Sonderdruck

M & A
Recht und Wirtschaft in der Praxis
Liber amicorum für Rudolf Tschäni

Herausgegeben von
Matthias Oertle
Stefan Breitenstein
Matthias Wolf
Hans-Jakob Diem

URS SCHENKER

Garantien in Unternehmenskaufverträgen

DIKE
2010. Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-03751-265-4

Garantien in Unternehmenskaufverträgen

URS SCHENKER*

Inhaltsverzeichnis

I. Risikoallokation beim Unternehmenskauf 66
A. Risiken beim Unternehmenskauf 66
B. Methoden zur Risikoallokation bei der Gestaltung des Kaufvertrages 67
II. Die Rechtsnatur von kaufvertraglichen Garantien 71
A. Selbstständige Leistungsverpflichtung als Nebenverpflichtung zum Kaufvertrag 71
B. Konsequenzen der rechtlichen Qualifikation 72
III. Formulierung von Garantien 72
A. Umschreibung der Zahlungspflicht 73
B. Mitwirkungsrechte des Verkäufers 74
C. Modalitäten zur Geltendmachung von Ansprüchen 76
IV. Sicherung von Garantieansprüchen 77
A. Kaufpreisrückbehalt 77
B. Bankgarantie zugunsten der Käuferin 78
C. Bankbürgschaft 78
D. Escrow Account 78

Die Bestimmungen über Zusicherungen und Garantien nehmen in Unternehmenskaufverträgen viel Raum ein und stehen in den Vertragsverhandlungen meistens im Mittelpunkt des Interesses. Der Jubilar hat sich in seinem Standardwerk über M&A Transaktionen in der Schweiz[1] daher entsprechend intensiv mit Zusicherungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen auseinandergesetzt – dieser Faden soll in diesem Aufsatz aufgenommen werden.

* Der Autor bedankt sich bei MLaw Julia Huber, die das Manuskript kritisch durchgelesen hat und bei der Erstellung der Fussnoten behilflich war.

[1] RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003.

I. Risikoallokation beim Unternehmenskauf

A. Risiken beim Unternehmenskauf

Mit dem Kauf eines Unternehmens übernimmt die Käuferin einen Kaufgegenstand, der verschiedene Risiken umfasst, die dessen Wert beeinflussen können:

- Ein Teil dieser Risiken ist in die Zukunft gerichtet und bezieht sich primär auf die Frage, ob das gekaufte Unternehmen tatsächlich die Ertragskraft aufweist, welche die Käuferin ihrer Kaufpreiskalkulation zugrunde gelegt hat. Risiken in diesem Bereich gehören zu den Unternehmensrisiken, welche die Käuferin mit dem Unternehmen übernimmt und denen auch unternehmerische Chancen gegenüber stehen – der zukünftige Gewinn kann ja auch über den im Zeitpunkt des Kaufs prognostizierten Gewinnen liegen[2]. Gerade wegen dieses Gleichgewichtes von Risiko und Chance werden derartige unternehmerische Risiken im Unternehmenskaufvertrag nicht abgesichert bzw. vom Verkäufer übernommen – dieser hat ja normalerweise nach dem Vollzug des Verkaufs auch keine Möglichkeit mehr, die Entwicklung des Gewinnes zu beeinflussen. Weist ein Unternehmen stark schwankende Gewinne aus oder können die zukünftigen Gewinne aus anderen Gründen nicht mit hinreichender Zuverlässigkeit prognostiziert werden[3], so schlägt sich dies aber normalerweise in der Kaufpreisbemessung nieder[4], da Unternehmen mit stabilen bzw. stabil wachsenden Gewinnen im Allgemeinen höher bewertet werden als Unternehmen mit unsicherer Gewinnentwicklung[5].
- Mit dem gekauften Unternehmen übernimmt die Käuferin auch Risiken und Probleme, die auf die Unternehmenstätigkeit vor dem Verkauf zurückgehen, aber erst nach dem Verkauf zu Wertabflüssen führen. Diesen «Altlasten» der bisherigen Tätigkeit, wie z.B. Steuernachforde-

---

2 GOTTWALD KRANEBITTER (Hrsg.), Due Diligence, Risikoanalyse im Zuge von Unternehmenstransaktionen, KPMG, München 2002, 13.

3 Z.B. weil sie stark von der unvorhersehbaren Entwicklung von Rohmaterialpreisen abhängen.

4 MARKUS VISCHER, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 98 (2002), 509–517, 509 ff.

5 Zum Teil wird durch die Verknüpfung des Kaufpreises mit der Gewinnentwicklung (Earn-Out Klauseln) versucht, einen Teil des Risikos der zukünftigen Gewinnentwicklung auf den Verkäufer zu übertragen. Derartige Lösungen werden vor allem dann gesucht, wenn die Ansichten von Käufer und Verkäufer über die Entwicklung des zukünftigen Gewinnes sehr stark auseinander gehen und sie sich deshalb nicht auf einen festen Kaufpreis einigen können.

rungen, Sanierungsverpflichtungen aus früheren Umweltverschmutzungen, Produktehaftpflichtfälle für bereits ausgelieferte Produkte, Zahlungspflichten aus laufenden Passivprozessen etc., stehen keine entsprechenden unternehmerischen Chancen gegenüber, welche dieses Risiko kompensieren würden. Dies führt dazu, dass Käufer im Normalfall versuchen, diese Risiken vertraglich abzusichern, d.h. auf den Verkäufer zu verschieben.

Inwieweit die Käuferin die vorne beschriebenen Risiken und Probleme des zum Kauf stehenden Unternehmens tatsächlich vor dem Abschluss des Kaufvertrages entdeckt und entsprechend bei der Gestaltung des Vertrages bzw. in der Festlegung des Kaufpreises berücksichtigen kann, hängt zu einem grossen Teil von der Qualität ihrer Due Diligence ab, mit der sie das Risikoprofil des Unternehmens analysiert[6].

B. Methoden zur Risikoallokation bei der Gestaltung des Kaufvertrages

Will die Käuferin die von ihr beim Kaufobjekt identifizierten unternehmerischen «Altlasten» nicht übernehmen, da sie eine Grösse erreichen, die im Rahmen der Gesamttransaktion preis- bzw. wertrelevant ist, so stehen ihr im Rahmen der Preis- und Vertragsverhandlungen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung:

- **Beseitigung des Problems vor dem Abschluss bzw. dem Vollzug des Vertrages**

Manchmal entdeckt die Käuferin bei der Due Diligence ein Problem, das für die Bewertung eines Unternehmens fundamental ist oder das sogar den Sinn der angestrebten Transaktion in Frage stellt. So kann es sich in der Due Diligence z.B. zeigen, dass die Tätigkeit eines Unternehmens auf einer Lizenz, einem Vertriebsvertrag[7] oder einer öffentlich-rechtlichen Konzession[8] beruht, die wegen einer Kontrollwechselklausel bei einem Verkauf des Unternehmens dahin fällt[9]. In einem derartigen Fall ist der Verkauf wirtschaftlich nicht sinnvoll, wenn nicht sichergestellt wird, dass das entsprechende Recht auch nach der Übertragung des Unternehmens weiter besteht, da das Unternehmen andernfalls bei der Übertragung einen grossen Teil seines Wertes verliert.

---

6 KRANEBITTER (FN 2), 13 f.

7 Dieses Problem kann sich bei Importeuren zeigen, die bestimmte Hersteller vertreten.

8 Z.B. ein Kieswerk, das auf öffentlichem Grund Kies abbaut.

9 MARIEL HOCH CLASSEN/PETER CH. HSU/KATJA ROTH PELLANDA, Mergers & Acquisitions, Due Diligence und Vertrag, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, 323–349, 328.

Da ein derartiges für das Unternehmen existentielles Problem den wirtschaftlichen Zweck der Transaktion in Frage stellt, empfiehlt es sich, den Abschluss des Kaufvertrages aufzuschieben, bis das betreffende Problem gelöst ist[10]. Wenn die Lösung des Problems als wahrscheinlich erscheint, ist es aber auch möglich, den Vertrag bereits vor der Lösung des Problems abzuschliessen, den Vollzug des Kaufvertrages aber unter die Bedingung zu stellen, dass das betreffend Problem gelöst ist[11].

– **Preisreduktion**

Weist ein Unternehmen ein Problem auf, das in der Zukunft zu einem Geldabfluss führen wird, dem kein entsprechender Zufluss gegenübersteht, so reduziert dieses Problem nach der für die Unternehmensbewertung allgemein verwendeten Discounted Cash Flow Methode[12] direkt den Unternehmenswert. Findet die Käuferin in der Due Diligence daher ein derartiges Problem, so wird sie im Rahmen dieser Bewertungsmethode den Kaufpreis entsprechend reduzieren[13]. In der Praxis kommt es allerdings nur zu einer derartigen Preisreduktion, wenn das Problem im Rahmen der Gesamttransaktion überhaupt preisrelevant ist – erfahrungsgemäss führen in der Due Diligence entdeckte Probleme, deren finanzielle Auswirkungen sich gesamthaft auf weniger als 1-2% des Kaufpreises belaufen, nicht zu einer Preisreduktion, da andere Faktoren, wie etwa die Höhe des zukünftig erzielbaren nachhaltigen Gewinnes, für die Preisverhandlungen wesentlich wichtiger sind und einen Unsicherheitsfaktor beinhalten, der diesen Prozentsatz meist bei Weitem übersteigt.

Eine Preisreduktion wegen Risiken, die mit dem Unternehmen verbunden sind, ist aber nur möglich, wenn es sich um spezifische Probleme handelt, deren betragsmässige Bedeutung den Parteien bekannt ist, sodass ein Konsens über den entsprechenden Abzug erreicht werden kann[14]. Die Voraussetzungen für einen derartigen Preisabzug sind z.B. gegeben, wenn ein Unternehmen eine Sanierungspflicht für vorbestehende Umweltverschmutzungen hat und bei Vertragsabschluss mit hinreichender Bestimmtheit feststeht, wie hoch die entsprechenden Kosten sind[15]. Wird ein derartiger Abzug gemacht, so empfiehlt es sich, in einer Vertragsbestimmung oder in

---

[10] URS SCHENKER, Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 209–236, 230.

[11] Bei den vorne erwähnten Kontrollwechselklauseln wird meistens diese Lösung gewählt; der Vertrag wird unter die Bedingung gestellt, dass der betreffende Dritte der Übertragung zustimmt.

[12] TSCHÄNI (FN 1), 11; FRANZ FERDINAND EIFFE/WOLFGANG MÖLZER, Mergers & Acquisitions, Leitfaden zum Kauf und Verkauf von Unternehmen, Wien 1993, 41; LOUIS SIEGRIST/RETO RAUSCHENBERGER, Unternehmensbewertung, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 187–200, 194 ff.

[13] KRANEBITTER (FN 2), 14.

[14] KRANEBITTER (FN 2), 108.

[15] HANS ULRICH LINIGER, Unternehmensübernahmen aus umweltrechtlicher Sicht, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions II, Zürich 2000, 95–123, 119.

einem Anhang zum Vertrag festzuhalten, dass das entsprechende Risiko bzw. Problem identifiziert und bei der Preisfindung berücksichtig worden ist. Damit kann der Verkäufer vermeiden, dass die Käuferin wegen dieses Problems später doch noch weitere Ansprüche stellt, indem sie Täuschung, Grundlagenirrtum oder aber eine breit formulierte vertragliche Bilanzzusicherung anruft.

Ein Kaufpreisabzug ist allerdings dann nicht zielführend, wenn das in der Due Diligence identifizierte Problem vertraglich nicht erfasst werden kann, weil seine finanziellen Auswirkungen im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages nicht mit hinreichender Sicherheit eingeschätzt werden können, oder die Eintretenswahrscheinlichkeit unklar ist, sodass ein Konsens über die Bewertung im Kaufszeitpunkt und ein entsprechender Abzug unmöglich ist[16].

– **Zusicherungen**

Kaufvertragliche Zusicherungen im Sinne von Art. 197 OR sind Zusagen des Verkäufers über die Qualität des Kaufgegenstandes und ermöglichen der Käuferin gemäss Art. 201 ff. OR, den Kaufpreis zu reduzieren oder sogar den Vertrag aufzuheben, wenn der Kaufsgegenstand nicht der Zusicherung entspricht[17]. Da eine Zusicherung gemäss Art. 200 OR nicht zum Tragen kommen kann, wenn die Käuferin den betreffenden Mangel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gekannt hat, eignen sich Zusicherungen primär dazu, abstrakte Risiken und Problemfelder abzudecken. Wurde dagegen in der Due Diligence ein spezifisches Problem entdeckt oder hat der Verkäufer die Käuferin im Rahmen der Verhandlungen selbst über ein bestimmtes Problem orientiert, so ist dagegen gemäss Art. 200 OR keine Zusicherung mehr möglich[18]. Diese gesetzliche Regelung ist grundsätzlich sinnvoll, da angenommen werden kann, dass Risiken, die vor dem Abschluss des Kaufvertrages offengelegt worden sind, bei der Festlegung des Kaufpreises berücksichtigt werden und deshalb nicht noch zusätzlich von den allgemeinen Zusicherungen erfasst werden müssen.

In den meisten Unternehmenskaufverträgen wird die Anwendung von Art. 200 OR allerdings modifiziert, da diese in der Praxis Schwierigkeiten bereitet, weil der Kreis der Mängel, die bei Vertragsabschluss der Käuferin schon bekannt waren bzw. bei genügender Aufmerksamkeit hätten bekannt sein sollen, kaum je mit Sicherheit bestimmt werden kann. Die meisten Verträge sehen daher vor, dass Ansprüche aus Zusicherungen nur insofern ausgeschlossen sind, als dass die betreffenden Abweichungen in Anhängen zum Kaufvertrag oder aber in der Due Diligence Dokumenta-

---

[16] HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 9), 348.

[17] Vgl. dazu CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008, N 253 ff.

[18] HEINRICH HONSELL, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 200 N 2.

tion[19] offengelegt worden sind[20]. Diese Modifikation der gesetzlichen Regelung führt dazu, dass Zusicherungen häufig vor allem die Funktion haben, eine vollständige Offenlegung von Risiken und Problemen im Rahmen der Vertragsverhandlungen bzw. der Due Diligence sicher zu stellen – da der Verkäufer durch die Offenlegung eine Haftung unter den Zusicherungen vermeiden kann, hat er einen klaren Anreiz, möglichst alle Risiken und Probleme offenzulegen[21]; nur noch Probleme und Risiken, die nicht offengelegt worden sind, führen dann zur Haftung. Dies zeigt allerdings auch, dass Zusicherungen – gerade wenn sie mit diesen Modifikationen verwendet werden, welche eine Offenlegung von Problemen fördern – nicht geeignet sind, um Probleme, die offengelegt worden sind, zu bewältigen – diese müssen im Rahmen der Kaufpreisfindung berücksichtigt oder aber durch spezifische Garantien abgedeckt werden.

– **Garantien**

Mit Garantien[22] können spezifische Probleme und insbesondere auch Probleme, die bei Vertragsabschluss bekannt sind, wie z.B. hängige Prozesse, umweltrechtliche Sanierungspflichten, hängige Steuerverfahren oder Produkthaftpflichtfälle, abgedeckt werden[23]. Im Wesentlichen verspricht der Verkäufer im Rahmen einer Garantie, die finanziellen Folgen des betreffenden Problems abzudecken, was wirtschaftlich betrachtet bei der Verwirklichung des Risikos zu einer Kaufpreisreduktion bzw. zu einer vollständigen Übernahme des finanziellen Risikos durch den Verkäufer führt[24]. Die Garantie erscheint immer dann als das sachgerechte Mittel zur Risikoallokation, wenn zwar klar ist, dass ein bestimmtes Problem zu einer preisrelevanten finanziellen Einbusse führen kann, sich die Parteien aber nicht auf eine Bewertung einigen können, da entweder die Eintretenswahrscheinlichkeit unklar ist oder aber der Betrag unsicher erscheint[25], was einen direkten Abzug am Kaufpreis verunmöglicht.

---

[19] Welche dieser Lösungen gewählt wird, ist von den konkreten Verhandlungssituationen und häufig auch von der Tiefe und Genauigkeit der Due Diligence Dokumentation abhängig.

[20] MARKUS VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 96 (2000), 229–236, 235.

[21] PETER BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 59–111, 87.

[22] In der Praxis häufig auch als «Indemnities» bezeichnet.

[23] TSCHÄNI (FN 1), 145 ff.; BÖCKLI (FN 21), 93 f.

[24] URS SCHENKER, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich 2005, 239–283, 276.

[25] Beide Komponenten der Unsicherheit finden sich beispielsweise in den meisten Passivprozessen eines Unternehmens – einerseits ist oft schon unklar, wie hoch ein entsprechender Schadenersatzanspruch ist, anderseits kann aber auch das Risiko des Prozessverlustes nicht zuverlässig eingeschätzt werden.

II. Die Rechtsnatur von kaufvertraglichen Garantien

A. Selbstständige Leistungsverpflichtung als Nebenverpflichtung zum Kaufvertrag

Bei den kaufvertraglichen Garantien handelt es sich um selbstständige bedingte Leistungsversprechen des Verkäufers, gemäss denen er eine Leistung[26] erbringt, wenn bestimmte Bedingungen eintreten[27]. Eine Garantie kann den Verkäufer je nach Formulierung z.B. dazu verpflichten, die Schadenersatzzahlung zu übernehmen, zu der ein Unternehmen in einem bestimmten Prozess verpflichtet wird[28], falls es das betreffende Verfahren verliert, den Ausfall bestimmter Debitoren zu tragen, falls diese nicht in einer bestimmten Frist von den Schuldnern des Unternehmens bezahlt werden, oder auch die Kosten einer umweltrechtlich erforderlichen Sanierung zu bezahlen[29].

Auch wenn Garantien in vielen Unternehmenskaufverträgen als «Garantien im Sinne von Art. 111 OR» bezeichnet werden, handelt es sich nicht um «Verträge zu Lasten Dritter» im Sinne dieser Bestimmung, da nicht die Leistung eines Dritten garantiert wird, sondern der Verkäufer nur die finanziellen Folgen bestimmter Entwicklungen beim Kaufobjekt übernimmt[30]. Es handelt sich dabei im Gegensatz zur Garantie gemäss Art. 111 OR nicht um ein Sicherungsgeschäft, mit dem die Leistung eines Dritten abgesichert wird, sondern um eine im Rahmen eines Kaufvertrages vereinbarte selbstständige Nebenpflicht, mit welcher in wirtschaftlicher Betrachtung der Wert des Unternehmens bzw. der bezahlte Kaufpreis abgestützt wird[31]. Daher stellen sich auch keine Fragen in Bezug auf die Form der Garantie, die sich bei Garantien gemäss Art. 111 OR stellen[32].

---

[26] Die Höhe der Leistung ist im Zeitpunkt des Kaufvertrages im Allgemeinen nur bestimmbar, kann aber nach Eintritt des betreffenden Ereignisses aufgrund des durch das Ereignis verursachten Mittelabflusses bestimmt werden.

[27] BGE 122 III 426; BÖCKLI (FN 21), 92.

[28] Die Leistung wird in diesem Fall durch das Urteil gegen das Unternehmen bestimmt, d.h. ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bestimmt, sondern nur aufgrund des späteren Urteiles bestimmbar.

[29] Vgl. dazu BÖCKLI (FN 21), 93 f.

[30] BGE 122 III 426; SCHENKER (FN 24), 275 f.

[31] BGE 125 III 305, 308 E. 2.a; BÖCKLI (FN 21), 92 f.

[32] Klassisch ist die Frage der Abgrenzung zur Bürgschaft, deren Gültigkeit die Erfüllung von Formerfordernissen voraussetzt; vgl. dazu HÜSEYIN MURAT DEVELIOGLU, Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Diss. Bern 2006, 130 ff. und 140 ff.

B. Konsequenzen der rechtlichen Qualifikation

Aus der Rechtsnatur der Garantie als selbstständige Verpflichtung ergibt sich, dass die Modalitäten für die Geltendmachung von kaufvertraglichen Zusicherungen auf Ansprüche auf derartige Garantien keine Anwendung finden. Dementsprechend kommen für Ansprüche aus Garantien weder die Prüfungs- und Rügepflicht von Art. 201 OR noch die einjährige Verwirkungsfrist von Art. 210 OR zur Anwendung[33].

Für Ansprüche aus Garantien gilt nur die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR. Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, kann die Käuferin Ansprüche aus Garantien bis zum Ablauf dieser Frist geltend machen, unabhängig vom Zeitpunkt, in dem der Anspruch ausgelöst wurde. Da die Parteien ihre gegenseitigen Ansprüche im Interesse der Rechtssicherheit meist schneller regeln wollen, werden im Normalfall kürzere Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen vereinbart. Zwar können die Parteien die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR nicht vertraglich verkürzen[34]. Sie können aber, wie hinten in Ziff. III.C dargestellt, Verwirkungsfristen definieren, indem sie für die Geltendmachung von Ansprüchen Fristen setzen[35].

Da die Frage, ob die Modalitäten der Mängelhaftung auf einen Anspruch zur Anwendung kommen, in einer späteren Auseinandersetzung von zentraler Bedeutung ist, empfiehlt es sich, Garantien, die nach dem Willen der Parteien nicht unter diese Beschränkungen fallen sollen, klar als solche zu bezeichnen. Da der Ausdruck «Garantie» im untechnischen Sinn bei Kaufverträgen häufig auch für Zusicherungen verwendet wird, ist es in diesem Sinne ratsam, diese Vereinbarungen klar als selbstständige Verpflichtungen zu bezeichnen und ausdrücklich festzuhalten, dass sie nicht den Modalitäten der Mängelhaftung unterstehen.

III. Formulierung von Garantien

Ziel einer Garantie ist es, die finanziellen Folgen eines spezifischen Problems, das die gekaufte Gesellschaft belastet, in einer für die Parteien klaren und in ihren Konse-

---

[33] BGE 122 III 426, 430 f. E. 5.a; PHILIP SPITZ/CHRISTIAN OETIKER, Verjährung und Rechtsbehelfe bei Unternehmenskaufverträgen, SJZ 101 (2005), 465–473, 467; JÜRG ALEXANDER LUGINBÜHL, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Diss. Zürich 1993, 148 Fn. 91.

[34] BGE 132 III 285, 289 f. E. 2; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 3378 ff.

[35] RUDOLF TSCHÄNI/MATTHIAS WOLF, Vertragliche Gewährleistung und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich 2006, 93–123, 115.

quenzen vorhersehbaren Weise zu regeln. Dieser Zweck sollte sich in einer entsprechend sorgfältigen Formulierung der betreffenden Klauseln niederschlagen:

A. Umschreibung der Zahlungspflicht

Die Garantie sollte die Umstände, welche die Zahlungspflicht auslösen, sowie auch die Höhe der Zahlung genau umschreiben. Wenn z.B. ein bestimmter Passivprozess eine Garantieleistung auslösen soll, so muss der Prozess, auf den sich die Garantie bezieht, spezifiziert und auch das Ereignis, das die Zahlungspflicht auslöst, definiert werden[36]. Bei der Definition der Zahlungspflicht sollte deren Umfang möglichst genau beschrieben werden, um diesbezügliche Auseinandersetzungen zwischen den Parteien zu vermeiden. Beim vorne erwähnten Prozessverfahren müsste beispielsweise festgelegt werden, ob sich der Anspruch der Käuferin nur auf die Zahlung des Urteilsbetrages und die externen Kosten beschränkt oder ob auch noch interne Kosten der Prozessführung sowie Folgeschäden[37] abgedeckt werden.

Sofern das verkaufte Unternehmen eine Rückstellung für das von der Garantie abgedeckte Risiko gebildet hat, stellt sich natürlich auch die Frage, ob eine derartige Rückstellung an den Anspruch der Käuferin anzurechnen ist bzw. ob es zu einer Rückzahlung an den Verkäufer kommt, falls sich das betreffende Risiko gar nicht materialisiert oder wenigstens die Rückstellung nicht ausgeschöpft wird. Die Berücksichtigung einer Rückstellung bei der Berechnung des Anspruches ist immer dann gerechtfertigt, wenn die betreffende Rückstellung bei der Berechnung des Kaufpreises abgezogen wurde[38].

Eine derartige Garantie kann beispielsweise wie folgt formuliert werden:

> «Die Gesellschaft ist von der Huber & Co. AG eingeklagt worden (Prozess Nr. XXX beim Handelsgericht Zürich). Sollte die Gesellschaft in diesem Prozess ganz oder teilweise unterliegen, so verpflichtet sich der Verkäufer, den Betrag des Urteils, einschliesslich der darin festgelegten Kosten und Parteientschädigung sowie auch die Anwaltskosten der Gesellschaft, die nach dem Vollzugstermin im Zusammenhang mit diesem Verfahren anfallen, zu bezahlen. Der Verkäufer ist verpflichtet, die Anwaltskosten der Gesellschaft auch dann zu bezahlen, wenn die Gesellschaft obsiegt, wobei in diesem Fall allerdings die vom Gericht zugesprochene Parteientschädigung abgezogen wird. Die Zahlung muss innert 5 Tagen nach dem rechts-

---

[36] BÖCKLI (FN 21), 94; SYLVAIN MARCHAND, Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle, Basel 2008, 187.

[37] Folgeschäden können sich daraus ergeben, dass ein Schadenersatzurteil das Unternehmen dazu zwingt, auf gewisse Geschäfte zu verzichten, und dies führt zu weiteren Schadenersatzpflichten wodurch ein entsprechendes Ertragspotential verloren geht.

[38] D.h., wenn bei einer Preisbestimmung, die vom Enterprise Value ausging, nicht nur die verzinslichen Verbindlichkeiten, sondern auch Rückstellungen abgezogen wurden, um den Kaufpreis zu errechnen.

kräftigen Abschluss des Prozesses geleistet werden. Die in der Bilanz der Gesellschaft per Ende 31.12.2010 für diesen Prozess aufgeführte Rückstellung in Höhe von CHF 560'000 wird an die Zahlungspflicht des Klägers angerechnet. Sollte der betreffende Betrag unter dem Betrag der Rückstellung liegen, so hat die Käuferin die Differenz innert der gleichen Frist dem Verkäufer zu bezahlen.

Folgeschäden des Urteils und interne Kosten der Gesellschaft, die im Rahmen dieses Verfahrens anfallen, werden nicht berücksichtigt.»

Da sich eine Garantie immer auf ein spezifisches Problem bezieht, muss ihre Formulierung selbstverständlich diesem angepasst werden.

B. Mitwirkungsrechte des Verkäufers

Der Verkäufer haftet aufgrund einer Garantie typischerweise für Probleme, die ihre Ursache vor dem Vollzug des Kaufvertrages haben, wie z.B. die Einreichung einer Klage durch einen Dritten, die Einleitung eines Nachsteuerverfahrens durch die Steuerbehörden, Garantieansprüche von Kunden aus früheren Lieferungen oder Umweltverschmutzungen[39]. Der Betrag, den das Unternehmen zu bezahlen hat, wird typischerweise aber auch von Vorgängen beeinflusst, die erst nach dem Vollzug des Vertrages stattfinden: häufig hängt der Betrag davon ab, wie Verhandlungen und Verfahren mit Drittpersonen oder Behörden geführt werden bzw. wie viel das Unternehmen für allfällige Sanierungs- und Wiederherstellungsmassnahmen ausgibt. Die Art, mit der diese Verhandlungen, Verfahren und Arbeiten durchgeführt werden, beeinflusst daher die Belastung des Verkäufers erheblich.

Führt die Käuferin bzw. das gekaufte Unternehmen die entsprechenden Schritte im eigenen Ermessen durch, so muss der Verkäufer befürchten, dass ihr bzw. ihm – gerade weil der die Kosten vollumfänglich trägt – ein Anreiz fehlt, diese Kosten so tief wie möglich zu halten. Sofern die von der Garantie abgedeckten Probleme Kunden des verkauften Unternehmens oder Behörden betreffen, mit denen das Unternehmen weitere Rechtsbeziehungen hat, so muss der Verkäufer sogar befürchten, dass sich das verkaufte Unternehmen und die Käuferin gegenüber diesen Drittparteien auf seine Kosten kulant zeigen, um ihre Position für die zukünftige Zusammenarbeit mit den betreffenden Kunden und Behörden zu stärken. Macht die Käuferin, die sich in dieser Weise verhalten hat, später einen Anspruch aus Garantie geltend, wird der Verkäufer im Sinne einer Einrede gegen seine Zahlungspflicht allerdings geltend machen, dass die Käuferin bzw. das verkaufte Unternehmen das Verfahren nicht optimal geführt habe und die Käuferin so ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen sei bzw. sogar ein Selbstverschulden der Käuferin vorliege, welche ungerechtfertigte Ansprüche anerkannt habe. Wenn sich die Garantie auf einen Zivil-

[39] Vgl. dazu TSCHÄNI (FN 1), 146 f.

prozess bezieht, so kann dieser Einrede dadurch entgegen gewirkt werden, dass die Käuferin bzw. die Gesellschaft dem Verkäufer den Streit erklärt und er dementsprechend als Nebenintervenient in das Verfahren einbezogen wird, was dann auch allerdings dazu führt, dass der Verkäufer tatsächlich Einfluss nehmen kann und Verfahrensschritte, die seinen Interessen widersprechen, entsprechend beeinflussen wird. Bei Verhandlungen und verwaltungsrechtlichen Verfahren kann der Verkäufer in ähnlicher Weise einbezogen werden, was bei entsprechender Mitwirkung die Einrede des Selbstverschuldens bzw. der mangelnden Schadensminderung verhindert[40]. Typischerweise vermeiden die Parteien allerdings Unsicherheiten bezüglich der Schadensminderungspflicht der Käuferin und der Mitwirkungsrechte des Verkäufers, indem sie die gegenseitigen Rechte und Pflichten in Bezug auf die von Garantien betroffenen Sachverhalte und Verfahren vertraglich genau definieren. Eine entsprechende Klausel kann beispielsweise wie folgt formuliert werden:

> «Soweit die in Ziff. X dieses Vertrages wiedergegebenen Zahlungspflichten des Verkäufers von Verfahren mit Behörden oder Dritten abhängen, gelten folgende Regeln:
>
> – Die Käuferin hat den Verkäufer innert 10 Arbeitstagen nach Kenntnisnahme von Forderungen der betreffenden Dritten und Behörden zu benachrichtigen und ihm innert 10 Arbeitstagen alle Dokumente, die sie von Dritten und Behörden in diesem Zusammenhang erhält, weiterzuleiten.
>
> – Vor allfälligen Vorverhandlungen mit Dritten oder Behörden ist der Verkäufer zu konsultieren. Vergleiche oder andere Erklärungen mit ähnlicher Wirkung dürfen nur mit vorgängiger schriftlicher Zustimmung des Verkäufers abgeschlossen bzw. abgegeben werden.
>
> – Der Verkäufer ist vor allen wesentlichen Verfahrensschritten vor Gerichten, Behörden und Instanzen mit ähnlicher Funktion zu konsultieren. Vergleiche oder Erklärungen mit ähnlicher Wirkung dürfen nur mit vorgängiger schriftlicher Zustimmung des Verkäufers abgeschlossen bzw. abgegeben werden. Das Gleiche gilt auch für den Verzicht auf Rechtsmittel.
>
> – Die Käuferin stellt sicher, dass die Gesellschaft dem Verkäufer Zugang zu allen Dokumenten und Informationen gewährt, die für die entsprechenden Ansprüche relevant sind.
>
> – Der Verkäufer verpflichtet sich seinerseits, alle Informationen und Dokumente, die sich auf diese Ansprüche beziehen und noch in seinem Besitz sind, der Käuferin sowie der Gesellschaft offenzulegen.
>
> Als Alternative zu diesem Vorgehen kann die Käuferin die Führung von Verhandlungen und Verfahren auch dem Verkäufer übertragen bzw. dafür sorgen, dass die Gesellschaft Verhandlungen und Verfahren dem Verkäufer überträgt und entsprechende Vollmachten ausstellt. In diesem Fall gelten die vorne beschriebenen Informations- und Konsultationspflichten für den Verkäufer.»

---

[40] TSCHÄNI/WOLF (FN 35), 118 f.

C. Modalitäten zur Geltendmachung von Ansprüchen

Die Möglichkeit, Ansprüche aus Garantien gemäss Art. 127 OR während 10 Jahren geltend zu machen und diese Frist durch Betreibung noch zu unterbrechen, ist in den wenigsten Fällen für den Verkäufer akzeptabel, da er nach einem Verkauf so rasch wie möglich definitiv über alle Ansprüche und Forderungen abrechnen möchte. Wie vorne in Ziff. II.B dargestellt, ist es möglich, die gesetzlich vorgesehene Verjährungsfrist dadurch abzukürzen, indem die Parteien die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Ansprüche aus einer Garantie in zeitlicher Hinsicht so festlegen, dass der Anspruch dahin fällt, wenn er nicht innert einer bestimmten Frist geltend gemacht wird. Dabei werden in der Praxis unterschiedliche Fristen festgelegt:

- **Benachrichtigungsfristen**

Soweit sich das Problem, auf das sich die Garantie bezieht, nicht bereits vor dem Vollzug des Vertrages in konkreten Ansprüchen in einem Verfahren niedergeschlagen hat, wird meistens eine kurze Frist festgesetzt, innert der die Einleitung eines Verfahrens bzw. die Geltendmachung von Ansprüchen dem Verkäufer mitgeteilt werden muss[41]. Zum Teil wird diese Frist allerdings nicht als Verwirkungsfrist gestaltet, sondern nur vorgesehen, dass die Ansprüche der Käuferin insoweit dahin fallen, als dass der Verkäufer bei rechtzeitiger Benachrichtigung die Möglichkeit gehabt hätte, für eine Reduktion der betreffenden Ansprüche zu sorgen[42].

- **Frist zur Geltendmachung**

Um zu vermeiden, dass Ansprüche während der gesamten Verjährungsfrist hängig bleiben, wird in der Praxis häufig vorgesehen, dass Ansprüche, nachdem sie definitiv entstanden sind, innert einer bestimmten Frist gegenüber dem Verkäufer geltend zu machen sind, und dass auch innert bestimmter Frist Klage einzuleiten ist. Werden diese Fristen nicht eingehalten, so sind die Ansprüche normalerweise verwirkt[43].

Eine Befristungsklausel kann z.B. wie folgt formuliert werden:

> «Soweit Ansprüche unter den in Ziff. XY aufgeführten Garantien entstanden sind, müssen diese innert 3 Monaten nach dem betreffenden Zeitpunkt schriftlich geltend gemacht und innert 6 Monaten eine Klage im Sinne von Ziff. XZ vor dem vertraglich vorgesehenen Schiedsgericht eingereicht werden.»

---

41 TSCHÄNI/WOLF (FN 35), 115 f.; TSCHÄNI (FN 1), 148.

42 BÖCKLI (FN 21), 103 f.; SCHENKER (FN 24), 280.

43 GILLES BENEDICK/MARKUS VISCHER, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, Jusletter 4.9.2006, N 48 f.

IV. Sicherung von Garantieansprüchen

Für die Käuferin kann sich die Frage stellen, ob ihre allfälligen Ansprüche aus Garantien gesichert werden müssen, da es – je nach der finanziellen Situation des Verkäufers – für die Käuferin schwierig werden kann, ihre Ansprüche zu vollstrecken[44]. Dieses Problem stellt sich insbesondere, wenn der Verkäufer eine natürliche Person ist, die ihren Wohnsitz nach dem Verkauf wechseln kann oder wenn es sich beim Verkäufer um eine Gesellschaft handelt, die nach dem Verkauf liquidiert wird oder deren Solvenz zweifelhaft ist. Bei Garantien ist die Sicherung zukünftiger Ansprüche im Normalfall noch wichtiger als bei kaufrechtlichen Zusicherungen, da sich Garantien auf Probleme beziehen können, die eine relativ lange Latenzzeit haben, wie z.B. Steueransprüche, die während der gesamten Verjährungszeit geltend gemacht werden können oder umweltrechtliche Sanierungspflichten, die ebenfalls relativ langen Fristen unterworfen sind, was dazu führt, dass auch die entsprechenden Ansprüche aus Garantien erst nach relativ langer Zeit geltend gemacht werden. Zur Sicherung der Ansprüche der Käuferin kommen in der Praxis folgende Mittel zur Anwendung:

A. Kaufpreisrückbehalt

Die Ansprüche der Käuferin können dadurch gesichert werden, indem ein Teil des Kaufpreises nicht am Vollzugstermin Zug-um-Zug gegen Übergabe des Kaufobjektes, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt bezahlt wird und die Käuferin in der Zwischenzeit das Recht hat, allfällige Ansprüche aus Garantien mit dieser Kaufpreisrestanz zu verrechnen. Eine derartige Verrechnungsmöglichkeit ist für die Käuferin die günstigste Art zur Sicherung ihrer Ansprüche, da sie einen Teil des Kaufpreises erst später finanzieren muss. Zusätzlich wird bei einer Auseinandersetzung über Ansprüche der Käuferin die Rolle des Klägers dem Verkäufer zugeschoben, der die Zahlung des Restkaufpreises einfordern muss.

Da ein Kaufpreisrückbehalt nicht nur die Position der Käuferin erheblich verstärkt, sondern den Verkäufer bezüglich des Restkaufpreises dem Insolvenzrisiko der Käuferin aussetzt, sind Verkäufer allerdings nur selten bereit, eine derartige Sicherung der Ansprüche der Käuferin zu akzeptieren. Dies gilt insbesondere auch bei Garantien, die eine lange Laufzeit haben.

---

[44] TSCHÄNI (FN 1), 148; PETER UEBELHART/MICHEL JAGGI, Steuerliche Due Diligence, Identifikation von steuerlichen Chancen und Risiken bei Transaktionen, ST 2006, 238–243, 241.

B. Bankgarantie zugunsten der Käuferin

Die Ansprüche der Käuferin können auch dadurch gesichert werden, dass der Verkäufer der Käuferin am Vollzugstermin neben dem Kaufgegenstand auch eine Bankgarantie übergibt, welche die Käuferin ziehen kann, wenn sie Ansprüche aus Garantien geltend machen will. Da die Käuferin ihre Ansprüche beim Ziehen der Bankgarantie nicht nachweisen muss, hat diese Art der Sicherung bezüglich der Position der Parteien den gleichen Effekt wie ein Kaufpreisrückbehalt; die Klägerrolle kommt bei einer Auseinandersetzung über Ansprüche der Käuferin dem Verkäufer zu, der die Garantiesumme von der Käuferin zurückfordern muss, während die Käuferin in diesem Prozess ihre Ansprüche aus vertraglichen Garantien einredeweise geltend machen kann. Genau wie bei einem Kaufpreisrückbehalt trägt der Verkäufer das Insolvenzrisiko der Käuferin, wenn diese die Bankgarantie gezogen und der Verkäufer einen allfälligen entsprechenden Rückforderungsanspruch hat. Aus diesen Gründen werden Bankgarantien von Verkäufern ebenfalls meist abgelehnt[45].

C. Bankbürgschaft

Die Ansprüche der Käuferin können auch durch eine Bankbürgschaft gesichert werden, die der Verkäufer der Käuferin beim Vollzug des Vertrages übergibt. Mit einer Bankbürgschaft kann die Käuferin – nach erfolgreicher gerichtlicher Durchsetzung ihrer Ansprüche bzw. der Anerkennung ihrer Ansprüche durch den Verkäufer – bei der Bank Zahlungen verlangen. Die Bürgschaft führt im Gegensatz zu einem Kaufpreisrückbehalt und einer Bankgarantie nicht zu einer Verschiebung der Klägerrolle zwischen Käuferin und Verkäufer, da sich die Käuferin erst dann Deckung verschaffen kann, wenn sie ihren Anspruch durchgesetzt hat[46]. Dementsprechend setzt sich der Verkäufer auch nicht dem Insolvenzrisiko der Käuferin aus. Da eine Bankbürgschaft dagegen genau wie eine Bankgarantie berechtigte Ansprüche sichert, erscheint daher dieses Sicherungsmittel meist als ein vernünftiger Ausgleich zwischen den Interessen von Käuferin und Verkäufer.

D. Escrow Account

Die Ansprüche der Käuferin können auch dadurch gesichert werden, indem ein Teil des Kaufpreises beim Vollzug des Kaufvertrages auf ein Konto einbezahlt wird, über

---

[45] HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 9), 349.

[46] BEAT KLEINER, Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990, 30 f.

das ein Dritter (Escrow Agent) verfügungsberechtigt ist[47]. Dieser Dritte wird von den Parteien dahingehend instruiert, dass er diese Gelder, die zur Sicherung der Ansprüche der Käuferin dienen, erst nach Ablauf einer bestimmten Frist dem Verkäufer herausgibt oder diese zurückbehält, falls die Käuferin ihm vor Ablauf dieser Frist mitteilt, dass sie Ansprüche gegen den Verkäufer geltend macht. In diesem Fall darf der Escrow Agent die betreffenden Mittel nur noch auf gemeinsame schriftliche Instruktion von Käuferin und Verkäufer bzw. auf ein entsprechendes rechtskräftiges Urteil hin herausgeben. Eine derartige Sicherung hat den gleichen Effekt wie eine Bankbürgschaft, d.h. führt nicht zu einer Veränderung der Klägerrollen, wenn die Käuferin Ansprüche durchsetzen will, und setzt den Verkäufer auch nicht dem Risiko der Insolvenz der Käuferin aus. Auch die Sicherung durch einen Escrow Agent erscheint daher häufig als sachgerechtes Mittel zum Ausgleich der Interessen von Käuferin und Verkäufer.

[47] Zum Begriff vgl. STEPHAN EISENHUT, Escrow-Verhältnisse, Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte, Diss. Basel 2009, 7 ff.