



Kommentar zu: Urteil: [4A_445/2019](#) vom 18. Februar 2020
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Unterlassene Offenlegung von Warning Letters in der Due Diligence

Autor / Autorin

Andrea Futter, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_445/2019 vom 18. Februar 2020 bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, dass bei einem Gesellschafts Kauf (Share Deal) die Gesetzesbestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR) anwendbar sind. Es stellte zudem erneut fest, dass sich die gesetzliche Sachmängelhaftung nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft bezieht, sondern bloss auf den Bestand und den Umfang der mit den Aktien veräusserten Rechte. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien haftet laut Bundesgericht ein Verkäufer gemäss Art. 197 Abs. 1 OR nur dann, wenn er dies dem Käufer zugesichert hat.

Sachverhalt

[1] B, C, D, E, F, G und H (Verkäufer, Beklagte, Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) veräusserten mit Aktienkaufvertrag vom 22. Mai 2007 (nachfolgend: Aktienkaufvertrag) sämtliche Aktien der A AG (nachfolgend: Gesellschaft), einer zur Entwicklung und zum Vertrieb rezeptfreier homöopathischer Arzneimittel gegründeten Gesellschaft, an die J AG, die in der Folge zur A Holding AG (Käuferin, Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Käuferin) umfirmiert wurde (Sachverhalt Teil A).

[2] Dem Kauf ging eine «Indikative Bewertung der A. Gruppe» durch die Deloitte Financial Advisory Services AG (nachfolgend: Deloitte) und eine *Due Diligence*-Prüfung unter Leitung der Deloitte voraus. Nach der im Kaufvertrag abgegebenen Zusicherung waren in allen Vertriebsländern die erforderlichen gesundheitsrechtlichen Bewilligungen eingeholt, keine strengeren Vertriebsvorschriften amtlich angekündigt oder bekannt, keine Prozesse oder Verwaltungsverfahren hängig oder in Aussicht und im Rahmen der Verkaufsverhandlungen alle für den Wert und die weitere Tätigkeit der Gesellschaft wesentlichen Dokumente vorgelegt worden (Sachverhalt Teil A).

[3] Im Sommer 2008 sowie im Frühjahr 2009 und im Mai 2011 beschlagnahmte die *Food and Drug Administration* der USA (nachfolgend: FDA) diverse homöopathische Produkte der Käuferin bei der Einfuhr in die USA wegen

unzulässiger Kennzeichnung. Die Produkte konnten teilweise erst nach Umbenennung, teilweise gar nicht mehr in den USA vertrieben werden. Mit Mängelanzeige vom 26. Juni 2009 rügte die Käuferin gegenüber den Verkäufern eine Verletzung ihrer Zusicherungen und meldete Gewährleistungsansprüche an, weil die FDA der Gesellschaft bereits am 5. Mai 2003 und am 16. August 2005 «*Warning Letters*» hinsichtlich der Produktkennzeichnung zugesandt hatte, die in den Verkaufsverhandlungen nie erwähnt worden seien. Die Verkäufer bestritten die Massgeblichkeit der «*Warning Letters*» und widersetzten sich den Gewährleistungsansprüchen (Sachverhalt Teil A).

[4] Am 30. Oktober 2013 beehrte die Käuferin im Wesentlichen vor dem Bezirksgericht Bremgarten, die Verkäufer seien zu verpflichten, ihr jeweils unterschiedliche Beträge zu bezahlen. Die Käuferin forderte damit von den Verkäufern – im Verhältnis von deren vormaligen Aktienanteilen – Ersatz der ihr in den Jahren 2011 und 2012 entstandenen Kosten der Umbenennung ihrer Produkte sowie des ihr in diesen Jahren infolge der Massnahmen der FDA angeblich entgangenen Gewinns im Betrag von insgesamt USD 13'478'076 (Sachverhalt Teil B.a).

[5] Das Obergericht des Kantons Aargau wies die von der Käuferin erhobene Berufung mit Entscheid vom 27. Juni 2019 ab (Sachverhalt Teil B.b).

[6] Mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht beehrte die Käuferin u.a. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids (Sachverhalt Teil C). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat (E. 6).

Erwägungen

[7] Es sei unbestritten, dass zwischen den Parteien ein Unternehmenskaufvertrag vereinbart und abgewickelt worden sei, worauf nach ständiger Rechtsprechung die Gesetzesbestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187 ff. [OR](#)) anwendbar seien. Beim *Share Deal* (Erwerb von Aktien oder Anteilen), wie dieser vorliegend zur Diskussion stehe, beziehe sich die gesetzliche Gewährleistung aber nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern sei auch bei einem Verkauf aller Aktien bloss für den Bestand und den Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben, unabhängig davon, ob die Aktien als Urkunden ausgegeben worden seien oder nicht. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien würden die Verkäufer gemäss Art. 197 OR nur dann haften, wenn sie dafür besondere Zusicherungen abgegeben hätten. Die Käuferin begründe ihre Ansprüche mit einer absichtlichen Täuschung. Seien die Haftungsvoraussetzungen erfüllt, habe die Käuferin die Wahl, den Kauf rückgängig zu machen (Wandelung) oder Ersatz des Minderwertes (Minderung) zu fordern (Art. 205 Abs. 1 OR). Daneben bestehe konkurrenzierend ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 ff. OR. Sowohl die Zusprechung von Schadenersatz (Art. 97 i.V.m. Art. 42 OR) als auch der Ersatz des Minderwertes, den die Käuferin alternativ begehre, würden eine absichtliche Täuschung über eine Eigenschaft der Kaufsache fordern, wodurch die irrende Käuferin eine Vermögenseinbusse erlitten habe (E. 2.1).

[8] Anschliessend fasste das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz zusammen. Diese habe den Beweis als gescheitert erachtet, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags die «*Warning Letters*», die zwar Bestrebungen für Verkaufsbeschränkungen oder Androhungen für Verwaltungsverfahren darstellen würden, noch Geltung gehabt hätten. Denn nachdem die Verkäufer ihre Produktebezeichnungen geändert hatten und der FDA geantwortet hatten, vernahmen sie nichts mehr von der FDA, die dazumal unbestritten keinen förmlichen Erledigungsprozess für «*Warning Letters*» kannte. Es hätten deshalb begründete Zweifel daran bestanden, dass die streitgegenständlichen Verkaufsbeschränkungen auf dem gleichen Sachverhalt gründeten wie die «*Warning Letters*». Gemäss Vorinstanz sind die «*Warning Letters*» jedoch für den «Wert und die weitere Tätigkeit der Gesellschaft wesentliche Dokumente», welche die Verkäufer – entgegen ihrer vertraglichen Zusicherung – nicht vorgelegt hatten. Insoweit hätten sie eine Täuschungshandlung begangen. Als nächsten Schritt habe die Vorinstanz geprüft, ob die Verkäufer auch mit Täuschungsabsicht handelten, was sie verwarf. Die Verkäufer rechneten weder damit (Wissenselement), noch nahmen sie in Kauf (Willenselement), die Käuferin durch das Verschweigen der «*Warning Letters*» zu täuschen. Vielmehr sei anzunehmen, dass die Verkäufer die Schreiben der FDA als erledigt und für den Verkauf der Gesellschaft als irrelevant betrachtet hätten, hätten sie ihre Produkte

doch weiterhin unbeschränkt in die USA exportieren können und keine Beanstandungen bei einer Inspektion der FDA im Jahre 2006 erhalten. Infolge zu verneinender Täuschungsabsicht könne offenbleiben, ob die Käuferin sich überhaupt aufgrund der Täuschungshandlung in einem Irrtum befand (E. 2.2).

[9] Die Käuferin rügte vor Bundesgericht, die Vorinstanz habe den Rechtsbegriff des Täuschungsvorsatzes verkannt und in diesem Zusammenhang Beweise willkürlich gewürdigt. Insofern die Käuferin in ihrer Begründung der Vorinstanz zu unterstellen versuche, einen direkten Vorsatz gefordert zu haben, könne ihr nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz habe ausdrücklich betont, dass Eventualvorsatz in Bezug auf die Täuschungsabsicht genüge. Die Käuferin mache sodann geltend, die Vorinstanz habe im Widerspruch zum Urteil des Bundesgerichts [4A_301/2010](#) vom 7. September 2010 E. 3.3 für den Eventualvorsatz zusätzlich verlangt, dass die Verkäufer das von den «*Warning Letters*» ausgehende Risiko für den «Rechtsstreit» in den USA zutreffend einschätzen konnten. Das Bundesgericht musste sich aus prozessualen Gründen nicht mit dieser Rüge befassen und wies daher die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 3, 4 und 5).

Kurzkomentar

[10] Gegenstand dieses Urteils bildete der Kauf einer zur Entwicklung und zum Vertrieb rezeptfreier homöopathischer Arzneimittel gegründeten Gesellschaft, der als Gesellschafts Kauf (*Share Deal*) abgewickelt wurde (Erwerb von Aktien). Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass auf einen Unternehmenskaufvertrag nach ständiger Rechtsprechung die Gesetzesbestimmungen des Fahrniskaufs (Art. 187 ff. OR) anwendbar seien. Das Bundesgericht scheint nicht zwischen einem Gesellschafts Kauf (*Share Deal*) und einem Betriebskauf (*Asset Deal*) zu unterscheiden. Sollte dies zutreffen, würde das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung ändern, wonach es den dem Betriebskauf (*Asset Deal*) zugrundeliegenden Vertrag als Vertrag *sui generis* qualifiziert (BGE [129 III 18](#) E. 2.1 S. 21 = Pra 2003, Nr. 30, S. 153). Eine derartige Änderung der Rechtsprechung wäre zwar zu begrüssen (z.B. ROLF WATTER/CHARLOTTE WIESER, Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/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. 152; URS SCHENKER, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Rudolf Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions VII, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 239 ff., S. 247 f.; MARKUS VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübernahmevertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, S. 335 ff., S. 338), kann aber allein aus der eben erwähnten Aussage des Bundesgerichts (E. 2.1) nicht ohne Weiteres abgeleitet werden.

[11] Im Kern drehte sich das vorliegende Urteil um die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers eines Unternehmens. Das Bundesgericht hielt zu dieser Frage fest, dass sich die gesetzliche Sachmängelhaftung beim Gesellschafts Kauf (*Share Deal*) nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft beziehen könne, sondern nur auf den formellen Kaufgegenstand, d.h. die (verbrieften oder unverbrieften) Anteile. Ein Aktienverkäufer haftet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur für den wirtschaftlichen Wert der Aktien, wenn er dies dem Aktienkäufer zugesichert hat. Damit bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts [4A_321/2012](#) vom 14. Januar 2013 E. 4.2; BGE [107 II 419](#) E. 1 S. 422). Diese Rechtsprechung wird in der Lehre zu Recht kritisiert. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise muss bei einem Unternehmenskaufvertrag – zumindest, wenn der Käufer so viele Anteile kauft, dass diese ihm die Kontrolle über das verkaufte Unternehmen verschaffen – das Unternehmen als Kaufgegenstand betrachtet werden, weshalb sich die gesetzliche Sachmängelhaftung auch auf die Vermögenswerte der Gesellschaft beziehen muss (URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 427; RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 191; MARKUS VISCHER, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, S. 1168 ff.).

[12] Ebenso kritisiert die Lehre, dass das Bundesgericht den Schadenersatzanspruch bei einer Gewährleistungsverletzung auf Art. 97 ff. OR abstützt. Nach der Übertragung aller Besonderheiten des kaufrechtlichen Sachmängelrechts (wie z.B. Rügeobliegenheit, Verjährung oder Haftungsfreizeichnung) auf den Anspruch nach Art. 97 ff. OR durch das Bundesgericht ist diese Kontroverse aber ohne praktische Bedeutung

(z.B. HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Vor Art. 197–210 OR N 6).

[13] Eine Tatsachenverschweigung stellt nur dann eine Täuschung dar, wenn eine Aufklärungspflicht besteht (Urteil des Bundesgerichts [4A_141/2017](#) vom 4. September 2017 E. 3.1.1.1, nicht publiziert in: BGE [143 III 495](#)). Eine solche kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift oder aus Vertrag ergeben, ausserdem auch dann, wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist (Urteil des Bundesgerichts [4A_285/2017](#) vom 3. April 2018 E. 6.1; BGE [117 II 218](#) E. 6a S. 228). Tendenziell ist eine Aufklärungspflicht zu bejahen, wenn eine Wissenslücke zwischen den Parteien vorliegt, eine Partei besondere Fachkenntnisse besitzt und/oder ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien besteht (MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR, SZW 2017, S. 509 ff., S. 510 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Eine allgemeine Aufklärungspflicht besteht jedoch nicht (Urteil des Bundesgerichts [4C.26/2000](#) vom 6. September 2000 E. 2a/bb; zur Thematik der Opfermitverantwortung vgl. insbesondere MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Entscheidbesprechungen. BGer [4A_141/2017](#): Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff.).

[14] Das Bundesgericht nimmt im Einklang mit der Lehre bei einem Unternehmenskauf aufgrund der Komplexität der Transaktion und der Informationsasymmetrie sehr schnell eine Aufklärungspflicht an (Urteil des Bundesgerichts [4A_301/2010](#) vom 7. September 2010 E. 3.3; siehe auch OLIVER BELDI, Die Auswirkungen der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmenskauf, in: Carl Baudenbacher/Juliane Kokott [Hrsg.], Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Basel 2011, S. 1 ff., S. 15 f.). Die Vorinstanz bejahte inzident das Vorliegen einer Aufklärungspflicht, indem sie prüfte, ob die Verkäufer die Käuferin getäuscht hatten. Dazu führte sie aus, dass die «*Warning Letters*» keine Geltung hatten, da die Verkäufer, nachdem sie ihre Produktebezeichnungen geändert und der FDA geantwortet hatten, nichts mehr von der FDA vernahmen. Die «*Warning Letters*» sind laut Vorinstanz allerdings für den «Wert und die weitere Tätigkeit der Gesellschaft wesentliche Dokumente», welche die Verkäufer – entgegen ihrer vertraglichen Zusicherung – nicht vorlegten. Insoweit bejahte die Vorinstanz eine Täuschungshandlung der Verkäufer.

[15] Gemäss Vorinstanz handelten die Verkäufer nicht mit Täuschungsabsicht, da sie weder damit rechneten (Wissenselement) noch in Kauf nahmen (Willenselement), die Käuferin durch das Verschweigen der «*Warning Letters*» zu täuschen. Vielmehr ist der Vorinstanz zufolge anzunehmen, dass die Verkäufer die Schreiben der FDA als erledigt und für den Verkauf des Unternehmens als irrelevant betrachteten, hätten sie ihre Produkte doch weiterhin unbeschränkt in die USA exportieren können und keine Beanstandungen bei einer Inspektion der FDA im Jahre 2006 erhalten. Diese Schlussfolgerung mag aus Sicht der Käuferin ungerecht sein, steht aber im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts. Im Urteil des Bundesgerichts [4A_23/2016](#) vom 19. Juli 2016 E. 8.2 hielt das Bundesgericht (unter Berufung auf PETER GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch [Hrsg.], Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 3 ff., S. 21) fest, dass ein Eventualvorsatz bei einer unterlassenen Aufklärung nur anzunehmen sei, wenn der Täuschende *tatsächlich* erkennt, dass sich der Vertragspartner irrt. Wer nämlich nicht tatsächlich erkennt, dass sich der Vertragspartner irren könnte, nimmt nicht billigend in Kauf, dass dieser in die Irre geleitet und dadurch zum Vertragsabschluss bestimmt wird.

MLaw ANDREA FUTTER, Substitutin Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

Zitiervorschlag: Andrea Futter / Dario Galli / Markus Vischer, Unterlassene Offenlegung von Warning Letters in

der Due Diligence, in: dRSK, publiziert am 28. Oktober 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch