Schadensberechnung beim Unternehmenskauf

Bundesgerichtsurteil 4A_480/2021 vom 9. November 2022

Mit Bemerkungen von Markus Vischer und Dario Galli*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
II. Erwägungen des Bundesgerichts
1. Schadensbegriff
2. Nichtberücksichtigung des Gerichtsgutachtens
III. Bemerkungen
1. Definition des relevanten Schadens im bundesgerichtlichen Urteil als Preisdifferenzschaden
2. Rechtliche Ausgangslage
3. Preisdifferenzschaden
4. Überprüfung des bundesgerichtlichen Urteils in Bezug auf die Definition des relevanten Schadens als Preisdifferenzschaden
5. Fazit

I. Sachverhalt

2010 entschied sich die A AG (Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Käuferin), vertreten durch ihr Verwaltungsratsmitglied E (nachfolgend: VR-Mitglied), die Aktien der F SA (nachfolgend: Zielgesellschaft) von D (nachfolgend: Verkäufer) zu kaufen.[1]

Die Käuferin erteilte B (Beklagte, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Beauftragte) das Mandat, eine Akquisitionsprüfung der Zielgesellschaft durchzuführen. Die Beauftragte legte im Februar 2011 einen Entwurf des Prüfungsberichts betreffend die Zielgesellschaft vor. Am 26. April 2011 stellte die Beauftragte einen Analysebericht betreffend die Zielgesellschaft aus. Darin kam sie zum Schluss, dass die Prüfungsarbeiten keine Anhaltspunkte zutage gefördert hätten, welche die Rechnungslegungsgrundsätze im Zusammenhang mit der Erstellung der provisorischen Jahresrechnung per 21. Dezember 2010 infrage stellen würden.[2]

Mit Brief vom 21. April 2011 offerierte das VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] dem Verkäufer den Betrag von EUR 4 Mio., um die Zielgesellschaft zu erwerben. Diese Offerte wurde in einer vom VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] unterzeichneten Absichtserklärung vom 13. September 2011 konkretisiert, worin auch festgehalten wurde, dass die Bewertung der Zielgesellschaft auf einem Gewinn nach Steuern von CHF 809 891 basiert. Der Verkäufer akzeptierte diese Offerte durch Gegenzeichnung der Absichtserklärung.[3]

2012 beauftragte das VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] den Treuhänder H (nachfolgend: Treuhänder) damit, den finanziellen Zustand der Zielgesellschaft in den Jahren 2010 und 2011 zu prüfen und die notwendigen Anpassungen vorzunehmen, die sich aus der Nichtbeachtung der Rechnungslegungsvorschriften ergäben. Ebenso sollte der Treuhänder die Auswirkungen möglicher Gesetzesverstösse auf das Eigenkapital der Zielgesellschaft ermitteln. Der Treuhänder kam in der Folge zum Schluss, dass das Eigenkapital per 31. Dezember 2010 insgesamt im Umfang von CHF 2 084 657 angepasst werden müsse. Am 19. September 2012 schlossen das VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] und der Verkäufer eine Vereinbarung, wonach dieser der Käuferin freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht den Betrag von CHF 1 500 000 per Saldo aller Ansprüche bezahlt.[4]

Mit Brief vom 6. März 2014 warfen die Käuferin und das VR-Mitglied der Beauftragten Schlechterfüllung ihres Prüfungsmandats vor. Sie hätte verkannt, dass die Sozialversicherungs- und Steuerabzüge nicht in Ordnung und die Aktiven zu fast CHF 1 500 000 überbewertet seien. Der Schaden belaufe sich auf CHF 2 870 518, wovon nach Abzug der vom Verkäufer konzedierten CHF 1 500 000 der Betrag von CHF 1 370 518 verbleibe.[5]

Am 12. Mai 2015 klagte die Käuferin gegen die Beauftragte auf Zahlung von CHF 2 382 440 zuzüglich Zinsen. Der Schaden von CHF 2 382 440 ergebe sich aus der Differenz zwischen dem Kaufpreis von CHF 4 882 440 und dem intrinsischen Wert der Zielgesellschaft von CHF 1 000 000 abzüglich der vom Verkäufer konzedierten CHF 1 500 000.[6]

Am 3. Oktober 2017 ordnete das erstinstanzliche Genfer Gericht ein Gerichtsgutachten an, um den

* Dr. iur. *Markus Vischer,* LL.M., und Dr. iur. *Dario Galli,* LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

1 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil A.a.

2 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil A.a.

3 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil A.b.

4 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil A.c.

5 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil A.d.

6 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil B.a.

Verkehrswert der Zielgesellschaft per 31. Dezember 2010, den effektiven Wert der Nettoaktiven der Zielgesellschaft per 31. Dezember 2010 und das effektive Ergebnis des Geschäftsjahrs 2010 zu bestimmen. Der Gutachter wurde auch damit beauftragt, zu bestimmen, ob die Beauftragte die notwendige Sorgfalt beim Erstellen des Entwurfs des Prüfungsberichts im Februar 2011 und des Analyseberichts vom 26. April 2011 angewandt hatte. Ebenso sollte der Gutachter feststellen, ob und in welcher Höhe die Käuferin beim Kauf der Zielgesellschaft einen Schaden erlitten hat.[7]

In seinem Bericht vom 5. Juni 2018 kam der Gutachter zum Schluss, dass in den Prüfungsberichten der Beauftragten keine Analyse vorgenommen wurde, die es erlaubt hätte, die Abgrenzungsfehler in der Buchhaltung des Geschäftsjahrs 2010 der Zielgesellschaft zu entdecken. Die Beauftragte hätte deshalb ihre Berichte nicht sorgfältig erstellt. Der Gutachter wies auch auf verschiedene Verletzungen der Berufsstandards und der von den Parteien vereinbarten Regeln durch die Beauftragte hin. Die Käuferin habe deshalb durch die Zahlung eines überhöhten Kaufpreises eine Vermögensverminderung erlitten. Der Verkehrswert der Zielgesellschaft habe per 31. Dezember 2010 geschätzt CHF 1 560 000 betragen, womit sich die Vermögensverminderung der Käuferin auf CHF 1 822 440 belaufe.[8]

Mit Urteil vom 8. Oktober 2020 wies das erstinstanzliche Genfer Gericht die Klage der Käuferin vollumfänglich ab. Es bejahte zwar eine Vertragsverletzung durch die Beauftragte, was jedoch ohne wesentliche Folgen für den Kaufpreis gewesen sei, zumal das Mandat nicht eine Bewertung der Zielgesellschaft umfasst habe. Zudem sei der Kaufpreis zwischen dem VR-Mitglied und dem Verkäufer auf einer nicht bekannten Basis verhandelt worden, sodass weder der Schaden noch der Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden erstellt sei. Auch habe die Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem VR-Mitglied mit einer Kaufpreisreduktion die Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Verkauf der Zielgesellschaft definitiv erledigt.[9]

Mit Urteil vom 1. Juli 2021 wies die Genfer *Cour de justice* die Berufung ab. Sie bejahte entgegen dem erstinstanzlichen Gericht den Kausalzusammenhang, hielt aber ebenfalls dafür, dass die Käuferin keinen Schaden dargetan habe.[10] Gegen dieses Urteil reichte die Käuferin beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen ein.[11] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.[12]

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Schadensbegriff

Das Bundesgericht erwog, der Schaden werde gewöhnlich als unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens definiert: Er entspreche der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Geschädigten und dem Stand, den dieses Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Die Differenz könne in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven, einer Nichtvermehrung der Aktiven oder einer Nichtverminderung der Passiven liegen. Das Vorliegen eines Schadens und dessen Umfang sei eine Tatfrage, die das Bundesgericht im Grundsatz binde (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Dagegen sei der juristische Begriff des Schadens eine Rechtsfrage (Art. 106 Abs. 1 BGG).[13]

Die Käuferin rüge unter dem Titel der Willkür (Art. 9 BV), die Vorinstanz habe ohne genügende Begründung das Gerichtsgutachten, das einen Schaden bejahe, nicht beachtet.[14] Unter dem Titel des juristischen Begriffs des Schadens habe die Vorinstanz den Schaden definiert als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand der Käuferin und dem Stand, den dieses Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte. Die Vorinstanz habe ausgeführt, dass die Käuferin zwar den gegenwärtigen Vermögensstand, auch mittels des Gerichtsgutachtens, dargetan habe, nicht aber den Stand, den dieses Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte. Laut Vorinstanz habe die Käuferin vielmehr ausführen müssen, welche Entscheidungen sie getroffen hätte, wenn sie das korrekte Ergebnis des Geschäfts-

7 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil B.b.

8 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil B.b.

9 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil B.e.

10 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil B.f.

11 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 Sachverhalt Teil C.

12 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 6.

13 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.3.

14 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.4 Ingress.

jahrs 2010 gekannt hätte, also ob sie die Zielgesellschaft zu einem tieferen Kaufpreis oder gar nicht gekauft hätte. Das aufgrund der Behauptungen der Käuferin erstellte Gerichtsgutachten hätte lediglich den Akquisitionswert der Zielgesellschaft, deren effektiven Wert per 31. Dezember 2010 und die Differenz zwischen diesen beiden Werten festgestellt.[15]

Diese Sichtweise der Vorinstanz sei korrekt. Die Käuferin habe nicht alle notwendigen Parameter für die Schadensberechnung dargelegt, sondern letztlich nur den wirklichen Wert der Zielgesellschaft per 31. Dezember 2010, der für sich allein für die Schadensberechnung nicht ausreiche.[16] Eine willkürliche Nichtbeachtung des Gerichtsgutachtens liege deshalb nicht vor.[17]

2. Nichtberücksichtigung des Gerichtsgutachtens

Die Käuferin rüge die Nichtberücksichtigung des Gerichtsgutachtens unter dem Titel der Rechtsverletzung.[18]

Grundsätzlich müsse der Kläger, so das Bundesgericht, nach Art. 42 Abs. 1 OR nicht nur die Existenz des Schadens, sondern auch dessen Höhe beweisen.[19] Die Vorinstanz habe erwogen, dass es an der Käuferin lag darzutun, zu welchem Preis sie die Zielgesellschaft erworben hätte, wenn ihr die korrekten Informationen vorgelegen hätten. Laut Vorinstanz hätte der Beweis genügt, dass die Verhandlungen mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu einem tieferen Preis geführt hätten, wobei alsdann der Schaden in der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und demjenigen Preis gelegen hätte, den die Käuferin bezahlt hätte, wäre der Auftrag korrekt ausgeführt worden. Alternativ hätte die Käuferin auch ausführen können, dass sie auf den Kauf verzichtet hätte, wenn sie um den wirklichen finanziellen Zustand der Zielgesellschaft gewusst hätte.[20]

Die Vorinstanz habe deshalb zu Recht das Gerichtsgutachten nicht berücksichtigt, soweit dieses den Vermögensstand der Käuferin und den wirklichen Wert der Zielgesellschaft per 31. Dezember 2010 festgehalten habe, aber nicht den Preis, zu dem die Käuferin die Zielgesellschaft hätte erwerben können, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Die Käuferin habe behauptet, sie hätte anstelle des überrissenen Preises den gerechten Preis bezahlt. Dieser letzte Begriff sei aber irrelevant bei der Schadensberechnung infolge Vertragsverletzung der Beauftragten. Sie habe weiter behauptet, sie hätte den Preis bezahlt, der sich aus der Bewertung der Zielgesellschaft gemäss der von den Parteien angewandten Methode ergeben hätte. Es deute aber nichts darauf hin, dass der Verkäufer einen solchen Preis akzeptiert hätte. Es fehle an den entsprechenden Tatsachenbehauptungen. Folglich habe die Vorinstanz zur Recht das erstinstanzliche Urteil bestätigt, worin ausgeführt worden sei, dass die Käuferin nicht die notwendigen Behauptungen aufgestellt habe, die es erlauben würden, einen tieferen Kaufpreis zu bestimmen, und dass das Gerichtsgutachten zu einem Resultat gelangt sei, das nicht im Einklang mit dem juristischen Schadensbegriff stehe.[21]

Eine Schadensberechnung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR greife nicht, weil es gemäss Art. 42 Abs. 2 OR an der Geschädigten liege, die notwendigen Anhaltspunkte für eine Schadenschätzung zu liefern, und die Käuferin dieser Vorgabe nicht nachgekommen sei. Sie habe nämlich nicht dargetan, welchen Preis sie für den Kauf der Zielgesellschaft zu zahlen bereit gewesen wäre, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.[22] Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen.[23]

III. Bemerkungen

1. Definition des relevanten Schadens im bundesgerichtlichen Urteil als Preisdifferenzschaden

Das Bundesgericht sieht im vorliegenden Fall den Schaden in der Differenz zwischen dem effektiv bezahlten Preis und dem tieferen Preis, der bezahlt worden wäre, hätte die Beauftragte den Vertrag mit der Käuferin korrekt erfüllt und hätte die Käuferin deshalb über die korrekten Informationen verfügt. Dafür

15 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.4.1.
16 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.4.2.
17 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.5.
18 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 4 Ingress.
19 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 4.1.
20 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 4.2.
21 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 4.3.
22 Zu alledem: BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 5.1 und 5.2.
23 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 6.

muss gemäss Bundesgericht allerdings erstellt sein, dass der Vertrag zwischen der Käuferin und dem Verkäufer auch geschlossen worden wäre, wenn die Käuferin über die korrekten Informationen verfügt hätte. Man kann diesen Schaden im Einklang mit dem von der deutschen Lehre entwickelten Begriff als *Preisdifferenzschaden* bezeichnen.[24]

Um zu überprüfen, ob diese Bezeichnung als Preisdifferenzschaden gerechtfertigt ist, sollen die vergleichbaren Fragestellungen untersucht werden, welches der relevante Schaden gewesen wäre, wenn (i) der Verkäufer selbst (und nicht die Beauftragte) der Käuferin die unrichtigen Informationen geliefert hätte und wenn (ii) der Verkäufer der Käuferin im Unternehmenskaufvertrag sogar die Korrektheit der letztlich unrichtigen Informationen gewährleistet hätte, z.B. in Form einer Bilanzgewährleistung betreffend die Jahresrechnung 2010 der Zielgesellschaft[25] oder in Form einer Offenlegungsgewährleistung betreffend die in der Jahresrechnung 2010 der Zielgesellschaft enthaltenen Informationen.[26] Im ersten Fall läge eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR durch den Verkäufer vor (vgl. Kapitel III.3.1), während im zweiten Fall von einer Gewährleistungsverletzung durch den Verkäufer auszugehen wäre (vgl. Kapitel III.3.2).[27]

Das kommentierte Urteil gibt zu den genannten Anspruchsgrundlagen sachverhaltlich wenig her. Immerhin geht aus dem Urteil hervor, dass die Käuferin davon ausgegangen sein musste, sie hätte Ansprüche gegen den Verkäufer, machte sie doch solche Ansprüche geltend, die aber in der Folge mit einer Zahlung des Verkäufers von CHF 1 500 000 an die Käuferin vergleichsweise erledigt wurden. Bei der Behandlung der vorstehenden Fragestellungen wird deshalb davon ausgegangen, dass es keine einschlägigen vertraglichen Regelungen im Unternehmenskaufvertrag zwischen der Käuferin und dem Verkäufer betreffend die Zielgesellschaft gibt, also z.B. keine Schadensdefinitionen und keine Haftungsbeschränkungen.[28]

2. Rechtliche Ausgangslage

2.1 Differenztheorie

Das Bundesgericht wiederholt im referierten Urteil grundsätzlich seine übliche Schadensdefinition. Danach stelle sich der Schaden als unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens dar. Er entspreche der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den dieses Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Die Differenz könne in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven, einer Nichtvermehrung der Aktiven oder einer Nichtverminde-

24 *Gerhard H. Wächter,* M&A Litigation, 4. Aufl., Köln 2022, Rz. 12.332 ff., mit weiteren Nachweisen, u.a. auf *Steffen Schniepp/Florian Holfeld,* Compliancegarantien in Unternehmenskaufverträgen, DB 2016, S. 1738 ff., S. 1741 ff.; siehe auch BGE 41 II 77, einem mit dem hier besprochenen Urteil vergleichbaren Fall, wo der relevante Schaden implizit als Preisdifferenzschaden bezeichnet wurde, gemäss Zusammenfassung in BGE 99 II 176 E. 3 S. 183: «In BGE 41 II 89 [letzte Seite von BGE 41 II 77 mit Dispositiv] wurde daher eine Bank verhalten, einem Aktienkäufer, dem sie eine irreführende Auskunft erteilt hatte, den ihrer Verantwortlichkeit entsprechenden Teil des Preises zu ersetzen […]».

25 Zu den Bilanzgewährleistungen im Allgemeinen: *Urs Schenker,* Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 311 ff.; *Markus Vischer,* Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, S. 129 ff., S. 139 f.; *Markus Lukas Müller,* Bilanzgarantien in Unternehmenskaufverträgen, ST 2009, S. 475 ff.; für ein Beispiel einer Bilanzgewährleistung BGer 4A_223/2015 vom 17.8.2015 Sachverhalt Teil A.c.

26 Zu den Offenlegungsgewährleistungen, manchmal auch «*Catch-all*-Klauseln» genannt, im Allgemeinen: *Hans-Jakob Diem,* Leistungsstörungen und Rechtsbehelfe im Unternehmenskauf, in: Hans-Jakob Diem (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XXII, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 7 ff., S. 27; *Schenker* (Fn. 25), S. 327; *Vischer* (Fn. 25), S. 140; *Markus Vischer,* Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, S. 129 ff., S. 139 f., wobei nachzutragen ist, dass die Bezeichnung «*Catch-all*-Klausel» irreführend ist, wenn man sich die so oder so bestehenden vorvertraglichen Offenlegungs- bzw. Aufklärungspflichten des Verkäufers (dazu z.B. *Markus Vischer,* Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff., S. 231 ff.) vor Augen hält (siehe *Vischer* [Fn. 26], SJZ 2009, S. 139); für ein Beispiel einer Offenlegungsgewährleistung BGer 4A_42/2009 vom 1.5.2009 E. 6.3.

27 Zum Verhältnis der Ansprüche aus absichtlicher Täuschung und aus Gewährleistungsverletzungen, insbesondere auch zur vom Bundesgericht angenommenen Genehmigung des Vertrags gemäss Art. 31 Abs. 1 OR bei Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, z.B. *Heinrich Honsell,* in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Vor Art. 197–210 N 12.

28 Wie die Beschränkung auf unmittelbare und direkte Schäden oder die Statuierung von Mindestbeträgen *(de-minimis),* Haftungsschwellen *(thresholds),* Haftungsobergrenzen *(caps)* etc.; siehe dazu z.B. *Schenker* (Fn. 25), S. 331 und 347 f.

rung der Passiven liegen.[29] In dieser Aufzählung lässt das Bundesgericht das sonst in seiner Schadensdefinition ebenfalls enthaltene Element des entgangenen Gewinns[30] weg und begnügt sich unter Ausserachtlassung des Zeitmoments mit dessen doktrineller Umschreibung (Nichtvermehrung der Aktiven oder Nichtverminderung der Passiven). Ob damit eine neue Schadensformel entwickelt werden soll, bleibt offen.[31] Das Bundesgericht führt im referierten Urteil in Bestätigung seiner Rechtsprechung[32] zudem aus, dass das Vorliegen eines Schadens und dessen Umfang eine Tatfrage ist, die es im Grundsatz binde (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Dagegen sei der juristische Begriff des Schadens eine Rechtsfrage (Art. 106 Abs. 1 BGG).[33]

Darin klingt die vom Bundesgericht vertretene Differenztheorie im Sinne eines rechnerischen Gesamtvermögensvergleichs[34] an.[35] Die Differenztheorie ist jedoch im Grundsatz untauglich.[36] Vielmehr ist zu akzeptieren, dass der Schadensbegriff sich nicht auf eine mechanische Formel reduzieren lässt, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff ist.[37] Der Richter hat ihn deshalb wie generell die unbestimmten Rechtsbegriffe (bzw. Generalklauseln) in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB[38] sowie unter Berücksichtigung des vertraglichen und gesetzlichen Kontextes je nach Anwendungsbereich durch typisierende Regeln zu konkretisieren, was schon Art. 43 Abs. 1 OR bzw. dem dortigen Hinweis auf die «Umstände» zu entnehmen ist.[39] In der Realität geht auch das Bundesgericht trotz immerwährender Berufung auf die Differenztheorie so vor.[40] Dieses Vorgehen ist nicht mit einer verpönten Billigkeitsjurisprudenz im Einzelfall zu verwechseln, die es natürlich zu vermeiden gilt.[41]

Auch vorliegend nimmt das Bundesgericht keinen Gesamtvermögensvergleich im Sinne der Differenztheorie vor, sondern sieht den Schaden wie gezeigt im Preisdifferenzschaden, wenn denn erstellt sei, dass der Vertrag zwischen der Käuferin und dem Verkäufer auch geschlossen worden wäre, wenn die Käuferin über die korrekten Informationen verfügt hätte.

Immerhin zeigt die Differenztheorie aber, dass es beim Schaden stets um eine Differenzrechnung geht, bei der ein effektiver (Ist-)Zustand mit einem fiktiven bzw. hypothetischen (Soll-)Zustand verglichen wird.[42] Dieser fiktive (hypothetische) (Soll-)Zustand findet seine Basis in der fiktiven (hypothetischen)

29 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.3 (in französischer Sprache).

30 Z.B. BGE 145 III 225 E. 4.1.1 S. 232 (in deutscher Sprache); BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 157 (in deutscher Sprache); BGE 132 III 379 E. 3.3.2 S. 384 (in deutscher Sprache); BGE 132 III 359 E. 4 Ingress S. 366 (in deutscher Sprache); BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323 f. (in deutscher Sprache); BGE 129 III 331 E. 2.1 S. 332 (in deutscher Sprache).

31 Siehe auch BGE 147 III 463 E. 4.2.1 S. 466 f. (in französischer Sprache) = Pra 2022, Nr. 40, S. 430, wo der entgangene Gewinn ebenfalls nicht als mögliches Schadenselement aufgezählt, aber immerhin noch separat abgehandelt wird; siehe aber auch das wie BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 auf BGE 147 III 463 gestützte Urteil BGer 4A_161/2021 vom 27.9.2022 E. 3.1 (in italienischer Sprache), und BGE 133 III 462 E. 4.4.2 S. 471 (in französischer Sprache) = Pra 2008, Nr. 27, S. 206, wo das Element des entgangenen Gewinns jeweils ebenfalls fehlt.

32 Z.B. BGE 139 V 176 E. 8.1.3 S. 188; BGE 132 III 359 E. 4 Ingress S. 366.

33 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.3.

34 Zu diesem Begriff *Vito Roberto,* Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022, Rz. 23.01.

35 Siehe z.B. auch BGer 4A_407/2021 vom 13.9.2022 E. 5.1, BGE 145 III 225 E. 4.1.1 S. 232 und BGE 142 III 23 E. 4.1 S. 27, wo die Differenztheorie im Anschluss an die übliche Schadensdefinition direkt angesprochen wird.

36 *Roberto* (Fn. 34), Rz. 23.05 ff.; *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen. BGer 4A_394/2018 (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Minderwert, AJP 2019, S. 842 ff., S. 847 f.

37 *Vischer* (Fn. 36), S. 848 mit weiteren Nachweisen; siehe auch *Roberto* (Fn. 34), Rz. 25.01 ff. und 26.01 zum normativen oder gegliederten Schadensbegriff.

38 Zum Verhältnis von Art. 1 ZGB und Art. 4 ZGB *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen. BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, S. 130 ff., S. 132 f., bezüglich des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grunds.

39 *Vischer* (Fn. 36), S. 848 mit weiteren Nachweisen; *Vischer* (Fn. 25), S. 130; siehe auch *Roberto* (Fn. 34), Rz. 26.06; *Susan Emmenegger,* in: Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 97 OR N 208.

40 Z.B. BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 157: «Zu beachten ist indessen, dass der so definierte allgemeine Schadensbegriff im Einzelfall konkretisiert werden muss, damit er brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung liefern kann.»; *Vischer* (Fn. 36), S. 848 mit weiteren Nachweisen.

41 *Hans Merz,* in: Berner Kommentar, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 32, betreffend Art. 2 ZGB; zum deutschen Schadensrecht: *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.12 f.

42 Soll-Ist-Vergleich: *Roland Brehm,* Berner Kommentar, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 41 OR N 70b *in fine; Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.14.

Verneinung aller kausalen Folgen des haftungsbegründenden Ereignisses.[43]

2.2 Negatives und positives Interesse

Traditionell wird im Zusammenhang mit Verträgen beim Schaden zwischen dem negativen und dem positiven Interesse unterschieden. Das positive Interesse soll den Gläubiger so stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, während das negative Interesse ihn so stellen soll, wie wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre.[44] Das positive Interesse wird deshalb oft auch «Leistungsinteresse», «Erfüllungsinteresse» oder «Erfüllungsschaden» genannt,[45] während das negative Interesse oft auch als «Bestandsinteresse», «Vertrauensinteresse» oder «Vertrauensschaden» bezeichnet wird.[46]

In der deutschen Doktrin wird der Begriff des negativen Interesses oft weiter verstanden. Er soll alles andere, was nicht Interesse an einer Vertragserfüllung ist, umfassen, also insbesondere auch den Schaden im Zusammenhang mit unerlaubten Handlungen.[47] Beim *negativen* Interesse würde alsdann der gegenwärtige (Ist-)Zustand mit dem fiktiven (hypothetischen) gegenwärtigen (Soll-)Zustand verglichen, wie er sich ohne das schädigende Ereignis präsentieren würde.

Wie immer man das positive und negative Interesse definiert, sollte man sich bewusst sein, dass entgegen der klassischen Begriffsjurisprudenz aus reinen Begriffen keine Rechtsfolgen abgeleitet werden dürfen.[48] Beim negativen Interesse hat man sich zudem im Klaren zu sein, dass nicht etwa der *Status quo ante* erreicht werden soll, denn historische Ist-Zustände lassen sich als solche rein logisch infolge der weiterlaufenden Zeit nachträglich nicht mehr verwirklichen.[49]

2.3 Naturalherstellung und Wertentschädigung

Das Schweizer Schadensrecht basiert auf zwei Grundprinzipien, nämlich dem Prinzip der Restitution und dem Prinzip der Kompensation.[50] Auch das deutsche Schadensrecht beruht auf diesen zwei Prinzipien, die *Wächter* in Vermeidung des problematischen Begriffs der Restitution[51] «Naturalherstellung» und «Wertentschädigung» nennt.[52]

Die beiden Prinzipien stellen «zwei Modi des Schadensausgleichs» dar, «je nachdem ob ein körperlicher, sachlich-gegenständlicher Zustand – auf der ‹Gebrauchswertseite› – hergestellt wird, der ohne das haftungsbegründende Ereignis bestehen würde, oder ob die durch das haftungsbegründende Ereignis verursachte betragsmässige Einbusse an dem Vermögen des Geschädigten – auf der ‹Tauschwertseite› – ausge-

43 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.14.

44 Z.B. BK-*Emmenegger* (Fn. 39), Art. 97 OR N 288 und 291.

45 Z.B. BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 158; BK-*Emmenegger* (Fn. 39), Art. 97 OR N 286; *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger,* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 2898.

46 Z.B. BK-*Emmenegger* (Fn. 39), Art. 97 OR N 261 und 286; *Gauch/Schluep/Emmenegger* (Fn. 45), Rz. 2899; siehe auch Art. 109 Abs. 2 OR: «[…] aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, […]»; dazu bzw. zum negativen Interesse in diesem Zusammenhang z.B. BGer 4A_219/2020 vom 12.3.2021 E. 4.1; BGer 4A_69/2019 vom 27.9.2019 E. 5.2.1.

47 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.42 f. mit weiteren Nachweisen; in der Schweiz *Heinz Rey/Isabelle Wildhaber,* Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 422; siehe auch Kapitel III.3.1 zum Ersatz des negativen Interesses bei der absichtlichen Täuschung aufgrund der dadurch ausgelösten Delikts- oder *culpa*-Haftung.

48 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.29 ff., 12.36, siehe auch Rz. 12.98 ff., zu einer Reihe von weiteren Schadensbegriffen, die eher verwirren als helfen; im Allgemeinen z.B. *Dario Galli/Michael Kündig/Markus Vischer,* «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, S. 424 ff., S. 426.

49 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.243 (Anm. 265); siehe auch *Vito Roberto,* Schadensrecht, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 140.

50 *Bernhard Stehle,* Gedanken zur Systematisierung der Haftungsfolgen, in: Stephan Fuhrer/Ueli Kieser/Stephan Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich, Zürich/St. Gallen 2022, S. 221 ff., S. 229 ff.; *Roberto* (Fn. 34), Rz. 21.01 ff. und 28.04 ff.; *Matthias Nänni,* Integritätsinteresse und Ersatz fiktiver Kosten, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 145 ff., S. 145 f.; *Roberto* (Fn. 49), S. 133 ff.; siehe auch BGE 127 III 73 E. 4a S. 76: «Soweit hier wesentlich, kann der Umfang eines Sachschadens entweder nach dem Minderwert des betroffenen Aktivums oder nach der Vergrösserung der Passiven infolge zusätzlicher Beseitigungs- oder Reparaturkosten bestimmt werden […]»; bestätigt in BGer 4A_113/2017 vom 6.9.2017 E. 4.3.3.

51 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.25 f. und 12.28, auch zu den problematischen Begriffen der Naturalrestitution und Wiederherstellung.

52 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.1 ff.

glichen wird».[53] Erklärt werden können die beiden Modi am *Erntebeispiel:* Ist «das ausgesäte Saatgut eines Bauern mangelhaft […], so besteht die Naturalherstellung […] darin, dem Bauern einwandfreies Saatgut zu verschaffen […]»[54]. Kommt dies nicht infrage, «so ist dem Bauern Wertentschädigung für die entgangene Ernte zu leisten».[55] Die Naturalherstellung betrifft deshalb die Input-Seite, die Wertentschädigung die Output-Seite.[56] Wichtig ist, die Naturalherstellung nicht zu eng zu verstehen.[57] Sie ist keineswegs auf eine Leistung *in natura* beschränkt, sondern kann auch eine Leistung in Geld sein.[58]

Erneut wird mit beiden Prinzipien ein Soll-Zustand anvisiert. Das gilt insbesondere auch bei der Naturalherstellung. Auch bei ihr kann rein logisch kein historischer Ist-Zustand wiederhergestellt werden.[59]

«Beide Modi haben dabei ihre eigene Zeit. Für die Naturalherstellung gibt es i.d.R. nur ein relativ frühes, aber i.d.R. endliches, offenes Zeitfenster. Die Wertentschädigung kann immer erfolgen, auch noch sehr spät; sie wird ‹nach hinten› nicht unmöglich.»[60] Was das für den relevanten Zeitpunkt der Schadensermittlung bedeutet, ist offen. Insbesondere ist offen, ob der relevante Zeitpunkt wirklich grundsätzlich der Urteilszeitpunkt[61] oder nicht besser grundsätzlich der Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses ist.[62] Dieser Zeitpunkt ist nicht mit dem Zeitpunkt zu verwechseln, bis zu dem in einem Gerichtsverfahren zivilprozessual noch Tatsachen vorgebracht werden können.

Ob im Schweizer Schadensrecht anders als im deutschen Schadensrecht[63] ein Vorrang der Naturalherstellung vor der Wertentschädigung besteht, ist offen, auch wenn in der Schweiz soweit überblickbar niemand für einen solchen Vorrang plädiert.[64] Jeden-

53 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.17 (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Aufsatzes entfernt).

54 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.19 (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Aufsatzes entfernt), siehe auch Rz. 12.43 zur Aussaat bzw. deren Kosten als «eingesetztem Gebrauchswert» und der Ernte bzw. deren Veräusserungserlös als «realisiertem Tauschwert».

55 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.19 (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Aufsatzes entfernt), siehe auch Rz. 12.43 zur Aussaat bzw. deren Kosten als «eingesetztem Gebrauchswert» und der Ernte bzw. deren Veräusserungserlös als «realisiertem Tauschwert».

56 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.19.

57 Siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.62 ff.

58 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.7 (Anm. 12), 12.62 ff., 12.120 und 12.262 (Anm. 295); *Nänni* (Fn. 50), S. 149 und 151; siehe auch *Roberto* (Fn. 34), Rz. 21.04 ff. und *Stehle* (Fn. 50), S. 229 f., die zwischen Naturalrestitution (Leistung *in natura*) und Restitution (Leistung in Geld) unterscheiden; siehe auch BGE 129 III 331 E. 2.2 S. 334: «Bei solchen Sachverhalten steht der Anspruch des Geschädigten auf Naturalrestitution bzw. deren Surrogat in Form des Ersatzes der Wiederherstellungskosten im Vordergrund. Wird Geldersatz verlangt, tritt dieser an die Stelle des Naturalersatzes.»; BGE 107 III 134 E. 4 S. 139; HGer ZH HG180163 vom 7.9.2020 E. 4.1.2, in: ZR 2020, Nr. 49, S. 220 f.: «Unterschieden wird in der Lehre zwischen direkter und indirekter Naturalrestitution. Die direkte Naturalrestitution (Natural-/Realersatz) wird meistens dann geleistet, wenn ein Vertragspartner anlässlich der bestellten Arbeitsausführung einen Schaden verursacht, dessen Behebung in seinen Berufsbereich fällt, oder wenn er über Ersatzware verfügt. So wurde in BGE 110 II 183 Erw. 3 die haftpflichtige Bank zur Lieferung von 10 Goldbarren zu je 1 kg als Ersatz für die nicht mehr erhältlichen bisherigen Barren verurteilt (auch BGE 100 II 134 Erw. 6 [Räumung des Grundstückes]; 111 III 164 [*recte:* BGE 111 II 164] Erw. 1b [Abtretung der Forderung auf die Konkursdividende]; BGE 116 II 441 Erw. 3b [Befreiung einer Partei von Forderung eines Dritten]). Die indirekte Naturalrestitution (Surrogat) liegt vor, wenn der Schädiger für die Reparatur- bzw. Wiederherstellungskosten aufzukommen hat (BGE 129 III 331 Erw. 2.2 [Baum]).»

59 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.63; *Luca Ellenberger,* Entscheidbesprechungen. BGer 4A_297/2019: Cum-Ex: Umgang im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen in der Anlageberatung, AJP 2020, S. 1351 ff., S. 1357 f.

60 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.18 (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Aufsatzes entfernt).

61 Z.B. BGE 145 III 225 E. 4.1.2.2 S. 233 f.

62 Z.B. *Benoît Chappuis,* Le moment du dommage, Diss. Freiburg 2006 = AISUF Band 257, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 911 (zusammenfassend).

63 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.49 ff.; *Roberto* (Fn. 49), S. 134 f.

64 Verneint von *Roberto* (Fn. 49), S. 135 *in fine,* wonach die Anordnung der Naturalherstellung im Belieben des Richters steht; für ein Wahlrecht des Geschädigten *Stehle* (Fn. 50), S. 236 f., *Nänni* (Fn. 50), S. 150 f. (bei Sachschäden) und wohl auch *Roberto* (Fn. 34), Rz. 21.06; siehe aber auch *Ellenberger* (Fn. 59), S. 1358: «Doch entspricht die Naturalrestitution dem Grundsatz der *restitutio in integrum* und dem Konzept des *Schadensausgleichs* besser. Auch das Bundesgericht spricht sich [in BGE 54 II 294 E. 3 S. 296] für diejenige Variante aus, die ‹nach den konkreten Verumständungen und den Bedürfnissen des Anspruchsberechtigten am Besten geeignet› ist, ‹nach Möglichkeit denjenigen wirtschaftlichen Zustand wiederherzustellen, der vor dem schadensstiftenden Ereignis vorhanden war›. […] Der Grundgedanke des Vorzugs der Naturalrestitution ist […] ersichtlich.»; siehe ferner *Arnold Rusch/Matthias Michlig,* Naturalrestitution bei falscher Beratung, AJP 2016, S. 665 ff., S. 666 f., denen zufolge die Natural-

falls können Naturalherstellung und Wertentschädigung auch nebeneinanderstehen, so z.B. bei einer beschädigten Sache in Form der Reparaturkosten und in Form des merkantilen Minderwerts.[65]

Die Ergebnisse der Anwendung der beiden Prinzipien können erheblich auseinanderfallen.[66] «[D]as ‹Paradox›, dass Naturalherstellung und Wertentschädigung den Schädiger unterschiedlich viel kosten, aber dass beim Geschädigten gleichviel ankommt, [beruht] darauf, dass der Geschädigte sich im ersten Fall bestimmte aufgewendete Kosten selbst im Markt ‹zurückholt› und er selbst seinen Profit erzielt, während ihm im zweiten Fall beides von dem Schädiger mitersetzt werden muss.»[67]

Die Begriffspaare «negatives und positives Interesse» einerseits und «Naturalherstellung und Wertentschädigung» andererseits sind nicht deckungsgleich.[68]

3. Preisdifferenzschaden

3.1 Absichtliche Täuschung: Preisdifferenzschaden im Sinne des negativen Interesses

Bei der absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR ist vorbehältlich einer abweichenden vertraglichen Regelung[69] aufgrund der dadurch ausgelösten Delikts- oder *culpa*-Haftung das negative Interesse zu ersetzen.[70] Das gilt nicht nur bei einer Vollungültigkeit, sondern auch bei einer Teilungültigkeit des massgeblichen Vertrags in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR. Eine solche Teilungültigkeit kann in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auch eine modifizierte Teilungültigkeit sein. Massgebend zur Ermittlung einer Teilungültigkeit bzw. modifizierten Teilungültigkeit ist nach der h.L. der hypothetische Parteiwille. Dies trifft aber nur dann zu, wenn Verträge abweichend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht subjektiv-objektiv, sondern nur objektiv, d.h. nach dem Vertrauensprinzip, in Berücksichtigung aller konkreten Umstände, ausgelegt werden.[71] Unter subjektiver Auslegung wird die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens mittels empirischer Auslegung (= Rekonstruktion des Parteiwillens), während unter objektiver Auslegung (auch objektivierte oder objektivierende Auslegung genannt) die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens aufgrund des Vertrauensprinzips (= Konstruktion des Parteiwillens) verstanden wird.[72]

Bei der modifizierten Teilungültigkeit infolge absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR liegt der Schaden alsdann in einer schadensrechtlichen Kaufpreisminderung,[73] den man auch als *Restvertrauensschaden* bezeichnen kann.[74] Dieser Restvertrauensschaden liegt in der Differenz zwischen dem effektiv bezahlten Kaufpreis (Ist-Kaufpreis) und dem fiktiv (hypothetisch) bezahlten Kaufpreis (Soll-Kaufpreis) und ist damit der Preisdifferenzschaden.[75]

Lehnt man bei der schadensrechtlichen Minderung wie bei der Minderung gemäss Art. 205 Abs. 1 OR abweichend von der bundesgerichtlichen Recht-

herstellung Vorrang gegenüber der Wertentschädigung geniessen sollte.

65 Z.B. BGer 4A_431/2021 vom 21.4.2021 E. 6.1.2; BGer 4A_113/2017 vom 6.9.2017 E. 4.3.3.2 *in fine;* BGer 4A_61/2015 vom 25.6.2015 E. 3.1 *in fine; Roberto* (Fn. 34), Rz. 28.28; *Vischer* (Fn. 36), S. 851; siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.78 ff.

66 BGer 4A_113/2017 vom 6.9.2017 E. 4.3.3.2; *Roberto* (Fn. 34), Rz. 21.10 f. und 28.05.

67 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.48.

68 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.20: «Beide Gegensatzpaare stehen ‹quer› zueinander und bilden so eine Matrix […]».

69 *Markus Vischer,* Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, S. 361 ff., S. 367 f.

70 Z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid,* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 870; BSK OR I-*Schwenzer/Fountoulakis* (Fn. 27), Art. 31 N 23; BSK OR I-*Honsell* (Fn. 27), Vor Art. 197–210 N 12; zur Qualifikation der *culpa*-Haftung als Deliktshaftung *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen. BGer 4A_285/2017: Deliktische Haftung infolge absichtlicher Täuschung – Abschied von der cic- bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur»?, AJP 2018, S. 908 ff.; siehe auch bereits Kapitel III.2.2.

71 Zum Ganzen: *Markus Vischer/Dario Galli,* Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 227 f.; siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 6.162 und 12.139 ff., zur Schwierigkeit des Nachweises, dass die Gegenpartei mit einem Vertragsabschluss, aber zu anderen Konditionen, einverstanden gewesen wäre, und zu den im deutschen Recht diesbezüglich bei der absichtlichen Täuschung gewährten Erleichterungen.

72 Z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 71), S. 227 (Anm. 51).

73 *Vischer/Galli* (Fn. 71), S. 226; siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.139 ff.

74 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.135; siehe auch Kapitel III.2.2 zur Bezeichnung des Vertrauensschadens im Allgemeinen.

75 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.332.

sprechung[76] die relative Berechnungsmethode für die Berechnung des Soll-Kaufpreises ab und wendet man die absolute Methode an,[77] entspricht der Preisdifferenzschaden beim Unternehmenskauf der Differenz zwischen dem Wert des Unternehmens in der «täuschungsbeschönigten Käufer-Vorstellungswelt» (täuschungsbeschönigter, fiktiver Soll-Unternehmenswert)[78] einerseits und dem Wert des Unternehmens in der «täuschungsbereinigten Käufer-Vorstellungswelt» (täuschungsfreier, effektiver Ist-Unternehmenswert)[79] andererseits, wobei beide Unternehmenswerte beim nicht 100%igen *Share Deal* anteilige Unternehmenswerte sind.[80] Der Preisanpassungsschaden entspricht alsdann dem *Wertdifferenzschaden*.[81] Wenn man die in der Praxis häufig angestellte Vermutung anwendet, wonach der Ist-Kaufpreis und der Soll-Unternehmenswert (bzw., beim nicht 100%igen *Share Deal,* der anteilige Soll-Unternehmenswert) identisch sind, gelangt man bei der Anwendung der relativen Methode zum gleichen Resultat, nämlich dass der Soll-Kaufpreis dem Ist-Unternehmenswert (bzw. beim nicht 100%igen *Share Deal* dem anteiligen Ist-Unternehmenswert) entspricht.[82]

Bei den Unternehmensbewertungen, d.h. der Ermittlung des Ist-Unternehmenswerts und evtl. des Soll-Unternehmenswerts (wenn man diesen nicht aufgrund der häufig angestellten Vermutung mit dem Ist-Kaufpreis gleichsetzt), ist objektiv unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände vorzugehen, wobei bei diesen konkreten Umständen die Käufersicht besonders wichtig ist, ist doch die Schadensberechnung insgesamt massgebend «subjektiv mitbestimmt»[83]. Entsprechend kommt in der Regel die vom Käufer gewählte Unternehmensbewertungsmethode zum Zug, wenn und soweit sie eine gängige Unternehmensbewertungsmethode[84] ist. Dabei hilft, wenn die Parteien im Unternehmenskaufvertrag die angewandte Unternehmensbewertungsmethode festhalten.[85] In der Regel sind die angewandten Unternehmensbewertungsmethoden gewinn- oder marktorientierte Unternehmensbewertungsmethoden und keine vermögenswertorientierte Unternehmensbewertungsmethoden wie die Substanzwertmethode.[86]

76 Z.B. BGer 4A_514/2020 vom 2.11.2020 E. 7.1; BGer 4A_619/2013 vom 20.5.2014 E. 5.5; BGE 111 II 162 E. 3a S. 163; BGE 89 II 239 E. 11 S. 254; BGE 88 II 410 E. 3 Ingress S. 414; BGE 81 II 207 E. 3a S. 209 f.

77 So z.B. BSK OR I-*Honsell* (Fn. 27), Art. 205 N 8 f.; *Vischer* (Fn. 36), S. 849; *Vischer* (Fn. 25), S. 131 (Anm. 21); *Vischer* (Fn. 69), S. 362 ff.

78 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.178, siehe auch Rz. 12.182 (Anm. 210), wo nicht von einem fiktiven (hypothetischen) (Soll-)Unternehmenswert, sondern vom Wert eines fiktiven Unternehmens gesprochen wird, was auf dasselbe hinausläuft.

79 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.178.

80 Siehe generell zu den beim *Share Deal* bestehenden «Dreiecksproblemen» *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.444 ff.

81 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.333.

82 BGE 111 II 162 E. 3b S. 163; BSK OR I-*Honsell* (Fn. 27), Art. 205 N 9; *Vischer* (Fn. 69), S. 363; siehe auch unveröffentlichter BGE vom 18.12.1945 i.S. Bosshardt und Lieber c. Immobilien A.-G. (zitiert gemäss BGE 81 II 207 E. 3b S. 211): «Es rechtfertigt sich daher, in Abweichung von der relativen Berechnungsmethode als Minderwert die Differenz zwischen dem Vertragspreis und demjenigen Betrag, den der Käufer in Kenntnis des wahren Sachverhaltes ausgelegt hätte, zuzusprechen.»

83 BGE 129 III 331 E. 2.2 S. 333: «Der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung verwendete Schadensbegriff ist nicht ausschliesslich objektiv zu verstehen, sondern enthält bereits aufgrund seiner historischen Wurzeln eine subjektive, das Erhaltungsinteresse des Geschädigten berücksichtigende Komponente […]»; BK-*Emmenegger* (Fn. 39), Art. 97 OR N 202 ff.; siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.162 ff., zur «objektiven Feststellung eines subjektiven Unternehmenswertes», auch Rz. 10.27 ff.; BK-*Brehm* (Fn. 42), Art. 42 OR N 16, wonach der Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Schadensberechnung gering ist; *Vischer* (Fn. 25), S. 131.

84 Zu den gängigen Unternehmungsbewertungsmethoden z.B. *Linus Cathomas/Hans Caspar von der Crone,* Der Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstands, insbesondere beim Unternehmenskauf, SZW 2017, S. 112 ff., S. 115 ff., mit der Aufteilung in vermögenswert- (wie die Substanzwertmethode), gewinn- (wie die DCF-Methode) und marktorientierte Unternehmensbewertungsmethoden.

85 *Vischer* (Fn. 69), S. 363 ff.; siehe auch *Schenker* (Fn. 25), S. 234, wonach sich der Preis in den Verhandlungen oft von den Bewertungsvorstellungen der Parteien löst. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass (i) Unternehmensbewertung keine exakte Wissenschaft ist und ihr Resultat in der Regel nicht ein exakter Wert, sondern eine Wertspanne ist, (ii) infolge der Wert- bzw. Preisverhandlungen der Parteien die angewandten Unternehmensbewertungsmethoden oft angepasst werden, und (iii) normalerweise keine Partei einen Preis akzeptiert, der sich nicht durch eine Unternehmensbewertungsmethode rechtfertigen lässt.

86 *Cathomas/von der Crone* (Fn. 84), S. 115 (Anm. 24); *Vischer* (Fn. 25), S. 132 ff.; zur tendenziellen Übertonung der Substanzwertmethode in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Vischer* (Fn. 25), S. 133; siehe zu dieser Überbetonung auch BGer 5A_387/2010 und 5A_405/2010 vom 14.9.2010 E. 5.2.3; siehe auch BGer 5A_361/2022 vom

Massgeblicher Zeitpunkt für die Unternehmensbewertungen und damit die Ermittlung des Preisdifferenzschadens ist der Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses und damit bei einer absichtlichen Täuschung im Zusammenhang mit einem Unternehmenskaufvertrag i.d.R. das *Closing,* d.h. der Vollzug dieses Unternehmenskaufvertrages, weil in diesem Zeitpunkt die Täuschung definitiv wirksam wird.[87]

Der Preisdifferenzschaden ist zur Naturalherstellung zu zählen.[88] Zum Preisdifferenzschaden (als Naturalherstellung) können weitere Schadenspositionen (als Wertentschädigung) hinzukommen.[89] Dieser Folgeschaden kann in Anlehnung an die Differenzierung in Art. 208 Abs. 2 und 3 OR[90] auch als mittelbarer, indirekter oder weiterer Schaden bezeichnet werden, der zum unmittelbaren oder direkten Schaden, das heisst dem Preisdifferenzschaden, hinzutritt.[91]

Der Preisdifferenzschaden lässt sich bei der absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR nicht nur über eine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR herleiten, sondern – bei Fehlen einer vertraglichen Regelung – auch über eine Vertragsauslegung bzw. -ergänzung. Denn die Parteien können vertraglich die Folgen einer absichtlichen Täuschung im Zusammenhang mit dem Vertrag regeln,[92] weshalb der Richter diese Folgen bei einer fehlenden vertraglichen Regelung im Zuge einer Vertragsauslegung bzw. -ergänzung auch selbst festlegen darf.[93] Massgebend ist bei Ablehnung der subjektiv-objektiven Auslegungs- und Ergänzungsmethode des Bundesgerichts erneut der hypothetische Parteiwille unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände.[94]

Nachzutragen ist, dass der Preisdifferenzschaden auch anders als mittels der dargestellten Unternehmensbewertungen, d.h. der Ermittlung des Ist-Unternehmenswerts und evtl. des Soll-Unternehmenswerts (wenn man diesen nicht aufgrund der häufig angestellten Vermutung mit dem Ist-Kaufpreis gleichsetzt) eruiert werden kann *(indirekte Methode)*[95], nämlich durch Addition der Naturalherstellungen auf Stufe einzelner Gegenstände des Unternehmens *(direkte Methode)*[96], wobei es das Resultat beim nicht 100%igen *Share Deal* anteilig zu reduzieren gilt. Diese Methode basiert auf der in der Praxis ebenfalls oft angestellten Vermutung, dass der schadensrechtliche Minderwert, wie der Minderwert bei der Minderung, den Kosten der Naturalherstellung entspricht.[97] Diese Kosten entsprechen bei der absoluten Methode dem Preisdifferenzschaden, während sie bei der relativen Methode mit dem Preisdifferenzschaden übereinstimmen, wenn man bei der relativen Methode auch die bereits erwähnte andere Vermutung anwendet, wonach der Ist-Kaufpreis dem Soll-Unternehmenswert (bzw. beim nicht 100%igen *Share Deal* dem anteiligen Ist-Unternehmenswert) entspricht.[98]

24.11.2022 E. 3.3.1.3 zur sogenannten Praktikermethode, die zwar bei KMU häufig angewendet werde, für deren theoretische Richtigkeit in der Bewertungslehre aber niemand mehr eintrete, und zum «Trend in Richtung Ertragswertmethoden».

87 *Vischer* (Fn. 25), S. 134; *Vischer* (Fn. 69), S. 363 und 365; a.M. *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.174, betreffend Vertragsunterzeichnung *(Signing)* als massgeblichen Zeitpunkt; siehe auch BSK OR I-*Kessler* (Fn. 27), Art. 42 N 4, betreffend massgeblichen Zeitpunkt für die Schadensberechnung im Allgemeinen.

88 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.67 und 12.136.

89 *Vischer* (Fn. 69), S. 367; siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.229 ff. (u.a. mit dem Beispiel der Geltendmachung von entgangenem Gewinn, soweit dieser darauf beruht, dass der Käufer infolge des bezahlten zu hohen Kaufpreises an einer alternativen Anlage gehindert war) und 12.237 ff.

90 Siehe auch Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 OR.

91 Zum unmittelbaren und mittelbaren Schaden im Allgemeinen: BSK OR I-*Honsell* (Fn. 27), Art. 195 N 6 f. und Art. 208 N 7 ff.; *Vischer* (Fn. 36), S. 850 (Anm. 31); *Vischer* (Fn. 26), SJZ 2009, S. 129.

92 *Vischer* (Fn. 69), S. 367 f.

93 *Rolf Watter/Charlotte Wieser,* Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 149 ff., S. 156, S. 161 ff. und 165 f., betreffend Minderwert bei der Minderung; *Vischer* (Fn. 69), S. 367.

94 *Watter/Wieser* (Fn. 93), S. 156, S. 161 ff. und 165 f., betreffend Minderwert bei der Minderung; zur Vertragsauslegung und Vertragsergänzung bzw. zum Füllen einer Vertragsanpassungslücke im Allgemeinen: *Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer,* Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, § 1 Rz. 34 ff. und 56 ff.

95 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.163 (Anm. 200).

96 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.163 (Anm. 200) und 12.180.

97 BGE 111 II 162 E. 3c S. 164; BSK OR I-*Honsell* (Fn. 27), Art. 205 N 9; *Watter/Wieser* (Fn. 93), S. 159 f.; *Vischer* (Fn. 69), S. 363 und 365.

98 BGer 4A_23/2021 vom 12.12.2022 E. 4.

3.2 Gewährleistungsverletzung: Preisdifferenzschaden im Sinne des positiven Interesses

Kaufrechtliche Gewährleistungen gemäss Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR, insbesondere diejenigen, die in einem Unternehmenskaufvertrag enthalten sind, sind kaufrechtliche Erfüllungsversprechen. Denn im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht gilt die Erfüllungstheorie und nicht die althergebrachte Gewährleistungstheorie.[99] Bei einer Gewährleistungsverletzung ist gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vorbehältlich einer abweichenden vertraglichen Regelung das positive Interesse zu ersetzen.[100] Art. 97 Abs. 1 OR ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich des kaufvertraglichen Gewährleistungsrechts die Grundlage für den Schadenersatz.[101]

Der relevante Schaden liegt im Ersatz des fehlenden Unternehmenswerts,[102] also in der Differenz zwischen dem fiktiven (hypothetischen) Soll-Unternehmenswert bei Richtigkeit der Gewährleistungsaussage und dem Ist-Unternehmenswert.[103] Man mag für diesen *Wertdifferenzschaden* den Begriff des Preisdifferenzschadens ablehnen.[104] In einer wirtschaftlichen Betrachtung bewirkt aber jeder vom Verkäufer bei einer Gewährleistungsverletzung zu erstattende Schaden eine Preisminderung, weshalb dieser Schaden ohne Zwang ebenfalls als Preisdifferenzschaden verstanden werden kann, v.a. wenn man wie hier die relative Methode bei der schadensrechtlichen Minderung ablehnt.[105]

Bezüglich Unternehmensbewertungen (Ist-Unternehmenswert und gegebenenfalls Soll-Unternehmenswert) gilt das bereits Ausgeführte[106] analog, wobei man sich aber bewusst sein muss, dass es um das positive und nicht das negative Interesse geht.[107] Insbesondere gilt damit das bereits Ausgeführte[108] analog (i) bezüglich der anteiligen Unternehmenswerte beim nicht 100%igen *Share Deal*[109], (ii) bezüglich der vom Käufer gewählten Unternehmensbewertungsmethode, wenn sie eine gängige Unternehmensbewertungsmethode ist,[110] (iii) bezüglich der Vermutung, dass der Ist-Kaufpreis dem Soll-Unternehmenswert und damit der Soll-Kaufpreis dem Ist-Unternehmenswert entspricht, (iv) bezüglich des massgeblichen Zeitpunkts für die Unternehmensbewertungen,[111] (v) bezüglich der Herleitung über eine Vertragsauslegung bzw. Vertragsergänzung und (vi) bezüglich der indirekten und direkten Methode, wobei bei der direkten Methode alsdann eine Naturalherstellung auf Stufe einzelner Gegenstände des Unternehmens vorliegt.[112]

Der Preisdifferenzschaden ist, soweit die direkte Methode angewendet wird, zur Naturalherstellung und im Restumfang zur Wertentschädigung zu zählen.[113] Zum Preisdifferenzschaden (als Naturalherstellung oder Wertentschädigung) können weitere Schadenspositionen (als Wertentschädigung) hinzukommen.[114] Dieser Folgeschaden kann erneut als mittelbarer, indirekter oder weiterer Schaden bezeichnet werden, der zum unmittelbaren oder direkten Schaden, das heisst dem Preisdifferenzschaden, hinzutritt.

Nachzutragen ist, dass der Preisdifferenzschaden auch durch eine Kombination von Naturalherstellung auf Stufe einzelner Gegenstände des Unterneh-

99 Z.B. *Yeşim M. Atamer/Jan Küng,* Haftungsbegrenzungen bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung, AJP 2021, S. 1093 ff., S. 1094 f.; *Markus Vischer,* Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1 ff.

100 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.273; im Allgemeinen bezüglich Art. 97 OR z.B. BK-*Emmenegger* (Fn. 39), Art. 97 OR N 288, siehe auch N 261 ff. und 287; zur Ersatzpflicht des positiven Interesses bei Informationsversprechen wie einer Offenlegungsgewährleistung BSK OR I-*Wiegand* (Fn. 27), Art. 97 N 38a; siehe auch bereits Kapitel III.2.2.

101 Z.B. BGer 4A_445/2019 vom 18.2.2020 E. 2.1; BGE 133 III 335 E. 2.4.1 S. 339; BSK OR I-*Wiegand* (Fn. 27), Art. 97 N 28; BSK OR I-*Honsell* (Fn. 27), Vor Art. 197–210 N 6; *Vischer* (Fn. 69), S. 365 f.; zur Kritik an dieser Rechtsprechung z.B. *Watter/Wieser* (Fn. 93), S. 165.

102 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.273.

103 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.275.

104 So *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.332 ff. und 12.394 f., siehe auch Rz. 11.65 ff. und 12.275.

105 Siehe Fn. 77.

106 Vgl. Kapitel III.3.1.

107 Siehe allerdings *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.182 (Anm. 208), wonach das negative Interesse dem positiven Interesse angenähert ist, wenn wie hier vertreten bei der schadensrechtlichen Minderung nicht die relative Methode, sondern die absolute Methode angewandt wird.

108 Vgl. Kapitel III.3.1.

109 Siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.275.

110 Siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.278, auch betreffend «objektive […] Feststellung eines subjekt-bezogenen Unternehmenswertes».

111 Siehe auch abweichend *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.288 ff., mit einem späteren Bewertungsstichtag.

112 Siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.295 ff.

113 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.245 ff. und 12.273 ff.

114 Siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.275.

mens[115] und von Wertentschädigung ermittelt werden kann.[116]

4. Überprüfung des bundesgerichtlichen Urteils in Bezug auf die Definition des relevanten Schadens als Preisdifferenzschaden

Das Bundesgericht lag im vorliegenden Fall mit der Definition des relevanten Schadens als Preisdifferenzschaden richtig, wenn man diese Definition am Schaden misst, den die Käuferin beim Unternehmenskauf der Zielgesellschaft erlitten hätte, wenn (i) der Verkäufer selbst (und nicht die Beauftragte) der Käuferin die unrichtigen Informationen geliefert und damit die Käuferin absichtlich getäuscht hätte und wenn (ii) der Verkäufer der Käuferin im Unternehmenskaufvertrag sogar die Korrektheit der letztlich unrichtigen Informationen gewährleistet und diese Gewährleistung verletzt hätte.

Entsprechend ist nicht falsch, dass es das Bundesgericht für relevant hielt, ob bei korrekter Informationslage ebenfalls ein Unternehmenskaufvertrag geschlossen worden wäre und welcher Preis bei korrekter Informationslage für die Zielgesellschaft bezahlt worden wäre. Unklar bleibt allerdings, ob diese Fragen nach Ansicht des Bundesgerichts ausschliesslich aus Sicht der Käuferin oder aus Sicht der Käuferin und des Verkäufers zu beantworten sind.[117] Nach hier vertretener Auffassung ist für die Beantwortung beider Fragen auf den hypothetischen Willen beider Parteien unter Berücksichtigung der konkreten Umstände abzustellen.[118]

Allerdings waren die Argumente des Bundesgerichts, die Käuferin hätte zu den genannten beiden Tatsachen keine Ausführungen gemacht, sehr spitzfindig, um nicht zu sagen falsch. Denn die Käuferin führte explizit aus, der Soll-Kaufpreis hätte dem Ist-Unternehmenswert entsprochen,[119] womit sie mindestens implizit auch sagte, sie hätte die Zielgesellschaft (zu diesem Preis) bei korrekter Informationslage gekauft. Zudem berief die Käuferin sich mit diesen Ausführungen mindestens implizit auch auf die zuerst geschilderte Vermutung,[120] womit sie auch genügend substantiierte Ausführungen zu den Grundlagen der Schadensberechnung machte.[121]

5. Fazit

Die Schadensberechnung beim Unternehmenskauf ist komplex. Ob sie vertraglich in den Griff zu bekommen ist, ist zweifelhaft. Es gilt hier wahrscheinlich das Motto, dass weniger mehr ist, was so viel heisst, es beim gesetzlichen Schadensbegriff zu belassen und nicht in die gesetzliche Schadensberechnung einzugreifen, was vertragliche Haftungsbeschränkungen nicht ausschliesst.[122] Immerhin hilft es, wenn die Parteien im Unternehmenskaufvertrag die angewandte Unternehmensbewertungsmethode beschreiben.

Das tönt insgesamt resigniert, ist es aber nicht. Denn Vertragsgestaltung ist Systemgestaltung, wobei sich ein System dadurch auszeichnet, dass es «ein sinnvoll sowie zweckmässig gegliedertes und geordnetes[,] kohärentes (zusammenhängendes) und konsistentes (widerspruchsfreies) Gefüge von Teilen [ist],

115 Vgl. Kapitel III.3.1; siehe dazu schon *Diem* (Fn. 26), S. 37 f. für Anwendungsbeispiele BGer 4A_42/2009 vom 1.5.2009 E. 4, betreffend die nicht eingehaltene Eigenkapitalgarantie, und BGE 81 II 213 E. 3 S. 220, betreffend vorhandene Schulden trotz anderslautender Gewährleistung; siehe auch BGer 4C.33/2004 und 4C.357/2005 vom 8.2.2006 E. 2.4, ebenfalls betreffend vorhandene Schulden trotz anderslautender Gewährleistung; siehe auch *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.295 ff., zur Schadensberechnung bei Bilanzgarantien, Rz. 12.377 ff. auch mit der zu Recht erfolgenden Ablehnung der Theorie der Bilanzauffüllung.

116 *Wächter* (Fn. 24), Rz. 12.295 ff.

117 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 4.2: «elle aurait pu, si elle avait disposé d'informations correctes, acquérir FSA pour un montant inférieur […]» (Käuferin); «[…] que les négociations auraient pu aboutir à un prix inférieur, […]» (beide Parteien); «[…] le prix qu'elle aurait payé en cas d'exécution correcte du mandat.» (Käuferin); «[…] elle aurait renoncé à son projet d'acquisition.» (Käuferin); «[…] elle aurait pu acquérir F. SA […]» (Käuferin); «qu'elle aurait renoncé à acquérir F. SA […]» (Käuferin); E. 4.3: «[…] mais ne tient pas compte des volontés du vendeur et de l'acquéresse. Rien n'indique que le vendeur aurait accepté de vendre la société à un tel prix. […]» (Parteien); E. 5.2: «[…] quel montant elle aurait été prête à payer pour acquérir la société […]» (Käuferin); «[…] le montant pour lequel elle aurait pu acquérir la société […]» (Käuferin).

118 Vgl. Kapitel III.3.1.

119 BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 3.4.1.

120 Siehe auch BGer 4A_480/2021 vom 9.11.2022 E. 4.2.

121 Siehe auch Fn. 71 zu den im deutschen Recht in Bezug auf den Nachweis, dass die Gegenpartei mit einem Vertragsabschluss, aber zu anderen Konditionen, einverstanden gewesen wäre, gewährten Beweiserleichterungen.

122 Siehe dazu im Allgemeinen z.B. *Schenker* (Fn. 25), S. 331 und 347 f.

die ineinandergreifen und zusammenwirken».[123] Zum System des Vertrags gehört auch die hinter dem Vertrag stehende Rechtsordnung. Vor ihrem Hintergrund sind in jedem Vertrag vertragliche, mit der dahinterstehenden Rechtsordnung vernetzte Regelungsschwerpunkte zu bilden und gewisse Punkte der hinter dem Vertrag stehenden Rechtsordnung zu überlassen.[124] Zu Letzterem gehört nach hier vertretener Ansicht auch die Schadensberechnung beim Unternehmenskauf.

[123] *Rainer Schumacher,* Vertragsgestaltung, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 47 (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Aufsatzes entfernt).

[124] *Schumacher* (Fn. 123), Rz. 912 und 943.