EuropaInstitut
AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Rudolf Tschäni

Mergers & Acquisitions XII

Schulthess § 2010

Die Haftung des Beraters bei M&A Transaktionen

Urs Schenker*

Inhalt

I. Berater im M&A Umfeld ... 184
1. M&A Transaktionen sind beratungsintensiv ... 184
2. Berater in unterschiedlichen Sparten ... 185

II. Auftragsrecht als Basis der Beratungsbeziehung ... 187
1. Der Beratungsvertrag als Auftrag ... 187
2. Die Leistungspflicht des Beauftragten ... 187
3. Die Treuepflicht des Beraters ... 189
a) Vermeidung von Interessenkonflikten ... 189
b) Geheimhaltungspflicht ... 190
c) Aufklärungs- und Abmahnungspflicht ... 191
d) Abmahnungspflicht bezüglich des Verhaltens anderer Berater ... 193
4. Die Sorgfaltspflicht des Beraters ... 195
5. Honorar des Beraters – Wechselwirkungen mit den Pflichten des Beraters ... 197

III. Vertragsverletzung und Haftung ... 199
1. Voraussetzung der Haftung ... 199
a) Vertragsverletzung ... 199
aa) Nichterfüllung ... 199
bb) Verzug ... 200
cc) Schlechterfüllung ... 200
b) Adäquater Kausalzusammenhang ... 201
aa) Einfluss auf den Vertragsabschluss ... 201
bb) Veränderter Vertragsinhalt ... 202
c) Schaden ... 204
d) Verschulden ... 204
2. Die Haftung gegenüber Dritten ... 205
aa) Deliktische Ansprüche ... 205
bb) Vertrauenshaftung ... 206

IV. Vermeidung der Haftung ... 206
1. Definition des Auftrages ... 206
2. Sorgfältiges Vorgehen ... 208

* Der Autor möchte sich bei lic. iur. Fabienne Schibli bedanken, die das Manuskript kritisch durchgesehen und ihn bei der Arbeit und den Fussnoten unterstützt hat.

3. Abmahnungspflicht Ernst nehmen 210
4. Schriftliche Dokumentation 210
5. Freizeichnungsklauseln 211

I. Berater im M&A Umfeld

1. M&A Transaktionen sind beratungsintensiv

Der Kauf oder Verkauf eines Unternehmens ist für die beteiligten Parteien in den meisten Fällen eine ausserordentliche Transaktion, die sich stark vom normalen operativen Geschäft abhebt. Nur wenige Grossunternehmen führen derartige Transaktionen so häufig durch, dass sie intern personelle Kapazitäten aufgebaut haben, um M&A Transaktionen zu planen und durchzuführen. Bei den meisten Käufern und Verkäufern von Unternehmen fehlt es dagegen an diesen Kapazitäten[1]. Das entsprechende Defizit an Wissen und Erfahrung führt dazu, dass wichtige Aspekte der Planung und Durchführung eines Unternehmenskaufs an Berater übertragen werden[2], die in diesem Bereich über Erfahrung und Spezialwissen verfügen.

Ein Unternehmenskauf bzw. –verkauf hat für die betroffenen Parteien meistens eine sehr grosse wirtschaftliche Bedeutung. Die Beratung durch qualifizierte Dritte soll daher eine sorgfältige Planung und Ausführung der Transaktion sicherstellen und auf diese Weise das mit der Transaktion verbundene Risiko begrenzen. Aus der Sicht der Organe einer Gesellschaft, die ein Unternehmen kauft oder verkauft, ist der Beizug von externen Spezialisten auch ein wichtiger Schritt zur Erfüllung ihrer eigenen Sorgfaltspflicht[3] – wenn der Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung einer Aktiengesellschaft nicht selbst über die für Planung und Durchführung einer Transaktion notwendigen Erfahrungen verfügt, so zwingt sie ihre Sorgfaltspflicht dazu, Dritte

1 HOCH CLASSEN MARIEL/HSU PETER CH./ROTH PELLANDA KATJA, Due Diligence und Vertrag, in: FS für HANS CASPAR VON DER CRONE, Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Zürich 2007, 339.

2 VALK THOMAS, Unternehmenstransaktion und Due Diligence, ST 4/2006, 246.

3 SCHNELLER YVES, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Diss. St. Gallen, Zürich 2006, 378.

beizuziehen, um auf diese Weise sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft optimal gewahrt werden[4].

Die Übertragung wichtiger Funktionen an fachkundige Spezialisten weckt beim Auftraggeber eine hohe Erwartungshaltung – er setzt voraus, dass die von ihm beigezogenen Berater tatsächlich über das für die Planung und Durchführung der Transaktion notwendige Know-how verfügen und dies vollumfänglich zur Wahrung seiner Interessen einsetzen[5]. Diese Erwartungshaltung wird häufig auch dadurch bestärkt, dass die beigezogenen Spezialisten bei der Akquisition ihrer Mandate Wissen und Erfahrung ausdrücklich als Argumente für ihren Beizug erwähnen und auch Honorare in Rechnung stellen, die beim Kunden entsprechende Erwartungen bezüglich Know-how und persönlichem Einsatz wecken.

2. Berater in unterschiedlichen Sparten

Ein Unternehmenskauf ist eine komplexe Transaktion, die verschiedene Fachgebiete und Erfahrungsbereiche betrifft. Neben der zentralen Frage, welcher Preis für ein bestimmtes Unternehmen angemessen ist, stellen sich bei der Planung und Durchführung auch rechtliche, steuerliche, finanzielle und betriebswirtschaftliche Fragen, die mindestens teilweise durch Berater behandelt werden müssen[6]. Da kein Berater alle diese Bereiche gleichzeitig mit hoher Qualität abdecken kann, wird eine Partei zu ihrer Abstützung meistens mehrere Berater beiziehen. Neben einem Investment Banker, der die betreffende Partei bezüglich des Wertes des Kauf- bzw. Verkaufsobjektes und des taktischen Vorgehens berät[7], wird sie auch noch Anwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und je nach Art der Transaktion häufig auch Unternehmensberater beiziehen[8]. Diese Spezialisten haben im Rahmen der

4 TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 24.

5 MÜLLER-CHEN MARKUS, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, in: FS für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 509.

6 Ausführlich zu den verschiedenen Bereichen siehe SCHENKER URS, Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 221 ff.

7 TSCHÄNI RUDOLF, Risiken von Banken bei Unternehmensübernahmen, GesKR 3/2008, 205 ff.

8 HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 1), 324.

beabsichtigten Transaktion alle ihre eigenen Tätigkeitsgebiete und Verantwortungsbereiche. Diese unterschiedlichen Tätigkeitsgebiete können sich in einzelnen Bereichen überschneiden und müssen grundsätzlich vom Kunden abgegrenzt und koordiniert werden, soweit nicht einer der Berater eine Koordinations- und Leitungsfunktion übernimmt oder sogar als „Generalunternehmer" auftritt, der die anderen Berater als Subakkordanten beschäftigt.

Die Praxis zeigt, dass gerade beim Zusammenwirken der verschiedenen Berater Probleme bezüglich Koordination und Schnittstellen entstehen können[9]. Auch wenn die einzelnen Berater grundsätzlich unterschiedliche Tätigkeitsbereiche haben, so kann dies einerseits zu einem für den Auftraggeber unnötigen Doppelaufwand führen, andererseits aber auch dazu, dass jeder der beteiligten Berater davon ausgeht, dass der betreffende Bereich vom jeweils anderen Berater abgedeckt wird.

Bei der Beratung des Auftraggebers beeinflussen die Arbeitsergebnisse der Berater aber auch die gegenseitige Tätigkeit; die Ergebnisse einer Umweltschutz Due Diligence müssen beispielsweise im Vertrag, den der Rechtsanwalt ausarbeitet, umgesetzt werden und gleichzeitig auch in der Bewertung der Gesellschaft berücksichtigt werden, welche die Investment Bank macht[10].

Auch wenn jeder Berater grundsätzlich nur für seinen Arbeitsbereich verantwortlich ist, kann sich aus der hinten dargestellten Treuepflicht des Beraters[11] die Pflicht ergeben einerseits den Auftraggeber im Rahmen der Arbeit am Projekt auf Lücken und Überschneidungen in den Tätigkeitsbereichen der einzelnen Berater, sowie auf Schnittstellenprobleme im Austausch der Informationen und Arbeitsergebnisse hinzuweisen. In diesem Rahmen haben die einzelnen Berater eine beschränkte Verantwortung für die sachgerechte Organisation ihrer Zusammenarbeit[12].

9 HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 1), 324.

10 Vgl. zur Zusammenarbeit zwischen den Beratungsteams HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 1), 342.

11 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. II.3. hinten.

12 MÜLLER-CHEN (FN 5), 509.

II. Auftragsrecht als Basis der Beratungsbeziehung

1. Der Beratungsvertrag als Auftrag

Der Beratungsvertrag ist ein Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR[13]. Der Berater verpflichtet sich im Rahmen dieses Vertrages dazu, eine Arbeitsleistung zu erbringen, die im Interesse seines Kunden liegt. Auch wenn der Berater sich im Rahmen einer M&A Transaktion in die Projektorganisation des Auftraggebers integriert, bleibt der Berater bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung aber in einer selbständigen Position gegenüber dem Kunden und ist damit auch für seine eigene interne Organisation vollumfänglich selbst verantwortlich[14].

Typisch für das Auftrags- bzw. Beratungsverhältnis ist, dass der Berater keinen spezifischen Erfolg verspricht[15]. Zwar arbeiten alle Berater im Rahmen des M&A Prozesses auf das Ziel hin, ein bestimmtes Unternehmen zu kaufen oder verkaufen; sie können aber letztlich nicht für den Erfolg ihrer Tätigkeit, d.h. die Durchführung der Transaktion, einstehen. Dadurch grenzt sich der Beratungsvertrag vom Werkvertrag[16] ab.

2. Die Leistungspflicht des Beauftragten

Die Leistungspflicht des Beauftragten ergibt sich aus dem Vertrag, den er mit dem Auftraggeber schliesst und in dem die Leistungspflicht definiert wird. Im Rahmen dieser Leistungspflicht kann der Auftraggeber allerdings dem

13 WEBER ROLF H., Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 2007, Vor Art. 394-406 N 2.

14 Vgl. zur Abgrenzung des Auftrags vom Arbeitsvertrag: HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008, 758.

15 HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.) Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 2000, 19.

16 Werkvertragliche Leistungen im Rahmen der M&A Beratung sind nur dort denkbar, wo ein ganz bestimmtes Arbeitsergebnis, wie z.B. die Durchführung von Bodenproben im Rahmen von Umweltschutzabklärungen, versprochen wird.

Berater jederzeit Weisungen erteilen, welche seine Handlungspflichten modifizieren können[17].

Durch die Möglichkeit den ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang mittels nachträglichen Weisungen einseitig zu verändern, liegt die Gestaltung des Vertragsinhaltes und die Definition der Leistungen des Beauftragten primär in der Hand des Auftraggebers[18]. Der fachkundige Berater trägt nach der Gerichtspraxis aber eine Mitverantwortung für die Ausgestaltung seiner eigenen Leistungspflicht[19]. Im Rahmen der Treue- und Sorgfaltspflicht muss er die Situation des Auftraggebers und dessen Bedürfnisse bei Annahme des Auftrages analysieren[20]. Falls der Berater bei dieser Analyse feststellt, dass der Auftrag vom Auftraggeber in einer Art definiert ist, die nicht seiner tatsächlichen Interessenlage entspricht bzw. seine Interessen nicht adäquat schützt, so muss er ihn auf diesen Umstand hinweisen und ihm Vorschläge zur Verbesserung unterbreiten[21]. Auch bei Weisungen muss in diesem Sinne der fachkundige Beauftragte den Auftraggeber abmahnen, wenn diese im Hinblick auf die Wahrung der Interessen des Auftraggebers unzweckmässig sind[22]. Damit übernimmt der fachkundige Beauftragte selbst einen Teil der Verantwortung für die Vertragsgestaltung und den Inhalt seiner Tätigkeit.

17 HOFSTETTER (FN 15), 101.

18 HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, 311.

19 Haftung des Architekten, der nicht auf eine sachgerechte Haftpflichtversicherung hingewiesen hat (BGE 111 II 72, 75); Haftung der Bank, die den Kunden nicht über anfallende Verrechnungssteuern (BGE 110 II 360, 372) bzw. über die Risiken von Spekulationsgeschäften (BGE 115 II 62, 64) informierte; Haftung des Anwalts, wenn er bei der Prüfung eines Grundstückgeschäfts nicht auf Risiken der Vertragsgestaltung aufmerksam macht (PKG 1997, S. 73).

20 PLÜSS ADRIAN, Die Haftung des Beraters, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 3/1998, 104.

21 Erhält ein Umweltschutzberater z.B. vom Kaufinteressenten den Auftrag im Rahmen einer Transaktion nur einen Teil der Industriegrundstücke des Kaufobjekts zu untersuchen, so muss er den Kaufinteressenten darauf hinweisen, dass die übrigen Grundstücke eben so grosse Risiken beinhalten können und deshalb ebenfalls untersucht werden sollten.

22 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. II.3.c) hinten.

3. Die Treuepflicht des Beraters

Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR hat der Berater gegenüber dem Auftraggeber eine Treuepflicht, d.h. er muss die Interessen des Auftraggebers bei der Ausübung seiner Tätigkeit wahren und alle Handlungen unterlassen, welche den Auftraggeber schädigen können[23]. Diese allgemeine Treuepflicht führt zu verschiedenen konkreten Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten für den Berater im Rahmen einer M&A Situation[24].

a) Vermeidung von Interessenkonflikten

Der Beauftragte ist verpflichtet allein die Interessen des Auftraggebers zu wahren[25]. Er darf dementsprechend im Zusammenhang mit seinem Auftrag bzw. der Transaktion, an der er arbeitet, weder eigene noch Interessen Dritter verfolgen, die in einem Konflikt mit denjenigen des Auftraggebers stehen könnten[26].

Im Rahmen der Beratung einer Partei bei einer M&A Transaktion darf der Beauftragte daher nicht gleichzeitig eine andere Partei beraten, die entgegenstehende Interessen vertritt[27]. So darf er insbesondere nicht gleichzeitig die Gegenseite im Zusammenhang mit der geplanten Transaktion beraten. Er darf im Zusammenhang mit dieser Transaktion aber auch keine Drittparteien beraten, deren Interessen denjenigen des Auftraggebers zuwider laufen; so darf er in einer Auktion nicht mehrere Kaufinteressenten vertreten, da diese miteinander im Wettbewerb stehen und sich die Förderung eines Kaufinteressenten immer zum Nachteil des anderen auswirkt[28].

23 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 398 N 8.

24 Vgl. FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum einfachen Auftrag, Bern 1992, Art. 398 N 32.

25 Vgl. zur Umgehung des Problems der Interessenkollision in grösseren Banken mittels Errichtung von Chinese Walls: TSCHÄNI (FN 7), 207.

26 Vgl. zur Problematik: HOFSTETTER (FN 15), 43 ff.

27 KULL MICHAEL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Diss. Zürich 2000, 75.

28 Vgl. TESTA GIOVANNI ANDREA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, 93 ff.

Während kleinere Beratungsunternehmen Interessenkonflikte dadurch vermeiden können, dass sie jeweils ganz konsequent nur eine an einer Transaktion beteiligte bzw. interessierte Partei vertreten, kann dies grossen Organisationen wesentlich schwerer fallen. Vertritt eine Investment Bank, die Teil einer Universalbank ist, einen Kaufinteressenten in einer Auktion, so kann es immer wieder zum Problem kommen, dass die Bank gleichzeitig Darlehensgeberin eines Konkurrenten ist und dieser von der betreffenden Bank die Finanzierung des Kaufs erwartet. Ähnlichen Problemen sind grosse Wirtschaftsprüfungsunternehmen ausgesetzt, welche die Due Diligence für einen Kaufinteressenten durchführen, gleichzeitig aber Revisionsstelle von Konkurrenzanbietern sind und daher Kenntnisse von deren finanziellen Möglichkeiten haben. In diesen Fällen muss der betreffende Berater die Möglichkeit von Interessenkonflikten von Anfang an offenlegen und durch interne Massnahmen sicherstellen, dass sich diese Geschäftsbeziehungen nicht negativ auf den Auftraggeber auswirken[29].

b) Geheimhaltungspflicht

Teil der Pflicht zur Interessenwahrung ist auch, dass der Beauftragte Geschäftsgeheimnisse des Auftraggebers, die er im Rahmen seiner Tätigkeit erfährt, tatsächlich geheim hält[30]. Bei einer M&A Transaktion ist die Geheimhaltungspflicht des Beraters von grosser Bedeutung: einerseits erhält der Berater im Rahmen seiner Beratung häufig geheime Informationen über die Geschäftstätigkeit seines Auftraggebers und des Kaufobjektes[31]. Andererseits erhält er aber auch sehr wichtige Informationen über Verhalten und Absichten des Auftraggebers in Bezug auf das Verfahren, wie insbesondere die internen Bewertungen des Kaufobjekts oder Informationen über das taktische Vorgehen. Gerade die Bekanntgabe dieser Informationen an Dritte kann den Auftraggeber im Rahmen des Unternehmenskaufvertrags massiv schädigen. Der Berater muss daher durch organisatorische[32] sowie betriebstechnische[33] Massnahmen sicherstellen, dass die betreffenden Informationen nicht Dritten offen gelegt werden.

c) Aufklärungs- und Abmahnungspflicht

Ein in diesem Sinne Beauftragter, der aufgrund seiner spezifischen Fachkunde beigezogen wird und über Kenntnisse verfügt, die der Auftraggeber nicht hat, muss aufgrund seiner Treuepflicht den Auftraggeber bereits bei der Auftragsgestaltung auf mögliche Probleme im Zusammenhang mit dem Auftrag aufmerksam machen[34]. So muss er insbesondere auf die Erfolgschancen des Auftrags und auf die Risiken, welche mit dem Auftrag verbunden sind, hinweisen. Der fachmännische Beauftragte muss im Rahmen seiner Treuepflicht auch die Weisungen, die der Auftraggeber nach Abschluss des Auftrages erteilt, kritisch analysieren und diesen auf Probleme, Gefahren und vor allem auch Mehrkosten aufmerksam machen, die sich aus diesen Weisungen ergeben können.

Diese aus der Treuepflicht fliessende Aufklärungs- und Abmahnungspflicht des Beauftragten kann in diesem Sinne in die vorne dargestellte primäre Pflicht des Beauftragten, die vertraglich festgelegte Tätigkeit auszuführen und die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen, eingreifen[35]. Erkennt der Beauftragte aufgrund seiner höheren Fachkenntnis, dass der Vertragsinhalt oder Weisungen nicht im Interesse des Auftraggebers liegen, so kann er nicht einfach seine Tätigkeit ausüben, sondern muss durch die entsprechende Abmahnung auf die Gestaltung des Vertrages bzw. seiner Leistungspflicht Einfluss nehmen. Hält der Auftraggeber allerdings an dem von ihm formulierten Vertragsinhalt bzw. einer Weisung fest, so tritt die Ausführungspflicht in den

---

29 HOFSTETTER (FN 15), 106 ff.

30 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 398 N 11.

31 FELLMANN, BK (FN 24), Art. 398 N 40.

32 Beschränkung der Offenlegung nur an diejenigen Mitarbeiter des Beraters, die diese Informationen unbedingt kennen müssen.

33 Sicherung der EDV-Systeme und der Dokumentenablage, Verwendung von Codewörtern, etc.

34 STEININGER THOMAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Beratungsauftrag und Aufklärungspflichten, SZW 2009, 146.

35 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 397 N 8; FELLMANN, BK (FN 24), Art. 397 N 105 ff.

Vordergrund[36] – die in den Augen des Beauftragten verfehlten Weisungen bzw. der ungünstige Vertragsinhalt müssen umgesetzt werden[37].

Berater werden, wie vorne dargestellt[38], zu einer M&A Transaktion beigezogen, weil der Kunde nicht über die für diese Transaktion notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt und vom Berater die entsprechende Fachkenntnis erwartet. Dementsprechend gelten die vorne dargestellten Grundsätze[39], die das Bundesgericht für fachkundige Berater entwickelt hat, gerade auch für Berater, die im Rahmen von M&A Transaktionen tätig sind. Aus der Aufklärungs- und Abmahnungspflicht ergeben sich dementsprechend für Berater im M&A Bereich folgende konkrete Pflichten:

- Bei der Annahme des Mandates muss der Beauftragte die Situation und Bedürfnisse des Auftraggebers im Hinblick auf die geplante Transaktion analysieren bzw. einen entsprechenden Vorschlag zur Formulierung des Auftrages machen, der die Bedürfnisse des Auftraggebers in der konkreten Situation optimal abdeckt. Dabei muss der Berater insbesondere auch darauf achten, dass Schnittstellen zu anderen Beratern abgedeckt werden und den Auftraggeber auf den Koordinationsbedarf aufmerksam machen[40]. In der Praxis formuliert deshalb der Berater häufig den Inhalt des Auftrages selbst im Rahmen eines Engagement Letters, den er dem Auftraggeber vorlegt[41]. Die Formulierung des Auftrages hat für den Berater in geschäftlicher Hinsicht den Vorteil, dass er seine Tätigkeit seinen eigenen Bedürfnissen und Kapazitäten anpassen kann. Gleichzeitig übernimmt der Berater mit der Formulierung des Auftrages aber auch die Verantwortung dafür, dass die im Auftrag definierte Tätigkeit – in Zusammenarbeit mit den anderen Beratern des Auftraggebers – dessen Interessen optimal abdeckt[42].
- Der Beauftragte muss Weisungen, die ihm der Auftraggeber erteilt kritisch analysieren, um festzustellen, ob diese tatsächlich dem Ziel entsprechen, die geplante Transaktion für den Auftraggeber optimal zu gestalten[43]. Erhält z.B. der Rechtsanwalt, der für den Käufer in einem Auktionsverfahren den Mark-up des Vertrages erstellt, von seinem Auftraggeber die Weisung keine Zusicherungen bezüglich Bilanz, Steuern und Umweltschutz in den Vertrag aufzunehmen, weil dies allenfalls den Verhandlungserfolg beeinträchtigen könnte, so muss er dem Auftraggeber mitteilen, dass ihn eine derartige Vertragsgestaltung grossen Risiken aussetzt und auch nicht der gängigen Praxis entspricht[44]. Nur wenn der Auftraggeber trotz dieser Abmahnung auf seine Weisung insistiert, kann und muss der Beauftragte die Weisung ausführen[45].

d) Abmahnungspflicht bezüglich des Verhaltens anderer Berater

Wenn mehrere Berater im Rahmen eines M&A Projektes für den Auftraggeber tätig sind, so stellt sich die Frage, ob die einzelnen Berater den Auftraggeber darauf aufmerksam machen müssen, wenn ein Risiko im Arbeitsbereich eines anderen Beraters entsteht bzw. ein anderer Berater ein Problem übersieht. Grundsätzlich hat jeder Berater einen selbständigen Tätigkeits- und Verantwortungsbereich, den er mit dem Auftraggeber im Rahmen des Auftragsverhältnisses festgelegt hat. Er trägt zwar, wie vorne dargestellt[46], insofern die Verantwortung für die richtige Definition der Schnittstellen mit

---

36 Das Festhalten des Auftraggebers an unzweckmässigen Weisungen trotz Abmahnung entbindet den Berater von seiner Schadenersatzpflicht, da den Auftraggeber ein Selbstverschulden trifft: HUGUENIN (FN 14), 794.

37 Da eine unzweckmässige Tätigkeit des Beauftragten allerdings nicht nur den Auftraggeber schädigt, sondern auch die Reputation des Beauftragten beeinträchtigen kann, muss der Beauftragte unter Umständen das Mandat niederlegen.

38 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. I.1. vorne.

39 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. II.2. vorne.

40 HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 1), 342.

41 TSCHÄNI (FN 7), 206.

42 Wird z.B. ein Anwalt mit einer Legal Due Diligence beauftragt, so kann er nicht einfach wesentliche Gebiete wie z.B. Immaterialgüterrechte oder die Beurteilung laufender Prozesse aus dem Umfang seines Mandates streichen, ohne den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen, dass er in diesem Bereich nicht abgedeckt ist und zur Sicherung seiner Risiken deshalb einen Spezialisten beiziehen muss.

43 KULL (FN 27), 36.

44 Sog. Abmahnung, vgl. FELLMANN, BK (FN 24), Art. 397 N 105 ff.

45 Einzig rechtswidrige, unmögliche und unsittliche Weisungen sind infolge analoger Anwendung von Art. 19 bzw. 20 OR für den Beauftragten nichtig, vgl. HUGUENIN (FN 14), 798.

46 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. I.2. vorne.

den anderen Beratern, als er den Auftraggeber auf diese aufmerksam machen muss. Er hat aber keine direkte Verantwortung für die Tätigkeitsbereiche der anderen Beauftragten, da der Auftraggeber die einzelnen Arbeits- bzw. Beratungsgebiete ja gerade unterschiedlichen Beratern zuteilen wollte. Jeder Beauftragte kann sich dabei auf die Fachkunde des anderen Beraters verlassen und muss dementsprechend nicht überprüfen, ob dieser Fehler macht. Von diesem Prinzip, dass jeder Berater nur für seinen eigenen Aufgabenbereich verantwortlich ist, gibt es allerdings aufgrund der allgemeinen Treuepflicht folgende Ausnahmen:

- Stellt ein Berater fest, dass ein anderer Berater einen offensichtlichen Fehler macht – entdeckt der Anwalt z.B., dass in der DCF-Bewertung des Investment Bankers ein Vorzeichenfehler steckt – so muss er dies aufgrund seiner allgemeinen Pflicht, die Interessen des Auftraggebers zu wahren, mitteilen[47]. In diesem Sinne hat ein Berater zwar keine Pflicht laufend die Tätigkeit der übrigen Berater mit zu überwachen, muss aber bei Fehlern, die er tatsächlich entdeckt, reagieren.
- Überlappen sich die Verantwortungsbereiche von zwei Beratern[48], so sind beide Berater für Probleme im betreffenden Bereich verantwortlich. Diese Situation kann sich beispielsweise ergeben, wenn Rechts- und Umweltberater für einen Kaufinteressenten eine Due Diligence durchführen und die zum Verkauf stehende Gesellschaft in ein verwaltungsrechtliches Verfahren verwickelt ist, in dem über umweltschutzrechtliche Sanierungsauflagen zu entscheiden ist. Da es sich um ein Verfahren handelt, werden diese Probleme in den typischen Zuständigkeitsbereich des Rechtsanwaltes fallen, gleichzeitig gehören sie aber auch in den Due Diligence Bereich des Umweltschutzberaters, da es um die Feststellung umweltschutzrechtlicher Pflichten geht. Dementsprechend müssen beide Berater in diesem Bereich tätig werden und auch auf allfällige Fehler des anderen Beraters hinweisen.

47 Alternative zur Mitteilung an den Auftraggeber ist die Mitteilung an den betreffenden Berater – sofern der Fehler korrigiert wird, ist der Berater, der ihn festgestellt hat, seinen Pflichten mit einer derartigen Mitteilung ebenfalls nachgekommen.

48 Vgl. HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 1), 342 f.

4. Die Sorgfaltspflicht des Beraters

Art. 398 OR verweist bezüglich der Sorgfalt des Beauftragten auf die Regelung des Arbeitsvertrages, d.h. auf Art. 321a i.V.m. 321e Abs. 2 OR[49]. In der Praxis wird dieser Verweis allerdings so interpretiert, dass nur auf das Prinzip der Sorgfalt verwiesen wird, nicht aber auf die Einschränkungen, welche die Gerichtspraxis bei der Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers aus sozialen Gründen entwickelt hat[50]. Im Gegensatz zum Arbeitsrecht vermindern daher individuelle Eigenheiten des Beauftragten den Massstab der Sorgfalt nicht. Das Bundesgericht wendet bei Beauftragten im Gegenteil konsequent einen objektiven Massstab an. Abzustellen ist dementsprechend auf eine im betreffenden Bereich professionell tätige Person[51].

Bezüglich der Beratung bei einer M&A Transaktion wird daher die Sorgfalt des Beraters am Standard einer im M&A Bereich professionell tätigen Person seines Berufstandes gemessen[52]. Konkret muss der M&A Berater diesen Standard in folgenden Punkten einhalten:

- Der Berater muss das Wissen und die Fähigkeiten eines in seinem Bereich tätigen, durchschnittlichen Professionals aufweisen[53]. Sein Wissen muss in diesem Sinne dem allgemein bekannten Stand der Technik entsprechen. Dementsprechend muss der Rechtsanwalt die für seine Tätigkeit relevante anerkannte Literatur und die in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Gerichtsentscheide kennen[54]. Eine Investment Bank muss dagegen die heute bei Bewertungen verwendeten Standards kennen und wo sie aufgrund von Vergleichen mit anderen Transaktionen Empfehlungen abgibt, über eine Datenbank verfügen, welche tatsächlich neuere Transaktionen aufführt und derartige Vergleiche erlaubt.
- Der Berater muss die notwendige Zeit bzw. die erforderliche Personalkapazität zur Ausführung der von ihm geforderten Tätigkeit aufweisen.

49 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 398 N 22.

50 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 398 N 22.

51 Sog. Regeln der Kunst, vgl. HOWALD ANDREAS/NABHOLZ THOMAS, Die Haftung des Steuerberaters, ST 6-7/2009, 480.

52 Vgl. HONSELL (FN 18), 314.

53 MÜLLER-CHEN (FN 5), 509.

54 BGE 134 III 534, 537 f.

Fehlen von Zeit oder Kapazität ist ein Organisationsmangel bzw. ein Sorgfaltspflichtverstoss, der zur Haftung führen kann[55].

Soweit der Beauftragte keine Einzelperson ist, sondern eine Gesellschaft, so muss sie eine Organisation und Prozesse aufweisen, welche die Erfüllung des Auftrages im Sinne des vorne definierten Standards ermöglichen[56], d.h. der gleiche Standard wie beim Einzelberater muss durch den koordinierten Einsatz mehrerer Personen erreicht werden, wobei die interne Organisation, Kommunikation und Koordination im alleinigen Verantwortungsbereich der Beratungsgesellschaft liegt.

Der Sorgfaltsstandard wird im konkreten Fall aber auch durch die Höhe des Honorars beeinflusst[57] – je höher das Honorar des Beauftragten, desto höhere Erwartungen kann der Auftraggeber berechtigterweise an Können und Sorgfalt des Beraters stellen[58]. Der Sorgfaltsmassstab kann ausserdem von den Äusserungen, die der Berater vor der Annahme des Mandates macht, abhängen – je stärker er bei der Akquisition des Mandates seine Fähigkeiten und Erfahrung in den Vordergrund stellt, desto höher muss der Sorgfaltsmassstab sein, da er beim Auftraggeber berechtigte Erwartungen auf eine seinen Aussagen entsprechende besonders sorgfältige Ausführung des Auftrages weckt.

Auch die mit dem Auftrag verbundenen Schwierigkeiten können den Sorgfaltsmassstab verändern[59]: Wenn sich dem Berater bei Annahme des Mandates eine schwierige und komplexe Situation präsentiert und er das Mandat dennoch annimmt, so darf sich der Auftraggeber darauf verlassen, dass der Berater die für diese erhöhte Schwierigkeit notwendigen Fähigkeiten hat[60].

55 MÜLLER-CHEN (FN 5), 509.

56 TSCHÄNI (FN 7), 207 ff.

57 BGE 92 II 234, 240.

58 WIEGAND WOLFGANG, Zur Haftung für Dienstleistungen, recht 1990 Heft 4, 138.

59 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 398 N 27.

60 Zeigen sich allerdings bei der Ausführung des Auftrages unerwartete Schwierigkeiten, so beeinflussen diese den Sorgfaltsmassstab nicht – die Sorgfalt kann allerdings in diesen Fällen erfordern, dass der Berater einen Spezialisten für die Bewältigung dieser Probleme beizieht. Vgl. dazu Ziff. IV.2. hinten.

Fehlen einem Berater die Voraussetzungen, dass er den vorne dargestellten Sorgfaltsstandard überhaupt erfüllen kann, weil er nicht über die notwendige Kapazität bzw. die vorauszusetzenden Fähigkeiten verfügt, so ändert dies am Sorgfaltsmassstab nichts[61]. Letztlich verstösst der Berater in diesem Fall bereits mit der Übernahme des Mandates gegen seine Sorgfaltspflicht, da er vertragliche Pflichten übernimmt, die er gar nicht erfüllen kann. In diesem Sinne liegt ein „Übernahmeverschulden" vor[62].

5. Honorar des Beraters – Wechselwirkungen mit den Pflichten des Beraters

Auftragsverhältnisse sind bei der M&A Beratung typischerweise entgeltlich[63]. Normalerweise werden die Dienstleistungen nach Aufwand verrechnet[64]; Pauschalhonorare werden im Normalfall nur für klar umgrenzte Tätigkeiten[65] vereinbart. Meistens hängt die Tätigkeit des Beraters aber derart stark von den Entscheidungen der Gegenpartei seines Kunden bzw. von der Entwicklung der Transaktion ab, dass es ihm nicht möglich ist das Honorar zu pauschalisieren[66]. Investment Banken und M&A Berater vereinbaren häufig auch ein Erfolgshonorar. Dies führt allerdings nicht dazu, dass die Bewirkung des Erfolges, d.h. die Durchführung der Transaktion zum Inhalt des Vertrages wird – der Erfolg ist nur Bedingung für die Auszahlung des betreffenden Honorars[67]; auch Höhe und Gestaltung des Honorars ändern an den vorne dargestellten grundsätzlichen Pflichten des Beraters nichts.

Die Höhe des Honorars kann aber den Massstab, den die Gerichte an die Erfüllung dieser Pflichten legen, wesentlich beeinflussen: je höher das Honorar ist, desto mehr Leistung kann der Auftraggeber berechtigterweise er-

61 FELLMANN, BK (FN 24), Art. 398 N 358.

62 Vgl. BGE 124 III 155, 162 ff.

63 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 394 N 35.

64 Stunden- oder Tagessätze der betreffenden Berater, Sachaufwand, etc.

65 Z.B. gewisse Tätigkeiten im Rahmen einer Due Diligence, sofern deren Umfang von Anfang an feststeht.

66 Pauschalhonorare haben häufig auch den Nachteil, dass sie falsche Incentives setzen, d.h. den Berater dazu zwingen seinen Aufwand minimal zu halten, was zur Vernachlässigung seiner Sorgfaltspflichten führen kann.

67 FELLMANN, BK (FN 24), Art. 394 N 453.

warten – die Höhe des Honorars impliziert das Ausmass bzw. die Qualität der Dienstleistungen, die im Rahmen eines Beratungsvertrages verlangt werden können. Dies führt vor allem dazu, dass der Sorgfaltsmassstab mit der Höhe des Honorars steigt[68].

Die Praxis zeigt, dass die Höhe und Gestaltung des Honorars in faktischer Hinsicht häufig Auswirkungen auf die Tätigkeit des Beraters haben, da auf diese Weise finanzielle Anreize geschaffen werden, die sich im Verhalten des Beraters niederschlagen. Die Beschränkung des Honorars auf einen Pauschalbetrag führt normalerweise dazu, dass der Beauftragte versucht, seinen Aufwand möglichst gering zu halten und sich dementsprechend am rechtlich erforderlichen Minimalstandard orientiert[69]. Dies mindert automatisch die Qualität der Tätigkeit des Beraters, wobei der Kostendruck sogar dazu führen kann, dass er das rechtlich erforderliche Minimum an Sorgfalt unterschreitet. Erfolgshonorare können dagegen dazu führen, dass der Beauftragte den Zweck des Auftrages, die Interessen des Auftraggebers zu wahren, aus den Augen verliert und nur noch die Realisierung der Transaktion in den Vordergrund stellt[70]. Die sorgfältige Wahrung der Interessen des Auftraggebers kann durchaus verlangen, dass der Beauftragte von der Realisierung der Transaktion abrät[71]. Stellt der Investment Banker, der den Kaufinteressenten berät beispielsweise fest, dass das zum Verkauf stehende Unternehmen Risiken aufweist, die der Kaufinteressent weder beherrschen noch auf den Verkäufer abwälzen kann, oder dass der Preis zu hoch ist, so ist er aufgrund seiner Treue- und Sorgfaltspflicht verpflichtet dem Auftraggeber von einer Transaktion abzuraten[72], auch wenn eine derartige Entscheidung des Auftraggebers seinen Honoraranspruch zunichte macht.

Es ist wesentlich, dass Auftraggeber wie auch Berater die Anreizwirkungen und auch den „moral hazard“[73], der mit der Gestaltung des Honorars verbunden ist, kennen. Für den Berater, der derartige Vereinbarungen eingeht ist es wichtig, diesen Anreizen zu widerstehen und in jedem Fall seine Anforderungen bezüglich Sorgfalts- und Treuepflicht zu erfüllen.

68 Vgl. WIEGAND (FN 58), 138.

69 TESTA (FN 28), 216.

70 TESTA (FN 28), 217 ff.

71 Vgl. SCHLÜCHTER FABIO, Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit unter Einbezug praktischer Fragen der Haftpflichtversicherung, AJP 11/97, 1360.

72 Vgl. HUGUENIN (FN 14), 794.

73 LEU DANIEL, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Diss. Zürich 2005, 17.

III. Vertragsverletzung und Haftung

1. Voraussetzung der Haftung

a) Vertragsverletzung

Die Vertragsverletzung, die Basis des Schadenersatzanspruches ist, muss in einer Verletzung der vorne dargestellten Pflichten des Beraters liegen:

aa) Nichterfüllung

Ein Berater kann seine vertraglichen Verpflichtungen dadurch verletzen, dass er seiner Leistungspflicht überhaupt nicht nachkommt[74]. Ein Umweltschutzberater, der die Verschmutzung eines Grundstückes untersuchen müsste, nimmt z.B. die vertraglich vereinbarten Bohrungen nicht vor und liefert auch keinen Bericht ab[75]. Die Nichterfüllung kann aber auch in einer Vernachlässigung der Treuepflicht liegen, wobei vor allem fehlende Risikohinweise und Abmahnungen zu einer Verletzung des Vertrages führen können[76]. Wie vorne dargestellt, hat der Berater die Pflicht, bei unzweckmässigen Weisungen seines Auftraggebers auf Probleme, die sich aus derartigen Weisungen ergeben können, hinzuweisen[77]. Macht ein Anwalt seinen Auftraggeber z.B. darauf aufmerksam, dass in den Vertrag eine Bilanz- und Steuerzusicherung aufgenommen werden müsste, erteilt anschliessend der Auftraggeber aber die Weisung, auf derartige unnütze Klauseln zu verzichten, so würde der Rechtsanwalt seine Treuepflicht verletzen, wenn er aufgrund dieser Weisungen auf solche Klauseln verzichtet, ohne dass er seinen Klienten über die Risiken aufklärt, die sich aus diesem Verzicht ergeben können.

74 PLÜSS (FN 20), 104.

75 Vgl. SCHENKER (FN 6), 230.

76 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 398 N 8.

77 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. II.3.c) vorne.

bb) Verzug

Der Berater kann seinen Auftrag auch dadurch verletzen, dass er seine Leistung nicht termingerecht erbringt[78]. Eine derartige Verletzung liegt beispielsweise vor, wenn der vorne erwähnte Umweltschutzberater sein Gutachten, das auf eine schwere und wertrelevante Verschmutzung hinweist, erst nach Unterzeichnung des Kaufvertrages abliefert. Derartige Verzugsprobleme können gerade bei Auktionssituationen entstehen, in denen der Kaufinteressent sein Angebot bis zu einem vom Verkäufer festgesetzten Termin abgeben muss und daher zwingend vor diesem Termin im Besitz der Entscheidungsgrundlagen sein muss. Der Termin des Vertragsabschlusses setzt aber ganz allgemein allen Beratungsleistungen, die einen Einfluss auf die Gestaltung des Vertragsinhaltes haben sollen, eine natürliche Grenze; diese müssten bis zu diesem Termin erbracht werden. Nach diesem Datum haben sie keine Wirkung mehr bzw. sind für Käufer wie auch für Verkäufer nutzlos[79]. Ist es für einen Berater absehbar, dass er seine Leistung nicht vor diesem Termin erbringen kann, so muss er seinen Auftraggeber so früh wie möglich im Rahmen seiner Treuepflicht über dieses Problem informieren und vor dem Abschluss des Vertrages bzw. der Abgabe eines bindenden Angebotes warnen.

cc) Schlechterfüllung

Ebenfalls eine Vertragsverletzung liegt vor, wenn ein Berater zwar im Sinne des Vertragsinhaltes und der Instruktionen des Auftraggebers eine Tätigkeit entfaltet, diese aber nicht dem Standard entspricht, der sich aus einer Sorgfalts- und Treuepflicht ergibt[80]. Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt immer dann vor, wenn die Leistung des Beraters nicht dem vorne definierten Standard eines professionell in diesem Gebiet tätigen Beraters entspricht[81]. Dieser Fall kann z.B. vorliegen, wenn der Rechtsberater vergisst, die für den Schutz eines Käufers üblichen Vertragsklauseln in den Vertrag einzubringen[82], ein Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Due Diligence Probleme übersieht, die bei genügender Sorgfalt erkennbar waren oder wenn eine Investment Bank bei der Bewertung eines Kaufobjektes wesentliche Erkenntnisse aus der Financial Due Diligence nicht berücksichtigt und deshalb einen zu hohen Wert zeigt.

b) Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden, für den der Auftraggeber einen Schadenersatz verlangt, muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen[83]. Dementsprechend muss die Vertragsverletzung nicht nur Ursache des Schadens sein, sondern auch nach allgemeiner Lebenserfahrung dazu geeignet sein, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen[84]. Damit schränkt das Erfordernis eines adäquaten Kausalzusammenhanges den Schaden, für den ein Berater wegen einer Vertragsverletzung haftbar gemacht werden kann, ein, da der Auftraggeber nur den Schaden geltend machen kann, der tatsächlich durch die Vertragsverletzung verursacht wurde[85].

Entscheidend für Höhe und Charakter des Schadens ist die Frage, ob die Vertragsverletzung des Beraters einen Einfluss auf den Entschluss, den Vertrag abzuschliessen, hatte, oder ob die Fehlleistung des Beraters nur dazu geführt hat, dass ein Vertrag mit anderen – für den Auftraggeber ungünstigeren Konditionen abgeschlossen worden ist:

aa) Einfluss auf den Vertragsabschluss

Hatte eine Fehlleistung des Beraters einen Einfluss auf den Vertragsabschluss, weil der Berater eines Käufers in der Due Diligence ein Problem übersehen hätte, das nach allgemeiner Lebenserfahrung dazu führt, dass

78 FELLMANN, BK (FN 24), Art. 398 N 251.

79 SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, 65.13.

80 HOWALD/NABHOLZ (FN 51), 480.

81 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. II.4. vorne.

82 Insbesondere Zusicherung, dazu im Einzelnen II.3.c) vorne.

83 SCHLÜCHTER (FN 71), 1362.

84 BGE 123 III 110, 112.

85 SCHWENZER (FN 79), 19.01.

jemand eine Gesellschaft nicht kauft[86], so besteht der Schaden grundsätzlich in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert des Unternehmens[87]. Diese Wertdifferenz kann relativ gross sein. Bei einer konjunkturbedingt positiven Entwicklung des Unternehmenswertes kann es aber auch passieren, dass die Vertragsverletzung folgenlos bleibt, weil das Unternehmen einen höheren Wert hat, als der Kaufpreis und es damit an einem Schaden fehlt.

bb) Veränderter Vertragsinhalt

Hat die Vertragsverletzung nur dazu geführt, dass der Vertrag zu anderen Bedingungen abgeschlossen worden wäre, als bei richtiger Vertragserfüllung, kann nur die Wertdifferenz zwischen dem tatsächlichen Vertrag und dem Vertrag, der bei richtiger Erbringung der Beratungsleistung abgeschlossen worden wäre, verlangt werden, da nur diese Differenz als adäquate Folge der Vertragsverletzung erscheint.

Eine derartige punktuelle Schädigung liegt beispielsweise vor, wenn bei der Steuer Due Diligence, die im Due Diligence Material offen gelegten Steuerprobleme nicht entdeckt worden sind und deshalb nicht in entsprechende Garantien im Vertrag umgesetzt worden sind[88]. Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn die Investment Bank bei der Berechnung des Equity Value die in der Financial Due Diligence erkannten Schulden nicht vollumfänglich abgezogen und der Käufer deshalb einen zu hohen Preis bezahlt hat[89]. Während im ersten Fall die ungedeckte Steuerforderung als Schaden erscheint, liegt der Schaden im zweiten Fall im zu hohen Verkaufspreis. In derartigen Fällen ist der Schaden von der Wertentwicklung des Unternehmens unabhängig, da nicht eine Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Unternehmenswert eingefordert wird, sondern die Wertdifferenz, die zwischen dem tatsächlichen und einem hypothetisch abgeschlossenen Vertrag liegt. In diesen Fällen

86 Z.B. wurde bei der Financial Due Diligence übersehen, dass die zum Verkauf stehende Gesellschaft sehr hohe Garantien ausgestellt hatte und der betreffende Rückstellungsbedarf zur Überschuldung führte.

87 BGE 128 III 22, 26.

88 Vgl. SCHENKER (FN 6), 229.

89 Vgl. SCHENKER (FN 6), 230.

liegt die Schwierigkeit des Kausalitätsnachweises[90] meistens darin, dass unklar ist, ob die Gegenpartei den Vertrag mit den veränderten Bedingungen überhaupt abgeschlossen hätte – macht beispielsweise der Verkäufer geltend, dass er bei richtiger Bewertung des Unternehmens sein Unternehmen teurer verkauft hätte, muss im Rahmen des adäquaten Kausalzusammenhanges nachgewiesen werden, dass der Käufer tatsächlich auch einen höheren Preis bezahlt hätte.

Während in der Theorie die Unterscheidung zwischen einer Vertragsverletzung, welche die Tatsache des Abschlusses betrifft und einem Beratungsfehler, der zu einem veränderten Vertragsinhalt führt, klar erscheint, sind diese Grenzen in der praktischen Diskussion häufig schwierig zu ziehen, da sie alle im Bereiche hypothetischer Entscheidungen liegen und letztlich auch die Grenze zwischen den beiden Kausalverläufen unscharf ist. Hätte ein Umweltschutzberater des Käufers bei sorgfältiger Tätigkeit z.B. eine gravierende Verschmutzung feststellen müssen, so kann sowohl behauptet werden, dass die Entdeckung dieses Mangels den Käufer vom Kauf gänzlich abgehalten hätte, als auch, dass ein Kauf zu tieferem Preis oder mit einer entsprechenden Umweltschutzgarantie durchgeführt worden wäre. Wenn der Verkäufer nicht zu einer Vertragsänderung bereit gewesen wäre, hat die Vertragsverletzung dazu geführt, dass ein Vertrag abgeschlossen worden ist, der sonst gar nie eingegangen worden wäre[91]. Diese Überlegungen zeigen letztlich, dass der Kausalzusammenhang gerade bei Auseinandersetzungen über Beratungsleistungen im M&A Bereich nicht im Sinne eines lückenlosen Beweises nachgewiesen, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit dargelegt werden kann und es letztlich eine Wertungsfrage des Richters ist, welche Vermögenseinbusse noch als adäquat kausal verursacht betrachtet werden kann[92].

90 SCHLÜCHTER (FN 71), 1362 spricht von „pièce de résistance".

91 SCHENKER (FN 6), 235 f.

92 BREHM ROLAND, Berner Kommentar zu Art. 41-61 OR, Entstehung durch unerlaubte Handlungen, 2. Aufl., Bern 1998, Art. 41 N 122a ff.

c) Schaden

Der Schaden besteht aus rechtlicher Sicht in einer Vermögensverminderung[93]. Bei diesem Schaden handelt es sich im Bereich fehlerhafter Beratungsleistungen für M&A Transaktionen notwendigerweise um reine Vermögensschäden, d.h. in der Differenz des tatsächlichen Stands des Vermögens des Auftraggebers nach Vertragsverletzung und dem hypothetischen Stand dieses Vermögens ohne Vertragsverletzung[94]. Wie vorne dargestellt[95], wird der Schaden dabei im Wesentlichen durch den adäquaten Kausalzusammenhang bestimmt. Da dieser darüber entscheidet, ob der Schaden in der Differenz des Vermögens mit und ohne Transaktion liegt oder ob er in der Differenz zwischen dem Vermögensstand mit dem tatsächlich eingegangenen Vertrag und dem ohne Vertragsverletzung hypothetisch abgeschlossenen Vertragsinhalt besteht.

d) Verschulden

Die Vertragsverletzung führt nur dann zur Haftung, wenn sie absichtlich oder fahrlässig erfolgte[96]. Gemäss Art. 97 OR wird das Verschulden vermutet, wobei der Partei, welche den Vertrag verletzt hat, aber die Möglichkeit eingeräumt wird nachzuweisen, dass kein Verschulden vorliegt[97].

Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes liegt Fahrlässigkeit vor, wenn eine Partei die ihr obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt[98]. Da die sorgfältige Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen im Auftragsverhältnis bereits Inhalt des Vertrages und Teil der Leistungspflicht des Beraters ist, kann dem Verschulden mindestens bei Sorgfaltspflichtverletzungen

93 SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG/MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Schulthess 2008, N 18 ff.

94 GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ/EMMENEGGER SUSAN, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2655.

95 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. III.1.b) vorne.

96 SCHWENZER (FN 79), 22.11.

97 MÜLLER-CHEN (FN 5), 509.

98 SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN (FN 93), N 213.

keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen[99]. Wenn die Sorgfaltspflicht verletzt ist, kann daher grundsätzlich auch von einem Verschulden ausgegangen werden[100], sofern nicht aussergewöhnliche Umstände den betreffenden Berater von der Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht abgehalten haben. Selbst derartige Umstände, wie z.B. Krankheit oder abgesagte Flüge, führen aber nicht in allen Fällen dazu, dass das Verschulden wegfällt. Von einem Berater kann erwartet werden, dass er sich so organisiert, dass derartige unvorhergesehene Hinderungsgründe die Arbeit für den Klienten nicht verunmöglichen, sondern diese von einem Stellvertreter bzw. anderen in der Organisation tätigen Personen erfüllt wird[101].

2. Die Haftung gegenüber Dritten

Die vorne dargestellten Haftungsgrundsätze gelten nur zwischen dem Auftraggeber und Berater. Gegenüber Dritten kann der Vertrag dagegen keine Haftungsgrundlage abgeben, da das schweizerische Recht die Drittschadensliquidation mindestens nach Bundesgerichtspraxis und herrschender Lehre nicht kennt[102]. Gerade bei Unternehmenskäufen können sich aber Situationen ergeben, bei der die Tätigkeit eines Beraters Dritte schädigt. Zu einer derartigen Konstellation kommt es beispielsweise, wenn ein Berater des Verkäufers als Resultat einer Vendor Due Diligence einen Bericht verfasst[103], der für die Kaufinteressenten bestimmt ist und in diesem Bericht bewusst Probleme, die er erkannt hat, nicht erwähnt. In diesen Fällen, in denen ein Berater einer Partei Arbeitsergebnisse erstellt, die für Dritte bestimmt sind, können auf folgender Basis Ansprüche gestellt werden:

aa) Deliktische Ansprüche

Sofern eine absichtliche Täuschung vorliegt, kann der Dritterwerber, der sich auf die Aussagen im Bericht des Beraters verlassen hat, aufgrund von Art. 41

99 Zur Problematik: MÜLLER-CHEN (FN 5), 510.

100 HOFSTETTER (FN 15), 130.

101 TESTA (FN 28), 73 ff.

102 SCHWENZER (FN 79), 14.26; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER (FN 94), 2709 ff.

103 Zum Ganzen: HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 1), 330 f.

OR Schadenersatz geltend machen[104]. Die absichtliche Täuschung gilt als Delikt im Sinne dieser Bestimmung, weshalb Ansprüche auf dieser Grundlage möglich sind[105].

bb) Vertrauenshaftung

Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes setzt die Vertrauenshaftung eine Beziehung zwischen den beteiligten Parteien voraus, die ein Vertrauen objektiv rechtfertigt[106]. Eine derartige Vertrauensbeziehung entsteht dadurch, dass der Berater des Verkäufers Dokumente erstellt, die ausdrücklich als Entscheidungsgrundlage für Kaufinteressenten dienen sollen. Dementsprechend ist es bei einer derartigen Konstellation dem Käufer möglich aus Vertrauenshaftung gegen den Berater des Verkäufers Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

IV. Vermeidung der Haftung

Für den Berater stellt sich in Anbetracht seiner Haftungsrisiken die Frage, wie er diese vermeiden bzw. reduzieren kann:

1. Definition des Auftrages

Erster Schritt zur Reduktion des Haftungsrisikos ist, den Auftrag klar zu definieren[107]. Eine unklare Definition der vertraglichen Tätigkeit kann dazu führen, dass Berater und Auftraggeber von unterschiedlichen Verantwortungsbereichen ausgehen und der Berater bei einer späteren Interpretation des Vertrages durch ein Gericht plötzlich für Tätigkeiten und Probleme verantwortlich gemacht wird, die er aufgrund seines Vertragsverständnisses gar nicht beachtet hat. Durch die eindeutige Definition der vertraglichen Tätigkeit können auch die Tätigkeitsgebiete der einzelnen Berater bei einem Projekt voneinander abgegrenzt werden, sodass Überschneidungen wie auch offene Bereiche zwischen den Tätigkeitsgebieten der einzelnen Berater vermieden werden können[108]. Gerade die Vermeidung von Überschneidungen in den Tätigkeitsgebieten ist für den Berater im Hinblick auf das Haftungsrisiko sehr wichtig, da er sonst plötzlich für die Tätigkeit eines anderen Beraters im betreffenden Gebiet haftbar werden kann.

Durch eine detaillierte vertragliche Definition seiner Tätigkeit kann ein Berater aber auch einzelne Problemfelder, für die er bewusst nicht verantwortlich sein will, von seinem Verantwortungsbereich ausnehmen[109]. So kann ein Rechtsanwalt z.B. ausdrücklich umweltrechtliche Fragen einschliesslich die Beurteilung entsprechender Verfahren von seinem Tätigkeitsgebiet bzw. dem Teil der Due Diligence, die er durchführen muss, ausnehmen, wenn er diese Problemkreise nicht bearbeiten will bzw. davon ausgeht, dass der Umweltberater über wesentlich mehr Know-how in diesem Bereich verfügt.

Auch wenn die Sorgfaltspflicht des Beauftragten nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann[110], so ist es dem Berater doch möglich, einen bestimmten Standard für die eigene Tätigkeit vertraglich festzulegen, um Klarheit über den Umfang der eigenen Tätigkeit zu schaffen. So kann ein Wirtschaftsprüfer, der für den Verkäufer einen Zwischenabschluss prüft, insbesondere vorsehen, dass ein bestimmter Standard für seine Tätigkeit angewendet wird, wie z.B. die „prüferische Durchsicht“[111], und er deshalb nicht die für eine Buchprüfung im Sinne einer ordentlichen Revision notwendigen Aufwendungen machen muss. Ein Umweltschutzberater kann dagegen im Hinblick auf die Untersuchung von Betriebsgrundstücken im Rahmen einer Due Diligence festhalten, welche Arten von Abklärungen er vornimmt und dass er z.B. auf eine Bohrung verzichtet. Werden in dieser Art nicht nur der Tätigkeitsbereich, sondern auch Umfang und Tiefe der Tätigkeit definiert, so kann später nicht mehr die Frage gestellt werden, ob aufgrund der Sorgfaltspflicht des Beraters tiefer greifende Abklärungen not-

---

104 BGE 108 II 419, 421.

105 Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, § 13/V.4.

106 BGE 130 III 345, 351; kritisch: Loser Peter, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Basel, Bern 2006, N 771.

107 Tschäni (FN 4), 24.

108 Hoch Classen/Hsu/Roth Pellanda (FN 1), 324.

109 Plüss (FN 20), 105.

110 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. IV.5. hinten.

111 „Review“.

wendig gewesen wären, als diejenigen, welche er tatsächlich vorgenommen hat[112]. Eine derartige vertragliche Einschränkung der Tätigkeit[113] empfiehlt sich vor allem in all den Fällen, in denen das Honorar beschränkt wird, da andernfalls aufgrund der Sorgfaltspflicht des Beraters plötzlich ein Missverhältnis zwischen vereinbartem Fixhonorar und der zur Einhaltung der Sorgfaltspflicht allenfalls notwendigen Tätigkeit entstehen kann.

Zeigt sich bei einem Beratungsauftrag mit eingeschränktem Tätigkeitsbereich im Verlauf der Transaktion, dass im Interesse des Auftraggebers zusätzliche Leistungen notwendig sind – beispielsweise, weil die vorne erwähnten beschränkten Umweltverschmutzungsabklärungen Hinweise auf Probleme ergeben, die nur durch Bohrungen geklärt werden können, so muss der Berater den Auftraggeber aufgrund seiner Treuepflicht abmahnen und ihm die Zusatzdienstleistungen empfehlen[114].

2. Sorgfältiges Vorgehen

Der wichtigste Schritt, um bei der Ausführung von Aufträgen eine Haftung zu vermeiden, ist durch geeignete Massnahmen die Erfüllung der eigenen Sorgfaltspflicht sicherzustellen:

- Primär muss der Berater die personellen Ressourcen zur Verfügung haben, um den Auftrag zu erfüllen[115]. Bei selbständig tätigen Beratern erfordert dies, dass sie selber die Zeit aufwenden, die für die Beratungsleistung notwendig ist. Bei Gesellschaften, die als Berater fungieren, muss eine genügend grosse Anzahl qualifizierter Personen zur Verfügung gestellt werden.
- Der Berater muss seine Grenzen erkennen und wenn er selbst nicht über das notwendige Know-how zur Bewältigung seiner Aufgaben verfügt, externe Sachverständige beiziehen bzw. dies dem Auftraggeber vorschlagen[116]. Dies drängt sich gerade dann auf, wenn ein Berater auf unvermutete Probleme stösst, die er nicht selber bewältigen kann. Ein derartiges Vorgehen ist beispielsweise dann angezeigt, wenn ein Wirtschaftsprüfer bei der Financial Due Diligence auf Probleme in der Lagerbewertung aufmerksam wird, selber aber nicht das notwendige Know-how hat, um den Wert des Lagers bzw. der angefangenen Arbeit zu beurteilen[117].
- Berater sollten Massnahmen zur Qualitätssicherung ergreifen, wie insbesondere die Einhaltung des Vier-Augen-Prinzips bei der Erstellung von Dokumenten. Sie sollten sich durch geeignete Weiterbildungsmassnahmen auch immer auf dem neuesten Stand der Technik ihres Gebiets halten, um auch in dieser Hinsicht den nach Gerichtspraxis notwendigen Sorgfaltsstandard zu erfüllen[118].

Die Erfahrung zeigt, dass es häufig dann zu Sorgfaltspflichtverletzungen kommt, wenn ein Berater aufgrund der Geschwindigkeit der Transaktion oder der Ungeduld eines Kunden unter zeitlichen Druck gerät[119]. Geradezu ein Schulbeispiel für eine derartige Situation ist es, einen Vertrag über Nacht zu verhandeln und ihn dann ohne weitere Durchsicht am Morgen sofort zu unterzeichnen. In diesen Fällen muss der Berater darauf insistieren, dass ihm die Zeit eingeräumt wird, die für eine sorgfältige Arbeit notwendig ist[120]. Ebenso problematisch ist es, wenn Kunden, die bezüglich einer Transaktion sehr enthusiastisch sind, dem Berater zu verstehen geben, dass sie sich nicht für Probleme bzw. Verzögerungen interessieren und vom Berater erwarten, dass er allein auf die möglichst schnelle Realisierung der Transaktion hin arbeitet. Ein derartiges Verhalten darf den Berater aber nicht dazu veranlassen, seine Sorgfaltspflicht zu vernachlässigen, da es gerade in diesen Fällen Pflicht des Beraters ist, mit grösserer Distanz zur Transaktion, die zur Steuerung der Risiken notwendige Sorgfalt anzuwenden. Dies ist gerade bei en-

112 Vgl. SCHENKER (FN 6), 236.

113 Vgl. MÜLLER-CHEN (FN 5), 513.

114 FELLMANN, BK (FN 24), Art. 397 N 105.

115 BRINER ROBERT G., Anwaltliche Sorgfaltspflichten und E-Mail, SJZ 101 (2005) 442.

116 PLÜSS (FN 20), 106.

117 Dieses Problem kann z.B. beim Anlagebau auftreten, wo es extrem schwierig ist ohne Spezialkenntnisse zu beurteilen, ob die Percentage of Completion-Bewertung richtig ist.

118 Vgl. dazu BGE 134 III 534, 537.

119 Vgl. SCHENKER (FN 6), 235 f.

120 FELLMANN, BK (FN 24), Art. 398 N 357; BGE 92 II 234, 241.

thusiastischen Kunden besonders wichtig, da diese eine Transaktion nach dem Auftreten von Problemen häufig ganz anders und wesentlich weniger enthusiastisch beurteilen.

3. Abmahnungspflicht Ernst nehmen

Wie vorne dargestellt[121], hat der Berater die Pflicht den Auftraggeber abzumahnen, wenn dieser Weisungen erteilt oder Entscheide fällt, die für den Auftraggeber zu Problemen oder Risiken führen können[122]. Häufig wird einem Berater, der den Kunden in diesen Fällen abmahnt und ihn auf die entsprechenden Risiken hinweist, vorgeworfen, dass er damit nur sein eigenes Risiko abdecken will. Derartige Vorwürfe und die Angst, als „Transaktionsverhinderer" bezeichnet zu werden[123], dürfen den Berater aber nicht davon abhalten, den Auftraggeber auf entsprechende Probleme hinzuweisen. Gerade wenn der Kunde in der Hektik der Schlussverhandlungen mit der Gegenseite Kompromisse schliesst, die über seine ursprünglichen Pläne hinausgehen und zu Problemen führen können, muss der Berater, der eine grössere Distanz zur Transaktion haben sollte, auf die Konsequenzen derartiger Entscheidungen aufmerksam machen.

4. Schriftliche Dokumentation

Wenn ein Kunde nachträglich einem Berater Vorwürfe macht und ihn für den Misserfolg einer Transaktion bzw. finanzielle Einbussen haftbar machen will, so können derartige Vorwürfe in der Praxis nur dadurch entkräftet werden, wenn die Tätigkeit des Beraters und sein sorgfältiges Vorgehen schriftlich dokumentiert werden können[124].

Ein schriftlicher Nachweis ist insbesondere dann notwendig, wenn der Auftraggeber eine Gesellschaft ist, da die Vorwürfe in diesen Fällen meist von neuen Organen vorgetragen werden, welche die Entwicklung der Transaktion und die Beratungsleistung nicht aus erster Hand kennen. In diesem Sinne

121 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. II.3.c) vorne.

122 HUGUENIN (FN 14), 793 f.

123 WATTER ROLF, Die Rolle des Anwaltes bei einer M&A Transaktion, ST 11/90, 595.

124 PLÜSS (FN 20), 106.

sollte der Berater darauf achten, dass der Vertrag, der den Inhalt der Beratungsleistung umschreibt, schriftlich abgefasst wird[125], dass die Tätigkeit in wöchentlichen Fortschrittsberichten gegenüber dem Kunden dokumentiert wird[126], Dokumente einschliesslich Zwischenentwürfen aufbewahrt werden[127] und auch alle Abmahnungen schriftlich abgefasst werden. Dokumentiert sich ein Berater in dieser Weise, so wird es ihm gelingen, auch einen allfälligen Haftpflichtprozess unbeschadet zu überstehen[128]. Viel wichtiger ist es aber, dass er einen Auftraggeber, der mit dem wirtschaftlichen Resultat einer Transaktion nicht zufrieden ist, auf diese Weise davon überzeugen kann, dass das Problem nicht auf die Beratungsleistung oder einen Mangel an Sorgfalt des Beraters zurückzuführen ist. Die positive Gestaltung derartiger Gespräche ist gerade im Hinblick auf die Reputation des Beraters häufig viel wichtiger, als die Abwehr von Prozessen, da es auf diese Weise gelingen kann, einen unzufriedenen Kunden von der eigenen Leistung zu überzeugen und allenfalls sogar die Kundenbeziehung weiterzuführen.

5. Freizeichnungsklauseln

Häufig versuchen Berater ihre potentielle Haftung gegenüber dem Kunden dadurch einzuschränken, dass sie im Beratungsvertrag ihre Haftung auf eine Höchstsumme beschränken oder, dass sie die Haftung auf Fälle grober Fahrlässigkeit einschränken[129].

Freizeichnungsklauseln sind aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich möglich, da die Parteien das Recht haben, ihre vertraglichen Rechtsbeziehungen einschliesslich Haftungsfragen durch gemeinsame Übereinkunft zu

125 In der Praxis geschieht dies meistens dadurch, dass ein Engagement Letter gegengezeichnet wird; vgl. TSCHÄNI (FN 7), 206.

126 Diese eignen sich auch sehr gut, um mündlich erteilte Weisungen des Kunden zu bestätigen.

127 Gerade in Vertragsverhandlungen kann mit den Vertragsentwürfen die Entwicklung von Kompromissen dokumentiert werden, die manchmal ohne Zwischenschritte und ohne Darstellungen der Trade-Offs nicht leicht zu erklären sind, sondern von späteren Managern einfach als „ungünstige" Lösung zu Ungunsten des Kunden betrachtet werden.

128 PLÜSS (FN 20), 106.

129 MÜLLER-CHEN (FN 5), 512 f.

thusiastischen Kunden besonders wichtig, da diese eine Transaktion nach dem Auftreten von Problemen häufig ganz anders und wesentlich weniger enthusiastisch beurteilen.

3. Abmahnungspflicht Ernst nehmen

Wie vorne dargestellt[121], hat der Berater die Pflicht den Auftraggeber abzumahnen, wenn dieser Weisungen erteilt oder Entscheide fällt, die für den Auftraggeber zu Problemen oder Risiken führen können[122]. Häufig wird einem Berater, der den Kunden in diesen Fällen abmahnt und ihn auf die entsprechenden Risiken hinweist, vorgeworfen, dass er damit nur sein eigenes Risiko abdecken will. Derartige Vorwürfe und die Angst, als „Transaktionsverhinderer" bezeichnet zu werden[123], dürfen den Berater aber nicht davon abhalten, den Auftraggeber auf entsprechende Probleme hinzuweisen. Gerade wenn der Kunde in der Hektik der Schlussverhandlungen mit der Gegenseite Kompromisse schliesst, die über seine ursprünglichen Pläne hinausgehen und zu Problemen führen können, muss der Berater, der eine grössere Distanz zur Transaktion haben sollte, auf die Konsequenzen derartiger Entscheidungen aufmerksam machen.

4. Schriftliche Dokumentation

Wenn ein Kunde nachträglich einem Berater Vorwürfe macht und ihn für den Misserfolg einer Transaktion bzw. finanzielle Einbussen haftbar machen will, so können derartige Vorwürfe in der Praxis nur dadurch entkräftet werden, wenn die Tätigkeit des Beraters und sein sorgfältiges Vorgehen schriftlich dokumentiert werden können[124].

Ein schriftlicher Nachweis ist insbesondere dann notwendig, wenn der Auftraggeber eine Gesellschaft ist, da die Vorwürfe in diesen Fällen meist von neuen Organen vorgetragen werden, welche die Entwicklung der Transaktion und die Beratungsleistung nicht aus erster Hand kennen. In diesem Sinne

121 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. II.3.c) vorne.

122 HUGUENIN (FN 14), 793 f.

123 WATTER ROLF, Die Rolle des Anwaltes bei einer M&A Transaktion, ST 11/90, 595.

124 PLÜSS (FN 20), 106.

sollte der Berater darauf achten, dass der Vertrag, der den Inhalt der Beratungsleistung umschreibt, schriftlich abgefasst wird[125], dass die Tätigkeit in wöchentlichen Fortschrittsberichten gegenüber dem Kunden dokumentiert wird[126], Dokumente einschliesslich Zwischenentwürfen aufbewahrt werden[127] und auch alle Abmahnungen schriftlich abgefasst werden. Dokumentiert sich ein Berater in dieser Weise, so wird es ihm gelingen, auch einen allfälligen Haftpflichtprozess unbeschadet zu überstehen[128]. Viel wichtiger ist es aber, dass er einen Auftraggeber, der mit dem wirtschaftlichen Resultat einer Transaktion nicht zufrieden ist, auf diese Weise davon überzeugen kann, dass das Problem nicht auf die Beratungsleistung oder einen Mangel an Sorgfalt des Beraters zurückzuführen ist. Die positive Gestaltung derartiger Gespräche ist gerade im Hinblick auf die Reputation des Beraters häufig viel wichtiger, als die Abwehr von Prozessen, da es auf diese Weise gelingen kann, einen unzufriedenen Kunden von der eigenen Leistung zu überzeugen und allenfalls sogar die Kundenbeziehung weiterzuführen.

5. Freizeichnungsklauseln

Häufig versuchen Berater ihre potentielle Haftung gegenüber dem Kunden dadurch einzuschränken, dass sie im Beratungsvertrag ihre Haftung auf eine Höchstsumme beschränken oder, dass sie die Haftung auf Fälle grober Fahrlässigkeit einschränken[129].

Freizeichnungsklauseln sind aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich möglich, da die Parteien das Recht haben, ihre vertraglichen Rechtsbeziehungen einschliesslich Haftungsfragen durch gemeinsame Übereinkunft zu

125 In der Praxis geschieht dies meistens dadurch, dass ein Engagement Letter gegengezeichnet wird; vgl. TSCHÄNI (FN 7), 206.

126 Diese eignen sich auch sehr gut, um mündlich erteilte Weisungen des Kunden zu bestätigen.

127 Gerade in Vertragsverhandlungen kann mit den Vertragsentwürfen die Entwicklung von Kompromissen dokumentiert werden, die manchmal ohne Zwischenschritte und ohne Darstellungen der Trade-Offs nicht leicht zu erklären sind, sondern von späteren Managern einfach als „ungünstige" Lösung zu Ungunsten des Kunden betrachtet werden.

128 PLÜSS (FN 20), 106.

129 MÜLLER-CHEN (FN 5), 512 f.

regeln. Im Auftragsrecht stehen weit reichenden Freizeichnungsklauseln aber verschiedene Hindernisse entgegen[130]:

- Die Sorgfalt des Beauftragten ist zentraler Inhalt des Auftragsverhältnisses. Dementsprechend kann die Pflicht zur sorgfältigen Tätigkeit nicht wegbedungen werden[131]. Dieser Grundsatz steht einer Freizeichnung von der Verpflichtung zum sorgfältigen Handeln entgegen. Immerhin ist es aber, wie vorne dargestellt, möglich, den Qualitätsstandard der Tätigkeit vertraglich zu definieren[132]. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass sich die Sorgfalt am definierten Qualitätsstandard der Arbeit misst, womit für Berater wie auch für Auftraggeber Rechtssicherheit geschaffen wird[133].
- Gemäss Art. 100 OR ist es nicht möglich, die Haftung für absichtliche und grobfahrlässige Schädigung vertraglich auszuschliessen. Dementsprechend sind summenmässige Begrenzungen in dem Masse unwirksam als eine grobfahrlässige oder gar absichtliche Pflichtverletzung vorliegt.
- Gemäss Art. 101 Abs. 3 OR kann der Richter bei Personen, die einem „obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe" nachgehen auch eine Freizeichnungsklausel für leichte Fahrlässigkeit aufheben[134]. Dementsprechend müssen Personen in dieser Position damit rechnen, dass es ihnen überhaupt nicht möglich ist, eine Haftung für Vertragsverletzungen wegzubedingen. Unter dem Begriff des „obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes" fallen letztlich alle Personen, die über eine Polizeibewilligung für ihre Tätigkeit verfügen[135], wie insbesondere Banken[136], staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen[137] oder Anwälte[138], so dass diesen eine vertragliche Einschränkung der Haftung nicht möglich ist.

Diese Ausführungen zeigen, dass es in der Praxis sehr schwierig sein kann, die Haftung des Beraters durch Freizeichnungsklauseln einzuschränken oder sogar wegzubedingen. Deshalb können derartige Klauseln nur eine Ergänzung zu den vorne dargestellten Schritten zur Vermeidung von Haftungsfällen sein.

130 BRINER (FN 115), 443.

131 HOWALD/NABHOLZ (FN 51), 481.

132 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. IV.1. vorne.

133 WIEGAND (FN 58), 135.

134 MÜLLER-CHEN (FN 5), 515.

135 WIEGAND, BSK OR I (FN 13), Art. 100 N 10.

136 BGE 132 III 449, 452.

137 Vgl. Art. 7 ff. Revisionsaufsichtsgesetz (RAG).

138 WEBER, BSK OR I (FN 13), Art. 398 N 25.