die Vertragsparteien erkennbar von besonderer Bedeutung sind (subjektiv wesentlich). Fehlt die Übereinstimmung des geäusserten Willens der Parteien in einem objektiv oder subjektiv wesentlichen Punkt oder behalten sich die Parteien eine spätere Einigung über einen wesentlichen Punkt vor, kommt kein rechtsverbindlicher Vertrag zustande (BGE 127 II 248 ff. = Praxis 2002 Nr. 72, E. 3.e). Die wesentlichen Vertragspunkte müssen aufgrund der Einigung der Vertragsparteien bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Liegt ein vereinbarter Formvorbehalt vor, wird gemäss Art. 16 Abs. 1 OR vermutet, dass die Parteien ohne Erfüllung der vereinbarten Form nicht gebunden sein wollen. Bei der Vertragsauslegung ist laut Art. 18 Abs. 1 OR der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen.

Dass die Parteien das am 15.09.2006 unterzeichnete Dokument als "Miet- und Umschlagsvertrag" bezeichnet haben, heisst somit noch nicht, dass ein verbindlicher Vertrag im Rechtssinne vorliegt. Objektiv wesentliche Punkte eines Grundstück-Mietvertrags sind die Mietsache, der Mietzins und die Mietdauer. Subjektiv wesentliche Punkte sind gemäss zutreffender Feststellung der Vorinstanz die genaue Lage und Grösse der Mietsache hinsichtlich der Realisierbarkeit eines Schrottplatzes mit Schrottschere und die Umzugsbereitschaft der bisherigen Mieterschaft eines grundsätzlich in Frage kommenden Grundstücks. Zwar trifft es zu, dass der Vermieter sich vertraglich auch verpflichten kann, eine Sache zu vermieten, über die er (noch) nicht verfügen kann. Im vorliegenden Fall war der C.\_\_\_\_ GmbH aber von Beginn weg von der Beklagten bekannt gegeben worden, dass eine Vermietung des Grundstücks in E.\_\_\_\_ an sie den vorgängigen Wegzug der K.\_\_\_\_ AG voraussetze. Daraus folgt, dass dies ein für die Beklagte subjektiv wesentlicher Punkt gewesen ist. Es liegt somit keine übereinstimmende Einigung über alle wesentlichen Punkte vor. Der MUV 06 hält in § 1 fest, dass die Parteien später einvernehmlich die genaue Abgrenzung und das genaue Flächenmass des Mietobjekts festlegen und den genauen Standort des Mietobjekts durch einen neuen Mietvertrag bezeichnen, welcher den MUV 06 ersetzt. Die Parteien behielten sich mithin die spätere Einigung über einen objektiv und subjektiv wesentlichen Punkt vor, und zwar durch eine schriftliche Vereinbarung (§ 1 und § 11 Abs. 1 MUV 06). Der im MUV 06 festgelegte Rahmen war auch nicht so, dass gestützt darauf die Mietsache bestimmbar gewesen wäre. Der Hinweis der Klägerin auf BGE 95 II 309 ff. geht fehl: Beim "gleichwertigen Stück Boden" in jenem Fall ging es darum, der berechtigten Partei überbaubares Land im Oberengadin zu verschaffen, welches von der verpflichteten Partei im Sinne einer Wahlobligation einseitig bestimmt werden konnte. Im vorliegenden Fall wurde jedoch keine Einigung getroffen, wonach der Beklagten ein einseitiges Bestimmungsrecht hinsichtlich der Mietsache eingeräumt worden wäre, sondern es wurde eben eine spätere Einigung über die Mietsache ausdrücklich vorbehalten. Auch aus BGE 118 II 32 ff. lässt sich nichts zugunsten der Argumentation der Klägerin ableiten: Das Bundesgericht erachtete in jenem Fall die fehlende genaue Bestimmung darüber, welcher Parkplatz in einer Einstellhalle der Kläger gekauft habe, als unwesentlichen Punkt, weil es dabei nicht um die Hauptleistung des Vertrags (Landkauf und Generalunternehmervertrag zur Erstellung eines Einfamilienhauses) ging und weil mangels Vereinbarung das Wahlrecht darüber dem Verkäufer zustand. Im vorliegenden Fall war die Miete eines Hafengrundstücks aber eine der Hauptleistungen des MUV 06. Ferner

ist die Bestimmbarkeit eines Hafengrundstücks als Mietobjekt zum Zweck gemäss § 2 Abs. 1 MUV 06 mit der Bestimmbarkeit eines Parkplatzes innerhalb einer Einstellhalle nicht vergleichbar, handelt es sich doch bei der Grösse und Lage des entsprechenden Hafengrundstücks keineswegs um ein unwesentliches Detail. Weil die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte sich im MUV 06 weder über ein Bestimmungsrecht der Beklagten hinsichtlich der Mietsache noch über die Erbringung alternativer Leistungen durch die Beklagte geeinigt haben, ist auch das Vorliegen einer Wahlschuld gemäss Art. 72 OR zu verneinen.

Da das konkrete Grundstück auch nach dem 15.09.2006 nach den zutreffenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nie mitgeteilt wurde (vgl. E. 6 hievor), stellt sich die Frage gar nicht, ob eine allenfalls vorbehaltene Einigung durch eine entsprechende Mitteilung der Beklagten, dass dies das "vertraglich geschuldete" Grundstück sei, hätte zustande kommen können. Die Alternativbegründung 1 der Klägerin ist somit nicht schlüssig. Ohnehin hätte die blosser Mitteilung für sich nicht zu einer Vervollständigung des MUV 06 hinsichtlich der bis dahin noch ungenügend bestimmten Mietsache führen können, weil dafür der Beklagten die einseitige Bestimmungskompetenz fehlte und gemäss § 1 MUV 06 ausdrücklich eine einvernehmliche Bestimmung der Mietsache vorgesehen war. Die Lesart von § 1 MUV 06 durch die Klägerin gemäss Rz. 110 und 111 der Berufung ist abzulehnen, weil sie einerseits den klaren Wortlaut ausser Acht lässt und andererseits nicht berücksichtigt, dass die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte am 15.09.2006 hinsichtlich des Mietobjekts gar keinen übereinstimmenden Bindungswillen hatten (vgl. dazu E. 4 und 5 hievor). § 1 i.V.m. § 11 MUV 06 enthält überdies einen klaren Vorbehalt der Schriftform für die spätere, einvernehmliche Festlegung des Mietobjekts. Die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 16 Abs. 1 OR, dass die Parteien ohne Erfüllung der vereinbarten Form nicht gebunden sein wollen, hat die Klägerin nicht widerlegen können: Sie hat weder nachgewiesen, dass eine blosser Beweisform vereinbart worden sei, noch hat sie nachgewiesen, dass die vorbehaltene spätere Einigung über die Mietsache durch eine übereinstimmende Willensäusserung der C.\_\_\_\_ GmbH und der Beklagten trotz Nichteinhaltens der vereinbarten Schriftform zustande gekommen ist (vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 16 N 6). Der Verweis der Klägerin auf BGE 127 III 248 ff. ist unzutreffend: Diesem Entscheid lässt sich nicht entnehmen, dass einer späteren Einigung vorbehaltene Punkte eines schriftlichen Vertrags nachträglich mündlich geregelt werden könnten, auch wenn dafür die Schriftform vorbehalten worden sei. Das Bundesgericht führt vielmehr aus, dass der Vorbehalt betreffend einen noch zu regelnden Punkt selbst im Rahmen eines formbedürftigen Vertrags formfrei erfolgen könne (BGE 127 III 248 ff. = Praxis 2002 Nr. 72, E. 3.e, letzter Satz). Die Ansicht, dass die Klägerin einen Anspruch auf Abschluss eines neuen Vertrags im Rahmen der Vorgaben gemäss MUV 06 gehabt habe, ist abzulehnen, haben die Parteien doch ausdrücklich eine spätere Einigung über das Mietobjekt vorbehalten. Sie haben zwar nicht geregelt, was das Ausbleiben einer späteren Einigung über die Mietsache für Rechtsfolgen zeitigen soll. Daraus kann aber nicht auf einen Anspruch auf Abschluss eines neuen Mietvertrags geschlossen werden.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 OR kann durch Vertrag die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrags begründet werden. Ein Erfüllungsanspruch oder ein Anspruch auf Abschluss eines Hauptvertrags ergibt sich aus einem Vorvertrag nur dann, wenn sein Inhalt bestimmt oder bestimmbar ist. Enthält der Vorvertrag die wesentlichen Punkte des Hauptvertrags, dann ist der Vorvertrag dem Hauptvertrag grundsätzlich gleichzusetzen. Enthält der Vorvertrag die wesentlichen Punkte des Hauptvertrags nicht, dann ist der Vorvertrag noch kein Vertrag im Rechtssinne

(BGE 118 II 33 E. 3.a und dort zit. Rspr.). Wie zuvor erörtert, enthält der MUV 06 keine Einigung über alle wesentlichen Vertragspunkte. Gestützt auf den MUV 06 ist insbesondere das Mietobjekt nicht bestimmbar. Zudem haben sich die C.\_\_\_\_ GmbH und die Beklagte eine spätere Einigung über das Mietobjekt ausdrücklich vorbehalten. Der MUV 06 stellt folglich keinen Vorvertrag dar, welcher der Klägerin einen Anspruch auf Vermietung eines bestimmbaren Hafengrundstücks resp. auf Abschluss eines diesbezüglichen Mietvertrags hätte verschaffen können. Daher ist auch die Alternativbegründung 2 der Klägerin zu verwerfen.

Dass es sich beim MUV 06 um eine Art Beschaffungsvertrag mit nachfolgender Mietverpflichtung gehandelt habe, ist - wie unter E. 3 hievorig ausgeführt - eine neue unzulässige Behauptung der Klägerin. Diese Tatsachenbehauptung hätte rechtzeitig in den Prozess eingeführt werden müssen, damit gestützt darauf der MUV 06 als Innominatkontrakt bzw. Vertrag sui generis qualifiziert werden könnte und gestützt auf diese Rechtsauffassung Ansprüche begründet werden könnten. Deshalb ist die auf unzulässigen Noven basierende Alternativbegründung 3 der Klägerin nicht zu hören. Selbst wenn von einem Beschaffungsvertrag eigener Art auszugehen wäre, scheiterte ein Anspruch der Klägerin daran, dass das zu beschaffende Objekt aufgrund des MUV 06 nicht bestimmbar gewesen wäre und es an einem Konsens über das zu beschaffende Objekt ohnehin gefehlt hätte (ausdrücklicher Vorbehalt einer späteren Einigung).

Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Klägerin aus dem MUV 06 keinen Erfüllungsanspruch und folglich auch keinen Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung ableiten könne, ist daher nicht zu beanstanden. Dies führt zur Abweisung der Berufung.

## **8. Fiktion des Bedingungseintritts beim MUV 07**

Der am 14.02.2007 unterzeichnete MUV 07 wurde gemäss § 12 unter zwei aufschiebenden Bedingungen abgeschlossen. Die erste Bedingung, der Vollzug der Baurechtsübernahme der Hafeparzelle in L.\_\_\_\_ durch die Beklagte, wurde erfüllt. Die zweite Bedingung, dass die notwendigen behördlichen Bewilligungen für den Betrieb eines Schrottplatzes mit Schrottschere rechtskräftig erteilt würden, wurde bis zum Zeitpunkt des Vertragsrücktritts durch die C.\_\_\_\_ GmbH am 20.11.2009 nicht erfüllt. Dass die Beklagte der C.\_\_\_\_ GmbH durch einen antizipierten Vertragsbruch berechtigten Anlass gegeben hat, vom MUV 07 zurückzutreten, wird nicht mehr in prozessual hinreichender Form bestritten (vgl. Anschlussberufung Rz. 132 f.). Es fragt sich einzig, ob die Vorinstanz beim Zuspruch des Schadenersatzes zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Bedingungseintritt als erfüllt angesehen werden könne, weil die Beklagte diesen treuwidrig vereitelt habe.

Steht die Verbindlichkeit eines gekündigten oder vorzeitig gebrochenen Vertrags unter einer Suspensivbedingung, bestimmt die Bedingung nicht bloss den Erfüllungsanspruch, sondern auch die Ersatzforderung aus Nichterfüllung (positives Vertragsinteresse) oder die Forderung auf Schadloshaltung aus dem Leistungsverzicht (negatives Vertragsinteresse). Die Beklagte ist daher zur Schadloshaltung der Klägerin nur verpflichtet, wenn bei ungekündigtem Vertragsverhältnis die Bedingung eingetreten wäre, wobei dem Bedingungseintritt gemäss Art. 156 OR dessen treuwidrige Vereitelung gleichgesetzt ist (BGE 117 II 278 E. 4.c). Zwischen dem treuwidrigen Verhalten und dem Ausfall bzw. Eintritt der Bedingung muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Das Verhalten der Partei, welche den Ausfall bzw. Eintritt der Bedingung verursacht, muss unter Berücksichtigung aller Umstände, der Veranlassungen der Parteien und des verfolgten Zwecks geprüft werden. Art. 156 OR sollte nicht zu weitgehend ausgelegt

werden, da die Parteien mit der Vereinbarung einer Bedingung ohnehin ein Element der Unsicherheit in ihre Beziehung eingeführt haben, für welches sie einstehen müssen. Die Parteien haben keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern oder ihre eigenen Interessen dafür zu opfern (BSK OR I-Ehret, Art. 156 N 5; CH-K.-Roth Pellanda/Dubs, Art. 156 OR N 5 und 6). Der Beweis des Kausalzusammenhangs muss dabei nicht mit Sicherheit erbracht werden, vielmehr reicht eine hohe Wahrscheinlichkeit aus (KUKO OR-Honsell, Art. 156 N 7). Beweispflichtig ist diejenige Partei, die sich auf die Fiktion des Bedingungseintritts beruft (BGer 4C.281/2005 E. 3.5.2). Grundsätzlich nicht anwendbar ist Art. 156 OR bei sog. Rechtsbedingungen, da sich deren rechtliche Behandlung in erster Linie nach den eigens für sie aufgestellten gesetzlichen Bestimmungen richtet. Darunter sind Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts zu verstehen, die direkt auf dem Gesetz beruhen und die zu den Willensäusserungen der Parteien hinzutreten (BSK OR I-Ehret, vor Art. 151-157 N 12). Fehlt hingegen eine spezifische Regelung, so stellt sich die Frage, ob Art. 156 OR allenfalls analog anzuwenden ist. Ausgeschlossen erscheint die analoge Anwendung bei Rechtsbedingungen, die überwiegend öffentliche Interessen schützen (BSK OR I-Ehret, Art. 156 N 4 und 4a; CH-K.-Roth Pellanda/Dubs, Art. 156 OR N 3).

Die Erteilung einer Baubewilligung für einen Schrottplatz mit Schrottschere ist nicht eine gesetzliche Voraussetzung für das Zustandekommen eines Mietvertrags betreffend ein Hafengrundstück, sondern davon hängt bloss die Art und der Umfang der Nutzung ab. Vielmehr haben die C.\_\_\_\_GmbH und die Beklagte in freier Parteidisposition vereinbart, dass ohne die Erteilung der entsprechenden Bewilligungen der MUV 07 nicht in Kraft treten soll (vgl. § 12 Abs. 2 sowie Anlage 2 Ziff. 3 und 4 MUV 07). Mithin liegt entgegen der Ansicht der Beklagten keine Rechtsbedingung vor, welche die (analoge) Anwendung von Art. 156 OR allenfalls ausschliesse.

Da sich die Klägerin auf die Fiktion des Bedingungseintritts berufen hat, hat sie den Nachweis dafür zu erbringen, dass bei nicht aufgelöstem Vertrag (MUV 07) die Baubewilligung erteilt worden wäre, dass die Beklagte sich treuwidrig verhalten habe und dass ein Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Nichterhalt der Baubewilligung bestehe. Den MUV 07 hat zwar der äusseren Form nach die C.\_\_\_\_GmbH durch ihren Rücktritt vom 20.11.2009 aufgelöst. Jedoch gab ihr die Beklagte durch antizipierten Vertragsbruch Anlass und auch die Berechtigung zum Vertragsrücktritt, weshalb die Beklagte der C.\_\_\_\_GmbH nun nicht vorhalten kann, sie habe durch diesen Rücktritt selbst den Grund für den Nichteintritt der Bedingung gesetzt. Damit ist aber nur die Frage beantwortet, wer das Dahinfallen des Vertrags zu verantworten hat, jedoch nicht, ob die Beklagte sich hinsichtlich des Bedingungseintritts (Erteilung der Baubewilligung) treuwidrig verhalten hat. Mit anderen Worten: Wenn die Klägerin nicht nachweisen kann, dass die Baubewilligung für eine Schrottverarbeitungsanlage in L.\_\_\_\_ mit grosser Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre, spielt es keine Rolle, wer das Dahinfallen des MUV 07 zu verantworten hat, weil dann mangels Bedingungseintritts überhaupt keine Rechtsansprüche aus dem MUV 07 hätten entstehen können. Die Vorinstanz hat diesen Nachweis gestützt auf die Zeugenaussage von Dr. I.\_\_\_\_, wonach trotz des Lärmproblems gute Chancen zur Erlangung einer rechtskräftigen Baubewilligung bestanden hätten (vgl. Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 08.11.2011, S. 4 Abschnitte 4 und 5), als erbracht betrachtet. Er sagte dabei aus, dass das Lärmproblem lösbar gewesen wäre und dass es mit den Lärmschutzwänden "wohl" funktioniert hätte. Bei der Bewertung seiner Aussage ist zu berücksichtigen, dass die Dr. I.\_\_\_\_GmbH im Auftrag der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG, einer deutsche Gruppengesellschaft der C.\_\_\_\_GmbH, resp. im Auftrag der in Gründung befindlichen Klägerin mit der Abklärung der

Realisierbarkeit eines Schrottplatzes mit Schrottverarbeitung in E.\_\_\_\_ und in L.\_\_\_\_ beauftragt wurde (vgl. z.B. Klagbeilage 23) und als Projektverfasserin auch das Gutachten der N.\_\_\_\_AG unterstützte (vgl. Klagbeilage 76 sowie Aussage Dr. I.\_\_\_\_ im Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 08.11.2011, S. 4 Abschnitt 1). Die Aussagen von Dr. I.\_\_\_\_ können deshalb entgegen der Ansicht der Vorinstanz trotz seiner fachmännischen Kenntnisse nicht als Aussagen eines unabhängigen Experten qualifiziert werden. Die Aussagekraft wird relativiert einerseits durch die vorhandene Nähe von Dr. I.\_\_\_\_ zur Klägerin und andererseits dadurch, dass sich aus seiner Aussage auch Rückschlüsse über die fachmännische Ausführung seiner Auftragsarbeit für die Klägerin ziehen lassen. Wegen dieser Eigeninteressen von Dr. I.\_\_\_\_ darf daher nach Ansicht des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, nicht allein gestützt auf seine Aussage geschlossen werden, dass die Baubewilligung mit grosser Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre. Folglich ist zu prüfen, ob die Aussagen des Zeugen Dr. I.\_\_\_\_ durch weitere Beweismittel erhärtet werden. Bemerkenswert ist, dass Dr. I.\_\_\_\_ früher die Chancen auf Erhalt einer Baubewilligung für eine Schrottverarbeitungsanlage in L.\_\_\_\_ kritischer beurteilte: Das Hauptproblem am Projekt sei der Lärm, weil nach seiner Auffassung die Aufpunkte im Hafen in der Schweiz und die Aufpunkte auf deutscher Seite kritisch würden; wenn überhaupt, so könne das Projekt nur mit einem erheblichen Aufwand an Lärmschutzmassnahmen realisiert werden (vgl. Klagbeilage 23 Ziff. 2, Antwortbeilage 19 Ziff. 10.2 sowie seine Aussage über die Chancenbeurteilung anlässlich der Ortsbesichtigung vom 13.12.2006, Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 08.11.2011, S. 3 Abschnitt 5, 6 und 15 sowie S. 4 Abschnitt 1). Das Bauinspektorat erteilte zwar u.a. gestützt auf das Lärmgutachten der N.\_\_\_\_AG mit Verfügung vom 17.07.2008 die Baubewilligung und wies mit Entscheid vom 14.07.2008 sämtliche Einsprachen ab (vgl. Klagbeilage 75). 167 gut organisierte Einsprecher (vgl. Antwortbeilage 20) zogen diesen Entscheid jedoch an die Baurekurskommission weiter. Nachdem das Baugesuch von der Klägerin am 16.12.2009 zurückgezogen wurde, hielt die Baurekurskommission im Erledigungsentscheid vom 25.06.2010 fest, dass das von der Bauherrschaft im Rahmen des Baugesuchsverfahrens eingegebene Lärmgutachten die Baurekurskommission nicht überzeugt habe, weshalb sie sich veranlasst gesehen habe, eine Lärmexpertise bei der EMPA in Auftrag zu geben. Dies zeige auch der umfangreiche Fragenkatalog im Auftragsschreiben vom 22.09.2009 an die EMPA. Die Tatsache, dass die mit dem akustischen Expertengutachten beauftragte EMPA u.a. von der N.\_\_\_\_AG detaillierte Angaben verlangt habe, sei ein weiteres Indiz dafür, dass das von der Bauherrschaft in Auftrag gegebene Lärmgutachten nicht vorbehaltlos als Entscheidungsgrundlage hätte herangezogen werden können (vgl. Antwortbeilage 21 E. 5.1 und 6.3). Aufgrund dieser Beurteilung der für die Baubewilligung zuständigen Rechtsmittelbehörde kann nicht mehr von einer hohen Wahrscheinlichkeit der rechtskräftigen Erteilung der Baubewilligung ausgegangen werden, sondern die Wahrscheinlichkeit reduziert sich auf eine blosse, von der Beantwortung zahlreicher Fragen durch einen neutralen Experten abhängige Möglichkeit. Ob die Baubewilligung je erteilt worden wäre, war mit anderen Worten völlig offen. Mithin ist der Klägerin der Beweis dafür, dass bei Fortbestehen des MUV 07 die Baubewilligung mit hoher Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre, nicht gelungen.

Mangels dieses Nachweises erübrigt sich die Prüfung der Fragen nach dem treuwidrigen Verhalten der Beklagten und nach dem Kausalzusammenhang zwischen treuwidrigem Verhalten der Beklagten und Nichterteilung der Baubewilligung. Ohnehin kann allein der antizipierte Vertragsbruch der Beklagten noch nicht als treuwidriges Verhalten im Sinn von Art. 156 OR qualifi-

ziert werden. Da so oder so nicht bewiesen ist, dass die Baubewilligung mit hoher Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre, ist es müssig zu prüfen, ob zwischen einem allenfalls treuwidrigen Verhalten der Beklagten und der Nichterteilung der Baubewilligung ein adäquater Kausalzusammenhang bestünde. Damit entfällt die Grundlage für den klägerischen Anspruch auf Zurechnung des negativen Vertragsinteresses, was zur Gutheissung der Anschlussberufung führt.

## **9. Schadenersatz aus MUV 07**

Selbst wenn die Fiktion des Bedingungseintritts gemäss Ansicht der Vorinstanz geteilt würde, wäre die Anschlussberufung aus den nachfolgenden Gründen gutzuheissen:

Vertragsparteien des MUV 07 sind die Beklagte und die C.\_\_\_\_GmbH. Die Klägerin macht ausschliesslich Schadenersatzansprüche der C.\_\_\_\_GmbH geltend, welche diese ihr abgetreten hat (vgl. Klagbeilage 7). Für den von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag von gesamthaft CHF 450'264.90 liegen keine Rechnungen oder Zahlungsbelege vor, welche auf die C.\_\_\_\_GmbH lauten. Die Rechnungen oder Zahlungsbelege lauten auf die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG oder auf die Klägerin. Dies sind rechtlich Drittfirmen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Ein Schadenersatzanspruch der C.\_\_\_\_GmbH würde voraussetzen, dass die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG und die Klägerin im Umfang der bezahlten Rechnungen eine Ersatzforderung gegen die C.\_\_\_\_GmbH erworben hätten.

Die Klägerin begründete das Entstehen dieser Ersatzforderungen damit, dass die C.\_\_\_\_GmbH im Hinblick auf die Realisierung des Projekts "Schrottplatz Schweiz" die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG und die Klägerin, welche Gruppen-Gesellschaften der C.\_\_\_\_-Gruppe seien (vgl. Rz. 33 und 36 der Klagbegründung), mit verschiedenen Tätigkeiten beauftragt habe. Für die Kosten, die diesen beiden Gesellschaften aus diesen Aufträgen entstanden seien, hätten sie einen Vergütungsanspruch gegen die C.\_\_\_\_GmbH. Im Umfang dieser Vergütungsansprüche habe diese einen Schaden, den sie gegenüber der Beklagten geltend machen könne (vgl. Rz. 224 der Klagbegründung). Die Beklagte bestritt das Bestehen eines Auftragsverhältnisses zwischen der C.\_\_\_\_GmbH und der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG resp. der Klägerin (vgl. Rz. 250 der Klagantwort). Die Klägerin hat im erstinstanzlichen Verfahren darauf verzichtet, im Rahmen der mündlichen Replik diesbezüglich Beweisanträge zu stellen oder Beweismittel einzureichen (vgl. Beweismiteileingabe der Klägerin vom 15.11.2011 und Plädoyernotizen vom 23.11.2011).

Die Vorinstanz hat aus dem Vortrag der Beklagten hinsichtlich der beantragten Prozesskaution, die Klägerin sei bloss eine vorgeschobene "Erfüllungsgehilfin" der C.\_\_\_\_GmbH (vgl. Eingabe der Beklagten vom 28.12.2010, S. 3 Rz. 9), und aus dem Umstand, dass die C.\_\_\_\_GmbH Vertragspartei des MUV 07 gewesen ist, geschlossen, dass die C.\_\_\_\_GmbH damit das finanzielle Risiko des Projekts "Schrottplatz" trage. Es liege daher "auf der Hand", dass die Klägerin und die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG von der C.\_\_\_\_GmbH beauftragt worden seien, die Aufwendungen im Hinblick auf die Realisierung des Schrottplatzes zu tätigen, weshalb sie einen Anspruch auf Rückerstattung dieser getätigten Aufwendungen hätten. Somit sei davon auszugehen, dass der entsprechende Schaden bei der C.\_\_\_\_GmbH entstanden sei. Die Vorinstanz kam also trotz Bestreitung durch die Beklagte gestützt auf blosse Indizien zum Schluss, ein Schaden der C.\_\_\_\_GmbH sei nachgewiesen. Dabei haben die Ausführungen der Beklagten im Zusammenhang mit der beantragten Prozesskaution keinen Bezug zu den rechtlichen Verbindungen der C.\_\_\_\_GmbH mit der Klägerin und der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG hinsichtlich des Projekts

"Schrottplatz", sondern betreffen einzig die Zahlungsfähigkeit der Klägerin. Auch die Eigenschaft der C.\_\_\_\_GmbH als Vertragspartei des MUV 07 indiziert keineswegs, dass die C.\_\_\_\_GmbH das finanzielle Risiko des Projekts "Schrottplatz" trage und als Folge davon die Aufwendungen der Klägerin und der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG automatisch abzugelten habe. Dagegen sprechen die eigenen Ausführungen der Klägerin, dass sie den Schrottplatz in L.\_\_\_\_ selbst hätte betreiben sollen und dafür Liquidität benötigt hätte, welche ihr die C.\_\_\_\_GmbH bereit gestellt hätte (Rz. 173 der Klagebegründung). Damit ist noch nicht gesagt, ob und welche Vereinbarungen die C.\_\_\_\_GmbH und die Klägerin über die Kostentragung für den Fall der Nichtrealisierbarkeit dieses Projekts getroffen haben. Dass die Klägerin und die H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG zur gleichen Firmengruppe gehören, ist ebenso wenig ein Indiz dafür, dass sie für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Projekt "Schrottplatz" einen Vergütungsanspruch gegenüber der C.\_\_\_\_GmbH hätten. Die Bezeichnung der Klägerin und der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG als Schwester- oder Gruppengesellschaft entspringt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und ändert nichts daran, dass diese Gesellschaften eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen. Folglich besteht kein Raum für die Annahme einer Vermutung, dass auch ohne konkreten Nachweis einer entsprechenden Verpflichtung der C.\_\_\_\_GmbH Vergütungsansprüche der Klägerin und der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG bestünden.

Die Rüge der Beklagten an der entsprechenden Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz erweist sich mithin als begründet. Die Klägerin hat es einerseits unterlassen, einen bei der C.\_\_\_\_GmbH eingetretenen Schaden im Umfang des negativen Vertragsinteresses aus dem MUV 07 hinlänglich zu substantiieren. Andererseits hat sie hinsichtlich des Schadensnachweises trotz Bestreitung durch die Beklagten auch keine Beweisanträge gestellt oder Beweismittel eingereicht. Dabei wäre es für sie als Teil der Firmengruppe C.\_\_\_\_ ein Leichtes gewesen, Korrespondenzen der Klägerin und der H.\_\_\_\_GmbH & Co. KG mit ihr, entsprechende Rechnungen oder Auszüge aus der Buchhaltung einzureichen, um einen bei ihr eingetretenen Schaden zu beweisen. Mangels Nachweises eines bei der C.\_\_\_\_GmbH eingetretenen Schadens bestünde auch gar keine rechtliche Grundlage, die eingeklagten Ansprüche auf das negative Vertragsinteresse aus dem MUV zuzusprechen.

## **10. Kostenentscheid**

Aufgrund der obigen Erwägungen ist die Berufungsklägerin hinsichtlich der Berufung und der Anschlussberufung unterlegen. Entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens sind daher in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sämtliche Prozesskosten der zweiten Instanz der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist gemäss § 3 Abs. 2 i.V.m § 8 Abs. 1 lit. f und § 9 Abs. 1 GebT angesichts des umfangreichen Aktenmaterials mit rund 200 Urkunden, der zahlreichen sich stellenden, anspruchsvollen Tat- und Rechtsfragen und des auch nach der Klagereduktion immer noch sehr hohen Streitwerts auf CHF 60'000.00 festzusetzen. Die vom Rechtsbeistand der Berufungsbeklagten eingereichte Kostennote ist tarifkonform (vgl. § 7 Abs. 1 i.V.m. § 10 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte), weshalb die von der Berufungsklägerin zu leistende Parteientschädigung auf CHF 200'000.00 festzusetzen ist.

**Demnach wird erkannt:**

- ://:
- I. In Abweisung der Berufung und in Gutheissung der Anschlussberufung wird Ziff. 1 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 22. Dezember 2011 aufgehoben und die Klage vollumfänglich abgewiesen.
  - II. Die Gerichtsgebühr von pauschal CHF 60'000.00 für das Berufungsverfahren wird der Berufungsklägerin auferlegt. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten für die Kosten der berufsmässigen Vertretung im Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 200'000.00 zu bezahlen.

Mitteilung an Parteien  
Vorinstanz

Präsidentin

Gerichtsschreiber

Christine Baltzer-Bader

Hansruedi Zweifel