



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_24/2020](#) vom 26. Mai 2020  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

## Garantie versus eigene Leistungsverpflichtung beim Unternehmenskauf

### Autor / Autorin

Jasmin Eicher, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_24/2020 vom 26. Mai 2020 entschied das Bundesgericht, dass die vertragliche Pflicht des Aktienkäufer, eine Dividende zu beschliessen und dem Aktienverkäufer auszubezahlen, als Garantie i.S.v. Art. 111 OR gelte. Es entschied weiter, dass diese vertragliche Pflicht dem Aktienverkäufer einen persönlichen Anspruch gegenüber dem Aktienkäufer einräume, wenn die Dividende nicht beschlossen und an ihn ausbezahlt werde.*

### Sachverhalt

[1] A (Kläger, Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) war bis 31. Dezember 2015 mit 50% am Aktienkapital der B AG (nachfolgend: Gesellschaft) beteiligt und Mitglied des Verwaltungsrats. Im Verlaufe des Jahres 2015 hatte C (Beklagter, Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer) den Wunsch geäussert, die Mehrheit an der Gesellschaft und die alleinige Geschäftsführung zu übernehmen. Der Verkäufer schlug daraufhin vor, dem Käufer seine Aktien an der Gesellschaft zu verkaufen (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Am 9. Dezember 2015 schlossen die Parteien ein *Memorandum of Understanding* (nachfolgend: MoU) und am 24. Dezember 2015 einen Aktienkaufvertrag (nachfolgend: Aktienkaufvertrag). Gemäss Ziffer 4 des Aktienkaufvertrags blieb die Dividendenberechtigung für das Geschäftsjahr 2015 für die 75 veräusserten Kaufaktien (nachfolgend: Aktien) beim Verkäufer. Der Verkäufer sollte 50% der noch zu beschliessenden Dividende für das Geschäftsjahr 2015 erhalten, wobei die Parteien davon ausgingen und vereinbarten, dass die Bruttodividende für das Jahr 2015 total CHF 600'000 ausmachen soll, zahlbar spätestens per 30. Juni 2016 (unter Abzug der Verrechnungssteuer von 35%), zu je 50% an die beiden Parteien. Gemäss Ziffer 4 des Aktienkaufvertrags verpflichtete sich der Käufer, dafür besorgt zu sein, dass die Dividende 2015 entsprechend beschlossen und ausbezahlt wird (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Für das Geschäftsjahr 2015 wurde schliesslich eine Dividende von CHF 300'000 beschlossen. In der Folge wurden dem Verkäufer CHF 150'000 abzüglich 35% Verrechnungssteuer, also CHF 97'500, überwiesen (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Mit Klage vom 15. August 2017 beim Bezirksgericht Dietikon beantragte der Verkäufer u.a., der Käufer sei zu verpflichten, ihm den Betrag von CHF 150'000 zu bezahlen. Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 14. Januar 2019 ab. Eine dagegen erhobene Berufung des Verkäufers hiess das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 26. November 2019 teilweise gut und verurteilte den Käufer, dem Verkäufer CHF 150'000 zu bezahlen (Sachverhalt Teile B.a und B.b).

[5] Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 14. Januar 2020 beantragte der Käufer dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 5).

## Erwägungen

[6] Die Vorinstanz habe die strittige Ziffer 4 des Aktienkaufvertrags nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Gemäss Vorinstanz ist der Wortlaut klar: Die Parteien würden von einer Dividende ausgehen. Auch aus dem Verhalten der Parteien vor dem Vertragsschluss, so die Vorinstanz weiter, sei zu schliessen, dass der Käufer dem Verkäufer die Auszahlung einer Dividende in der Höhe von CHF 300'000 garantiert habe. Sowohl das unstrittig vom Käufer unterbreitete Kaufangebot vom 19. November 2015 wie bereits das MoU nennen laut Vorinstanz eine Dividende von CHF 300'000 als Teil des Kaufpreises (E. 3.1).

[7] Der Käufer mache geltend, entgegen der vorinstanzlichen Auslegung sei in Ziffer 4 des Aktienkaufvertrags kein Garantieverprechen gemäss Art. 111 [OR](#) vereinbart worden (E. 4 Ingress).

[8] Der Käufer wiederhole über weite Strecken die bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertretene Argumentation, ohne sich mit der Begründung im angefochtenen Entscheid konkret auseinanderzusetzen. Das sei bloss appellatorische Kritik und genüge nicht. Unbehelflich sei auch der Einwand, es könne keine Garantie vorgelegen haben, weil der Käufer kein persönliches Interesse an der Abgabe einer solchen gehabt habe, was nach Lehre und Rechtsprechung Voraussetzung für ein solches Rechtsgeschäft sei. Wie der Verkäufer zu Recht ausführe, habe die Regelung über die Dividende dem Käufer ermöglicht, einen Teil des Kaufpreises für die Aktien über die Gesellschaft zu begleichen (E. 4.1.1 und 4.1.2).

[9] Unter dem Titel «Begleitumstände» rüge der Käufer sodann einen unvollständig festgestellten Sachverhalt. Die Vorinstanz habe angenommen, weil die Dividende im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 24. Dezember 2015 noch nicht festgestanden habe, hätten die Parteien die Formulierung in Ziffer 4 gewählt und so festgehalten, von welcher Dividende sie gemeinsam ausgingen. Die willkürliche Tatsachenfeststellung sehe der Käufer darin, dass in diesem Zeitpunkt aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung klar gewesen sei, dass er keine persönliche Sicherheit für eine Dividende von CHF 300'000 habe abgeben wollen, solange er noch nicht einmal gewusst habe, wie hoch der Jahresgewinn sein werde. Von einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung könne nicht die Rede sein. Was der Käufer hier vorbringe sei lediglich eine andere Auslegung des Verhaltens der Parteien bzw. des Käufers; das habe aber nichts mit der Sachverhaltsfeststellung zu tun. Die Auslegung der Vorinstanz sei im Übrigen ohne weiteres nachvollziehbar (E. 4.1.5).

[10] Auch soweit sich der Käufer auf die Systematik des Aktienkaufvertrags berufe, seien seine Einwände unbehelflich. Daraus, dass seine Verpflichtung, dafür besorgt zu sein, dass die Dividende 2015 entsprechend dem zuvor Vereinbarten beschlossen und ausbezahlt werde, in Ziffer 4 unter «Bonuszahlungen und Dividende 2015» und nicht in Ziffer 3 unter «Zusicherungen und Gewährleistungen» geregelt sei, könne er nichts für sich ableiten. Im Gegenteil sei es folgerichtig, wenn diese Verpflichtung als letzter Absatz der besonderen Vereinbarung zur Dividende 2015 geregelt sei und darauf Bezug nehme. Zusammenfassend ergebe sich, dass die Vorinstanz zutreffend von einem Sicherungsgeschäft ausgegangen sei. Insbesondere der Wortlaut und die Systematik sprächen klar für diese Auslegung (E. 4.1.6).

[11] Der Käufer mache geltend, falls von einem Sicherungsgeschäft ausgegangen werde, läge kein Garantieverprechen, sondern eine formungültige Bürgschaft vor (E. 4.2 Ingress).

[12] Mit der Bürgschaft übernehme der Bürge gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaftsverpflichtung setze den Bestand einer anderen (der sicherzustellenden) Verpflichtung voraus. Sie sei dieser beigeordnet und hänge in

Bestand und Inhalt notwendigerweise von ihr ab. Sie sichere die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrags. Bei der reinen Garantie stehe der Garant für einen von jedwelchem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Daneben umfasse der Begriff der Garantie auch diejenigen Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis beziehen, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gebe (sog. bürgschaftsähnliche Garantie). Mit ihnen solle diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie tatsächlich geschuldet sei; die Verpflichtung gelte damit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht nie entstanden sei, weg falle oder nicht erzwingbar sei. Als Abgrenzungskriterium zwischen der bürgschaftsähnlichen Garantie und der Bürgschaft stehe die Akzessorietät im Vordergrund. Diese bedeute, dass die Sicherheit das Schicksal der Hauptschuld teile, indem die akzessorische Verpflichtung von der Hauptschuld abhängig sei und dieser als Nebenrecht folge. Das Interesse des Promittenten am Geschäft sei ein wichtiges Indiz zur Abgrenzung von Bürgschaft und Garantie. Bei der akzessorischen Bürgschaft fehle in der Regel ein Eigeninteresse des Bürgen am zu sichernden Geschäft (E. 4.2.1).

[13] Bereits das offensichtliche Eigeninteresse des Käufers am Abschluss des Aktienkaufvertrags mit den verschiedenen darin enthaltenen Leistungen des Verkäufers würde aufgrund der obigen Ausführungen genügen, um eine Bürgschaft auszuschliessen. Vor allem aber weise der Käufer zutreffend darauf hin, dass die Bürgschaft eine bestehende Forderung voraussetze; er aber keine solche gegen die Gesellschaft besessen habe, da eine Dividendengarantie durch die Gesellschaft selber gemäss Art. 675 OR nichtig gewesen wäre. Entsprechend habe auch das Bundesgericht in einem schon älteren Entscheid eine Qualifikation der Dividendengarantie als Bürgschaft abgelehnt (BGE [46 II 157](#) E. 1 und 2 S. 159 f.). Was der Käufer für das Vorliegen einer Bürgschaft vorbringe, sei offensichtlich unbehelflich (E. 4.2.2).

### Kurzkommentar

[14] Vorliegend geht es um einen Aktienkaufvertrag, der die Besonderheit aufweist, dass die Aktien *ex Dividende* für das Geschäftsjahr 2015 verkauft wurden. Dem Verkäufer sollte daher auf den verkauften Aktien die Dividende für das Geschäftsjahr 2015 zustehen, obwohl diese Dividende erst nach dem Vollzug des Aktienkaufvertrags beschlossen und ausbezahlt werden sollte und obwohl der Verkäufer im Zeitpunkt des Beschlusses und der Auszahlung der Dividende nicht mehr Aktionär sein wird. Unter gewissen Umständen wird eine solche Dividende steuerrechtlich behandelt, wie wenn der Verkäufer im Zeitpunkt des Beschlusses und der Auszahlung der Dividende noch Aktionär wäre.

[15] Das referierte Urteil dreht sich um die Frage, wie eine solche Abrede in einem Aktienkaufvertrag zivilrechtlich zu würdigen ist. Wohl den Plädoyers der Parteien folgend stellt sich das Bundesgericht *in casu* auf den Standpunkt, es liege eine Garantie vor.

[16] Die Garantie ist in Art. 111 OR geregelt. Gemeinhin unterscheidet man bei der Garantie zwischen der reinen Garantie und der bürgschaftsähnlichen Garantie. Bei der reinen Garantie verspricht der Promittent dem Promissar einen von jeglichem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg, während er bei der bürgschaftsähnlichen Garantie dem Promissar die Leistung eines Dritten an den Promissar aus einem konkreten Schuldverhältnis des Dritten mit dem Promissar verspricht (z.B. hier besprochenes Urteil, nämlich Urteil des Bundesgerichts [4A 24/2020](#) vom 26. Mai 2020 E. 4.2.1; BGE [113 II 434](#) E. 2a S. 436; CHRISTOPH M. PESTALOZZI, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 111 OR N 6; MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff., S. 325 f.).

[17] Die Garantie ist ein bedingtes Leistungsversprechen (VISCHER, SJZ 2013, a.a.O., S. 326). Die Bedingung wird auch Garantiefall genannt (VISCHER, SJZ 2013, a.a.O., S. 326).

[18] Vorliegend ging das Bundesgericht von einer bürgschaftsähnlichen Garantie aus, also einer Garantie des Käufers, wonach ein Dritter, nämlich die Gesellschaft, leiste. Das zeigt sich u.a. daran, dass das Bundesgericht auch erörterte, ob eine Bürgschaft vorliege oder nicht.

[19] Allerdings ist eine Aktiengesellschaft im Verhältnis zum Alleinaktionär, zu welchem der Käufer infolge des Kaufs der Aktien vom Verkäufer wurde, kein Dritter, wie das Bundesgericht im Urteil [4A 500/2011](#) vom 8. Mai 2012 E 3.3 korrekt feststellte. Entsprechend lag im konkreten Fall keine Garantie vor, weil niemand seine eigene

Leistung im Sinne von Art. 111 OR garantieren kann (MARKUS VISCHER, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft [Art. 319–529 OR], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 492 OR N 1a; VISCHER, SJZ 2013, a.a.O., S. 327, Anm. 29). An der Qualifikation als eigene Leistung ändert nichts, dass im Zeitpunkt des Versprechens unklar gewesen sein mag, ob der Gesellschaft die Ausschüttung einer Dividende von CHF 600'000 (brutto) möglich war oder nicht. Es kann nämlich im Rahmen der Rechtsordnung durchaus etwas versprochen werden, von dem nicht sicher ist, ob es «versprechbar» ist (siehe z.B. ALFRED KOLLER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 184 OR N 14, zur *emptio rei speratae* bzw. sogar zur *emptio spei* im Kaufrecht).

[20] Die Annahme einer Garantie ist auch nicht zielführend, weil eine Garantie, mit der eine widerrechtliche Leistung versprochen wird, nichtig ist (z.B. BSK OR I-PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 OR N 15). Denn eine Aktiengesellschaft kann infolge von Art. 678 OR bzw. Art. 680 OR (zum Verhältnis von Art. 678 OR und Art. 680 OR z.B. MARKUS VISCHER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser [Hrsg.], Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 680 OR N 12) keine Dividenden an Nicht-Aktionäre (s. zu diesem Begriff z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019, S. 5 ff., S. 5) ausschütten. Entsprechende Beschlüsse wären infolge Verletzung u.a. von Art. 678 OR bzw. Art. 680 OR gemäss Art. 706b Ziff. 3 OR nichtig (z.B. OFK-VISCHER, a.a.O., Art. 678 OR N 22).

[21] Entsprechend hätte das Bundesgericht *in casu* vom Versprechen einer eigenen Leistung ausgehen müssen, nämlich dem Herbeiführen eines Dividendenbeschlusses im Umfang von CHF 600'000 (brutto) und einer Abtretung des hälftigen Dividendenanspruchs des Verkäufers an den Käufer. Alternativ hätte es auch von einem Versprechen einer zusätzlichen Kaufpreiszahlung im Umfang des hälftigen Dividendenanspruchs, gegebenenfalls nach einem Dividendenbeschluss der Gesellschaft und einer Anweisung des Käufers i.S.v. Art. 466 ff. OR bezahlt durch die Gesellschaft, ausgehen können. Dieser hälftige Dividendenanspruch hätte im Betrag je nach steuerlicher Behandlung des Geschäfts (s. Rz. 14) variiert.

MLaw JASMIN EICHER, Substitutin, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

Hinweis: Der Käufer wurde von der Walder Wyss AG vertreten. Die drei Autoren waren aber nicht in den Prozess involviert.

**Zitiervorschlag:** Jasmin Eicher / Dario Galli / Markus Vischer, Garantie versus eigene Leistungsverpflichtung beim Unternehmenskauf, in: dRSK, publiziert am 13. Oktober 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

weblaw.ch