



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichterin Nicole Klausner, die Handelsrichter Dr. Stefan Gerster und Christoph Pfenninger, Handelsrichterin Anja Widmer sowie Gerichtsschreiberin Tea Gelbhaus

Beschluss und Urteil vom 11. Juni 2026

in Sachen

A1._____ Ltd,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y1._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, innert 10 Kalendertagen seit Eröffnung des Urteils
- a) der Klägerin einen aktuellen Grundbuchauszug betreffend das Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH3 an der C.____-strasse in D.____ zu übermitteln;
 - b) der Klägerin einen Entwurf der Rechnung für die Bezahlung des Restkaufpreises im Betrag von CHF 32'870'000.-- zu übermitteln, abzüglich des von der Klägerin zwecks Ablösung des Kredits zugunsten der Beklagten an die Bank E.____ AG bezahlten Betrags, wobei in der Rechnung der enthaltene Entgeltanteil für das unbebaute Grundstück im Verhältnis 6.25/58.75 als nicht der Mehrwertsteuer unterliegender Teil auszuscheiden und auf dem verbleibenden Anteil von 52.5/58.75 die Mehrwertsteuer offen auszuweisen ist;
 - c) dem Escrow Agent F.____, G.____ AG, ... [Adresse], ... Zürich das von der Beklagten unterzeichnete Original der Grundbuchanmeldung für die Übertragung des Grundstücks Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH3 an der C.____-strasse in D.____ sowie der auf diesem Grundstück im ersten Rang errichteten Register-Schuldbriefe zu übergeben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, innert 20 Kalendertagen seit Eröffnung des Urteils die nachfolgenden Handlungen vorzunehmen und/oder zu veranlassen:
- a) Übertragung des Eigentums und Besitzes am Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH3 an der C.____-strasse in D.____, inklusive Hotelgebäude sowie Hoteleinrichtungen und -ausstattungen ("*Furniture, Fixtures and Equipment [FF&EJ]*") gemäss Hotelmietvertrag für das H.____ mit der I.____ AG vom 5. Oktober 2017 und der gestützt auf diesen Hotelmietvertrag erstellten Inventarliste auf die Klägerin;
 - b) Übertragung des Hotelmietvertrags betreffend das H.____ mit der I.____ AG vom 5. Oktober 2017 auf die Klägerin, und Aushändigung der schriftlichen Garantieerklärung der I.____ AG, ... [Adresse] im Maximalbetrag von CHF 3'834'000 für die Erfüllung der Pflichten der Mieterin unter dem Hotelmietvertrag an die Klägerin;
 - c) Übertragung sämtlicher auf dem Grundstück (Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH3) im ersten Rang errichteter Register-Schuldbriefe im unbelasteten Zustand auf die Klägerin;

- d) Aushändigung der Bank- und Versicherungsgarantien an die Klägerin, welche die Beklagte im Zusammenhang mit dem Bau sowie der Einrichtung und Ausstattung des Hotels H._____ abgeschlossen hat, insbesondere die Bank- oder Versicherungsgarantie gemäss SIA Norm 118 Art. 181, welche die J._____ BV (Niederlande) gemäss Ziffer 10.6 des Generalunternehmer-Werkvertrags vom 13. September 2018 an die Beklagte übergeben hat;
- e) Aushändigung einer schriftlichen Solidarbürgschaft an die Klägerin, in welcher sich a) *entweder* die K._____ AG (CHE-4) als Solidarbürgin für alle Gewährleistungen für Bauleistungen, die im Rahmen des Generalunternehmer-Werkvertrags mit der L._____ AG (M._____) erbracht wurden, verpflichtet, *oder* b) eine renommierte Schweizer Bank sich verpflichtet, im Betrag von CHF 1'400'000 für alle Gewährleistungen für Bauleistungen, die im Rahmen des Generalunternehmer-Werkvertrags mit der L._____ AG (M._____) erbracht wurden, als Solidarbürgin zu haften;
- f) Übergabe einer schriftlichen Abtretungserklärung an die Klägerin, mit welcher der Klägerin sämtliche Gewährleistungsansprüche abgetreten werden, die der Beklagten gegenüber Dritten im Zusammenhang mit dem Bau des Hotels und/oder dem Erwerb der Hoteleinrichtungen und -ausstattungen (FF&E) zustehen, insbesondere die Gewährleistungsansprüche gegenüber der J._____ BV (Niederlande) und die Gewährleistungsansprüche gegenüber und Garantien von der K._____ AG (CHE-4), zusammen mit sämtlichen Dokumenten (insbesondere Verträge, Offerten, Pläne, Protokolle), welche die Geltendmachung allfälliger Gewährleistungs- und Garantieansprüche ermöglichen oder unterstützen;
- g) Übergabe sämtlicher Versicherungspolice betreffend private Schaden- und Haftpflichtversicherungen im Zusammenhang mit dem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH3 an der C._____ -strasse in D._____ und dem Hotel H._____, welche die Beklagte mit Versicherungsgesellschaften abgeschlossen hat, an die Klägerin;

all dies Zug um Zug gegen Bezahlung von

- h) CHF 32'870'000.00, abzüglich des von der Klägerin zwecks Ablösung des Kredits zugunsten der Beklagten an die Bank E._____ AG bezahlten Betrags, zuzüglich Mehrwertsteuer soweit anwendbar, auf das Konto des Escrow Agenten F._____ bei der Credit Suisse (Schweiz) AG, ... Zürich, IBAN CH5;
- i) CHF 1'880'000.00 auf das Konto der Gemeinde D._____ bei der Zürcher Kantonalbank, Zürich, IBAN CH6

- j) CHF 125'000 (zuzügl. MwSt. soweit anwendbar) auf das Konto des Escrow Agenten F._____ bei der Credit Suisse (Schweiz) AG, ... Zürich, IBAN CH5;

eventualiter zu Ziffer 2 lit. h) bis j) nur gegen Bezahlung der in Rechtsbegehren Ziffer 2 lit. h) und lit. i) genannten Beträge auf die in Rechtsbegehren Ziffer 2 lit. h) und lit. i) genannten Konti.

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag des von der Beklagten seit dem 1. Februar 2022 erzielten Mietertrags, der sich aus dem Mietvertrag vom 5. Oktober 2017 mit der I._____ AG ergibt, an die Klägerin zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Februar 2022.
4. *Eventualiter* zu den Rechtsbegehren Ziffern 1, 2 und 3 sei die Beklagte zu verpflichten, den Betrag von CHF 24'000'000 an die Klägerin zu bezahlen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 58 S. 4)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Betrag von CHF 24'000'000.– an die Klägerin zu bezahlen, *eventualiter* einen nach Ermessen des Gerichts reduzierten Betrag.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Duplik:

(act. 63 S. 2)

- "1. [...]
2. Das Grundbuchamt N._____ sei anzuweisen, die 24 Register-Schuldbriefe, mit einer Pfandsumme von je CHF 1'000'000.00, zugunsten der Klägerin, lastend an 2. Pfandstelle auf Grundstück Grundbuchblatt 1, Kataster 2 des Grundbuches D._____, EGRID CH3, von der Klägerin auf die Beklagte zu übertragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Übersicht

Sachverhalt und Verfahren	7
A. Sachverhaltsübersicht	7
a. Parteien und ihre Stellung	7
b. Prozessgegenstand	7

B.	Prozessverlauf.....	9
	Erwägungen	12
1.	Formelles.....	12
1.1.	Zuständigkeit.....	12
1.2.	Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA.....	12
1.3.	Teilweiser Klagerückzug und Klagereduktion	13
1.4.	Widerklage	14
1.5.	Eingaben nach Aktenschluss	16
1.6.	Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast.....	17
2.	Unbestrittener Sachverhalt, wesentliche Streitpunkte und Übersicht über die Verträge der Parteien	18
2.1.	Unbestrittener Sachverhalt und wesentliche Streitpunkte.....	18
2.2.	Übersicht über die Verträge der Parteien.....	23
3.	Anwendbares Recht.....	23
4.	Qualifikation des Kaufvertrags vom 2. November 2018	24
5.	Rücktritt der Beklagten	24
5.1.	Ausgangslage.....	24
5.2.	Rechtliches.....	25
5.3.	Fälligkeitszeitpunkt Restkaufpreiszahlung und Sicherstellung Grundstücksgewinnsteuer, Umfang Beurkundungspflicht	26
5.3.1.	Ausgangslage.....	26
5.3.2.	Strittige Vertragsklausel: Ziff. 1 Rz. 3 Amendment II	26
5.3.3.	Rechtliches	27
5.3.4.	Parteivereinbarungen	28
5.3.5.	Parteistandpunkte.....	29
5.3.6.	Auslegung.....	31
5.3.6.1.	Rechtliches	31
5.3.6.2.	Auslegungsprinzipien	32
5.3.6.3.	Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille.....	33
5.3.6.4.	Normative Auslegung: Stundung oder pactum de non petendo	35
5.3.6.5.	Zwischenfazit.....	37
5.3.7.	Beurkundungspflicht der neuen Fälligkeitsabrede.....	38
5.3.7.1.	Ausgangslage.....	38
5.3.7.2.	Parteistandpunkte.....	38
5.3.7.3.	Rechtliches	39
5.3.7.4.	Würdigung	40
5.3.8.	Fazit.....	40
5.4.	Erfüllung Zug-um-Zug	40
5.4.1.	Ausgangslage.....	40
5.4.2.	Strittige Vertragsklausel: Ziff. 3 des Kaufvertrags	41
5.4.3.	Parteistandpunkte.....	41
5.4.4.	Rechtliches	44
5.4.5.	Auslegung.....	46
5.4.5.1.	Rechtliches: Zug-um-Zug Erfüllung beim Grundstückkaufvertrag	46
5.4.5.2.	Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille.....	46
5.4.5.3.	Normative Auslegung: Zug-um-Zug Erfüllung	49
5.4.5.4.	Fazit.....	51
5.5.	Vertraglicher Ausschluss des Rücktrittsrechts	52

5.5.1. Ausgangslage	52
5.5.2. Parteistandpunkte	52
5.5.3. Rechtliches	55
5.5.4. Würdigung: Beurkundungspflicht des Ausschlusses des gesetzlichen Rücktrittsrechts	56
5.5.5. Auslegung	56
5.5.5.1. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille	56
5.5.5.2. Normative Auslegung: Ausschluss des Rücktrittsrechts	59
5.5.5.3. Fazit	60
5.6. Zahlungsverzug der Klägerin und Einrede nach Art. 82 OR	60
5.6.1. Ausgangslage	60
5.6.2. Rechtliches	60
5.6.3. Würdigung: Einrede nach Art. 82 OR	62
5.6.4. Fazit	65
6. Aufhebungsvertrag	65
6.1. Ausgangslage	65
6.2. Rechtliches	66
6.3. Parteistandpunkte	67
6.4. Auslegung	70
6.4.1. Rechtliches	70
6.4.2. Schreiben vom 12. Mai 2022 und 4. September 2024 als Antrag und Annahme	70
6.4.2.1. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille	70
6.4.2.2. Normative Auslegung	71
6.4.3. Schreiben vom 4. und 11. September 2024 als Antrag und Annahme	72
6.4.3.1. Inhalt der Schreiben vom 4. und 11. September 2024	72
6.4.3.2. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille	74
6.4.3.3. Normative Auslegung	74
6.4.4. Fazit	78
6.5. Formfreiheit des abgeschlossenen Aufhebungsvertrags	79
7. Rechtsfolgen der Aufhebung	79
7.1. Ausgangslage	79
7.1.1. Allgemeines	79
7.1.2. Parteiwillen	79
7.1.3. Fazit	80
7.2. Massgebliche Vertragsklauseln	81
7.3. Parteistandpunkte	82
7.3.1. Klägerin	82
7.3.2. Beklagte	86
7.4. Auslegung	91
7.4.1. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille	91
7.4.2. Normative Auslegung: Rückforderbarkeit der Teilzahlungen	93
8. Fazit	99
9. Kosten- und Entschädigungsfolgen	99
9.1. Streitwert	99
9.2. Gerichtskosten	100
9.3. Parteientschädigungen	100

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft (Private Company Limited by Shares) mit Sitz in O._____, Vereinigte Arabische Emirate. Sie ist eine Gesellschaft der A2.____ Ltd resp. der A.____ Gruppe, welche in Europa, Indien und der Golfregion in Hotelliegenschaften investiert. Seit Oktober 2018 verfügt die Klägerin über eine in der Schweiz eingetragene Zweigniederlassung mit Sitz in Zürich (act. 1 Rz. 22; act. 4/3–5; vgl. auch act. 6; act. 8; act. 9/97–98).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in P._____. Sie ist eine Gesellschaft der B.____ Gruppe, welche als Immobilienentwicklerin hauptsächlich in den Niederlanden tätig ist und unter anderem Hotelliegenschaften entwickelt, baut und an Investoren verkauft (act. 1 Rz. 25; act. 4/7–9; act. 37 Rz. 154 ff.).

b. Prozessgegenstand

Die vorliegende Streitigkeit betrifft die Abwicklung eines am 2. November 2018 öffentlich beurkundeten, als "Kaufvertrag" bezeichneten Vertrags (act. 4/63) über ein Grundstück an der C.____-strasse in D.____. Zusammen mit dem Grundstück wurde ein Hotel verkauft, welches von der Beklagten noch zu realisieren war (heutiges H.____), samt einem bereits abgeschlossenen Mietvertrag zwischen der Beklagten und einer Dritten, der I.____ AG. Mit der Abwicklung des Kaufvertrages beauftragten die Parteien einen Escrow Agenten, Rechtsanwalt F.____, mit Escrow Agreement vom 30. Oktober 2018 (act. 4/64). Die Klägerin leistete gestützt auf den Kaufvertrag vom 2. November 2018 Teilzahlungen von insgesamt CHF 24 Mio. an die Beklagte. In der Folge scheiterte der Vollzug des Vertrags, namentlich die Zahlung des Restkaufpreises von CHF 32.87 Mio., die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer an die Gemeinde D.____ von CHF 1.88 Mio. durch die Klägerin sowie die Eigentumsübertragung durch die Beklagte. Dafür machten sich die Parteien gegenseitig verantwortlich. Im Mai 2022 erklärte die Beklagte schliess-

lich schriftlich, vom Kaufvertrag zurückzutreten und auf die ausstehenden Zahlungen zu verzichten (act. 4/94).

Die Klägerin reichte daraufhin am 30. November 2022 die vorliegende Klage ein und verlangte zunächst die vollständige Abwicklung des Vertrages im Sinne einer Realerfüllung Zug-um-Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises und weiterer Beträge. Sie machte geltend, der von der Beklagten im Mai 2022 erklärte Rücktritt sei unwirksam erfolgt. Für den Fall, dass der Rücktritt der Beklagten als gültig qualifiziert werden sollte, begehrte sie eventualiter die Rückzahlung der von ihr geleisteten Teilzahlungen von CHF 24 Mio. Die Beklagte beantragte in ihrer Klageantwort vom 25. September 2023 die vollumfängliche Abweisung der Klage und stellte sich auf den Standpunkt, der von ihr im Mai 2022 erklärte Vertragsrücktritt sei gültig erfolgt, womit keine Erfüllungsansprüche mehr bestünden. Eine Rückerstattung der geleisteten Teilzahlungen sei sodann vertraglich ausgeschlossen worden (act. 1 S. 4 ff.; act. 37 S. 2 ff.).

In der Replik vom 21. November 2024 liess die Klägerin ihre auf Erfüllung gerichteten Begehren fallen, da sich die Parteien im September 2024 auf eine Aufhebung des Kaufvertrages und der daraus fliessenden Erfüllungsansprüche geeinigt hätten, und hielt seither einzig an ihrem Begehren auf Rückzahlung der CHF 24 Mio. fest (ursprüngliches Rechtsbegehren Ziff. 4 = Eventualbegehren) und ergänzte es mit einem Eventualantrag. Die Beklagte beantragte in der Duplik vom 12. Februar 2025 weiterhin die Abweisung des klägerischen Begehrens und verlangte ihrerseits neu, die im Zusammenhang mit den geleisteten Teilzahlungen errichteten Schuldbriefe wieder auf sie zu übertragen. Sie hielt weiterhin daran fest, dass der von ihr im Mai 2022 erklärte Rücktritt rechtswirksam erfolgt sei (act. 58 S. 4; act. 63 S. 2).

B. Prozessverlauf

Vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens ordnete das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 22. August 2022 auf Ersuchen der Klägerin als vorsorgliche Massnahme eine Verfügungsbeschränkung über das Grundstück Grundbuchblatt 1, Kataster 2, EGRID CH3 an der C.____-strasse in D.____ zulasten der Beklagten an und wies das Grundbuchamt N.____ zur Vor-

merkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch an (Geschäfts-Nr. HE220042; act. 5/17).

Am 30. November 2022 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin innert erstreckter Prosequierungsfrist die Klage ein (act. 1; act. 2; act. 3; act. 4/1–96; act. 5/19). Die Akten des Massnahmeverfahrens wurden beigezogen (Geschäfts-Nr. HE220042; act. 5/1–21) und der Klägerin mit Verfügung vom 5. Dezember 2022 Frist angesetzt, um einen Vorschuss von CHF 364'500.– für die Gerichtskosten zu leisten sowie eine bereinigte Vollmacht und einen aktuellen Handelsregisterauszug einzureichen (act. 6). Nach Eingang des Kostenvorschusses und der verlangten Unterlagen (act. 8; act. 9/97–98; act. 10; act. 11; act. 12; act. 15) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 6. Februar 2023 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 16). Mit Eingabe vom 9. Februar 2023 beantragte die Beklagte, die Klägerin zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung zu verpflichten (act. 18). Mit Verfügung vom 14. Februar 2023 wurde der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abgenommen und der Klägerin Frist zur Stellungnahme zum Antrag der Beklagten auf Sicherheitsleistung angesetzt (act. 19). Nach fristgerechtem Eingang der Stellungnahme vom 7. März 2023 (act. 21) wurde ihr mit Verfügung vom 13. März 2023 Frist zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung in Höhe von CHF 350'150.– bis 8. Mai 2023 angesetzt (act. 23). Innert laufender Frist stellte die Klägerin mit Eingabe vom 21. April 2023 ein Wiedererwägungsgesuch (act. 25; act. 26/1–2), auf welches mit Verfügung vom 27. April 2023 nicht eingetreten wurde. Die der Klägerin mit Verfügung vom 13. März 2023 angesetzte Frist zur Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung wurde wie von ihr subeventualiter beantragt bis 20. Juni 2023 erstreckt, ihre übrigen mit Eingabe vom 21. April 2023 gestellten prozessualen Anträge wurden abgewiesen (Ansetzung Frist zur Klageantwort, Abnahme Frist zur Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung, eventualiter Genehmigung einer Ratenzahlung der Sicherheit für die Parteientschädigung, vgl. act. 25; act. 28). Mit Eingabe vom 18. Mai 2023 stellte die Klägerin erneut ein Wiedererwägungsgesuch um Aufhebung der Kautionsanordnung vom 13. März 2023 und Befreiung von der Pflicht zur Leistung einer Sicherheit (act. 30). Ihre Anträge wurden mit Verfügung vom 25. Mai 2023 abgewiesen (act. 32), worauf die Klägerin die Sicherheit für die Parteientschädigung leistete

(act. 34). Der Beklagten wurde in der Folge die (Rest-)Frist zur Erstattung der Klageantwort mit Verfügung vom 27. Juni 2023 neu angesetzt (act. 35). Nach Eingang der Klageantwort vom 25. September 2023 (act. 37; act. 39/2–13) wurde das Gesuch der Beklagten um Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen mit Verfügung vom 3. Oktober 2023 abgewiesen und die Verfahrensleitung an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 40). In der Folge wurden die Parteien, nach einmaliger Verschiebung, zur Vergleichsverhandlung auf den 27. Juni 2024 vorgeladen (act. 42; act. 43). Diese führte zu keiner Einigung (Prot. S. 15 f.). Auch während der anschliessenden Sistierung des Verfahrens bis 12. September 2024 konnten sich die Parteien nicht einigen (act. 44; act. 46; act. 47; act. 49; act. 51; act. 54).

In der Folge wurde mit Verfügung vom 19. September 2024 ein zweiter Schriftwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt (act. 56). Die Klägerin reichte ihre Replik am 21. November 2024 fristgerecht ein (act. 58; act. 59/99–106) und hielt darin nur noch ihr Eventualbegehren auf Bezahlung von CHF 24 Mio. aufrecht, eventualiter eines nach Ermessen des Gerichts reduzierten Betrages (act. 58 S. 4; vgl. act. 1 S. 6 Klagerechtsbegehren Ziff. 4). Der Beklagten wurde mit Verfügung vom 25. November 2024 Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 61). In ihrer fristgemässen Duplik vom 12. Februar 2025 (act. 63; act. 64/14–21) begehrt die Beklagte neu, das Grundbuchamt N._____ sei anzuweisen, die 24 Register-Schuldbriefe mit einer Pfandsumme von je CHF 1'000'000.–, die zugunsten der Klägerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück an der 2. Pfandstelle lasten, an sie zu übertragen. Gleichzeitig beantragte sie, das Urteil vom 22. August 2022 betreffend vorsorgliche Massnahmen (Geschäfts-Nr. HE220042; act. 5/17) mit sofortiger Wirkung aufzuheben und das Grundbuchamt N._____ anzuweisen, die vorläufige Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf der streitgegenständlichen Liegenschaft zu streichen (act. 63 S. 2 f.). Mit Eingabe vom 20. März 2025 (Datum elektronischer Eingang, Eingabe irrtümlicherweise datiert mit 2024) beantragte die Klägerin, auf die Widerklage betreffend Übertragung der 24 Register-Schuldbriefe nicht einzutreten, weil diese verspätet erfolgt sei (act. 65; act. 67 S. 3, Rz. 10 ff.). Gegen die Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen opponierte sie nicht, nur gegen eine allfällige Kostenaufgabe (act. 67; act. 68/107–112). Mit Verfügung vom 1. April 2025

wurde festgehalten, dass die mit Urteil vom 22. August 2022 verhängten vorsorglichen Massnahmen dahingefallen sind, und das Grundbuchamt N._____ wurde angewiesen, die eingetragene einstweilige Verfügungsbeschränkung auf der streitgegenständlichen Liegenschaft zu löschen. Die Kosten für das vorsorgliche Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE220042) in Höhe von CHF 40'108.– (Gerichtsgebühr und Kosten Grundbuchamt) wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Die Klägerin wurde sodann zur Leistung eines zusätzlichen Gerichtskostenvorschusses von CHF 40'108.– verpflichtet (act. 70), den sie bezahlte (act. 75). In den Erwägungen wurde die Beschränkung der Klage als teilweiser Klagerückzug nach Art. 227 Abs. 3 ZPO qualifiziert und festgehalten, dass ein solcher die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides hat (act. 70 E. 3.2.).

Mit Eingabe vom 17. April 2025 nahm die Beklagte Stellung zur Eingabe der Klägerin vom 20. März 2025 (act. 73; act. 74/22–24), worauf sich die Klägerin mit kurzer Eingabe vom 6. Mai 2025 vernehmen liess (act. 76; vgl. act. 78 betreffend Zustellung an Beklagte). Mit Verfügung vom 21. April 2026 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 79). Mit jeweiligen Eingaben vom 4. Mai 2026 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 81; act. 83). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten und die Beklagte ihren in der Schweiz (vgl. E. A.a. oben). Das streitgegenständliche, mit Kaufvertrag vom 2. November 2018 an die Klägerin verkaufte Grundstück samt Hotel befindet sich in der Schweiz. Entsprechend liegt ein internationales Verhältnis vor.

1.1.2. Die örtliche Zuständigkeit ist aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung gegeben und unbestritten (Art. 17 ZPO; Art. 23 Abs. 1 LugÜ). Sowohl der öffentlich beurkundete "Kaufvertrag" vom 2. November 2018 (act. 4/63 Ziff. 16) als auch die öffentlich beurkundete "Änderungsvereinbarung" vom 28. April 2020 (act. 4/66 Ziff. 7.2) sowie das mit einfacher Schriftlichkeit abgefasste "Amendment Agreement II" vom 2. Dezember 2021 (act. 4/73 Ziff. 13) enthalten eine Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten der ordentlichen Gerichte des Kantons Zürich (vgl. act. 1 Rz. 10; act. 37 Rz. 3).

1.1.3. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH.

1.2. Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA

1.2.1. Die Beklagte wurde im Verfahren von Fürsprecher Dr. Y1._____ und Rechtsanwältin Y2._____ von der G._____ AG vertreten. Mit Eingabe vom 4. Mai 2026 teilte die Beklagte mit, dass Rechtsanwältin Y2._____ nicht mehr für die G._____ AG tätig ist und die Beklagte nicht mehr vertrete (act. 83). F._____, der von den Parteien als Escrow Agent zur Abwicklung des Kaufvertrages eingesetzt wurde (vgl. act. 4/64; vgl. auch act. 4/63 Ziff. 2.2), ist ebenfalls als Rechtsanwalt der G._____ AG tätig. Gemäss Handelsregister des Kantons Zürich war er sodann vom 10. Februar 2022 bis 14. Oktober 2025, und damit im Zeitpunkt der vergütungspflichtigen Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren von Fürsprecher Dr. Y1._____ und Rechtsanwältin Y2._____, Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten (neben Q._____; vgl. Handelsregister). Zwar trat er im vorliegenden Hauptverfahren nicht als Rechtsvertreter der Beklagten auf, im Massnahmeverfahren hingegen schon. Es stellt sich die Frage eines Interessenkonflikts.

1.2.2. Im Umstand allein, dass F._____ als Escrow Agent, im Auftrag beider Parteien, und in derselben Anwaltskanzlei wie die Rechtsvertreter der Beklagten im vorliegenden Verfahren gleichzeitig tätig war, ist kein Interessenkonflikt im Sinne von Art. 12 lit. c BGFA zu sehen. F._____ wurde gemäss Kaufvertrag vom 2. November 2018 und Escrow Agreement vom 30. Oktober 2022 im Wesentlichen damit beauftragt, die Zug-um-Zug-Abwicklung des Kaufvertrages zu sichern (act. 4/63–

64; vgl. E. 2.1.1., 5.3.4.1., 5.4. nachfolgend). Die vorliegende Streitigkeit betrifft die Rechte und Pflichten der *Prozessparteien* aus dem Kaufvertrag und nicht die Pflichten von F._____ aus dem Escrow Agreement. Mithin liegt kein direkter Interessenwiderspruch vor, der eine Vertretung durch sämtliche Anwälte der G._____ AG ausschliessen würde, da die erforderliche Unabhängigkeit und die freie Verteidigung der Klienteninteressen durchaus gewahrt sind (vgl. etwa BGer 7B_718/2024 vom 5. Dezember 2024 E. 3.2.1., 3.4.2.). Damit erscheint die Vertretung der Beklagten durch Fürsprecher Dr. Y1._____ und Rechtsanwältin Y2._____ zulässig.

1.3. Teilweiser Klagerückzug und Klagereduktion

1.3.1. Gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO ist eine Beschränkung der Klage jederzeit möglich. Diese stellt einen teilweisen Klagerückzug dar (Leuenberger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Zürich 2025, Art. 227 N 6). Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides. Das Gericht schreibt das Verfahren ab (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO).

1.3.2. Die Klägerin hält in der Replik nicht mehr an ihren auf Realerfüllung abzielenden Rechtsbegehren fest (Rechtsbegehren Ziff. 1, 2 und 3 der Klage vom 30. November 2022), sondern nur noch an ihrem Begehren auf Rückzahlung von CHF 24 Mio. (act. 58 S. 4; vgl. Eventualbegehren Ziff. 4 in act. 1 S. 4 ff.). Bereits in der Verfügung vom 1. April 2025 wurde diese Beschränkung der Klage als teilweiser Klagerückzug nach Art. 227 Abs. 3 ZPO qualifiziert, und es wurde festgehalten, dass ein solcher die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides hat (Art. 241 Abs. 2 ZPO; act. 70 E. 3.2., 5.2.). Die Rechtsbegehren Ziff. 1, 2 und 3 der Klage vom 30. November 2022 sind als durch teilweisen Klagerückzug abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

1.3.3. Beim verbleibenden Rechtsbegehren in der Replik (act. 58 S. 4), ergänzt durch ein Eventualbegehren, handelt es sich nicht um eine unzulässige Ausdehnung oder Ergänzung der Rechtsbegehren, sondern um eine Einengung beziehungsweise Einschränkung des ursprünglichen Anspruchs. Solche Klagereduktionen sind gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO voraussetzungslos zulässig, da formell zwar eine Änderung der Rechtsbegehren vorliegt, aber kein neuer Streitgegenstand ein-

geführt wird und sich die Stellung der Gegenpartei nicht verschlechtert (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 4 ff., 47 f.).

Mit ihren (allgemein gehaltenen) Bemerken, wonach die Klägerin die "Anpassung" ihres Rechtsbegehrens im Hinblick auf eine mögliche Qualifikation als Konventionalstrafe vorgenommen habe (vgl. act. 63 Rz. 18), insinuiert die Beklagte, die Klägerin stütze ihr neues Rechtsbegehren auf eine andere Rechtsgrundlage. Ein entsprechendes Herabsetzungsbegehren hat die Klägerin indessen bereits rechtsgenügend in der Klage gestellt, indem sie eine allfällige Herabsetzung in ihren Ausführungen ausdrücklich begehrte (act. 1 Rz. 222 ff.), was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausreicht (vgl. BGE 133 III 201 E. 5.2; BGE 109 II 120 E. 2; vgl. auch BSK OR I-Widmer/Costantini, Art. 163 N 11 m.w.H.). Auch vor diesem Hintergrund erweist sich das "angepasste" klägerische Begehren in der Replik als zulässig.

1.4. Widerklage

1.4.1. Die Beklagte stellte in der Duplik neu das Begehren, das Grundbuchamt N._____ sei anzuweisen, die 24 Register-Schuldbriefe, mit einer Pfandsumme von je CHF 1'000'000.–, zugunsten der Klägerin, lastend an der 2. Pfandstelle auf Grundstück Grundbuchblatt 1, Kataster 2 des Grundbuches D._____, EGRID CH3, von der Klägerin auf die Beklagte zu übertragen (act. 63 S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 2). In der Klageantwort hielt sie dazu noch ausdrücklich fest, unter anderem aus Kosten- und Zeitgründen auf eine entsprechende Widerklage zu verzichten und sich vorzubehalten, ihre Forderung aus Art. 109 Abs. 1 OR auf Rückübertragung der 24 Register-Schuldbriefe im Rahmen einer separaten Klage vor Handelsgericht geltend zu machen (vgl. act. 37 Rz. 424 f.). Die Klägerin beantragte, auf die Widerklage der Beklagten infolge verspäteter Erhebung nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen (act. 67 S. 3, Rz. 10 ff.).

1.4.2. Eine Widerklage ist eine selbständige Klage im Rahmen eines anderen Prozesses. Sie ist weder Angriffs- noch Verteidigungsmittel, sondern ein gegen den Angriff geführter Gegenangriff, mit welchem die Beklagtenseite ein selbständiges Ziel verfolgt, indem sie einen von der Vorklage nicht erfassten, unabhängigen An-

spruch ins Recht legt (BGE 123 III 35 E. 3c). Eine Widerklage kann erhoben werden, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Sie ist spätestens in der Klageantwort zu erheben. Eine später erhobene Widerklage ist verspätet und damit unzulässig (Art. 224 Abs. 1 ZPO; zum Ganzen BSK ZPO-Willisegger, Art. 224 N 32 m.w.H., 34).

Mit dem Begehren auf Übertragung der 24 Schuldbriefe verfolgt die Beklagte ein eigenes Ziel, das über die blosser Abweisung der klägerischen Zahlungsforderung hinausgeht. Es handelt sich um einen von der Hauptklage nicht erfassten, unabhängigen Gegenanspruch, der auf eine verschiedenartige Verpflichtung gerichtet ist. Selbst wenn sie im Rahmen einer vertraglichen Rückabwicklung erfolgen würde (vgl. act. 63 Rz. 18 ff.), handelt es sich um eine selbstständige Klage und nicht um ein blosses Verteidigungsmittel. Folglich machte die Beklagte in der Duplik einen eigenständigen materiellrechtlichen Anspruch geltend, der als Widerklage zu qualifizieren ist (entgegen act. 63 Rz. 17 ff.). Die Erhebung der Widerklage erst in der Duplik erfolgte verspätet.

1.4.3. Auf die Widerklage (act. 63 S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 2) ist nicht einzutreten.

1.5. Eingaben nach Aktenschluss

1.5.1. Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen sowie Beweismittel in den Prozess einzubringen (BGE 144 III 67 E. 2). Nach Aktenschluss vorgebrachte Tatsachen und Beweisofferten in Stellungnahmen sind nur insoweit zu beachten, als sie die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 aZPO i.V.m. Art. 407f ZPO erfüllen. Dies gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf Dupliknoven. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b aZPO i.V.m. Art. 407f ZPO erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass es der klagenden Partei weder möglich noch zumutbar sei, im Rahmen ihrer Replik auf Vorrat sämtliche denkbaren (Duplik-)Noven zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden könne. In dieser Hinsicht erachtet das Bundesgericht das Einbringen von unechten Noven durch die klagende Partei im Anschluss an die Duplik als

zulässig, wenn die betreffenden Dupliknoven für die Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist dabei einerseits, dass erst die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, und andererseits dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.3.1, E. 2.5.2). Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und/oder Beweismittel (echte oder unechte Noven) stützen, hat diese zu bezeichnen und für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (anstatt vieler zur ständigen Praxis des HGer ZH: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; KUKO ZPO-Sogo/Naegeli, Art. 229 N 11d).

1.5.2. Die Klägerin liess sich nach Aktenschluss mit Eingaben vom 20. März 2025 (act. 67; act. 68/107–112) und 6. Mai 2025 (act. 76) vernehmen. Die Beklagte reichte am 17. April 2025 ebenfalls eine Eingabe ein (act. 73; act. 74/22–24). Auf die darin enthaltenen Ausführungen sowie die Zulässigkeit der Vorbringen (vgl. dazu statt vieler: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; KUKO ZPO-Sogo/Naegeli, Art. 229 N 11d) wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Zusammenhang mit den nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

1.6. Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (statt vieler BGer 4A_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2) einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen

Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angekehrte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b).

Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgelegte Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 Nr. 30).

2. Unbestrittener Sachverhalt, wesentliche Streitpunkte und Übersicht über die Verträge der Parteien

2.1. Unbestrittener Sachverhalt und wesentliche Streitpunkte

2.1.1. Am 2. November 2018 haben die Parteien nach ausführlichen Vertragsverhandlungen und Austausch diverser Vertragsentwürfe einen mit "Kaufvertrag" betitelten öffentlich beurkundeten Vertrag geschlossen (act. 4/63), mit welchem die Klägerin von der Beklagten ein Grundstück in D._____ erwarb. Zusammen mit dem Grundstück wurde ein darauf erst noch zu erstellendes, jedoch bereits vermietetes Hotel verkauft (heutiges H._____) einschliesslich des zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten (R._____ AG) und der künftigen Mieterin (I._____ AG) abgeschlossenen Mietvertrags (act. 1 Rz. 29, 59; act. 37 Rz. 43; act. 4/12; act. 4/76). Der von der Klägerin zu zahlende Preis für das Grundstück, die Baute und den zu übernehmenden Mietvertrag inkl. Hotelausstattung und -einrichtung wurde im Vertrag auf insgesamt CHF 58.75 Mio. zuzüglich allfälliger MwSt. beziffert, wovon die

Klägerin in der Folge insgesamt CHF 24 Mio. in vier vertraglich vereinbarten Raten leistete (act. 1 Rz. 1 ff., 50, 62 f.; act. 37 Rz. 21, 32, 36 ff., 67; act. 58 Rz. 48; act. 63 Rz. 29; act. 4/63 Ziff. 2). Im vereinbarten Kaufpreis von CHF 58.75 Mio. inbegriffen war auch die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer in Höhe von CHF 1.88 Mio., welche zum vertraglich vorgesehenen Zeitpunkt von der Klägerin direkt an die Gemeinde D._____ zu leisten gewesen wäre. Die restlichen Zahlungen, namentlich die bereits geleisteten vier Teilzahlungen von total CHF 24 Mio. und der Restkaufpreis von CHF 32.87 Mio., waren gemäss Kaufvertrag vom 2. November 2018 und dem am 30. Oktober 2018 geschlossenen Escrow Agreement auf ein Escrow Konto des Escrow Agenten Rechtsanwalt F._____ zu bezahlen, der sie bei gegebenen Voraussetzungen an die Beklagte weiterleiten sollte, was bezüglich der Ratenzahlungen auch geschah. Im Gegenzug zu den von ihr geleisteten Ratenzahlungen wurden der Klägerin 24 auf das Grundstück ausgestellte Register-Schuldbriefe zu je CHF 1 Mio. übertragen (act. 1 Rz. 38, 71; act. 37 Rz. 58, 67; act. 58 Rz. 6, 53; act. 63 Rz. 20 ff.; act. 4/63 Ziff. 2.2 ff.; act. 4/64 Ziff. 3.2 ff.; act. 4/74 S. 5–8; act. 59/103).

2.1.2. Während der Bauarbeiten kam es zu Differenzen und sodann zum Bruch zwischen der Beklagten und der Generalunternehmung L._____ AG, worauf letztere ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Grundstück eintragen liess. In diesem Zusammenhang schlossen die Parteien am 28. April 2020 eine öffentlich beurkundete "Änderungsvereinbarung" zum Kaufvertrag (act. 4/66) und ein "Amendment" zum Escrow Agreement (act. 4/69). In der "Änderungsvereinbarung" vom 28. April 2020 wurde insbesondere auch eine Reduktion des Restkaufpreises für den Fall vorgesehen, dass die Klägerin gemäss einer kurz davor am 24. April 2020 geschlossenen Nichtstörungsvereinbarung zwischen der Bank E._____ und den Parteien (act. 4/71) die ausstehende Forderung der baufinanzierenden Bank E._____ befriedigt (act. 1 Rz. 41 ff.; act. 37 Rz. 89 ff., 174; act. 4/66 Ziff. 1.2).

Das auf dem fraglichen Grundstück zu erstellende Hotel wurde in der Folge unter Mitwirkung einer anderen Generalunternehmerin, der K._____ AG, fertiggestellt und am 25. November 2021 der Mieterin I._____ AG übergeben, worauf deren Pflicht zur Bezahlung von Mietzins gemäss Mietvertrag und Übergabeprotokoll am

1. Dezember 2021 begann (act. 1 Rz. 41, 48, 80; act. 37 Rz. 45 ff., 113, 168, 205, 388 ff.; act. 63 Rz. 71 f., 118, 126, 129, 135, 218; act. 4/12 Ziff. 3.1, 5.6; act. 4/72 Ziff. 9.1; act. 39/2 Ziff. 9.1).

2.1.3. Gemäss Kaufvertrag vom 2. November 2018 knüpfte an den Zeitpunkt des Beginns der Mietzinszahlungspflicht der I. _____ AG die Pflicht der Klägerin zur Zahlung des Restkaufpreises von CHF 32.87 Mio. sowie zur Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer an die Gemeinde D. _____ von CHF 1.88 Mio. an. Die Parteien trafen allerdings am 2. Dezember 2021 eine zweite, nicht öffentlich beurkundete Änderungsvereinbarung zum Kaufvertrag vom 2. November 2018, das Amendment Agreement II (act. 4/73). Darin wurde für die Eigentumsübertragung neu der 31. Januar 2022 vereinbart (vgl. act. 4/73 Ziff. 1 Rz. 1). Weiter verpflichtete sich die Klägerin zu einem "Additional Payment" bzw. Baufinanzierungsbeitrag von CHF 125'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer, ebenfalls zahlbar am Datum der Eigentumsübertragung (act. 4/73 Ziff. 2). Ferner enthielt die Vereinbarung eine Regelung für die Zahlung des Restkaufpreises und der Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer dahingehend, dass diese im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung "become due" (vgl. act. 4/73 Ziff. 1 Rz. 3); die Bedeutung dieser Regelung für die Fälligkeit der betreffenden Zahlungen ist strittig zwischen den Parteien. Während die Klägerin darin auch die Fälligkeit der Schlusszahlungen auf den 31. Januar 2022 verschoben sieht, macht die Beklagte im Wesentlichen geltend, der Klägerin lediglich ein *pactum de non petendo* bis zu diesem Zeitpunkt gewährt zu haben; die von der Klägerin zu leistenden Schlusszahlungen seien unverändert am 1. Dezember 2021 fällig geworden (vgl. act. 1 Rz. 5, 49, 80, 129 f., 138, 170 ff., 194 ff.; act. 37 Rz. 45 ff., 115 ff., 394 ff.; act. 58 Rz. 121; act. 63 Rz. 71, 126, 218).

2.1.4. Der restliche Vollzug des Vertrags gelang jedenfalls weder Ende Januar 2022 noch später trotz Bemühungen der Parteien. Es kam namentlich weder zur Tilgung des Restkaufpreises und Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer durch die Klägerin noch zur Übertragung des Eigentums an Grundstück und Gebäude sowie des Mietvertrages auf die Klägerin. Die Parteien machen sich gegenseitig verantwortlich für das Scheitern. Die Klägerin macht geltend, die Fälligkeit der Schlusszahlungen sei nicht eingetreten, da eine Zug-um-Zug Erfüllung im Kaufvertrag vor-

gesehen gewesen sei und die Beklagte ihre "Übergabepflichten" nicht erfüllt habe (act. 1 Rz. 129 ff.). Die Beklagte wiederum bringt vor, die Klägerin sei nicht zahlungsfähig und habe sich auf eine Zug-um-Zug-Argumentation versteift, die so nicht berechtigt sei und die Erfüllung von Bedingungen verlangt, welche so nicht vereinbart gewesen seien (act. 37 Rz. 25; act. 63 Rz. 73).

2.1.5. Bis Ende März 2022 wurde zwischen den Parteien nicht thematisiert, ob und wer seit wann in Verzug war, noch erfolgte durch eine der beiden Seiten eine Fristansetzung, insbesondere nicht in der im Kaufvertrag vorgesehenen Form. Stattdessen führten die Parteien Verhandlungen über eine dritte Änderungsvereinbarung, erzielten aber keine Einigung (act. 1 Rz. 137 ff.; act. 37 Rz. 307 ff.; act. 4/87–88; 39/11–12). Mit Schreiben vom 4. April 2022 setzte die Beklagte der Klägerin schliesslich die im Kaufvertrag vorgesehene 14-tägige Nachfrist (act. 4/63 Ziff. 2.2) an für die Zahlung des Restkaufpreises, die Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer, des Baufinanzierungsbeitrags von CHF 125'000.– sowie einer "Entschädigung" von CHF 582'420.– (act. 4/89). Mit Schreiben vom 21. April 2022 erklärte die Klägerin daraufhin, dass sie willens und fähig sei, die verlangten Zahlungen mit Ausnahme der CHF 582'420.– zu erbringen; diese sei Teil der Verhandlungen zur dritten Änderungsvereinbarung gewesen, die jedoch nicht abgeschlossen wurde. Sie hielt weiter fest, ihre Zahlungen seien Zug-um-Zug gegen die Eigentumsübertragung zu erbringen, und verlangte namentlich eine Kopie der Grundbuchanmeldung sowie die Bestätigung, dass das Original dem Escrow Agenten übergeben worden sei. Die Klägerin macht geltend, damit die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR am 21. April 2022 erhoben zu haben (act. 4/90; vgl. auch act. 1 Rz. 144, 146 f., 199 ff.), was die Beklagte bestreitet (act. 37 Rz. 128, 151, 401 ff.; act. 63 Rz. 206 f.). In der Folge erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 12. Mai 2022, auf die ausstehenden Zahlungen zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten (act. 4/94; vgl. act. 1 Rz. 147 ff.; act. 37 Rz. 325 ff.). Die von der Klägerin via Escrow Agenten erhaltenen An- und Teilzahlungen von insgesamt CHF 24 Mio. hat die Beklagte einbehalten. Sie stützt sich dabei auf die im Kaufvertrag getroffene Abrede, wonach "Geleistete Zahlungen [...] von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden" könnten (act. 4/63 Ziff. 2.2). Die Parteien sind sich über die Auslegung dieser Klausel uneinig.

2.1.6. Die Klägerin hält den von der Beklagten erklärten Rücktritt für nicht zulässig und unwirksam, da sie sich aufgrund wirksamer Einrede nach Art. 82 OR nicht im Zahlungsverzug befunden habe (act. 1 Rz. 79 ff., insb. 143 ff., 194 ff.; act. 58 Rz. 17, 24, 127, 136 ff.). Gestützt darauf verlangte sie mit ihrer Klage im Hauptstandpunkt die Abwicklung des Vertrages. Sie klagte als Grundstückskäuferin bzw. Bestellerin auf Vornahme verschiedener Handlungen durch die Beklagte (so die Übergabe eines aktuellen Grundbuchauszugs, eines Rechnungsentwurfs für den Restkaufpreis, die Übergabe des unterzeichneten Originals der Grundbuchanmeldung sowie von im ersten Rang errichteten Register-Schuldbriefen an den Escrow Agenten, die Übertragung des Eigentums am Grundstück und am Hotel, die Übertragung des Hotelmietvertrags auf sie, die Übertragung sämtlicher im ersten Rang errichteter Register-Schuldbriefe in unbelastetem Zustand, die Aushändigung von Bank- und Versicherungsgarantien, einer Solidarbürgschaft, einer Abtretungserklärung für Gewährleistungsansprüche und das Grundstück betreffende Versicherungspolice(n) Zug-um-Zug gegen Bezahlung von CHF 32.87 Mio., CHF 1.88 Mio. und CHF 125'000.– an die Beklagte. Weiter forderte sie einen erst nach Abschluss eines Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag für den seit 1. Februar 2022 durch die Beklagte von der I. _____ AG eingenommenen Mietertrag (act. 1 S. 4 f. Rechtsbegehren Ziff. 1–3).

Die Beklagte verlangte in der Klageantwort die Abweisung der Hauptbegehren mit der Begründung, im Mai 2022 gültig vom Kaufvertrag zurückgetreten zu sein (act. 37 S. 2, Rz. 133 ff., 401 ff.; act. 63 Rz. 47 ff., 60, 64 ff., 73 f.).

2.1.7. Für den Fall, dass der Vertragsrücktritt der Beklagten als gültig qualifiziert würde (act. 1 Rz. 218 ff.), verlangte die Klägerin in der Klage im Eventualstandpunkt die Rückzahlung der von ihr geleisteten, durch Schuldbriefe gesicherten Teilzahlungen von insgesamt CHF 24 Mio. (act. 1 S. 6 Rechtsbegehren Ziff. 4). In der Replik liess die Klägerin ihre auf Erfüllung gerichteten Begehren fallen, da sich die Parteien im September 2024 auf eine Aufhebung des Kaufvertrags resp. der Erfüllungsansprüche geeinigt hätten, womit diese untergegangen seien (act. 58 Rz. 1 ff., 11, 23 ff., 136 ff.), und hält seither einzig an ihrem Begehren auf Rückzahlung der CHF 24 Mio. fest (act. 58 S. 4). Sie beruft sich für diesen Betrag auf vertragliche

Rückerstattungsansprüche infolge Aufhebung des Kaufvertrags sowie auf eine abstrakte Schuldbriefforderung, da sie als Gläubigerin einer Schuldbriefforderung im Betrag von CHF 24 Mio. im Grundbuch eingetragen sei (act. 58 Rz. 6, 147 ff.; act. 4/74 S. 5–8; act. 59/103).

Die Beklagte beantragte in der Duplik vom 12. Februar 2025 die Abweisung des klägerischen Begehrens und stellt sich weiterhin auf den Standpunkt, am 12. Mai 2022 wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten zu sein und sich nicht mit der Klägerin auf eine einvernehmliche Aufhebung des Kaufvertrags geeinigt zu haben, wobei die Rückzahlung der geleisteten Teilzahlungen unabhängig von der rechtlichen Qualifikation vertraglich ausgeschlossen worden sei (act. 63 S. 2, Rz. 75 ff., insb. 92, 194 ff.; vgl. auch act. 37 S. 2 f., Rz. 56 ff.).

2.1.8. Die Parteien streiten im Wesentlichen darüber, ob die Beklagte im Mai 2022 wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist (E. 5. nachfolgend) oder die Parteien diesen im September 2024 einvernehmlich aufgehoben haben (E. 6 nachfolgend), sowie über die respektiven Rechtsfolgen mit Bezug auf die von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen von CHF 24 Mio. (E. 7 nachfolgend).

2.2. Übersicht über die Verträge der Parteien

Die Parteien schlossen im Zusammenhang mit dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 2. November 2018 (act. 4/63; fortan: Kaufvertrag) und dem Escrow Agreement vom 30. Oktober 2018 (act. 4/64; fortan: Escrow Agreement) folgende weiteren Verträge:

- Preliminary Agreement vom 2. Mai 2018 als Vorvereinbarung zum Kaufvertrag mit Eckpfeilern der Transaktion (act. 4/30; fortan: Preliminary Agreement; vgl. act. 1 Rz. 31 ff.; act. 37 Rz. 161)
- öffentlich beurkundete "Änderungsvereinbarung" vom 28. April 2020 zum Kaufvertrag (act. 4/66; fortan: erste Änderungsvereinbarung)
- Amendment vom 23./26. April 2020 zum Escrow Agreement (act. 4/69; fortan nicht mehr erwähnt)

- Nicht-Störungsvereinbarung zwischen den Parteien und der Bank E._____ vom 24. April 2020 (act. 4/71; fortan: Nichtstörungsvereinbarung)
- mit einfacher Schriftlichkeit abgefasste zweite Änderungsvereinbarung zum Kaufvertrag, "Amendment Agreement II" vom 2. Dezember 2021 (act. 4/73; fortan: Amendment II)

3. Anwendbares Recht

Aufgrund der Rechtswahl der Parteien sowie des Lageorts des Grundstücks in der Schweiz ist Schweizer Recht anwendbar (Art. 116 Abs. 1 IPRG; Art. 119 Abs. 2 und 3 IPRG; act. 4/63 Ziff. 16; act. 4/66 Ziff. 7.2; act. 4/73 Ziff. 12; vgl. auch act. 4/64 Ziff. 9.5; act. 4/69 Ziff. 4), was von keiner Partei in Abrede gestellt wird (act. 1 Rz. 165 f.; act. 37 Rz. 346).

4. Qualifikation des Kaufvertrags vom 2. November 2018

Am 2. November 2018 schlossen die Parteien den erwähnten, öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das Grundstück GB Blatt 1, Kataster 2 EGRID CH3 (act. 4/63), wobei mit dem Grundstück ein vor der Grundstückübertragung zu erstellendes und der Klägerin schlüsselfertig zu übergebendes Hotel inkl. Ausstattung und Einrichtung sowie ein bereits zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und der I._____ AG abgeschlossener Mietvertrag mitveräussert wurde.

Diese Verschiedenartigkeit der verkauften Werte und Leistungen zeigt, dass es sich bei diesem Vertrag der Parteien nicht um einen Nominatkontrakt handelt. Nebst dem darin enthaltenen beurkundungspflichtigen Grundstückskauf sowie dem Erwerb von Mobilien spielen werkvertragliche Komponenten eine erhebliche Rolle und ist auch eine Vertragsübernahme mitenthalten, welche für sich allein schon einen Vertrag sui generis darstellt (BSK OR I-Girsberger/Hermann, Art. 164 N 4a; vgl. auch act. 37 Rz. 347 ff.). Der am 2. November 2018 geschlossene Vertrag qualifiziert sich somit als gemischter Vertrag, der kaufrechtliche (Grundstückübertragung, Hotelausstattung und -einrichtung) mit werkvertraglichen Elementen (Errichtung des Hotels) und einer Vertragsübernahme (Mietvertrag) verbindet (vgl. BGE

118 II 142 E. 1a; vgl. auch BSK OR I-Antognini/Fey/Zindel/Schott, Art. 363 N 21, 23).

Für die rechtliche Beurteilung bedeutet dies, dass jeweils an die für die betreffende Frage passende Rechtsnorm anzuknüpfen ist.

5. Rücktritt der Beklagten

5.1. Ausgangslage

5.1.1. Die Beklagte macht auch in der Duplik noch geltend, der von ihr mit Schreiben vom 12. Mai 2022 (act. 4/94) erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag vom 2. November 2018 sei gültig erfolgt, weshalb zwischen den Parteien im September 2024 auch kein Aufhebungsvertrag habe zustande kommen können.

5.1.2. Der Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR als einseitige Ausübung eines Gestaltungsrechts ist zwingend zuerst zu prüfen, bevor eine einvernehmliche Vertragsaufhebung nach Art. 115 OR analog in Betracht gezogen wird, da ein Rücktritt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung wirkt. Wenn die Voraussetzungen für den Rücktritt (Verzug, Fristansetzung, fruchtloser Fristablauf, unverzügliche Erklärung) vorliegen, ist der Vertrag bereits durch die einseitige Erklärung aufgelöst bzw. in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt (vgl. BSK OR I-Widmer Lüscher, Art. 107 N 26 ff. m.w.H., Art. 109 N 3 m.w.H.). Eine einvernehmliche Aufhebung demgegenüber setzt voraus, dass noch ein aufzulösendes Vertragsverhältnis besteht, über das die Parteien disponieren können.

5.1.3. Die nachfolgende Prüfung des Rücktritts der Beklagten umfasst die wesentlichen zwischen den Parteien strittigen Fragen, ob die Fälligkeit der klägerischen Zahlungen mit dem nicht öffentlich beurkundeten Amendment II (act. 4/73) auf den 31. Januar 2022 verschoben wurde (E. 5.3. nachfolgend), ob die Parteien im Kaufvertrag eine Zug-um-Zug Erfüllung vorgesehen haben (E. 5.4. nachfolgend), mithin ob die Klägerin in Schuldnerverzug geraten ist oder sich allenfalls auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR berufen konnte (E. 5.6. nachfolgend). Bei Unwirksamkeit des Rücktritts ist eine einvernehmliche Vertragsaufhebung zu prüfen (E. 6 nachfolgend). Schliesslich wird die Rückforderbarkeit der geleisteten

Teilzahlungen von CHF 24 Mio. zu prüfen sein, insbesondere ob ein vertraglicher Ausschluss der Rückforderungsmöglichkeit vorliegt (E. 7 nachfolgend).

5.2. Rechtliches

5.2.1. Gemäss Art. 107 Abs. 1 OR ist die Gläubigerin, wenn sich eine Schuldnerin bei zweiseitigen Verträgen im Verzug befindet, berechtigt, ihr eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Wenn die Schuldnerin auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt, kann die Gläubigerin nach Art. 107 Abs. 2 OR unter anderem vom Vertrag zurücktreten. Dies setzt eine Erklärung voraus, die klar und deutlich die von der Gläubigerin getroffene Wahl, auf die Leistung zu verzichten, erkennen lässt und die grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist (Schwenzer/Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, Rz. 3.06, 66.31; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 113, 118). Nach Art. 109 Abs. 1 OR kann die Gläubigerin nach dem Rücktritt die versprochene Gegenleistung verweigern und das bereits Geleistete zurückfordern.

5.2.2. Die Gläubigerin – damit vorliegend die Beklagte – ist behauptungs- und beweispflichtig für sämtliche Voraussetzungen, die sie zur Ausübung des Wahlrechts gemäss Art. 107 Abs. 2 OR berechtigen (u.a. Ansetzung einer angemessenen Frist und gültige Erklärung; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 241).

5.3. Fälligkeitszeitpunkt Restkaufpreiszahlung und Sicherstellung Grundstückgewinnsteuer, Umfang Beurkundungspflicht

5.3.1. Ausgangslage

Zwischen den Parteien ist zunächst strittig, ob mit dem lediglich in einfacher Schriftlichkeit abgefassten Amendment II der im Kaufvertrag festgelegte Fälligkeitszeitpunkt für die Zahlung des Restkaufpreises und die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer (per Datum Fälligkeit des ersten von der I. _____ AG zu leistenden Mietzinses), was letztlich der 1. Dezember 2021 war (vgl. E. 2.1.2. oben; act. 4/12 Ziff. 3.1, 5.6; act. 4/72 Ziff. 9.1; act. 39/2 Ziff. 9.1), auf den 31. Januar 2022 verschoben wurde (E. 5.3.6. nachfolgend), und falls ja, ob diese Abrede beurkundungspflichtig war und wegen Formmangels nichtig ist (E. 5.3.7. nachfolgend).

5.3.2. Strittige Vertragsklausel: Ziff. 1 Rz. 3 Amendment II

Die im Amendment II zwischen den Parteien strittige Klausel Ziff. 1 ("Transfer of title") Rz. 3 lautet:

"The Parties understand and agree hereby that the guarantee of the real estate capital gains tax (Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer) and the remaining purchase price (Restkaufpreis) pursuant to section 2.2 of the Initial SPA and section 1.2 of the Amendment Agreement, respectively become due on the date of transfer of title to the Property."

Die weiteren Rz. 1 und 2 der Ziff. 1 des Amendment II lauten:

"The Parties agree that the transfer of title to the Property from Seller to Buyer (Eigentumsübertragung) pursuant to section 3 of the Initial SPA (hereinafter "Transfer of Ownership") shall take place on 31 January 2022 (hereinafter "Transfer Date"), unless transferred earlier as per the subsequent paragraph.

Notwithstanding the foregoing, the Parties agree to use their best efforts to effect the Transfer of Ownership on 20 January 2022 (hereinafter "Early Transfer Date"). The Parties shall mutually agree on a Transfer of Ownership on the Early Transfer Date with a reasonable period time in advance."

In der Präambel (C) des Amendment II ist sodann festgehalten:

"Buyer has asked Seller to postpone the Transfer of Ownership (as defined below) from 1 December 2021 to 20 January 2022 or 31 January 2022. Seller agrees in accordance with the terms and conditions in this Amendment Agreement."

5.3.3. Rechtliches

Eine Forderung ist fällig, wenn die Gläubigerin die geschuldete Leistung verlangen kann und die Schuldnerin erfüllen muss (BGE 129 III 535 E. 3.2.1; BSK OR I-Widmer Lüchinger, Art. 102 N 4). Mit der Fälligkeit beginnt die Verjährungsfrist und die

Klagbarkeit der Forderung. Sie ist zudem notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung des Schuldnerverzuges, weil hierfür in der Regel zusätzlich eine Mahnung erforderlich ist (Art. 102 Abs. 1 OR). So wird verhindert, dass die Schuldnerin sich durch die im Zweifel sofortige Fälligkeit (Art. 75 OR) sogleich Verzugsfolgen (Art. 103 ff. OR) ausgesetzt sieht; anderes gilt nur, sofern die Parteien einen bestimmten Verfalltag vereinbart hatten (Art. 102 Abs. 2 OR; vgl. BSK OR I-Schroeter, Art. 75 N 9).

5.3.4. Parteivereinbarungen

5.3.4.1. Im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 2. November 2018 vereinbarten die Parteien einen Kaufpreis von insgesamt CHF 58.75 Mio., der auf das Grundstück (CHF 6.25 Mio.), das Hotel inkl. Mietvertrag (CHF 43.75 Mio. zzgl. MwSt.) und die Hoteleinrichtung und -ausstattung inkl. Installationsarbeiten ("Furniture, Fixtures and Equipment", FF&E; CHF 8.75 Mio. zzgl. MwSt.) aufgegliedert war (act. 4/63 Ziff. 2.1). Was die Zahlungsmodalitäten anbelangt, war eine gestaffelte Tilgung des Kaufpreises vorgesehen, namentlich mit einer ersten, zweiten, dritten und vierten Teilzahlung von CHF 6 Mio., CHF 4 Mio., CHF 4 Mio. und CHF 10 Mio. zu verschiedenen Zeitpunkten sowie schliesslich Tilgung des Restkaufpreises von CHF 32.87 Mio. und die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer von CHF 1.88 Mio. an die Gemeinde D._____. Mit Ausnahme der Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer, die direkt an die Gemeinde D._____ erfolgen sollte, sollten alle Zahlungen auf das Escrow Konto des Escrow Agenten F._____ gezahlt werden und galten mit entsprechender Zahlung als getilgt (act. 4/63 Ziff. 2.2; act. 4/64 Ziff. 3.2 ff.; E. 2.1.1. oben).

Die Fälligkeit der von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen war an bestimmte Daten bzw. das Erreichen bestimmter Meilensteine geknüpft. Als Zeitpunkt der Fälligkeit der Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer und der Restkaufpreiszahlung wurde im Kaufvertrag der erste Tag des Monats, in welchem der Mietzins gemäss dem mitverkauften Hotelmietvertrag mit der I._____ AG zum ersten Mal zur Zahlung fällig wird, bestimmt (act. 4/63 Ziff. 2.2; E. 5.3.1. oben).

5.3.4.2. In der öffentlich beurkundeten ersten Änderungsvereinbarung vom 28. April 2020 bestätigten die Parteien zunächst den Betrag der vierten Teilzahlung und vereinbarten neu, dass diese per Datum der notariellen Beurkundung der Änderungsvereinbarung auf das Escrow Konto zu leisten sei (act. 4/66 Ziff. 1.1, 1.3). Weiter bestätigten sie den Betrag des Restkaufpreises. Zusätzlich hielten sie eine Reduktion des Restkaufpreises für den Fall fest, dass die Klägerin gemäss einer kurz davor am 24. April 2020 geschlossenen Nichtstörungsvereinbarung zwischen der Bank E._____ und den Parteien (act. 4/71) die ausstehende Forderung der baufinanzierenden Bank E._____ befriedigt (act. 4/66 Ziff. 1.2; vgl. act. 1 Rz. 41 ff.; act. 37 Rz. 89 ff.). Der im Kaufvertrag vorgesehene Zeitpunkt der Schlusszahlungen (Restkaufpreis und Sicherstellung Grundstückgewinnsteuer) wurde nicht geändert.

5.3.4.3. Im schriftlichen, aber nicht öffentlich beurkundeten, in englischer Sprache verfassten Amendment Agreement II vom 2. Dezember 2021 erklärten die Parteien, der Meinung zu sein und sich darauf zu verständigen, dass die Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer und der Restkaufpreis gemäss Ziffer 2.2 des ursprünglichen Kaufvertrags und gemäss Ziff. 1.2 der ersten Änderungsvereinbarung je am Datum der Eigentumsübertragung "become due" (act. 4/73 Ziff. 1 Rz. 3). Das Datum der Eigentumsübertragung wiederum wurde auf den 31. Januar 2022 verschoben, wobei der 31. Januar 2022 als spätestes Datum definiert wurde ("unless transferred earlier as per the subsequent paragraph"; act. 4/73 Ziff. 1 Rz. 1). Die Parteien vereinbarten direkt darauf folgend, die Eigentumsübertragung nach Möglichkeit am 20. Januar 2022 zu vollziehen und sich hierüber vorgängig einvernehmlich zu verständigen (act. 4/73 Ziff. 1 Rz. 1). Weiter verpflichtete sich die Klägerin zu einem "Additional Payment" bzw. Baufinanzierungsbeitrag von CHF 125'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer, ebenfalls zahlbar am Datum der Eigentumsübertragung (act. 4/73 Ziff. 2).

5.3.5. Parteistandpunkte

5.3.5.1. Die Klägerin behauptet gestützt auf das Amendment II grundsätzliche Fälligkeit der ausstehenden Zahlungen von Restkaufpreis und Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer per 31. Januar 2022 (act. 1 Rz. 49, 80, 82 ff.; act. 58

Rz. 121). Gemäss Ziff. 2.2 des Kaufvertrags seien die beiden Schlusszahlungen zwar am ersten Tag des Monats fällig geworden, in dem der Mietzins erstmals zur Zahlung fällig würde. Es könne vorliegend aber offen bleiben, ob die Mietzinszahlungspflicht der I. _____ AG am 1. Dezember 2021 begonnen habe (E. 5.3.1. oben) und damit auch die Schlusszahlungen auf diesen Zeitpunkt fällig geworden seien. Im Amendment II hätten die Parteien nämlich vereinbart, dass die beiden Schlusszahlungen grundsätzlich am 31. Januar 2022 fällig würden (act. 1 Rz. 80; act. 4/73 Ziff. 1 und 2). Ein pactum de non petendo bestreitet sie ausdrücklich (act. 58 Rz. 121).

5.3.5.2. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, hinsichtlich der Fälligkeit des Restkaufpreises und der Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer sei es bei der Regelung im ursprünglichen Kaufvertrag geblieben. Mit der Übergabe des erstellten H. _____ an die I. _____ AG am 25. November 2021 habe gemäss der kaufvertraglichen Regelung deren Pflicht zur Bezahlung des Mietzinses am 1. Dezember 2021 begonnen, womit zugleich die Fälligkeit der von der Klägerin zu leistenden Schlusszahlungen eingetreten sei. Der Klägerin habe jedoch das Geld gefehlt, weshalb sie die Beklagte um den Abschluss des Amendment II habe bitten müssen, was im Wortlaut der Präambel wiedergespiegelt sei (vgl. E. 5.3.2. oben). Das Amendment II sei nur deswegen notwendig geworden, weil der Klägerin das Geld zur Bezahlung der Schlusszahlungen gefehlt habe (act. 37 Rz. 45 ff., 113, 168, 205, 388 ff.; act. 63 Rz. 71 f., 118, 126, 129, 135, 218 ff.; act. 4/63; act. 4/72; act. 39/2 Ziff. 9.1). Die Parteien hätten mit dem Amendment II nicht eine Verschiebung der Fälligkeit des Restkaufpreises und der Sicherstellung vereinbart; vielmehr habe die Beklagte der Klägerin bloss ein *pactum de non petendo* gewährt und damit bis Ende Januar 2022 auf die klageweise Geltendmachung der bereits fälligen Forderungen verzichtet (act. 37 Rz. 117 ff., 394 ff.).

Das Verständnis der Klägerin, wonach der Restkaufpreis gestützt auf Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II plötzlich erst zwei Monate später fällig werde und dies zudem nur bei gleichzeitiger Übertragung von Grundstück und Hotel, entspreche damit nicht dem Zweck des Amendment II. Dieses habe einzig der Verschiebung des Termins für die Eigentumsübertragung gedient, nicht aber einer Neuregelung der

Fälligkeiten. Die Beklagte habe einer Regelung, wonach bereits fällige Forderungen und ein bereits eingetretener Verzug gleichsam rückgängig gemacht und durch eine neue, offene Fälligkeitsbestimmung ersetzt würden – "become due on the date of transfer of title to the Property" –, keinesfalls zustimmen wollen (act. 37 Rz. 93 f., 97, 100 ff., 389, 439). Wäre eine solche, von Ziff. 2.2 des Kaufvertrags abweichende Regelung beabsichtigt gewesen, hätte sie sodann öffentlich beurkundet werden müssen als objektiv wie subjektiv wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrags (act. 37 Rz. 102, 119, 369 ff., insb. 373 f.).

Die Entstehungsgeschichte von Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II zeige sodann, dass es darin ursprünglich um die Einräumung eines sofortigen und bedingungslosen Rücktrittsrechts der Beklagten für den Fall eines weiteren Zahlungsverzugs der Klägerin gegangen sei. Die Klägerin habe diese Regelung jedoch im Entwurf vom 30. November 2021 durchgestrichen und am Ende mit dem Zusatz "respectively become due on the date of transfer of title to the Property" ergänzt, wie sie letztlich auch unterzeichnet worden sei (act. 37 Rz. 97; act. 39/4–5; vgl. act. 4/73 Ziff. 1 Rz. 3).

Diesen Einschub habe die Beklagte nicht im heute von der Klägerin behaupteten Sinn verstanden. Dass auch die Klägerin selbst ihn damals nicht in diesem Sinn verstanden habe, ergebe sich nach Auffassung der Beklagten daraus, dass die Klägerin in ihrer Closing Checklist vom 23. Dezember 2021, und damit drei Wochen nach Unterzeichnung des Amendment II, vorgesehen habe, den Restkaufpreis an den Escrow Agenten "Some days prior to 31 January 2022 (closing date), i.e. approx. 26/27 January 2022" zu leisten. Überdies sei die Ergänzung im Escrow Agreement nicht gespiegelt worden (act. 37 Rz. 98 f. 390, 392, 441; act. 4/84 S. 4 Ziff. 4). Das Verständnis der Beklagten manifestiere sich sodann in ihrer E-Mail vom 24. Januar 2022, worin sie von der Klägerin eine Bestätigung verlangt habe, dass diese den Restkaufpreis und die Sicherstellung bis Dienstag, 24. Januar 2022, 12.00 Uhr, leiste (wobei es richtigerweise Dienstag, 25. Januar 2022, hätte heissen sollen; act. 37 Rz. 117 ff., 400; act. 4/85).

5.3.6. Auslegung

5.3.6.1. Rechtliches

Bei einem *pactum de non petendo* verspricht die Gläubigerin der Schuldnerin den Verzicht auf die Geltendmachung einer schon fälligen Forderung und erklärt somit, vorübergehend von deren Durchsetzung abzusehen (BSK OR I-Schroeter, Art. 75 N 17). Demgegenüber ist die *Stundung* ein Vertrag, mit dem nachträglich die Fälligkeit während einer bestimmten Frist aufgehoben oder aufgeschoben wird (vgl. BGE 94 II 101 E. 2; Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020, N 3137). Sie verhindert daher den Eintritt des Schuldnerverzugs und dessen Rechtsfolgen, oder lässt den bereits eingetretenen Schuldnerverzug für die Dauer der Stundung entfallen. Die Stundung ist eine materielle Einwendung, keine Einrede. Sie hemmt die Verjährung (BGE 65 II 232, 233) und endet mit Eintritt des vereinbarten oder festgesetzten Zeitpunktes (BSK OR I-Schroeter, Art. 75 N 16, vgl. auch BSK OR I-Loacker, Art. 115 N 7).

5.3.6.2. Auslegungsprinzipien

Bei der Auslegung vertraglicher Bestimmungen ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Parteiwille bei Vertragsschluss massgebend. Wenn ein solcher nicht festgestellt werden kann, sind in zweiter Linie zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Zu berücksichtigen sind im weiteren die Umstände, unter denen diese Erklärungen abgegeben wurden und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 148 III 57 E. 2.2.1 m.w.H.). Nachträgliches Parteiverhalten ist sodann bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGer 4A_503/2023 vom 29. Juli 2024, E. 2 m.w.H.).

Erst wenn die Auslegung des Vertrags auch nach dem Vertrauensprinzip zu keinem Ergebnis führt, ist der Grundsatz *in dubio contra stipulatorem* subsidiär anzuwenden und mehrdeutige Wendungen sind im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat (Unklarheitsregel). Es genügt mithin nicht, dass die Parteien über die Bedeutung einer Erklärung streiten, sondern es ist vorausgesetzt, dass die Erklärung nach Treu und Glauben auf verschiedene Weise verstanden werden kann und es nicht möglich ist, den Zweifel mit den übrigen Auslegungsmitteln zu beseitigen (BGE 148 III 57 E. 2.2.2. m.w.H.).

5.3.6.3. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille

Die Klägerin beruft sich nicht konkret und substantiiert auf einen wirklichen übereinstimmenden Willen der Parteien im Sinne ihres Verständnisses als Stundung (vgl. act. 1 Rz. 80). Demgegenüber beruft sich die Beklagte ausdrücklich auf ein subjektives Verständnis der Parteien betreffend Ziff. 1 Rz. 3 des am 2. Dezember 2021 unterzeichneten Amendment II als pactum de non petendo. Den Parteien sei es gemäss Absatz (C) der Präambel des Amendment II lediglich darum gegangen, die Eigentumsübertragung vom 1. Dezember 2021 auf den 20. Januar 2022 bzw. auf den 30. Januar 2022 zu verschieben. Von einer gleichzeitigen Verschiebung der bereits eingetretenen Fälligkeit des Restkaufpreises sei hingegen keine Rede gewesen (vgl. act. 37 Rz. 389; E. 5.3.2. oben). Das übereinstimmende Verständnis der Parteien ergebe sich aus einer E-Mail der Beklagten vom 24. Januar 2022, aus der Closing Checklist vom 23. Dezember 2021, der E-Mail der Klägerin sowie dem von ihr revidierten Entwurf je vom 30. November 2021 (act. 37 Rz. 390, 400, 441; act. 39/4–5; act. 39/84 S. 4; act. 39/85).

Gemäss der Closing Checklist der Klägerin vom 23. Dezember 2021 sollte die Zahlung des Restkaufpreises einige Tage vor dem 31. Januar 2022 erfolgen. Mit E-Mail vom 24. Januar 2022 verlangte die Beklagte eine Bestätigung, wonach Restkaufpreis und Sicherstellung bis 25. Januar 2022 geleistet würden. Beide Urkunden vermögen nicht eine frühere Einigung der Parteien auf ein pactum de non petendo nachzuweisen, zumal die Parteien in Ziff. 1 Rz. 1 und 2 des Amendment II eine frühere Eigentumsübertragung als am 31. Januar 2022 ausdrücklich vorbehalten hatten und der 31. Januar 2022 lediglich als spätester Termin bestimmt war.

Mit den angerufenen Beweismitteln (Closing Checklist vom 23. Dezember 2021, act. 4/84 S. 4 Ziff. 4; E-Mail der Beklagten vom 24. Januar 2022, act. 4/85), welche nachvertragliches Parteiverhalten zum Amendment II darstellen, gelingt es der Beklagten daher nicht, einen tatsächlichen Konsens der Parteien im von ihr behaupteten Sinn nachzuweisen.

Auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Amendment II ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen entsprechenden tatsächlichen Konsens der Parteien. Der Entwurf des Amendment II stand nach Vertragsverhandlungen der Parteien am 30. November 2021 inhaltlich fest (vgl. act. 1 Rz. 117 ff., 182; act. 37 Rz. 95 ff.; act. 4/78–82; act. 4/96; act. 39/4–5), mithin noch *bevor* die Forderungen gemäss Ausführungen der Beklagten nach der ursprünglichen vertraglichen Regelung per 1. Dezember 2021 überhaupt fällig geworden waren. Deshalb konnte das damalige Verständnis der Vertragsparteien nicht bloss als Einigung auf einen Verzicht auf die gerichtliche Geltendmachung "bereits fälliger Forderungen" bestehen, da die Fälligkeit noch nicht eingetreten war. Dass die Unterzeichnung erst am 2. Dezember 2021 erfolgte, vermag daran nichts zu ändern.

Die Entstehungsgeschichte der konkreten Formulierung von Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II führt zu keinem anderen Ergebnis: Der Entwurf vom 30. November 2021 (act. 39/5) knüpfte noch an einen fortbestehenden Zahlungsverzug der Klägerin an und sah hierfür ein sofortiges und bedingungsloses Rücktrittsrecht der Beklagten vor. Diese Verzugs- und Sanktionsregelung wurde jedoch von der Klägerin gestrichen und durch die Formulierung ersetzt, wonach Restkaufpreis und Sicherstellung erst am Datum der Eigentumsübertragung "become due" (vgl. act. 1 Rz. 117 ff., 182; act. 37 Rz. 95 ff.; act. 4/78–82; act. 4/96; act. 39/4–5). Damit nahmen die Parteien von der noch von der Beklagten vorgeschlagenen sofortigen Verzugs- und Rücktrittslogik Abstand und setzten an deren Stelle eine neue zeitliche Ordnung der Leistungspflichten. Der Umstand, dass trotz bereits fälliger Forderungen die Beklagte der klägerischen – wesentlichen – Abänderung nicht widersprochen und an ihrer ursprünglichen Rücktrittsregelung nicht festgehalten, die vertraglich vorgesehenen Verzugsfolgen nicht geltend gemacht hat, sondern vielmehr die neu formulierte Regelung unterzeichnet hat, wonach Restkaufpreis und Sicherstel-

lung erst am Datum der Eigentumsübertragung "become due", lässt nicht auf ein Verständnis des blossen pactum de non petendo schliessen, zumal gerade Ziff. 1 Rz.3 des Amendment II Gegenstand von Diskussionen und beidseitigen Abänderungsvorschlägen war.

Auch die Begleitumstände sprechen gegen den damaligen wirklichen Willen beider Parteien, ein blosses pactum de non petendo zu vereinbaren. Dass die Beklagte im Zeitpunkt des Amendment II konkret im Begriff gewesen wäre, die Geldforderungen durchzusetzen und davon lediglich vorübergehend hätte Abstand nehmen wollen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr war es nach den eigenen Ausführungen der Beklagten die Klägerin, die mangels finanzieller Mittel eine Neuregelung der weiteren Abwicklung begehrte, und nicht die Beklagte im Kontext einer anstehenden Durchsetzung der Geldforderungen. Dies spricht eher für eine auch durch die Beklagte verstandene Verschiebung des Leistungszeitpunkts als für einen "einseitigen" Verzicht auf die Geltendmachung.

Der Beklagten gelingt es damit nicht, einen tatsächlichen Konsens der Parteien im Sinne eines pactum de non petendo nachzuweisen. Die Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II ist daher nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

5.3.6.4. Normative Auslegung: Stundung oder pactum de non petendo

Die Parteien hielten in Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II fest, dass die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer und der Restkaufpreis am Datum der Eigentumsübertragung "become due". Der klare Wortlaut legt zunächst nahe, dass der Eintritt der Fälligkeit an ein zukünftiges Ereignis, nämlich die Eigentumsübertragung, geknüpft werden sollte. Darin unterscheidet er sich von einer Formulierung im Sinne eines pactum de non petendo, wonach bereits bestehende Forderungen bloss einstweilen nicht geltend gemacht oder durchgesetzt werden sollen. Ein redlicher Erklärungsempfänger durfte die Klausel deshalb eher als Neuregelung des Fälligkeitszeitpunkts denn als bloss vorläufigen Verzicht auf die Durchsetzung verstehen.

Zum selben Verständnis führt eine systematische Auslegung der Verträge. Bereits im ursprünglichen Kaufvertrag waren die Schlusszahlungen und die Eigentums-

übertragung funktional miteinander verknüpft (vgl. act. 4/63 Ziff. 2.2 zu Tilgung des Kaufpreises und Ziff. 3. Eigentumsübertragung; vgl. insb. auch E. 5.4. nachfolgend). Der Restkaufpreis und die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer wurden nach Ziff. 2.2 des Kaufvertrags zu dem Zeitpunkt fällig, in welchem auch der Mietzins für das Hotel erstmals zur Zahlung fällig wurde, während der Vollzug der Eigentumsübertragung über das Escrow-Setup auf die Leistung dieser Schlusszahlungen ausgerichtet war (vgl. hierzu E. 5.4. nachfolgend). Das Amendment II übernahm diese Koppelung und verschob lediglich das bereits auf einen gemeinsamen Vollzug angelegte Gefüge zeitlich auf einen neuen "Closing"-Termin.

Auch der erkennbare Regelungszweck des Amendment II weist in dieselbe Richtung. Die Beklagte macht zwar geltend, Zweck des Amendment II sei im Wesentlichen die Verschiebung der Eigentumsübertragung gewesen, worauf namentlich der Wortlaut der Präambel hindeute: "*Buyer has asked Seller to postpone the Transfer of Ownership (as defined below) from 1 December 2021 to 20 January 2022 or 31 January 2022. Seller agrees in accordance with the terms and conditions in this Amendment Agreement.*" Diese Präambel verweist jedoch mit dem Zusatz "as defined below" auf die nachfolgenden Regelungen des Amendment II, worauf unmittelbar die Ziff. 1 mit der fraglichen Rz. 3 folgt, wonach Restkaufpreis und Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer am Datum der Eigentumsübertragung "become due". Der Präambelwortlaut lässt sich daher nicht isoliert im Sinne der Beklagten verstehen; vielmehr ist davon auszugehen, dass vernünftige Parteien die Klausel so verstanden hätten, dass die Schlusszahlungen weiterhin an die Eigentumsübertragung geknüpft sein sollten.

Hinzu kommt, dass die Beklagte selbst mehrfach geltend macht, die Klägerin habe mangels finanzieller Mittel die ausstehenden Schlusszahlungen Ende November 2021 nicht leisten können und deshalb um eine Verschiebung der Abwicklung des Kaufvertrags auf Ende Januar 2022 ersucht; einzig und allein deshalb sei es überhaupt zum Abschluss des Amendment II gekommen, welcher Sachverhalt im oben genannten Präambelwortlaut bezeugt werde. Waren finanzielle Probleme der Klägerin ihr Motiv für das neue Amendment Ende November 2021 in Anbetracht der nahenden Abwicklung des Kaufvertrags, so ist naheliegend, dass sie vielmehr ei-

nen Aufschub der Zahlungspflicht als einen blossen Verzicht auf die Geltendmachung anstrebte. Eine Vereinbarung von Parteien, welche in dieser Situation ausdrücklich vereinbaren, die Schlusszahlungen würden am Datum der Eigentumsübertragung "become due", durfte nach Treu und Glauben in diesem naheliegenden Sinn als materieller Aufschub der Leistungspflichten verstanden werden.

Nicht entscheidend ist sodann der Hinweis der Beklagten, dass die Änderung in Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment Agreement II im Escrow Agreement nicht gespiegelt wurde. Das Escrow Agreement regelte den technischen Vollzug der Eigentumsübertragung über den Escrow Agenten. Danach durfte dieser die Grundbuchanmeldung erst nach Eingang des Restkaufpreises auf dem Escrow-Konto und nach Vorliegen der Belastungsanzeige betreffend Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer beim Grundbuchamt einreichen; die Freigabe des Restkaufpreises an die Beklagte war erst nach Eintragung der Klägerin als Eigentümerin vorgesehen (vgl. act. 4/64 Ziff. 3.2 ff.; E. 5.4. nachfolgend). Eine Verschiebung des Fälligkeitszeitpunkts der Schlusszahlungen auf den neuen Closing-Termin stellte diesen Mechanismus nicht in Frage, sondern liess ihn im Grundsatz unberührt. Das Fehlen einer ausdrücklichen Paralleländerung im Escrow Agreement genügt deshalb nicht, um das bisherige Auslegungsergebnis umzustossen.

Insgesamt durfte die von der Beklagten abgegebene und von ihr unterzeichnete Erklärung in Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass die Fälligkeit von Restkaufpreis und Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer auf das (späteste) Datum der Eigentumsübertragung, den 31. Januar 2022, verschoben wurde. Die Vereinbarung in Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II ist daher nach Vertrauensprinzip als Stundung und nicht als blosses pactum de non petendo zu verstehen. Ob eine solche Stundungsabrede formbedürftig war und welche Folgen sich daraus für ihre Gültigkeit ergeben, ist separat zu beurteilen (vgl. E. 5.3.7. nachfolgend).

5.3.6.5. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II nach dem Vertrauensprinzip dahin auszulegen, dass die Parteien die Fälligkeit von Restkaufpreis und Sicher-

stellung der Grundstücksgewinnsteuer auf das im Amendment II vereinbarte Datum der Eigentumsübertragung, (spätestens) den 31. Januar 2022, verschoben haben. Vereinbarung wurde damit eine Stundung und nicht bloss ein pactum de non petendo.

5.3.7. Beurkundungspflicht der neuen Fälligkeitsabrede

5.3.7.1. Ausgangslage

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von den Parteien mit Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II, welches in einfacher Schriftlichkeit abgefasst wurde, verschobene Fälligkeit zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedurft hätte, womit sie aufgrund Formmangels nichtig wäre.

5.3.7.2. Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der im Amendment II vereinbarte neue Fälligkeitstermin für ihre Leistungen gehöre nicht zu den beurkundungspflichtigen objektiv oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkten (act. 1 Rz. 167 ff., insb. 172 ff. unter Verweis auf BGer 4A_331/2010 E. 2 sowie m.w.H.).

Demgegenüber vertritt die Beklagte die Auffassung, die in Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II vorgesehene Abweichung von den in der öffentlichen Urkunde vom 2. November 2018 festgelegten Fälligkeiten, nicht aber das ganze Amendment II, sei mangels öffentlicher Beurkundung nichtig. Der Formzwang erfasse alle Abreden, welche die beidseitigen Leistungspflichten wesentlich präzisierten, wozu auch die Fälligkeit gehöre. Die Fälligkeit bzw. die Zahlungsbedingungen, denen Ziff. 2.2 des Kaufvertrages zweifelsfrei zuzurechnen sei, zählten sowohl nach objektiver als auch nach subjektiver Theorie zu den wesentlichen Punkten des Kaufvertrags. Selbst wenn man bei Ziff. 2.2 des Kaufvertrages nur von Nebenpunkten ausginge, sei für alle Beteiligten erkennbar gewesen, dass die Fälligkeit der noch ausstehenden Zahlungen für die Beklagte von herausragender Bedeutung gewesen sei, da sie zunächst das Hotel habe erstellen und den Betrieb aufnehmen müssen, bevor sie den Restkaufpreis habe verlangen können (act. 37 Rz. 119, 362 ff., insb. 369 ff., 437, 442).

Zu klären ist somit, wie weit die Beurkundungspflicht bei nachträglichen Abänderungen oder Ergänzungen eines formbedürftigen Vertrags reicht, namentlich ob die in Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II vereinbarte Verschiebung der Fälligkeit der Schlusszahlungen auf den 31. Januar 2022 ein beurkundungspflichtiges Rechtsgeschäft darstellt, dessen formungültiger Abschluss Nichtigkeit zur Folge hat.

5.3.7.3. Rechtliches

Grundstückkaufverträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Nach Art. 12 OR gilt die vorgeschriebene Form grundsätzlich auch für spätere Vertragsänderungen. Diese Regel wird in ständiger Rechtsprechung sinngemäss auch auf öffentlich zu beurkundende Verträge angewandt (BGE 123 III 97 E. 2; BGE 95 II 419 E. 2b).

Öffentlich zu beurkunden sind indessen nicht sämtliche späteren Abreden, sondern nur Änderungen, welche die objektiv oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkte betreffen. Objektiv wesentlich sind die den Vertragstyp prägenden Punkte, namentlich jene Elemente, welche das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung bestimmen. Subjektiv wesentlich sind demgegenüber solche Punkte, von deren Einigung eine Partei den Vertragsschluss nach dem für die Gegenpartei erkennbaren Parteiwillen abhängig gemacht hat. Formfrei bleiben demgegenüber blosser Nebenabreden und Erfüllungsmodalitäten (vgl. BSK OR I-Fasel, Art. 216 N 12 f.; BSK OR I-Fountoulakis/Schwenzer, Art. 12 N 5).

Im subjektiv wesentlichen Bereich ist der Formzwang auf diejenigen Vertragspunkte zu beschränken, die ihrer Natur nach Elemente des betreffenden Vertragstyps bilden oder als zusätzliche Gegenleistung in das Austauschverhältnis einfließen (BGer 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017, E. 8.2; BGer 5A_844/2021 vom 25. Mai 2022 E. 2.3.1; vgl. auch BSK OR I-Fasel, Art. 216 N 14 m.w.H.). Vereinbarungen über Zahlungsmodalitäten berühren das Austauschverhältnis demgegenüber grundsätzlich nicht und bedürfen daher in der Regel keiner öffentlichen Beurkundung. Dies gilt namentlich für Abreden über die Art oder den Zeitpunkt der Erfüllung, soweit Kaufobjekt und Kaufpreis unverändert bleiben. Auch wenn die Parteien insoweit vom dispositiven Recht abweichen, unterliegen solche Abreden nur

dann dem Formzwang, wenn sie das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen. Reine Abwicklungsmodalitäten, welche keine neue Gegenleistung begründen und die typenbestimmenden Elemente des Kaufvertrags unberührt lassen, bleiben dagegen formfrei (vgl. BGer 4A_331/2010 E. 2; Brückner/Kuster, Die Grundstücksgeschäfte, 2. Aufl., Zürich 2021, N 845d; Vischer/Galli, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 481).

5.3.7.4. Würdigung

Die in Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II vereinbarte Verschiebung der Fälligkeit der Schlusszahlungen auf den 31. Januar 2022 stellt keine Änderung des Kaufpreises, des Kaufgegenstands oder des Synallagmas als solchem dar, sondern lediglich eine Änderung des Leistungszeitpunkts. Eine solche Abrede betrifft die Abwicklung des bereits abgeschlossenen Vertrags und nicht dessen formbedürftigen Kern. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Fälligkeit der ausstehenden Zahlungen für die Beklagte von erheblicher praktischer Bedeutung war. Die bloss subjektive Wichtigkeit einer Abrede begründet für sich allein noch keinen Formzwang; erforderlich ist vielmehr, dass der betreffende Punkt seiner Natur nach ein Element des Grundstückkaufvertrags bildet oder als zusätzliche Gegenleistung in das Austauschverhältnis einfliesst. Dies trifft auf die hier vereinbarte bloss Verschiebung des Leistungszeitpunkts mit Ziff. 1 Rz. 3 Amendment II nicht zu. Sie bedurfte daher nicht der öffentlichen Beurkundung.

5.3.8. Fazit

Mangels Beurkundungspflicht haben die Parteien die Fälligkeit von Restkaufpreis und Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer sowie Eigentumsübertragung mit Ziff. 1 Rz. 3 des Amendment II rechtsgültig auf den 31. Januar 2022 verschoben, weshalb dieser Fälligkeitszeitpunkt nachfolgend massgebend ist.

5.4. Erfüllung Zug-um-Zug

5.4.1. Ausgangslage

Sodann ist zu prüfen, in welchem Verhältnis diese Fälligkeit zur vertraglich vorgesehenen Eigentumsübertragung stand, mithin ob die Schlusszahlungen mit der Eigentumsübertragung Zug-um-Zug zu erbringen gewesen wären und wie die praktische Abwicklung von den Parteien vorgesehen wurde.

Unbestritten ist, dass die Klägerin weder am 31. Januar 2022 noch später den Restkaufpreis auf das Escrow Konto eingezahlt oder die Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer an die Gemeinde D._____ geleistet hat. Ebenso wenig erfolgte die im Kaufvertrag vorgesehene Übergabe der Grundbuchanmeldung durch die Beklagte an den Escrow Agenten (vgl. act. 4/63 Ziff. 3 "Eigentumsübertragung" Abs. 2; vgl. E. 5.4.3. nachfolgend) und fand folglich die Eigentumsübertragung bzw. Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch nie statt.

5.4.2. Strittige Vertragsklausel: Ziff. 3 des Kaufvertrags

In der strittigen Ziff. 3 Abs. 1 und 2 des Kaufvertrags ist festgehalten:

"Die Eigentumsübertragung erfolgt Zug um Zug gegen die vollständige Bezahlung des Kaufpreises (inkl. MwSt gemäss Ziffern 2.2 und 7.3), durch Abgabe der entsprechenden Grundbuchanmeldung".

Der Restkaufpreis von CHF 32'870'000.00 ist von der erwerbenden Partei auf das auf den Namen des Escrow Agent lautende Konto IBAN CH7 bei der UBS Switzerland AG, ... [Adresse], zu bezahlen. Der Escrow Agent ist gemäss Escrow-Vertrag verpflichtet, nach Eingang des Kaufpreises sowie der Belastungsanzeige der Bank betreffend Überweisung der Zahlung zur Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer an das Steueramt D._____ die Grundbuchanmeldung, die ihm von der veräussernden Partei rechtsgültig unterzeichnet übergeben wurde, dem Grundbuchamt einzureichen. Sobald ihm der Nachweis vorliegt, dass die erwerbende Partei als Eigentümerin des

Grundstückes im Grundbuch eingetragen ist, kann er den Betrag des Restkaufpreises gemäss Instruktionen der veräussernden Partei freigeben."

5.4.3. Parteistandpunkte

5.4.3.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, aus dem Kaufvertrag (act. 4/63), dem Amendment II (act. 4/72) und dem Escrow Agreement (act. 4/64) ergebe sich klar, dass die Parteien für die Schlusszahlungen einerseits sowie für die Eigentumsübertragung und die anderen Leistungen der Beklagten andererseits das Zug-um-Zug-Prinzip vereinbart hätten (act. 1 Rz. 86 ff., 129 ff.; act. 58 Rz. 119 f.). Sie macht weiter geltend, dieser Mechanismus sei bereits in den Vertragsverhandlungen ausdrücklich thematisiert worden und den Parteien sei entsprechend klar gewesen, dass die Schlusszahlungen nur geleistet würden, wenn gleichzeitig auch die Eigentums- und Gläubigerrechteübertragung, die Übertragung des Mietvertrags und die Übergabe des Hotels samt Unterlagen stattfänden (act. 1 Rz. 87, vgl. detailliert zu den Vertragsverhandlungen Rz. 88 ff. mit Verweisen).

Betreffend die Teil- und Schlusszahlungen sei in Ziff. 2.2 des Kaufvertrags festgehalten worden, dass mit der jeweiligen Zahlung auf das Konto des Escrow Agenten resp. der Gemeinde D._____ die Kaufpreisforderung in entsprechendem Umfang als getilgt gelte. Mithin habe die Erfüllung ihrer Zahlungspflicht in der Zahlung auf das Escrow Konto bestanden. Dies bedeute für den vereinbarten Zug-um-Zug-Austausch der Leistungen, dass die Beklagte ihre Leistungen grundsätzlich zeitgleich mit den Schlusszahlungen der Klägerin auf das Konto des Escrow Agenten resp. der Gemeinde D._____ zu erbringen gehabt hätte. Im Zeitpunkt der Schlusszahlungen hätte die Beklagte folglich das Original der rechtsgültig unterzeichneten Grundbuchanmeldung dem Escrow Agenten zu übergeben sowie die übrigen Leistungen ihrerseits zu erbringen gehabt (act. 1 Rz. 52, 84, 104; act. 58 Rz. 119 f.). Der Sinn dieser Regelung habe gerade darin gelegen, zu verhindern, dass die Klägerin erhebliche Beträge auf das Escrow Konto resp. das Konto der Gemeinde D._____ einzahle, und diese dort während Wochen oder Monaten blockiert blieben, obwohl die Beklagte ihrerseits noch gar nicht leistungsbereit sei (act. 1 Rz. 105).

5.4.3.2. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin habe in unzulässiger Weise zusätzliche, vertraglich nicht vorgesehene Bedingungen an ihre Schlusszahlung geknüpft und damit das Scheitern des Kaufgeschäfts provoziert (act. 37 Rz. 25). Sie macht weiter geltend, Ziff. 2 des Kaufvertrags regle Kaufpreis und Fälligkeit, während Ziff. 3 ausschliesslich die Eigentumsübertragung über den Escrow Agenten betreffe. Allfällige Voraussetzungen der Zahlungspflicht hätten deshalb in Ziff. 2 des Kaufvertrags vereinbart werden müssen. Dort fänden sich jedoch keine Bedingungen, von deren Eintritt Restkaufpreis und Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer abhängen würden (act. 37 Rz. 71 ff.).

Zwar spreche Ziff. 3 Abs. 1 des Kaufvertrags davon (vgl. E. 5.4.2. oben), dass die Eigentumsübertragung "Zug um Zug" gegen vollständige Bezahlung des Kaufpreises zu erfolgen habe. Anders als bei einem klassischen synallagmatischen Verhältnis sei der Restkaufpreis jedoch nicht an die Beklagte, sondern mit tilgender Wirkung an den Escrow Agenten zu leisten gewesen (act. 37 Rz. 34, 74). Die Verantwortung für die Zug-um-Zug-Abwicklung und die Eigentumsübertragung habe daher nicht bei den Parteien, sondern beim Escrow Agenten gelegen. Nach dem vertraglichen Mechanismus habe der Escrow Agent die Grundbuchanmeldung erst nach Eingang des Restkaufpreises und der Belastungsanzeige betreffend Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer einreichen dürfen, woraus sich ergebe, dass die Klägerin zuerst habe zahlen müssen und erst danach die Eigentumsübertragung habe verlangen können (act. 37 Rz. 72 f., 75 ff.). Das klägerische Verständnis widerspreche sodann dem im Kaufvertrag vereinbarten Fixgeschäft und stelle den im Kaufvertrag und Escrow Agreement vorgesehenen Mechanismus auf den Kopf (act. 37 Rz. 197, 221 f.).

Eine bilaterale Zug-um-Zug Erfüllung im Sinn einer gleichzeitigen Zahlung und Eigentumsübertragung sei nach Auffassung der Beklagten deshalb weder vereinbart gewesen noch sachlich sinnvoll, zumal die Beklagte bei Einzahlung auf das Escrow Konto zunächst gar keinen Zugriff auf den Restkaufpreis erlangt habe; dieser sei ihr vielmehr erst nach Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch freizugeben gewesen (act. 37 Rz. 78 f.). Die Regelung in Ziff. 2.3 des Kaufvertrags und im Escrow Agreement bestätige dieses Verständnis ebenfalls (act. 37 Rz. 74

ff.). Auch die Closing Checklist der Klägerin vom 23. Dezember 2021 zeige nach Auffassung der Beklagten, dass die Klägerin selbst zunächst von einer vorgängigen Erfüllung ihrer Zahlungspflichten und erst anschliessender Eigentumsübertragung ausgegangen sei (vgl. detailliert act. 37 Rz. 121 ff.).

Nach Auffassung der Beklagten liefe die von der Klägerin vertretene Sicht letztlich darauf hinaus, dass sie zuerst die Liegenschaft in das Eigentum der Klägerin hätte übertragen müssen, um überhaupt die Zahlung des Restkaufpreises an den Escrow Agenten auszulösen, wofür es eines Escrow Agenten gar nicht bedurft hätte (act. 37 Rz. 235 ff.).

5.4.3.3. Die Wendung "Zug um Zug" wird ausdrücklich nur in Ziff. 3 Abs. 1 des Kaufvertrags verwendet. Danach ist die Eigentumsübertragung durch Abgabe der Grundbuchanmeldung Zug-um-Zug gegen vollständige Bezahlung des Kaufpreises geschuldet (vgl. act. 4/63; E. 5.4.2. oben). Trotz des klaren Wortlauts haben die Parteien verschiedene Ansichten darüber, was unter dieser "Zug um Zug"-Abwicklung zu verstehen war.

Die Parteien sind sich zunächst uneinig, welche Erfüllungshandlungen der Beklagten von der Zug-um-Zug-Regelung gemäss Kaufvertrag erfasst werden. Da die Klägerin nunmehr auf die Realerfüllung verzichtet, ist die nachfolgende Auslegung auf den in Ziff. 3 ausdrücklich geregelten Kernmechanismus zu beschränken, mithin auf die Schlusszahlungen einerseits und die Grundbuchanmeldung als der für die Eigentumsübertragung vertraglich bezeichneten Leistung andererseits. Ob daneben weitere Leistungen der Beklagten am Vollzugstag geschuldet gewesen wären, kann im Folgenden offenbleiben.

Massgeblich ist somit, was die vertraglich vereinbarte Zug-um-Zug-Regelung in der vorliegenden Konstellation für den zeitlichen Ablauf der gegenseitigen Leistungen bedeutet.

5.4.4. Rechtliches

5.4.4.1. Eine direkte Zug-um-Zug-Abwicklung ist für zweiseitige Verträge im Allgemeinen in Art. 82 OR und für Kaufverträge im Besonderen in Art. 184 OR vorgese-

hen. Gemäss Art. 184 Abs. 2 OR bedeutet Zug-um-Zug gleichzeitige Erfüllung der jeweiligen Leistung, d.h. der Kaufpreiszahlung und der Übergabe des Kaufgegenstandes (für Grundstückspezifika vgl. E. 5.4.5.1. nachfolgend).

Nach Art. 82 OR kann bei zweiseitigen Verträgen den anderen zur Erfüllung anhalten, wer entweder bereits erfüllt hat oder die Erfüllung anbietet. Mithin kann die Partei eines gegenseitigen Vertrages gemäss Art. 82 OR die Erfüllung ihrer Forderung problemlos verlangen, wenn sie als Schuldnerin ihre eigene Leistungspflicht bereits erfüllt hat. Beim Kaufvertrag im Speziellen kann der Käufer die Verschaffung des Eigentums am Kaufgegenstand verlangen, wenn er dem Verkäufer den Preis bezahlt hat. Keine der Parteien ist vorleistungspflichtig (BSK OR I-Koller, Art. 184 N 89). Die Zug-um-Zug-Regel gilt nicht nur für die Leistung von Kaufpreis und Kaufsgegenstand, sondern für jede in das Austauschverhältnis einbezogene Leistung (BSK OR I-Koller, Art. 184 N 96). Insbesondere können auch die am Vollzugstag zu erbringenden Nebenleistungen zueinander in ein Synallagma gesetzt werden. Damit kann erreicht werden, dass die erfüllungsbereite Partei ihre Leistungen auch dann zurückhalten kann, wenn die Gegenpartei eine Nebenleistung nicht erbringt (Tschäni/Diem, Mergers & Acquisitions XV, Vollzug von Aktienkäufen, Zürich 2013, S. 132).

5.4.4.2. Da die Parteien für die Abwicklung einen Escrow Agenten beauftragten und ein Escrow Agreement schlossen, ist sodann zu bemerken, dass eine solche Vereinbarung einen Innominatvertrag darstellt und sowohl Elemente einer Hinterlegung (Art. 472 ff. OR) als auch eines Auftrags (Art. 393 ff. OR) enthält. Das Escrow Agreement ist ein Sicherungsgeschäft, dessen primäre Funktion nicht in der blossen Aufbewahrung liegt, sondern in der Sicherung und ordnungsgemässen Abwicklung eines zugrundeliegenden Hauptgeschäfts durch die temporäre Hinterlegung des Vertragsgegenstands bei einem unabhängigen Dritten, dem Escrow Agenten. Im Unterschied zum reinen Hinterlegungsvertrag, bei dem die sichere Verwahrung im Interesse des Hinterlegers im Vordergrund steht, dient das Escrow-Verhältnis der Sicherstellung des Leistungsaustauschs zwischen den Parteien des Grundgeschäfts. Das Escrow Agreement erlaubt damit die Abwicklung und Sicherung vertraglicher Leistungen in Konstellationen, in denen eine direkte Zug-um-Zug-Abwick-

lung, wie bei Grundstückskaufverträgen, nicht möglich ist (vgl. Oehri/Stupp, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 480 N 5 m.w.H.).

5.4.5. Auslegung

5.4.5.1. Rechtliches: Zug-um-Zug Erfüllung beim Grundstückskaufvertrag

Beim Grundstückskauf bedeutet die Entrichtung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Übertragung des Eigentums am Grundstück gemäss der gesetzlichen Regelung (Art. 221 OR i.V.m. Art. 184 Abs. 2 OR), dass die Zahlung des Kaufpreises gleichzeitig mit der Anmeldung des Kaufvertrages beim Grundbuch zu erfolgen hat und, dass keine der Parteien vorleistungspflichtig ist; jede Partei ist berechtigt, ihre Leistung nur Zug-um-Zug gegen Erbringung der Gegenleistung zu erbringen (BSK OR I-Koller, Art. 184 N 62, 91).

Die Eigentumsübertragung bei Grundstücken ist dabei ein "gestreckter" Vorgang, indem die Erfüllungshandlung des Verkäufers (Grundbuchanmeldung) der Erfüllungswirkung (Eigentumsübertragung) zeitlich vorangeht. Wenn eine vertragliche Abrede fehlt, wie die Kaufpreiszahlung mit der Eigentumsübertragung zu verknüpfen ist, ist das Zug-um-Zug-Erfordernis nicht auf die Grundbuchanmeldung, sondern auf die Eintragung des Käufers im Grundbuch zu beziehen, denn nur so wird dem Käufer keine Vorleistung zugemutet. Der Verkäufer kann vom Käufer mithin nicht (einmal) verlangen, dass er den Kaufpreis gegen gleichzeitige Grundbuchanmeldung zahle; vielmehr ist der Käufer berechtigt, die Zahlung mit der Grundbucheintragung zu verknüpfen (BSK OR I-Koller, Art. 184 N 91). Da es allerdings nicht in der Macht der Verkäuferin steht, die Eintragung selbständig zu vollziehen, finden sich in der Praxis häufig vertragliche Abreden, um den mit dem Vollzug verbundenen Schwierigkeiten zu begegnen (Koller, Der Grundstückskauf, 3. Aufl., Zürich 2017, S. 138 f.).

5.4.5.2. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille

Die Klägerin macht geltend, den Parteien sei klar gewesen, dass die Schlusszahlungen nur bei gleichzeitiger Eigentumsübertragung geleistet würden; dies sei bereits in den Vertragsverhandlungen ausdrücklich thematisiert worden (act. 1 Rz. 87

ff.). Sie stützt sich dabei auf die Vertragsverhandlungen der Parteien, namentlich eine E-Mail von S._____ vom 22. April 2018, das Preliminary Agreement und diverse Entwürfe zum Kaufvertrag sowie ein Gesprächsprotokoll vom 4. September 2018 (act. 4/25; act. 4/30 Ziff. 3; act. 4/31–32; act. 4/34–39; act. 4/41–42; act. 4/44; act. 4/46; act. 4/48; act. 4/50; act. 4/52–54; act. 4/56; act. 4/58; act. 4/60; act. 4/62). Als Beweismittel offeriert sie weiter die Zeugenbefragungen von T._____ und U._____ (act. 1 Rz. 87).

Die E-Mail von S._____ vom 22. April 2018, in welcher dieser der Beklagten schrieb, "Transfer of ownership must of course take place upon payment of the Final Tranche" (act. 4/25), ist eine einseitige Äusserung des klägerischen Rechtsvertreters. Sie beweist für sich allein nicht, dass die Beklagte dieses Verständnis tatsächlich teilte. Auch das Preliminary Agreement und die verschiedenen Vertragsentwürfe führen zu keinem anderen Ergebnis: Während im Preliminary Agreement eine Zug-um-Zug-Abwicklung bereits im Grundsatz festgehalten war (act. 4/30 Ziff. 3), war in einem späteren Entwurf der Beklagten vom 9. Mai 2018 die Eigentumsübertragung erst nach vollständiger Zahlung vorgesehen (act. 4/31; act. 4/32 Ziff. 3). In einem Gegenentwurf vom 29. Mai 2018 schlug die Klägerin demgegenüber eine vollständige Bezahlung nach Eigentumsübertragung vor (act. 4/34; act. 4/35 Ziff. 3). Im Entwurf vom 14. Juni 2018 fügte die Beklagte dann wieder das Zug-um-Zug-Prinzip ein, wonach die Eigentumsübertragung Zug-um-Zug gegen vollständige Bezahlung erfolge (act. 4/36; act. 4/37 Ziff. 3). Die Vertragsverhandlungen zeigen, dass das Zug-um-Zug-Prinzip wiederholt Gegenstand der Verhandlungen war, zugleich aber auch, dass dessen konkrete Ausgestaltung gerade nicht konstant blieb, sondern im Verlauf der Vertragsverhandlungen unterschiedlich gefasst wurde. Das Gesprächsprotokoll vom 4. September 2018 mit dem Hinweis auf "concurrent performance (Zug-um-Zug)" im Sinne eines Zug-um-Zug-Geschäfts und die Einschaltung eines Escrow Agenten (act. 4/38–39 Ziff. 3.1.1) bilden zwar ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Parteien eine gleichzeitige Abwicklung anstrebten. Es ergibt sich daraus jedoch nicht mit hinreichender Klarheit, welche *konkreten* Leistungen diesem subjektiv verstandenen Zug-um-Zug-Mechanismus genau unterstellt sein sollten, mithin dass die hier fragliche Grundbuchanmeldung den Schlusszahlungen gegenüberstehen sollte. Hinzu kommt, dass erst

der Notar im Endtext die Zahlungspflicht der Klägerin ausdrücklich mit der Grundbuchanmeldung verknüpfte (vgl. act. 1 Rz. 91). Die von der Klägerin angerufenen Urkunden vermögen daher keinen übereinstimmenden wirklichen Willen beider Parteien zu beweisen.

Die Klägerin legt nicht dar, zu welchen konkreten Tatsachenbehauptungen die von ihr angerufenen Zeugen aussagen sollten (vgl. act. 1 Rz. 87) und behauptet nicht, welche bestimmten Wahrnehmungen T._____ und U._____ zu welchen Umständen, namentlich bei Vertragsschluss, gemacht haben. Hinzu kommt, dass die fraglichen Vorgänge bereits über sieben Jahre zurückliegen, was die Aussagekraft allfälliger Zeugenaussagen zusätzlich relativiert. Mangels hinreichender Behauptungen ist auf die Zeugenbefragungen von T._____ und U._____ zu verzichten.

Die Beklagte beruft sich demgegenüber darauf, dass die Klägerin selbst von einer vorgängigen Erfüllung ihrer Zahlungspflichten und erst anschliessender Eigentumsübertragung ausgegangen sei, was sich in der Closing Checklist der Klägerin vom 23. Dezember 2021 zeige (act. 37 Rz. 121 ff.; act. 4/83–84).

Die von der Beklagten angerufene Closing Checklist (act. 4/84 S. 4 Ziff. 4) datiert vom 23. Dezember 2021 und ist damit nachvertragliches Parteiverhalten. Darin waren Zahlungen "prior to closing" vorgesehen. Diese können auch für eine über den Escrow Agenten organisierte Zug-um-Zug-Abwicklung sprechen, bei der die Schlusszahlungen wenige Tage vor dem Vollzugstermin technisch vorbereitet oder angewiesen werden, ohne dass damit bereits eine ungesicherte Vorleistung an die Beklagte geschuldet wäre. Auch der Hinweis der Beklagten auf das Fixgeschäft vermag eine Einigung im Sinne der Beklagten nicht nachzuweisen, da ein fester Erfüllungstermin nicht auf eine einseitige Vorleistungspflicht schliessen lässt. Der Beklagten gelingt es damit nicht, einen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien bezüglich Vorleistungspflicht der Klägerin nachzuweisen.

Keiner Partei gelingt damit der Nachweis eines übereinstimmenden wirklichen Willens, weshalb die Auslegung der vertraglich vereinbarten Zug-um-Zug-Regelung hinsichtlich der zeitlichen Abstimmung von Schlusszahlungen und Übergabe des

Originals der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen ist.

5.4.5.3. Normative Auslegung: Zug-um-Zug Erfüllung

Der Wortlaut von Ziff. 3 Abs. 1 spricht zunächst klar gegen eine Vorleistungspflicht der Klägerin. Es wird nicht bloss allgemein auf die Eigentumsübertragung Bezug genommen, sondern ausdrücklich festgehalten, dass diese "durch Abgabe der entsprechenden Grundbuchanmeldung" *Zug um Zug* gegen vollständige Bezahlung des Kaufpreises erfolgt. Damit wurde in der Klausel die für die Beklagte geschuldete Erfüllungshandlung gerade bezeichnet, nämlich die Abgabe der Grundbuchanmeldung, und diese ausdrücklich mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises in ein Zug-um-Zug-Verhältnis gesetzt. Ein redlicher Erklärungsempfänger durfte dies so verstehen, dass jedenfalls die von der Klägerin an den Escrow Agenten bzw. die Gemeinde D._____ zu leistenden Schlusszahlungen und die von der Beklagten an den Escrow Agenten zu übergebende, rechtsgültig unterzeichnete Grundbuchanmeldung gleichzeitig und ohne Vorleistungspflicht der jeweils anderen Seite zu erfolgen hatten.

Dieses Verständnis wird durch eine systematische Auslegung im Zusammenhang mit Ziff. 3 Abs. 2 des Kaufvertrags bestätigt. Danach ist der Escrow Agent verpflichtet, nach Eingang des Kaufpreises sowie der Belastungsanzeige betreffend Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer die Grundbuchanmeldung, die ihm von der veräussernden Partei rechtsgültig unterzeichnet übergeben wurde, dem Grundbuchamt einzureichen. Die Bestimmung regelt damit den weiteren Vollzugsmechanismus nach Eingang der Zahlungen und nach vorgängiger Übergabe der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten. Diese Abwicklung widerspricht dem von der Beklagten postulierten Verständnis, wonach die Käuferin vorleistungspflichtig war und die Klägerin zuerst die Schlusszahlungen hätte leisten müssen, damit die Beklagte die Grundbuchanmeldung überhaupt an den Escrow Agenten zu übergeben gehabt hätte. Vielmehr hatten gerade diese beiden Leistungen – die Schlusszahlungen der Klägerin einerseits und die Übergabe der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten andererseits – Zug-um-Zug zu erfolgen. Bezogen auf die von der Beklagten geschuldete Übergabe der rechtsgültig unterzeichneten Grund-

buchanmeldung an den Escrow Agenten war die Klägerin damit nicht vorleistungspflichtig.

Die Auffassung der Beklagten, wonach allfällige Bedingungen der Zahlungspflicht in Ziff. 2 ("Kaufpreis") des Kaufvertrags hätten stehen müssen, und Ziff. 3 ("Eigentumsübertragung") betreffe ausschliesslich die Eigentumsübertragung, findet in der Systematik keine Stütze. Ziff. 2 regelt zwar Fälligkeit und Tilgung der Kaufpreisforderungen. Daraus folgt aber nicht, dass betreffend die fällig werdenden Schlusszahlungen unabhängig vom in Ziff. 3 ausdrücklich geregelten Zug-um-Zug-Mechanismus auf eine einseitige Vorleistungspflicht zu schliessen wäre. Fälligkeit und Reihenfolge der Erfüllung sind nicht deckungsgleich. Die Fälligkeit der Schlusszahlungen per 31. Januar 2022 beantwortet daher noch nicht die Frage, ob die Klägerin diese auch ohne gleichzeitige Erbringung der von der Beklagten geschuldeten Vollzugshandlung zu leisten hatte. Gerade diese Frage regelt Ziff. 3 Abs. 1 des Kaufvertrags.

Entgegen der Auffassung der Beklagten führt auch der Umstand, dass die Zahlung nicht direkt an sie, sondern an den Escrow Agenten zu leisten war, zu keinem anderen Ergebnis. Gerade das Einschalten des Escrow Agenten diene dem Zweck, die technisch erschwerte Zug-um-Zug-Abwicklung beim Grundstückkauf in geordneter Form zu ermöglichen. Die Zahlung des Restkaufpreises auf das Escrow Konto zog nicht eine Vorleistung der Verkäuferin nach sich, sondern hatte lediglich zur Folge, dass ihre Zahlung zunächst bei einem neutralen Dritten blockiert blieb. Spiegelbildlich sollte die Beklagte ihre für den Eigentumsvollzug erforderliche Leistung, nämlich die Übergabe der rechtsgültig unterzeichneten Grundbuchanmeldung, ebenfalls an diesen neutralen Dritten erbringen. Der Escrow-Mechanismus erleichterte damit die gleichzeitige Erbringung der beidseitigen Leistungen, er kehrte sie nicht in eine einseitige Vorleistungspflicht der Klägerin um.

Auch aus dem Einwand der Beklagten, die Zug-um-Zug-Regelung richte sich ausschliesslich an den Escrow Agenten und nicht an die Parteien, folgt nichts anderes. Die technische Durchführung mag zwar dem Escrow Agenten übertragen worden sein; dies vermag jedoch das vereinbarte Zug-um-Zug-Verhältnis nicht zu tangieren. Der durch den Escrow Agenten zu vollziehende Mechanismus beruht gerade

auf den vorgängig von den Parteien zu erbringenden Leistungen. Der Escrow Agent hebt das Zug-um-Zug-Verhältnis nicht aus, sondern setzt es um.

Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch der gesetzlichen Ausgangslage. Beim Grundstückkauf besteht grundsätzlich keine Vorleistungspflicht, vielmehr ist der Kaufpreis Zug-um-Zug gegen Eigentumsverschaffung zu entrichten. Zwar ist die Eigentumsverschaffung beim Grundstückkauf ein gestreckter Vorgang, weil der Grundbuchanmeldung die Eigentumsübertragung durch Eintragung der Käuferin im Grundbuch zeitlich nachfolgt. Gerade deshalb wird in der Literatur betont, dass ohne besondere vertragliche Regelung eine Vorleistung der Käuferin nicht verlangt werden könne und die Parteien den Vollzugsmechanismus regelmässig vertraglich konkretisieren müssten. Vor diesem Hintergrund hätte eine Auslegung, wonach die Klägerin schon vor Abgabe der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten zur Leistung von Restkaufpreis und Sicherstellung verpflichtet gewesen wäre, besonders klar vereinbart werden müssen. Eine solche hinreichend klare Abrede findet sich im Kaufvertrag jedoch gerade nicht.

Nach dem Vertrauensprinzip ist Ziff. 3 des Kaufvertrags dahingehend zu verstehen, dass die von der Klägerin geschuldeten Schlusszahlungen und die von der Beklagten geschuldete Übergabe der rechtsgültig unterzeichneten Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten Zug-um-Zug, mithin gleichzeitig und ohne Vorleistungspflicht der jeweils anderen Partei, zu erfolgen hatten. Die Beklagte kann sich daher nicht auf den Standpunkt stellen, die Klägerin hätte Restkaufpreis und Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer bereits vor Übergabe der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten bzw. die Gemeinde D. _____ leisten müssen.

5.4.5.4. Fazit

Die von der Klägerin geschuldeten Schlusszahlungen und die von der Beklagten geschuldete Übergabe der Grundbuchanmeldung am 31. Januar 2022 hätten Zug-um-Zug an den Escrow Agenten erfolgen müssen. Damit bestand keine Vorleistungspflicht der Klägerin.

Ausgehend von diesem Auslegungsergebnis ist nachfolgend zu prüfen, welche Folgen die unterbliebene Übergabe der Grundbuchanmeldung durch die Beklagte für die Rechtswirksamkeit des von ihr am 12. Mai 2022 erklärten Rücktritts hat, namentlich ob die Klägerin mit ihren ausstehenden Schlusszahlungen in Schuldnerverzug geriet oder sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR berufen konnte.

5.5. Vertraglicher Ausschluss des Rücktrittsrechts

5.5.1. Ausgangslage

Die Klägerin bringt vor, die Parteien hätten eine Rücktrittsmöglichkeit im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 2. November 2018 (konkludent) ausgeschlossen. Gerade die betreffend Rückzahlung der Teilzahlungen strittige Klausel, dass "*geleistete Zahlungen [...] von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden*" könnten (act. 4/63 Ziff. 2.2), sei nicht entsprechend ihrem klaren Wortlaut zu verstehen. Die Parteien hätten mit dieser Formulierung lediglich bekräftigen wollen, dass kein Rücktritt vom Vertrag stattfinden, das Hotel fertiggestellt und an die Klägerin übertragen werden solle (vgl. act. 1 Rz. 107 ff.; act. 58 Rz. 70, 162). Die Beklagte verneint einen vertraglich vereinbarten Ausschluss eines Rücktrittsrechts bei Zahlungsverzug der Klägerin (vgl. act. 37 Rz. 144, 257, 259, 263 f., 266, 277, 318, 432 f.), der ihrer Auffassung nach zudem ausdrücklich vorzusehen und so öffentlich zu beurkunden gewesen wäre (act. 37 Rz. 432).

Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob ein Ausschluss des Rücktrittsrechts vereinbart wurde.

5.5.2. Parteistandpunkte

5.5.2.1. Die Klägerin macht geltend, nach dem Verständnis der Parteien habe keine der beiden Seiten durch Rücktritt die Fertigstellung des Projekts und die spätere Übertragung des Hotels auf sie vereiteln dürfen. Die vertraglichen Vereinbarungen seien vielmehr durchgehend auf die Fertigstellung und Übertragung des Hotels ausgerichtet gewesen; ein Rücktritt sei deshalb weder vorgesehen noch gewollt gewesen. Die Teilzahlungen seien an das Erreichen bestimmter Meilensteine ge-

knüpft gewesen, während die Fertigstellung und Übergabe des Hotels durch die Nichtstörungsvereinbarung sowie das vorzeitige Übernahmerecht abgesichert worden seien. Die Klägerin habe damit stets in ein Projekt investiert, das sie später mit Gewissheit habe übernehmen können, weshalb die fehlende Rückforderbarkeit der Zahlungen für sie unproblematisch gewesen sei. Bei Zahlungsverzögerungen habe die Beklagte einen Anspruch auf Verzugszins gehabt und den Zahlungsanspruch vollstrecken können. Ein Vertragsrücktritt, der dazu geführt hätte, dass die Übernahme des Hotels durch die Klägerin vereitelt worden wäre und die bereits geleisteten Millionenzahlungen gleichwohl bei der Beklagten verblieben wären, sei demgegenüber ausgeschlossen gewesen. Einer solchen Regelung hätte sie nicht zugestimmt. Die fehlende Rückforderbarkeit der geleisteten Teilzahlungen bei gleichzeitiger Beschränkung der Verzugsfolgen auf Verzugszins zeige, dass die Parteien keinen Rücktritt gewollt hätten und ein entsprechendes Recht daher ausgeschlossen worden sei (act. 1 Rz. 107 ff.; vgl. auch act. 58 Rz. 70, 162).

Dieses Verständnis werde auch durch Äusserungen der Parteien vor und nach Abschluss des Kaufvertrags bestätigt. Die Klägerin verweist hierzu zunächst auf konkrete Aussagen ihres Rechtsvertreters S._____ in einer E-Mail vom 28. März 2018 sowie auf das Preliminary Agreement (act. 4/16–17; act. 4/30). Sodann macht sie geltend, die Beklagte habe im Rahmen der Verhandlungen zum Amendment II vorgeschlagen, bei verspäteter Zahlung des Restkaufpreises unter Einbehaltung der bereits geleisteten Teilzahlungen vom Kaufvertrag zurücktreten zu können. T._____ von der Klägerin habe daraufhin dem klägerischen Vertreterteam mitgeteilt, eine solche Regelung sei mit der Verkäuferin gerade nicht vereinbart worden und deshalb nicht akzeptabel. Dies sei der Beklagten durch Übersendung eines entsprechend kommentierten und bereinigten Entwurfs kommuniziert worden, worauf die von der Beklagten vorgeschlagene Formulierung nicht in das Amendment II übernommen worden sei (act. 1 Rz. 112 ff., insb. 117 ff.; act. 4/78–82). Weiter bestreitet die Klägerin die Richtigkeit einer von der Beklagten im Massnahmeverfahren eingereichten Aktennotiz zu Gesprächen vom 21. und 28. März 2022 und macht geltend, diese sei für den Prozess fabriziert worden (act. 1 Rz. 139 ff.; vgl. zum Ganzen auch act. 1 Rz. 210 ff.; vgl. act. 39/12).

5.5.2.2. Die Beklagte bestreitet diese Darstellung. Die Klägerin habe ihr zu keinem Zeitpunkt kommuniziert, dass nach ihrer Auffassung ein Rücktritt vom Vertrag ausgeschlossen sein solle. In den gesamten Vertragsunterlagen finde sich keine Klausel, mit der sie auf ein Recht zum Vertragsrücktritt verzichtet hätte (act. 37 Rz. 257 ff.). Wären die Überlegungen der Klägerin zutreffend, wonach der Verzicht auf die Rückforderung geleisteter Teilzahlungen für die Beklagte automatisch den Ausschluss des Rücktrittsrechts bedeutet hätte, so hätten die Parteien diesen Mechanismus im Kaufvertrag ausdrücklich regeln müssen, was gerade nicht geschehen sei (act. 37 Rz. 263). Es gehe nicht darum, dass die Parteien die Möglichkeit eines Rücktritts vom Kaufvertrag ausdrücklich hätten vereinbaren müssen, sondern darum, dass sie die gesetzliche Regelung gerade nicht ausgeschlossen hätten (act. 37 Rz. 264). Massgebend sei allein, was im Kaufvertrag stehe; dort finde sich keine Bestimmung, wonach bei Zahlungsverzug ein Rücktritt ausgeschlossen sei. Die Tatsache, dass die Klägerin geleistete Zahlungen gemäss Kaufvertrag nicht zurückfordern könne, schliesse ein Rücktrittsrecht bei Zahlungsverzug nicht aus. Die Bestimmung über die Nichtrückforderbarkeit der Teilzahlungen impliziere vielmehr das Gegenteil, nämlich dass sich die Parteien Gedanken darüber gemacht hätten, was mit der Anzahlung geschehen solle, falls es zu einem Rücktritt komme (act. 37 Rz. 318). Das Rücktrittsrecht bestehe von Gesetzes wegen und könne beim Grundstückskauf überdies nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Parteien einen solchen Ausschluss öffentlich beurkunden (act. 37 Rz. 432). Entgegen der Darstellung der Klägerin habe während der Vertragsverhandlungen nie eine Diskussion über einen Ausschluss des Rücktrittsrechts stattgefunden (act. 37 Rz. 433; vgl. zum Ganzen auch act. 63 Rz. 211).

Im Preliminary Agreement sei es allein um die Kündbarkeit des Preliminary Agreement gegangen; keiner der dort enthaltenen Bestimmungen könne entnommen werden, dass auf die Rücktrittsmöglichkeit aus dem Kaufvertrag verzichtet worden sei. Sollte dennoch ursprünglich eine solche Absicht bestanden haben, spreche der Umstand, dass sie in der öffentlichen Urkunde keinen Niederschlag gefunden habe, eindeutig dafür, dass die Beklagte sich einer solchen Regelung widersetzt und die Klägerin dies akzeptiert habe (act. 37 Rz. 266 ff.). Auch bei den von der Klägerin angerufenen Verhandlungen zum Amendment II sei es nicht um die Frage gegang-

gen, ob die Beklagte bei Zahlungsverzug nach Art. 107 OR vorgehen dürfe, sondern nur darum, wie sie ein bestehendes Rücktrittsrecht ausüben könne, nämlich sofort oder nur nach Ansetzung einer Frist. Die von der Klägerin aus den Diskussionen über den Wortlaut des Amendment II gezogenen Schlussfolgerungen seien daher offenkundig falsch (act. 37 Rz. 277 ff.).

5.5.3. Rechtliches

Einen expliziten schriftlichen Ausschluss des Rücktrittsrechts haben die Parteien unbestrittenermassen nicht vereinbart. Der Verzicht müsste somit stillschweigend oder konkludent erfolgt sein, was angesichts der dispositiven Regelung von Art. 107 OR grundsätzlich möglich ist (BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 38). Beim Kaufvertrag stellt Art. 214 OR für den Zahlungsverzug des Käufers eine Sonderregel gegenüber den allgemeinen Verzugsfolgen nach Art. 107 ff. OR dar. Auf den Grundstückskauf finden Art. 214 Abs. 1 und 2 OR sinngemäss Anwendung (BGE 96 II 47 E. 2; BSK OR I-Koller, Art. 214 N 19). Die Bestimmung, welche ein Rücktrittsrecht des Verkäufers vorsieht, ist wiederum dispositiver Natur.

Grundstückskaufverträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Öffentlich zu beurkunden sind sämtliche objektiv oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkte. Objektiv wesentlich sind die den Vertragstyp prägenden Punkte, namentlich jene Elemente, welche das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung bestimmen. Subjektiv wesentlich sind demgegenüber solche Punkte, von deren Einigung eine Partei den Vertragsschluss nach dem für die Gegenpartei erkennbaren Parteiwillen abhängig gemacht hat. Formfrei bleiben demgegenüber blosser Nebenabreden und Erfüllungsmodalitäten (vgl. BSK OR I-Fasel, Art. 216 N 12 f.). Im subjektiv wesentlichen Bereich ist der Formzwang auf diejenigen Vertragspunkte beschränkt, die ihrer Natur nach Elemente des betreffenden Vertragstyps bilden oder als zusätzliche Gegenleistung in das Austauschverhältnis einfließen (BGer 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017, E. 8.2; BGer 5A_844/2021 vom 25. Mai 2022 E. 2.3.1; vgl. auch BSK OR I-Fasel, Art. 216 N 14 m.w.H.).

5.5.4. Würdigung: Beurkundungspflicht des Ausschlusses des gesetzlichen Rücktrittsrechts

Wie dargelegt bedürfen Grundstückkaufverträge zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung ihrer objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte, namentlich jener Regelungen, welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung prägen oder für die Parteien ersichtlich von wesentlicher Bedeutung sind. Ein Ausschluss des gesetzlichen Rücktrittsrechts im Verzugsfall hat eine grosse Tragweite und stellt weder eine blosse Nebenabrede noch Erfüllungsmodalitäten dar. Denn damit wird nicht lediglich der technische Vollzug des Vertrags geregelt, sondern die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine Partei bei fortgesetzter Nichterfüllung der Gegenpartei vom Vertrag lösen kann. Eine solche Regelung wirkt sich erheblich auf die Risikoverteilung und die Durchsetzbarkeit der Hauptleistungspflichten aus. Demnach hätte ein Ausschluss des Rücktrittsrechts im Rahmen eines Grundstückkaufvertrags zwingend der öffentlichen Beurkundung bedurft, weshalb eine bloss mündliche oder konkludente Vereinbarung nicht rechtswirksam wäre.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass ein Ausschluss des Rücktrittsrechts vorliegend weder der Schriftlichkeit noch der öffentlichen Beurkundung bedurft hätte, würde der Klägerin den Nachweis einer solchen mündlichen oder konkludenten Vereinbarung jedoch nicht gelingen, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

5.5.5. Auslegung

5.5.5.1. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille

Die Beklagte beruft sich nicht auf einen wirklichen übereinstimmenden Willen der Parteien. Die Klägerin macht hingegen einen tatsächlichen Konsens geltend und stützt diesen auf die Tatsache, dass die Teilzahlungen in Ziff. 2.2 des Kaufvertrags als nicht rückzahlbar bezeichnet wurden, die damit verbunden auf Fertigstellung und Übertragung des Hotels angelegte Vertragsstruktur sowie auf Äusserungen der Parteien im Vorfeld des Vertragsschlusses zum Preliminary Agreement und auf spätere Verhandlungen zum Amendment II. Als Beweismittel offeriert sie weiter die

Zeugenbefragungen von T._____ und U._____ (act. 1 Rz. 107 ff.; vgl. auch act. 58 Rz. 70, 162; act. 4/16–17; act. 4/30).

Die von der Klägerin angerufene E-Mail von S._____ vom 28. März 2018 (vgl. act. 4/16–17) bezog sich nach dem damaligen Stand der Verhandlungen nicht auf die Auflösung des vorliegenden Kaufvertrags, der erst rund sieben Monate später am 2. November 2018 abgeschlossen wurde, sondern auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Preliminary Agreement bzw. die Verpflichtung zum späteren Abschluss des Kaufvertrags fortbestehen oder dahinfallen sollte. Der Titel der im Entwurf vom 28. März 2018 (act. 4/17) besprochenen Ziff. 6 lautete "*Obligation to conclude the SPA*" und die fragliche Klausel "*Each Party has the right to rescind this Agreement and the Agreement shall then be null and void should the tax ruling not be provided by December 15, 2019. The Parties agree that the exclusivity agreed in the Heads of Term shall be extended until such date*". Darin ging es nur um den Bestand bzw. die Beendigung des Preliminary Agreement und der Verpflichtung der Parteien, den angestrebten Kaufvertrag abzuschliessen, nicht aber um Möglichkeiten, den erst noch abzuschliessenden Kaufvertrag später wieder zu beenden. Diese Korrespondenz zeigt zwar das Interesse der Klägerin an einer verbindlichen Weiterverfolgung des Projekts und ihre Verpflichtung, nach Vorliegen eines erfolgreichen Steuerrulings den angestrebten Kaufvertrag abzuschliessen (vgl. act. 1 Rz. 113 ff.; act. 4/17), nicht aber mit hinreichender Klarheit eine Haltung oder Vereinbarung der Parteien, wonach im später geschlossenen Kaufvertrag kein Rücktrittsrecht bestehen sollte.

Unter Bezugnahme auf die Verhandlungen zum Amendment II macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe zu Ziff. 1 Rz. 3 Amendment II vorgeschlagen, bei verspäteter Zahlung des Restkaufpreises unter Einbehaltung der bereits geleisteten Zahlungen vom Kaufvertrag zurücktreten zu können, was zeige, dass das Rücktrittsrecht bis anhin ausgeschlossen gewesen sei (act. 1 Rz. 112 ff.). Im Entwurf vom 30. November 2021 wurden folgende Korrekturen vorgenommen (act. 4/82):

- 3) ~~If The Parties understand and agree hereby that the guarantee of the real estate capital gains tax (*Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer*) and the remaining purchase price (*Restkaufpreis*) pursuant to section 2.2 of the Initial SPA and section 1.2 of the Amendment Agreement is not received in the New Escrow Account (according to section 6 of this Amendment Agreement) by 31 January 2022 at the latest (value date), Seller shall be entitled to withdraw from the SPA with immediate effect (without giving any grace period to Buyer). The Parties agree and confirm that pursuant to section 2.2 of the Initial SPA Buyer can not reclaim any payments made to Seller in case of Seller's withdrawal from the SPA, respectively become due on the date of transfer of title to the Property.~~

Kommentar [APF1]: ~~That was not agreed between the Parties. Legal consequences of any delayed payment to be determined according to the SPA.~~

Die Beklagte schlug vor, dass die Verkäuferin berechtigt sein sollte, mit *sofortiger Wirkung und ohne Ansetzung einer weiteren Frist* an die Käuferin vom Kaufvertrag zurückzutreten, wenn der Restkaufpreis und die Sicherstellung der Grundstücksgewinnsteuer nicht bis zum 31. Januar 2022 auf dem Escrow Konto eingetroffen seien. Die diskutierte Regelung betraf damit einen sofortigen Rücktritt bei fortdauerndem Zahlungsverzug. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Parteien der Beklagten bis dahin kein Rücktrittsrecht zugestehen wollten. Weiter war vorgesehen, dass die Käuferin im Fall eines Rücktritts der Verkäuferin die an diese geleisteten Zahlungen, wie in Ziff. 2.2 des Kaufvertrags festgehalten, nicht zurückfordern könne. Diesen vorgeschlagenen Wortlaut kommentierte die Klägerin mit den Worten: "That was not agreed between the parties. Legal consequences of any delayed payment to be determined according to the SPA." Diese Äusserung lässt nicht auf einen früheren tatsächlichen Konsens über den Ausschluss des Rücktrittsrechts schliessen.

Die Klägerin legt sodann nicht dar, zu welchen konkreten Tatsachenbehauptungen die von ihr angerufenen Zeugen aussagen sollten (vgl. act. 1 Rz. 108 ff.). Sie führt nicht aus, welche bestimmten Wahrnehmungen T._____ und U._____ zu welchen Umständen gemacht haben sollen. Hinzu kommt, dass die fraglichen Vorgänge bereits über vier Jahre zurückliegen, was die Aussagekraft allfälliger Zeugenaussagen zusätzlich relativiert. Mangels hinreichender Behauptungen ist auf die Zeugenbefragungen von T._____ und U._____ zu verzichten.

Der Klägerin gelingt der Nachweis eines tatsächlichen Konsenses somit nicht. Es ist nach Vertrauensprinzip zu ermitteln, ob das Rücktrittsrecht vertraglich ausgeschlossen wurde.

5.5.5.2. Normative Auslegung: Ausschluss des Rücktrittsrechts

Gegen einen Ausschluss des Rücktrittsrechts bei einer Auslegung nach Vertrauensprinzip sprechen vorliegend Wortlaut, Systematik des Vertrags sowie dessen Regelungszweck. Der Kaufvertrag vom 2. November 2018 enthält unstreitig keine Bestimmung, wonach bei Zahlungsverzug ein Rücktritt ausgeschlossen sein soll. Damit fehlt es gerade an jener ausdrücklichen vertraglichen Grundlage, mit der bei einer derart gewichtigen Abweichung von der gesetzlichen Verzugsordnung zu rechnen wäre. Die von der Klägerin vertretene Auffassung, die Klausel über die Nichtrückforderbarkeit bereits geleisteter Teilzahlungen habe lediglich bekräftigen sollen, dass ein Vertragsrücktritt ausgeschlossen sei und das Hotel in jedem Fall fertiggestellt sowie auf sie übertragen werden müsse, findet im Wortlaut des Vertrags keine Stütze. Vernünftige Parteien, welche das gesetzliche Rücktrittsrecht ausschliessen wollten, hätten einen solchen Ausschluss ausdrücklich im Vertrag festgehalten und nicht bloss zu diesem Zwecke die Rückforderung bereits geleisteter Teilzahlungen verneint. Die Klausel knüpft ihrem Wortlaut nach gerade nicht an den Ausschluss eines Gestaltungsrechts, sondern an das Schicksal bereits erbrachter Zahlungen an. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, gelingt der Klägerin auch der Nachweis einer vereinbarten Nichtrückforderbarkeit der Teilzahlungen nicht.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Parteien mit erheblichem Aufwand über mehrere Wochen hinweg eine Vertragsurkunde für ein Rechtsgeschäft von beträchtlicher Tragweite ausgearbeitet und darin zahlreiche Punkte ausdrücklich geregelt haben. Die Möglichkeit einer Vertragspartei, sich bei fortgesetztem Verzug der Gegenpartei durch Rücktritt vom Vertrag lösen zu können, erscheint derart gewichtig, dass bei einem gewollten Ausschluss dieses Rechts zu erwarten gewesen wäre, dass vernünftige Vertragsparteien dies im schriftlichen Vertrag ausdrücklich festhalten würden.

Auch eine Auslegung nach Vertrauensprinzip ergibt, dass kein Ausschluss des gesetzlichen Rücktrittsrechts vereinbart wurde.

5.5.5.3. Fazit

Die Parteien haben im Kaufvertrag vom 2. November 2018 keinen Ausschluss des Rücktrittsrechts von Art. 107 ff. OR vereinbart. Damit war die Beklagte befugt, vom Kaufvertrag zurückzutreten. Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob die Beklagte am 12. Mai 2022 rechtswirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.

5.6. Zahlungsverzug der Klägerin und Einrede nach Art. 82 OR

5.6.1. Ausgangslage

Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 12. Mai 2022 den Rücktritt vom Kaufvertrag (act. 4/94). Die Klägerin macht geltend, gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 21. April 2022 die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben zu haben (act. 4/90), weshalb diese zum Rücktritt nicht berechtigt gewesen sei. Damit ist vorab zu prüfen, ob sich die Klägerin mit Schreiben vom 21. April 2022 auf Art. 82 OR berufen konnte, weil die Beklagte im Rahmen des vereinbarten Zug-um-Zug-Vorgehens die dem Escrow Agenten geschuldete Grundbuchanmeldung nicht übergeben hatte, oder ob sie sich am 12. Mai 2022 im Schuldnerverzug befand und die Beklagte – unter Einhaltung der übrigen Voraussetzungen (Fristansetzung, fruchtloser Fristablauf, unverzügliche Erklärung) – zum Rücktritt berechtigt war.

5.6.2. Rechtliches

5.6.2.1. Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird die Schuldnerin durch Mahnung der Gläubigerin in Verzug gesetzt. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, kommt die Schuldnerin schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 1 und 2 OR). Befindet sich eine Schuldnerin bei zweiseitigen Verträgen wie einem Kaufvertrag im Verzug, ist die Gläubigerin berechtigt, ihr eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen. Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann die Gläubigerin, wenn sie es unverzüglich erklärt, mitunter auf die nachträgliche Leistung verzichten und vom Vertrage zurücktreten (Art. 107 Abs. 1 OR). Wer vom Vertrag zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern (Art. 109 Abs. 1 OR).

Ist bei einem Kaufvertrag die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug-um-Zug zu übergeben und befindet sich die Käuferin mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzug, so hat die Verkäuferin das Recht, ohne Weiteres vom Vertrag zurückzutreten. Wenn sie von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will, hat sie jedoch der Käuferin sofort Anzeige zu machen (Art. 214 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 221 OR). Art. 214 OR stellt in Bezug auf den Zahlungsverzug eine *lex specialis* zu Art. 107–109 OR dar. Die Normen sind dispositiv (BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 38).

5.6.2.2. Wer bei einem zweiseitigen Vertrag die andere Seite zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Beim Kaufvertrag haben die Parteien ihre vertraglichen Leistungspflichten Zug-um-Zug zu erfüllen, sofern sie nicht eine abweichende Vereinbarung getroffen haben oder die Übung dem entgegen steht (vgl. Art. 184 Abs. 2 OR). Wenn eine Partei ihre Leistungen nicht erfüllt oder nicht zumindest deren Erfüllung anbietet, hat die andere Partei für ihre Gegenleistung nach Art. 82 OR ein Rückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrecht. Dieses Leistungsverweigerungsrecht ist durch Einrede auszuüben. Die belangte Schuldnerin, welche die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt, gerät nicht in Schuldnerverzug, denn ihre einstweilige Nichtleistung ist nicht pflichtwidrig. Befindet sie sich bei Erhebung der Einrede bereits im Schuldnerverzug, fällt dieser mit Erhebung der Einrede dahin (BSK OR I-Schroeter, Art. 82 N 41, 46 m.w.H.). Im Moment der Erhebung der Einrede müssen sowohl die Leistung wie auch die Gegenleistung fällig sein (BGer 4A_589/2016 vom 2. März 2017, E. 6.2). Verzug ist nicht erforderlich. Die Erhebung der Einrede bewirkt, dass die Erfüllung des fraglichen Anspruchs der Gläubigerin aufgeschoben und er einstweilen undurchsetzbar wird, und zwar bis sie ihrerseits die (vertragsgemässe) Erfüllung ihrer Gegenleistung anbietet (BSK OR I-Schroeter, Art. 82 N 44). Erhebt eine Schuldnerin die Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit Erfolg, wird eine gegen sie erhobene Klage sodann nicht abgewiesen, sondern es wird zur Leistung Zug-um-Zug verpflichtet (Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 2019, N 933).

5.6.3. Würdigung: Einrede nach Art. 82 OR

5.6.3.1. Wie dargelegt waren die von der Klägerin geschuldeten Schlusszahlungen sowie die von der Beklagten geschuldete Übergabe der rechtsgültig unterzeichneten Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten spätestens am 31. Januar 2022 fällig und gemäss Kaufvertrag Zug-um-Zug zu erbringen (E. 5.3., 5.4. oben).

Ausgehend davon ist zu prüfen, ob die Klägerin mit Schreiben vom 21. April 2022 (act. 4/90) die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wirksam erhob (act. 1 Rz. 5, 199 ff.; act. 37 Rz. 151, 401 ff.; act. 58 Rz. 138; act. 63 Rz. 206 f.) und welche Folgen dies für einen allfälligen Schuldnerverzug sowie die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 12. Mai 2022 (act. 4/94) hatte.

5.6.3.2. Unbestritten ist, dass weder die Klägerin die ausstehenden Schlusszahlungen leistete noch die Beklagte dem Escrow Agenten die Grundbuchanmeldung übergab (E. 5.4. oben). Ebenso steht fest, dass die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 4. April 2022 (act. 4/89) unter Hinweis auf den Kaufvertrag eine Nachfrist von 14 Tagen (vgl. act. 4/63 Ziff. 2.2) zur Zahlung des Restkaufpreises, zur Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer sowie zur Leistung weiterer Beträge ansetzte. Mit Antwortschreiben vom 21. April 2022 (act. 4/90) erklärte die Klägerin, sie sei willens und fähig, den Restkaufpreis, die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer und den Betrag von CHF 125'000.– zu leisten, wies aber zugleich darauf hin, dass diese Zahlungen Zug-um-Zug gegen die Eigentumsübertragung geschuldet seien, und verlangte namentlich eine Kopie der Grundbuchanmeldung sowie eine Bestätigung, dass das Original dem Escrow Agenten übergeben worden sei (act. 1 Rz. 143 ff., 201 ff.; act. 37 Rz. 136).

Dieses Schreiben der Klägerin vom 21. April 2022 (act. 4/90) ist als Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR zu verstehen. Die Klägerin erklärte darin nicht etwa, sie werde unabhängig vom Verhalten der Beklagten nicht leisten, sondern stellte ihre Leistung ausdrücklich in Aussicht und knüpfte sie an die vertragsgemässe Erbringung der Gegenleistung durch die Beklagte, namentlich an die Übergabe der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten. Darin liegt nach Treu und Glauben die Erklärung, die eigene Leistung bis zur Erfüllung bzw.

zum gehörigen Angebot der Gegenleistung zurückzuhalten. Dass die Klägerin in diesem Schreiben daneben noch weitere Unterlagen verlangte, ändert daran nichts. Entscheidend ist, dass sie jedenfalls auch diejenige Gegenleistung einforderte, auf die es nach dem hier massgeblichen Zug-um-Zug-Mechanismus ankam, nämlich die Übergabe der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten.

5.6.3.3. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe gar nicht leisten können; ihr Hinweis auf Zahlungsbereitschaft sei bloss ein Lippenbekenntnis gewesen, da ihr die finanziellen Mittel gefehlt hätten (act. 37 Rz. 137 ff., 179, 307 ff., 322, 330; act. 63 Rz. 10, 68 ff., 205 f.). Aus den Akten ergibt sich zwar, dass die Klägerin im damaligen Zeitraum erhebliche Schwierigkeiten hatte, die Finanzierung der Schlusszahlungen sicherzustellen (vgl. act. 37 Rz. 308 ff.; act. 39/8–9; act. 39/11; act. 39/13; act. 58 Rz. 33 ff.; act. 59/101). Für die Beurteilung der Einrede nach Art. 82 OR ist dies vorliegend jedoch nicht entscheidend. Solange die Beklagte die ihrerseits fällige und Zug-um-Zug geschuldete Gegenleistung nicht erfüllt oder jedenfalls nicht gehörig angeboten hat, war ihr Zahlungsanspruch gegenüber der Klägerin einstweilen undurchsetzbar. Art. 82 OR knüpft an das Synallagma und die fehlende Erfüllung oder das fehlende Angebot der Gegenleistung an. Die Beklagte kann sich daher nicht auf einen Zahlungsverzug der Klägerin berufen, solange sie selbst die geschuldete Grundbuchanmeldung nicht an den Escrow Agenten übergeben oder deren Übergabe nicht zumindest klar angeboten hat. Das Leistungsverweigerungsrecht der belangten Schuldnerin findet zwar seine Grenze an eigenem treuwidrigem Verhalten, namentlich wenn sie sich vom Vertrag losgesagt hat oder notwendige Vorbereitungshandlungen treuwidrig unterlässt (BK-Weber, Art. 82 OR N 195). Treuwidriges Verhalten der Klägerin konnte die Beklagte nicht nachweisen, zumal nicht dargetan ist, dass die Klägerin finanziell gar nicht in der Lage gewesen wäre, ihre vertraglichen Leistungen zu erbringen. Die Klägerin hat sich vom Vertrag nicht losgesagt, sondern stellte sich im Schreiben vom 21. April 2022 ausdrücklich auf den Standpunkt, zur Erbringung der Schlusszahlungen bereit zu sein, sofern die Beklagte ihrerseits vertragsgemäss mitwirke. Der Beklagten gelingt es mit ihren Vorbringen nicht, ein hiervon abweichendes, treuwidriges Verhalten der Klägerin darzutun (vgl. act. 4/90; act. 1 Rz. 145 f., 199 ff.; entgegen act. 37 Rz. 401 ff.; act. 63 Rz. 207).

5.6.3.4. Hinzu kommt, dass die Beklagte auch nach Erhalt des Schreibens vom 21. April 2022 ihre Gegenleistung nicht erbracht hat und auch kein ausdrückliches Leistungsangebot gemacht hat. Die darauf folgende Korrespondenz der Parteien zwischen dem 2. Mai und 11. Mai 2022 (act. 4/91–93) zeigt vielmehr, dass die Parteien auf ihren jeweiligen Standpunkten beharrten, ohne dass die Beklagte die Übergabe der Grundbuchanmeldung an den Escrow Agenten zugesagt oder nachgewiesen hätte. Stattdessen setzte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 2. Mai 2022 ein weiteres Ultimatum zur Zahlung bis 11. Mai 2022 (act. 4/91; act. 1 Rz. 147; act. 37 Rz. 140 ff., 274, 418, 449) und erklärte am 12. Mai 2022 den Rücktritt vom Vertrag (act. 4/94). Diese Erklärung vermochte die von der Klägerin erhobene Einrede nicht zu tangieren. Dass die Klägerin am Vertrag festhalten wollte, wird im Übrigen auch durch ihr späteres Prozessverhalten bestätigt. Auch im weiteren Verlauf stellte sich die Klägerin nicht auf den Standpunkt, der Vertrag sei für sie dahingefallen oder sie wolle sich von ihm lösen, sondern machte vielmehr aus dem Vertrag fliessende Rechte geltend und hielt daran fest. Sie forderte die Realerfüllung noch während zwei Jahren nach Klageeinleitung bis ihrer Auffassung nach der Vertrag dann im September 2024 einvernehmlich aufgehoben wurde.

5.6.3.5. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Klägerin mit Schreiben vom 21. April 2022 (act. 4/90) die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wirksam erhob. Spätestens ab diesem Zeitpunkt war der Zahlungsanspruch der Beklagten einstweilen undurchsetzbar, bis sie ihrerseits die Grundbuchanmeldung vertragsgemäss an den Escrow Agenten übergeben oder deren Übergabe zumindest klar angeboten hätte. Da dies unstreitig nicht geschah, konnte die Klägerin mit den ausstehenden Schlusszahlungen nicht in Schuldnerverzug geraten. Selbst wenn man für die Zeit vor dem 21. April 2022 einen vorübergehenden Verzug in Betracht ziehen wollte, wäre dieser mit Erhebung der Einrede jedenfalls dahingefallen. Die Klägerin benutzte die Einrede nicht dazu, um sich vom Vertrag zu lösen, sondern um die vertragsgemässe Zug-um-Zug-Abwicklung durchzusetzen. Darin liegt kein treuwidriges Verhalten, sondern die Geltendmachung eines gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts.

5.6.4. Fazit

Der von der Beklagten am 12. Mai 2022 erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag war nicht rechtswirksam. Aufgrund der Einrede der Klägerin im Sinne von Art. 82 OR fehlte es an einem fortbestehenden Schuldnerverzug der Klägerin nach Art. 214 OR bzw. Art. 107 ff. OR. Eine Prüfung der übrigen Verzugsvoraussetzungen (Fristansetzung, fruchtloser Fristablauf, unverzügliche Erklärung; vgl. E. 5.6.2.1.) erübrigt sich somit.

Zu untersuchen bleibt nun, ob der Kaufvertrag in der Folge, wie von der Klägerin geltend gemacht, im September 2024 einvernehmlich aufgehoben wurde.

6. Aufhebungsvertrag

6.1. Ausgangslage

Zwischen den Parteien ist strittig, ob sie den Kaufvertrag vom 2. November 2018 einvernehmlich aufgehoben haben bzw. ob sie mit Schreiben vom 4. resp. 11. September 2024 (act. 59/99–100) gegenseitig auf die Erfüllungsansprüche verzichtet haben.

Die Beklagte bestreitet das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags im Wesentlichen, indem sie sich auch in der Duplik weiterhin auf die Gültigkeit ihres Rücktritts beruft. Das klägerische Schreiben vom 4. September 2024 möchte sie so verstanden haben, dass die Klägerin darin ihre Zahlungsunfähigkeit eingestanden habe und damit die Rechtmässigkeit des Rücktritts der Beklagten vom Mai 2022 "bestätigte".

Die fraglichen Schreiben der Parteien vom 4. und 11. September 2024 werden nachfolgend auszulegen sein.

6.2. Rechtliches

6.2.1. Gemäss Art. 115 OR kann eine Forderung durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich war oder von den Vertragschliessenden gewählt wurde. Ungeachtet seines Wortlautes findet Art. 115 OR nicht nur auf die Aufhe-

bung von Forderungen, sondern auch auf die gesamthafte Aufhebung von Rechtsgeschäften analoge Anwendung ("Aufhebungsvertrag"; BGer 4A_49/2008 E. 2.1; vgl. BSK OR I-Loacker, Art. 115 N 4, 20). Damit steht es Vertragsparteien grundsätzlich jederzeit frei, einen Vertrag in analoger Anwendung von Art. 115 OR durch gegenseitig übereinstimmende Willenserklärungen ganz oder teilweise aufzulösen (BGer 4A_49/2008 vom 9. April 2008, E. 2.1). Die Aufhebung kann grundsätzlich auch konkludent i.S.v. Art. 1 Abs. 2 OR, also stillschweigend, erfolgen. Dies setzt jedoch einen hinreichend klar zum Ausdruck gebrachten Willen zum endgültigen Verzicht voraus, weshalb bei der Annahme eines Forderungserlasses besondere Zurückhaltung geboten ist (BSK OR I-Loacker, Art. 115 N 13).

6.2.2. Nach Art. 115 OR kann eine Forderung auch dann formfrei erlassen werden, wenn zu ihrer Begründung die Einhaltung einer Form erforderlich war. Grundsätzlich kann damit jedes formbedürftige Rechtsgeschäft ganz oder teilweise formfrei aufgehoben werden (BSK OR I-Loacker, Art. 115 N 8 f.). Abgrenzungsprobleme zwischen Art. 12 OR (formbedürftige Abänderung) und Art. 115 OR stellen sich, wenn, namentlich bei synallagmatischen Verträgen, die Aufhebung oder Beschränkung einer Forderung auch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinflusst. Will man den Zweck der Formvorschriften nicht unterlaufen, muss in diesen Fällen Art. 12 OR der Anwendung von Art. 115 OR vorgehen (so auch BGer 5A_251/2010 vom 19. November 2010, E. 6.1.2). Werden jedoch die Verpflichtungen aus einem synallagmatischen Vertrag ganz ausser Kraft gesetzt, so handelt es sich um einen nach Art. 115 OR formlos möglichen Aufhebungsvertrag (BGE 95 II 425 E. 2d), selbst wenn dessen Rückabwicklungsmodalitäten den ursprünglichen Zustand nicht ganz wiederherstellen, sondern gewisse, bereits erbrachte Leistungen bei der Gegenpartei belassen (BGer 4A_49/2008 vom 9. April 2008, E. 2.1; zum Ganzen OR BSK I-Fountoulakis/Schwenzer, Art. 12 N 6 m.w.H.).

6.2.3. Die Beweislast für den Forderungserlass bzw. den Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR liegt bei demjenigen, der sich darauf beruft, also regelmässig bei der Schuldnerin (BGE 110 II 344 E. 2b; BSK OR I-Loacker, Art. 115 N 23). Die Klägerin trägt somit vorliegend die Beweislast für die Aufhebung des Kaufvertrags vom 2. November 2018 (act. 4/63) durch die Schreiben der Parteien vom 4. und

11. September 2024 (act. 59/99–100). Ein vertraglicher Ausschluss der Aufhebungsmöglichkeit von Art. 115 OR wird von der Beklagten, die hierfür beweissbelastet wäre, nicht behauptet (BSK OR I-Loacker, Art. 115 N 24).

6.3. Parteistandpunkte

6.3.1. Die Klägerin vertritt den Standpunkt, die Parteien hätten sich auf eine Aufhebung des Kaufvertrags bzw. der Erfüllungsansprüche geeinigt.

Sie führt dazu aus, sie habe mit ihrem Schreiben an die Beklagte vom 4. September 2024 (act. 59/99) den von der Beklagten seit 12. Mai 2022 (act. 4/94) konstant kommunizierten Willen akzeptiert, die im Kaufvertrag vereinbarten Leistungen nicht erfüllen und damit die Transaktion nicht durchführen zu wollen, nicht jedoch die Wirksamkeit des von der Beklagten am 12. Mai 2022 erklärten Vertragsrücktritts. Damit hätten sich die Parteien auf eine Aufhebung des Kaufvertrags geeinigt, womit auch die gegenseitigen Erfüllungsansprüche der Parteien am 4. September 2024, nicht infolge des am 12. Mai 2022 von der Beklagten erklärten Vertragsrücktritts untergegangen seien. Dieser Auffassung habe sich die Beklagte in ihrem Antwortschreiben vom 11. September 2024 (act. 59/100) ausdrücklich angeschlossen, indem sie darin bestätigte, dass mit dem Schreiben vom 4. September 2024 sowohl der Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Kaufgegenstands als auch der Anspruch der Beklagten auf Bezahlung des Restkaufpreises untergegangen sei. Damit habe die Beklagte im Ergebnis zugestimmt, dass mit dem Schreiben vom 4. September 2024 und somit nicht durch Vertragsrücktritt vom 12. Mai 2022 die gegenseitigen Ansprüche auf Erfüllung untergegangen seien und folglich der Kaufvertrag durch Aufhebungsvereinbarung beendet worden sei (act. 58 Rz. 4, 16 ff., 24 f., 27 f., 30, vgl. auch 63, 136 ff.).

Zu ihren Beweggründen für die Vertragsaufhebung führt die Klägerin aus, dass eine Umsetzung der Transaktion, die ursprünglich auf Mai/Juni 2020 vorgesehen gewesen sei und später infolge Bauverzögerungen auf Ende 2021 resp. Januar 2022 verschoben worden sei, ökonomisch nicht mehr tragbar gewesen sei. Namentlich sei die von der Beklagten für eine vergleichsweise Abwicklung der Transaktion im Jahr 2024 zusätzlich verlangte Zahlung für die Klägerin nicht mehr tragbar gewe-

sen. Eine Umsetzung der Transaktion erst in den Jahren 2025 oder 2026, nach Durchführung und mutmasslichem Obsiegen im Hauptverfahren, hätte für die Klägerin infolge des noch grösseren Zeitverlustes ökonomisch ebenso wenig Sinn ergeben. Zwar hätte sie diesfalls die von der Beklagten im Sommer 2024 geforderte Zusatzzahlung nicht leisten müssen, der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis hätte sich wirtschaftlich jedoch nicht mehr amortisieren lassen, insbesondere wenn die Beklagte die von der I. _____ AG seit Dezember 2021 entrichteten Mietzinse hätte einbehalten können (act. 58 Rz. 5, 21 ff., 31, detaillierte Kostenkalkulation der Klägerin in Rz. 32 ff.; act. 59/101).

Hinsichtlich der Rückabwicklung der von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen von CHF 24 Mio. seien sich die Parteien gemäss Klägerin jedoch uneinig, womit diesbezüglich kein Konsens bestehe. Die kaufvertraglichen Abreden könnten diesbezüglich auch nicht als aufgehoben gelten bzw. für die Rückabwicklung seien die früheren Abreden der Parteien auszulegen, insbesondere diejenigen betreffend die Nichtrückforderbarkeit von An- und Teilzahlungen sowie die Sicherstellung dieser durch Schuldbriefe (act. 58 Rz. 26, 29, 142, 147 ff.; act. 4/63 Ziff. 2.2 und 2.3).

6.3.2. Die Beklagte verneint das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags zwischen den Parteien.

Sie habe der Klägerin nie eine Offerte zur Aufhebung des Kaufvertrages unterbreitet, weshalb die Klägerin auch nicht mit ihrem Schreiben vom 4. September 2024 (act. 59/99) in eine solche hätte einwilligen können. In ihrem Schreiben vom 12. Mai 2022 (act. 4/94) habe die Beklagte weder ausdrücklich noch konkludent die Intention ausgedrückt, den Kaufvertrag nicht länger gelten lassen zu wollen, sondern den Rücktritt vom Kaufvertrag vollzogen. Dieses Gestaltungsrecht der Beklagten nach Art. 107 OR sei nicht von der Klägerin zu genehmigen oder als Offerte an die Klägerin zu verstehen gewesen (act. 63 Rz. 43 f., 47 f., 60 f., vgl. auch 158, 165, 178, 180, 192).

Die Klägerin wolle mit einer Aufhebungsvereinbarung argumentieren und die negativen Folgen eines Klagerückzugs verhindern, weshalb sie ihr Schreiben vom 4. September 2024 irreführend formuliert habe (act. 63 Rz. 45 f.). Die Beklagte

habe der klägerischen Schlussfolgerung vom 4. September 2024 "Accordingly, the Purchase Agreement is herewith rescinded by mutual consent" mit ihrer Antwort vom 11. September 2024 nicht zugestimmt; danach komme sie ebenfalls zum Schluss, dass mit dem Schreiben der Klägerin vom 4. September 2024 sowohl der Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Kaufgegenstandes als auch jener der Beklagten auf Bezahlung des Restkaufpreises untergegangen sei. Vielmehr habe sie gemeint und auch geschrieben, dass wegen der von der Klägerin am 4. September 2024 eingestandenen Zahlungsunfähigkeit bzw. dem von ihr kommunizierten Entscheid, den Restkaufpreis nicht zahlen zu wollen, der Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Kaufgegenstands ebenso untergegangen sei wie jener der Beklagten auf Bezahlung des Restkaufpreises. Dieses Eingeständnis der Klägerin vom 4. September 2024 habe nachträglich die Rechtmässigkeit des von der Beklagten erklärten Rücktritts vom Kaufvertrag bestätigt (act. 63 Rz. 50, 158, 177 ff.).

Sodann habe die Beklagte in ihrem Antwortschreiben vom 11. September 2024 präzisierende Ausführungen gemacht, mit welchen sie klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, eine einvernehmliche Aufhebung des Kaufvertrags abzulehnen ("B. _____ ist dagegen nicht einverstanden mit den rechtlichen Ausführungen und Schlussfolgerungen ["rescinded by mutual consent"] [...]", vgl. act. 59/100; act. 63 Rz. 51 f., 179).

6.3.3. Es ist nachfolgend mittels Auslegung zu ermitteln, ob im September 2024 ein Aufhebungsvertrag zwischen den Parteien zustande kam.

6.4. Auslegung

6.4.1. Rechtliches

Der Aufhebungsvertrag erfordert die gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien, den ursprünglichen Vertrag ganz oder teilweise aufzulösen (Art. 1 Abs. 1 OR; BGer 4A_49/2008 vom 9. April 2008, E. 2.1). Es finden die allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses nach Art. 1 ff. OR Anwendung: Eine Partei muss eine Aufhebungsofferte abgeben, welche die andere Partei ausdrücklich oder konkludent annimmt, wobei die zeitlichen Schranken zu beachten sind (vgl.

Art. 3 ff. OR; vgl. auch Schwenzer/Fountoulakis, Rz. 28.01, 28.41). Zu prüfen ist daher, ob entsprechende übereinstimmende Willensäusserungen der Parteien ermittelt werden können.

6.4.2. Schreiben vom 12. Mai 2022 und 4. September 2024 als Antrag und Annahme

6.4.2.1. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille

Die Klägerin erachtet ihr Schreiben vom 4. September 2024 (act. 59/99) als Annahme der Offerte zur Vertragsaufhebung, welches sie im Rücktrittsschreiben der Beklagten vom 12. Mai 2022 (act. 4/94) und deren Verhalten seither sieht. Das Schreiben der Beklagten vom 11. September 2024 (act. 59/100) betrachtet sie lediglich als "Bestätigung" des Untergangs der gegenseitigen Erfüllungsansprüche per 4. September 2024 (vgl. act. 58 Rz. 4, 16 ff., 24 f., 27 f., 30, vgl. auch 63, 136 ff.). Die Beklagte habe in ihrem Schreiben vom 12. Mai 2022 ihren Willen geäussert, die im Kaufvertrag vereinbarten Leistungen nicht erfüllen und die Transaktion nicht durchzuführen zu wollen. Diesen Willen habe die Beklagte im Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE220042) sowie im vorliegenden Verfahren bekräftigt. Die Klägerin stützt sich dabei unter anderem auf Ausführungen der Beklagten im Massnahmeverfahren wie "Mit dem Vertragsrücktritt vom 12. Mai 2022 hat sich für die Gesuchstellerin [A._____] die Thematik Grundstück und Hotelliegenschaft ein für alle Mal erledigt" und dass "das Thema «Erfüllung des Kaufvertrags» erledigt ist". Weiter habe die Beklagte im vorliegenden Verfahren an dieser Position festgehalten, die Erfüllung ihrer sich aus dem Kaufvertrag ergebenden Pflichten verweigert und auf die von der Klägerin vertraglich geschuldeten Zahlungen verzichtet (act. 58 Rz. 19 mit Verweis auf act. 5/15 Rz. 147, 163 und act. 37 Rz. 422, 452).

Ein tatsächlich übereinstimmender Wille lässt sich aus diesen Äusserungen und Verhalten der Parteien jedoch nicht ableiten. Im Schreiben der Beklagten vom 12. Mai 2022 hat die Beklagte gemäss dem klaren Wortlaut einseitig den Rücktritt erklärt. Daraus ergibt sich keine Willensäusserung im Sinne eines Angebots einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung. Auch aus dem nachfolgenden Prozessverhalten der Beklagten ergibt sich ein solcher Wille nicht. Die Ausführungen der Be-

klagten im Massnahmeverfahren, wonach sich für sie die Thematik Grundstück und Hotelliegenschaft bzw. die Erfüllung des Kaufvertrages erledigt haben, nehmen ausdrücklich Bezug auf den am 12. Mai 2022 erklärten Rücktritt vom Vertrag und bringen gerade keinen Willen der Beklagten zur konsensualen Aufhebung zum Ausdruck.

Der Klägerin gelingt somit der Nachweis nicht, dass die Beklagte mit ihrem Rücktrittsschreiben vom 12. Mai 2022 und einem nachfolgenden passiven Verhalten eine Offerte zur einvernehmlichen Aufhebung abgeben wollte, welche die Klägerin am 4. September 2024 angenommen hat. Die Auslegung hat demnach nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen.

6.4.2.2. Normative Auslegung

Der Wille zur einvernehmlichen Aufhebung im Sinne einer Aufhebungsofferte muss klar vom Willen zur einseitigen Beendigung im Sinne eines Rücktritts unterscheidbar sein. Die Beklagte brachte in ihrem Schreiben vom 12. Mai 2022 klar ihren Rücktrittswillen zum Ausdruck und wollte damit ein einseitiges Gestaltungsrecht ausüben. Wird der Wille zur einseitigen Beendigung erklärt, fehlt es am essentiellen Element der Aufhebungsofferte, nämlich der Einladung zu einem Konsens über die Auflösung. Daran ändert nichts, dass der von der Beklagten erklärte Rücktritt letztlich unwirksam war. Sodann wäre eine allfällige Offerte vom 12. Mai 2022 am 4. September 2024 längst abgelaufen gewesen. Ein Angebot bindet den Antragsteller nur während einer angemessenen Frist. Eine Offerte ohne Annahme kann nach zwei Jahren nicht mehr als Aufhebungsangebot betrachtet werden. Auch durfte die Klägerin in der "Weigerungshaltung" der Beklagten während dieses Zeitraums keine (andauernde) Offerte seitens der Beklagten sehen, zumal sich die Beklagte für die Dauer des gesamten vorliegenden Prozesses auf die Gültigkeit des am 12. Mai 2022 erklärten Rücktritts berufen hatte. Eine konkludente Offerte zu einem Aufhebungsvertrag ist nur zurückhaltend anzunehmen; der Wille muss unzweifelhaft erkennbar sein. Damit aus einem passiven Verhalten wie der wiederholten Nichterfüllung eine konkludente Offerte abgeleitet werden kann, müssen zwingend weitere Umstände hinzukommen, die den Schluss auf einen eindeutigen und unzweifelhaften Aufhebungswillen als begründet erscheinen lassen. Die Klä-

gerin beruft sich lediglich auf die Tatsache, dass die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten – die aufgrund des unwirksamen Rücktritts immerhin tatsächlich bestanden – über einen längeren Zeitraum nicht erfüllt hat, was für sich allein genommen nicht ausreicht, um darin eine Offerte zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung zu erblicken. Im Übrigen liesse sich aus einem solchen passiven Verhalten kaum bestimmen, welche Annahmefrist unter den gegebenen Umständen noch angemessen gewesen wäre.

Es ist indessen nachfolgend zu prüfen, ob das klägerische Schreiben vom 4. September 2024 seinerseits eine Offerte darstellt, welche die Beklagte mit Schreiben vom 11. September 2024 angenommen hat.

6.4.3. Schreiben vom 4. und 11. September 2024 als Antrag und Annahme

6.4.3.1. Inhalt der Schreiben vom 4. und 11. September 2024

Im Schreiben vom 4. September 2024 (übersetzt aus dem Englischen) nahm die Klägerin Bezug auf den Kaufvertrag vom 2. November 2018, das vorliegende Verfahren und die am 27. Juni 2024 durchgeführte Vergleichsverhandlung sowie daraufhin durchgeführte aussergerichtliche Vergleichsgespräche der Parteien (act. 59/99 erster Abschnitt).

Sie hielt fest, dass sie die von Q._____ und V._____ gestellten finanziellen Bedingungen für einen Vergleich betreffend Erfüllung des Vertrages gründlich überprüft und neu berechnet habe, aufgrund der von B._____ zusätzlich verlangten Zahlungen der Vergleich und die Übertragung der Hotelliegenschaft wirtschaftlich jedoch keinen Sinn machen würden; die Transaktion sei wirtschaftlich schlicht nicht mehr tragbar (act. 59/99 zweiter Abschnitt).

Obwohl sie nicht anerkenne, dass B._____ gültig vom Kaufvertrag zurückgetreten sei, sei sie nunmehr bereit, die von B._____ zum Ausdruck gebrachte zugrundeliegende Intention zu akzeptieren und erkläre sich dementsprechend damit einverstanden, die Transaktion nicht zu vollziehen, sondern den Kaufvertrag einvernehmlich aufzuheben ("to rescind the Purchase Agreement"). Demnach sei der Kaufver-

trag hiermit in gegenseitigem Einvernehmen aufgehoben (act. 59/99 dritter Abschnitt).

In der dem Gericht eingereichten Version des Schreibens vom 4. September 2024 folgt ein grösstenteils geschwärzter Abschnitt, der gemäss Schreiben ein neues Vergleichsangebot der Klägerin an die Beklagte enthielt, mit welchem vermieden werden sollte, dass die Aufhebung des Kaufvertrages zu einem neuen langwierigen Streit führe (vgl. act. 59/99 vierter und fünfter Abschnitt). Die Beklagte solle bis 11. September 2024 mitteilen, ob sie dem vorstehenden Vergleichsvorschlag dem Grundsatz nach zustimme oder nicht. Sollten sich die Parteien nicht einigen, würde die Klägerin das Verfahren weiterführen und die vollständige Rückzahlung des vorgeleisteten Betrages von CHF 24 Mio. verlangen (vgl. act. 59/99 sechster und siebter Abschnitt auszugsweise).

Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 11. September 2024 (act. 59/100):

"B._____ AG ("B._____") nimmt die Erklärung von A1._____ Ltd ("A1._____") zur Kenntnis, das Grundstück und das Hotel in D._____, welche Gegenstand des Kaufvertrags vom 2. November 2018 sind, aus finanziellen Gründen nicht erwerben zu wollen. B._____ kommt ebenfalls zum Schluss, dass mit Ihrem Schreiben vom 4. September 2024 der Anspruch von A1._____ auf Übertragung des Kaufgegenstands ebenso untergegangen ist wie der Anspruch von B._____ auf Bezahlung des Restkaufpreises.

B._____ ist dagegen nicht einverstanden mit den rechtlichen Ausführungen und Schlussfolgerungen ("rescinded by mutual consent") im dritten Abschnitt Ihres Schreibens vom 4. September 2024. Dies insbesondere dann, wenn mit solchen bestrittenen Schlussfolgerungen ein Präjudiz zum Nachteil von B._____ geschaffen werden soll und/oder wenn solche Behauptungen zu prozessualen oder materiellen Nachteilen für unsere Klientin führen können (etwa im Falle einer gerichtlichen Beurteilung der geforderten Vergütung von Anzahlungen und deren Qualifikation als Konventionalstrafe). Weitere Ausführungen zu diesem Thema behält sich B._____ ausdrücklich vor.

[geschwärzter Abschnitt]"

6.4.3.2. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille

Keine Partei hat einen übereinstimmenden wirklichen Willen behauptet, weshalb eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen ist.

6.4.3.3. Normative Auslegung

Es ist zu ermitteln, ob das Schreiben der Klägerin vom 4. September 2024 nach seinem objektiven Erklärungsgehalt als Antrag zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu verstehen ist.

Die Klägerin erklärte darin ausdrücklich, sie sei – obwohl sie weiterhin nicht anerkenne, dass die Beklagte am 12. Mai 2022 wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sei – nunmehr bereit, die von der Beklagten zum Ausdruck gebrachte zugrundeliegende Intention zu akzeptieren und die Transaktion nicht zu vollziehen, sondern den Kaufvertrag einvernehmlich aufzuheben. Mit der anschliessenden Formulierung, der Kaufvertrag werde "*herewith rescinded by mutual consent*", brachte sie unmissverständlich zum Ausdruck und durfte die Beklagte sie so verstehen, dass sie eine konsensuale Beendigung des Vertragsverhältnisses anbot.

Diese Erklärung konnte nach Treu und Glauben nicht als blosser Anerkennung eines bereits zuvor eingetretenen Dahinfallens des Vertrags durch Rücktritt der Beklagten verstanden werden, zumal die Klägerin ausdrücklich klarstellte, dass sie den von der Beklagten im Mai 2022 erklärten Rücktritt nicht als wirksam erachte. Aus Sicht der Beklagten musste damit erkennbar sein, dass die Klägerin nicht einen bereits bestehenden Rechtszustand beschrieb, sondern ein neues Angebot für die Beendigung des Kaufvertrags abgab. Der objektive Sinn des Schreibens lag somit im Angebot, die fortbestehenden vertraglichen Hauptpflichten durch übereinstimmende Willenserklärungen aufzuheben.

Dieses Verständnis wird durch den Kontext bestätigt. Das Schreiben vom 4. September 2024 nimmt auf die Vergleichsverhandlung vom 27. Juni 2024 sowie auf die anschliessenden aussergerichtlichen Vergleichsgespräche Bezug und begründet,

weshalb die Durchführung der Transaktion aus Sicht der Klägerin wirtschaftlich keinen Sinn mehr mache. Für die Beklagte war damit erkennbar, dass die Klägerin nicht mehr auf den Vollzug des Kaufvertrags hinwirkte, sondern eine abschliessende Bereinigung der festgefahrenen Situation suchte. Unter diesen Umständen durfte die Beklagte das Schreiben nach Treu und Glauben als ernst gemeinte Aufhebungsofferte bezüglich der Erfüllungsansprüche verstehen.

Daran ändert nichts, dass das Schreiben vom 4. September 2024 zusätzlich einen weiteren, dem Gericht nur geschwärzt eingereichten Vergleichsvorschlag zu den finanziellen Folgen enthielt (vgl. act. 59/99; act. 58 Rz. 23, 26, 29; vgl. act. 63 Rz. 172 f.). Nach dem Wortlaut des klägerischen Schreibens sollte dieser Vorschlag verhindern, dass die Aufhebung des Kaufvertrags zu einem weiteren langwierigen Streit führe, wobei bei fehlender Einigung hierüber die Klägerin das Verfahren weiterführen und die gerichtliche Rückzahlung der geleisteten CHF 24 Mio. verlangen würde. Daraus ergibt sich, dass die Klägerin zwischen der Aufhebung des Kaufvertrags als solcher und der zusätzlichen Regelung der daraus folgenden vermögensrechtlichen Fragen unterschied. Nach Treu und Glauben war das Schreiben somit dahin zu verstehen, dass die Klägerin jedenfalls die einvernehmliche Aufhebung der Hauptleistungspflichten offerierte, selbst wenn hinsichtlich der Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen noch weiterer Regelungsbedarf bestand.

Die Offerte der Klägerin war jedenfalls hinreichend bestimmt, soweit sie auf die Aufhebung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten gerichtet war.

Sodann ist zu prüfen, ob das Schreiben der Beklagten vom 11. September 2024 nach dem Vertrauensprinzip als Annahme dieser Offerte zu verstehen ist.

Die Beklagte erklärte darin, sie komme *"ebenfalls zum Schluss, dass mit [dem] Schreiben vom 4. September 2024 der Anspruch von A1._____ auf Übertragung des Kaufgegenstands ebenso untergegangen ist wie der Anspruch von B._____ auf Bezahlung des Restkaufpreises"*. Damit bestätigte sie gerade den wesentlichen Regelungsinhalt der klägerischen Offerte, nämlich dass die synallagmatischen Hauptleistungspflichten aus dem Kaufvertrag nicht mehr durchgesetzt werden soll-

ten. Zugleich brachte sie inhaltlich genau jene Rechtsfolge zum Ausdruck, die mit einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung verbunden ist.

Von Bedeutung ist insbesondere, dass die Beklagte den Untergang dieser Ansprüche ausdrücklich mit dem Schreiben der Klägerin vom 4. September 2024 verknüpfte. Sie erklärte nicht, die Ansprüche seien bereits zufolge des von ihr am 12. Mai 2022 erklärten Rücktritts untergegangen und das Schreiben der Klägerin vom 4. September 2024 sei insofern rechtlich unbeachtlich. Vielmehr stellte sie den Wegfall der Hauptansprüche gerade in Zusammenhang mit dem klägerischen Schreiben. Die Klägerin durfte dies nach Treu und Glauben als Zustimmung zu ihrem Vorschlag verstehen, die wechselseitigen Hauptleistungspflichten nunmehr auf vertraglicher Grundlage zu beenden.

Nicht zu überzeugen vermag auch der Standpunkt der Beklagten, dass das Schreiben der Klägerin vom 4. September 2024 deren fehlende Zahlungsfähigkeit offenbare und damit nachträglich die Rechtmässigkeit des von ihr erklärten Rücktritts bestätige. Diese Deutung findet im Wortlaut ihres Schreibens vom 11. September 2024 keine hinreichende Stütze, zumal im Schreiben nicht etwa klargestellt wird, dass die Ansprüche bereits zufolge Rücktritts nicht mehr bestünden und dem Schreiben der Klägerin vom 4. September 2024 keine eigenständige rechtsgeschäftliche Bedeutung zukomme. Stattdessen hielt die Beklagte fest, sie komme *"ebenfalls zum Schluss"*, dass die Ansprüche *"mit [dem] Schreiben vom 4. September 2024"* untergegangen seien. Damit bestätigte sie den Untergang der beidseitigen Hauptansprüche und verknüpfte diesen ausdrücklich mit dem klägerischen Schreiben vom 4. September 2024. Ein redlicher Erklärungsempfänger durfte diese Formulierung als Zustimmung zu der darin angebotenen Vertragsbeendigung verstehen. Im Übrigen lässt sich dem Schreiben der Klägerin vom 4. September 2024 kein Hinweis auf eine fehlende Zahlungsfähigkeit entnehmen. Die Klägerin begründete ihre Bereitschaft zur Vertragsaufhebung vielmehr damit, dass die von der Beklagten für eine vergleichsweise Übertragung der Liegenschaft zusätzlich verlangten Zahlungen die Transaktion aus ihrer Sicht wirtschaftlich nicht mehr tragbar erscheinen liessen (vgl. act. 59/99; act. 58 Rz. 23, 26, 29; vgl. act. 63 Rz. 172 f.). Damit machte sie nicht geltend, zur Erbringung des Restkaufpreises schlechthin

ausserstande zu sein, sondern brachte zum Ausdruck, dass der Vollzug der Transaktion unter den von der Beklagten zuletzt verlangten Bedingungen ökonomisch keinen Sinn mehr ergebe. Auch die Beklagte nahm in ihrem Schreiben vom 11. September 2024 nicht auf eine angebliche Zahlungsunfähigkeit der Klägerin Bezug, sondern hielt lediglich fest, die Klägerin wolle das Grundstück und das Hotel "aus finanziellen Gründen" nicht erwerben. Dies erscheint im gegebenen Kontext als zusammenfassende Wiedergabe der klägerischen Begründung, nicht aber als Feststellung fehlender Zahlungsfähigkeit.

An der Qualifikation ihres Schreibens vom 11. September 2024 als Annahme der klägerischen Offerte ändert auch der darin angebrachte Vorbehalt der Beklagten nichts, sie sei mit den "rechtlichen Ausführungen und Schlussfolgerungen ("rescinded by mutual consent")" im Schreiben der Klägerin nicht einverstanden. Nach Wortlaut und Zusammenhang bezieht sich dieser Vorbehalt nicht auf die Beendigung der Hauptleistungspflichten als solche, sondern auf deren rechtliche Qualifikation sowie auf mögliche nachteilige Folgen für die Beurteilung der erhaltenen Teilzahlungen. Die Beklagte erklärte insbesondere nicht, sie halte am Kaufvertrag fest oder lehne dessen Aufhebung ab. Vielmehr bestätigte sie ausdrücklich den Untergang sowohl des Übertragungsanspruchs der Klägerin als auch ihres eigenen Anspruchs auf Zahlung des Restkaufpreises.

Nach Treu und Glauben durfte die Klägerin diesen Vorbehalt daher dahingehend verstehen, dass die Beklagte zwar die von der Klägerin vertretene rechtliche Herleitung nicht übernehmen wollte, sich mit dem Ergebnis der Beendigung der Hauptleistungspflichten aber einverstanden erklärte. Der Dissens betraf damit nicht die Vertragsbeendigung, sondern deren rechtliche Einordnung und die Folgen für die Rückabwicklung, namentlich hinsichtlich der bereits geleisteten CHF 24 Mio. Dies steht dem Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags nicht entgegen. Für einen solchen genügt, dass sich die Parteien über die Aufhebung des Vertrags bzw. über den Wegfall der gegenseitigen Hauptleistungspflichten geeinigt haben. Der wesentliche Inhalt des Aufhebungsvertrags ist die Einigung über das Ende der primären Leistungspflichten. Dass die Parteien sich über die Rückabwicklung uneinig sind,

hindert das Zustandekommen des Aufhebungsvertrags bezüglich der Hauptpflichten ausdrücklich nicht (vgl. BGer 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006, E. 2.1).

Dieses Auslegungsergebnis wird zusätzlich dadurch gestützt, dass der von der Beklagten am 12. Mai 2022 erklärte Rücktritt, wie vorgängig festgestellt, unwirksam war. Bestand der Kaufvertrag im September 2024 rechtlich fort, konnte die Klägerin die Erklärung der Beklagten vom 11. September 2024 nach Treu und Glauben nur als Zustimmung zu einer nunmehr konsensualen Vertragsbeendigung verstehen.

6.4.4. Fazit

Zusammenfassend ergibt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, dass die Klägerin mit Schreiben vom 4. September 2024 die einvernehmliche Aufhebung des Kaufvertrags vom 2. November 2018 offerierte und die Beklagte diese Offerte mit Schreiben vom 11. September 2024 annahm. Ein normativer Konsens bestand jedenfalls darüber, dass die gegenseitigen Hauptleistungspflichten – der Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Kaufgegenstands einerseits und der Anspruch der Beklagten auf Zahlung des Restkaufpreises andererseits – nicht mehr fortbestehen sollten. Die unterschiedliche Auffassung über die rechtliche Qualifikation sowie über die Rückabwicklung der bereits geleisteten Zahlungen steht der Aufhebung der Hauptleistungspflichten nicht entgegen.

Damit gingen die gegenseitigen Erfüllungsansprüche der Parteien mit Schreiben der Beklagten vom 11. September 2024 unter. Zu prüfen bleiben die vermögensrechtlichen Folgen dieser Vertragsaufhebung, namentlich hinsichtlich der von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen von insgesamt CHF 24 Mio.

6.5. Formfreiheit des abgeschlossenen Aufhebungsvertrags

Die Parteien haben mit der getroffenen Vereinbarung die synallagmatischen Hauptleistungspflichten vollständig aufgehoben, aus dem ursprünglichen Kaufvertrag blieb keine Verpflichtung mehr bestehen. Damit liegt ein nach Art. 115 OR analog formlos zulässiger Aufhebungsvertrag vor (BGE 95 II 425 E. 2d). Dieser Fall ist nicht von Art. 12 OR erfasst, und zwar selbst dann nicht, wenn die Rückabwicklungsmodalitäten den ursprünglichen Zustand allenfalls nicht vollständig wiederherstellen, son-

dem gewisse bereits erbrachte Leistungen bei der Gegenpartei belassen (BGer 4A_49/2008 vom 9. April 2008, E. 2.1; BSK OR I-Fountoulakis/Schwenzer, Art. 12 N 6 m.w.H.; vgl. E. 6.2.2. oben).

Die mit einfacher Schriftlichkeit abgefasste Aufhebungsvereinbarung vom 4. und 11. September 2024 ist somit gültig zustande gekommen und bedurfte zu ihrer Gültigkeit nicht der öffentlichen Beurkundung.

7. Rechtsfolgen der Aufhebung

7.1. Ausgangslage

7.1.1. Allgemeines

Die Folgen einer einvernehmlichen Vertragsauflösung ergeben sich in erster Linie aus den getroffenen, gegebenenfalls auslegungsbedürftigen Aufhebungsvereinbarung, da Art. 115 OR gänzlich dispositiv ist. Enthält der Aufhebungsvertrag keine Regelung, führt die Aufhebung eines Vertrages grundsätzlich dazu, dass die gegenseitigen Forderungen erlöschen und bereits erbrachte Leistungen Gegenstand einer vertraglichen Rückabwicklung bilden (BGer 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006, E. 2.1).

7.1.2. Parteiwillen

7.1.2.1. Wie dargelegt einigten sich die Parteien über die Aufhebung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten. Demgegenüber waren sie sich hinsichtlich der Rückabwicklungsmodalitäten, namentlich bezüglich der von der Klägerin geleisteten CHF 24 Mio., uneinig. Dies ergibt sich sowohl daraus, dass die Klägerin die finanziellen Folgen in einem gesonderten Vergleichsvorschlag in ihrem Schreiben vom 4. September 2024 regeln wollte, als auch daraus, dass die Beklagte diesen nicht annahm und sich eine abweichende rechtliche Beurteilung der Anzahlungen ausdrücklich vorbehielt.

7.1.2.2. Die Klägerin hielt dazu in ihrer Replik ausdrücklich fest, dass mangels Konsens in der Aufhebungsvereinbarung betreffend die Rückabwicklung die kaufver-

traglichen Abreden diesbezüglich auch nicht als aufgehoben gelten könnten bzw. die früheren Abreden der Parteien für die Rückabwicklung auszulegen seien (insbesondere diejenigen betreffend die Nichtrückforderbarkeit von An- und Teilzahlungen sowie die Sicherstellung dieser durch Schuldbriefe, act. 4/63 Ziff. 2.2 und 2.3; act. 58 Rz. 26, 29, 142, 147 ff.). Die Beklagte beruft sich in ihren Rechtsschriften durchwegs auf die Anwendbarkeit der fraglichen kaufvertraglichen Abrede, wonach "*Geleistete Zahlungen [...] von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden*" könnten (act. 4/63 Ziff. 2.2). In der Duplik hält sie zudem ausdrücklich fest, dass die strittige Klausel nach wie vor und ohne Einschränkungen weitergelte, zumal sich die Klägerin nicht darauf berufen habe, dass diese einvernehmlich aufgehoben worden sei (act. 63 Rz. 217).

Aufgrund der Parteidarstellungen ist von einem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien betreffend Weiterbestand und Anwendbarkeit der fraglichen Klausel im Kaufvertrag vom 2. November 2018 auszugehen.

7.1.3. Fazit

Das Vertragsverhältnis besteht nach der Aufhebung als vertragliches Liquidationsverhältnis fort. Die Parteien sind sich einig, dass Ziff. 2.2 des Kaufvertrags betreffend Nichtrückforderbarkeit anwendbar ist für die Rückabwicklung. Der Streit der Parteien beschränkt sich im Ergebnis auf die Frage, wie die vereinbarte Vertragsklausel auszulegen ist.

Ob die Beklagte die von der Klägerin geleisteten CHF 24 Mio. behalten darf oder zurückzuerstatten hat, hängt somit davon ab, ob die Klausel nach ihrem sachlichen Anwendungsbereich den vorliegenden Fall erfasst. Gegebenenfalls verbleiben die Zahlungen bei der Beklagten, allenfalls unter Vorbehalt einer Herabsetzung, sofern die Regeln der Konventionalstrafe zur Anwendung gelangen (vgl. Art. 162 OR i.V.m. Art. 160 ff. OR). Greift sie für den Fall der Rückabwicklung nach Vertragsaufhebung nicht, ist die Beklagte aus dem vertraglichen Liquidationsverhältnis zur Rückleistung verpflichtet, weil mit dem Wegfall des Synallagmas auch die Gegenleistung, namentlich die Übertragung des Kaufobjekts, nicht mehr geschuldet ist.

Im Folgenden ist durch Auslegung zu ermitteln, welche Bedeutung Ziff. 2.2 des Kaufvertrags vom 2. November 2018 in Bezug auf die von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen hat, insbesondere ob und unter welchen Voraussetzungen diese bei der Beklagten verbleiben oder von der Klägerin zurückgefordert werden können.

7.2. Massgebliche Vertragsklauseln

7.2.1. Die Ziff. 2 des Kaufvertrags vom 2. November 2018, welche den "Kaufpreis" regelt, ist in Ziff. 2.1 (Höhe), Ziff. 2.2 (Tilgung) und Ziff. 2.3 (Sicherheiten) unterteilt (act. 4/63 S. 10 ff.). Für die nachfolgende Auslegung von Bedeutung sind insbesondere Ziff. 2.2 und Ziff. 2.3.

7.2.2. In Ziff. 2.2 werden zunächst die Teilzahlungen, sodann die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer und schliesslich der Restkaufpreis geregelt. Daran schliessen weitere, absatzweise gegliederte Bestimmungen, darunter ein Hinweis betreffend die Mehrwertsteuer, die Feststellung der Tilgung des gesamten Kaufpreises von CHF 58.75 Mio. sowie schliesslich die vorliegend strittige Klausel (act. 4/63 S. 12):

"Die Teilzahlungen sind nicht zu verzinsen. Geleistete Zahlungen können von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden."

Anschliessend folgen weitere Bestimmungen zu von der Beklagten zu erreichenden "Meilensteinen" und der Verwendung der geleisteten Zahlungen durch die Beklagte zur Umsetzung des Projekts.

7.2.3. Weiter streiten die Parteien im Rahmen der Auslegung obenstehender Klausel insbesondere über die Bedeutung folgender Regelung in Ziff. 2.3 (act. 4/63 S. 13):

"Zur Sicherstellung der von der erwerbenden Partei geleisteten bzw. zu leistenden Teilzahlungen gemäss Ziffer 2.2 (CHF 6'000'000.00, CHF 4'000'000.00, CHF 4'000'000.00 und CHF 10'000'000.00) hat die veräussernde Partei insgesamt 24 Register-Schuldbriefe für jeweils

CHF 1'000'000.00, alle untereinander an der gleichen 2. Pfandstelle stehend, auf dem Vertragsobjekt errichtet (Parallelpfandrechte).

Die veräussernde Partei verpflichtet sich gegenüber der erwerbenden Partei der erwerbenden Partei zur Sicherstellung der von dieser gemäss Ziffer 2.2 geleisteten bzw. zu leistenden Teilzahlungen die Rechte an diesen Register-Schuldbriefen für jeweils CHF 1'000'000.00, alle untereinander an der gleichen 2. Pfandstelle stehend, zu übertragen (d.h. für die erste Teilzahlung von CHF 6'000'000.00 somit 6 Register-Schuldbriefe für jeweils CHF 1'000'000.00, für die zweite und dritte Teilzahlung von je CHF 4'000'000.00 somit je 4 Register-Schuldbriefe für jeweils CHF 1'000'000.00 und für die vierte Teilzahlung von CHF 10'000'000.00 somit 10 Register-Schuldbriefe für jeweils CHF 1'000'000.00)."

7.3. Parteistandpunkte

7.3.1. Klägerin

7.3.1.1. Die Klägerin brachte in der Klage vor, ein Einbehalten der Teilzahlungen durch die Beklagte käme einer Konventionalstrafe in dieser Höhe gleich. Einen Vorschlag der Beklagten zur Vereinbarung einer Konventionalstrafe habe die Klägerin während der Verhandlungen über das Amendment II ausdrücklich zurückgewiesen. Eine solche Konventionalstrafe sei folglich nicht vereinbart worden. Der Wortlaut von Ziff. 2.2 des Kaufvertrages, wonach geleistete Zahlungen von der Klägerin nicht zurückgefordert werden könnten, habe eine andere Bedeutung gehabt, nämlich lediglich bekräftigen sollen, dass kein Rücktritt vom Vertrag stattfinden, das Hotel fertiggestellt und an die Klägerin übertragen werden solle. Keineswegs habe damit eine exorbitante Vertragsstrafe im Sinne von Art. 162 OR vereinbart werden sollen (act. 1 Rz. 122 ff.).

Dies ergebe sich auch aus der Historie der Vertragsverhandlungen. Im ersten Entwurf des Preliminary Agreement vom 23. März 2018, das der Vorbereitung des Kaufvertrages diene (act. 1 Rz. 31 ff.; act. 37 Rz. 161), habe die Beklagte vorgeschlagen, dass die Klägerin im Falle eines Zahlungsverzugs eine Konventional-

strafe von CHF 1 Mio. bezahlen solle: "For each Tranche not paid at the due date, the Seller is entitled to request payment of a penalty in the amount of CHF 1 million from the buyer". Dies habe die Klägerin nicht akzeptiert, sondern zurückgewiesen (act. 1 Rz. 124; act. 4/15 Ziff. 2). Im Übrigen habe auch die Beklagte eine von der Klägerin vorgeschlagene Konventionalstrafe in der Version des Preliminary Agreement vom 14. April 2018 mit dem Kommentar zurückgewiesen, dass auf die Käuferin keine Konventionalstrafe anwendbar sei, obwohl bereits in diesem Entwurf vorgesehen gewesen sei, dass geleistete Teilzahlungen nicht zurückgefordert werden könnten. Dies belege, dass der Hinweis auf die Nichtrückforderbarkeit geleisteter Zahlungen gerade nicht die Bedeutung einer Konventionalstrafe haben sollte (act. 1 Rz. 125 f.; act. 4/23 Ziff. 2).

Folglich hätten die Parteien sowohl in den Vertragsverhandlungen als auch in den Verhandlungen zum Amendment II über Konventionalstrafen gesprochen, solche aber jeweils abgelehnt. Entsprechend sei keine Konventionalstrafe vereinbart worden (act. 1 Rz. 127). Wäre eine solche vereinbart worden, hätten die Parteien auch die Rückübertragung der auf die Klägerin eingetragenen Register-Schuldbriefe an die Beklagte geregelt. Dass sie dies nicht getan hätten, belege zusätzlich, dass ein Vertragsrücktritt unter Einbehaltung der Teilzahlungen nicht vorgesehen gewesen sei (act. 1 Rz. 128, 220 f.). Sollte dem nicht gefolgt werden, wäre eine Vertragsstrafe nach Auffassung der Klägerin gestützt auf Art. 162 OR i.V.m. Art. 163 Abs. 3 herabzusetzen (act. 1 Rz. 224).

7.3.1.2. In der Replik machte die Klägerin geltend, die Parteien hätten in Ziff. 2.3 des Kaufvertrags vereinbart, dass die klägerischen An- und Teilzahlungen von CHF 24 Mio. durch Schuldbriefe vollumfänglich sichergestellt würden und die Auszahlung an die Beklagte erst erfolgen dürfe, nachdem die Klägerin als Gläubigerin der entsprechenden Schuldbriefforderungen im Grundbuch eingetragen worden sei; dies sei von den Parteien auch entsprechend umgesetzt worden. Daraus ergebe sich, dass die Absicherung der Rückleistung dieser Zahlungen für die Klägerin von zentraler Bedeutung gewesen und von den Parteien eingehend verhandelt worden sei. Auch hätten die Parteien nicht während Monaten über die Absicherung der Teilzahlungen durch Schuldbriefe verhandelt und Schuldbriefforderungen im

Betrag von CHF 24 Mio. zugunsten der Klägerin begründet, wenn im Grundverhältnis gar keine zu sichernde Forderung hätte bestehen sollen (act. 58 Rz. 52 ff., 55 f., 61 f., 64 ff., 158 f.; vgl. act. 1 Rz. 67 ff.).

Weiter macht die Klägerin geltend, nach dem klaren Verständnis der Parteien, jedenfalls aber nach ihrem berechtigten Verständnis, habe dieser Sicherungsmechanismus gewährleisten sollen, dass sie ihre Teilzahlungen von CHF 24 Mio. zurückfordern könne, falls die Hotelliegenschaft nicht auf sie übertragen werde. Zwar seien die Parteien grundsätzlich von einer Übertragung ausgegangen; für den gegenteiligen Fall habe die Klägerin jedoch abgesichert sein wollen, und auch der Beklagten sei bewusst gewesen, dass gerade dies Zweck der Schuldbriefe und des in Ziff. 2.3 vorgesehenen Sicherungsmechanismus gewesen sei (act. 58 Rz. 59 ff., 70, 160 f.).

Die Klägerin bringt weiter vor, die Beklagte habe ihre eigene Behauptung in der Klageantwort, wonach die Teilzahlungen "unter allen Umständen und ohne Ausnahme" nicht zurückgefordert werden könnten, sogleich selbst relativiert. So habe sie an der entsprechenden Stelle ausgeführt, mit der betreffenden Regelung hätten "die Vorleistungen der Beklagten und die von ihr aufgenommenen Kredite für den Fall eines Schuldnerverzugs (zumindest teilweise) abgesichert werden" sollen. Die Klägerin bestreitet zwar, dass die Nichtrückforderbarkeit der Teilzahlungen als Sanktion für ihren Schuldnerverzug vorgesehen gewesen sei. Ein solcher Schuldnerverzug liege vorliegend jedoch ohnehin nicht vor (act. 58 Rz. 67 f., 171; vgl. act. 37 Rz. 62). Ferner ergebe sich auch aus der Aussage der Beklagten, die Klägerin sei "bei einem Vertragsrücktritt nicht entreichert, da sie für geleistete Teilzahlungen Schuldbriefe in gleicher Höhe erhalten hat", dass selbst die Beklagte nicht von einem ausnahmslosen und endgültigen Verbleib der CHF 24 Mio. bei ihr ausgehe (act. 58 Rz. 69; vgl. act. 37 Rz. 318).

Die strittige Klausel Ziff. 2.2 betreffend die Nichtrückforderbarkeit der Teilzahlungen sei im Gegensatz zum Sicherungsmechanismus von Ziff. 2.3 von den Parteien weder besprochen noch verhandelt worden. Sie habe lediglich bekräftigen sollen, dass grundsätzlich kein Vertragsrücktritt stattfinden und das Hotel fertiggestellt sowie auf die Klägerin übertragen werden solle. Für den Fall der Nichtübertragung sei

ihr Rückleistungsanspruch gerade über die Schuldbriefe abgesichert worden. Gemäss Verständnis der Klägerin sollte sie mit ihren Teilzahlungen von CHF 24 Mio. die Erstellung "ihres" Hotels finanzieren, ohne der Beklagten die Mittel für die Erstellung wieder entziehen zu dürfen (act. 58 Rz. 55, 70, 162).

Nach Auffassung der Klägerin musste sie den Wortlaut über die Nichtrückforderbarkeit daher nach Treu und Glauben auch nicht dahin verstehen, dass sie die Teilzahlungen selbst bei Nichtübertragung der Hotelliegenschaft nicht zurückfordern könne. Dieses Verständnis werde zudem durch die späteren Verhandlungen über das Amendment II bestätigt: Die Beklagte habe damals für den Fall des Schuldnerverzugs und Vertragsrücktritts erstmals einen Teilzahlungsverfall gemäss Art. 162 OR vorgeschlagen, was sie nicht getan hätte, wenn eine solche Verfallabrede bereits bestanden hätte. Die Klägerin habe diesen Vorschlag denn auch mit dem Hinweis zurückgewiesen, dass eine solche Regelung bislang nicht vereinbart worden und auch nicht akzeptabel sei (act. 58 Rz. 81 ff., 86 ff., 131, 165 ff., insb. Rz. 166 f.; vgl. act. 1 Rz. 117).

Zusammengefasst macht die Klägerin in der Replik geltend, die Gesamtbetrachtung des Kaufvertrags, insbesondere unter Einbezug der Verhandlungen über "penalties", der Sicherstellung durch Schuldbriefe und des nachvertraglichen Verhaltens, zeige, dass die strittige Klausel einer Rückforderung der Teilzahlungen bei Nichtübertragung der Hotelliegenschaft nicht entgegenstehe. Hätten die Parteien tatsächlich gewollt, dass die Beklagte in einer solchen Konstellation die CHF 24 Mio. behalten dürfe, hätten sie auch die Rückübertragung der Schuldbriefe auf die Beklagte regeln müssen. Da dies nicht geschehen sei, sei vielmehr erstellt, dass die Parteien für den damals als unwahrscheinlich erachteten Fall der Nichtübertragung die Rückleistung der Teilzahlungen von CHF 24 Mio. hätten absichern wollen (act. 58 Rz. 77, 79, 113 f., 168 f.; vgl. act. 37 Rz. 62, 318). Für den Fall, dass das Gericht auf die Nichtrückforderbarkeit der Teilzahlungen erkenne und die Klausel als Verfallklausel im Sinne von Art. 162 OR qualifiziere, sei die Strafe in Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR erheblich herabzusetzen (act. 58 Rz. 170 ff.; vgl. act. 1 Rz. 222 ff.).

7.3.2. Beklagte

7.3.2.1. Die Beklagte führt in der Klageantwort aus, Hintergrund der strittigen Klausel in Ziff. 2.2 des Kaufvertrages seien die wirtschaftlichen Umstände des Turnkey-Projekts (schlüsselfertig erstelltes und in Betrieb genommenes Hotel, act. 1 Rz. 23 f., 27; vgl. act. 1 Rz. 29) gewesen. Die Finanzierung dieses Turnkey-Projekts habe auf zwei Säulen beruht. Zum einen sei der Beklagten von der Bank E._____ ein Baukredit in Höhe von CHF 27.25 Mio. gewährt worden. Zum anderen habe die Klägerin Teilzahlungen in Höhe von CHF 24 Mio. aufbringen müssen. Die Beklagte sei insofern in Vorleistung gegangen, als sie im Vertrauen darauf, dass die Klägerin die Teilzahlungen und den Restkaufpreis bezahle, ein grosses finanzielles Engagement eingegangen sei. Normalerweise würde eine Käuferin wie die Klägerin bei solchen Projekten eine oder mehrere Sicherheiten, etwa in Form abstrakt formulierter Zahlungsverprechen einer erstklassigen Schweizer Bank (Performance Bonds), leisten, welche die jeweiligen Zahlungen sicherstellten. Damit werde verhindert, dass die Verkäuferin leer ausgehe, wenn die Käuferin Teilzahlungen einstelle oder den Restkaufpreis nicht leiste. Weil die Klägerin beim vorliegenden Projekt keine derartigen Bankgarantien habe stellen wollen oder können, hätten die Parteien – als Ersatz für solche Sicherheiten – die Vereinbarung getroffen, wonach die Klägerin geleistete Anzahlungen unter allen Umständen und ohne Ausnahme nicht zurückfordern könne. Damit sollten die Vorleistungen der Beklagten und die von ihr aufgenommenen Kredite für den Fall eines Schuldnerverzugs zumindest teilweise abgesichert werden. Dieser Zweck von Ziff. 2.2 sei der Klägerin bewusst gewesen, und sie habe dieser Vereinbarung vorbehaltlos zugestimmt (act. 37 Rz. 60 f.).

Nach erfolgtem Rücktritt vom Vertrag müsse die Beklagte die erhaltenen CHF 24 Mio. nicht zurückzahlen, weil dies ausdrücklich so vereinbart worden sei (act. 37 Rz. 39). Der Vertragsrücktritt bleibe für sie eine verlustreiche und einschneidende Massnahme. Das Verhalten der Klägerin habe keinen Anlass zur Hoffnung gegeben, dass diese ihren finanziellen Verpflichtungen in absehbarer Zeit nachkommen würde, weshalb der Vertragsrücktritt als ultima ratio verblieben sei. Er bedeute, dass die Beklagte als Projektentwicklerin ein nach den Bedürfnissen der Klägerin

und nach Vorgaben und Vorstellungen von I. _____ AG fertiggestelltes Hotel nicht verkaufen könne. Einen Interessenten, der ein derartiges Hotel, das für die Dauer von 20 Jahren ausschliesslich von I. _____ AG und nicht von einem Dritten betrieben werden dürfe, erwerben wolle, dürfte es kaum geben (act. 37 Rz. 34).

Der vom Notar in die öffentliche Urkunde übernommene Wortlaut im Kaufvertrag, wonach geleistete Zahlungen von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden könnten, sei klar. Viel deutlicher könne man nicht sagen, was die Parteien gewollt und vereinbart hätten (act. 37 Rz. 281). Zudem habe die Tatsache, dass die Klägerin die geleisteten Zahlungen nicht zurückfordern könne, nichts mit der Möglichkeit zu tun, vom Vertrag zurückzutreten, ansonsten die Beklagte bei einem Zahlungsverzug der Klägerin handlungsunfähig und erpressbar wäre (act. 37 Rz. 283 f.).

Eine Konventionalstrafe hätten die Parteien sodann nicht vereinbart. Vielmehr habe die Klägerin ganz einfach und ohne Nennung von Bedingungen in einer öffentlichen Urkunde zum Voraus auf eine Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen verzichtet. Eine solche Vereinbarung sei weder rechts- noch sittenwidrig (act. 37 Rz. 286 f.). Folglich erübrige sich eine Rückerstattung der erhaltenen Teilzahlungen aufgrund der eindeutigen vertraglichen Bestimmung in Ziff. 2.2 des Kaufvertrags (act. 37 Rz. 424).

7.3.2.2. In der Duplik machte die Beklagte geltend, Ziff. 2.2 des Kaufvertrags sei klar und eindeutig formuliert: Die Klägerin könne geleistete Teilzahlungen nicht zurückfordern. Diese Bestimmung sei bewusst in die öffentlich beurkundete Vereinbarung aufgenommen worden und müsse so verstanden werden, wie sie niedergeschrieben worden sei. Die Klägerin versuche, die Klausel in eine Konventionalstrafe umzudeuten. Eine Pflicht zur Rückerstattung auch nur eines Teils der CHF 24 Mio. bestehe aber nicht. Die Beklagte betont zudem, die Klägerin habe den Vertrag durch eine erfahrene Rechtsvertreterin unterzeichnet. Entsprechend sei ausgeschlossen, dass ihr die Tragweite der Bestimmung nicht bewusst gewesen sei. Falls die Klägerin die Klausel irrtümlich unterzeichnet haben sollte, hätte sie diese formell wegen Irrtums anfechten müssen, was sie gerade nicht tue (act. 63 Rz. 75 ff., 94, 138, 159, 198, 204, 212).

Entgegen den Behauptungen der Klägerin sei die strittige Klausel während der Vertragsverhandlungen besprochen worden. Daraus, dass die in Ziff. 2.2 des Kaufvertrags enthaltene Bestimmung im Schriftverkehr und beim Austausch der diversen Entwürfe keine weitere Erwähnung gefunden habe, könne nur geschlossen werden, dass diesbezüglich zwischen den Parteien Einigkeit bestanden habe (act. 63 Rz. 197, 215; vgl. act. 58 Rz. 55).

Weiter wiederholt die Beklagte, bei der streitigen Regelung handle es sich nicht um eine Konventionalstrafe, sondern um einen unwiderruflichen Verzicht der Klägerin auf die Rückforderung geleisteter Teilzahlungen. Gerade weil beide Parteien das Vorliegen einer Konventionalstrafe verneinten, seien Art. 162 OR und Art. 163 OR nicht anwendbar. Sollten die Bestimmungen zur Anwendung gelangen, sei vorliegend keine Herabsetzung vorzunehmen (act. 63 Rz. 83 ff., 139, 141 ff., 145 ff., 214 f.; vgl. act. 37 Rz. 286 f.).

Das Hotel habe von der Beklagten zunächst erstellt und in Betrieb genommen werden müssen, bevor die Klägerin es gegen Zahlung des Restkaufpreises hätte übernehmen sollen. Die Beklagte habe das Projekt damit weitgehend vorfinanzieren müssen, ohne Gewähr dafür zu haben, dass die Klägerin das Objekt nach Fertigstellung tatsächlich erwerben werde. Weil die Klägerin keine Bankgarantie habe stellen wollen, hätten sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Klägerin CHF 24 Mio. in vier Tranchen entsprechend dem Baufortschritt an die Baukosten beisteuere. Nach wie vor offen geblieben sei die Frage, was geschehen solle, falls die Klägerin den Kaufvertrag nicht einhalte und das Kaufobjekt nach der Betriebsaufnahme nicht erwerben sollte. Für den Fall einer Nichterfüllung hätten die Parteien vereinbart, dass geleistete Teilzahlungen von der Klägerin nicht zurückgefordert werden könnten. Der Forderungsverzicht habe sich als Garantie dafür verstanden, dass die Klägerin angesichts der drohenden Konsequenzen ihre vertraglichen Verpflichtungen auch tatsächlich erfülle und ihren Zahlungsverpflichtungen nachkomme. Die Klägerin sei diese Verpflichtung wissentlich und willentlich eingegangen, weil sie wohl davon ausgegangen sei, dass die Finanzierung des Erwerbs kein Problem darstellen würde (act. 63 Rz. 86 ff., 195).

Sodann bringt die Beklagte vor, die Nichtrückforderbarkeit der Teilzahlungen gemäss Ziff. 2.2 des Kaufvertrages gelte unabhängig davon, unter welchem rechtlichen Titel die Klägerin eine Rückzahlung verlange. Weder bei einem Vertragsrücktritt noch bei einer Vertragsaufhebung sehe die öffentliche Urkunde eine Ausnahme vor; sie mache überhaupt keine Einschränkungen, wonach in bestimmten Fällen eine Rückforderung trotzdem möglich sein sollte (act. 63 Rz. 92). Wenn die Klägerin den Kaufvertrag nicht erfülle, dann erwiesen sich alle Verpflichtungen, Ausgaben, Arbeiten und Aufwendungen, welche die Beklagte eingegangen sei oder die bei ihr im Zusammenhang mit dem Bau und der Inbetriebnahme des Hotels angefallen seien, als unnötig. Könnte in einer solchen Situation die Klägerin von der Beklagten auch noch die geleistete Anzahlung zurückfordern, dann wäre dies in hohem Masse unbillig und könnte die Beklagte in ihrer Existenz gefährden (act. 63 Rz. 93).

Die Beklagte verweist sodann auf die Ausführungen der Klägerin in der Replik, wonach beiden Parteien klar gewesen sei, dass wenn die Beklagte ihren Erfüllungspflichten aus dem Kaufvertrag nicht nachkomme und die Hotelliegenschaft nicht auf die Klägerin übertragen werde, die Klägerin die von ihr geleisteten Zahlungen zurückfordern könne, welche für diesen Fall mit den Schuldbriefen abgesichert seien. Es liege kein solcher Fall vor. Die Beklagte sei ihren Erfüllungspflichten vollständig und fristgerecht nachgekommen, die Transaktion sei an der Finanzierung durch die Klägerin gescheitert. Der eingetretene Fall sei genau das Gegenteil vom von der Klägerin beschriebenen Sachverhalt. Vorliegend habe nicht die Beklagte den Kaufvertrag verletzt, sondern die Klägerin, welche nicht mehr leisten wolle (act. 63 Rz. 201 f.; vgl. act. 58 Rz. 62).

Sodann bringt die Beklagte vor, der Kaufvertrag sei trotz seiner Bezeichnung nicht als reiner Kaufvertrag, sondern jedenfalls teilweise als Innominatvertrag mit werkvertraglichen Elementen zu qualifizieren. Vor diesem Hintergrund erscheine die Regelung von Ziff. 2.2 auch im Lichte von Art. 377 OR nicht als ungewöhnlich. Nach Art. 377 OR könne der Besteller, solange das Werk nicht vollendet sei, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers, jederzeit vom Werkvertrag zurücktreten (act. 63 Rz. 95 f.).

Hinsichtlich der Schuldbriefe führt die Beklagte aus, deren Errichtung widerspreche der Nichtrückforderbarkeitsklausel nicht. Die Klägerin sei bei Vertragsabschluss davon ausgegangen, über ihre Aktionärin bzw. wirtschaftlich Berechtigte bis zum Ende des Projekts finanziert zu werden. Die Teilzahlungen habe die Klägerin bilanziell als Investitionsvorschuss aktiviert; es entspreche kaufmännischer Vorsicht, solche Zahlungen nur gegen Sicherheiten zu leisten. Die in Ziff. 2.3 vorgesehenen Register-Schuldbriefe hätten deshalb allfällige Ansprüche der Klägerin für den Fall absichern sollen, dass die Beklagte vor dem Vollzug des Kaufvertrags und vor Übertragung des Kaufobjekts in Konkurs falle oder das Eigentum am Grundstück vor Vollzug des Vertrags auf einen Dritten übertrage. Gerade dies sei jedoch nicht eingetreten. Vielmehr hätten der Klägerin zunächst die Mittel gefehlt, und im Sommer 2024 habe sie nicht mehr erfüllen wollen. Für diesen Fall hätten die Parteien keine Sicherheit vorsehen müssen, da die Klägerin in Form von Teilzahlungen bereits geleistet habe und die Beklagte diese gemäss vertraglicher Absprache nicht zurückerstatten müsse. Darüber hinaus hätten die Schuldbriefe für die Klägerin auch deshalb Sinn ergeben, weil sie nach Erwerb des Grundstücks in Eigentümerschuldbriefe hätten umgewandelt und für spätere Finanzierungen genutzt werden können (act. 63 Rz. 97 ff., vgl. auch 134 ff., 159, 199 f.).

7.4. Auslegung

7.4.1. Kein tatsächlicher übereinstimmender Wille

Die Klägerin beruft sich auf ein subjektives Verständnis der Parteien betreffend die strittige Klausel. Den Parteien sei klar gewesen, dass die Klägerin ihre durch Schuldbriefe gesicherten Zahlungen zurückfordern könne, wenn die Beklagte ihren Erfüllungspflichten aus dem Kaufvertrag nicht nachkomme und die Hotelliegenschaft nicht auf die Klägerin übertrage (act. 58 Rz. 62 ff., 68, 158 ff.). Der Verfall von Teilzahlungen in Millionenhöhe käme einer Strafe gleich, die Parteien hätten untereinander keine Verfallklausel mit pönalem Charakter vereinbaren wollen. Sie stützt sich dabei auf die Vertragsverhandlungen sowie das nachvertragliche Verhalten der Parteien (act. 1 Rz. 122 ff.; act. 58 Rz. 70 ff., 81 ff.; act. 4/15 Ziff. 2; act. 4/16; act. 4/17 Ziff. 2; act. 4/23 Ziff. 2; act. 4/30 Ziff. 2; act. 4/73; act. 4/78 S. 2;

act. 4/80; act. 4/82). Weiter offeriert sie die Zeugenbefragungen von T._____ und U._____ (act. 58 Rz. 59, 62, 64 ff., 70).

Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die Parteien hätten für den Fall der Nichterfüllung durch die Klägerin vereinbart, dass geleistete Teilzahlungen nicht zurückgefordert werden könnten. Der Forderungsverzicht habe sich dabei als Garantie verstanden, dass die Klägerin angesichts der drohenden Konsequenzen ihre vertraglichen Verpflichtungen auch tatsächlich erfülle und ihren Zahlungsverpflichtungen nachkomme. Als Beweismittel hierfür offeriert sie die Befragung von Q._____ und W._____ (act. 63 Rz. 91). Die strittige Klausel sei während der Vertragsverhandlungen besprochen worden. Daraus, dass sie im Schriftverkehr und beim Austausch der diversen Entwürfe keine weitere Erwähnung gefunden habe, könne nur geschlossen werden, dass diesbezüglich zwischen den Parteien Einigkeit bestanden habe (vgl. act. 63 Rz. 197 und 212 ff., Rz. 197).

Zunächst behaupten weder die Klägerin noch die Beklagte substantiiert, dass die Parteien bzw. deren Vertreter die strittige Klausel bei Vertragsschluss auch für den Fall einer *Aufhebung* des Kaufvertrags tatsächlich übereinstimmend im jeweils behaupteten Sinn verstanden haben. Ob eine der Parteien aufgrund ihrer Darstellung und mit den angerufenen Beweismitteln einen tatsächlichen Konsens im jeweils behaupteten Sinn nachweisen kann (und gegebenenfalls was dies im Fall der Vertragsaufhebung zu bedeuten hätte), ist zu prüfen.

Aus der Vertragshistorie lässt sich kein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien erkennen. Auffällig ist zwar, dass die Klausel bereits in den frühesten vorgelegten Entwürfen des Preliminary Agreement enthalten war und in der Folge unverändert und ohne Kommentierung in die weiteren Entwürfe sowie in die Schlussfassung des Kaufvertrags übernommen wurde. Die offerierten Beweismittel zu den Vertragsverhandlungen geben jedoch gerade keinen verlässlichen Aufschluss darüber, wie die Parteien die Klausel im Einzelnen verstanden oder gemeint hatten; sie befassen sich nicht mit dieser Bestimmung (vgl. act. 4/15–29). Dass die Klausel nicht Gegenstand spezifischer Verhandlungen war, könnte darauf hindeuten, dass ihr keine ausserordentliche, vom gesetzlichen Regime abweichende Bedeutung für alle denkbaren Beendigungsszenarien beigemessen wurde. Insgesamt lässt sich

aber aus der blossen Übernahme der Klausel in die späteren Entwürfe weder für die eine noch für die andere Auffassung etwas Stichhaltiges ableiten.

Soweit die Klägerin aus den Vertragsverhandlungen zum Preliminary Agreement ableiten will, Ziff. 2.2 habe nur die fehlende Rücktrittsmöglichkeit vom Vertrag bekräftigen sollen und stelle keine (Konventional-)Strafe dar (act. 1 Rz. 124 ff.; act. 4/15 Ziff. 2; act. 4/23 Ziff. 2; E. 5.5. oben), verfängt dies nicht. Die von der Klägerin vorgebrachten, in den Vorverhandlungen diskutierten und gegenseitig verworfenen Konventionalstrafen (vgl. act. 1 Rz. 122 ff.) betrafen spezifische Verzugsfälle der Parteien, namentlich Zahlungsverzug der Klägerin betreffend die *Teilzahlungen* bzw. Verzug der Beklagten mit Milestones (vgl. act. 4/23 Ziff. 2.2; act. 1 Rz. 124 f.). Es ging nicht um eine Sicherung des ganzen Vertrags bzw. um eine Strafe für einen Vertragsabbruch (vgl. act. 4/15–29). Aus der Diskussion solcher "penalties" lässt sich ein tatsächlicher Konsens weder für die fehlende Rücktrittsmöglichkeit noch gegen eine allfällige Qualifikation als Konventionalstrafe ableiten.

Auch das von der Klägerin angerufene nachvertragliche Verhalten der Parteien im Rahmen der Verhandlungen zum Amendment II führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar kommentierte die Klägerin einen Entwurf für eine Vereinbarung vom 30. November 2021, wonach sie im Fall eines Rücktritts der Verkäuferin die bereits geleisteten Zahlungen gemäss Ziff. 2.2 des Kaufvertrags nicht zurückfordern könne, mit den Worten: "That was not agreed between the parties. Legal consequences of any delayed payment to be determined according to the SPA." (vgl. auch E. 5.5.5.1 oben). Die Beklagte macht jedoch geltend, der vorgeschlagene Wortlaut habe lediglich die bereits strittige Regelung aus dem Kaufvertrag wiederholt. Der Klägerin gelingt es damit nicht, ein subjektives Verständnis beider Parteien in ihrem Sinne nachzuweisen.

Die Parteien legen sodann nicht dar, zu welchen konkreten Tatsachenbehauptungen die von ihnen angerufenen Zeugen aussagen könnten (vgl. act. 58 Rz. 59, 62, 64 ff., 70; act. 63 Rz. 91), und führt nicht aus, welche bestimmten Wahrnehmungen T.____ und U.____ einerseits sowie Q.____ und W.____ andererseits zu welchen Umständen gemacht haben sollen. Hinzu kommt, dass die fraglichen Vorgänge bereits über sieben Jahre zurückliegen, was die Aussagekraft allfälliger Zeu-

genaussagen zusätzlich relativiert. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, dass gestützt auf entsprechende Zeugenaussagen der von den Parteien jeweils behauptete tatsächliche Konsens mit hinreichender Zuverlässigkeit erstellt werden könnte, weshalb auf die Zeugeneinvernahmen verzichtet werden kann.

Weder der Klägerin noch der Beklagten gelingt damit der Nachweis eines übereinstimmenden wirklichen Willens im jeweils geltend gemachten Sinn. Es ist daher nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln, wie die Parteien die Regelung in Ziff. 2.2 "*Geleistete Zahlungen können von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden.*" (act. 4/63 S. 12) für den Fall der nachträglichen Aufhebung des Kaufvertrags verstehen durften und mussten.

7.4.2. Normative Auslegung: Rückforderbarkeit der Teilzahlungen

7.4.2.1. Der Wortlaut der Klausel, wonach geleistete Zahlungen von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden können, ist an und für sich klar und umfassend. Zu prüfen ist, ob die absolute Formulierung für alle Konstellationen und Entwicklungen als anwendbar verstanden werden durfte, sie ist im Gesamtzusammenhang zu sehen.

Der Zweck der vereinbarten Nichtrückforderbarkeit sollte gemäss der Beklagten namentlich den Fall der Nichterfüllung durch die Klägerin durch Zahlungsverzug erfassen. Nach ihrer eigenen Darstellung sollte die Regelung die Vorleistungen der Beklagten und die von ihr aufgenommenen Kredite *für den Fall eines Schuldnerverzugs der Klägerin* zumindest teilweise absichern. Die Klägerin habe keine Bankgarantien stellen können oder wollen, welche ansonsten verhindern würden, dass die Verkäuferin leer ausgehe, *wenn die Käuferin Teilzahlungen einstelle oder den Restkaufpreis nicht leiste* (act. 37 Rz. 61 f., vgl. auch 283 f.). In der Duplik präzisiert die Beklagte diesen Zweck weiter dahin, dass offen geblieben sei, was geschehen solle, falls die Klägerin *den Kaufvertrag nicht einhalte* und das Kaufobjekt nach der Betriebsaufnahme nicht erwerben sollte. Daher hätten die Parteien *für den Fall der Nichterfüllung* vereinbart, dass geleistete Teilzahlungen nicht zurückgefordert werden könnten (act. 63 Rz. 86 ff., 195). Die Regelung von Ziff. 2.2 gelte sodann unabhängig davon, unter welchem Titel die Klägerin die Rückzahlung verlange, *denn*

immer gelte, dass die Klägerin den Kaufvertrag nicht erfülle. Wenn die Klägerin nicht erfülle, würden sich die Aufwendungen der Beklagten als unnötig erweisen, weshalb eine Rückforderung in einer solchen Situation unbillig wäre (act. 63 Rz. 92). Sodann sei die Beklagte ihren Erfüllungspflichten nachgekommen, womit nicht sie den Kaufvertrag verletzt habe, sondern die Klägerin (act. 63 Rz. 201 f.). Damit verortet die Beklagte selbst den Zweck der Klausel als Regelung für eine von der Klägerin zu vertretende Nichterfüllung bzw. ihres Schuldnerverzugs.

Nach Treu und Glauben musste die Klägerin die Klausel daher jedenfalls nicht dahin verstehen, dass die Teilzahlungen auch in anderen Fällen endgültig bei der Beklagten verbleiben sollten, namentlich wenn das Ausbleiben des Vollzugs nicht auf einen Schuldnerverzug der Klägerin zurückzuführen ist. Die Bestimmung konnte daher nicht als bedingungsloser, von jedem Verschulden losgelöster Verfall verstanden werden.

Andererseits bestehen für das von der Klägerin geltend gemachte Verständnis, die Klausel habe lediglich bekräftigen sollen, dass ein Vertragsrücktritt ausgeschlossen sein und das Hotel fertiggestellt sowie auf sie übertragen werden solle, ebenso wenig Anhaltspunkte, zumal wie oben dargelegt die Parteien keinen Ausschluss des gesetzlichen Rücktrittsrechts vereinbart haben. Die strittige Klausel knüpft ihrem Wortlaut nach gerade nicht an den Ausschluss eines Gestaltungsrechts, sondern an das Schicksal bereits erbrachter Zahlungen.

7.4.2.2. Zu berücksichtigen ist sodann die systematische Stellung der Klausel innerhalb des Kaufvertrags. Ziff. 2.2 regelt die Tilgung des Kaufpreises neben der streitigen Klausel. Unmittelbar anschliessend sieht Ziff. 2.3 eine detaillierte Sicherheitenordnung vor, wonach die von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen im Umfang von CHF 24 Mio. durch Register-Schuldbriefe zugunsten der Klägerin abgesichert wurden und die Auszahlung an die Beklagte erst erfolgen durfte, nachdem die Klägerin als Gläubigerin der Schuldbriefforderungen eingetragen worden war (act. 4/63 S. 13 f.).

Diese Sicherheitenordnung wäre schwer nachvollziehbar, wenn die Klägerin die Teilzahlungen unter keinen Umständen hätte zurückfordern können. Schuldbriefe

dienen typischerweise der Sicherung einer Forderung. Hätten die Parteien gewollt, dass der Klägerin auch für den Fall der Nichtübertragung des Kaufobjekts schlechthin keine Rückforderung zustehen sollte, erschiene die Bestellung von Sicherheiten in gleicher Höhe wirtschaftlich nicht sinnvoll. Ein redlicher Vertragspartner durfte den Regelungszusammenhang von Ziff. 2.2 und Ziff. 2.3 vielmehr dahingehend verstehen, dass die Teilzahlungen zwar nicht beliebig zurückgezogen werden konnten, dass aber für den Fall des Ausbleibens der Gegenleistung jedenfalls ein Rückforderungsanspruch gesichert sein sollte, wenn nicht gerade ein von der Klägerin zu vertretender Nichterfüllungsfall vorlag.

Daran ändert auch die Erklärung der Beklagten in der Duplik nichts, wonach die Schuldbriefe nur Ansprüche der Klägerin für den Fall hätten absichern sollen, dass die Beklagte vor dem Vollzug des Kaufvertrags in Konkurs falle oder das Eigentum am Grundstück auf einen Dritten übertrage (act. 63 Rz. 101). Zwar handelt es sich dabei um besondere, bei der Beklagten liegende Ausnahmefälle. Gleichwohl spricht auch dies gegen das Verständnis einer schlechthin ausnahmslosen Nichtrückforderbarkeit. Die Klausel ist vielmehr nicht losgelöst von Ursache und Verantwortungsbereich des Scheiterns zu verstehen.

Letztlich stützt wiederum die eigene Darstellung der Beklagten dieses Auslegungsergebnis. So führte sie in der Klageantwort aus, die Klägerin sei "bei einem Vertragsrücktritt nicht entreichert, da sie für geleistete Teilzahlungen Schuldbriefe in gleicher Höhe erhalten hat" (act. 37 Rz. 318). Damit geht selbst die Beklagte erkennbar davon aus, dass der Klägerin im Zusammenhang mit den geleisteten CHF 24 Mio. eine werthaltige Sicherungs- bzw. Rückforderungsposition verbleibt und die Teilzahlungen nicht schlechthin und voraussetzungslos endgültig bei der Beklagten verbleiben sollen. Wären die Zahlungen unter allen Umständen und ohne Ausnahme endgültig verfallen, liesse sich eine "fehlende Entreichung" der Klägerin kaum mit den zu ihren Gunsten bestellten Schuldbriefen begründen.

Die Regelungsfunktionen von Ziff. 2.2 und 2.3 und die diesbezüglichen Parteivorbringen legen somit nahe, dass Ziff. 2.2 einen bestimmten Nichterfüllungsfall der Klägerin regeln sollte, nämlich den Schuldnerverzug, während Ziff. 2.3 den gegenläufigen Fall absichert, dass die Beklagte vor Vollzug des Geschäfts nicht mehr

erfüllt. Gerade diese systematische Betrachtung spricht dafür, die Klausel restriktiv auszulegen: Nicht jeder Fall der Nichtdurchführung der Transaktion sollte zum endgültigen Verbleib der CHF 24 Mio. bei der Beklagten führen, sondern nur die von der Klägerin durch Zahlungsverzug selbst zu vertretende Nichterfüllung.

7.4.2.3. Schliesslich ist zu berücksichtigen, welche Lösung nach Treu und Glauben sachgerecht ist. Es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, die Parteien hätten eine Regelung treffen wollen, wonach die Beklagte die geleisteten CHF 24 Mio. auch dann endgültig behalten dürfte, wenn die Durchführung der Transaktion nicht an einer Nichterfüllung seitens der Klägerin scheitert, sondern daran, dass die Beklagte ihrerseits die vertraglich vorgesehene Übertragung nicht bewirkt oder sich, wie vorliegend mit dem unwirksamen Rücktritt, zu Unrecht vom Vertrag los-sagt. Eine solche Auslegung wäre angesichts des synallagmatischen Charakters des Vertrags, der Sicherstellung der Teilzahlungen durch Schuldbriefe und der erheblichen wirtschaftlichen Tragweite der Klausel eine ausserordentlich weitgehende und sachlich schwer nachvollziehbare einseitige Risikoverteilung zulasten der Klägerin.

Daran ändert nichts, dass das Vertragsverhältnis später einvernehmlich aufgehoben wurde, zumal die Beklagte auch für den Fall der Vertragsaufhebung den Anwendungsfall ausdrücklich dahin umschrieben hat, "dass die Klägerin den Kaufvertrag nicht erfüllt" (act. 63 Rz. 92). Damit bleibt ihre eigene Auslegung auch für den Fall der einvernehmlichen Vertragsaufhebung an einen Nichterfüllungstatbestand auf Seiten der Klägerin gebunden. Ein redlicher Erklärungsempfänger durfte die Klausel nach Treu und Glauben daher jedenfalls nicht so verstehen, dass sie auch eine einvernehmliche Vertragsaufhebung ohne Nichterfüllungstatbestand auf Seiten der Klägerin erfassen sollte.

Der von der Beklagten gezogene Vergleich zum Werkvertragsrecht ist nicht stichhaltig, weil Art. 377 OR den Rücktritt des *Bestellers* regelt. Vorliegend ist aber nicht die Klägerin als Bestellerin, sondern die Beklagte (unwirksam) vom Vertrag zurückgetreten. Der Hinweis auf Art. 377 OR ist für die Auslegung daher unbehelflich.

Demgegenüber fügt sich eine Auslegung, wonach die Klausel den Verbleib der Teilzahlungen nur für den Fall eines von der Klägerin zu vertretenden Nichterfüllungstatbestands, namentlich des Schuldnerverzugs, vorsieht, widerspruchsfrei in den Vertrag ein. Sie trägt sowohl dem Sicherungsinteresse der Beklagten als auch der in Ziff. 2.3 vorgesehenen Absicherung der Klägerin Rechnung. Vor allem entspricht sie dem von der Beklagten selbst behaupteten Zweck der Klausel, nämlich der wirtschaftlichen Absicherung ihrer Vorleistungen und Kredite für den Fall eines Zahlungsverzugs der Klägerin.

7.4.2.4. Nach dem Vertrauensprinzip ist die Regelung in Ziff. 2.2, wonach geleistete Zahlungen von der erwerbenden Partei nicht zurückgefordert werden können (act. 4/63 S. 12), somit nicht dahingehend auszulegen, dass geleistete Teilzahlungen unter allen Umständen und ohne Ausnahme endgültig bei der Beklagten verbleiben. Vielmehr ist die Klausel restriktiv so zu verstehen, dass sie den Ausschluss der Rückforderung für den Fall regelt, dass die Klägerin die Nichterfüllung des Vertrags zu vertreten hat, namentlich im Fall eines Zahlungsverzugs.

7.4.2.5. Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch dem gesetzlichen Verständnis von Konventionalstrafe und Teilzahlungsverfall: Eine Konventionalstrafe gemäss Art. 160 ff. OR ist die Entschädigung für eine Vertragsverletzung der verpflichteten Partei, eine Leistung, welche für den Fall der Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht versprochen ist. Art. 162 OR hält fest, dass Teilzahlungen, die im Fall des Rücktrittes der Gläubigerin verbleiben sollen, nach den Vorschriften über die Konventionalstrafe zu beurteilen sind. Der Verlust eines Rückerstattungsanspruchs ist damit wie eine Konventionalstrafe zu behandeln (Koller, OR AT, N 81.06).

Die vorstehende Auslegung zeigt den pönalen Charakter der getroffenen Regelung auf: Eine Klausel, die den endgültigen Verlust bereits geleisteter, substantieller Teilzahlungen für den Fall einer von der Klägerin zu vertretenden Nichterfüllung vorsieht, bezweckt, die Schuldnerin zur Vertragserfüllung anzuhalten und die Gläubigerin gegen die Folgen des Ausbleibens ihrer Leistung abzusichern (vgl. Koller, OR AT Band I, 5. Aufl., Bern 2023 N 81.15). Die Klausel weist damit deutliche Nähe zu einer Konventionalstrafe bzw. einem Teilzahlungsverfall nach Art. 160 ff. OR bzw. Art. 162 OR auf. Da vorliegend gerade keine von der Klägerin zu vertretende Ver-

tragsverletzung erstellt ist, fällt eine solche Sanktion ausser Betracht, weshalb sich auch die Frage einer allfälligen Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR nicht stellt (vgl. BSK OR I-Widmer/Costantini, Art. 162 N 2, wonach Hauptfunktion von Art. 162 OR darin liegt, den Verfall von Teilzahlungen der Herabsetzungsmöglichkeit von Art. 163 Abs. 3 OR zu unterstellen).

7.4.2.6. Im Ergebnis kann sich die Beklagte nicht auf Ziff. 2.2 berufen. Da diese Klausel nicht greift, hat die Beklagte der Klägerin die erhaltenen Teilzahlungen von insgesamt CHF 24 Mio. zurückzuerstatten.

8. Fazit

Die Klägerin hat sich mit Schreiben vom 21. April 2022 (act. 4/90) wirksam auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR berufen. Damit war der Zahlungsanspruch der Beklagten einstweilen undurchsetzbar. Mangels Leistungsangebots der Beklagten in Form der vertragsgemässen Übergabe der Grundbuchanmeldung blieb die Einrede in der Folge erhalten (vgl. BSK OR I-Schroeter, Art. 82 N 44, 46). Die spätere einvernehmliche Vertragsaufhebung, auf welche die Parteien die vertragliche Auflösungsabwicklung gerade angewendet wissen wollten, liess die Einrede intakt.

Die Beklagte kann sich, da die Klägerin die Nichterfüllung des Vertrags nicht zu vertreten hat, nicht auf Ziff. 2.2 des Kaufvertrags berufen, um die erhaltenen Teilzahlungen von insgesamt CHF 24 Mio. einzubehalten; sie hat der Klägerin diesen Betrag zurückzuerstatten. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin CHF 24 Mio. zu bezahlen. Damit ist die Klage gemäss dem in der Replik angepassten Rechtsbegehren gutzuheissen.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Streitwert

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, wird der Streitwert durch das Gericht

festgesetzt, sofern sich die Parteien nicht darüber einigen können (Art. 91 Abs. 1 und 2 ZPO).

In ihren Rechtsschriften im vorliegenden Verfahren äusserten sich die Parteien nicht mehr zum Streitwert, nachdem dieser im Massnahmeverfahren auf CHF 58.75 Mio. beziffert wurde (Geschäfts-Nr. HE220042; act. 5/17). Die Klägerin begehrte in der Klage im Wesentlichen die Realerfüllung (act. 1 S. 4 ff.). Bei Klagen auf Erfüllung oder Feststellung eines Vertrags auf gegenseitige Leistung gilt der Wert der geforderten Leistung ohne Abzug der Gegenleistung als Streitwert (BK ZPO-Sterchi, Art. 91 N 15 unter Hinweis auf BGE 80 II 311 E. 1). Massgeblich ist damit der im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreis von total CHF 58.75 Mio. (act. 4/63 S. 10 Ziff. 2.1). Art. 94 Abs. 2 ZPO setzt eine sachliche Beurteilung beider Klagen voraus, eine tatsächliche Gegenüberstellung von Klage und Widerklage, um den wirtschaftlichen Mehrwert zu bemessen (vgl. BSK ZPO-Hofmann/Baeckert, Art. 94 N 11). Die von der Beklagten verspätet erhobene Widerklage ist sodann zur Bestimmung der Prozesskosten nicht zu berücksichtigen, zumal auf die Widerklage nicht einzutreten ist. Der Streitwert beträgt somit CHF 58.75 Mio.

9.2. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Die auf Basis des Streitwerts errechnete Grundgebühr beträgt CHF 364'500.– (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 GebV OG) und erweist sich im vorliegenden Fall als angemessen. Der Teilrückzug der Hauptklage rechtfertigt keine Reduktion der Gerichtsgebühr nach § 10 Abs. 1 GebV OG, da der Aufwand für das Gericht nicht wesentlich reduziert wurde.

Die Prozesskosten sind den Parteien ausgangsgemäss aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang von CHF 24 Mio. und somit zu 2/5 und die Beklagte zu 3/5. Die Kosten sind der Klägerin damit zu 3/5 (CHF 218'700.–) und der Beklagten zu 2/5 (CHF 145'800.–) aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist vollständig aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss

zu beziehen (Art. 111 aZPO i.V.m. Art. 407f ZPO). Der Klägerin ist für den Kostenanteil der Beklagten das Rückgriffsrecht einzuräumen.

9.3. Parteientschädigungen

Auf Antrag hin wird eine Parteientschädigung im Umfang des Obsiegens zugesprochen (Art. 105 Abs. 2 ZPO und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV) und setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift oder Verhandlung ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Gestützt auf den Streitwert beträgt die Grundgebühr CHF 350'150.—. Für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift sind Zuschläge von insgesamt 40 % zu gewähren. Die Grundgebühr ist daher auf CHF 490'210.— zu erhöhen. Aufgrund des Prozessausgangs hat die Klägerin Anspruch auf eine Parteientschädigung im Umfang von 2/5 (CHF 196'084.—) und die Beklagte Anspruch auf eine Parteientschädigung im Umfang von 3/5 (CHF 294'126.—) dieses Betrags. Nach Verrechnung ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine auf 1/5 entsprechend reduzierte Parteientschädigung von CHF 98'042.— zu bezahlen. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist dieser Betrag durch die Obergerichtskasse aus der von der Klägerin geleisteten Sicherheit für die Parteientschädigung direkt an die Beklagte auszubezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Die Rechtsbegehren Ziff. 1, 2 und 3 der Klage vom 30. November 2022 werden als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben.

2. Auf die Widerklage der Beklagten vom 12. Februar 2025 wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung, Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 24'000'000.– zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 364'500.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin zu 3/5 (CHF 218'700.–) und der Beklagten zu 2/5 (CHF 145'800.–) auferlegt und vollumfänglich aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen.

Für die der Beklagten auferlegten Kosten von CHF 145'800.– wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 98'042.– zu bezahlen.

Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wird aus der von der Klägerin geleisteten Sicherheit für die Parteientschädigung von der Obergerichtskasse ein Betrag in Höhe von CHF 98'042.– direkt an die Beklagte ausbezahlt. Der Rest der geleisteten Sicherheit für die Parteientschädigung wird der Klägerin nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsrechts zurückerstattet.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42

und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 58'750'000.—.

Zürich, 11. Juni 2026

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Tea Gelbhaus