



Kommentar zu: Urteil: [4A_186/2020](#) vom 30. Juli 2020
Sachgebiet: Obligationenrecht (allgemein)
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Leistungs- und Sicherungsversprechen in Aktienkaufverträgen

Autor / Autorin

Judith Rothen, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_186/2020 vom 30. Juli 2020 wies das Bundesgericht die Klage der Käuferin wegen angeblicher Verletzung des Versprechens des Verkäufers, sie für bestimmte Prozesskosten schadlos zu halten, ab. Es verwies auf das Urteil der Vorinstanz, die nach objektiver Auslegung der Vertragsdokumente zum Schluss gekommen war, dass der Verkäufer nicht nur ein befristetes Sicherungsversprechen abgegeben hat, sondern auch ein befristetes Leistungsversprechen. Da die Käuferin nach Ablauf der Gültigkeitsdauer dieser Versprechen geklagt hatte, besitzt sie gemäss Bundesgericht keinen vertraglichen Rückforderungsanspruch gegenüber dem Verkäufer.

Sachverhalt und Erwägungen

[1] U, ein ehemaliger Agent der W AG, klagte gegen die W AG und forderte diverse Beträge in Höhe von CHF 738'500 zuzüglich Zinsen (Sachverhalt und Erwägungen Teil 1).

[2] Z, Alleinaktionär der W AG (nachfolgend: Verkäufer), verkaufte mit schriftlicher Vereinbarung vom 3. Dezember 2007 (nachfolgend: Aktienkaufvertrag) sämtliche Aktien der W AG an die X AG (nachfolgend: Käuferin). Art. 6 des Aktienkaufvertrags hielt betreffend die durch U angestrebte Forderungsklage fest: «Angesichts des potenziellen Verfahrensrisikos, das sich aus der von U gegen die W AG erhobenen Forderungsklage ergibt, verpflichtet sich der Verkäufer, dieses Risiko gegenüber der Käuferin zu garantieren, indem er eine erstklassige Bankgarantie in Höhe von CHF 850'000 stellt, die solange aufrechterhalten wird, bis ein endgültiges und rechtskräftiges Urteil ergeht, die jedoch in jedem Fall und ohne weitere Bedingung bis spätestens 28. Februar 2012 vollständig freigegeben wird. Sollte die W AG in diesem Verfahren unterliegen, wird die genannte Garantie bis zu den ihr in Rechnung gestellten Beträgen ordnungsgemäss freigegeben.» (Sachverhalt und Erwägungen Teil 2).

[3] Am 30. Juli 2008 unterzeichneten die Parteien ein Vollzugsprotokoll, das die Pflicht des Verkäufers zur Stellung einer Bankgarantie bestätigte. Die Käuferin sollte die Prozesskosten tragen, wurde jedoch ermächtigt, am 31. Dezember eines jeden Jahres vom Verkäufer eine Rückerstattung zu verlangen. Gleichentags gab die Bank V AG auf Anweisung des Verkäufers eine Garantie auf erstes Verlangen zugunsten der Käuferin für «jeden Betrag

bis zu maximal CHF 850'000» ab, gültig bis 28. Februar 2012. Bis 31. Dezember 2011 erstattete der Verkäufer der Käuferin die Kosten, die der W AG aufgrund ihrer gerichtlichen Auseinandersetzung mit U erwachsen waren, und welche die Käuferin gemäss Aktienkaufvertrag übernehmen musste. Der Prozess zwischen W AG und U endete am 17. März 2016, wobei die W AG verurteilt wurde, U CHF 363'000 zuzüglich Zinsen und weiterer Kosten zu zahlen (Sachverhalt und Erwägungen Teil 2).

[4] Am 17. Februar 2017 reichte die Käuferin vor dem erstinstanzlichen Gericht des Kantons Genf eine Forderungsklage gegen den Verkäufer ein. Sie stützte die Klage auf Art. 6 des Aktienkaufvertrags und das Vollzugsprotokoll. Das Gericht wies die Klage am 20. Dezember 2018 ab. Die Genfer *Cour de Justice* bestätigte am 18. Februar 2020 das erstinstanzliche Urteil (Sachverhalt und Erwägungen Teil 3).

[5] Gegen dieses Urteil erhob die Käuferin Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht. Der Verkäufer beantragte, die Beschwerde sei zurückzuweisen (Sachverhalt und Erwägungen Teil 4).

[6] Vorliegend beziehe sich der Rechtsstreit, so das Bundesgericht, auf die Auslegung von Art. 6 des Aktienkaufvertrags und des Vollzugsprotokolls. Nach Ansicht der Käuferin verpflichtete sich der Verkäufer ohne zeitliche Begrenzung zur Erstattung der allfällig zugesprochenen Beträge an U und der gesamten Anwaltshonorare. Weiter habe er sich verpflichtet, eine Bankgarantie zu stellen, um sicherzustellen, dass er dieser Rückzahlungsverpflichtung bis 28. Februar 2012 nachkommen könne. Demgegenüber sei der Verkäufer der Ansicht, er sei lediglich verpflichtet gewesen, eine Bankgarantie zur Deckung der besagten Kosten während der vereinbarten Gültigkeitsdauer, d.h. bis 28. Februar 2012, zu stellen. Dieser Pflicht sei er in vollem Umfang nachgekommen. Die Vorinstanz sei dieser Argumentation gefolgt und habe auf die in der Rechtsprechung zu Art. 18 Abs. 1 [OR](#) verankerten Kriterien für die Auslegung von Willenserklärungen zwischen Vertragsparteien verwiesen. Zudem habe die Vorinstanz zahlreiche weitere Elemente und Dokumente erörtert, wobei sie zum Schluss gekommen sei, dass (i) der Wortlaut von Art. 6 die wahre Bedeutung des Aktienkaufvertrags zwischen den Parteien widerspiegle und (ii) vom Verkäufer nicht verlangt werden könne, etwas anderes zu tun, als eine Bankgarantie von begrenzter Dauer zu stellen. Nach Ansicht der Vorinstanz sei die Erstattung der Prozesskosten eine Nebenpflicht des Verkäufers gewesen, deren Dauer nicht über die der Bankgarantie hinaus gegangen sei (Sachverhalt und Erwägungen Teil 6).

[7] Nach Ansicht des Bundesgerichts bestreite die Käuferin zwar die Einschätzungen der Vorinstanz, würde aber die Auslegungsmethode an sich nicht in Frage stellen. Zudem leite sich die Argumentation der Vorinstanz auch nicht aus einer Verwechslung zwischen den Pflichten des Verkäufers und jenen der Bank als Garantin ab. Es sei daher nicht notwendig, die Argumentation der Käuferin wiederzugeben; vielmehr könne auf die Begründung des angefochtenen Urteils verwiesen werden, was nach Art. 109 Abs. 3 [BGG](#) zulässig sei (Sachverhalt und Erwägungen Teil 6).

[8] Das Bundesgericht befand die Klage folglich als unbegründet und wies sie ab (Sachverhalt und Erwägungen Teil 7).

Kurzkommentar

[9] Vorliegend hat das Bundesgericht die Klage der Käuferin als unbegründet abgewiesen und lediglich summarisch auf die Begründung der Vorinstanz verwiesen. Die Vorinstanz hatte in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertragsauslegung zuerst eine subjektive Auslegung und dann, da sie keinen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen feststellen konnte, eine objektive Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen (Urteil der Genfer *Cour de Justice* ACJC/292/2020 vom 18. Februar 2020 E. 3.2.1 S. 20). Nach dieser objektiven Auslegung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass Art. 6 des Aktienkaufvertrags und das Vollzugsprotokoll den wirklichen Willen der Parteien wiedergeben und die Bankgarantie befristet bis 28. Februar 2012 abgegeben worden sei.

[10] Dieses Vorgehen der subjektiv-objektiven Auslegung ist abzulehnen (gl.M. bspw. ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], COVID-19, Basel 2020, Rz. 29; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.). Sowohl aus dogmatischen als auch aus praktischen Gründen ist eine einheitliche Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu favorisieren. So gelingt es den Gerichten kaum je, den tatsächlichen Parteiwillen zu ermitteln

(FRANZ WERRO, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2020, S. 424 ff., S. 428; BK-MÜLLER, a.a.O., Art. 18 OR N 79 f.), was der vorinstanzliche Entscheid verdeutlicht. Zudem ist das Bundesgericht bei der subjektiven Vertragsauslegung an die Beweiswürdigung der Vorinstanz gebunden, da diese grundsätzlich einer bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (siehe dazu bspw. Urteil des Bundesgerichts [4A_233/2020](#) vom 22. Oktober 2020 E. 4. Ingress).

[11] Es ist fraglich, ob das Ergebnis der objektiven Auslegung nach dem Vertrauensprinzip tatsächlich dem vernünftigerweise den Vertragsparteien zu unterstellenden Willen entsprach. Unseres Erachtens verkannten die Gerichte, dass vom Ablaufdatum des Sicherungsmittels (d.h. der Bankgarantie) nicht automatisch auf das Ablaufdatum des Leistungsversprechens (d.h. des Versprechens des Verkäufers, das Leistungsversprechen mittels Bankgarantie zu sichern) und schon gar nicht ohne Weiteres auf das Ablaufdatum des Leistungsversprechens (d.h. des Versprechens des Verkäufers, der Käuferin alle im Zusammenhang mit der Streitigkeit mit U anfallenden Kosten zu erstatten) geschlossen werden darf. So ist es in der Praxis durchaus üblich, dass die Gültigkeitsdauer des Sicherungsmittels kürzer als jene des Leistungsversprechens ausgestaltet wird. Andererseits könnte im Sicherungsversprechen bspw. auch versprochen werden, kurz vor Ablauf des Sicherungsmittels ein weiteres Sicherungsmittel zu stellen. Sicherungsmittel, Sicherungsversprechen und Leistungsversprechen sind daher streng auseinanderzuhalten. Allerdings ist der Vorwurf an die involvierten Gerichte insofern zu relativieren, als bereits die Vertragsparteien (insbesondere die Käuferin) das Leistungsversprechen, das Sicherungsversprechen und das Sicherungsmittel miteinander vermischt hatten. Es ist jedoch schwierig, die Vertragsauslegung abschliessend zu beurteilen, da sich das Bundesgericht nicht eingehend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzen konnte und der besprochene Entscheid sich nicht näher zum Wortlaut sowie zum Inhalt des Vollzugsprotokolls äussert.

[12] Die Käuferin verstand Ziff. 6 des Aktienkaufvertrags nach eigenen Angaben so, dass zwar die Bankgarantie befristet ausgestaltet wurde, nicht jedoch das Leistungsversprechen selbst. Der Verkäufer habe sich vielmehr unbefristet zur Erstattung der sich im Zusammenhang mit dem Prozess ergebenden Kosten verpflichtet. Ein solches Verständnis ist aus objektiver Sicht durchaus naheliegend. Denn in M&A-Verträgen werden Ansprüche aus Zusicherungen und Garantien regelmässig durch zeitlich begrenzte Sicherungsmittel wie bspw. ein *Escrow Agreement* gesichert (siehe bspw. URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 358 ff.). Entsprechend ist jeweils klar zwischen dem Sicherungsgeschäft und dem Grundgeschäft zu unterscheiden (MATTHIAS KUSTER, Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien, SZW 1996, S. 68 ff., S. 68). Diese Differenzierung ist vorliegend aufgrund der undifferenzierten Formulierung aber gerade nicht möglich. Zudem sollten in dieser Hinsicht auch die mit dem Fristablauf verbundenen Folgen geregelt werden (KUSTER, a.a.O., S. 75), was die Parteien vorliegend ebenfalls unterlassen haben.

[13] So ist der Verkäufer der Ansicht, dass er nur verpflichtet gewesen sei, eine befristete Bankgarantie bis 28. Februar 2012 zur Deckung seiner gleichermassen befristeten Rückzahlungsverpflichtung betreffend die U zugesprochenen Beträge und Anwaltshonorare abzugeben. Dieser Pflicht sei er vollumfänglich nachgekommen. Eine solche Auslegung ist unseres Erachtens aufgrund der undifferenzierten Formulierung der Vertragsklausel zwar denkbar. Allerdings ist fraglich, ob ein solches Auslegungsergebnis dem Willen vernünftiger Parteien entspricht.

[14] Wäre die Vertragsklausel klar formuliert sowie Sicherungsgeschäft und Grundgeschäft voneinander getrennt worden, hätten die Gerichte unserer Ansicht nach zunächst das Leistungsversprechen objektiv auslegen und rechtlich qualifizieren müssen. Anschliessend hätten die Gerichte das Sicherungsversprechen und das Sicherungsmittel objektiv auslegen und rechtlich qualifizieren müssen. Erst danach hätten die Gerichte beurteilen können, ob das Leistungs- und das Sicherungsversprechen für den gleichen Zeitraum abgegeben wurden. Weiter hätten die Gerichte auch erst dann ermitteln können, ob von der Dauer des Sicherungsmittels auf die Dauer des Sicherungsversprechens und des dahinterstehenden Leistungsversprechens geschlossen werden kann.

[15] Das *Leistungsversprechen* des Verkäufers kann als kaufvertragliche Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR, als Garantie i.S.v. Art. 111 OR oder als Schuldübernahme gemäss Art. 175 ff. OR qualifiziert werden (siehe dazu auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich [NP190003](#) vom 5. November 2019 E. 3.3.5. ff.). Die rechtliche Qualifikation von Leistungsversprechen ist schwierig, weshalb im Einzelfall das Versprechen analysiert und ausgelegt werden sollte (MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen,

indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff., S. 333).

[16] Kaufvertragliche Gewährleistungen sichern, sofern es sich um Sachgewährleistungen handelt, bestimmte Eigenschaften des Kaufgegenstands zu (FABIAN GLÄSSER/MARKUS VISCHER, [Unternehmenskaufvertrag – Garantie, Zusicherung oder verwandtes Versprechen?](#), in: dRSK, publiziert am 27. Juni 2014, Rz. 10). Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels bzw. das Fehlen einer Eigenschaft ist in der Regel der Gefahrübergang (HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 197 OR N 11). Da das Gewährleistungsrecht dispositiv ist, können die Parteien auch einen anderen Zeitpunkt vereinbaren (BSK OR I-HONSELL, a.a.O., Art. 199 OR N 1). Modifizierte Gewährleistungen können deshalb bestimmte Eigenschaften eines Kaufgegenstands auch in einem bestimmten Zeitpunkt (vor oder nach dem Gefahrübergang) oder aber für eine bestimmte Dauer (nach der Unterzeichnung oder dem Vollzug des Kaufvertrags) zusichern (VISCHER, a.a.O., S. 328).

[17] Garantien kommen in einem Dreipersonenverhältnis als bürgschaftsähnliche Garantien, auch Garantien i.e.S. genannt, vor (PETER REETZ/MICHAEL GRABER, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen [Art. 1–183 OR], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 111 OR N 7). Die bürgschaftsähnliche Garantie bezieht sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis (Grundgeschäft), das dem Promissar einen (vertraglichen) Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt (CHRISTOPH M. PESTALOZZI, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 111 OR N 6). Dabei ist gleichgültig, ob die Leistung des Dritten wirklich geschuldet ist (BGE [125 III 305](#) E. 2b S. 307 = Pra 1999, Nr. 172, S. 897). Wesentlich ist jedoch, dass die Möglichkeit des Schadenseintritts vom Verhalten des Dritten abhängt, der als Schuldner des Promissars auftritt. Diese Nähe zur Bürgschaft führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen der bürgschaftsähnlichen Garantie und Bürgschaften i.S.v. Art. 492 ff. OR (BGE [125 III 305](#) E. 2b S. 307 = Pra 1999, Nr. 172, S. 897). Primäres Abgrenzungskriterium ist die Akzessorietät der Leistung: Garantien sind unabhängige Verpflichtungen, wohingegen Bürgschaften akzessorischer Natur sind (BEAT KLEINER/KASPAR LANDOLT/DOMINIQUE GEMPERLI, Bankgarantie, 5. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016, S. 22 ff.) und somit vom Bestand und Inhalt der zu sichernden Hauptschuld des Dritten abhängen (VISCHER, a.a.O., S. 326).

[18] Garantien können jedoch auch in Zweipersonenverhältnissen als reine Garantien vorkommen. Dabei sichern sie den Promissar losgelöst von einem Dreipersonenverhältnis nicht nur gegen das Risiko der Nichtleistung durch einen Dritten, sondern auch gegen ein irgendwie geartetes Risiko ab, womit sie ein umfassendes Sicherungsinstrument darstellen (VISCHER, a.a.O., S. 326). Diese Begriffserweiterung erlaubt es, Garantien für die kaufrechtliche Mängelhaftung einzusetzen (GLÄSSER/VISCHER, a.a.O., Rz. 10; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in: LUC Thévenoz/Franz Werro [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 197 OR N 24; betreffend deutsches Recht: CHRISTIAN FÖRSTER, Die Fusion von Bürgschaft und Garantie, Tübingen 2010, S. 80).

[19] Sofern Garantien bestimmte Eigenschaften des Kaufgegenstands in einem bestimmten Zeitpunkt oder für einen bestimmten Zeitraum garantieren, werden sie Beschaffenheitsgarantien genannt (VISCHER, a.a.O., S. 328; betreffend deutsches Recht: FÖRSTER, a.a.O., S. 142 f.). Sichern Garantien hingegen einen von den Eigenschaften des Kaufgegenstands unabhängigen zukünftigen Erfolg zu, handelt es sich um «Nichtbeschaffenheitsgarantien». Solche Nichtbeschaffenheitsgarantien, die bspw. den Eintritt gewisser vom Käufer gewünschter oder nicht gewünschter Ereignisse betreffen, sind nur in Form von Garantien und nicht in Form von kaufvertraglichen Gewährleistungen möglich (VISCHER, a.a.O., S. 330). Sie kommen als M&A-Vertragsklauseln in der Praxis jedoch eher selten vor (URS SCHENKER, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Rudolf Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions VII, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 275 ff., S. 277; betreffend deutsches Recht: FÖRSTER, a.a.O., S. 147).

[20] Eine interne Schuldübernahme i.S.v. Art. 175 OR liegt vor, wenn sich ein Dritter dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Schuldner von der Schuld zu befreien. Dem Gläubiger gegenüber bleibt die Übernahme wirkungslos, da der Schuldübernehmer lediglich die Schuld und nicht das Vertragsverhältnis übernimmt (RUDOLF TSCHÄNI/TINO GABERTHÜEL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 175 OR N 1 f.). Eine externe, privative Schuldübernahme i.S.v. Art. 176 OR liegt demgegenüber vor, wenn der bisherige Schuldner durch die Schuldübernahme frei wird (THOMAS

PROBST, in: Luc Thévenoz/Franz Werro [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 176 OR N 1).

[21] Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das vorliegende Leistungsversprechen als reine Garantie (genauer: eine Nichtbeschaffenheitsgarantie) gilt. Denn es lag kein Dreipersonenverhältnis vor und der Verkäufer versprach einen zukünftigen Erfolg, der unabhängig von den Eigenschaften des Kaufgegenstands ist. Zudem versprach der Verkäufer der Käuferin nicht die Übernahme der Schuld, sondern die Erstattung sämtlicher Prozesskosten, weswegen auch keine interne oder externe Schuldübernahme vorliegt.

[22] Demgegenüber stellt das vorliegende *Sicherungsmittel* eine bürgschaftsähnliche Garantie dar. Die Bank garantiert im Dreipersonenverhältnis die Leistung des Verkäufers unabhängig vom Bestand und Inhalt der zu sichernden Hauptschuld. Für diese rechtliche Qualifikation des Sicherungsmittels spricht zudem, dass Garantieerklärungen von Banken vermutungsweise Garantien und keine Bürgschaften sind (siehe dazu BGE [131 III 511](#) E. 4.3 S. 525 = Pra 2006, Nr. 66, S. 479; JÜRGEN DOHM, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, S. 62).

[23] Das vorliegende Urteil verdeutlicht die Wichtigkeit des sorgfältigen Formulierens von M&A-Vertragsbestimmungen, was aufgrund zunehmender Rechtsstreitigkeiten um Garantien bei Unternehmensübernahmen (RUDOLF TSCHÄNI/MATTHIAS WOLF, in: Rudolf Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 93 ff., S. 94) zusätzlich an Bedeutung gewinnt.

MLaw JUDITH ROTHEN, Substitutin, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Judith Rothen / Dario Galli / Markus Vischer, Leistungs- und Sicherungsversprechen in Aktienkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 7. Juni 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch