



Kommentar zu: Urteil: [4A_311/2022](#) vom 08. August 2023
Sachgebiet: Obligationenrecht (allgemein)
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Die Konsequenzen nicht sauber strukturierter M&A-Transaktionen

Autor / Autorin

Viviana Montorfano, Dario Galli, Markus Vischer

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil [4A_311/2022](#) und [4A_313/2022](#) vom 8. August 2023 dehnte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zu den Ausnahmen von der Unabhängigkeit eines Garantievertrags aus und verneinte die Gültigkeit einer Garantie bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit des Grundgeschäfts.

Sachverhalt

[1] Z (Kläger, Beschwerdegegner [\[4A_311/2022\]](#) bzw. Beschwerdeführer [\[4A_313/2022\]](#) und Verkäufer, nachfolgend: Verkäufer) war Mehrheitsaktionär der im Verlagswesen tätigen A SA (Beklagte, Beschwerdeführerin [\[4A_311/2022\]](#) bzw. Beschwerdegegnerin [\[4A_313/2022\]](#), nachfolgend: Zielgesellschaft). Der Verkäufer beabsichtigte, seine Aktien an B (Beklagter, Beschwerdegegner [\[4A_313/2022\]](#) und Käufer, nachfolgend: Käufer) und die C SA zu verkaufen (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Die Zielgesellschaft schuldete unter anderem dem Verkäufer CHF 280'000 aus Darlehensvertrag und befand sich in einer schlechten finanziellen Lage (Sachverhalt Teil A.a).

[3] Der Käufer schlug dem Verkäufer vor, auf seine Darlehensforderung zu verzichten und dafür im Gegenzug das Eigentum am Bücherbestand der Zielgesellschaft übertragen zu erhalten. Der Verkäufer würde dadurch die Erlöse aus dem Verkauf der Bücher erhalten und würde daher im Laufe der Zeit das geliehene Geld zurückerstattet erhalten (Sachverhalt Teil A.a).

[4] Am 20. Dezember 2011 unterzeichneten der Verkäufer einerseits und der Käufer und die C SA andererseits eine als «Aktienkaufvertrag» bezeichnete Vereinbarung (nachfolgend: Aktienkaufvertrag). Gemäss Aktienkaufvertrag (Art. 5 und 6) verzichtete der Verkäufer auf seine Darlehensforderung, wofür ihm im Gegenzug das Eigentum am Bücherbestand übertragen wurde. Die Zielgesellschaft sollte weiterhin den Bücherbestand verwalten und dem Verkäufer Kommissionsgebühren («royalties») überweisen (Sachverhalt Teil A.a).

[5] Zunächst erfüllte die Zielgesellschaft ihre Pflichten und überwies dem Verkäufer den Nettoerlös aus den Buchverkäufen. Nach einem Jahr stellte sie jedoch die «aktive Verwaltung» des Bücherbestandes ein sowie entfernte die Bücher von ihrer Website und aus ihrem Katalog. Ab Ende 2013 überwies sie die aus dem Verkauf der Bücher eingenommenen Beträge nicht mehr an den Verkäufer (Sachverhalt Teil A.b).

[6] Es entbrannte in der Folge ein Streit zwischen den Parteien. Der Verkäufer reichte eine Strafanzeige gegen Unbekannt ein. Das Strafverfahren richtete sich gegen den Käufer, der allerdings am 24. Februar 2017 vom Polizeigericht *Littoral und Val-de-Travers* freigesprochen wurde. Das Kantonsgericht Neuenburg bestätigte den Freispruch (Sachverhalt Teil A.c).

[7] Am 26. September 2017 leitete die Zielgesellschaft ein Schlichtungsverfahren gegen den Verkäufer ein. Der Verkäufer reichte daraufhin am 11. Dezember 2017 eine Widerklage über CHF 269'025.10 ein, wobei die Zielgesellschaft im Gegenzug das Eigentum am Bücherbestand zurückerhalten sollte (Sachverhalt Teil A.d).

[8] Mit Gesuch vom 19. Dezember 2019 leitete der Verkäufer ein neues Schlichtungsverfahren ein und klagte in der Folge beim Bezirksgericht *Littoral et du Val-de-Travers* gegen die Zielgesellschaft und den Käufer auf Zahlung von CHF 238'155.05 wegen Nichterfüllung des Aktienkaufvertrags (Sachverhalt Teil B.a).

[9] Die Zielgesellschaft und der Käufer erhoben unter anderem die Verjährungseinrede betreffend die Ansprüche des Verkäufers auf Rückzahlung des Darlehens (Sachverhalt Teil B.a).

[10] Mit Urteil vom 1. Februar 2022 stellte das Bezirksgericht die Nichtigkeit der Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags fest und verurteilte die Zielgesellschaft und den Käufer unter solidarischer Haftbarkeit, dem Verkäufer CHF 237'791.80 zu zahlen. Weiter stellte es fest, dass die Zielgesellschaft Eigentümerin fraglichen Bücherbestandes ist. Das Bezirksgericht erwog, dass die fraglichen Artikel nichtig seien, weil sie anfänglich objektiv unmögliche Pflichten enthielten: Die zeitlich unlimitierte Pflicht, einen Bücherbestand zu verkaufen, sei unerfüllbar, wenn bereits zum Voraus festgelegt war, dass dieser nur zeitlich begrenzt verkauft werden kann (Obsoleszenz). Diese Nichtigkeit beschlage nicht nur die Pflicht, den Bücherbestand aktiv zu verwalten, sondern auch die Übertragung des Eigentums an den Büchern. Aufgrund dieser Nichtigkeit *ex tunc* müssten die Parteien in die Situation vor dem Vertragsabschluss versetzt werden: Die Zielgesellschaft müsse das Eigentum am Buchbestand zurückerhalten, während der Verkäufer wieder eine Forderung von CHF 290'000 gegenüber der Zielgesellschaft habe (Sachverhalt Teil B.a).

[11] Mit Urteil vom 7. Juni 2022 änderte das Kantonsgericht Neuenburg diesen Entscheid dahingehend ab, als es die Zielgesellschaft dazu verurteilte, dem Verkäufer einen kleineren Betrag zu zahlen (CHF 227'791.80 statt CHF 237'791.80) und die Klage, soweit sie sich gegen den Käufer richtete, vollumfänglich abwies (Sachverhalt Teil B.b).

[12] Gegen dieses Urteil erhoben sowohl der Verkäufer als auch die Zielgesellschaft Beschwerde in Zivilsachen. In ihrer Beschwerde ([4A_311/2022](#)) beantragte die Zielgesellschaft, die Klage des Verkäufers sei abzuweisen. Der Verkäufer beantragte in seiner Beschwerde ([4A_313/2022](#)), dass die Zielgesellschaft und der Käufer solidarisch zur Zahlung von CHF 237'791.80 zu verurteilen seien. Das Bundesgericht wies beide Beschwerden ab (Sachverhalt Teil C und E. 13).

Erwägungen

[13] Der Verkäufer rügte vor Bundesgericht die Abweisung seiner Klage gegen den Käufer (E. 5.1). Gemäss den vorinstanzlichen Urteilen habe der Käufer einen Garantievertrag abgeschlossen (E. 5.2). Die Erstinstanz habe den Käufer aufgrund des Garantieverprechens verurteilt, dem Verkäufer CHF 237'791.80 zu zahlen. Laut Erstinstanz handle es sich bei diesem Betrag um den infolge Verletzung des Aktienkaufvertrags entstandenen Schaden. Auch die Vorinstanz habe diese unabhängige Pflicht für gültig befunden. Sie habe allerdings festgehalten, dass der Schaden höchstens dem (tieferen) Betrag entsprechen könne, den der Verkäufer erhalten hätte, wenn die Zielgesellschaft ihre Pflichten gemäss Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags korrekt erfüllt hätte. Es sei klar gewesen, dass der Bücherbestand langfristig nicht mehr verkauft und die Werke nicht mehr vertrieben werden könnten. Selbst wenn die Zielgesellschaft ihre Pflichten vollumfänglich erfüllt hätte, hätte sie nicht den vollen Betrag zurückerstatten können. Folglich hätte der Verkäufer den Betrag behaupten und beziffern müssen, den die Zielgesellschaft ihm hätte zahlen müssen, wenn sie den Bücherbestand aktiv verwaltet und die Bücher verkauft hätte. Da der Verkäufer dies nicht getan habe, sei seine Klage gegen den Käufer abzuweisen (E. 5.3).

[14] Die Analyse der Vorinstanzen scheine widersprüchlich zu sein: Sie erachten die Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags für nichtig aufgrund anfänglicher objektiver Unmöglichkeit, aber insinuierten trotzdem, dass der Verkäufer einen Schaden erlitten habe infolge Schlechterfüllung der Pflicht, den Bücherbestand zu verwalten und die Bücher zu verkaufen. Allerdings müssen die fraglichen Artikel des Aktienkaufvertrags als anfänglich objektiv unmöglich angesehen werden, wie dies die Vorinstanzen klar festgehalten haben (E. 5.4). Damit gehe die Rüge des Verkäufers fehl, wonach er die Beträge behauptet und bewiesen habe, die ihm die Zielgesellschaft hätte überweisen können und müssen, wenn sie ihre Pflichten korrekt erfüllt hätte. Nebenbei sei festzuhalten, dass der Verkäufer die Nichtigkeit der Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags nicht

bestreite (E. 5.5).

[15] Gemäss Rechtsprechung und h.L. sei die Garantie, mit der jemand einem andern die Leistung eines Dritten verspreche, und sich, wenn sie nicht erfolge, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet, grundsätzlich selbständiger Natur. Sie könne daher auch dann fortbestehen, wenn die garantierte Verpflichtung erloschen sei. Es sei jedoch umstritten, was geschehe, wenn die garantierte Verpflichtung anfänglich objektiv unmöglich sei. Ein Teil der Lehre halte dafür, dass in diesem Fall auch die Garantie nichtig sei. Demgegenüber betone ein anderer Teil der Lehre die Unabhängigkeit der Garantie und gestehe die Möglichkeit ein, unter Umständen die Garantie wegen eines Irrtums oder eines anderen Willensmangels für ungültig zu erklären (E. 5.6).

[16] Es sei nicht ersichtlich, so das Bundesgericht, wie die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Pflicht der Zielgesellschaft nicht auch auf die Garantie trotz ihrer Unabhängigkeit durchschlagen könne. Denn wenn man die schnelle Obsoleszenz des Bestands und die Unmöglichkeit, die Bücher zu verkaufen, anerkenne, könne man vom beklagten Promissar (d.h. vom Käufer) kaum verlangen, dass er Schadenersatz leiste, weil der Dritte – hier die Zielgesellschaft – eine Verpflichtung, deren Unmöglichkeit anerkannt wurde, schlecht erfüllt habe. Rechtsprechung und Lehre erachten im Übrigen eine Garantie als nichtig, wenn es unpassend wäre, Schadenersatz für die Nichterfüllung einer rechtswidrigen oder sittenwidrigen Hauptpflicht zu fordern. Gleiches müsse auch hier gelten, wo die Hauptpflicht von vornherein als unmöglich angesehen werde: Es wäre unpassend, den Promittenten, der eine solche Hauptpflicht garantiere, für gebunden zu halten bzw. ihn bis zu zur Ungültigkeitserklärung der Hauptpflicht für gebunden zu halten, während die Nichtigkeit der Hauptpflicht jederzeit von Amtes wegen festgestellt werden könne. Unter diesen Umständen sei die vom Verkäufer abgegebenen Garantie auch nichtig (E. 5.7).

[17] Es stelle sich die Frage, was der Wille der Parteien gewesen wäre, wenn sie gewusst hätten, dass es unmöglich ist, den Verkäufer gemäss dem vorgesehenen System zu «entschädigen», d.h. wenn die Parteien Kenntnis von der Nichtigkeit der Art. 5 und 6 des Aktienkaufvertrags gehabt hätten. Versuche man, diesen Parteiwillen nach dem Vertrauensprinzip basierend auf den (spärlich) verfügbaren Tatsachenfeststellungen zu ermitteln, so könne man annehmen, dass der Käufer höchstwahrscheinlich nicht bereit gewesen wäre, für die Rückzahlung der Schulden zu garantieren. Die allgemeine Lebenserfahrung lehre, dass eine nachweislich nicht besonders wohlhabende Privatperson nicht ohne Weiteres bereit sei, sich zur persönlichen Rückzahlung solcher Summen zu verpflichten. Die Vorinstanz habe daher zu Recht, wenn auch mit einer anderen Begründung, die Klage gegen den Käufer abgewiesen (E. 5.7).

[18] Die Zielgesellschaft behaupte, dass die Forderung auf Rückzahlung des Aktionärsdarlehens der zehnjährigen Verjährung unterliege (E. 9.1). Gemäss Rechtsprechung – so das Bundesgericht – sei davon auszugehen, dass die Verjährungsfrist mit Ablauf der sechswöchigen Frist ab Übergabe des Darlehens zu laufen beginne. Die Lehre sei hingegen der Meinung, dass die Verjährung mit der Kündigung des Vertrags und nicht mit Übergabe des Darlehens zu laufen beginne (E. 9.2). Unabhängig davon, ob man der ersten oder zweiten Meinung folge, sei es der Zielgesellschaft nicht gelungen, die Verjährung der Darlehensforderung zu beweisen (E. 9.5 und 9.6).

Kurzkommentar

[19] Das referierte Urteil ist ein klassisches Beispiel dafür, wie man eine M&A-Transaktion nicht strukturieren sollte. Die Parteien des Aktienkaufvertrags unterschieden weder zwischen den verschiedenen beteiligten Personen noch zwischen den verschiedenen, zwischen diesen Personen zu begründenden Rechtsverhältnissen. Vielmehr (ver-)mischten sie fröhlich die verschiedenen beteiligten Personen und Rechtsverhältnisse, ohne zu beachten, dass die Zielgesellschaft gar nicht Vertragspartei war. Das geschieht in der Praxis leider zu häufig. Es bringt die angerufenen Gerichte in Schwierigkeiten und zwingt sie zu Kunstgriffen, um solche Fälle noch halbwegs sinnvoll zu entwirren.[\[1\]](#)

[20] Auch im vorliegenden Fall gerieten die ihn beurteilenden Gerichte in Schwierigkeiten. Die Vorinstanzen verwickelten sich bei der Fallbeurteilung in Widersprüche (vgl. E. 5.4). Denn einerseits stellten sich die Vorinstanzen auf den Standpunkt, dass das im Aktienkaufvertrag vereinbarte Geschäft zwischen der Zielgesellschaft und dem Verkäufer (wohl ein Verkauf des Bücherbestands und eine Verkaufskommission in Bezug auf den Bücherbestand) infolge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 [OR](#) nichtig sei (Variante 1). Andererseits führten sie aus, die Zielgesellschaft schulde dem Verkäufer Schadenersatz infolge

Schlechterfüllung des im Aktienkaufvertrag vereinbarten Geschäfts zwischen der Zielgesellschaft und dem Verkäufer (Variante 2). Das Bundesgericht hatte daher die Qual der Wahl zwischen diesen beiden sich widersprechenden Varianten. Es entschied sich ohne Begründung für die Variante 1 und erachtete das Geschäft zwischen der Zielgesellschaft und dem Verkäufer als anfänglich objektiv unmöglich (vgl. E. 5.4). Das ist, um es milde auszudrücken, nicht wirklich nachvollziehbar, v.a. auch nicht vor dem Hintergrund des Grundsatzes «*iura novit curia*».^[2] Daran ändert die entschuldigende Bemerkung des Bundesgerichts nichts, wonach der Verkäufer die Nichtigkeit des Geschäfts zwischen der verkauften Aktiengesellschaft und ihm anerkannt habe (vgl. E. 5.5).

[21] Immerhin konnte sich das Bundesgericht aufgrund seiner Wahl von Variante 1 (vgl. Rz. 19) zu zwei bislang umstrittenen Fragen äussern:

- Ist eine Garantie betreffend eines infolge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtigen Geschäfts (Art. 20 Abs. 1 OR) gültig (vgl. Rz. 22)?
- Wann beginnt die Verjährungsfrist eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Darlehens (Art. 318 in Verbindung mit Art. 127 OR und Art. 130 OR) zu laufen (vgl. Rz. 23)?

[22] Das Bundesgericht dehnte seine bisherige Rechtsprechung zu den Ausnahmen von der Unabhängigkeit eines Garantievertrags aus^[3] und verneinte die Gültigkeit einer Garantie bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit des Grundgeschäfts (vgl. E. 5.4).^[4] Die Begründung dafür bleibt nebulös.^[5] Das Bundesgericht scheint zu diesem Resultat durch eine Auslegung der infrage stehenden Garantie gelangt zu sein. Allerdings legte es die Garantie in Abweichung seiner sonst meist angewandten subjektiv-objektiven Auslegungsmethode^[6] nur objektiv, d.h. nach dem Vertrauensprinzip, aus und stellte dabei fälschlicherweise nur auf den (objektivierten) Willen des Garanten statt auf den (objektivierten) Willen beider Vertragsparteien des Garantievertrags ab (vgl. E. 5.7).

[23] Das Bundesgericht bestätigte seine langjährige Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist bei einem auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Darlehensvertrag.^[7] Entgegen der Auffassung eines Teils der Lehre^[8] soll die Verjährungsfrist mit dem Ablauf der Frist von sechs Wochen nach Übergabe des Darlehens beginnen (vgl. E. 9.2).

M^{Law} VIVIANA MONTORFANO, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

[1] Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_500/2011](#) vom 8. Mai 2012 (besprochen von LARA ELLIOT/MARKUS VISCHER, [Richterliche Kunstgriffe bei unüberschaubaren Vertragsgeflechten in M&A-Transaktionen](#), in: dRSK, publiziert am 30. Juli 2012) oder Urteil des Bundesgerichts [4A_117/2010](#) vom 14. Juni 2010 (besprochen von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide](#), in: Jusletter vom 3. Oktober 2011, Rz. 60 ff.); siehe auch Urteil des Bundesgerichts [4A_520/2009](#) vom 6. Januar 2010 (besprochen von BRUNNER/VISCHER [Nr. 1], Rz. 33 ff.).

[2] Siehe z.B. MILOS KARIC/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen?](#), in: dRSK, publiziert am 26. Oktober 2022, Rz. 11 ff.

[3] Statt vieler: BGE [76 II 33](#) E. 4 S. 37.

[4] Betreffend bisherige Rechtsprechung: BGE [125 III 305](#) E. 2b S. 308; BGE [76 II 33](#) E. 4 S. 37; BGE [72 I 267](#) E. 3 S. 278.

[5] Freundlicher YLBER HASANI, Ungültige Garantie infolge Unmöglichkeit der Hauptpflicht, ius.focus 2023 Nr. 248: «Etwas knapp in der Begründung mutet die entscheidende Erwägung an, wonach die selbstständige Garantie wegen der Nichterfüllung der Hauptpflicht auch ohne Irrtumsanfechtung dahinfällt.»

[6] Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts [4A_535/2021](#) vom 6. Mai 2022 E. 5.1.1 (besprochen

VON TAMARA ZEITER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Mangelbegriff bei Wohnflächenangaben](#), in: dRSK, publiziert am 4. Mai 2023).

[7] Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts [4A_699/2011](#) vom 22. Dezember 2011 E. 3 und 4; siehe auch Urteil des Bundesgerichts [4A_181/2012](#) vom 10. September 2012 E. 2; Urteil des Bundesgerichts [5A_830/2021](#) vom 17. Februar 2022 E. 3.5; BGE [91 II 442](#) E. 5b S. 451 f.; vgl. auch BGE [50 II 401](#) S. 402 f.

[8] HARALD BÄRTSCHI, in: Michael Hochstrasser/Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Einzelne Vertragsverhältnisse. Art 184–529 OR und Innominatverträge, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 318 OR N 4a; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 1326; BENEDIKT MAURENBRECHER, Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis, recht 2003, S. 180 ff., S. 189; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2003, Art. 315 OR N 22.

Zitiervorschlag: Viviana Montorfano / Dario Galli / Markus Vischer, Die Konsequenzen nicht sauber strukturierter M&A-Transaktionen, in: dRSK, publiziert am 15. Januar 2024

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch