



Kommentar zu: Urteil: [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Unrichtige Due Diligence-Berichte und ihre Folgen bei einem Unternehmenskauf

Autor / Autorin

Markus Vischer, Dario Galli

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_480/2021 vom 9. November 2022 äusserte sich das Bundesgericht zu mehreren Fragen im Zusammenhang mit unrichtigen Due Diligence-Berichten bei einem Unternehmenskauf, die für M&A-Anwälte von grossem Interesse sind. Diesen Fragen wird in dieser Urteilsbesprechung kurz nachgegangen.

Sachverhalt

[1] 2010 entschied sich die A AG (Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Käuferin), vertreten durch ihr Verwaltungsratsmitglied E (nachfolgend: VR-Mitglied), die Aktien der F SA (nachfolgend: Zielgesellschaft) von D (nachfolgend: Verkäufer) zu kaufen (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Die Käuferin erteilte B (Beklagte, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Beauftragte) das Mandat, eine Akquisitionsprüfung der Zielgesellschaft durchzuführen. Am 26. November 2010 offerierte die Beauftragte der Käuferin, das Prüfungsmandat mit Unterstützung der C SA auszuführen. Die Beauftragte legte im Februar 2011 einen Entwurf des Prüfungsberichts betreffend die Zielgesellschaft vor. Am 26. April 2011 stellte die Beauftragte einen Analysebericht betreffend die Zielgesellschaft aus. Darin kam sie zum Schluss, dass die Prüfungsarbeiten keine Anhaltspunkte zutage gefördert hätten, welche die Rechnungslegungsgrundsätze im Zusammenhang mit der Erstellung der provisorischen Jahresrechnung per 21. Dezember 2010 infrage stellen würden (Sachverhalt Teil A.a).

[3] Mit Brief vom 21. April 2011 offerierte das VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] dem Verkäufer den Betrag von EUR 4 Mio., um die Zielgesellschaft zu erwerben. Diese Offerte wurde in einer vom VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] unterzeichneten Absichtserklärung vom 13. September 2011 konkretisiert, worin auch festgehalten wurde, dass die Bewertung der Zielgesellschaft auf einem Gewinn nach Steuern von CHF 809'891 basiert. Der Verkäufer akzeptierte diese Offerte durch Gegenzeichnung der Absichtserklärung (Sachverhalt Teil A.b).

[4] 2012 beauftragte das VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] den Treuhänder H (nachfolgend: Treuhänder) damit, den finanziellen Zustand der Zielgesellschaft in den Jahren 2010 und 2011 zu prüfen und die notwendigen Anpassungen vorzunehmen, die sich aus der Nichtbeachtung der Rechnungslegungsvorschriften ergäben. Ebenso sollte der Treuhänder die Auswirkungen möglicher Gesetzesverstösse auf das Eigenkapital der Zielgesellschaft ermitteln. Der Treuhänder kam in der Folge zum Schluss, dass das Eigenkapital per

31. Dezember 2010 insgesamt im Umfang von CHF 2'084'657 angepasst werden müsse. Am 19. September 2012 schlossen das VR-Mitglied [in Vertretung der Käuferin] und der Verkäufer eine Vereinbarung, wonach dieser der Käuferin freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht den Betrag von CHF 1'500'000 per Saldo aller Ansprüche bezahlt (Sachverhalt Teil A.c).

[5] Mit Brief vom 6. März 2014 warfen die Käuferin und das VR-Mitglied der Beauftragten und der C SA Schlechterfüllung ihres Prüfungsmandats vor. Sie hätten verkannt, dass die Sozialversicherungs- und Steuerabzüge nicht in Ordnung und die Aktiven zu fast CHF 1'500'000 überbewertet seien. Der Schaden belaufe sich auf CHF 2'870'518, wovon nach Abzug der vom Verkäufer konzidierten CHF 1'500'000 der Betrag von CHF 1'370'518 verbleibe (Sachverhalt Teil A.c).

[6] Am 12. Mai 2015 klagte die Käuferin gegen die Beauftragte und die C SA auf Zahlung von CHF 2'382'440 zuzüglich Zinsen. Der Schaden von CHF 2'382'440 ergebe sich aus der Differenz zwischen dem Kaufpreis von CHF 4'882'440 und dem intrinsischen Wert der Zielgesellschaft von CHF 1'000'000 abzüglich der vom Verkäufer konzidierten CHF 1'500'000 (Sachverhalt Teil B.a).

[7] Am 3. Oktober 2017 ordnete das erstinstanzliche Genfer Gericht ein Gerichtsgutachten an, um den Verkehrswert der Zielgesellschaft per 31. Dezember 2010, den effektiven Wert der Nettoaktiven der Zielgesellschaft per 31. Dezember 2010 und das effektive Ergebnis des Geschäftsjahrs 2010 zu bestimmen. Der Gutachter wurde auch damit beauftragt, zu bestimmen, ob die Beauftragte und die C SA die notwendige Sorgfalt beim Erstellen des Entwurfs des Prüfungsberichts im Februar 2011 und des Analyseberichts vom 26. April 2011 angewandt hatten. Ebenso sollte der Gutachter feststellen, ob und in welcher Höhe die Käuferin beim Kauf der Zielgesellschaft einen Schaden erlitten hat (Sachverhalt Teil B.b).

[8] In seinem Bericht vom 5. Juni 2018 kam der Gutachter zum Schluss, dass in den Prüfungsberichten der Beauftragten und der C SA keine Analyse vorgenommen wurde, die es erlaubt hätte, die Abgrenzungsfehler in der Buchhaltung des Geschäftsjahrs 2010 der Zielgesellschaft zu entdecken. Die Beauftragte und die C SA hätten deshalb ihre Berichte nicht sorgfältig erstellt. Der Gutachter wies auch auf verschiedene Verletzungen der Berufsstandards und der von den Parteien vereinbarten Regeln durch die Beauftragte hin. Die Käuferin habe deshalb durch die Zahlung eines überhöhten Kaufpreises eine Vermögensverminderung erlitten. Der Verkehrswert der Zielgesellschaft habe per 31. Dezember 2010 geschätzt CHF 1'560'000 betragen, womit sich die Vermögensverminderung der Käuferin auf CHF 1'822'440 belaufe (Sachverhalt Teil B.b).

[9] Mit Urteil vom 8. Oktober 2020 anerkannte das erstinstanzliche Gericht die Passivlegitimation der C SA, wies aber die Klage der Käuferin vollumfänglich ab. Es bejahte zwar eine Vertragsverletzung durch die Beauftragte und die C SA, was jedoch ohne wesentliche Folgen für den Kaufpreis gewesen sei, zumal das Mandat nicht eine Bewertung der Zielgesellschaft umfasst habe. Zudem sei der Kaufpreis zwischen dem VR-Mitglied und dem Verkäufer auf einer nicht bekannten Basis verhandelt worden, sodass weder der Schaden noch der Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden erstellt sei. Auch habe die Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem VR-Mitglied mit einer Kaufpreisreduktion die Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Verkauf der Zielgesellschaft definitiv erledigt (Sachverhalt Teil B.e).

[10] Mit Urteil vom 1. Juli 2021 wies die Genfer *Cour de justice* die Berufung ab. Sie bejahte entgegen dem erstinstanzlichen Gericht den Kausalzusammenhang, hielt aber ebenfalls dafür, dass die Käuferin keinen Schaden dargetan habe. Im Unterschied zum erstinstanzlichen Gericht verneinte es zudem die Passivlegitimation der C SA. Sie sei lediglich Hilfsperson der Beauftragten gewesen (Sachverhalt Teil B.f).

[11] Gegen dieses Urteil reichte die Käuferin beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen ein. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 6).

Erwägungen

[12] Das Bundesgericht erwog, es sei unbestritten, dass die Käuferin und die Beauftragte einen Auftrag (Art. 394 ff. [OR](#)) geschlossen hätten (E. 3.1). Art. 398 Abs. 1 OR verweise auf die Regeln zur Haftung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, d.h. Art. 321e OR. Die Haftung des Beauftragten sei demnach gegeben, wenn folgende vier Voraussetzungen erfüllt seien: (1) eine Sorgfaltspflichtverletzung; (2) ein Verschulden; (3) ein Schaden und (4) ein

natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der verschuldeten Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden. Es liege am Auftraggeber, diese Voraussetzungen zu beweisen, ausser beim Verschulden, das gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet werde (E. 3.2).

[13] Die Käuferin rügte vor Bundesgericht unter anderem die Nichtberücksichtigung des Gerichtsgutachtens unter dem Titel der Rechtsverletzung (E. 4 Ingress).

[14] Das Bundesgericht erwog, grundsätzlich müsse der Kläger nach Art. 41 Abs. 1 OR nicht nur die Existenz des Schadens, sondern auch dessen Höhe beweisen (E. 4.1). Die Vorinstanz habe erwogen, dass es an der Käuferin lag, darzutun, zu welchem Preis sie die Zielgesellschaft erworben hätte, wenn ihr die korrekten Informationen vorgelegen hätten. Laut Vorinstanz hätte der Beweis genügt, dass die Verhandlungen mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu einem tieferen Preis geführt hätten. Dabei hätte alsdann der Schaden in der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Preis gelegen, den die Käuferin bezahlt hätte, wäre der Auftrag korrekt ausgeführt worden. Alternativ hätte die Käuferin auch ausführen können, dass sie auf den Kauf verzichtet hätte, wenn sie um den wirklichen buchhalterischen Zustand der Zielgesellschaft gewusst hätte (E. 4.2).

[15] Die Vorinstanz habe deshalb zu Recht das Gerichtsgutachten nicht berücksichtigt, soweit dieses den Vermögensstand der Käuferin und den wirklichen Wert der Zielgesellschaft per 31. Dezember 2010 festgehalten habe, aber nicht den Preis, zu dem die Käuferin die Zielgesellschaft hätte erwerben können, wenn das Schadensereignis nicht eingetreten wäre. Die Käuferin habe behauptet, anstelle des überrissenen Preises den gerechten Preis bezahlt zu haben. Dieser letzte Begriff sei aber irrelevant bei der Schadensberechnung infolge Vertragsverletzung der Beauftragten. Sie habe weiter behauptet, sie hätte den Preis bezahlt, der sich aus der Bewertung der Zielgesellschaft als Vielfaches des Geschäftsergebnisses ergeben hätte, d.h. jener Methode, welche die Parteien bei der Bestimmung des Kaufpreises angewandt hätten. Es deute aber nichts darauf hin, dass der Verkäufer einen solchen Preis akzeptiert hätte. Es fehle an den entsprechenden Tatsachenbehauptungen. Folglich habe die Vorinstanz zu Recht das erstinstanzliche Urteil bestätigt, worin ausgeführt werde, dass die Käuferin nicht die notwendigen Behauptungen aufgestellt habe, die es erlauben würden, einen tieferen Kaufpreis festzustellen, und dass das Gerichtsgutachten zu einem Resultat gelange, das nicht im Einklang mit dem juristischen Schadensbegriff stehe (E. 4.3). Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen (E. 6).

Kurzkomentar

A. Rechtsnatur der *Due Diligence*-Berichte und Haftung ihrer Autoren

[16] In M&A-Transaktionen wird oft eine *Due Diligence* durchgeführt,^[1] für welchen Begriff es keine brauchbare deutsche Übersetzung gibt.^[2] Am ehesten kann *Due Diligence* mit angemessener Sorgfalt übersetzt werden.^[3] Die *Due Diligence* bzw. eigentlich klarer die *Due-Diligence-Prüfung*^[4] bezieht sich auf das zu verkaufende/kaufende Unternehmen, das in der M&A-Sprache^[5] als «Zielgesellschaft» oder «*Target*» bezeichnet wird. In der Regel führt sie der Käufer als sogenannte *Buyer Due Diligence* durch.^[6] Manchmal erfolgt sie aber auch seitens des Verkäufers als sogenannte *Vendor Due Diligence*.^[7] Die *Due Diligence* kann sich auf kommerzielle, buchhalterische, rechtliche, steuerliche und weitere Bereiche erstrecken,^[8] weshalb der Käufer/Verkäufer für die verschiedenen Bereiche in der Regel unterschiedliche Spezialisten, also z.B. für die *Legal Due Diligence* Rechtsanwälte, einsetzt.^[9]

[17] Vorliegend führten die Beauftragte und die C SA eine buchhalterische *Due Diligence* – also eine *Financial Due Diligence* – durch, die in zwei *Due Diligence*-Berichte mündete, nämlich in den Entwurf des Prüfungsberichts betreffend die Zielgesellschaft vom Februar 2021 und in den Analysebericht betreffend die Zielgesellschaft vom 26. April 2011.^[10]

[18] Das Bundesgericht qualifizierte im referierten Urteil die Beziehung zwischen der Käuferin und der Beauftragten als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR, weil diese Qualifikation von keiner der Parteien bestritten wurde. Dieses Vorgehen ist bequem, aber nicht wirklich korrekt, ist doch unbestritten, dass die rechtliche Qualifikation eines Vertrags nicht im Belieben der Parteien steht. Vielmehr ist sie dem Parteiwillen entzogen,^[11] obliegt also als Rechtsfrage^[12] in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*^[13] dem Richter.^[14] Allerdings ist jüngst festzustellen, dass der Grundsatz *iura novit curia* vom Bundesgericht zunehmend durch prozessuale Hürden

aufgeweicht wird.^[15]

[19] Hätte das Bundesgericht den Vertrag zwischen der Käuferin und der Beauftragten eigenständig qualifiziert, hätte es sich die Frage stellen müssen, ob dieser Vertrag wirklich ein Auftrag oder nicht vielmehr ein Werkvertrag ist. Alsdann wären die *Due Diligence*-Berichte der Beauftragten und der C SA vom Februar 2011 und vom 26. April 2021 nicht im Rahmen eines Auftrags, sondern im Rahmen eines Werkvertrags geschaffene Produkte, also Werke. Die Frage soll hier nicht weiter vertieft werden. Es sei lediglich festgehalten, dass die Qualifikation des Gutachtervertrags, wozu auch der Vertrag zur Durchführung einer *Due Diligence* zählt, umstritten ist,^[16] wobei das Bundesgericht zur Qualifikation des Gutachtervertrags als Auftrag tendiert.^[17]

B. Qualifikation der bei der (Buyer) Due Diligence beigezogenen externen Personen und ihre direkte Haftung gegenüber dem Käufer

[20] Angesichts des erforderlichen Fachwissens wird eine *Due Diligence* oft durch verschiedene Spezialisten durchgeführt.^[18] Das kann ebenso wie die hohe Personalintensität einer *Due Diligence*^[19] dazu führen, dass wie im vorliegenden Fall der *Due Diligence*-Beauftragte nicht nur auf interne, sondern auch auf externe Ressourcen zurückgreift und ein Drittunternehmen beizieht.^[20]

[21] Qualifiziert der Vertrag zur Durchführung einer *Due Diligence* als Auftrag (vgl. Rz. 18), stellen sich alsdann die Fragen, ob das Drittunternehmen zulässigerweise beigezogen wurde (Art. 398 Abs. 3 OR) und ob es als Hilfsperson oder Substitut gilt. Die Frage ist nicht nur für den Haftungsmassstab im Verhältnis «Auftraggeber – Beauftragte» relevant (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR, Art. 399 Abs. 1 OR und Art. 399 Abs. 2 OR),^[21] sondern auch dafür, ob der Auftraggeber direkt das beigezogene Unternehmen haftbar machen kann (Art. 399 Abs. 3 OR). Vorliegend qualifizierte die Erstinstanz die C SA als Substitutin, während die Vorinstanz sie als Hilfsperson betrachtete und damit ihre Passivlegitimation verneinte.^[22] Dieser Punkt war vor Bundesgericht nicht mehr streitig.^[23]

C. Letter of Intent beim Unternehmenskauf als Hauptvertrag

[22] Im Vorfeld von M&A-Transaktionen werden oft Absichtserklärungen, auch «*Letter of Intent*» genannt, unterzeichnet.^[24] Ein *Letter of Intent* ist in Bezug auf die darin beschriebene M&A-Transaktion typischerweise unverbindlich, begründet also anders als ein Vorvertrag im Sinne von Art. 22 Abs. 1 OR keine Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrags (d.h. des M&A-Transaktionsvertrags) noch ist er selbst der Hauptvertrag. Vielmehr begründet er in der Regel lediglich eine Pflicht der Parteien zu einem Verhandeln des Hauptvertrags nach Treu und Glauben.^[25]

[23] Im referierten Urteil ging das Bundesgericht jedoch vom *Letter of Intent* als Hauptvertrag selbst, d.h. vom Vertrag über den Kauf der Aktien der Zielgesellschaft, aus. Denn einerseits führte es aus, dass das VR-Mitglied^[26] seine Offerte zum Kauf der Aktien der Zielgesellschaft in einem *Letter of Intent* vom 13. September 2011 konkretisiert und dass der Verkäufer diese Offerte anschliessend durch Gegenzeichnung des *Letter of Intent* angenommen habe.^[27] Andererseits erwähnte es die nach diesem *Letter of Intent* vom 13. September 2011 vom Verkäufer und vom VR-Mitglied im Namen und im Auftrag der Käuferin abgeschlossenen Verträge betreffend die Aktien der Zielgesellschaft, nämlich den Abtretungsvertrag vom 30. November 2011 und den Garantievertrag vom 30. November 2021,^[28] nicht.

[24] Liegt im vorliegenden Fall im *Letter of Intent* der Hauptvertrag selbst, d.h. der Vertrag über den Kauf von Aktien der Zielgesellschaft, ist dieser Vertrag als Fahrniskaufvertrag im Sinne von Art. 187 ff. OR zu qualifizieren,^[29] wovon das Bundesgericht auszugehen schien.^[30] Auch wenn Aktien Gegenstand eines solchen Fahrniskaufvertrags sind, also ein *Share Deal* (Gesellschafts Kauf) vorliegt, sind mindestens dann, wenn der *Share Deal* auf einen Kontrollübergang gerichtet ist, das Unternehmen und nicht die Aktien der eigentliche Kaufgegenstand.^[31] Die von dieser Sicht leicht abweichende Meinung des Bundesgerichts, wonach eine Mängelhaftung beim *Share Deal* nur bestehe, wenn für das Unternehmen Zusicherungen abgegeben wurden,^[32] ist abzulehnen.^[33]

D. Schadensberechnung beim Unternehmenskauf

[25] Das Bundesgericht sieht im vorliegenden Fall den Schaden in der Differenz zwischen dem effektiv bezahlten Preis und dem tieferen Preis, der bezahlt worden wäre, hätte die Beauftragte den Vertrag mit der Käuferin korrekt erfüllt und hätte die Käuferin deshalb über die korrekten Informationen verfügt. Dafür muss gemäss Bundesgericht allerdings erstellt sein, dass der Vertrag zwischen der Käuferin und dem Verkäufer auch geschlossen worden wäre, wenn die Käuferin über die korrekten Informationen verfügt hätte. Man kann diesen Schaden im Einklang mit dem von der deutschen Lehre entwickelten Begriff als *Preisdifferenzschaden* bezeichnen.

[26] Dieser Schaden entspricht dem Schaden, den die Käuferin erlitten hätte, wenn der Verkäufer der Käuferin selbst die inkorrekten Informationen geliefert hätte, der Verkäufer also die Käuferin im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR absichtlich getäuscht hätte. Auch in diesem Fall ist nämlich der Schaden ein Preisdifferenzschaden, also die Differenz zwischen dem effektiv bezahlten Preis und dem tieferen Preis, der bezahlt worden wäre, hätte die Käuferin über die korrekten Informationen verfügt. Erneut wäre allerdings die Voraussetzung dafür, dass erstellt wäre, dass der Vertrag zwischen der Käuferin und dem Verkäufer auch geschlossen worden wäre, wenn die Käuferin über die korrekten Informationen verfügt hätte. Beides kann man aus dem hypothetischen Parteiwillen ableiten. Der hypothetische Parteiwille ist entweder aufgrund der bei der absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR analog anwendbaren Regeln der modifizierten Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR oder aufgrund einer Vertragsauslegung bzw. -ergänzung massgebend. Erneut kann man den relevanten Schaden als Preisdifferenzschaden bezeichnen. Der Preisdifferenzschaden ist im Übrigen auch relevant, wenn man annähme, der Verkäufer hätte die Korrektheit der Informationen selbst mittels einer Gewährleistung, z.B. mittels einer Bilanz- oder Offenlegungsgewährleistung, zugesichert.[\[34\]](#)

E. Wirkungen eines Vergleichs beim Unternehmenskauf auf einen Solidarschuldner

[27] Gemäss den Annahmen in Rz. 26 würde der Verkäufer gegenüber der Käuferin aus unerlaubter Handlung[\[35\]](#) und aus Vertrag haften, während die Beauftragte gegenüber der Käuferin aus Vertrag haftet. Damit entstünde von Gesetzes wegen Solidarität gemäss Art. 143 ff. OR,[\[36\]](#) unabhängig davon, ob man diese Solidarität bei der Haftung verschiedener Personen aus verschiedenen Rechtsgründen als unechte Solidarität bezeichnen will oder nicht.[\[37\]](#)

[28] Ob ein wie vorliegend mit einem Solidarschuldner geschlossener Vergleich, nämlich hier zwischen der Käuferin und dem Verkäufer, auch die anderen Solidarschuldner, nämlich hier die Beauftragte, befreit, ist eine Frage der Auslegung des Vergleichs.[\[38\]](#) Ergeben sich aus dem infrage stehenden Vergleich keine Anhaltspunkte in die eine oder andere Richtung, sollte bei einem Vergleich mit einer Teilzahlung des Solidarschuldners von einer auf den Umfang der Teilzahlung beschränkten befreienden Wirkung für die anderen Solidarschuldner ausgegangen werden.[\[39\]](#) Das hätte es der Käuferin erlaubt, unter Abzug des vom Verkäufer erhaltenen Betrags gegen die Beauftragte und C SA vorzugehen, wie sie dies effektiv tat.[\[40\]](#)

[29] Das Bundesgericht musste sich nicht mit dieser Frage befassen, weil es die Klage der Käuferin aus anderen Gründen abwies. Die Erstinstanz hatte die Klageabweisung gegenüber der Beauftragten (und der C SA) auch damit begründet, dass der zwischen der Käuferin und dem Verkäufer geschlossene Vergleich die Beauftragte (und die C SA) insgesamt befreie.[\[41\]](#)

F. Zusammenfassung

[30] Das Bundesgericht und die Vorinstanzen äusserten sich zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit unrichtigen *Due Diligence*-Berichten, wie zu Fragen (i) der Rechtsnatur von *Due Diligence*-Berichten und die Haftung ihrer Autoren, (ii) der Qualifikation der bei der (*Buyer*) *Due Diligence* beigezogenen externen Personen und ihrer direkten Haftung gegenüber dem Käufer, (iii) des *Letter of Intent* beim Unternehmenskauf als Hauptvertrag, (iv) der Schadensberechnung beim Unternehmenskauf und (v) der Wirkungen eines Vergleichs beim Unternehmenskauf auf Solidarschuldner.

[31] Die durch diese Äusserungen gewonnenen Erkenntnisse lassen sich im M&A-Alltag umsetzen, z.B. durch Haftungsregelungen in *Due Diligence*-Berichten, klare Verträge mit bei der *Due Diligence* beigezogenen externen Personen, klare *Letter of Intent* bzw. Hauptverträge und klare Vergleiche, wenn Solidarschuldner existieren.

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

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

-
- [1] Vgl. RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 63.
- [2] MARKUS VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff., S. 229.
- [3] ERIC OLIVIER MEIER, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Diss. Zürich 2009 = SSHW Band 286, Zürich/St. Gallen 2010, S. 77; VISCHER (Nr. 2), S. 229.
- [4] MEIER (Nr. 3), S. 80 f.
- [5] CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017](#), Jusletter vom 24. September 2018, Rz. 6 *in fine*.
- [6] MEIER (Nr. 3), S. 130; VISCHER (Nr. 2), S. 229.
- [7] MEIER (Nr. 3), S. 131 f.; VISCHER (Nr. 2), S. 229.
- [8] MEIER (Nr. 3), S. 106 ff.; VISCHER (Nr. 2), S. 230.
- [9] MEIER (Nr. 3), S. 133; VISCHER (Nr. 2), S. 230.
- [10] Urteil des Bundesgerichts [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022 Sachverhalt Teil A.a.
- [11] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_64/2020](#) vom 6. August 2020 E. 5; BGE [143 II 297](#) E. 6.4.1 S. 331.
- [12] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_120/2022](#) vom 23. November 2022 E. 7.1.3; Urteil des Bundesgerichts [4A_64/2020](#) vom 6. August 2020 E. 5; BGE [131 III 217](#) E. 3 S. 219 = Pra 2006, Nr. 6, S. 45.
- [13] Art. 57 [ZPO](#), siehe auch Art. 106 Abs. 1 [BGG](#).
- [14] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_64/2020](#) vom 6. August 2020 E. 5.
- [15] MILOS KARIC/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen?](#), in: dRSK, publiziert am 26. Oktober 2022, Rz. 13; URS FASEL, Abschied von *iura novit curia* und der Rechtseinheit?, SJZ 2022, S. 934 ff.
- [16] Z.B. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 331 ff. m.w.H., im Allgemeinen; SIMON MEYER, Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band 313, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 201 ff., zum Vertrag zur Durchführung einer *Due Diligence*.
- [17] BGE [127 III 328](#) E. 2c S. 330 f.; siehe auch BGE [141 V 330](#) E. 4.1 S. 336; BGE [130 III 345](#) E. 3.2 S. 352.
- [18] Vgl. MARIEL HOCH/PETER CH. HSU/KATJA ROTH PELLANDA, Due Diligence und Vertrag, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung. Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 323 ff., S. 342; vgl. auch PETER KURER, Auktionsverfahren beim Verkauf von Unternehmen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 159 ff., S. 167.
- [19] Z.B. MEIER (Nr. 3), S. 133.
- [20] Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 1), Rz. 64.
- [21] Dazu ausführlich WALTER FELLMANN/SIMON LEU, Haftung bei Delegation und Subdelegation von Dienstleistungen, ZBJV 2022, S. 145 ff.
- [22] Urteil des Bundesgerichts [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022 Sachverhalt Teile B.e und B.f; Urteil der

Genfer *Cour de justice* [ACJC/881/2021](#) vom 1. Juli 2021 E. 4.2.

[23] Urteil des Bundesgerichts [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022 E. 6.

[24] URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 115 ff.

[25] Zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts [4C.409/2005](#) vom 21. März 2006 E. 2.3.1; Urteil des Bundesgerichts [4C.36/2001](#) vom 2. Juli 2001 E. 5a; SCHENKER (Nr. 24), S. 116 und 118; PETER R. ISLER, Letter of Intent, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 1 ff., S. 10 und 14.

[26] Wohl im Namen und im Auftrag der Käuferin, obwohl dies das Bundesgericht so nicht sagt.

[27] Urteil des Bundesgerichts [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022 Sachverhalt Teil A.b.

[28] Urteil der Genfer *Cour de justice* [ACJC/881/2021](#) vom 1. Juli 2021 Sachverhalt Teil C.IV.

[29] Urteil des Bundesgerichts [4A_445/2019](#) vom 18. Februar 2020 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts [4A_321/2012](#) vom 14. Januar 2013 E. 4.2; BGE [107 II 419](#) E. 1 S. 422; SCHENKER (Nr. 24), S. 219; MARKUS VISCHER, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, S. 129 ff., S. 129.

[30] Urteil des Bundesgerichts [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022 E. 4.2 und 5.2.

[31] HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 197 OR N 1; MARKUS VISCHER, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, S. 1168 ff., S. 1168; ROLF WATTER/CHARLOTTE WIESER, Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitschmid/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 149 ff., S. 153, 155 und 165; VISCHER (Nr. 29), S. 129; siehe auch Urteil des Bundesgerichts [4A_97/2016](#) vom 11. August 2016 E. 2.3, wonach beim *Asset Deal* (Betriebskauf) das Unternehmen selbst und nicht nur einzelne Gegenstände Vertragsgegenstand sind.

[32] Urteil des Bundesgerichts [4A_445/2019](#) vom 18. Februar 2020 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts [4A_321/2012](#) vom 14. Januar 2013 E. 4.2; BGE [107 II 419](#) E. 1 S. 422.

[33] BSK OR I-HONSELL (Nr. 31), Art. 197 OR N 1; VISCHER (Nr. 31), S. 1168; VISCHER (Nr. 29), S. 129; MARKUS VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, S. 335 ff., S. 337 f.

[34] Einlässlich zum Ganzen die von MARKUS VISCHER und DARIO GALLI verfasste und in der SZW 2/2023 (S. 256 ff.) erschienene Urteilsbesprechung.

[35] Zur Einordnung der *culpa in contrahendo*-Haftung bei der unerlaubten Handlung MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. BGer [4A_285/2017](#): Deliktische Haftung infolge absichtlicher Täuschung – Abschied von der *cic*- bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur»?; AJP 2018, S. 908 ff., S. 909 ff.

[36] PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 3702.

[37] Dazu z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Nr. 36), Rz. 3750 ff.

[38] GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Nr. 36), Rz. 3719a.

[39] BRIGITTA KRATZ, Berner Kommentar, Bern 2015, Art. 147 OR N 77 (beschränkte Gesamtwirkung); ihr folgend GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Nr. 36), Rz. 3719a (Anm. 63); siehe auch Urteil des Bundesgerichts [4A_536/2017](#) vom 3. Juli 2018 E. 7, wo das Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall aber mit quasi umgekehrten Vorzeichen den vergleichsweise erfolgten Honorarverzicht der Revisionsstelle dem mit der Revisionsstelle solidarisch haftenden Verkäufer anrechnet.

[40] Urteil des Bundesgerichts [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022 Sachverhalt Teil B.a.

[41] Urteil des Bundesgerichts [4A_480/2021](#) vom 9. November 2022 Sachverhalt Teil B.e.

Zitiervorschlag: Markus Vischer / Dario Galli, Unrichtige Due Diligence-Berichte und ihre Folgen bei einem Unternehmenskauf, in: dRSK, publiziert am 5. Mai 2023

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch