EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Hans-Jakob Diem

Mergers & Acquisitions XXII

Schulthess §

EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Hans-Jakob Diem

Mergers & Acquisitions XXII

Schulthess § 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2021
ISBN 978-3-7255-8342-3

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Leistungsstörungen und Rechtsbehelfe im Unternehmenskauf 7

Hans-Jakob Diem, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Lenz & Staehelin, Zürich

Merger of Unequals – Transaktionsstruktur, Transaktionswährung und Transaktionssicherheit 53

Dr. Frank Gerhard, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Homburger AG, Zürich

M&A und Datenschutz 141

Clara-Ann Gordon, Rechtsanwältin, LL.M., Partnerin bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich, und
Tanja Lutz, MLaw, LL.M., Junior Associate bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich

«Officer's Certificates» bei M&A-Transaktionen 171

Dr. Alex Nikitine, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Walder Wyss AG, Zürich, und
Dario Galli, Rechtsanwalt, Associate bei Walder Wyss AG, Zürich

M&A aus Sicht des General Counsel 215

Prof. Dr. Andreas Bohrer, Rechtsanwalt, Group General Counsel und Company Secretary, Lonza Group AG, Basel

«Officer's Certificates» bei M&A-Transaktionen

Alex Nikitine/Dario Galli

Inhalt

I. Einführung und Problemstellung 172

II. Unternehmensübernahme – Stellung und Informationslage der verschiedenen «Parteien» 175
1. Involvierte «Parteien» 175
2. Informationslage 176
a) Informationsasymmetrie und Due Diligence 176
b) Manager als Verkäufer 177
3. Allokation der Risiken im Aktienkaufvertrag 178
4. Restrisiken 180
5. Verantwortung als Arbeitnehmer und Organ 180
a) Nach Arbeitsrecht 181
b) Nach Art. 717 OR 182
c) Manager als Verkäufer 183

III. Officer's Certificates 184
1. Inhalt 185
2. Involvierte «Parteien» 187
a) Aussteller 187
b) Empfänger 188
3. Rechtsnatur und Haftung 189
a) Vorbemerkungen 189
b) Dogmatische Grundlagen 190
aa) Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis 190
bb) Vom Aussteller des Officer's Certificates geschuldete Leistung 191
c) Rechtliche Einordnung von Bestätigungserklärungen 191
aa) Rechtsnatur von Zusicherungen 192
bb) Zur Rechtsverbindlichkeit von Bestätigungserklärungen 193
d) Officer's Certificates: einseitiger Vertrag oder blosse Gefälligkeit? 194
aa) Problemstellung 194
bb) Zur Auslegung im Besonderen 194
cc) Auslegungsergebnis 197
aaa) Gefälligkeitsverhältnis 197
bbb) Schuldverhältnis: Auskunftsvertrag 197
e) Tragweite des Auslegungsergebnisses 199
aa) Gefälligkeit 199
bb) Auskunftsvertrag 199
f) Sonderfall: Vorliegen eines vorbestehenden Vertragsverhältnisses 202
g) Haftung des Ausstellers 202

aa) Haftung bei Gefälligkeit 203
bb) Haftung aus Auskunftsvertrag 205
aaa) Grundsatz 205
bbb) Bei vorbestehendem Vertragsverhältnis 207
ccc) Schutzwirkung des Officer's Certificates für Dritte? 208
4. Frage der Abgabepflicht 209
a) Vorbestehendes Rechtsverhältnis 209
b) Ohne vorbestehendes Rechtsverhältnis / arbeitsrechtliche Weisung 210
5. Deckung von Schaden durch D&O-Versicherung? 211

IV. Schlussfolgerungen 212

I. Einführung und Problemstellung

Die Mitglieder der Geschäftsleitung (die Manager)[1] nehmen eine wesentliche Rolle bei der Organisation und Wertschöpfung eines Unternehmens ein. Ihnen obliegt im Rahmen einer vorgegebenen Strategie die operative Leitung des Unternehmens. Aufgrund dieser Rolle verfügen diese Protagonisten (vorderhand CEO, CFO, allenfalls weitere «C-Level»-Personen etc.) über detaillierte Informationen über das Unternehmen.[2] Informationsdichte und -umfang hängen jeweils von verschiedenen Umständen ab. Der Gründer und langjährige CEO eines kleinen Unternehmens weiss naturgemäss mehr über das Unternehmen als ein Chief Medical Officer eines Weltkonzerns, der erst seit drei Monaten im Amt ist. Letzterer verfügt seinerseits in seinem Verantwortungsbereich indessen über Spezialwissen (z.B. Schwächen eines präklinischen Stu-

---

1 Das Wort «Manager» ist nicht eindeutig definiert; gemeint sind vorliegend Arbeitnehmer, die in leitender Funktion Führungsaufgaben wahrnehmen; vgl. auch SCHENKER URS, Manager und leitende Angestellte in privaten M&A-Prozessen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Zürich/Basel/Genf 2014, 301 ff., 303 Anm. 1; siehe ferner HÄRING DANIEL/HOCHSTRASSER CHRISTIAN, Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG: Faktische Organstellung und Grenzen der Haftung, GesKR 2009, 246 ff., 248, die den COO und Manager gleichsetzen; Urteil des Bundesgerichts 9C_535/2008 vom 3. Dezember 2008 E. 3, wo die Vorinstanz – das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau – den COO als Manager, der das operative Geschäft leite oder betreue, definierte. In diesem Aufsatz verwenden wir «Geschäftsleitung» und «Management» bzw. «Manager» (Plural) synonym.

2 Vgl. u.a. ZK-BÜHLER, Art. 707 OR, N 47, der von «Wissens- und Erfahrungsvorsprung» der Mitglieder der Geschäftsleitung spricht; HOCH CLASSEN MARIEL/HSU PETER CH./ROTH PELLANDA KATJA, Due Diligence und Vertrag, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 324 ff., 332 Anm. 35; JENNY DANIEL, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 2012 = SSHH Bd. 312, Zürich/St. Gallen 2012, N 827, der von «Wissens-Übermacht» des Managements spricht; MEIER ERIC OLIVIER, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Diss. Zürich 2009 = SSHW Bd. 286, Zürich/St. Gallen 2010, 45 f., wonach das Management «per se bereits über tiefgehende Insiderinformationen über das Zielunternehmen, dessen Wert, die Entwicklungsressourcen und den Markt» verfügt; SCHÄRER HEINZ/OSER DAVID, Unternehmensauktionen – Ausgewählte Fragen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 125 ff., 153.

dienergebnisses), das dem CEO möglicherweise fehlt. Fundierte Kenntnisse bzw. die Informationsbeschaffung über das Unternehmen sind eine wesentliche Voraussetzung, damit das Management seine zugewiesenen Pflichten ordnungsgemäss erfüllen kann. Ein CEO, der sich ungenügend darüber informiert, welchen Betriebsrisiken das Unternehmen entgegensteuert, verletzt früher oder später seine gesetzlichen und/oder vertraglichen Pflichten. Manager stellen daher typischerweise mittels geeigneter Prozesse sicher, dass ihnen die relevanten Informationen zugetragen werden. Im Lichte der fortgeschrittenen Informationstechnologie und Digitalisierung kommen dem Zugang zu Informationen und deren Auswertung eine entscheidende Bedeutung zu.

Die Relevanz des Zugangs und der Auswertung von Informationen zeigt sich auch bei M&A-Transaktionen: Bahnt sich die Übernahme eines Unternehmens (oder eines Teils davon) an, so werden die Informationen, zu denen die Manager des zu erwerbenden Unternehmens (d.h. der Zielgesellschaft) Zugang haben, zur begehrten Ware. Weil ein Käufer in dieser Phase in aller Regel noch wenig über die Zielgesellschaft weiss, ist er bei der üblichen Unternehmensprüfung *(Due Diligence)* auf die Mithilfe des Managements der Zielgesellschaft angewiesen.[3] Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kauftransaktion als Gesellschaftskauf *(Share Deal)* oder als Betriebskauf *(Asset Deal)* strukturiert wird.

Beim (privaten) Share Deal, auf den wir uns vorliegend konzentrieren, kommt hinzu, dass auch die *Verkäufer* (sofern sie nicht zugleich als Mitglied des Managements oder Verwaltungsrats tätig sind) wenig über das Innenleben des «eigenen» Unternehmens bzw. der Zielgesellschaft wissen. Den Aktionären bleiben gewisse Themen – z.B. Cyberrisiken, die vergessene Abführung der Verrechnungssteuer und Scheinselbstständigkeiten – meist verborgen. Sollen solche Verkäufer im Aktienkaufvertrag Zusicherungen über das Unternehmen abgeben, befinden sie sich in einer entsprechend unkomfortablen Situation. Es sind vielmehr Manager, also «Insider», die am besten über diese und ähnliche Themen informiert sind. Zu diesen «Insidern» können durchaus auch Arbeitnehmer ohne Geschäftsleistungsfunktion gehören. Vielerorts sind Arbeitnehmer für wichtige operationelle Aufgaben zuständig, wobei die Arbeitnehmer nicht Mitglieder der Geschäftsleitung sind. So ist beispielsweise ein Chefjurist *(General Counsel)* ein Arbeitnehmer, der zwar eine (wichtige) Stabsfunktion innehat und aufgrund seiner Position zahlreiche (rechtliche) Risiken kennt, nach wie vor oftmals nicht Mitglied der Geschäftsleitung.

Käufer und Verkäufer können ihre Wissenslücken schliessen bzw. transaktionsverbundene Risiken reduzieren. Ein Weg führt über die Einbindung solcher Manager bzw. Arbeitnehmer, die direkten Zugang zu wichtigen Informationen haben. Wie in

---

[3] Vgl. SCHÄRER/OSER (FN 2), 153 f., wonach dem Management in der Regel verschiedene Aufgaben zugewiesen werden, so insbesondere hinsichtlich Geschäftsplan, Jahresrechnung und Budget, Information Memorandum, Datenraum, Management-Präsentation, Due Diligence, Zusicherungen und Garantien.

Ziff. III. näher beschrieben, kann dies u.a. mittels Rückgriff auf Officer's Certificates[4] erfolgen, mit denen ausgewählte Arbeitnehmer bestimmte Zustände im Unternehmen schriftlich bestätigen (beispielsweise, dass für geschuldete Steuern in genügendem Umfang Rückstellungen gebildet worden sind). Diese formelle Einbindung solcher «Insider» in die M&A-Transaktion mittels Officer's Certificates ist nicht neu, hat aber in den letzten Jahren markant zugenommen, insbesondere bei grösseren oder komplexeren M&A-Transaktionen.

Während das Interesse von Käufer und Verkäufer an einer solchen Bestätigung durch «Insider» naheliegend ist, stellen sich für die Aussteller des Officer's Certificates (aber auch für die Empfänger) verschiedene Fragen: Wie verlässlich sind die Aussagen der Aussteller? Nach welchen Regeln haftet der Aussteller gegenüber dem Empfänger für unzutreffende Bestätigungen? In welchem Verhältnis stehen diese Regeln zu arbeitsrechtlichen Grundsätzen? Besteht überhaupt eine Pflicht, solche Bestätigungen in Form eines Officer's Certificates abzugeben? Der vorliegende Beitrag geht diesen und weiteren Fragen auf den Grund.

---

4 Die Terminologie ist uneinheitlich; teilweise wird auch von «Representation Letter», «Management Letter» (TIMMERBEIL SVEN/PFEIFFER GERO, Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen, 2. Aufl., München 2020, 105) oder «Management Certificate» (MEYER-SPARENBERG WOLFGANG, § 44 Gewährleistungen, Garantien, Aufklärungspflichten, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle [Hrsg.], Beck'sches M&A-Handbuch, München 2017, N 151 Anm. 158; WOLF MATTHIAS, Reliance Letters, in: Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions XII, Zürich/Basel/Genf 2010, 119 ff., 131 Anm. 22) gesprochen, wobei hier konzeptionell keine wesentlichen Unterschiede auszumachen sind; vgl. hierzu auch KAPL PHILIPP/SWOBODA LUKAS-SEBASTIAN, Das Officer's Certificate bei M&A-Transaktionen, ecolex 2018, 427 ff., 428, die von «Officer's Certificate», «Representation Letter», «Management Certificate» oder «Management Garantie» sprechen. Vgl. zum Begriff «Reliance Letter» und dessen Verwendung allgemein WOLF (FN 4), 120 ff. Reliance Letters werden typischerweise von finanzierenden Banken ausgestellt, wobei der betreffenden Bank diesfalls insbesondere auf Due Diligence-Berichte der Verkäufer und/oder Käufer je nach Formulierung eine bestimmte Belastbarkeit gewährt wird. Die Fragen, die sich bei Reliance Letters und Officer's Certificates stellen, sind durchaus vergleichbar, obschon die betreffenden Dokumente inhaltlich voneinander abweichen. Reliance Letters gründen zudem fast immer in einem Auftragsverhältnis (auf dessen Basis das Arbeitsprodukt erstellt wird, auf das die Reliance abgegeben wird). Vgl. zum Begriff «Representation Letter» (bzw. «Bilanz- oder Vollständigkeitserklärung») in der Prüferbranche z.B. PFIFFNER DANIEL CHRISTIAN, Revisionsstelle und Corporate Governance, Diss. Zürich 2008 = SSHW Bd. 275, Zürich/St. Gallen 2008, N 1129. Vgl. zum Begriff «Officer's Certificate» bei einem IPO im Verhältnis zwischen dem Emittenten *(issuer)* und den zeichnenden Personen *(underwriter)* z.B. MALACRIDA RALPH/WATTER ROLF, Swiss Corporate Finance and Capital Markets – Legal Aspects, in: Vogt (Hrsg.), Swiss Commercial Law Series, Bd. 12, Basel 2001, 87.

II. Unternehmensübernahme – Stellung und Informationslage der verschiedenen «Parteien»

1. Involvierte «Parteien»

Die eigentlichen (Vertrags-)Parteien eines (privaten) Gesellschaftskaufs *(Share Deal)* sind der bzw. die Verkäufer (das Aktionariat) einerseits und der oder die Käufer andererseits. Der Aktienkaufvertrag *(Share Purchase Agreement)* bildet hierbei das vertragliche Herzstück;[5] darin regeln die Verkäufer bzw. Käufer ihre Rechte und Pflichten bezüglich der M&A-Transaktion.

Auf Verkäuferseite käme die tragende Rolle naturgemäss den Verkäufern zu, also dem verkaufenden Aktionariat. Je nach dessen Grösse und Typ kann es allerdings die Federführung in der Vorvertragsphase nicht effektiv übernehmen: Es fehlt ihm an Wissen und Erfahrung, wie die verschiedenen Akteure zu koordinieren sind und die M&A-Transaktion zu strukturieren ist.[6] Zudem hat das Aktionariat keinen direkten Zugang zu gesellschaftsinternen Informationen und Ressourcen, die im Rahmen der M&A-Transaktion und bei der Verhandlung des Aktienkaufvertrags entscheidend sind.[7]

Diese Probleme lassen sich häufig nicht dadurch lösen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft in die M&A-Transaktion involviert werden. Auch sie verfügen meistens nicht über die notwendigen eigenen Ressourcen, um einen Unternehmensverkauf operativ zu leiten. Der Umfang der Mitwirkung des Verwaltungsrats ist einzelfallabhängig und erschöpft sich oftmals in seiner Schnittstellenfunktion zwischen Management und Aktionariat, wobei das Aktionariat natürlich auch eine stärkere Einbindung der Mitglieder des Verwaltungsrats – gerade bei den zentralen Verhandlungsphasen – begehren kann. Der Verwaltungsrat gibt unternehmensinterne Ressourcen frei und entscheidet allenfalls, inwieweit über Geschäftsgeheimnisse in der *Due Diligence*[8] (der kaufvorbereitenden Überprüfung der Zielgesellschaft durch den Käu-

---

5 Ebenso TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, N 371.

6 Vgl. SCHENKER URS, Unternehmenskauf, Bern 2016, 62 f., wonach es den meisten Käufern und Verkäufern an entsprechenden Kapazitäten fehlt und das entsprechende Defizit zur Übertragung wichtiger Aspekte der Planung und Durchführung des Unternehmenskaufs an Berater führt.

7 Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 5), N 65, wonach «die Due Diligence rationalere und effizientere Vertragsverhandlungen [erlaubt], indem beide Parteien die involvierten Risiken identifizieren und sich über ihre vertragliche Allokation einigen können».

8 Vgl. zur Due Diligence bei Unternehmenskäufen statt vieler VISCHER MARKUS, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, 229 ff. Diese Arbeiten kann der Verwaltungsrat im Rahmen von Art. 716 Abs. 2 OR auch delegieren.

fer) verfügt werden darf.[9] Der Verwaltungsrat ist ansonsten vielfach nur am Rande in die M&A-Transaktion involviert.[10]

In der Praxis sind Verkäufer daher in der Regel stark auf das Management angewiesen. Diese Personen bilden folglich in vielen Belangen die Schnittstelle zwischen der Zielgesellschaft, dem Käufer und den jeweiligen Beratern.[11]

2. Informationslage

a) Informationsasymmetrie und Due Diligence

Der Informationsstand eines *Käufers* vor der Due Diligence ist niedrig, d.h. er weiss (Management Buy-outs vorbehalten)[12] wenig über das Innenleben der Zielgesellschaft. Ein Käufer ist diesbezüglich gegenüber den Verkäufern entscheidend benachteiligt. Es herrscht mit anderen Worten – namentlich im Vergleich zum Informationsstand des Managements der Zielgesellschaft – eine Informationsasymmetrie.[13] Deswegen hat sich im Markt der Due Diligence-Prozess etabliert, bei dem der Käufer die erforderlichen Informationen über die Zielgesellschaft einholt, und seinen Informationsstand an jenen der Verkäufer anzugleichen versucht.[14] Auf entsprechende Weisung hin (direkt oder indirekt vom projektverantwortlichen Mitglied der Geschäftsleitung ausgehend, oftmals vom CEO oder CFO) werden ausgewählte «Insider» der Zielgesellschaft verpflichtet, im Verkaufsprozess mitzuwirken. Solche «Insider» werden in der Regel angehalten, Informationen für die Due Diligence zu beschaffen und Auskünfte (z.B.

---

9 SCHENKER (FN 6), 129.

10 Vgl. SCHENKER (FN 6), 129 mit Hinweisen zum damit verbundenen Interessenkonflikt beim Verwaltungsrat. Share Deals fallen im Übrigen grundsätzlich nicht unter die unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716*a* Abs. 1 OR des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft und können unter Umständen ohne dessen Mitwirkung und sogar Mitwissen verhandelt und vollzogen werden; bei vinkulierten Namenaktien ist eine (idealerweise frühzeitige) Involvierung des Verwaltungsrats erforderlich, soweit die Statuten die entsprechende Kompetenz nicht der Generalversammlung zuweisen (vgl. zur Kompetenzzuweisung und den entsprechenden Folgen etwa BSK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 685*a* OR, N 9).

11 Vgl. SCHÄRER/OSER (FN 2), 153, mit einer Auflistung der dem Management in der Regel zugewiesenen Aufgaben; zum dadurch entstehenden Spannungsfeld der Interessen SCHENKER (FN 1), 304 f.

12 HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 2), 332 Anm. 35; vgl. zum Management Buy-out NIKITINE ALEX, Management Buy-out – Vorvertragliche Aufklärungspflichten der Manager, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 239 ff.

13 Zur asymmetrischen Informationsverteilung im Allgemeinen FRICK JÜRG, Private Equity im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2008 = SSHW Bd. 272, Zürich/St. Gallen 2009, N 212 ff.

14 Vgl. zum Ziel der Verringerung des Informationsdefizits des Käufers u.a. BLUM OLIVER, Rechtliche Bedeutung der Due Diligence, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 175 ff., 176; FRICK (FN 13), N 240; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA (FN 2), 325 («Überwindung der Informationsasymmetrien»); MEYER SIMON, Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf, Diss. Zürich 2012 = SSHW Bd. 313, Zürich/St. Gallen 2013, N 127 («Ausgleich der Informationsasymmetrie»).

im Rahmen von *Expert Sessions* oder Betriebsbesichtigungen, sog. *Site Visits*)[15] während der Due Diligence zu erteilen.[16] Da das Management das profundeste Wissen über die Eigenschaften der Zielgesellschaft besitzt, können die betreffenden Manager – als primärer Wissensträger – auf den Abbau der Informationsasymmetrie auf Seiten des Käufers entscheidend Einfluss nehmen.[17]

Nicht nur der Käufer, sondern vielfach auch der *Verkäufer* ist mit dem Problem der Informationsasymmetrie konfrontiert (vgl. Ziff. II.1.). Verkäufer geben einem Käufer typischerweise bestimmte Zusicherungen über die Zielgesellschaft ab, die über den Bestand und das Eigentum an den verkauften Aktien (d.h. den Kaufgegenstand) hinausgehen. Deswegen sind auch die Verkäufer darauf angewiesen, dass ihnen das Management verlässliche Auskunft über jene Sachverhalte erteilt, auf die sich die Zusicherungen beziehen. Ob die Zielgesellschaft bei der Bearbeitung und Aufbewahrung von Personaldossiers etwa die datenschutzrechtlichen Regelungen eingehalten hat, kann ein Verkäufer ohne Rücksprache mit der hierfür verantwortlichen Person nicht wissen.

Letztlich erwarten daher sowohl Verkäufer als auch Käufer, dass das Management im Verkaufsprozess aktiv mitwirkt. Die aktive Involvierung des Managements in den Verkaufsprozess schafft auf beiden Seiten des Verhandlungstisches Informationsasymmetrien ab.

b) Manager als Verkäufer

Teilweise sind Manager und weitere «Insider» mittels Aktien oder anderweitig (z.B. mittels Optionen oder Phantomaktien) am Unternehmen beteiligt. Bei von Private Equity Fonds kontrollierten Portfolio-Gesellschaften ist die Beteiligung der Manager

---

15 Siehe auch BENKERT STEFAN/POGGENSEE RUBEN, Due Diligence: Strategische Transaktionsziele erreichen, EF 2015, 678 ff., 678; MEIER (FN 2), 101 («Befragung des Managements», «Betriebsbesichtigungen») und 104 f.

16 Die einer Transaktion zugrundeliegende Dokumentation (z.B. Geschäftsplan, Jahresrechnung und Budget sowie Information Memorandum) wird in der Regel im Wesentlichen vom Management erstellt (vgl. SCHÄRER/OSER [FN 2], 153 f.). Beim Aufbau des Datenraums und beim Entscheid über die aufzuschaltenden Informationen kommt dem Management eine entscheidende Rolle zu. Vgl. hierzu auch SCHENKER (FN 6), 57 f. und 592 Anm. 2361; teilweise bestätigt das Management auch die Richtigkeit eines Vendor Due Diligence-Berichts (z.B. WOLF [FN 4], 131).

17 Vgl. SCHENKER (FN 1), 338 mit dem Hinweis, dass der Käufer überdies häufig versucht, vom Management der Zielgesellschaft weitergehende Informationen zu erhalten, die er vom Verkäufer selbst nicht erhalten würde. Es sind natürlich auch Fälle denkbar, bei denen mit Bedacht nur ganz wenige Personen aus dem Management (z.B. CEO und CFO) involviert werden (MEIER [FN 2], 39 Anm. 152 mit Verweisung auf HOCH CLASSEN/HSU/ROTH PELLANDA [FN 2], 335), insbesondere um der Gefahr der Entwicklung einer verfrühten Loyalität gegenüber dem Käufer entgegenzuwirken oder um eine unerwünschte Ablenkung vom Tagesgeschäft zu verhindern.

an der Zielgesellschaft eine übliche Incentivierungsmethode.[18] In einem solchen Fall schlüpft der betreffende Manager beim Verkaufsprozess in eine Doppelrolle (Arbeitnehmer und verkaufender Aktionär), womit er zwangsläufig in ein heikles Spannungsfeld entgegengesetzter Interessen gerät: Aus Sicht des *Verkäufers* bildet das Management Teil des Kaufgegenstands, solange das Unternehmen als *«going concern»* übertragen wird.[19] Zugleich sollen Manager den Verkaufsprozess aktiv unterstützen und allenfalls sogar leiten (vgl. Ziff. II.1.). Hinsichtlich der Due Diligence könnten die Verkäufer daran interessiert sein, Unterlagen zurückzubehalten, deren Offenlegung für die Verkäufer «unerwünscht» nachteilig sein könnten. Sodann begehrt auch der Käufer, dass ihn das Management bei seiner Due Diligence unterstützt und ihm gegebenenfalls mehr Informationen gibt, als dies aus Sicht der Verkäufer vernünftig oder notwendig erscheint. Weil der Käufer möglicherweise bald die Zielgesellschaft (und damit den Arbeitgeber der Manager) beherrscht, kann die Verlockung für die Manager gross sein, diesen Wünschen nachzukommen. In der Eigenschaft als Verkäufer schliesslich wird es für den Manager letztlich darum gehen, die aus dem Verkauf seiner Anteile resultierenden pekuniären Interessen zu wahren bzw. zu maximieren. All diese Interessen sind nicht kongruent, weshalb die Maximierung der Verkäuferinteressen den Interessen des Käufers entgegensteht. Dieses Spannungsverhältnis ist ein weiterer Grund dafür, dass M&A-Transaktionen für die Parteien mit (Rest-)Risiken verbunden sind.

3. Allokation der Risiken im Aktienkaufvertrag

Ungeachtet einer Due Diligence ordnen verschiedene Bestimmungen eines Aktienkaufvertrags bestimmte Risiken entweder dem Käufer oder dem Verkäufer zu. Diese Bestimmungen bauen einerseits die Informationsasymmetrie ab, indem sie den Parteien (insbesondere dem Käufer) ermöglichen, problematische Themen noch vor Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags zu besprechen bzw. zu klären. Andererseits allozieren solche Bestimmungen ungeachtet einer Informationsasymmetrie die *Transaktionsrisiken,* d.h. sie weisen die einzelnen Transaktionsrisiken dem Verkäufer oder Käufer zu. Die Transaktionsrisiken lassen sich unterschiedlich kategorisieren, z.B. in bekannte, im Einflussbereich der Parteien stehende, kontrollierbare Risiken oder in Risiken, die nicht im Voraus erkennbar sind (sog. *abstrakte objektive Transaktionsrisiken*) sowie in Risiken, die entweder vom Käufer vor dem Vollzug des Aktienkaufvertrags *(Closing)* im Rahmen der Due Diligence erkannt oder vom Verkäufer direkt von Anfang an offengelegt werden (sog. *konkret objektive Transaktionsrisiken*). Je nach Risikokategorie wird das betreffende Risiko mittels vertraglicher Zusicherungen *(Re-*

[18] SCHENKER (FN 6), 58; vgl. auch SCHÄRER/OSER (FN 2), 160, wonach sich bei vielen Unternehmensauktionen insbesondere Finanzinvestoren bereits im Bieterverfahren bereit erklären, das Management nach dem Erwerb am Unternehmen zu beteiligen.

[19] SCHENKER (FN 1), 304.

presentations)[20] bzw. Garantien *(Indemnities)*[21] dem Verkäufer zugeordnet. Hierfür werden eigene Haftungstatbestände und Haftungsfolgen (Nachbesserung, Schadenersatz) vereinbart, zumal die gesetzlichen Regeln (Art. 184-215 OR) für den Unternehmenskauf wenig sachgerecht sind. Abweichend von der gesetzlichen Regelung (Art. 208 Abs. 3 OR) konzipieren die Parteien in Aktienkaufverträgen z.B. den Schadenersatzanspruch wegen Verletzung einer Zusicherung oftmals kausal (also verschuldensunabhängig).[22] Bei Garantien bzw. Schadloshaltungen ist dies die Regel.[23] Es handelt sich jeweils um die Risiken, die beim Unternehmen in der Vergangenheit entstanden oder im Keim angelegt sind (bzw. sein könnten), sich aber finanziell erst nach dem Vollzug des Kaufvertrages materialisieren.

Die Due Diligence des Käufers bzw. die dem Käufer offengelegten Informationen haben einen zentralen Einfluss auf die vertragliche Risikoallokation in Aktienkaufverträgen. Gemäss der dispositiven[24] Regelung von Art. 200 OR haftet der Verkäufer nicht für Sachmängel des Kaufgegenstands, die der Käufer zur Zeit des Kaufs gekannt hat (Art. 200 Abs. 1 OR). Für Sachmängel, die der Käufer hätte erkennen sollen, haftet der Verkäufer nur, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat (Art. 200 Abs. 2 OR).[25] In Aktienkaufverträgen wird jenes dispositive Haftungsregime des OR in der Regel durch eine abschliessende, die dispositiven Bestimmungen des OR weit möglichst verdrängende Regelung ersetzt.[26] Angeknüpft wird in der Regel nicht am Wissen und Wissen-Müssen als solches, sondern an eine normativ formulierte Offenlegung *(Disclosure),* allenfalls ergänzt durch eine eigens definierte Qualifikation (oft: *Fair Disclosure*).[27] Im Umfang dieser Offenlegung scheidet eine vertragliche Haftung der Verkäufer aus. Dabei bleiben anderweitige Parteiabreden (z.B. hinsichtlich des Eigentums an den verkauften Aktien) vorbehalten. Offenbart die Due Diligence spezifische

---

20 Hierzu eingehend TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 5), N 371 ff.

21 Eingehend zur Schadloshaltung WATTER ROLF, Schadloshaltungsklauseln in M&A-Verträgen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich/Basel/Genf 2017, 7 ff., 11 ff.; vgl. auch BLUM (FN 14), 206 zur selbständigen Garantieabrede.

22 Zur häufigen Modifikation der Rechtsbehelfe der Rechts- und Sachgewährleistung des Kaufrechts statt vieler TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 5), N 375; vgl. demgegenüber SCHENKER (FN 6), 330 f.

23 WATTER (FN 21), 11 und 26. Vgl. zur Unterscheidung von einer Garantie nach Art. 111 OR und einer Schadloshaltung *(Indemnities)* u.a. SCHENKER (FN 6), 351 f. Vgl. zudem Ziff. III.3.c)aa).

24 Statt vieler BSK-HONSELL, Art. 200 OR, N 5.

25 Statt vieler BK-GIGER, Art. 200 OR, N 4 ff.

26 Vgl. zu gängigen Bestimmungen über Offenlegung und Mangelkenntnis sowie zu den Modalitäten der Gewährleistungsansprüche eingehend TSCHÄNI RUDOLF/WOLF MATTHIAS, Vertragliche Gewährleistung und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 93 ff., 112 und 114.

27 Siehe BLUM OLIVER, Internationaler Vergleich typischer Klauseln aus M&A-Verträgen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XII, Zürich/Basel/Genf 2015, 227 ff., 245 f.; MEYER MIRJAM, Rechtsrisiken und Rechtsrisikomanagement bei M&A-Transaktionen, Diss. Zürich 2013 = ZStP Bd. 256, Zürich/Basel/Genf 2013, 238 ff.; VOGEL ALEXANDER, Unternehmens(ver)käufe in der Krise, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich/Basel/Genf 2017, 197 ff., 237.

Defizite, laufen Zusicherungen ins Leere.[28] Abgesehen von einer Schadenersatzzahlung, die einer Kaufpreisreduktion (im Umfang, in dem sich das Risiko wirtschaftlich materialisiert hat) gleichkommt, kann einem Käufer eine Schadloshaltung versprochen werden.

4. Restrisiken

Trotz Zusicherungen und Schadloshaltungen verbleiben bei den Parteien Restrisiken. Gibt ein Verkäufer bestimmte Zusicherungen nicht oder lediglich qualifiziert (aufgrund der gängigen Vorbehalte bzw. Einschränkungen, wie z.B. Offenlegungsvorbehalt oder Wesentlichkeit) ab, reduziert sich das Haftungsrisiko des Verkäufers bzw. es entsteht auf Seiten des Käufers eine «Deckungslücke». Restrisiken verbleiben aber auch dann, wenn ein Verkäufer Zusicherungen unreflektiert abgibt, etwa weil er nur beschränkte Kenntnis des Innenlebens der Zielgesellschaft besitzt, oder weil er in voller Kenntnis eines Risikos nichtsdestotrotz eine Zusicherung abgibt. Vielfach vertrauen die Verkäufer darauf, dass die von ihnen abgegebenen Zusicherungen korrekt sind, ohne deren Korrektheit vorher durch das Management verifiziert haben zu lassen. Das Restrisiko (des Käufers) könnte sich mit einer unterschätzten Wahrscheinlichkeit einer Zusicherungsverletzung materialisieren, und der daraus resultierende Schaden könnte sich auf einen Betrag belaufen, der aufgrund der Haftungslimite *(Cap)* nicht vollständig gedeckt wäre. Auf Seiten des Verkäufers besteht jenes Risiko demgegenüber darin, dass die Wahrscheinlichkeit einer Haftung für eine Zusicherungsverletzung unterschätzt wird. Daher kauft der Käufer (und der Verkäufer verkauft) immer eine kleinere oder grössere Blackbox. – Das Interesse an Officer's Certificates ist in diesem Kontext zu sehen, worauf in Ziff. III. zurückzukommen ist.

5. Verantwortung als Arbeitnehmer und Organ

Wie vorstehend erläutert nehmen Manager und allenfalls weitere ausgewählte «Insider» auf Seiten der Zielgesellschaft bei einer Unternehmensübernahme *faktisch* eine zentrale Rolle ein. Mehrere Problemkomplexe rund um Officer's Certificates sind indes nicht nur vor dem Hintergrund dieser faktischen Umstände zu sehen, sondern auch mit Blick auf die zentralen *rechtlichen* Spielregeln, die den Verantwortungsbereich von «Insidern» definieren. Hier zeigt sich, dass deren Verantwortungsbereich – und noch wichtiger ihr Haftungsrisiko – grundsätzlich beschränkt ist.

---

[28] SCHENKER (FN 6), 350 mit Verweisung auf seine Ausführungen zur Rechtsnatur von Zusicherungen unter 305 ff.

a) Nach Arbeitsrecht

Ungeachtet einer allfälligen Geschäftsleitungsfunktion gelten Manager und andere «Insider» als Arbeitnehmer.[29] Kern der arbeitsrechtlichen Pflichten bilden Art. 321 ff. OR. Als Arbeitnehmer hat der Manager gemäss Art. 321*a* Abs. 1 OR die allgemeine Pflicht, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.[30] Dabei besteht für leitende Arbeitnehmer eine *erhöhte* Treue- und Loyalitätspflicht.[31] Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die Anordnungen und Weisungen seines Arbeitgebers zu befolgen (Art. 321*d* Abs. 1 OR). Die übliche Involvierung der Manager in den Verkaufsprozess – namentlich die Aufbereitung der zur Verfügung gestellten Informationen und die Beantwortung von Fragen anlässlich von Management-Präsentationen *(Management Presentations)* und Expertentreffen *(Expert Sessions)* – sind zwar nicht *per se* Inhalt des Arbeitsvertrags, stehen aber in funktionalem Zusammenhang mit den Führungsaufgaben des Managements und gelten grundsätzlich als zumutbar.[32] Gleiches gilt für Arbeitnehmer ohne Geschäftsleitungsfunktion, zumindest innerhalb des zugewiesenen «Ressorts».

Die Haftung des Arbeitnehmers beurteilt sich nach Art. 321*e* Abs. 1 OR: Ein Arbeitnehmer haftet dem Arbeitgeber für den absichtlich oder fahrlässig verursachten Schaden, wobei das Verschulden nach dem Sorgfaltsmassstab in Art. 321*d* Abs. 2 OR beurteilt wird. Arbeitnehmer (mit oder ohne Organstellung) haften arbeitsrechtlich nie kausal.[33] Die gesetzliche Haftungsregelung in Art. 321*a* bzw. Art. 321*e* Abs. 2 OR ist zwingend. Die vertragliche Abrede, wonach ein Manager verschuldensunabhängig gegenüber dem Arbeitgeber für den verursachten Schaden haftet, ist folglich ungültig. Der Arbeitnehmer hat haftungstechnisch somit auch nicht für ein bestimmtes «Ergebnis» oder für einen bestimmten «Erfolg» *per se* einzustehen. Dreh- und Angelpunkt beim Schadenersatz bleibt die Frage der angewendeten Sorgfalt. Anders formuliert: Das Arbeitsrecht regelt die ökonomische Risikosphäre dahingehend, dass der Arbeitgeber seine Haftung für den rein kausal (d.h. ohne Verschulden des Arbeitnehmers)

---

29 Vgl. bereits BGE 53 II 408 E. 3a S. 411 f.; NIKITINE (FN 12), 245; zur Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft siehe ferner BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 88 f. und insbesondere BGE 130 III 213 E. 2.1 S. 216.

30 Vgl. zur Treuepflicht statt vieler ZK-STAEHELIN, Art. 321*a* OR, N 6 ff.

31 BGE 104 II 28 E. 1 S. 30; MAURENBRECHER BENEDIKT/SCHOTT ANSGAR, Private Rechtsgeschäfte von Organpersonen, GesKR 2007, 24 ff., 30; ZK-STAEHELIN, Art. 321*a* OR, N 28; STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 321*a* OR, N 2.

32 Vgl. SCHENKER (FN 1), 329.

33 Zur (strittigen) kausalen «Mankohaftung» vgl. etwa ZK-STAEHELIN, Art. 321*e* OR, N 36 ff.; STREIFF ULLIN, Besondere Fälle der Haftung des Arbeitnehmers: Manko, Schäden am Geschäftsauto, Kalkulationsirrtümer, AJP 1997, 797 ff.

verursachten Schaden (egal, wem dieser entsteht) nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen kann.[34]

Selbstredend sind die arbeitsrechtlichen Regelungen nur zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anwendbar. Im Kontext eines Aktienkaufvertrags sind die Aktionäre keine Arbeitgeber der Manager der Zielgesellschaft. Deswegen scheiden arbeitsrechtliche Schadenersatzansprüche beispielsweise aufgrund einer unsorgfältigen Auskunftserteilung gegenüber dem Verkäufer aus.[35]

Festzuhalten ist vor diesem Hintergrund Folgendes: Die Mitwirkung beim Verkaufsprozess kann für Manager durchaus anspruchsvoll und zeitintensiv (insbesondere im Zusammenhang mit der Due Diligence) sein. Arbeitsvertragliche Sorgfaltspflichtverletzungen, aufgrund derer die Manager schadenersatzpflichtig werden, dürften die Ausnahme bilden.[36]

b) Nach Art. 717 OR

Je nach Position und Kompetenzen können Manager nicht nur als Arbeitnehmer, sondern auch als Organe im Sinne von Art. 717 Abs. 1 bzw. Art. 754 OR gelten, was für den Unternehmensverkauf wesentlich ist. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn es sich um Mitglieder der (obersten) Geschäftsleitungshierarchie handelt.[37]

Mitglieder der Geschäftsleitung trifft – in ihrer Stellung als formelles Organ der Gesellschaft – ergänzend zu ihren arbeitsrechtlichen Pflichten eine *aktienrechtliche* Sorgfalts-, Treue- und Loyalitätspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR.[38] Gemäss Praxis des Bundesgerichts geht diese aktienrechtliche Pflicht in der Regel etwas weiter als das arbeitsrechtliche Pendant.[39] Die Mitglieder der Geschäftsleitung haben aufgrund dieser aktienrechtlichen Pflicht ihr Verhalten auf das Gesellschaftsinteresse auszurichten und

---

34 SCHENKER (FN 1), 335.

35 SCHENKER (FN 1), 334.

36 Praxisrelevanter ist die Nichtbefolgung einer (zulässigen) Weisung des Arbeitgebers, die zu einer Kündigung des Arbeitsvertrags führt.

37 NIKITINE (FN 12), 245 und 261; ZBINDEN PATRIC-OLIVIER, Versicherbarkeit der zivilrechtlichen Haftung als Organ – Eine Gegenüberstellung der Mandats- und der Organhaftpflichtversicherung, in: Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, 721 ff., 728.

38 Vgl. JACCARD MICHEL/EMERY JEAN-BAPTISTE, Le management dans un processus de MBO, ST 2011, 457 ff., 458; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 5), N 483.

39 BGE 130 III 213 E. 2.1 S. 217, wonach die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht weiter gehe als die arbeitsrechtliche; vgl. auch MAURENBRECHER/SCHOTT (FN 31), 27, mit Verweisung auf den eben zitierten Bundesgerichtsentscheid.

eigene Interessen gegebenenfalls zurückzustellen.[40] Letzteres gilt ohne Weiteres auch hinsichtlich der Mitwirkung der Manager beim Verkaufsprozess.

Bei der Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs gegen das Management gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR gilt es einige Hürden zu überwinden. Schwierig gestaltet sich die Durchsetzung eines solchen Schadenersatzanspruchs nicht zuletzt mit Blick auf die vom Bundesgericht angewendete *Business Judgment Rule,* wonach sich Gerichte bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden mit Ermessenscharakter grundsätzlich zurückzuhalten haben.[41] Solange Geschäftsentscheide gestützt auf eine angemessene Informationsbasis und frei von Interessenkonflikten getroffen worden sind, ist der Business Judgment Rule zufolge eine Haftung der Manager ausgeschlossen, selbst wenn das zu beurteilende Verhalten zu einem Schaden führt.[42] Vor diesem Hintergrund können Verantwortlichkeitsansprüche nur in jenen Fällen durchgesetzt werden, in denen dem Manager die Verfolgung von Eigen- oder Drittinteressen mit entsprechender Verletzung der Treuepflicht oder ein Verstoss gegen elementare Sorgfaltspflichten nachgewiesen werden kann.[43] Diese Fälle sind im Kontext einer Unternehmensübernahme denkbar, in der Praxis indes kaum anzutreffen.

c) Manager als Verkäufer

Hält ein Manager selbst Aktien (oder Optionen) an der Zielgesellschaft und verkauft er diese im Rahmen der M&A-Transaktion, so haftet er gegebenenfalls gegenüber dem Käufer in seiner *Eigenschaft als Verkäufer* nach Massgabe des Aktienkaufvertrags. Diese Haftung beschränkt sich grundsätzlich auf den prozentualen Anteil an den verkauften Aktien.[44] Darüber hinaus treffen die verkaufenden Manager auch die sondergesetzlichen Treuepflichten bei der Vertragsanbahnung. Im Stadium der Vertragsverhandlungen auferlegt das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verhandelnden Parteien – und zwar unabhängig von einem späteren Vertragsabschluss – ge-

---

40 BGE 130 III 213 E. 2.2.2 S. 219; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 OR, N 15.

41 Eingehend zur Legitimation und Funktion der Business Judgment Rule insbesondere NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide: Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 = SSHW Bd. 266, Zürich/St. Gallen 2007, 112 ff.; siehe ferner VISCHER MARKUS, Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgement Rule (BJR), SJZ 2018, 53 ff.

42 Vgl. hierzu BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1.

43 SCHENKER (FN 1), 337.

44 Personen, die im gleichen Aktienkaufvertrag Aktien einer Gesellschaft verkaufen, haften nur in Ausnahmefällen gemäss Art. 143 Abs. 2 OR solidarisch für Forderungen des Käufers aus oder im Zusammenhang mit dem Aktienkaufvertrag; sie haften stattdessen proportional. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt beispielsweise, wenn die Verkäufer dem Käufer ausdrücklich erklären, solidarisch zu haften (Art. 143 Abs. 1 OR).

wisse Aufklärungs-, Informations-, Schutz- und Mitwirkungspflichten.[45] Verletzt eine verhandelnde Partei schuldhaft eine dieser Pflichten, haftet sie gegebenenfalls gegenüber der anderen Partei gestützt auf die *«culpa in contrahendo»*.[46] Macht eine Partei im Rahmen der Vertragsverhandlungen unwahre oder irreführende Aussagen, haftet sie gegebenenfalls (ungeachtet einer Verkäuferstellung) gestützt auf weitere Haftungstatbestände. Ein Käufer, der im Rahmen der Due Diligence durch einen Manager getäuscht wurde, kann diesen gegebenenfalls auch nach Art. 41 Abs. 1 OR haftbar machen.[47]

III. Officer's Certificates

Officer's Certificates sind gesetzlich nicht gesondert geregelt. Dieses Rechtsinstitut entstammt der angloamerikanischen M&A-Transaktionspraxis.[48] Officer's Certificates werden inzwischen jedoch auch in Schweizer M&A-Transaktionen immer öfters ausgestellt. Wie einleitend in Ziff. I. erwähnt, handelt es sich hierbei – allgemein betrachtet – um separate Erklärungen (vgl. Näheres zum Inhalt von Officer's Certificates in Ziff. III.1.), mit denen der Aussteller (vgl. Ziff. III.2.a) zugunsten des Empfängers (vgl. Ziff. III.2.b) bestimmte, die Zielgesellschaft betreffende Sachverhalte schriftlich festhält. Je nach Inhalt und Kontext kann der Aussteller unterschiedlich für ein Officer's Certificate haften (vgl. Ziff. III.3.g). Officer's Certificates werfen zudem verschiedene Sonderfragen auf: Besteht eine Abgabepflicht (vgl. Ziff. III.4.)? Ist der durch ein Officer's Certificate verursachte Schaden durch die D&O-Versicherung gedeckt (vgl. Ziff. III.5.)?

---

45 Vgl. insbesondere BK-KRAMER, Art. 22 OR, N 12 ff.; eingehend zum Thema Vertragsverhandlungen und dabei bestehenden Pflichten etwa GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Bd. I, N 946 ff.

46 Eingehend zur Haftung aus *«culpa in contrahendo»* GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 45), N 962a ff.

47 Z.B. BGE 4A_285/2017 vom 3. April 2018 E. 6.3 «Sur la base des faits retenus, sans arbitraire, par la cour cantonale, il y a lieu d'admettre que le défendeur a violé son obligation de renseigner le cocontractant dans le cadre des pourparlers contractuels et qu'il a donc commis une tromperie intentionnelle (un dol), lequel constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO.» (besprochen von VISCHER MARKUS, BGer 4A_285/2017: Deliktische Haftung infolge absichtlicher Täuschung – Abschied von der cic- bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur»?, AJP 2018, 908 ff.). Der Käufer kann diesfalls unter Umständen auch gestützt auf den Aktienkaufvertrag gegen die Verkäufer vorgehen, da das Verhalten des Managers den Verkäufern nach Art. 101 Abs. 1 OR zugerechnet wird.

48 KAPL/SWOBODA (FN 4), 427. Die Terminologie ist uneinheitlich (vgl. FN 4) – in der Praxis wird auch von «Representation Letter», «Management Certificate» oder «Management Garantie» gesprochen.

1. Inhalt

Obschon der Inhalt von Officer's Certificates stark variieren kann, bezwecken Officer's Certificates letztlich effektive oder potenzielle Wissenslücken und Unsicherheiten der Verkäufer hinsichtlich der von ihnen über die Zielgesellschaft abgegebenen *Zusicherungen* zu schliessen bzw. zu beseitigen.[49] Officer's Certificates sind inhaltlich daher so konzipiert, dass der Aussteller gegenüber dem Empfänger bestimmte Zusicherungen bestätigt.[50,51] Für diese Bestätigung verwenden wir im Folgenden den Begriff «Bestätigungserklärung». Ein bestimmter Standard von Officer's Certificates hat sich in der Praxis bislang jedoch noch nicht herausgebildet.

Die Formulierung der Bestätigungserklärung in Officer's Certificates lehnt sich meist an die Formulierung der Zusicherungen im Aktienkaufvertrag an. Je nach Aussteller und Empfänger können sich die Bestätigungserklärung und der Zusicherungskatalog des Aktienkaufvertrags jedoch inhaltlich unterscheiden. Teilweise wird in Officer's Certificates nicht der vollständige Zusicherungskatalog wiederholt, sondern nur ausgewählte Zusicherungen, die der Aussteller aufgrund seiner Position in der Zielgesellschaft bestätigen kann. So dürfte etwa die Aussagekraft von Erklärungen eines Chief Medical Officers zu potenziellen Unregelmässigkeiten bei einer klinischen Studie höher sein als jene seiner Erklärungen zu stillen Reserven der Zielgesellschaft. Die in Officer's Certificates bestätigten Zusicherungen können ausformuliert sein oder mittels Referenzierung der betreffenden Bestimmungen im Aktienkaufvertrag spezifiziert werden. Bei einer Referenzierung muss jedoch sichergestellt sein, dass der Aussteller des Officer's Certificates Zugang zum Aktienkaufvertrag hat, was nicht immer wünschenswert sein dürfte. Den Zeitpunkt, per welchen die Bestätigungserklärung zutrifft,

---

49 Das Ausstellen eines Officer's Certificates zeitigt zudem folgenden *Nebeneffekt*: Entbrennt zwischen den Parteien des Aktienkaufvertrags nach Vollzug der M&A-Transaktion wegen (angeblicher) Verletzung einer Zusicherung ein Konflikt, werden die Manager dank des Officer's Certificates davor geschützt, in Vergleichs- oder Gerichtsverhandlungen auf Druck des neuen Eigentümers der Zielgesellschaft (d.h. des Käufers) oder aus anderen Motiven zugunsten des neuen Eigentümers auszusagen. Denn durch Bestätigung eines bestimmten, die Zielgesellschaft betreffenden Sachverhalts vor Vollzug des Aktienkaufvertrags haben die Manager bereits ihr diesbezügliches Wissen öffentlich gemacht. Geschützt werden jedoch nur jene Manager, die wahrheitsgemäss die Bestätigungserklärung abgegeben haben. Jene Manager, die im Officer's Certificate gewisse Zusicherungen nicht wahrheitsgemäss bestätigt haben, geraten damit in solchen Konstellationen in eine unkomfortable Situation.

50 Teilweise gibt der Aussteller des Officer's Certificate auch direkt Zusicherungen über die Zielgesellschaft ab. Hierbei handelt es sich jedoch nur dann um kaufrechtliche Zusicherungen, wenn der Aussteller zugleich Verkäufer der Aktien der Zielgesellschaft ist. Letztlich stellen jedoch auch solche Zusicherungen Bestätigungserklärungen dar.

51 Vgl. SCHÄRER/OSER (FN 2), 154; SCHENKER (FN 1), 333; WOLF (FN 4), 131 Anm. 22; siehe für das deutsche Recht TIMMERBEIL/PFEIFFER (FN 4), 105. Für ein anderes Verständnis von Officer's Certificates im Zusammenhang mit «Bring-Down»-Vollzugsbedingungen siehe LAJOUX ALEXANDRA R./ELSON CHARLES M., Conducting Due Diligence, in: Wirtz (Hrsg.), Mergers & Acquisitions Management, Wiesbaden 2006, 502 ff., 516; zu Bring-Down-Vollzugsbedingungen im Allgemeinen TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB, Vollzug von Aktienkäufen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, 91 ff., 114.

können die Parteien festlegen. In der Praxis gilt typischerweise das Datum der Ausstellung des Officer's Certificates als Stichtag. Officer's Certificates enthalten zudem jeweils eine einführende «Kontext-Klausel».[52]

Eine einfach formulierte Bestätigungserklärung kann im Kern etwa wie folgt lauten:

> […]. «The undersigned hereby confirms under this Certificate that any of the statements made by the Sellers in sections [5.3–5.15] of the SPA are true and correct as of the date of this Certificate.»

Aussteller und Empfänger eines Officer's Certificates haben – wie Verkäufer und Käufer – unterschiedliche Interessen. Der Aussteller eines Officer's Certificates ist daran interessiert, dass die Bestätigungserklärung nicht absolut formuliert und damit *per se* Wirkungen entfaltet. Vielmehr soll die Bestätigungserklärung aus Sicht des Ausstellers nur dann Wirkungen entfalten, wenn eines oder mehrere tatsächliche Elemente (z.B. sein Wissen) erfüllt sind. Der Empfänger eines Officer's Certificates ist demgegenüber daran interessiert, dass die Bestätigungserklärung absolut formuliert und möglichst nicht qualifiziert ist. Gleich verhält sich die Interessenlage von Verkäufer und Käufer bei der Formulierung von Zusicherungen. In der Praxis werden gewisse Bestätigungserklärungen – wie teilweise auch Zusicherungen im Aktienkaufvertrag – z.B. durch den Wissensstand des Ausstellers (effektiv oder normativ, mit oder ohne Nachforschungspflicht) oder durch wesentliche Punkte qualifiziert. Entsprechend können Officer's Certificates ausstellerfreundlich oder empfängerfreundlich formuliert sein.

Soll die Bestätigungserklärung qualifiziert sein, könnte beispielsweise folgende Formulierung gewählt werden:

> «The undersigned hereby confirms under this Certificate that, to the undersigned's actual knowledge [after due inquiry], the following statements made by the Sellers are true and correct in all material respects as of the date of this Certificate: […]».

Abgesehen von der Bestätigungserklärung regeln Officer's Certificates oftmals weitere Punkte. Im Vordergrund stehen Bestimmungen, welche die Bestätigungserklärung haftungsrechtlich einbetten, soweit dies gewollt oder möglich ist (vgl. Ziff. III.3.d). So können die Parteien z.B. den relevanten Sorgfaltsmassstab (bzw. eine Kausalhaftung), die Höchstgrenze der Haftung des Ausstellers für Schaden, Offenlegungsvorbehalte, den Rechtsbehelf des Empfängers bei Verletzung der Bestätigungserklärung, Haftungsbeschränkungen und -ausnahmen sowie die Verjährung des Schadenersatzanspruchs festlegen. Hier sind ebenfalls zahlreiche Varianten denkbar und auch dieses

---

52 «Officer's certificate (the *Certificate*) relating to the share purchase agreement between [*Sellers*] (collectively, the *Sellers*) and [*Buyer*] (the *Buyer*) regarding all shares in [*Company*] (the *Company*) dated as of [*date*] (the *SPA*).» Im Falle einer Referenzierung auf den Aktienkaufvertrag können die dortigen Definitionen inkorporiert werden, was meist direkt nach der Kontext-Klausel (vgl. Ziff. III.1.) festgehalten wird (z.B. so: «Capitalized terms used but not otherwise defined in this Certificate shall have the meanings given by the SPA»).

«Remedy»-Konzept wird vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Interessen des Ausstellers bzw. des Empfängers verhandelt bzw. festgelegt. Dieser Themenkomplex kann auf unterschiedliche Weise adressiert werden, wie die folgenden zwei Formulierungen darlegen:

> Empfängerfreundliche Version:
>
> «The undersigned shall, irrespective of any fault, indemnify the Buyer and hold the Buyer harmless from and against and in respect of any Damages resulting and/or arising from, any breach of this Certificate and, in particular, any inaccuracy contained in this Certificate, it being understood that, for purposes of the indemnification obligations of the undersigned under this Certificate, none of the limitations set forth in section [6] of the SPA shall apply. The respective claims under this Certificate shall explicitly qualify as independent guarantee (selbständiges Leistungsversprechen/Garantie). This Certificate shall be governed by the substantive laws of Switzerland. Exclusive place of jurisdiction shall be the courts of the city of Zurich, Switzerland.»
>
> Ausstellerfreundliche Version:
>
> «The undersigned has signed this Certificate as [employee] of the Company upon request of the Company and not in any personal capacity, and without assuming any liability whatsoever. No representation or warranty as to the accuracy of the content of this Certificate is being provided, and neither the Buyer nor any other party shall have any rights or claims against the undersigned arising out of this Certificate. This Certificate shall be governed by the substantive laws of Switzerland. Exclusive place of jurisdiction shall be the courts of the city of Zurich, Switzerland.»

Die *Belastbarkeit* (verstanden als haftungsrelevante Verbindlichkeit) von Officer's Certificates kann nicht losgelöst von der dogmatischen Einordnung solcher Officer's Certificates beurteilt werden. Darauf wird in Ziff. III.3.g) detailliert eingegangen.

2. Involvierte «Parteien»

a) Aussteller

Ungeachtet des Begriffs «Officer» können grundsätzlich alle Arbeitnehmer der Zielgesellschaft und auch alle Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften der Zielgesellschaft Bestätigungserklärungen abgeben. Vor dem Hintergrund ihrer Grundfunktion (Abbau der Informationsasymmetrie und Belastbarkeit der Bestätigungserklärung bzw. Risikoallokation) stellen jedoch meistens ausgewählte *Manager* der Zielgesellschaft Officer's Certificates aus.

Der persönliche Anwendungsbereich von Officer's Certificates ist indes nicht auf Manager beschränkt. Auch *Arbeitnehmer ohne Geschäftsleitungsfunktion* und/oder Mitglieder des Verwaltungsrats können je nach Konstellation angehalten werden, ein Officer's Certificate auszustellen. Der effektive Nutzen einer Bestätigungserklärung hängt aber primär davon ab, ob der Aussteller des Officer's Certificates aufgrund seiner Stellung innerhalb der Zielgesellschaft mit dem bestätigten Sachverhalt vertraut ist (etwa der CFO zum Bilanzbild). Aus diesem Grund ist ein von solchen Personen aus-

gestelltes Officer's Certificate für den Empfänger nur dann wirklich nützlich, wenn sie über Spezialwissen zu einem bestimmten Sachverhalt verfügen.

Auch Arbeitnehmer, die *zugleich Verkäufer der Aktien der Zielgesellschaft* sind, können ein Officer's Certificate ausstellen. Die Verkäufer geben im Aktienkaufvertrag verschiedene Zusicherungen über die Zielgesellschaft ab. Zudem vereinbaren die Verkäufer und der Käufer im Aktienkaufvertrag ein eigenständiges Haftungsregime für den Fall der Verletzung der Zusicherungen. Diese Konstellation wirft daher die Frage auf, inwieweit Officer's Certificates für den Empfänger in diesen Fällen überhaupt von Nutzen sind. Die Antwort auf diese Frage hängt von zwei Faktoren ab: Unterscheiden sich das Haftungsregime solcher Officer's Certificates und dasjenige des Aktienkaufvertrags? Wer ist der Empfänger des Officer's Certificates? Sind nämlich z.B. die Mitverkäufer Empfänger des Officer's Certificates (vgl. Ziff. III.2.b), ist dieses für sie insofern nützlich, als die Mitverkäufer nach Massgabe des Aktienkaufvertrags im Haftungsfall keinen Rückgriff auf den verkaufenden Manager nehmen können.

Gelegentlich stellen Manager auch *im Namen der Zielgesellschaft* Officer's Certificates aus. Sieht ein im Namen der Zielgesellschaft ausgestelltes Officer's Certificate ein Haftungsregime vor, ist fraglich, ob der Empfänger in dieser Sonderkonstellation seinen Schadenersatzanspruch durchsetzen kann. Die Zielgesellschaft würde durch Ausstellung eines solchen Officer's Certificates eine Haftung ohne Gegenleistung übernehmen. Aufgrund des Verbots der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) wären folglich Schadenersatzansprüche der Verkäufer kritisch zu beurteilen.[53] Solche Schadenersatzzahlungen können auch als ungerechtfertigte Ausschüttung (Art. 678 Abs. 1 und 2 OR) gelten und entsprechend von der Zielgesellschaft zurückgefordert werden.[54] Ist der Käufer der Empfänger eines solchen Officer's Certificates, sprechen ökonomische Gründe gegen die Durchsetzung seines Schadenersatzanspruchs, da er damit die bereits unter seiner Kontrolle stehende Zielgesellschaft schwächen würde.

b) Empfänger

Officer's Certificates werden vielfach zugunsten der *Verkäufer* ausgestellt.[55] Darin bestätigen ausgewählte Manager, dass gewisse von den Verkäufern gegenüber dem Käufer im Aktienkaufvertrag abgegebene Zusicherungen über die Zielgesellschaft korrekt sind. Sinn und Zweck solcher Officer's Certificates ist die «Rückbestätigung» der Zusicherungen.[56] Dadurch soll den Verkäufern die Abgabe ihrer Zusicherungen gegenüber dem Käufer erleichtert werden. Verkäufer lassen sich die Zusicherungen rückbestätigen, weil sie davon ausgehen, dass sie verglichen mit dem «Insider» weni-

---

53 Vgl. dazu im Allgemeinen BSK-VOGT, Art. 680 OR, N 17 ff.

54 Vgl. dazu im Allgemeinen BSK-VOGT, Art. 678 OR, N 1 ff.

55 Ebenso für das deutsche Recht MEYER-SPARENBERG (FN 4), N 151.

56 Ebenso für das deutsche Recht MEYER-SPARENBERG (FN 4), N 151.

ger über das Innenleben des Unternehmens wissen (vgl. Ziff. I. und II.2.a) und entsprechend einem höheren Haftungsrisiko ausgesetzt sind. Ein vorsichtiger Verkäufer lässt sich daher die im Aktienkaufvertrag vorgesehenen Zusicherungen vor Unterzeichnung und allenfalls auch vor Vollzug des Aktienkaufvertrags durch «Insider» bestätigen.[57]

Officer's Certificates werden häufig auch von (mitverkaufenden) Managern zugunsten des *Käufers* ausgestellt.[58] Vereinzelt ist in der Praxis die *Zielgesellschaft* (also die Arbeitgeberin des Managers) die Empfängerin des Officer's Certificates (vgl. zu diesem Fall Ziff. III.4.b).

3. Rechtsnatur und Haftung

a) Vorbemerkungen

Soweit ersichtlich haben die Schweizer Rechtsprechung und Lehre die Rechtsnatur von Officer's Certificates bislang nicht untersucht. Vor dem Hintergrund des Nutzens, den sich die Empfänger von Officer's Certificates versprechen (Abbau der Informationsasymmetrie und Belastbarkeit der Bestätigungserklärung bzw. Risikoallokation), kommt der Frage der dogmatischen Einordnung dieses Rechtsinstituts eine entscheidende (auch praktische) Bedeutung zu.

Vorab ist in diesem Zusammenhang ein allgemeiner Grundsatz festzuhalten, der die dogmatische Einordnung von Officer's Certificates beeinflusst: Officer's Certificates werden in aller Regel *unentgeltlich* ausgestellt, d.h. der Aussteller erhält für das Officer's Certificate keine direkte Gegenleistung vom Empfänger. Kernfrage ist daher, ob Officer's Certificates ein Rechtsgeschäft[59] in Gestalt eines Vertrags (genauer: eines einseitigen Vertrags) oder eine rechtlich unverbindliche Äusserung[60] bzw. Auskunft in Gestalt einer Gefälligkeit ist (vgl. Ziff. III.3.d). In der ersten Konstellation liegt *vertragliches*, in der zweiten *ausservertragliches* Handeln vor.[61]

---

57 Ähnlich SCHÄRER/OSER (FN 2), 154, wonach die Zusicherungen in der Regel zweimal (während den Vertragsverhandlungen und vor Unterzeichnung des Vertrags) dem Management zur Stellungnahme vorgelegt werden.

58 Vgl. für das deutsche Recht MEYER-SPARENBERG (FN 4), N 153.

59 MÜLLER definiert das Rechtsgeschäft als «aus einer oder mehreren auf den Eintritt von Rechtsfolgen gerichteter Willensäusserungen […], an welche die Rechtsordnung eine Veränderung der Rechtslage gemäss dem geäusserten Willen knüpft.» (BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 85); siehe ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 45), N 119.

60 Man kann diese Handlung auch als «vertraglich unverbindliche Erklärung» bezeichnen (BK-GIGER, Art. 197 OR, Titel von N 14).

61 Im Allgemeinen BGE 116 II 695 E. 4 S. 699; BGE 57 II 81 E. 2 S. 85; HÜRLIMANN ROLAND, § 14 Der Planer als Sachverständiger, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 14.212.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich nur mit Officer's Certificates, bei denen der Empfänger *keine* Gegenleistung erbringt. Sollte der Empfänger des Officer's Certificates ausnahmsweise eine Gegenleistung erbringen, ist das Officer's Certificate als zweiseitiger Vertrag[62] zu qualifizieren.[63] Die nachstehenden Ausführungen haben zudem Officer's Certificates zum Gegenstand, bei denen zwischen Aussteller und Empfänger kein relevantes vorbestehendes Vertragsverhältnis (z.B. Aktienkaufvertrag oder Arbeitsvertrag) existiert. Dieser Sonderfall des vorbestehenden Vertragsverhältnisses wird separat abgehandelt (vgl. Ziff. III.3.f).

b) Dogmatische Grundlagen

aa) Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis

Das Schweizer Obligationenrecht unterscheidet u.a. zwischen rechtlich durchsetzbaren Schuldverhältnissen und rechtlich unverbindlichen, d.h. nicht durchsetzbaren Gefälligkeiten:[64]

- Ein *Schuldverhältnis i.e.S.* (auch «Obligation», «Forderung», «Schuld» oder «Einzelforderungsverhältnis» genannt) ist ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen. Dieses Rechtsverhältnis erschöpft sich darin, dass eine Person (der Gläubiger) eine Forderung, d.h. ein klagbares Recht auf eine bestimmte Leistung, gegenüber der anderen Person (dem Schuldner) besitzt.[65] Abzugrenzen vom Schuldverhältnis i.e.S. ist das *Schuldverhältnis i.w.S.* Darunter wird das gesamte Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen verstanden, aus dem sich verschiedene Schuldverhältnisse i.e.S., Gestaltungsrechte und Nebenpflichten ergeben können (z.B. ein Kaufvertrag).[66]
- Ein *Gefälligkeitsverhältnis* (bzw. eine reine Gefälligkeit) ist ebenfalls ein Verhältnis zwischen zwei Personen, wobei hier der das Schuldverhältnis prägende Aspekt der Obligation fehlt.[67] Die Gefälligkeit erschöpft sich nämlich darin, dass eine Person zugunsten einer anderen Person unentgeltlich eine rechtlich nicht durchsetzbare Leistung mit altruistischem Charakter erbringt.[68] PETER JÄGGI definiert

---

62 Dieser zweiseitige Vertrag wäre als Auskunftsvertrag zu qualifizieren (vgl. Ziff. III.3.d)cc).

63 Zum Begriff «zweiseitiger Vertrag» BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 129.

64 BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 273.

65 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 45), N 25.

66 BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 257; SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, N 4.03.

67 Z.B. BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, N 63, der auch von «Gefälligkeitsabreden» spricht; SCHWENZER (FN 66), N 4.45.

68 HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg 1998 = AISUF Bd. 179, Freiburg 1999, N 1; siehe ferner GAUCH PETER, Bauernhilfe: Drei Fälle und wie das Bundesgericht dazu kam, die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR auf den Auftrag und

die Leistung als «Aufwand zum Vorteil eines anderen».[69] Dieser Vorteil kann materieller oder ideeller Natur sein.[70] Altruistischen Charakter besitzt eine unentgeltliche Leistung dann, wenn sie im Interesse des Empfängers liegt und objektiv betrachtet nach den Umständen des Einzelfalls nicht offensichtlich eigennützig ist.[71]

bb) Vom Aussteller des Officer's Certificates geschuldete Leistung

Wie oben (Ziff. III.1.) beschrieben sind Officer's Certificates in aller Regel inhaltlich so konzipiert, dass der Aussteller die Richtigkeit bestimmter, im Aktienkaufvertrag abgegebener Zusicherungen bestätigt («Bestätigungserklärung»).

Die Bestätigungserklärung ist die vom Aussteller des Officer's Certificates erbrachte charakteristische Leistung bzw. Hauptleistung. Diese charakteristische Leistung gilt entweder als Schuldverhältnis i.e.S. oder als Gefälligkeitsverhältnis.[72] Daneben enthalten Officer's Certificates teilweise weitere Bestimmungen, die Rechte und Pflichten von Aussteller und Empfänger des Officer's Certificates regeln. Dogmatisch betrachtet handelt es sich bei solchen Officer's Certificates um ein Schuldverhältnis i.w.S. (vgl. Ziff. III.3.b)aa) oder um ein besonderes Rechtsverhältnis, das wir als «Rechtsverhältnis i.w.S.» bezeichnen. Ein *Schuldverhältnis i.w.S.* liegt vor, wenn die charakteristische Leistung und die weiteren Bestimmungen (d.h. die Rechte und Pflichten) je als Schuldverhältnis i.e.S. gelten. Demgegenüber ist das Officer's Certificate als *Rechtsverhältnis i.w.S.* zu qualifizieren, wenn die charakteristische Leistung als Gefälligkeitsverhältnis und die weiteren Bestimmungen (d.h. die Rechte und Pflichten) als Schuldverhältnis i.e.S. gelten.

c) Rechtliche Einordnung von Bestätigungserklärungen

Die Bestätigungserklärung ist wie erwähnt (vgl. Ziff. III.3.b)bb) die charakteristische Leistung bzw. Hauptleistung eines Officer's Certificates. Da der Aussteller mittels der Bestätigungserklärung die Richtigkeit bestimmter, im Kaufvertrag abgegebener Zusicherungen i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR bestätigt (vgl. Ziff. III.1.), drängt es sich auf, in einem ersten Schritt die Rechtsnatur der Zusicherung, d.h. das *«underlying»* der Bestätigungserklärung, zu untersuchen.

---

die Gefälligkeit anzuwenden., in: Schmid/Seiler (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums. Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 191 ff., 215 f.; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 273; BSK-OSER/WEBER, Art. 419 OR, N 11.

69 ZK-JÄGGI, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, N 28.

70 HÜRLIMANN-KAUP (FN 68), N 5.

71 HÜRLIMANN-KAUP (FN 68), N 20.

72 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 45), N 120a, wonach «Mitteilungen über die Erbringung einer reinen Gefälligkeit» als Gefälligkeiten gelten.

aa) Rechtsnatur von Zusicherungen

Die Rechtsnatur von Zusicherungen ist umstritten. Nach wohl überwiegender Ansicht handelt es sich bei Zusicherungen um eine *Vorstellungsäusserung*.[73] Mittels einer (deklaratorischen) Vorstellungsäusserung (auch «Vorstellungsmitteilung»[74], «Wissenserklärung»[75] oder «Wissensmitteilung»[76] genannt) drückt der Erklärende aus, dass er eine gewisse Vorstellung von einer Tatsache hat, insbesondere an das Vorliegen einer Tatsache glaubt.[77] Sofern das Gesetz (z.B. Art. 201 Abs. 1 OR) an eine Vorstellungsäusserung keine Rechtsfolgen knüpft, entfalten Vorstellungsäusserungen – im Gegensatz zu Willensäusserungen – keine Rechtsfolgen.[78] Die Haftung bei Verletzung der Zusicherung sei keine vertragliche, sondern eine gesetzliche, so die Ansicht der Befürworter.[79]

Eine Minderheitsmeinung ist hingegen zu Recht der Auffassung, dass es sich bei einer Zusicherung um eine *Willensäusserung* handelt.[80] Mittels einer konstitutiven, rechtsgeschäftlichen Willensäusserung wird der Wille zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses mitgeteilt.[81] Es handelt sich um eine

---

73 BGE 88 II 410 E. 3c S. 416; BGE 73 II 218 E. 1 S. 220; BGE 71 II 239 E. 4 S. 241; HEINI ANTON, Direkte Gewährleistungshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Endabnehmer?, in: Forstmoser/Heini/Giger/Schluep (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 175 ff., 182 f.; JÄGGI PETER, Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, 67 ff., 77; SCHENKER OTTO, Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf, Diss. Bern 1949 = ASR Heft 267, Bern 1949, 44 ff.; STAUFFER WILHELM, Von der Zusicherung gemäss Art. 197 OR, ZBJV 1944, 145 ff., 149; VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, 175 f. Anm. 18; differenzierend WINIGER OTTO, Zusicherung und Haftung, Diss. Bern 1950, 19 ff. und 72 f.

74 Z.B. BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 27; SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung, Zürich/Basel/Genf 2004, N 540.

75 Z.B. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 167 OR, N 8; BSK-HONSELL, Art. 197 OR, N 14; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N 586; SCHUMACHER (FN 74), N 540.

76 KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N 3.32.

77 BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 27; VON TUHR/PETER (FN 73), 175.

78 BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 28 und 30. Ein weiterer Unterschied zwischen Vorstellungsäusserungen und Willensäusserungen besteht darin, dass Vorstellungsäusserungen richtig oder falsch sind, wohingegen Willensäusserungen gültig oder ungültig sind (BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 29).

79 Siehe die in FN 73 zitierten Nachweise.

80 BK-GIGER, Art. 197 OR, N 10 und 15; ZK-HIGI/SCHÖNLE, Art. 197 OR, N 87 ff.; LIVER PETER, Besonderheiten des Viehkaufs, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, 109 ff., 130 Anm. 35; MERZ HANS, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, 87 ff., 96 Anm. 15; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 5), N 421; WATTER ROLF, Unternehmensübernahmen, Habil. Zürich, Zürich 1990, N 357.

81 BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 12.

private Willenskundgabe, die darauf ausgerichtet ist, eine Rechtsfolge zu erzielen.[82] Nach dieser Minderheitsmeinung bilden die Zusicherungen einen Teil des Kaufvertrags, weswegen eine allfällige Haftung bei Verletzung der Zusicherungen vertraglicher Natur ist.[83]

bb) Zur Rechtsverbindlichkeit von Bestätigungserklärungen

Die vorstehenden Überlegungen zur Zusicherung (vgl. Ziff. III.3.c)aa) können auf Bestätigungserklärungen übertragen werden. Eine Bestätigungserklärung kann daher nach dem Gesagten entweder eine Willensäusserung[84] oder eine Vorstellungsäusserung sein.[85] Entweder wollen sich die Personen rechtlich binden und einen Vertrag schliessen (= Willensäusserung) oder sie haben keinen Rechtsbindungswillen. Deshalb stellt die Bestätigungserklärung in letzterem Fall lediglich eine Vorstellungsäusserung mit Gefälligkeitscharakter dar, wonach die Zusicherungen unter dem Kaufvertrag zutreffend sind.

Ob eine Bestätigungserklärung im Einzelfall rechtlich verbindlich (Schuldverhältnis i.e.S.) oder rechtlich unverbindlich (Gefälligkeitsverhältnis) ist, kann nicht bloss durch Auslegung der Bestätigungserklärung an sich, d.h. isoliert, ermittelt werden.[86] Vielmehr ist das gesamte Officer's Certificate auszulegen. Dabei ist die Bestätigungserklärung lediglich eines von mehreren Puzzlestücken.

---

82 BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 13.

83 Z.B. BK-GIGER, Art. 197 OR, N 7 ff.; WATTER (FN 80), N 357.

84 Eine solche Bestätigungserklärung ist genau besehen ein *Hybrid* bestehend aus der Willenserklärung und der Vorstellungsäusserung (gl.M. betreffend kaufrechtliche Zusicherung ZK-HIGI/SCHÖNLE, Art. 197 OR, N 87, die von «qualifizierter Zusicherung» sprechen und darunter «die Behauptung des Vorhandenseins der Eigenschaft, verbunden mit dem Versprechen, für ein etwaiges Fehlen der zugesicherten Eigenschaft einzustehen» verstehen). Denn der Aussteller des Officer's Certificates bestätigt auch in diesem Fall, dass die Zusicherungen korrekt sind. Er drückt mit anderen Worten aus, dass er an das Vorliegen oder Nichtvorhandensein bestimmter die Zielgesellschaft betreffenden Tatsachen glaubt. Zugleich gilt diese Bestätigungserklärung als Willenserklärung: Aussteller und Empfänger des Officer's Certificates schliessen damit nämlich einen Auskunftsvertrag ab.

85 Andere rechtliche Qualifikationen der Bestätigungserklärung (namentlich die einer *rechtsgeschäftsähnlichen Willensäusserung* [vgl. hierzu BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 23 f.], einer *Tathandlung* [BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 25 f.] oder einer *Gefühlsäusserung* [BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 31]) scheiden aus. Letztlich gl.M. betreffend österreichisches Recht KAPL/SWOBODA (FN 4), 428.

86 Zur Auslegung im Allgemeinen BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 136 ff.; BSK-WIEGAND, Art. 18 OR, N 1 ff.

d) Officer's Certificates: einseitiger Vertrag oder blosse Gefälligkeit?

aa) Problemstellung

Da Officer's Certificates in aller Regel unentgeltlich ausgestellt werden, ist es schwierig zu ermitteln, ob im Einzelfall ein einseitiger Vertrag (d.h. ein Schuldverhältnis), eine rechtlich unverbindliche Äusserung bzw. Auskunft in Gestalt einer Gefälligkeit oder gar eine Mischform vorliegt.[87] Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist der *Rechtsbindungswille*.[88]

bb) Zur Auslegung im Besonderen

Willenserklärungen (und Vorstellungsäusserungen)[89] sind einer weit verbreiteten Auffassung[90] zufolge subjektiv-objektiv auszulegen (Art. 18 Abs. 1 OR).[91] Kann das Gericht jedoch nachträglich den wirklichen Willen nicht (mehr) mit genügender Sicherheit feststellen, sind die Willenserklärungen objektiv[92] gestützt auf das Vertrauensprinzip auszulegen. Dabei ist u.a. zu ermitteln, ob überhaupt ein Rechtsbindungswille vorliegt.[93] Massgebend ist, wie der Empfänger die Willenserklärung der anderen Person nach dem Vertrauensprinzip unter den gegebenen Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste.[94]

---

87 Zur Problematik der Abgrenzung von einseitigen Verträgen und Gefälligkeiten im Allgemeinen HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, 338; SCHWENZER (FN 66), N 4.46.

88 HÜRLIMANN-KAUP (FN 68), N 108 ff.; betreffend Third Party Legal Opinions PFENNINGER MARKUS D./GIGER GION, Die Verantwortlichkeit des Anwalts für Third Party Legal Opinions, SZW 2005, 1 ff., 4, wonach sich aus «der Informationsvermittlung allein […] noch keine vertragliche Beziehung zwischen dem Anwalt und dem Adressaten» ergebe.

89 Art. 18 Abs. 1 OR analog (BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N 30 und Art. 18 OR, N 240).

90 A.M. und pro einheitliche Auslegung gestützt auf das Vertrauensprinzip z.B. BRUNNER CHRISTOPH/GALLI DARIO/VISCHER MARKUS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017, Jusletter vom 24. September 2018, N 20; BK-MÜLLER, Art. 18 OR, N 70 ff.; siehe ferner ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR, N 358.

91 Zur subjektiv-objektiven Auslegung im Allgemeinen BSK-WIEGAND, Art. 18 OR, N 11 m.w.N.

92 Auch «objektivierend» oder «objektiviert» genannt, vgl. VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, 222 ff., 227 Anm. 51.

93 HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 190 und 196; siehe auch Urteil der Rekurskommission des Kantons Thurgau ZB 94 13 vom 27. Juni 1994 E. 4, in: RBOG 1994, 93 ff., 95; so wurde z.B. in BGE 129 III 181 E. 3.1 (Umplatzierung eines schweren Rundholzes) das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens verneint.

94 HUGUENIN (FN 93), N 193; BK-MÜLLER, Art. 18 OR, N 61; betreffend Auskunftsvertrag URWYLER THIERRY, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – eine Abhandlung zur Haftung für Rat und Auskunft in: Böhme/Gähwiler/Theus Simoni/Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi

Officer's Certificates sind nach dem Gesagten folglich subjektiv-objektiv auszulegen.[95] Bei der Auslegung von Officer's Certificates und damit bei der Abgrenzung zwischen Vertrag und Gefälligkeit sind (i) die Art der Leistung (hier: Bestätigungserklärung), (ii) der Grund und Zweck für das Ausstellen des Officer's Certificates, (iii) die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Officer's Certificates, insbesondere für den Empfänger, (iv) die Umstände, unter denen das Officer's Certificate ausgestellt wurde, und (v) die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen.[96] Der Wortlaut alleine ist daher nicht entscheidend. Just bei Officer's Certificates ist dieses (allgemeine) Prinzip zu beachten.

Für bzw. gegen einen Rechtsbindungswillen (und im letzteren Falle entsprechend für ein Gefälligkeitsverhältnis) betreffend die Bestätigungserklärung können im Wesentlichen folgende Argumente angeführt werden:[97]

- Der Aussteller des Officer's Certificates dürfte allein aufgrund der Formulierung der Bestätigungserklärung in der Regel erkennen, dass der Empfänger dem Dokument eine nicht unwesentliche rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung beimisst. Für den Aussteller dürfte auch naheliegend sein, dass der Empfänger zur Reduktion der Informationsasymmetrie zumindest teilweise auf ihn, den «Insider», angewiesen ist. Der Aussteller wird nämlich eigens wegen seines besonderen Wissens angefragt und tätig.[98] Diese Punkte sprechen für einen Rechtsbindungswillen.[99] Andererseits dürften weder ein Käufer noch ein Verkäufer ihren Kauf- bzw. Verkaufsentscheid einzig oder massgebend auf den Erhalt eines Officer's Certificates abstützen. Mit anderen Worten wird der Empfänger das Officer's Certificate kaum zur Grundlage seiner Vermögensdisposition machen. Dies spricht gegen einen Rechtsbindungswillen der Personen.
- Für einen Rechtsbindungswillen der Personen und gegen das Vorliegen einer Gefälligkeit kann sodann folgendes Argument ins Feld geführt werden: Es mag zwar zutreffen, dass der Empfänger dem Aussteller des Officer's Certificates kei-

---

Fischer. Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, 532 ff, 532.

95 In diesem Sinne auch im Allgemeinen HUGUENIN (FN 93), N 1667 («Bei der Beurteilung darüber, ob die Parteien im Einzelfall eine vertragliche Bindung eingehen wollten, ist zunächst auf den wirklichen Willen und sodann auf den in Anwendung des Vertrauensprinzips ermittelten Willen abzustellen.»).

96 Siehe dazu im Allgemeinen HUGUENIN (FN 93), N 80 und 1667; SCHWENZER (FN 66), N 4.46.

97 Siehe zur Frage, ob zwischen einer Ratingagentur und einem Anleger ein konkludenter Auskunftsvertrag geschlossen wird oder lediglich ein Gefälligkeitsverhältnis vorliegt VASELLA DAVID, Die Haftung von Ratingagenturen, Diss. Zürich 2010 = ZStP Bd. 236, Zürich/Basel/Genf 2011, N 741 ff.

98 PFENNINGER/GIGER (FN 88), 4, die betreffend Third Party Legal Opinion jedoch Folgendes festhalten: «Gerade bei Rat- oder Auskunftserteilung durch eine fachkundige Person kann diese für den Adressaten in dem Sinne ‹verbindlich› erscheinen, als die auskunftserteilende Person eine gewisse Richtigkeitsgewähr für ihre Aussagen übernimmt. Ob dies bereits rechtliche Bindung impliziert, die immer auch Haftung für die aufgestellten Behauptungen beinhaltet, ist indessen zweifelhaft.».

99 Betreffend Sachverständigen HÜRLIMANN (FN 61), N 14.213.

ne Gegenleistung erbringt. Allerdings ist fraglich, ob der Arbeitnehmer wirklich altruistisch handelt. Durch die Ausstellung des Officer's Certificates dürfte der Aussteller in der Regel seine Position innerhalb der Zielgesellschaft (oder Zielgruppe) verbessern, da er sich mit den bisherigen Eigentümern und/oder künftigen Eigentümern gut stellt.[100] Denkbar ist sogar, dass der Aussteller monetär – auch wenn in der Praxis häufig nicht direkt nachweisbar – von der Ausstellung des Officer's Certificates profitiert. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm existiert und die Höhe des Bonus vom erzielten Verkaufserlös der Aktionäre abhängt.[101] Da sich Officer's Certificates zumindest indirekt auf die Höhe des Kaufpreises auswirken können und sich dies letztlich auch für den Arbeitnehmer auszahlt, spricht auch dieser Umstand für einen Rechtsbindungswillen. Das rechtliche und wirtschaftliche Interesse des Ausstellers des Officer's Certificates an der Ausstellung des Officer's Certificate (d.h. der Gewährung der «Hilfe») kann ein wichtiges Indiz für einen Rechtsbindungswillen sein.[102]

- Bei der Ermittlung, ob die involvierten Personen einen Rechtsbindungswillen besitzen, sind neben der Bestätigungserklärung sodann die übrigen Bestimmungen im Officer's Certificate zu berücksichtigen. Zu denken ist etwa an Bestimmungen zur Haftung des Ausstellers und an «Boiler-Plate»-Bestimmungen einschliesslich Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln.[103] Damit soll nicht gesagt sein, dass ein Officer's Certificate in seiner Gesamtheit automatisch als Schuldverhältnis i.w.S. anzusehen ist, nur weil es z.B. eine Gerichtsstands- und Rechtswahlklausel enthält. Das Officer's Certificate kann durchaus auch aus einem Gefälligkeitsverhältnis und einem dogmatisch separaten Schuldverhältnis (bestehend aus Gerichtsstands- und Rechtswahlklausel) bestehen.[104] Als Faustregel gilt jedoch: Je mehr Bestimmungen mit rechtlich verbindlichem Charakter enthalten sind, umso eher ist das Officer's Certificate als Schuldverhältnis i.w.S. (und damit die Bestätigungserklärung als Schuldverhältnis i.e.S.) anzusehen (und nicht als Gefälligkeit).
- Ein Rechtsbindungswille sollte nur mit Zurückhaltung angenommen werden, wenn die Auskunft (hier: die Ausstellung des Officer's Certificates) auf Anfrage

---

100 TIMMERBEIL/PFEIFFER (FN 4), 107. Vgl. aber auch die überzeugenden Ausführungen von GAUCH (FN 68), 208 und 216, dem zufolge eine unentgeltliche Handlung auch dann als Gefälligkeit gelten kann, wenn sie zum eigenen (künftigen) Vorteil erbracht wurde («reziproker Altruismus»). Folgt man dieser Theorie, kann ein Officer's Certificate auch dann als Gefälligkeit gelten, wenn der Aussteller es zu seinem künftigen Vorteil ausstellt.

101 TIMMERBEIL/PFEIFFER (FN 4), 105, wonach das Management durch die Zusage eines Transaktionsbonus zur sorgfältigen Kooperation motiviert werden könne.

102 Zu diesem Indiz, siehe z.B. BGE 141 V 112 E. 5.2.1 S. 116; BGE 137 III 539 E. 4.1 S. 541 f.

103 Siehe zu «Boiler-Plate»-Bestimmungen im Allgemeinen z.B. MARCHAND SYLVAIN, Clauses contractuelles, Basel 2008, 233 *in initio.*

104 In diesem Sinne KOLLER (FN 76), N 60.14, wonach zu einem Gefälligkeitsverhältnis eine Haftungsfreizeichnungsabrede treten könne.

hin erteilt wird.[105] Gleiches gilt, wenn die Auskunft nicht gewerbsmässig erteilt wird.[106] Beides dürfte in der Regel auf die Ausstellung von Officer's Certificates zutreffen. Dies spricht dafür, dass es sich bei der Bestätigungserklärung um eine Vorstellungsäusserung mit Gefälligkeitscharakter handelt.[107]

- Die Art der Leistung spricht schliesslich weder für noch gegen einen Rechtsbindungswillen der Personen. Die Ausstellung eines Officer's Certificates ist zwar – auch in M&A-Transaktionen – keine alltägliche Handlung. Allerdings existiert keine Regel, wonach die Vornahme nicht alltäglicher Handlungen automatisch für einen Rechtsbindungswillen der Parteien spräche. So können auch nicht alltägliche Ratschläge eines Sachverständigen (Arzt, Rechtsanwalt, Planer usw.) als Gefälligkeit qualifiziert werden.[108]

cc) Auslegungsergebnis

aaa) Gefälligkeitsverhältnis

Im Lichte der vorstehend erläuterten Auslegungsprinzipien und -aspekte vertreten wir die Auffassung, dass bei sehr einfach gehaltenen Officer's Certificates – die, abgesehen von der Kontext-Klausel (vgl. Ziff. III.1.), im Wesentlichen nur aus der Bestätigungserklärung bestehen – tendenziell kein Rechtsbindungswille der Personen vorliegt. Dies gilt selbst dann, wenn das Officer's Certificate neben der Bestätigungserklärung und der allgemeinen Kontext-Klausel lediglich eine Gerichtsstands- und Rechtswahlklausel (sowie allenfalls weitere klassische «Boiler-Plate»-Bestimmungen) enthält. Die Bestätigungserklärung ist diesfalls als *Gefälligkeitsverhältnis* zu qualifizieren. Vereinfacht gesagt will der Aussteller des Officer's Certificates dem Empfänger lediglich mitteilen, dass die im Kaufvertrag enthaltenen Zusicherungen richtig sind (Vorstellungsäusserung).

bbb) Schuldverhältnis: Auskunftsvertrag

Die Auslegung des Officer's Certificates kann auch ergeben, dass die Parteien einen Rechtsbindungswillen hatten, weswegen die Bestätigungserklärung als Schuldverhältnis zu qualifizieren ist. Diese Auffassung kann vernünftigerweise dann vertreten wer-

---

105 BGE 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 4a; BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, N 66; LOSER PETER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Basel 2005, Bern 2006, N 755.

106 BGE 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 4a; BK-FELLMANN, Art. 394 OR, N 205 ff.; BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, N 66; HONSELL (FN 87), 339.

107 Siehe auch betreffend Third Party Legal Opinions PFENNINGER/GIGER (FN 88), 4, die davor warnen, «Vertragsschlüsse zu fingieren, die beiden ‹Vertragsparteien› gar nicht bewusst» geworden seien.

108 Z.B. BGE 116 II 695 betreffend Einbau einer Heizungsanlage.

den, wenn das Officer's Certificate zusätzlich zur Bestätigungserklärung verschiedene Bestimmungen zum anwendbaren Haftungsregime (vgl. Ziff. III.2.a) enthält. Der Übergang von einer Gefälligkeit hin zu einem Schuldverhältnis ist fliessend, weshalb eine klare Abgrenzung zur Gefälligkeit im Einzelfall schwierig sein kann. Als Faustregel gilt aber: Je mehr Klauseln ein Officer's Certificate neben der Bestätigungserklärung enthält, die eine qualifizierte Ernsthaftigkeit hinsichtlich der Bestätigung der Zusicherungen indizieren (z.B. Sorgfaltsmassstab, Schadenersatzfolge, Verjährung und Haftung), desto eher wird ein Gericht auf einen Rechtsbindungswillen schliessen. Diese qualifizierte Ernsthaftigkeit kann selbst dann vorliegen, wenn das vorgesehene Haftungsregime im Officer's Certificate die Haftung des Ausstellers *einschränkt oder gar ausschliesst*.[109] Gerade in diesem Fall dürfte ein Gericht auf den Rechtsbindungswillen schliessen.

Dieser zwischen dem Aussteller und dem Empfänger geschlossene Vertrag ist als *Auskunftsvertrag* zu qualifizieren.[110] Denn mit Ausstellung des Officer's Certificates (welches die Bestätigungserklärung beinhaltet) findet eine für Auskunftsverträge charakteristische Wissensvermittlung statt.[111] Rechtsprechung und Lehre qualifizieren den Auskunftsvertrag grossmehrheitlich als Auftrag.[112] Im Kontext von Officer's Certificates handelt es sich um einen einseitigen Vertrag, wobei der Aussteller verpflichtet ist, die Leistung zu erbringen.[113]

Rechtlich unerheblich ist, dass Officer's Certificates in der Praxis meist nur vom Aussteller unterzeichnet werden.[114] Ein gesetzliches Schriftformerfordernis besteht für Officer's Certificates nicht (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). Der für das Zustandekommen eines Vertrags notwendige Konsens der Parteien liegt vor, wenn der Empfänger den Inhalt des Officer's Certificates akzeptiert. Officer's Certificates bilden teilweise einen Anhang zum Aktienkaufvertrag. In diesem Fall erklärt der Käufer und/oder Verkäufer,

---

109 KOLLER (FN 76), N 60.14 m.w.N., weist jedoch darauf hin, dass auch im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen Abreden zur Haftungsfreizeichnung vorliegen können («isolierte Freizeichnungsklausel» bzw. «reine Freizeichnungsklausel»).

110 Ähnlich die Konklusion zum Reliance Letter von WOLF (FN 4), 128.

111 Zu den Auskunftsverträgen im Allgemeinen BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018, N 1943 f.

112 Z.B. BGE 4C.394/2005 vom 29. März 2006 E. 2.3; BK-FELLMANN, Art. 394 OR, N 206; differenzierend BK-KOLLER, Art. 363 OR, N 233.

113 Vgl. zu einseitigen Verträgen im Allgemeinen HUGUENIN (FN 93), N 53; KOLLER (FN 76), N 3.96 f.; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 128; TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016, N 341; TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2019, N 279.

114 Bei Reliance Letters hat sich in den letzten Jahren die Praxis entwickelt, dass auch die Empfänger (insbesondere Banken) sie gegenzeichnen, vgl. auch WOLF (FN 4), 130. Gleiches gilt bei «Engagement Letters» im M&A-Bereich (dazu VISCHER MARKUS, BGer 4A_269/2017: Erfolgshonorar, AJP 2018, 517 ff., 519).

zu dessen Gunsten das Officer's Certificate ausgestellt wird, sein Einverständnis zum Officer's Certificate durch Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags.

e) Tragweite des Auslegungsergebnisses

aa) Gefälligkeit

Ist das Officer's Certificate als Gefälligkeitsverhältnis oder als Rechtsverhältnis i.w.S. zu qualifizieren, so stellt die Bestätigungserklärung eine reine Vorstellungsäusserung dar. Eine Haftung des Ausstellers kommt grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. zum Ausnahmefall Ziff. III.3.g)aa). Für den Empfänger ist der Nutzen des Officer's Certificates daher beschränkt, zumal alle rechtlichen Vorteile (z.B. vertragliche Haftung des Ausstellers oder präventive Schutzwirkungen *ex ante*) weitgehend entfallen. Nichtsdestotrotz kann es faktisch dem Empfänger eine (zusätzliche) Sicherheit vermitteln, selbst wenn der Aussteller nur sehr eingeschränkt haftbar gemacht werden kann. Für den Aussteller kann die Ausstellung eines Officer's Certificates wegen der eigenhändigen Unterschrift i.S.v. Art. 14 Abs. 1 OR trotz der rechtlichen Unverbindlichkeit etwas «unangenehm» sein, insbesondere wenn er an der Korrektheit der zu bestätigenden Aussagen zweifelt und sein Unbehagen den Verkaufsparteien mitteilt. Stellt sich heraus, dass bestimmte Zusicherungen im Aktienkaufvertrag unzutreffend sind, dürfte der Manager das Officer's Certificate nicht unterzeichnen bzw. ausstellen.[115]

Anzufügen bleibt noch Folgendes: Selbst wenn die Bestätigungserklärung als reine Gefälligkeit gilt, ist das Rechtsinstitut des Officer's Certificates nicht vollständig nutzlos. Es kann nämlich als konkreter Nachweis der gebotenen Sorgfalt seitens der Verkäufer und/oder des Käufers im Rahmen der M&A-Transkation dienen, selbst wenn der Aussteller nicht vertraglich gegenüber dem Empfänger des Officer's Certificates haftet.

bb) Auskunftsvertrag

Liegt ein Rechtsbindungswille der Parteien vor, so ist das Officer's Certificate – wie oben erwähnt (vgl. Ziff. III.3.d)cc)bbb) – als einseitiger Auskunftsvertrag zu qualifizieren. Die eigentliche Leistungspflicht besteht in der Bestätigung der Zusicherungen durch den Aussteller (vgl. Ziff. III.3.b)bb). Ob der Aussteller verpflichtet ist, ein

[115] Dies kann wiederum vor Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags dazu führen, dass die Parteien den Aktienkaufvertrag anpassen (z.B. Neuformulierung einer Zusicherung, Aufnahme oder Ergänzung einer Schadloshaltung oder Kaufpreisanpassung); nach Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags könnten gegebenenfalls Rücktrittsrechte und/oder Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden. Was das Officer's Certificate betrifft, so stünden entsprechende Adjustierungen im Raum, damit die Bestätigungserklärung korrekt abgegeben werden kann.

Officer's Certificate auszustellen, ist damit aber noch nicht beantwortet (vgl. Ziff. III.4.a).

Die Haftung des Ausstellers für eine falsche Auskunft (d.h. für eine falsche Bestätigungserklärung) richtet sich – anderslautende Vereinbarungen vorbehalten – nach Art. 398 Abs. 2 OR (vgl. Ziff. III.3.g)bb)aaa).

Mittels Auslegung ist gesondert zu ermitteln, ob die Bestätigungserklärung als *reine Garantie* i.S.v. Art. 111 OR (Vertrag zulasten eines Dritten) zu qualifizieren ist.[116] Die Bestätigungserklärung als solche ist keine reine Garantie,[117] sondern eine Vorstellungsäusserung, mit welcher der Aussteller die Richtigkeit der unter dem Aktienkaufvertrag vom Verkäufer abgegebenen Zusicherungen bestätigt (vgl. Ziff. III.3.c)aa).[118] Die Parteien können jedoch mittels zusätzlicher Klauseln im Officer's Certificate eine (strengere) Haftung des Ausstellers vereinbaren, indem der Aussteller ein bedingtes Leistungsversprechen *(Indemnity)* abgibt. Diesfalls sichert der Austeller des Officer's Certificates dem Empfänger einen bestimmten Erfolg zu, nämlich dass die vom Verkäufer im Aktienkaufvertrag abgegebenen Zusicherungen (allenfalls abweichend formuliert, vgl. Ziff. III.1) zutreffend sind, dass die Zielgesellschaft also über bestimmte tatsächliche und rechtliche Eigenschaften verfügt. Tritt der vom Aussteller des Officer's Certificates versprochene Erfolg nicht ein, schuldet er dem Empfänger – gegenteilige vertragliche Abreden vorbehalten – *verschuldensunabhängig* Schadenersatz.[119] Die Vereinbarung einer reinen Garantie im Sinne eines selbständigen, bedingten Leistungsversprechens sollte nur zurückhaltend angenommen werden. Denn der für Bürgschaften geltende Grundsatz, wonach diese wegen ihres meist «einseitig onerosen Charakters»[120] einschränkend auszulegen sind, muss auch für Officer's Certi-

---

116 Die Mehrheit der Lehre stützt die reine Garantie auf Art. 111 OR ab (statt vieler BK-WEBER, Art. 111 OR, N 11); a.M. SCHENKER URS, Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Oertle/Wolf/Breitenstein/Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 65 ff., 71.

117 Vgl. aber für das deutsche Recht MEYER-SPARENBERG (FN 4), N 155, wonach das Officer's Certificate in den meisten Fällen als selbständiges Garantieversprechen ausgestaltet wird. Diese Aussage dürfte aber für das Officer's Certificate im Allgemeinen gemacht worden sein und nicht für die Bestätigungserklärung.

118 Eine Qualifikation des Officer's Certificates als *bürgschaftsähnliche Garantie* (Art. 111 OR) kommt nicht in Frage, da der Aussteller dem Empfänger keine Leistung eines Dritten aus einem Schuldverhältnis (z.B. Aktienkaufvertrag) verspricht, vgl. dazu im Allgemeinen BGE 4A_279/2009 vom 14. September 2009 E. 3.1; BSK-PESTALOZZI, Art. 111 OR, N 1 und 6. Ebenso wenig kann ein Officer's Certificate als *Bürgschaft* (Art. 492 ff. OR) qualifiziert werden, da damit keine Hauptschuld gesichert, sondern ein bestimmter, tatsächlicher oder rechtlicher Zustand der Zielgesellschaft (bzw. Zielgruppe) bestätigt wird, vgl. dazu im Allgemeinen BSK-PESTALOZZI, Art. 492 OR, N 1 und 17 ff.

119 Zur reinen Garantie im Allgemeinen BSK-PESTALOZZI, Art. 111 OR, N 6; VISCHER MARKUS, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 325 ff., 325 f.

120 BGE 64 II 284 E. 3b S. 291; siehe ferner BSK-PESTALOZZI, Art. 492 OR, N 1 m.w.N.

ficates gelten.[121] Ohne explizite Verwendung der diesbezüglich üblichen Formulierungen[122] gilt das Officer's Certificate nicht als reine Garantie.

Demgegenüber können Officer's Certificates weder als *unechter Vertrag zugunsten Dritter* (Art. 112 Abs. 1 OR) noch als *echter Vertrag zugunsten Dritter* (Art. 112 Abs. 2 OR) qualifiziert werden.[123] Zwar kann die Bestätigungserklärung nicht nur einer Person (z.B. dem Verkäufer), sondern auch weiteren Personen (z.B. dem Käufer oder W&I-Versicherer) «versprochen» werden. Indem der Aussteller das Officer's Certificate jedoch unterzeichnet und den verschiedenen Empfängern (direkt oder indirekt) übergibt, erbringt er die geschuldete Leistung (d.h. die Bestätigungserklärung). Der Aussteller schuldet mit anderen Worten weder dem Empfänger noch einem allfälligen Dritten ein Tätigwerden.[124] Richtet sich das Officer's Certificate an mehrere Personen, liegt nach wie vor ein einseitiger Vertrag mit mehreren Vertragsparteien[125] und nicht ein (echter oder unechter) Vertrag zugunsten Dritter vor.[126]

Anzufügen ist schliesslich, dass Officer's Certificates nicht als externe, kumulative Schuldübernahme gelten.[127] Denn der Aussteller bestätigt einen bestimmten, tatsächlichen oder rechtlichen Zustand der Zielgesellschaft (bzw. Zielgruppe). Er übernimmt indes nicht die Schuld des Verkäufers.

---

121 Ist der Aussteller des Officer's Certificates ein Verkäufer, spricht weiter für die zurückhaltende Annahme einer reinen Garantie, dass dadurch das im Aktienkaufvertrag vereinbarte Haftungskonzept ausgehebelt und damit der Verkäufer im Officer's Certificate einer schärferen Haftung unterstellt würde.

122 Z.B. «[…] shall, irrespective of any fault, indemnify the Buyer and hold the Buyer harmless from and against and in respect of any Damages resulting and/or arising from, any breach of this Certificate and, in particular, any inaccuracy contained in this Certificate».

123 Zu diesen Rechtsfiguren im Allgemeinen BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 OR, N 1.

124 In diesem Sinne betreffend Reliance Letter WOLF (FN 4), 130; siehe ferner betreffend Third Party Legal Opinions PFENNINGER/GIGER (FN 88), 6 und Anm. 37, welche die Frage aufwerfen, «warum der Adressat durch einen echten Vertrag zugunsten Dritter ein eigenes Forderungsrecht auf die TPLO erhalten sollte […]».

125 Nicht ein «mehrseitiger Vertrag» (dazu BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 132); denn die Partei «Empfänger» besteht diesfalls aus verschiedenen Personen.

126 Anzufügen ist jedoch Folgendes: Ein Manager und z.B. der Mehrheitsaktionär können ohne Weiteres vertraglich vereinbaren, dass der Manager vor Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags ein Officer's Certificate zugunsten des Käufers ausstellt. Die Qualifikation dieser Vereinbarung als (echter oder unechter) Vertrag zugunsten Dritter ändert jedoch nichts daran, dass das Officer's Certificate an sich kein (echter oder unechter) Vertrag zugunsten Dritter ist. Die gleichen Überlegungen lassen sich auch bei Gefälligkeiten anstellen (siehe zur Gefälligkeit zugunsten Dritter HÜRLIMANN-KAUP [FN 68], N 399 ff.).

127 Zum Begriff «externe, kumulative Schuldübernahme» BSK-TSCHÄNI/GABERTHÜEL, Art. 176 OR, N 2.

f) Sonderfall: Vorliegen eines vorbestehenden Vertragsverhältnisses

Es kommt in der Praxis vor, dass zwischen dem Aussteller und dem Empfänger des Officer's Certificates bereits ein Vertragsverhältnis besteht. Das ist namentlich dann der Fall, wenn ein Arbeitnehmer (mit oder ohne Organfunktion), der zugleich als Verkäufer auftritt, das Officer's Certificate zugunsten des Käufers ausstellt oder wenn der Arbeitnehmer es zugunsten der Zielgesellschaft, d.h. seiner Arbeitgeberin abgibt.

Auch in diesen Fällen ist mittels Auslegung zu ermitteln, ob ein Rechtsbindungswille der Personen vorliegt oder nicht. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass neben dem jeweiligen Kauf- oder Arbeitsverhältnis ein Gefälligkeitsverhältnis vorliegt.[128] Allerdings spricht die zeitliche und inhaltliche Nähe des Officer's Certificates zum bestehenden Vertrag oder zu den Vertragsverhandlungen dafür, dass die Personen einen Rechtsbindungswillen besitzen. Bei Aktienkaufverträgen, die einen verkaufenden Arbeitnehmer zugleich verpflichten, zugunsten des Käufers ein Officer's Certificate auszustellen, scheidet die Qualifikation der Bestätigungserklärung als Gefälligkeit aus.

Ergibt die Auslegung, dass die Personen einen Rechtsbindungswillen besitzen, stellt sich die Folgefrage, ob die vom Aussteller mittels Officer's Certificate erteilte Auskunft im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses erteilt wird. In der Lehre finden sich hierzu – soweit ersichtlich – keine Ausführungen.[129] In der Tendenz dürften nicht zwei verschiedene Vertragsverhältnisse vorliegen.[130] Es scheint nämlich – insbesondere beim Arbeitsvertrag – etwas realitätsfremd, dass die Parteien wirklich einen weiteren Vertrag abschliessen wollten.[131] Vielmehr tritt die Bestätigungserklärung als Schuldverhältnis i.e.S. zum vorbestehenden Schuldverhältnis (Kaufvertrag, Arbeitsvertrag) hinzu.

g) Haftung des Ausstellers

Stellt sich nach Unterzeichnung oder Vollzug des Aktienkaufvertrags und damit nach der Ausstellung des Officer's Certificates heraus, dass gewisse Zusicherungen unzutreffend sind und damit die Auskunft unter dem Officer's Certificate falsch ist, fragt

---

128 So kann etwa der Verkäufer den Käufer nach Vollzug des Aktienkaufvertrags an den Flughafen fahren.

129 Siehe immerhin FEIT MICHAEL, Die Haftung des Anwalts gegenüber Dritten für eine Third Party Legal Opinion, Diss. Zürich 2006 = ZStP Bd. 203, Zürich/Basel/Genf 2007, N 240, wonach eine Auskunft des Anwalts gegenüber dem Klienten im Rahmen des bestehenden Mandatsvertrags erfolgt und kein separater Auskunftsvertrag abgeschlossen wird.

130 In diesem Sinne wohl auch BERGER (FN 111), N 1944, der zwischen dem eigentlichen Auskunftsvertrag und «Auskünfte[n] im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen oder im Vertragsverhandlungsverhältnis» unterscheidet.

131 Ebenso wenig wird bei bestehenden Arbeitsverträgen ein separater Auftrag nach Art. 394 OR an den Manager erteilt, ein Officer's Certificate zugunsten einer Drittperson auszustellen (konzeptionell wohl gl.M. hinsichtlich Comfort Letters WOLF [FN 4], 131).

sich, wie der Aussteller des Officer's Certificates gegenüber dem Empfänger haftet. Ausgangspunkt für die grundlegende Haftungsfrage bildet wiederum die Rechtsnatur des Officer's Certificates.

aa) Haftung bei Gefälligkeit

Das Officer's Certificate (bzw. die Bestätigungserklärung) stellt – wie dargelegt – eine Auskunft des Ausstellers dar. Selbst in Fällen, bei denen von einer Gefälligkeit auszugehen ist (vgl. Ziff. III.3.d)cc)aaa), haftet der Aussteller dem Empfänger des Officer's Certificates grundsätzlich für falsche Auskunft.[132] Im Einzelnen ist Folgendes zu unterscheiden:[133]

- Die Haftung bei falschen Auskünften im Rahmen einer Gefälligkeit beurteilt sich primär nach *Art. 41 Abs. 1 OR.*[134] Eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR erfordert u.a. ein widerrechtliches Verhalten des Schädigers.[135] Da der Empfänger bei einer Falschauskunft lediglich einen reinen Vermögensschaden erleidet, dürfte er jedoch Schwierigkeiten haben, die massgebliche Schutznorm zu bezeichnen. Denn im Einklang mit der Mehrheitsmeinung gilt Art. 2 ZGB nicht als haftpflichtrechtliche Schutznorm[136] und Strafnormen, wie z.B. Betrug oder Falschbeurkundung, dürften nur ausnahmsweise erfüllt sein.[137] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haftet der die Auskunft Erteilende jedoch ausnahmsweise für reinen Vermögensschaden gestützt auf Art. 41 OR[138], selbst wenn keine geschriebene

---

132 KOLLER (FN 76), N 60.15, wonach strittig sei, ob und inwieweit bei Gefälligkeitsverhältnissen eine «automatische» Haftungsbeschränkung gelte. Die Haftung für falsche Auskunft im Officer's Certificate ist mit der falschen Auskunft des ehemaligen Arbeitgebers in einem Arbeitszeugnis gegenüber Dritten vergleichbar; die Haftung (einlässlich VERDE MICHEL, Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben, recht 2010, 144 ff., 151 ff.) ist eine ausservertragliche Haftung (BGE 101 II 69 = Pra 1975, Nr. 170; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 31], Art. 330*a* OR, N 7) oder eine Vertrauenshaftung (PORTMANN WOLFGANG/PRZEZAK PRZEMYSLAW, Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für fehlerhafte Arbeitszeugnisse – Delikts- oder Vertrauenshaftung?, ArB 2012, 13 ff., 42 ff.; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 330*a* OR, N 11), erteilt doch der ehemalige Arbeitgeber im Arbeitszeugnis auch Auskünfte über Tatsachen und äussert damit seine Vorstellung zu bestimmten Tatsachen (PORTMANN/PRZEZAK [FN 132], 19 f.).

133 Zu dieser Fallgruppe im Allgemeinen BGE 124 III 363 E. 5b S. 369; BGE 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 5; SCHWENZER (FN 66), N 50.24; URWYLER (FN 94), 532 ff.

134 Es liegt in solchen Fällen nämlich ausservertragliches Handeln vor (vgl. Ziff. III.3.a).

135 Statt vieler BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 2c und 30 ff.

136 Statt vieler BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 36; vgl. auch WOLF (FN 4), 125.

137 Gl.M. betreffend Third Party Legal Opinions PFENNINGER/GIGER (FN 88), 7; gl.M. im Allgemeinen: BERGER (FN 111), N 1948.

138 Das Bundesgericht äussert sich nicht dazu, ob Abs. 1 oder 2 von Art. 41 OR anwendbar ist (HONSELL HEINRICH, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet [Hrsg.], Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 939 ff., 942; CR-WERRO, Art. 41 OR, N 84), es spricht aber von

Schutznorm[139] verletzt ist. Dies ist dann der Fall, wenn er *«wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnten […]».*[140] Die Hürde für eine solche ausservertragliche Haftung im Kontext einer falschen Auskunft, die *nicht gewerbsmässig* und *unentgeltlich* erfolgt, ist folglich *hoch*. Dass Manager im Officer's Certificate leichtfertig unrichtige Angaben machen, kann aber vorkommen, gerade wenn «ressortfremde» Zusicherungen bestätigt werden (z.B. ein CFO, der die Einhaltung des anwendbaren Regelwerks einer ausländischen Ethikkommission bestätigt) oder zumutbare interne Nachforschungen *(Inquiry)* nicht betrieben worden sind.

- In neueren Urteilen entschied das Bundesgericht, dass für falsche Auskunft – neben Art. 41 OR – auch[141] gestützt auf die *Vertrauenshaftung* gehaftet werden kann.[142] Voraussetzung hierfür ist, dass eine Vertrauensbasis in Form einer «rechtlichen Sonderverbindung» vorliegt, womit die auskunftserteilende Person (hier: der Aussteller des Officer's Certificates) ein schutzwürdiges Vertrauen auf Seiten der auskunftsersuchenden Person (hier: der Empfänger des Officer's Certificates) erweckt, sodass Letztere gestützt auf dieses Vertrauen eine Vermögensdisposition tätigt. Schliesslich muss jenes Vertrauen in treuwidriger Weise enttäuscht worden sein (im Zusammenhang mit Officer's Certificates namentlich durch die fahrlässige unzutreffende Bestätigung einer Zusicherung).[143] Solange der Manager als

---

widerrechtlichem Verhalten (BGE 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 4a), was auf Art. 41 Abs. 1 OR deutet (gl.M. SCHWENZER [FN 66], N 50.24).

139 Einlässlich FEIT (FN 129), N 376; HONSELL (FN 138), 942 f.; dazu im Allgemeinen BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 34a.

140 BGE 116 II 695 E. 4 S. 699 (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Beitrags hinzugefügt); siehe auch BGE 111 II 471 E. 3 S. 474; BGE 68 II 295 E. 5 S. 302 ff.; BGE 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 4a («ungeschriebene Verhaltensnorm zum Schutz fremden Vermögens»); siehe ferner BERGER (FN 111), N 1947.

141 Gleich wie das Bundesgericht und pro Anspruchskonkurrenz zwischen Delikts- und Vertrauenshaftung im Allgemeinen LOSER (FN 105), N 1283; PORTMANN/PRZEZAK (FN 132), 42; dem überwiegenden Teil der Lehre zufolge kann bzw. sollte die falsche Auskunft nicht sowohl der ausservertraglichen Haftung als auch der Vertrauenshaftung unterstellt werden (z.B. HUGUENIN [FN 93], 1695; WYSS EVELINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung für Auskunft, SZW 2002, 112 ff., 118); für falsche Auskunft wird dieser Lehrmeinung zufolge gestützt auf die Vertrauenshaftung gehaftet (z.B. FEIT [FN 129], N 381 ff.; BSK-HONSELL, Art. 2 ZGB, N 18; HUGUENIN [FN 93], 1695 f.; KOLLER [FN 76], 28.57; SCHWENZER [FN 66], N 52.02; WYSS/VON DER CRONE [FN 141], 118).

142 BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 350 (besprochen von PLOTKE JON S., Vertrauenshaftung. Keine Haftung des Liegenschaftenschätzers für erwecktes Vertrauen., AJP 2005, 350 ff.); BGE 124 III 363 E. 5b S. 369; BGE 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 4a; kritisch zur Anwendung der Vertrauenshaftung auf falsche Auskunft und Rat ROBERTO VITO/KUZNIAR NADIA, Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung, AJP 2019, 1105 ff., 1110.

143 In BGE 130 III 345 E. 3.2 S. 352 f. verneinte das Bundesgericht das Vorliegen einer rechtlichen Sonderverbindung, weil der Experte nicht wusste, dass das fragliche Schätzungsgutachten über eine Liegenschaft für einen Dritten (den Geschädigten) gedacht war.

Aussteller davon ausging oder ausgehen musste, dass das Officer's Certificate zugunsten des Verkäufers oder Käufers im Kontext einer M&A-Transaktion ausgestellt wird (was aufgrund der typischen Formulierungen der Fall ist), ist eine Vertrauenshaftung denkbar.[144] Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen ökonomischen Treiber einer M&A-Transaktion und der risikoreduzierenden Massnahmen (einschliesslich des im Aktienkaufvertrag vereinbarten Haftungsregimes) könnte man sich fragen, ob ein Empfänger wirklich gestützt auf sein Vertrauen auf die Bestätigungserklärung im Officer's Certificate eine Vermögensdisposition tätigt. Obwohl Officer's Certificates durchaus sinnvoll sind, bilden sie nicht den dokumentarischen Kern, aufgrund dessen die Parteien des Aktienkaufvertrags eine Vermögensdisposition tätigen. Aus diesem Grund dürfte im Einzelfall die Vertrauenshaftung nicht ganz einfach zu konstruieren sein.

- Wie oben (Ziff. III.3.d)cc)bbb) erörtert, können Officer's Certificates eigenständige Haftungsregeln enthalten, z.B. in Form einer reinen Garantie *(Indemnity)*. Sofern diesfalls die Bestätigungserklärung immer noch als Gefälligkeit und nicht als Auskunftsvertrag anzusehen ist, gelten die entsprechenden Haftungsregeln, einschliesslich der festgehaltenen Einschränkungen (wie etwa bezüglich Offenlegung bzw. *Disclosure*). Allerdings enthalten Officer's Certificates, die als Gefälligkeit gelten, oftmals keine solche Bestimmungen.

bb) Haftung aus Auskunftsvertrag

aaa) Grundsatz

Liegt ein Rechtsbindungswille vor, gilt das Officer's Certificate als Auskunftsvertrag (vgl. Ziff. III.3.d)cc)bbb) Die Haftung des Ausstellers für Falschauskunft, d.h. wegen nicht gehöriger Erfüllung des Officer's Certificates, beurteilt sich – anderslautende Vereinbarungen vorbehalten (dazu sogleich)[145] – nach Art. 398 Abs. 2 OR.[146] Es handelt sich um eine Verschuldenshaftung, wobei das Verschulden des Beauftragten, d.h. des Ausstellers des Officer's Certificates, vermutet wird.[147] Da es sich beim Officer's

144 Vgl. für das deutsche Recht MEYER-SPARENBERG (FN 4), N 159; wohl a.M. betreffend Third Party Legal Opinions PFENNINGER/GIGER (FN 88), 9, die festhalten, dass eine Auskunftserteilung wenig mit einem für die ausservertragliche Haftung typischen «ungewollten Zusammenprall» (BGE 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 5) gemein habe und daher tendenziell eine Vertrauenshaftung annehmen.

145 Art. 398 Abs. 2 OR ist teilweise dispositiv (BSK-OSER/WEBER, Art. 398 OR, N 23 und 34 f.).

146 Sofern man der Lehre folgt, die den Auskunftsvertrag als einfachen Auftrag qualifiziert (siehe die Nw. in FN 112). Zur Haftungsgrundlage Art. 398 Abs. 2 OR, siehe z.B. BSK-OSER/WEBER, Art. 398 OR, N 18 ff.

147 BK-FELLMANN, Art. 398 OR, N 332.

Certificate um einen einseitigen Vertrag handelt und der Aussteller uneigennützig handelt, kann das Gericht den Schadenersatz reduzieren (Art. 99 Abs. 2 OR).[148]

Marktübliche Aktienkaufverträge beschränken viele oder gar alle Gewährleistungsansprüche des Käufers durch das vereinbarte Offenlegungskonzept *(Disclosure).*[149] Fraglich ist, ob diese Beschränkung der Haftung des Verkäufers unter dem Aktienkaufvertrag analog auch für den Aussteller des Officer's Certificates gilt. Diese Frage ist ohne Weiteres zu bejahen, wenn die Parteien dies im Officer's Certificate vereinbaren (explizit oder mittels Verweisung auf den Aktienkaufvertrag). Dies muss jedoch auch dann gelten, wenn sich das Officer's Certificate nicht dazu äussert. Denn der Aussteller des Officer's Certificates kann sich auf das in Art. 200 OR verankerte (hier analog anzuwendende) Prinzip «caveat emptor» berufen.[150] Die Ausstellung eines Officer's Certificate ist eng mit dem Kauf der Aktien der Zielgesellschaft verbunden, weshalb sich die analoge Anwendung dieses Prinzips auf das Officer's Certificate aufdrängt. Ein Käufer wird bzw. darf auch kaum erwarten, dass der Aussteller ihm Sachverhalte bestätigt, von denen er (der Käufer) weiss oder wissen müsste, dass sie nicht zutreffen; hierfür ist das Rechtsinstitut des Officer's Certificates nicht gedacht. Die effektive oder normative Kenntnis des Käufers von bestimmten, die Zielgesellschaft betreffenden Sachverhalten kann ihm daher entgegengehalten werden.[151]

Auskunftsverträge gelten als Aufträge (vgl. Ziff. III.3.d)cc)bbb). Ein Beauftragter kann sich vor Schadenseintritt gemäss zwingendem Recht (Art. 100 Abs. 1 OR) lediglich für leichte und mittlere Fahrlässigkeit[152] von seiner Haftung freizeichnen.[153] Folglich könnte sich der Aussteller eines Officer's Certificates nur für leichte und mittlere Fahrlässigkeit von seiner Haftung freizeichnen; damit unterliegt er einer schärferen Haftung als die Verkäufer unter dem Aktienkaufvertrag. Denn die Zulässigkeit einer vorgängigen Haftungsfreizeichnung eines Verkäufers für Sachmängel beurteilt sich nach einer weit verbreiteten Auffassung ausschliesslich nach Art. 199 OR und nicht auch nach Art. 100 Abs. 1 OR.[154] Folglich kann sich ein Verkäufer auch für grobe

---

148 Dazu im Allgemeinen BSK-OSER/WEBER, Art. 398 OR, N 31.

149 SCHENKER (FN 6), 340 ff.

150 S. zu diesem Prinzip BSK-HONSELL, Art. 200 OR, N 1.

151 Fraglich ist, ob der Aussteller auch in den Genuss einer im Aktienkaufvertrag vereinbarten Offenlegungsregel kommt, die über Art. 200 Abs. 2 OR hinausgeht (z.B. eine unüblich weitgehende Beschreibung dessen, welche Informationen, obschon möglicherweise nicht offengelegt, dennoch als offengelegt gelten). Diese Frage ist zu bejahen: Der Nutzen von Officer's Certificates darf sich nicht auf ein Vertrauen erstrecken, das vor dem Hintergrund aktienkaufvertraglicher Einschränkungen nicht geschützt werden sollte. Vorbehalten bleiben Klauseln im Officer's Certificate, die explizit das Gegenteil festhalten.

152 Zur leichten und mittleren Fahrlässigkeit z.B. BSK-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 99 OR, N 6.

153 BK-FELLMANN, Art. 398 OR, N 520; HONSELL (FN 87), 354; BSK-OSER/WEBER, Art. 398 OR, N 35.

154 BK-BECKER, Art. 100 OR, N 6; BSK-HONSELL, Art. 199 OR, N 1; wohl auch BSK-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 100 OR, N 3; a.M. BK-GIGER, Art. 199 OR, N 6; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 OR, N 30a ff; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 199 OR, N 2; BK-WEBER, Art. 100 OR, N 39; das

Fahrlässigkeit[155] von seiner Sachmängelhaftung freizeichnen, während der Aussteller eines Officer's Certificates sich nur für leichte und mittlere Fahrlässigkeit von seiner Haftung freizeichnen kann. Dieses Ergebnis ist stossend. Eine Bestätigungserklärung kommt einer kaufrechtlichen Zusicherung sehr nahe. Officer's Certificates, ausgestellt im Kontext eines Aktienkaufvertrags, sind aufs Engste mit dem Aktienkaufvertrag verbunden. Aus diesen Gründen ist es sachgerecht, dass sich der Aussteller eines Officer's Certificates als Beauftragter ausnahmsweise auch für grobe Fahrlässigkeit von seiner Haftung freizeichnen kann (Art. 199 OR analog).[156]

bbb) Bei vorbestehendem Vertragsverhältnis

In gewissen Fällen besteht zwischen dem Aussteller und dem Empfänger des Officer's Certificates bereits ein Vertragsverhältnis (vgl. Ziff. III.3.f). Zu prüfen ist in solchen Fällen, welche Auswirkungen das vorbestehende Vertragsverhältnis auf die Haftung des Ausstellers des Officer's Certificates hat. Dabei gehen wir davon aus, dass die Auskunft im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses erbracht und kein separater Auskunftsvertrag (oder anderer Vertrag) geschlossen wird (vgl. Ziff. III.3.f).

Sind der Aussteller und Empfänger des Officer's Certificates Partei des *Aktienkaufvertrags,* richtet sich die Haftung des Ausstellers unter dem Officer's Certificate *tel quel* nach dem im Aktienkaufvertrag vereinbarten Haftungskonzept. Anwendbar sind somit u.a. die Bestimmungen zu Offenlegung, Verjährung/Verwirkung, qualifiziertem Anspruch *(De-minimis Amount),* Schwellenwert *(Threshold)* oder Freibetrag *(Deductable),* Höchstbetrag *(Cap)* usw. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien dies im Officer's Certificate nicht ausdrücklich vereinbart haben. Ohne gegenteiligen, ausdrücklichen Parteiwillen erscheint es nicht sachgerecht, dem Verkäufer und Aussteller eines Officer's Certificates unter dem Officer's Certificate eine strengere Haftung aufzuerlegen als unter dem Aktienkaufvertrag. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind jedoch denkbar, z.B. wenn die Parteien im Officer's Certificate vereinbaren, dass die Bestätigungserklärung eine reine Garantie ist.

Bei bestehendem *Arbeitsvertrag* zwischen Aussteller und Empfänger des Officer's Certificates erfolgt die Auskunft im Rahmen des Arbeitsverhältnisses. Somit richtet

Bundesgericht hat diese Streitfrage bislang nicht ausdrücklich entschieden (letztmals offengelassen in BGE 4C.295/2004 vom 12. November 2004 E. 5.2).

155 Grobfahrlässigkeit wird in diesem Zusammenhang so verstanden, dass der Verkäufer den Sachmangel «nach den Umständen nicht hätte übersehen dürfen und den Mangel damit grobfahrlässig verschwiegen hat» (STÖCKLI HUBERT, Eine Jauchegrube, ein Betondeckel und die Frage, ob die vertragliche Freizeichnung gültig war, BR 2017, 352 f., 353).

156 Die Implikation dieser Schlussfolgerung ist nicht zu unterschätzen. Grobfahrlässigkeit dürfte häufig vorliegen, wenn der Aussteller offensichtlich notwendige Nachforschungen zwecks Verifikation einer ersuchten Bestätigung, obschon zumutbar, nicht vornimmt; dies kommt in der Praxis häufig vor. Daher empfiehlt es sich, solche internen Nachforschungsprozesse (schriftlich) festzuhalten.

sich die Haftung des Ausstellers des Officer's Certificates für falsche Auskunft nach den Regeln des Arbeitsrechts (Art. 321*e* i.V.m. Art. 321*a* OR). Das Verschulden des Arbeitnehmers (hier: des Ausstellers des Officer's Certificates) wird vermutet.[157] Fraglich ist, ob die Parteien im Officer's Certificate die gesetzliche Verschuldenshaftung, die den Sorgfaltsmassstab spezifisch regelt, durch eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung (analog dem typischen Haftungskonzept im Aktienkaufvertrag) ersetzen können. Diese Frage ist vermutlich zu verneinen, da eine solche Kausalhaftung kaum gerichtlich durchsetzbar sein dürfte.[158]

ccc) Schutzwirkung des Officer's Certificates für Dritte?

Der Empfänger eines Officer's Certificates kann dieses unter Umständen weiterverwenden. So kann etwa ein zugunsten des Verkäufers ausgestelltes Officer's Certificate dem Käufer überreicht werden oder der Käufer übergibt das Officer's Certificate einer Versicherung zwecks Abschlusses einer Gewährleistungsversicherung[159] (*«Warranty & Indemnity Insurance»,* kurz: *«W&I-Insurance»*).

Stellt sich heraus, dass gewisse vom Verkäufer abgegebene Zusicherungen unzutreffend sind und damit der Aktienkaufvertrag verletzt bzw. die Auskunft unter dem Officer's Certificate falsch ist, stellt sich die Frage, ob auch diese Drittpersonen durch das Officer's Certificate vertraglich geschützt werden bzw. sich darauf als vertragliche Anspruchsgrundlage berufen können.[160]

Die Frage lässt sich ohne Weiteres bejahen, sofern die Parteien vertraglich Drittparteien ausdrücklich in den Schutz des Officer's Certificates miteinbezogen haben. Fehlt eine solche Vereinbarung, sind folgende Überlegungen anzustellen:

- *Keine* Hilfe bzw. Anspruchsgrundlage bildet die Rechtsfigur des *Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*, da diese von der Rechtsprechung in der Schweiz bislang nicht ausdrücklich anerkannt wurde.[161]

---

157 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321*e* OR, N 1.

158 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321*e* OR, N 19, die jedoch darauf hinweisen, dass eine sog. kausale Mankohaftung unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei.

159 Einlässlich hierzu FREY MARTIN/HANSELMANN PETRA, Warranty & Indemnity Insurance und Private Equity, in: Gericke (Hrsg.), Private Equity VI, Zürich/Basel/Genf 2018, 55 ff.; SCHENKER URS, Versicherung von Gewährleistungsrisiken, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich/Basel/Genf 2017, 242 ff.

160 Gefälligkeiten entfalten grundsätzlich keine Schutzwirkung für Dritte HÜRLIMANN-KAUP (FN 68), N 461 ff., die jedoch ausnahmsweise in Analogie zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte Dritten einen über Art. 41 ff. OR hinausgehenden Schutz einräumt (N 466).

161 Statt vieler BGE 130 III 345 E. 1 S. 347 f.; FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, AJP 2018, 95 ff., 97 f.

- Allerdings anerkannte das Bundesgericht im Jahre 2003 implizit, dass einem Vertrag (genauer: einem Gutachtervertrag) Schutzwirkung für Dritte zukommen könne. Dabei bediente sich das Bundesgericht der Rechtsfigur der *Vertrauenshaftung.*[162] Der Gutachter haftet gemäss Bundesgericht gegenüber einem Dritten, wenn er weiss oder hätte wissen müssen, dass das Gutachten vom Auftraggeber an einen Dritten weitergegeben wird.[163] Im Endeffekt kann damit gewissen Verträgen eine Schutzwirkung für Dritte zuerkannt werden.[164]

Im Lichte dieser Ausführungen kann auch Officer's Certificates eine Schutzwirkung für Dritte zuerkannt werden, zumal der Auskunftsvertrag ähnliche Funktionen wie ein Gutachtervertrag[165] erfüllt. Eine solche Schutzwirkung für Dritte ist indes gerade bei Officer's Certificates äusserst zurückhaltend zu bejahen.

4. Frage der Abgabepflicht

Möchte ein Käufer oder Verkäufer ein Officer's Certificate ausgestellt bekommen, ist damit noch nicht geklärt, ob er gegenüber dem «Insider» überhaupt einen entsprechenden durchsetzbaren Anspruch auf die Ausstellung besitzt.

a) Vorbestehendes Rechtsverhältnis

Ein Anspruch auf Ausstellung liesse sich nur dann begründen, wenn entweder ein vorbestehendes Rechtsverhältnis besteht, wonach eine Person dazu verpflichtet ist, ein Officer's Certificate auszustellen, oder ein separates Rechtsverhältnis mit diesem Inhalt im Einzelfall begründet wird. Ersterer Fall kommt in der Praxis in der Regel vor: So kann der Aktienkaufvertrag ohne Weiteres vorsehen, dass ein Manager – der zugleich als Verkäufer auftritt – ein Officer's Certificate auszustellen hat. Weil der Ak-

---

162 BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 350; siehe ferner HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 4 N 24a.

163 BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 350 f.: «Daraus folgt, dass […] auch ein Experte, dessen Auftrag im Wesentlichen stets darin besteht, bestimmte Fragen aus seinem Fachbereich zu beantworten, bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden kann. […] Der Experte, der ein Schriftstück erarbeitet, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben wird, tritt jedenfalls dann in mittelbare Beziehung zum Empfänger, wenn die Weitergabe mit seinem – wirklichen oder vertrauenstheoretisch zurechenbaren – Einverständnis erfolgt […]. Dabei spielt keine Rolle, ob der Experte den Dritten kennt oder zumindest weiss, um wen es sich handelt oder nicht, denn das Haftungsrisiko richtet sich nach den davon unabhängigen Kriterien des Inhalts der Expertise und deren Verwendungszweck. Ob der Gutachter mit der Begebung seiner Expertise an den ihn belangenden Dritten rechnen musste, entscheidet sich nach den konkreten Umständen, dem gesellschaftlichen und beruflichen Kontext und der sozialen Rolle der Betroffenen […]».

164 Ähnlich HÜRLIMANN (FN 61), N 14.211 Anm. 263.

165 Zur Rechtsnatur des Gutachtervertrags BGE 127 III 328 E. 2c S. 330 f.

tienkaufvertrag rechtlich keine Vorwirkungen entfaltet, beschränkt sich die Pflicht auf eine Ausstellung des Officer's Certificates *nach* Unterzeichnung (insbesondere per Vollzugstag). Per Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags auszustellende Officer's Certificates lassen sich faktisch erzwingen, indem der Käufer den Abschluss des Aktienkaufvertrags von der Aushändigung des Officer's Certificates abhängig macht. Sieht das Officer's Certificate identische Bestätigungen von Zusicherungen und Haftungsregeln vor, entfällt ein rechtlicher Mehrwert, zumal der verkaufende Manager die Zusicherungen ja bereits im Aktienkaufvertrag abgibt.

b) Ohne vorbestehendes Rechtsverhältnis / arbeitsrechtliche Weisung

Der Fall liegt anders, wenn ein Arbeitnehmer der Zielgesellschaft nicht als Verkäufer auftritt. In dieser Konstellation hat der Käufer keinen direkten Anspruch gegenüber dem Arbeitnehmer. Ebenso wenig können die verkaufenden Aktionäre einen Arbeitnehmer der Zielgesellschaft dazu zwingen, ein Officer's Certificate auszustellen. In beiden Fällen liegt kein vorbestehendes Rechtsverhältnis vor, nach dessen Massgabe sich eine Ausstellungspflicht des «Insiders» begründen liesse.[166]

Kritisch zu beurteilen sind Sachverhalte, bei denen die Zielgesellschaft in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeberin vom Arbeitnehmer (mit oder ohne Organstellung) verlangt, dass dieser zugunsten der Verkäufer oder des Käufers ein Officer's Certificate ausstellt. Die einschlägigen arbeitsrechtlichen Grundsätze bilden hier die Grenze des rechtlich Möglichen. Während eine arbeitsrechtliche Weisung zur Mitwirkung beim Verkaufsprozess möglich und zulässig ist, kann ein Arbeitnehmer nicht angewiesen werden, gegenüber *Dritten* eine *haftungsrelevante* Bestätigung abzugeben. Eine entsprechende Weisung der Arbeitgeberin liegt nicht mehr im funktionalen Zusammenhang mit der Stellung des Arbeitnehmers bzw. mit der Führungsaufgabe der Organe und ist grundsätzlich auch nicht zumutbar. Zumutbar dürfte hingegen eine Weisung sein, ein Officer's Certificate auszustellen, das als reine Gefälligkeit konzipiert ist bzw. bei dem die Haftung (im rechtlich maximal zulässigen Umfang) ausgeschlossen ist. In jedem Fall muss sich eine solche Bestätigungserklärung auf Zusicherungen beschränken, welche die «Ressort-Themen» des Ausstellers betreffen. Der Aussteller wird auch nur über sein eigenes Wissen bzw. die Ergebnisse seiner eigenen, in zumutbarem Umfang vorgenommenen Abklärungen Bestätigungen abgeben müssen. Die Arbeitgeberin trifft hierbei eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR):[167] Sie hat dafür zu sorgen, dass das Officer's Certificate entsprechend formuliert ist. Werden diese Grundsätze missachtet, kann der Aussteller im Falle einer Haftung für das Officer's

---

166 Ebenso für das deutsche Recht MEYER-SPARENBERG (FN 4), N 154; vgl. auch BGE 4C.158/2002 vom 20. August 2002 E. 3.1.3, in dem die Arbeitgeberstellung der Konzernmutter verneint wurde.

167 Zur Fürsorgepflicht im Allgemeinen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 31), Art. 328 OR, N 3.

Certificate den ihm deswegen entstandenen Schaden von der Arbeitgeberin nach Massgabe von Art. 97 Abs. 1 OR einfordern.[168]

Wiederum anders sind Fälle zu beurteilen, bei denen das Officer's Certificate zugunsten der Arbeitgeberin (d.h. der Zielgesellschaft) auszustellen ist. Eine entsprechende Weisung der Arbeitgeberin liegt hier im funktionalen Zusammenhang mit der Stellung des Arbeitnehmers bzw. mit der Führungsaufgabe der Organe und ist zumutbar. Die Haftung des Arbeitnehmers wird dabei zwingend durch Art. 321*e* OR beschränkt. Mit anderen Worten kann ein Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt werden, nur weil er ein Officer's Certificate unterzeichnet. Innerhalb der engen Grenzen von Art. 321*e* Abs. 1 OR haftet der Arbeitnehmer gegebenenfalls gegenüber der Zielgesellschaft für den durch das Officer's Certificate verursachten Schaden. Die Schwierigkeit dürfte in diesen Fällen jedoch darin liegen, dass der Schaden in aller Regel bei den Verkäufern und/oder dem Käufer entsteht und nicht bei der Zielgesellschaft.

Keine Pflicht des Arbeitnehmers zur Ausstellung eines Officer's Certificates lässt sich damit begründen, dass er aufgrund eines separaten Auftrags (namentlich des Auskunftsvertrages) dazu verpflichtet wäre. Obschon in Ausnahmefällen denkbar (d.h. sofern explizit vereinbart), begründet der Auskunftsvertrag keine Pflicht, das Officer's Certificate auszustellen. Der Arbeitnehmer haftet lediglich im Falle der nicht gehörigen Erfüllung gegenüber dem Empfänger.[169]

Wenn ein Arbeitnehmer in der Praxis ein Officer's Certificate trotz fehlender Pflicht zur Ausstellung eines solchen dennoch ausstellt, dann erfolgt dies letztlich aufgrund faktischer Zwänge bzw. im Bewusstsein, dass eine Verweigerung seine berufliche Zukunft in der Zielgesellschaft (bzw. Zielgruppe) gefährden könnte.

5. Deckung von Schaden durch D&O-Versicherung?

Wird einem Geschäftsleitungsmitglied eine Pflichtverletzung im Kontext einer M&A-Transaktion vorgeworfen, ist zu prüfen, inwieweit eine D&O-Versicherung (eine *«Directors and Officers-Insurance»,* d.h. eine Organhaftpflichtversicherung) eine allfälli-

---

168 Zur Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer im Allgemeinen BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR, N 53 ff.

169 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann derjenige, der um eine Auskunft gebeten wird, sogar dann haftbar werden, wenn er die Auskunft *nicht erteilt*. Der Befragte handelt «[…] nicht bloss dann widerrechtlich, wenn er wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige positive Angaben macht, sondern ebenso, wenn er Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte.» (BGE 111 II 471 E. 3 S. 474; so bereits BGE 80 III 41 E. 4 S. 54). Eine unterlassene Auskunft ist jedoch nur widerrechtlich, wenn der Befragte eine Garantenstellung innehat (einlässlich BERGER [FN 111], N 1952).

ge persönliche Haftung dieses Geschäftsleitungsmitglieds wegen Falschauskunft im Officer's Certificate deckt.[170]

Die D&O-Versicherung ist eine typischerweise vom Unternehmen zugunsten seiner Organe[171] abgeschlossene Versicherung.[172] Sie schützt das private Vermögen der Organe, und zwar indem sie berechtigte Schadenersatzansprüche von Geschädigten gegenüber diesen Organen bezahlt (Haftpflichtdeckung) und bei ihnen anfallende Abwehrkosten erstattet (Abwehrdeckung).[173] Über diesen typischen Schutzbereich hinaus sehen die meisten D&O-Versicherungen heute auch eine (beschränkte) Übernahme von Rechtskosten für die Verteidigung in strafrechtlichen oder regulatorischen Verfahren vor.

D&O-Versicherungspolicen schliessen in der Regel eine Versicherungsdeckung für Ansprüche aus, die auf separate, vertraglich begründete Rechtsgeschäfte abgestützt werden, die das Organ im eigenen Namen eingegangen ist. Für den Schaden, der durch Rechtsgeschäfte, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, verursacht wird, gewährt die D&O-Versicherung hingegen Deckung. Officer's Certificates dürften jedoch nicht unter die vorgenannte Ausnahme fallen. Eine Versicherungsdeckung für Officer's Certificates könnte separat abgeschlossen werden, worauf aber meist verzichtet wird.

IV. Schlussfolgerungen

1. Die Manager (v.a. CEO und CFO, allenfalls aber auch weitere «C-Level»-Personen) besitzen das detaillierteste Wissen über die Zielgesellschaft (bzw. Zielgruppe).[174]
2. Nicht nur der Käufer, sondern vielfach auch die Verkäufer von Aktien der Zielgesellschaft wissen weniger über die Eigenschaften der Zielgesellschaft (bzw. Ziel-

---

170 So betreffend Legal Opinions PFENNINGER MARKUS/EGGEN MIRJAM, Legal Opinion bei Kapitalmarkttransaktionen, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen IV, Zürich/Basel/Genf 2009, 105 ff., 138.

171 Zu den Versicherungsnehmern z.B. AKERET FABIAN, Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, Zürich/St. Gallen 2018, 11; MÜLLER ROLAND, Wissenswertes zur D&O-Versicherung, EF 2018, 169 ff., 171.

172 MANNSDORFER THOMAS M., Die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung. Vertragliche und gesetzliche Obliegenheiten, Zurechnung von Wissen und Tatsachen (Severability) und Mischfallregelungen (Allokation), HAVE 2010, 222 ff., 224.

173 Z.B. MANNSDORFER (FN 172), 224 f.; MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 419.

174 Einlässlich dazu Ziff. I.

gruppe) als die Manager. Diese Informationsasymmetrie kann zwar durch eine Due Diligence abgebaut, jedoch häufig nicht vollständig beseitigt werden.[175]

3. Ungeachtet dieser Informationsasymmetrie allozieren Verkäufer und Käufer in marktüblichen Aktienkaufverträgen die Transaktionsrisiken, d.h. sie weisen einzelne Transaktionsrisiken dem Verkäufer und andere dem Käufer zu. Der Verkäufer sichert dem Käufer bestimmte Eigenschaften der Zielgesellschaft zu (oder garantiert diese) und verpflichtet sich zur Zahlung von Schadenersatz bei Verletzung der Zusicherungen (oder Garantien). Diese Risiken trägt folglich der Verkäufer. Im Umkehrschluss verbleiben dem Käufer in all jenen Bereichen Transaktionsrisiken (bzw. Restrisiken), in denen der Verkäufer keine oder lediglich qualifizierte Zusicherungen abgibt. Restrisiken verbleiben dem Käufer aber auch, wenn der Verkäufer unreflektiert (bzw. ohne Nachforschung) Zusicherungen oder falsche Zusicherungen abgibt. Das Interesse an Officer's Certificates ist in diesem Kontext zu sehen.[176]

4. Mittels – gesetzlich nicht geregelten – Officer's Certificates sollen effektive oder potenzielle Wissenslücken und Unsicherheiten der Verkäufer hinsichtlich der von ihnen abgegebenen Zusicherungen über die Zielgesellschaft geschlossen bzw. beseitigt werden. In einem Officer's Certificate bestätigt der Aussteller letztlich die Richtigkeit bestimmter oder aller Zusicherungen (Bestätigungserklärung). Neben der Bestätigungserklärung enthalten Officer's Certificates oftmals auch weitere Bestimmungen (z.B. Haftungsregime oder Rechtswahlklausel).[177] Officer's Certificates werden in aller Regel unentgeltlich ausgestellt.

5. Aussteller solcher Officer's Certificates können alle Arbeitnehmer der Zielgesellschaft sein. Vor dem Hintergrund der Grundfunktion von Officer's Certificates (Abbau der Informationsasymmetrie und Belastbarkeit der Bestätigungserklärung bzw. Risikoallokation) stellen in der Praxis jedoch meistens ausgewählte Manager der Zielgesellschaft Officer's Certificates aus. Empfänger eines Officer's Certificates sind vorwiegend die Verkäufer und/oder der Käufer. Vereinzelt ist die Zielgesellschaft Empfängerin des Officer's Certificates.[178]

6. Die Bestätigungserklärung (und damit letztlich oftmals auch das Officer's Certificate) ist entweder eine Vorstellungsäusserung oder eine Willensäusserung. Im ersten Fall besitzen die involvierten Personen keinen Rechtsbindungswillen, weswegen ausservertragliches Handeln in Gestalt einer Gefälligkeit vorliegt. Im zweiten Fall besitzen die Parteien einen Rechtsbindungswillen und schliessen daher einen einseitigen Auskunftsvertrag ab. Ob vertragliches oder ausservertragliches Han-

175 Einlässlich dazu Ziff. II.2.a).

176 Einlässlich dazu Ziff. II.3 und II.4.

177 Einlässlich dazu Ziff. III.1.

178 Einlässlich dazu Ziff. III.2.a) und III.2.b).

deln vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung des Officer's Certificates zu ermitteln.[179]

7. Die Haftung des Ausstellers des Officer's Certificates hängt davon ab, ob das Officer's Certificate als Gefälligkeit oder als Auskunftsvertrag qualifiziert wird, wobei allfällige Parteiabreden zu berücksichtigen sind. Ist das Officer's Certificate eine Gefälligkeit, haftet der Aussteller nur ausnahmsweise für diese falsche Auskunft und zwar – der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge – gestützt auf Art. 41 OR oder die Vertrauenshaftung. Gilt das Officer's Certificate als Auskunftsvertrag, haftet der Aussteller bei Falschauskunft gestützt auf diesen Vertrag, wobei sich der Sorgfaltsmassstab – anderweitige Parteiabreden vorbehalten – aus Art. 398 Abs. 1 und 2 OR ergibt.[180]

8. Ein Manager ist nur dann verpflichtet, ein Officer's Certificate auszustellen, wenn er sich dazu ausdrücklich vertraglich gegenüber dem Empfänger verpflichtet hat. Fehlt eine solche ausdrückliche vertragliche Pflicht, trifft den Manager keine Ausstellungspflicht. In den engen Grenzen des Arbeitsrechts kann die Arbeitgeberin den Manager mittels arbeitsrechtlicher Weisung zur Ausstellung gewisser Officer's Certificates anhalten.[181]

[179] Einlässlich dazu Ziff. III.3.a), III.3.b), III.3.c), III.3.d) und III.3.e).

[180] Einlässlich dazu Ziff. III.3.g).

[181] Einlässlich dazu Ziff. III.4.a) und III.4.b).