Verletzung einer Bilanzzusicherung

Bundesgerichtsurteil 4A_211/2023 vom 11. Januar 2024

Mit Bemerkungen von Dario Galli und Markus Vischer*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
- **1. Involvierte Personen**
- **2. Abschluss Aktienkaufvertrag**
- **3. Prozessgeschichte**

II. Erwägungen des Bundesgerichts
- **1. Zu hoch ausgewiesene stille Reserven**
- **2. Zu tief bilanzierte Steuerverbindlichkeiten**
- **3. Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit?**

III. Bemerkungen
- **1. Vorbemerkung**
- **2. Auslegung der allgemeinen Bilanzzusicherung**
- **3. Auslegung der Freizeichnungsklausel**
- **4. Keine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit**

I. Sachverhalt

1. Involvierte Personen

A.A (Käuferin und Klägerin, nachfolgend: Käuferin) und B (Verkäufer, Beklagter und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) waren Aktionäre der C AG (nachfolgend: Zielgesellschaft), wobei sie nicht die einzigen Aktionäre waren. Die Zielgesellschaft ist Alleinaktionärin der A + B AG (nachfolgend: Tochtergesellschaft), die ein Gipsergeschäft[1] betreibt.[2]

Der Verkäufer war Verwaltungsratspräsident der Tochtergesellschaft. Zudem war er Mitglied des Verwaltungsrates der Zielgesellschaft. Ab 2008 nahm der Sohn der Käuferin als ihr Vertreter im Verwaltungsrat der Zielgesellschaft Einsitz. Er war ausserdem ab 2008 Verwaltungsratsmitglied der Tochtergesellschaft.[3]

2. Abschluss Aktienkaufvertrag

Am 22.10.2012 schlossen die Aktionäre der Zielgesellschaft einen Aktienkaufvertrag (AKV), der am 3.12.2012 vollzogen wurde und mit dem die Käuferin, handelnd durch ihren Sohn, vom Verkäufer 125 Namenaktien der Zielgesellschaft erwarb. Zuvor war eine *Pre Due Diligence* durchgeführt worden.[4]

Nach Art. 16 Abs. 1 AKV sichern die Verkäufer zu, dass die geprüften Jahresabschlüsse der Gesellschaft[5] per 31.12.2010 und 31.12.2011 dem Gesetz und der stetigen Rechnungslegungspraxis der Zielgesellschaft entsprächen und zum jeweiligen Bilanzstichtag vollständig und richtig seien. Art. 18 Abs. 2 AKV hält sodann fest, die Zielgesellschaft habe im Jahresabschluss per 31.12.2011 ausreichende spezifische Rückstellungen für alle zukünftigen Steuern und Abgaben gebildet, die nach dem pflichtgemässen Kenntnisstand der Verkäufer und der Zielgesellschaft auf Bemessungsperioden bis zu diesem Stichtag erhoben würden.[6]

Sämtliche Zusicherungen stehen allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Käuferinnen als Aktionäre oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat der Gesellschaft[7] allfällige haftungsbegründete [sic! *recte* wohl haftungsbegründende] Tatsachen nicht gekannt hätten (Art. 12 Abs. 5 AKV).[8]

3. Prozessgeschichte

Die Käuferin verlangte am 2.6.2017 beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost, der Verkäufer sei zu verpflichten, der Zielgesellschaft CHF 350 445.10 nebst Zins zu bezahlen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, in der Bilanz der Tochtergesellschaft seien die Steuerverbindlichkeiten bis Ende 2011 um insgesamt CHF 660 890.25 zu tief ausgewiesen worden. Weiter seien die mit insgesamt CHF 20 982 193.40 angegebenen «angefangenen Arbeiten» der Tochtergesellschaft nur im Umfang von CHF 17 191 885.17 tatsächlich vorhanden gewesen.[9] Am 23.9.2021 wies das Zivilkreisgericht die Klage ab.[10] Mit Entscheid[11] vom 6.12.2022 bestätigte das Kantonsgericht Basel-Landschaft die Klageabweisung.[12]

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragten B.A, C.A und D.A als Erben der mittlerweile verstorbenen Käuferin (Erben und Beschwerdeführer, nachfolgend:

* Dr. iur. *Dario Galli*, LL.M., und Dr. iur. *Markus Vischer*, LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

1 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 Sachverhalt Teil A.

2 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil A Ingress.

3 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil A.a.

4 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil A.b.

5 Siehe zur Bedeutung dieses Begriffs Kapitel III.2.2.

6 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil A.c.

7 Siehe zur Bedeutung dieses Begriffs Kapitel III.2.2.

8 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil A.c.

9 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil B Ingress.

10 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil B.a.

11 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022.

12 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil B.c.

Erben) beim Bundesgericht im Wesentlichen, den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück zur Beurteilung des Anspruchs für die angeblich zu tief ausgewiesenen Steuerverbindlichkeiten im Quantitativ. Im Übrigen (namentlich in Bezug auf die stillen Reserven im Zusammenhang mit angefangenen Arbeiten) wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.[13]

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Zu hoch ausgewiesene stille Reserven

Die Erben rügten, die Vorinstanz habe Art. 16 Abs. 1 AKV zu eng ausgelegt. Die Verkäufer hätten zugesichert, dass die geprüften Jahresabschlüsse der Gesellschaft dem Gesetz und der stetigen Rechnungslegungspraxis entsprächen und vollständig und richtig seien. Dabei handle es sich entgegen der Feststellung der Vorinstanz nicht lediglich um eine Zusicherung in Bezug auf die bilanzierten Elemente der Jahresabschlüsse. Erfasst seien vielmehr sämtliche Bestandteile der Jahresrechnung und somit auch die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung. Woraus sich dies zwingend ergeben sollte, würden die Erben indessen nicht rechtsgenüglich darlegen. Insoweit sei – so das Bundesgericht – die Beschwerde mangelhaft begründet.[14]

2. Zu tief bilanzierte Steuerverbindlichkeiten

2.1 Streitfrage

Die Vorinstanz habe erkannt, Art. 12 Abs. 5 AKV[15] habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von den Vertragsparteien so verstanden werden dürfen und müssen, die Zusicherungen der Verkäufer stünden unter dem Vorbehalt, dass die Käuferinnen als Aktionärinnen oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat der Gesellschaft allfällige haftungsbegründende Tatsachen nicht gekannt hatten oder nicht hätten kennen müssen. Die Vorinstanz habe dabei angenommen, die Erstinstanz habe – anders als die Parteien vorbrachten – den übereinstimmenden wirklichen Willen gestützt auf die Willenstheorie ermittelt.[16]

Das Bundesgericht erwog, dass die kantonalen Instanzen mit ihrer Vertragsauslegung sich auf die Umstände gestützt hätten, die bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu berücksichtigen seien. Die Vorinstanz gehe von einem tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen aus. Darauf könne zwar auch allein aus den für eine Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip massgebenden Umständen geschlossen werden. Es genüge aber nicht, dass die Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führe (sonst wäre die Irrtumsanfechtung bei normativem Konsens regelmässig ausgeschlossen, was nicht der Fall sei). Auf einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen lasse sich vielmehr erst schliessen, wenn die Behauptung einer Partei, sie habe den Vertrag tatsächlich anders verstanden, unglaubwürdig erscheine, weil die zu berücksichtigenden Umstände ein Missverständnis ausschlössen. Zu dieser Voraussetzung äussere sich weder die Vor- noch die Erstinstanz. Dies führe, falls die Erstinstanz wirklich einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen festgestellt haben sollte, dazu, dass die Parteien dies nicht bemerkt hätten. Insoweit frage sich, ob die kantonalen Entscheide den Begründungsanforderungen genügten. Die Frage könne offenbleiben.[17]

2.2 Analyse der Vorinstanzen

Die kantonalen Instanzen hätten an die Pflichten eines Verwaltungsrats nach Art. 716*a* OR angeknüpft und seien zum Schluss gekommen, ein Verwaltungsrat (*recte:* Verwaltungsratsmitglied) könne sich nicht darauf berufen, gewisse Informationen nicht gehabt zu haben, die er nach der gesetzlichen Konzeption zur korrekten Erfüllung seiner Pflichten zwingend hätte haben müssen. Art. 716*a* OR liste die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates auf. Daraus könne allenfalls geschlossen werden, welche Informationen ein Verwaltungsrat (*recte:* Verwaltungsratsmitglied) besitzen (und sich nötigenfalls

13 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil C und E. 7.

14 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 4 Ingress.

15 «Sämtliche Zusicherungen und Garantien stehen zudem unter dem Vorbehalt, dass die Käuferinnen als Aktionäre oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat der Gesellschaft allfällige haftungsbegründete Tatsachen nicht gekannt haben.» (vgl. KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.1).

16 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5 Ingress.

17 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.3.

auch verschaffen) müsse, um seine Aufgaben korrekt zu erfüllen. Diesbezüglich könne er sich nicht damit entlasten, dass er an sich verfügbare Informationen tatsächlich nicht gekannt habe.[18]

2.3 Analyse des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, was ein Verwaltungsrat (*recte:* Verwaltungsratsmitglied) kennen müsse, um seine Aufgabe korrekt zu erfüllen, sagte aber noch nichts darüber aus, ob es im Kaufvertrag eine Rolle spiele, über welche Informationen eine Partei verfügen könnte und müsste, oder ob nur massgebend ist, was diese Partei tatsächlich gewusst habe. Das könnten die Parteien im Kaufvertrag frei entscheiden. Nach Art. 200 Abs. 2 OR komme dabei Umständen, die dem Käufer tatsächlich nicht bekannt waren, im Rahmen von Zusicherungen keine Bedeutung zu, auch wenn er sie hätte kennen können und müssen. Zu prüfen war, ob die Parteien hier gültig von Art. 200 OR abgewichen seien.[19]

2.3.1 Grammatikalisches Auslegungselement

Was den Wortlaut betreffe, setze eine Haftung des Verkäufers nach Art. 12 Abs. 5 AKV voraus, dass die Käuferinnen als Aktionäre oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat der Zielgesellschaft allfällige haftungsbegründende Tatsachen nicht gekannt haben. Von Tatsachen, die sie hätten kennen müssen, sei nicht die Rede. Die kantonalen Instanzen würden Letzteres zwar aus Art. 716*a* OR ableiten. Diese Bestimmung erwähne der AKV aber nicht. Der Wortlaut spreche nicht von kennen müssen und damit nicht für das Auslegungsergebnis der kantonalen Instanzen.[20]

2.3.2 Systematisches Auslegungselement

Dass sich die Käuferin nicht nur das Wissen, sondern auch das «Wissenmüssen» ihres Sohnes anrechnen lassen müsse, ergebe sich nach Ansicht der Vorinstanz auch aus der systematischen Zuordnung von Art. 12 Abs. 5 AKV, der als letzter Absatz von Art. 12 AKV die Haftungsbeschränkung bezüglich vertraglicher Zusicherungen regle. Die Systematik spreche dafür, dass einerseits der Sohn der Käuferin alle offengelegten Dokumente in der *Pre Due Diligence* gekannt habe – bzw. aufgrund seiner Verwaltungsratsfunktion hätte kennen müssen, soweit er Nichtwissen behaupten würde – und andererseits das Wissen bzw. Wissenmüssen des Sohnes der Käuferin zugerechnet werde. Diese Ausführungen seien – so das Bundesgericht – nicht nachvollziehbar.[21]

Wären die Parteien – so das Bundesgericht – einerseits davon ausgegangen, der Sohn hätte aufgrund seiner Verwaltungsratsfunktion die Dokumente in der *Pre Due Diligence* kennen müssen, und hätten sie andererseits Art. 12 Abs. 5 AKV tatsächlich so verstanden, dass der Käuferin auch das Wissenmüssen ihres Sohnes anzurechnen sei, wäre Art. 12 Abs. 2 AKV[22] überflüssig – er würde von Abs. 5 umfasst. Systematisch sei vielmehr zu beachten, dass der AKV in Art. 12 Abs. 2 ausdrücklich festhalte, wann einer Partei eine Kenntnis zugerechnet werden soll, unabhängig davon, ob sie diese tatsächlich besitze. Auch in Art. 18 Abs. 2 AKV beziehe sich bereits der klare Wortlaut auf den pflichtgemässen Kenntnisstand der Verkäufer. Sollen Tatsachen unabhängig davon als bekannt gelten, ob eine Partei sie tatsächlich kenne, hätten die Parteien dies im Vertragstext ausdrücklich festgehalten. Dies hätten sie in Art. 12 Abs. 5 AKV nicht getan. Das spreche dagegen, dass dort (nicht von Art. 12 Abs. 2 AKV erfasste) Tatsachen als bekannt angesehen werden, die nicht bekannt waren, sondern nur hätten bekannt sein müssen. Auch die systematische Auslegung spreche nicht für das von den kantonalen Instanzen angenommene Auslegungsergebnis.[23]

2.3.3 Teleologisches Auslegungselement

Was den Zweck anbelange, würden die kantonalen Instanzen auf Ziffer 10 der Präambel des AKV verweisen, in der festgehalten sei, dass die Vertragsparteien mittels dieses AKV bezweckten, die damals hängigen gerichtlichen Streitigkeiten zwischen den Vertragspar-

18 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.4.2.
19 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.4.2.
20 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.5.
21 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.6 Ingress.
22 «Die Käuferinnen bestätigen, dass sie vor Vertragsunterzeichnung am 4. und 5. Oktober 2012 eine Pre Due Diligence, anlässlich welcher die offengelegten Dokumente gesiegelt wurden, vorgenommen zu haben. Die aus diesen Dokumenten oder in diesem Vertrag offengelegten Tatsachen gelten als bekannt, und die Käuferinnen können aus solchen Tatsachen keine Gewährleistungsansprüche ableiten. Die Rechtsvertreter der Parteien erstellen bis zum Closing gemeinsam einen Datenträger, welcher sämtliche gesiegelten Dokumente umfasst und diesem Aktienkaufvertrag als Beilage 5 beigefügt wird.» (vgl. KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.1).
23 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.6.2.

teien beizulegen. Nach Ansicht der kantonalen Instanzen würde es daher keinen Sinn machen, wenn sich die Käuferinnen später – d.h. nach Abschluss des AKV – auf (vermeintliche) Mängel berufen könnten, die ihnen aufgrund ihrer Stellung als Aktionäre oder als durch im Verwaltungsrat Vertretene bekannt waren oder zumindest hätten bekannt sein müssen.[24]

Das Bundesgericht erwog, würden Zusicherungen abgegeben, diene dies nach den Grundsätzen von Art. 200 Abs. 2 OR insoweit der Streitvermeidung, als für den Käufer Grundlagen geschaffen würden, auf die er sich verlassen könne, sofern er nicht wisse, dass sie nicht zuträfen. Dadurch würden einerseits Streitigkeiten darüber ausgeschlossen, ob die zugesicherten Eigenschaften vorausgesetzt werden dürften, und andererseits entfielen Streitigkeiten darüber, was der Käufer hätte wissen müssen. Es verbliebe als Prozessthema nur die Frage, ob der Kaufgegenstand die zugesicherte Eigenschaft tatsächlich aufweise, und falls nicht, ob der Käufer die Fehlerhaftigkeit der Zusicherung tatsächlich gekannt habe.[25]

Wohl könnten – so das Bundesgericht – die Parteien, um Streitigkeiten zu vermeiden, von den gesetzlichen Regelungen abweichen. Das hätten die Parteien hier auch getan, indem sie präzisiert haben, dass nicht nur das Wissen der Käufer massgebend sei, sondern auch dasjenige ihrer Vertreter im Verwaltungsrat. Zur Streitvermeidung trage eine derartige Abweichung aber nur bei, wenn sich deren Umfang aus der Vereinbarung klar ergebe, wie das in Bezug auf Umstände, die dem Sohn der Käuferin tatsächlich bekannt waren, der Fall sei, nicht aber in Bezug auf Umstände, die er hätte wissen müssen, von denen in Art. 12 Abs. 5 AKV keine Rede sei. Dort, wo die Parteien in Bezug auf die *Pre Due Diligence* Dokumente unabhängig von der tatsächlichen Kenntnis als bekannt voraussetzen (Art. 12 Abs. 2 AKV), hätten sie zudem durch die Siegelung und die Beilage 5 dafür gesorgt, dass jeder Streit darüber, welche Dokumente als bekannt gelten, ausgeschlossen werde – dies würde zunichte gemacht, wenn darüber hinaus alle Dokumente als bekannt gelten würden, die der Sohn der Käuferin hätte kennen müssen.[26]

2.3.4 Auslegungsergebnis

Die Auslegung der Vorinstanz sei rechtlich (in Bezug auf den Grundgedanken von Art. 200 OR) fehlerhaft und in tatsächlicher Hinsicht offensichtlich unhaltbar. Es spreche alles dafür, dass die Parteien genau das vereinbart haben, was im AKV stehe, nämlich, dass der Vorbehalt nach Art. 12 Abs. 5 AKV grundsätzlich nur die Tatsachen betreffe, welche tatsächlich bekannt waren, wobei sich die Käuferin die Tatsachen, die ihrem Sohn als Verwaltungsrat (*recte:* Verwaltungsratsmitglied) tatsächlich bekannt waren, anrechnen lassen müsse und nach Art. 12 Abs. 2 AKV zusätzlich sämtliche im Rahmen der *Pre Due Diligence* gesiegelten Dokumente als bekannt gälten. So würden Streitigkeiten darüber, was dem Sohn alles hätte bekannt sein können und müssen, vermieden.[27]

3. Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit?

Das Bundesgericht hielt fest, die kantonalen Instanzen schlössen allerdings eine Haftpflicht des Verkäufers mit Blick auf Art. 29 lit. b AKV ohnehin aus, da die Käuferin bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt den von ihr geltend gemachten Schaden hätte vermeiden können. Falls dem Sohn die Steuerrückstellungen zu tief erschienen wären, hätte er diesbezüglich im Verwaltungsrat eine Korrektur des Betrags verlangen und sich durchsetzen müssen. Diese Argumentation – so das Bundesgericht – sei im Ansatz verfehlt. Höhere Rückstellungen hätten den Schaden nicht verhindert. Der Schaden liege nicht darin, dass keine höheren Rückstellungen vorgenommen wurden, sondern darin, dass höhere Steuerforderungen bestünden als vertraglich zugesichert.[28]

III. Bemerkungen

1. Vorbemerkung

Das referierte Urteil ist schwer verständlich. Im Kern geht es um die Frage, ob der Verkäufer gegenüber der Käuferin[29] wegen Verletzung der von ihm im AKV ab-

24 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.7 Ingress.
25 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.7.2.
26 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.7.3.
27 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.9.
28 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 6.
29 Genau besehen stellt sich die Frage, ob der Verkäufer aufgrund des Ablebens der Käuferin gegenüber ihren Erben haftbar ist. Der Einfachheit halber wird nachfolgend jedoch stets von Käuferin gesprochen.

gegebenen Zusicherungen haftbar ist. Die Käuferin stützte ihren Anspruch – wie so oft in der Praxis[30] – auf die Bilanzzusicherung, die untechnisch[31] auch «Bilanzgarantie» genannt wird.[32]

Mit der allgemeinen Bilanzzusicherung sichert der Verkäufer zu, dass eine bestimmte (vergangene) Jahresrechnung, im Regelfall bestehend aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang,[33] und eventuell eine bestimmte Konzernrechnung[34] nach einem gewissen Rechnungslegungsstandard erstellt wurden *(relative Bilanzzusicherung).* Seltener sichert der Verkäufer zu, dass eine solche Jahresrechnung oder Konzernrechnung unabhängig von einem bestimmten Rechnungslegungsstandard ein objektiv richtiges Bild der Vermögens- und Ertragssituation der Zielgesellschaft vermittelt *(absolute*[35] *Bilanzzusicherung).*[36] Absolute Bilanzzusicherungen zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass der Verkäufer zusichert, es existierten keine anderen Passiven als die bilanzierten und/oder alle bilanzierten Forderungen seien in voller Höhe einbringlich.[37]

Vorliegend behauptete die Käuferin einerseits, dass der Verkäufer mittels der allgemeinen Bilanzzusicherung über ihren Wortlaut hinaus auch das Vorhandensein stiller Reserven mit Bezug auf angefangene Arbeiten zugesichert habe, und erachtete deshalb diese Zusicherung als verletzt (Kapitel III.2).[38] Andererseits machte sie geltend, dass die vom Verkäufer angerufene Freizeichnungsklausel nicht anwendbar und somit eine Haftung des Verkäufers wegen Verletzung der speziellen steuerlichen Bilanzzusicherung gegeben sei (Kapitel III.3).[39] Die Käuferin drang mit ihrer Argumentation vor Bundesgericht nur teilweise durch: Es verneinte zwar die Verletzung der allgemeinen Bilanzzusicherung im Hinblick auf die (angeblich) zu hoch ausgewiesenen stillen Reserven. Das Bundesgericht erachtete allerdings die Freizeichnungsklausel als nicht anwendbar. Deshalb wird sich die Vorinstanz erneut mit der Angelegenheit beschäftigen und prüfen müssen, ob die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung aufgrund der zu tief ausgewiesenen Steuerverbindlichkeiten verletzt wurde.[40] Richtigerweise

30 Vgl. etwa folgende Studien, denen zufolge in europäischen M&A-Transaktionen die Bilanzzusicherung die am häufigsten verletzte Zusicherung oder nach der Steuerzusicherung die am zweithäufigsten verletzte Zusicherung ist: Aon, 2024 Transaction Solutions Global Claims Study, S. 31 <*https://www.aon.com/getmedia/bf235d29-26ba-40a3-9571-b2f1c172067a/2024-Transaction-Solutions-Global-Claims-Study.pdf*> (zuletzt besucht am 30.9.2025); *Ingo Schleis/Christoph Schmitt,* W&I Insurance Claims on the Rise, M&A Review Europe, Heft 1/2020, S. 34–36, S. 35, <*https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/de/pdf/Themen/2020/08/w-and-i-insurance-claims-on-the-rise.pdf*> (zuletzt besucht am 30.9.2025); Hemsley Wynne Furlonge Partners Limited, Market Claims Study 2016–2023, S. 21, <*https://www.hwfpartners.com/wp-content/uploads/2023/10/HWF-Partners-Claims-Report-2023.pdf*> (zuletzt besucht am 30.9.2025). Siehe zudem z.B. folgende Bundesgerichtsurteile, welche die Richtigkeit der Jahresrechnung betrafen: BGer 4A_42/2009 vom 1.5.2009, wo statt einem zugesicherten Eigenkapital von CHF 426 000 eine Überschuldung von CHF 687 257 vorlag; BGer 4C.33/2004 und 4C.357/2005 vom 8.2.2006, wo in Verletzung einer Zusicherung zusätzliche Kreditoren von CHF 62 168.37 existierten; BGE 107 II 419, wo das Warenlager in der Bilanz überbewertet war.

31 Siehe z.B. *Thomas M. Müller,* Bilanzgarantien in Unternehmenskaufverträgen, ST 2009, S. 475–477, S. 475 (Anm. 9).

32 Siehe BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil B Ingress sowie E. 4 Ingress und 5 Ingress, wonach sich die Käuferin auf Art. 16 Abs. 1 AKV (angefangene Arbeiten) und Art. 18 Abs. 2 AKV (Steuerverbindlichkeiten) stützte.

33 Vgl. Art. 958 Abs. 2 OR; siehe auch Art. 961 OR betreffend Geldflussrechnung und Lagebericht.

34 Vgl. Art. 963 Abs. 1 OR.

35 Absolute Bilanzzusicherungen werden teilweise auch als «harte Bilanzzusicherungen» oder «objektive Bilanzzusicherungen» bezeichnet (betreffend deutsches Recht z.B. *Gerhard H. Wächter,* M&A-Litigation, 4. Aufl., Köln 2022, § 5.182).

36 Zu alledem: *Markus Vischer,* Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, S. 129–141, S. 139 f.; siehe auch *Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 372; *Urs Schenker,* Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 311 ff.; *Müller* (Fn. 31), S. 475 ff.; *Wolfgang Zürcher,* Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions IX, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 143–183, S. 161. Siehe ferner betreffend deutsches Recht z.B. *Wächter* (Fn. 35), § 5.166 ff., insbesondere § 5.166 f. und 5.171 f.

37 Betreffend deutsches Recht: *Wächter* (Fn. 35), § 5.172.

38 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.2; siehe auch BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 4 Ingress.

39 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.2; siehe auch BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5 Ingress.

40 Das Bundesgericht spricht in Ziff. 1 des Urteilsdispositivs (vgl. auch E. 7) etwas kryptisch davon, dass die «Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen

müsste die Vorinstanz vorfrageweise auch prüfen, ob der Sohn der Käuferin über Wissen verfügte, das die Haftung des Verkäufers aufgrund der Freizeichnungsklausel entfallen lässt. Denn die Vorinstanz verneinte die Haftung des Verkäufers stets mit dem Argument, dass dem Sohn die haftungsausschliessenden Sachverhaltselemente hätten bekannt sein müssen.[41]

2. Auslegung der allgemeinen Bilanzzusicherung

2.1 Würdigung des bundesgerichtlichen Auslegungsergebnisses

Die Käuferin behauptete, die angefangenen Arbeiten der Tochtergesellschaft seien bloss im Umfang von ca. CHF 17,1 Mio. statt von ca. CHF 20,9 Mio. vorhanden gewesen.[42] Sie machte mit anderen Worten geltend, die stillen Reserven seien zu hoch ausgewiesen worden, weshalb der Verkäufer schadenersatzpflichtig sei.

Die Käuferin stützte ihren Anspruch auf die allgemeine Bilanzzusicherung gemäss Art. 16 Abs. 1 AKV, die wie folgt lautet: *«Die Verkäufer sichern zu, dass die geprüften Jahresabschlüsse der Gesellschaft per 31. Dezember 2010 und 31. Dezember 2011 Gesetz und stetiger Rechnungslegungspraxis der Gesellschaft entsprechen und zum jeweiligen Bilanzstichtag vollständig und richtig sind. […]».*[43] Die allgemeine Bilanzzusicherung gemäss Art. 16 Abs. 1 AKV dürfte eine relative Bilanzzusicherung sein, auch wenn der letzte Teil des ersten Satzes eher für eine absolute Bilanzzusicherung spricht. Die Einschränkung, wonach die Jahresabschlüsse «Gesetz und stetiger Rechnungslegungspraxis der Gesellschaft [entsprechen]» dürfte auch in Bezug auf die Aussage gelten, wonach die Jahresabschlüsse vollständig und richtig sind.

Zwischen den Parteien herrschte ein reiner Auslegungsstreit[44] darüber, was der sachliche Geltungsbereich der allgemeinen Bilanzzusicherung ist. Die Käuferin hatte nämlich behauptet, dass der Verkäufer über den Wortlaut der allgemeinen Bilanzzusicherung hinaus auch das Vorhandensein gewisser stiller Reserven mit Bezug auf angefangene Arbeiten zugesichert habe. Mangels Vorliegens eines wirklichen Parteiwillens, legte die Vorinstanz die allgemeine Bilanzzusicherung bzw. Art. 16 Abs. 1 AKV (auch wenn sie dies nicht erwähnt) objektiv, d.h. gestützt auf das Vertrauensprinzip, aus. Sie kam dabei korrekterweise zum Schluss, dass unter «Jahresabschluss» nur die Jahresrechnung zu verstehen ist und sich deshalb die Zusicherung nicht auch auf andere Dokumente[45] bezieht, welche die stillen Reserven belegen.[46] Da der sachliche

[werde] zur Beurteilung des Anspruchs für die angeblich zu tief ausgewiesenen Steuerverbindlichkeiten im Quantitativ». Aufgrund der Verwendung des Worts «Quantitativ» (und der Begründung der Kostenverteilung in E. 7) könnte fälschlicherweise geschlossen werden, dass das Bundesgericht von einer Haftbarkeit des Verkäufers bzw. einer Zusicherungsverletzung ausgeht. Dagegen spricht jedoch, dass das Bundesgericht in Ziff. 1 des Urteilsdispositivs von «angeblich zu tief ausgewiesenen Steuerverbindlichkeiten» spricht, was es aber in der fast gleichlautenden E. 7 nicht tut. Weiter hat sich die Vorinstanz in der Sache noch gar nicht damit befasst, ob die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung verletzt ist. So hielt sie in allgemeiner Weise fest, dass die Frage geprüft werden müsse, «ob der Beklagte [d.h. der Verkäufer] aus dem AKV gegenüber der Klägerin [d.h. der Käuferin] haftbar gemacht werden kann oder ob der Zusicherungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 5 AKV […] eine Haftung des Beklagten [ausschliesst]». (KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.4.1 *in initio*).

41 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5 Ingress; KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 3.3.3; siehe auch Kapitel III.3.1.

42 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil B Ingress.

43 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.1 (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung).

44 Zu diesem Begriff z.B. *Wolfgang Wiegand*, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 18 N 9 m.w.N.

45 Vgl. KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.4.1 *in fine*.

46 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.4.1. Die Zusammenfassung der vorinstanzlichen Argumentation im referierten Urteil (vgl. BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 4 Ingress) ist verwirrend bzw. nur nach Lektüre des vorinstanzlichen Entscheids nachvollziehbar. Gemäss vorinstanzlichem Entscheid behauptete die Käuferin, dass die Bilanzzusicherung nicht nur die bilanzierten angefangenen Arbeiten umfasst, sondern auch die nicht bilanzierten angefangenen Arbeiten als Reserven, die im Rahmen der *Due Diligence* offengelegt wurden und als Anhang zum AKV einen Bestandteil dessen bilden (KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.4.1). Deshalb war – anders als man nach Lektüre von E. 4 Ingress meinen könnte («Dabei handle es sich entgegen der – offensichtlich falschen und willkürlichen – Feststellung der Vorinstanz nicht lediglich um eine Zusicherung in Bezug auf die bilanzierten Elemente der Jahresabschlüsse. Erfasst seien vielmehr sämtliche Bestandteile der Jahresrechnung und somit auch die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.») – im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht (vgl. dazu sogleich) gar nicht umstritten, dass sich die Bilanzzusicherung auch auf die Erfolgsrechnung und den Anhang erstreckt. Denn die Jahresrechnung (was die Parteien mit «Jahresabschlüssen» gemeint haben dürften) besteht aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang (Art. 958 Abs. 2 OR

Geltungsbereich der allgemeinen Bilanzzusicherung nur die Jahresrechnung erfasst und stille Reserven in der Jahresrechnung gemäss OR[47] nicht ausgewiesen werden müssen,[48] verneinten die Vorinstanz und das Bundesgericht zu Recht das Vorliegen einer Zusicherungsverletzung und damit die Haftung des Verkäufers.

2.2 Exkurs: Bemerkungen zum Wortlaut der allgemeinen Bilanzzusicherung

Fraglich ist, wieso die Gerichte die Haftung des Verkäufers nicht mit dem Argument verneint haben, dass gemäss Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 AKV sich die allgemeine Bilanzzusicherung nur auf die zwei Jahresrechnungen 2010 und 2011 der *«Gesellschaft»* erstreckt. Da die Aktien der Zielgesellschaft im AKV veräussert wurden, dürfte mit «Gesellschaft» die Zielgesellschaft gemeint gewesen sein.[49] Deshalb läge keine allgemeine Bilanzzusicherung mit Bezug auf die Tochtergesellschaft vor, da unter «Jahresabschluss» jeweils der Einzelabschluss gemeint sein dürfte. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass im AKV der Begriff «Gesellschaft» sich auf die Tochtergesellschaft erstreckte oder die Parteien die allgemeine Bilanzzusicherung auch auf die Tochtergesellschaft angewandt haben wollten.

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass die allgemeine Bilanzzusicherung, aber auch die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung im AKV so formuliert sind, wie man solche Zusicherungen *de lege artis* nicht formulieren sollte. Erstens ist unklar, ob es sich um eine relative oder absolute allgemeine Bilanzzusicherung handelt.[50] Zweitens legen die Parteien keinen Rechnungslegungsstandard fest, mit dem gemessen werden kann, ob die allgemeine und spezielle steuerliche Bilanzzusicherung verletzt sind. Der Hinweis in Art. 16 Abs. 1 AKV auf die stetige Rechnungslegungspraxis ist in Bezug auf die allgemeine Bilanzzusicherung kein Hinweis auf einen objektiven Rechnungslegungsstand, jedenfalls kein eindeutiger. Vielmehr begnügten sich die Parteien, gerade auch bei der speziellen steuerlichen Bilanzzusicherung wie leider immer wieder in der Praxis damit, die Zusicherung ohne Bezug auf einen objektiven Rechnungslegungsstandard, d.h. in einer Art «Freestyle»-Modus unter Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie «korrekt», «richtig», ‹notwendig», «ausreichend», «genügend», «angemessen» etc. zu formulieren. Damit ist Streit vorprogrammiert. Es bleibt dadurch unklar, was z.B., selbst bei einem angenommenen Bezug zur stetigen Rechnungslegungspraxis der Gesellschaft,[51] «zum jeweiligen Bilanzstichtag vollständig und richtig» (Art. 16 Abs. 1 AKV) oder «nach pflichtgemässem Kenntnisstand der Verkäufer und der Gesellschaft [notwendige Rückstellungen für Steuern]» (Art. 18 Abs. 2 AKV) bedeutet.

Die Parteien eines M&A-Vertrags sind deshalb gut beraten, die Richtigkeit der Bilanzzusicherung (inkl. Steuerzusicherung) am objektiven, auf die Zielgesellschaft anwendbaren Rechnungslegungsstandard messen zu lassen. Denn dieser Standard wird letztlich darüber entscheiden, ob die zugesicherten Zahlen stimmen. Da eine reichhaltige Praxis und Literatur zu den verschiedenen Rechnungslegungsstandards existiert, können die Parteien im Vorfeld klar (oder zumindest besser) abschätzen, wie gewisse (kritische) Fragen gemäss anwendbarem Rechnungslegungsstandard beantwortet würden bzw. ob die Zusicherung als verletzt gälte.

3. Auslegung der Freizeichnungsklausel

3.1 Würdigung des bundesgerichtlichen Auslegungsergebnisses

Die Käuferin warf dem Verkäufer vor, die Tochtergesellschaft verfüge über mehr bilanzierungspflichtige Passiven (genauer: Steuerverbindlichkeiten) als in der Jahresrechnung 2011 ausgewiesen. Sie bezifferte das Delta auf CHF 660 890.25 und erachtete deshalb die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung (Art. 18 Abs. 2

bzw. den auf die Erstellung der fraglichen Jahresrechnungen anwendbaren Art. 662 Abs. 2 aOR (in Kraft bis 31.12.2012 [vgl. AS 2012 6679]).

47 Der anwendbare Rechnungslegungsstandard war das OR, da die Parteien von «Gesetz» in Art. 16 Abs. 1 AKV sprechen.

48 Z.B. *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 522. Stille Reserven müssen im Anhang zur Jahresrechnung lediglich in Ausnahmefällen ausgewiesen werden (Art. 959*c* Abs. 1 Ziff. 3 OR).

49 Vgl. auch BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil A.c, wo das BGer anders als z.B. in den Sachverhaltsteilen A.b und A.b nicht die Firma der Zielgesellschaft und Tochtergesellschaft verwendet, sondern unspezifisch (wie die Vorinstanz) von «Gesellschaft» spricht.

50 Vgl. Kapitel III.2.1.

51 Vgl. Kapitel III.1.

AKV) als verletzt.[52] Die Käuferin forderte die Zahlung von Schadenersatz an die Zielgesellschaft.[53]

Art. 18 Abs. 2 AKV lautet wie folgt: *«Die Gesellschaft hat insbesondere: […] im Jahresabschluss per 31. Dezember 2011 ausreichende spezifische Rückstellungen für alle zukünftigen Steuern und Abgaben gebildet, die nach dem pflichtgemässen Kenntnisstand der Verkäufer und der Gesellschaft auf Bemessungsperioden bis zu diesem Stichtag erhoben werden […]».*[54]

Die Vorinstanzen verneinten eine Haftung des Verkäufers wegen Verletzung der speziellen steuerlichen Bilanzzusicherung (Art. 18 Abs. 2 AKV). Sie argumentierten, dass der Haftungsausschluss gemäss Art. 12 Abs. 5 AKV greife. Art. 12 Abs. 5 AKV lautet wie folgt: *«Sämtliche Zusicherungen und Garantien stehen zudem unter dem Vorbehalt, dass die Käuferinnen als Aktionäre oder durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat der Gesellschaft allfällige haftungsbegründete Tatsachen nicht gekannt haben.*[55] Laut den Vorinstanzen hätte der Sohn der Käuferin von den zu tief bilanzierten Steuerverbindlichkeiten Kenntnis haben müssen, weshalb die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen sei.[56]

Art. 12 Abs. 5 AKV ist genau besehen eine *Freizeichnungsklausel.*[57] Denn durch Art. 12 Abs. 5 AKV schloss der Verkäufer seine Haftung für Zusicherungsverletzungen aus. Das referierte Urteil drehte sich deshalb primär um die Frage, ob dieser Haftungsausschluss anwendbar ist.[58] Mit anderen Worten lag ein weiterer[59] reiner Auslegungsstreit[60] der Parteien darüber vor, wie die Freizeichnungsklausel zu verstehen ist.[61] Die Käuferin stützte sich auf die «normale» Bedeutung des Vertragstexts (Wissen der Verwaltungsratsmitglieder), während der Verkäufer den abweichenden, breiteren Vertragssinn behauptete (Wissen und Wissenmüssen der Verwaltungsratsmitglieder). Während die Vorinstanzen nicht nur das Wissen, sondern auch das Wissenmüssen als haftungsausschliessend erachteten, entschied das Bundesgericht, dass gemäss Art. 12 Abs. 5 AKV lediglich das Wissen haftungsausschliessend wirke. Das hier besprochene Urteil ist korrekt und die bundesgerichtlichen Ausführungen überzeugen, soweit eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zulässig ist (vgl. Kapitel III.3.2). Denn mit dieser Auslegung wird auch das dispositive Gesetzesrecht in Art. 200 OR bestätigt, das bei Zusicherungen einen Haftungsausschluss nur bei Wissen des Käufers vorsieht.[62] Es ist schwierig nachzuvollziehen, wie die Vorinstanzen zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen konnten.

Ob die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung infolge (angeblich) zu tief bilanzierter Steuerverbindlichkeiten verletzt ist, beantwortete das Bundesgericht nicht. Da entgegen der Vorinstanz die Freizeichnungsklausel nicht greift, wird sie den Anspruch der Käuferin im Zusammenhang mit der speziellen steuerlichen Bilanzzusicherung erstmals inhaltlich prüfen müssen.[63]

3.2 Auslegungsmethodik der Vorinstanzen

Gemäss Vorinstanz habe die Erstinstanz einen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien hinsichtlich des Geltungsbereichs der Freizeichnungsklausel feststellen können. Dem widersprachen beide Parteien.[64] So rügten insbesondere die Erben vor Bundesge-

52 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 Sachverhalt Teil B Ingress.

53 Es ist davon auszugehen, dass die Parteien im AKV vereinbarten, dass die Käuferin auch die Leistung von Schadenersatz an die Zielgesellschaft (statt an die Käuferin) verlangen kann. Kritisch zu solchen Klauseln z.B. *Vischer* (Fn. 36), S. 138 f.

54 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.1 (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung).

55 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.1 (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung).

56 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 2.4.3.

57 Zum Begriff «Freizeichnungsklausel» z.B. *Dario Galli*, Die Haftungsbestimmungen des Stauanlagengesetzes (Art. 13–21 StAG), Diss. Freiburg 2021 = AISUF Band 418, Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 735 (im ausservertraglichen Kontext) oder BSK OR I-*Widmer Lüchinger/Wiegand* (Fn. 44), Art. 100 N 1 (im vertraglichen Kontext).

58 Siehe zur Auslegung von Freizeichnungsklauseln (in Grundstückkaufverträgen) im Allgemeinen z.B. *Markus Vischer*, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, SJZ 2012, S. 177–188, S. 182 ff.

59 Vgl. Kapitel III.2.1 zum Auslegungsstreit betreffend die allgemeine Bilanzzusicherung.

60 Zu diesem Begriff z.B. BSK OR I-*Wiegand* (Fn. 44), Art. 18 N 9 m.w.N.

61 So ausdrücklich auch KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 3.3.2.

62 Siehe Kapitel III.3.3.

63 Siehe dazu bereits Kapitel III.1 *in fine* und Fn. 40. Wie bei der allgemeinen Bilanzzusicherung stellt sich die Frage, ob die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung überhaupt die Tochtergesellschaft erfasst (vgl. Kapitel III.2.2). Denn gemäss Wortlaut bezieht sich diese Zusicherung lediglich auf die «Gesellschaft».

64 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5 Ingress *in fine.*

richt, dass die Erst- und Vorinstanz den AKV nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt hätten.

Das Bundesgericht liess die Frage offen. Es begründete dies damit, dass das Auslegungsergebnis der Vorinstanz weder nach einer subjektiven noch nach einer objektiven Auslegung der Vertragsklausel haltbar sei.[65] In der Folge legte das Bundesgericht die fragliche Klausel genau besehen nur objektiv aus.[66] Es stellt sich die Frage, ob dieses Vorgehen korrekt ist. Denn bei Feststellung des wirklichen Parteiwillens durch die Vorinstanz darf das Bundesgericht das angefochtene Urteil nur einer Willkürprüfung unterziehen, sofern die entsprechenden Willkürrügen erhoben wurden.[67] Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Das referierte Urteil illustriert erneut, dass die subjektiv-objektive Auslegung[68] zugunsten einer rein objektiven Auslegung aufgegeben werden sollte.[69]

3.3 Wissenskonzept vs. Offenlegungskonzept

Die gesetzliche Mängelhaftung des Kaufrechts basiert auf dem in Art. 200 OR verankerten *Wissenskonzept.* Art. 200 OR ist mit anderen Worten eine Wissensnorm.[70] Der Verkäufer haftet gemäss Art. 200 OR nicht für Mängel am Kaufgegenstand, die der Käufer zur Zeit des Kaufs (d.h. bei Vertragsschluss[71]) gekannt hat (Wissen, Abs. 1) oder bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen (Wissenmüssen, Abs. 2).[72] Dieser Grundsatz wird hinsichtlich jener Mängel teilweise durchbrochen, deren Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat (Art. 200 Abs. 2 OR). Diesfalls entfällt die Haftung des

65 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.1.

66 Siehe dazu auch *Christoph Brunner/Dario Galli/Markus Vischer,* Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2024, Jusletter vom 24.11.2025, Rz. 134 ff.

67 Z.B. BGer 4A_98/2016 vom 22.8.2016 E. 5.1.

68 Unter subjektiver Auslegung wird die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens mittels empirischer Auslegung (=Rekonstruktion des Parteiwillens) verstanden, während unter objektiver Auslegung (auch objektivierte oder objektivierende Auslegung genannt) die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens aufgrund des Vertrauensprinzips (=Konstruktion des Parteiwillens) verstanden wird (z.B. *Markus Vischer/Dario Galli,* Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222–229, S. 227 f. [Anm. 51]).

69 Gl.M. *Markus Vischer/Dario Galli,* Qualifikation einer Gesellschaft als stille Gesellschaft, SZW 2025, S. 220–234, S. 225 ff.; *Markus Vischer/Dario Galli,* Die Amtsdauer der Mitglieder des VR als Auslegungsfrage, SZW 2024, S. 754–766, S. 761; *Christoph Müller,* Vertragsauslegung und Künstliche Intelligenz, AJP 2024, S. 1306–1313, S. 1308 f.; *Dario Galli/Markus Vischer,* In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags, recht 2024, S. 229–240, S. 236; *Melinda F. Lohmann,* Wissen, Wille und Erklärungen von Maschinen, Zürich/St. Gallen 2024, Rz. 496; *Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer,* § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid-19, Basel 2020, Rz. 29; BSK OR I-*Zellweger-Gutknecht* (Fn. 44), Art. 1 N 4 ff. (mit Verweisung auf Einl. vor Art. 1 ff. N 73 und insbesondere N 78 ff.) und 10; *Christoph Müller,* Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 46 ff., siehe aber, dazu im Widerspruch, N 116 ff.; *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen. BGer 4A_451/2017: Die «besondere Vereinbarung» bezüglich Nebenkosten, AJP 2018, S. 765–771, S. 766 f.; *Christoph Brunner/Dario Galli/Markus Vischer,* Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017, Jusletter vom 24. September 2018, Rz. 20; *Bruno Schmidlin,* Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR: Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis, ZSR 2015 I, S. 107–133, S. 110 ff.; *Bernhard Stehle,* Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, S. 257–263, S. 257 ff.; *Heinrich Honsell,* Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 335–350, S. 335 ff.; siehe auch *Andreas von Tuhr/Hans Peter,* Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 158: «Die im Rechtsgeschäft enthaltene rechtsgestaltende Macht ist vom Gesetz nicht dem inneren Willen des Menschen beigelegt, sondern der Äusserung des Willens, weil der Wille als psychologischer Vorgang nicht direkt erkennbar ist, sondern nur aus dem äusseren Verhalten des Menschen mit grösserer oder geringerer Sicherheit erschlossen werden kann.»; a.M. z.B. *Stephan Hartmann,* Prozessuale Aspekte der Unterscheidung zwischen subjektiver und objektivierter Vertragsauslegung, in: Bettina Hürlimann-Kaup/Alexandra Jungo/Hubert Stöckli/Susan Emmenegger/Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Recht suchen. Liber comitum für Jörg Schmid, Zürich/Genf 2024, S. 129–143, S. 129 ff.; *Ernst A. Kramer,* Willenstheorie *versus* Erklärungstheorie bei der Vertragsinterpretation, ZSR 2022 I, S. 393–411, S. 393 ff.

70 Im Allgemeinen: *Dieter Gericke/Daniel Bötticher,* Wissenszurechnung im Zeitalter von künstlicher Intelligenz, GesKR 2024, S. 490–500, S. 490; *Markus Vischer/Dario Galli,* Wissen, Nichtwissen und Wissenmüssen von natürlichen und juristischen Personen, SZW 2022, S. 361–377, S. 361.

71 *Silvio Venturi/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen,* in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 200 N 2; BSK OR I-*Honsell* (Fn. 44), Art. 200 N 1; *Herbert Schönle/Peter Higi,* Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 200 OR N 14.

72 Siehe z.B. BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.4.

Verkäufers bei Wissenmüssen des Käufers um den Mangel nicht.[73] Der Verkäufer haftet aber trotz abgegebener Zusicherung nicht für den Mangel, wenn der Käufer diesen gekannt hat.[74] Es verhält sich gleich wie bei der absichtlichen Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR), wo ein Täuschungserfolg notwendig ist.[75] Kennt der «Getäuschte» den wahren Sachverhalt, dann irrt er nicht und kann nicht vom «Täuschenden» getäuscht werden.[76]

Das gesetzliche Wissenskonzept ist streitanfällig. Wissen ist ein innerer Vorgang und entsprechend schwierig zu beweisen.[77] Wissenmüssen ist eine rechtliche Fiktion.[78] Allerdings kann es auch hier zu Streit zwischen den Parteien kommen, ob eine Person im Einzelfall etwas hätte wissen müssen.[79] Diese Rechtsunsicherheit beseitigen Parteien in Schweizer M&A-Verträgen häufig[80] (zumindest in mittleren und grösseren M&A-Transaktionen) durch Vereinbarung eines fairen Offenlegungskonzepts *(fair disclosure concept)*. Diesem Konzept zufolge haftet der Verkäufer nicht für Punkte, die dem Käufer im virtuellen Datenraum fair offengelegt wurden.[81] Ob eine so offengelegte Tatsache vom Käufer geprüft wird und er dadurch davon Kenntnis erlangt, ist somit irrelevant für die Frage des Haftungsausschlusses.[82] Das Offenlegungskonzept fragt nämlich nicht danach, was vernünftigerweise angeschaut wird, sondern geht davon aus, dass alle Dokumente im Datenraum begutachtet werden.[83]

Vorliegend haben die Parteien eine Mischform zwischen Wissenskonzept und Offenlegungskonzept vereinbart. So galten die während der *Pre Due Diligence* offengelegten Informationen als haftungsbefreiend, und zwar unabhängig davon, ob die Käuferin sie kannte (Art. 12 Abs. 2 AKV). Auf der anderen Seite vereinbarten die Parteien, dass zusätzlich das Wissen der Käuferin in ihrer Eigenschaft als Aktionärin und jenes ihres Vertreters im Verwaltungsrat haftungsbefreiend wirkt (Art. 12 Abs. 5 AKV). Es ist daher wenig erstaunlich, dass sich nicht das Offenlegungskonzept im Zentrum des Streits befand, sondern das Wissenskonzept. So oder so stellt sich die Frage nach dem Mehrwert der von den Parteien vorgesehenen Mischform von Wissens- und Offenlegungskonzept. So hätten die Parteien alle Buchhaltungsdokumente und Verwaltungsratsprotokolle offenlegen können, womit diese als bekannt gegolten und somit die Haftung der Verkäufer ausgeschlossen hätten. Der Haftungsaus-

73 Z.B. BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.7.2; BGer 4C.16/2005 vom 13.7.2005 E. 1.5.

74 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 5.7.2: «Werden Zusicherungen abgegeben, dient dies nach den Grundsätzen von Art. 200 Abs. 2 OR insoweit der Streitvermeidung, als für den Käufer Grundlagen geschaffen werden, auf die er sich verlassen kann, sofern er nicht weiss, dass sie nicht zutreffen. […] Es verbleibt als Prozessthema nur die Frage, ob der Kaufgegenstand die zugesicherte Eigenschaft tatsächlich aufweist, und falls nicht, ob der Käufer die Fehlerhaftigkeit der Zusicherung tatsächlich gekannt hat.»; *Erich Rüegg,* § 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, Rz. 152; ZK-*Schönle/Higi* (Fn. 71), Art. 200 OR N 3; *Hans Giger,* Berner Kommentar, Bern 1979, Art. 200 OR N 6; implizit *Pierre Cavin,* Kauf, Tausch und Schenkung, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/1, Basel 1977, S. 84; *Bruno von Büren,* Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972, S. 26; zurückhaltender *Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger,* Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 200 OR N 4, wonach «[…] im Abschluss unter Kenntnis des Mangels unter Umständen ein Verzicht auf die frühere Zusicherung liegen [kann]».

75 BSK OR I-*Schwenzer/Fountoulakis* (Fn. 44), Art. 28 N 14 m.w.N.

76 BGer 4A_141/2017 vom 4.9.2017 E. 3.1 (nicht publiziert in: BGE 143 III 495) (besprochen von *Markus Vischer/Dario Galli,* Entscheidbesprechungen. BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393–1404); BGE 129 III 320 E. 6.3.

77 *Vischer/Galli* (Fn. 70), S. 364 (Anm. 31).

78 *Vischer/Galli* (Fn. 70), S. 366.

79 Zur Wissenszurechnung, die auch unter dem Titel «Wissenmüssen» erfolgen kann, siehe *Vischer/Galli* (Fn. 70), S. 368 ff.

80 A.M. KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 3.3.5: «Es kann sodann nicht als unüblich bezeichnet werden, wenn im Rahmen von Aktienverkäufen zwischen Verwaltungsräten oder zwischen Aktionären und Verwaltungsräten aufgrund des auf beiden Seiten vorhandenen Wissens über das betreffende Unternehmen vereinbart wird, dass die Verkäufer auch bei zugesicherten Eigenschaften nicht für Mängel haften, welche die Käufer bei Vertragsabschluss kannten oder hätten kennen müssen.»

81 *Patrik R. Peyer/Moritz Maurer,* § 8 Kaufvertrag, in: Florian S. Jörg/Urs P. Gnos/Lorenzo Olgiati (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Mergers & Acquisitions, Basel 2022, Rz. 8.344 f.; *Tschäni/Diem/Wolf* (Fn. 36), Rz. 431; *Matthias Courvoisier,* Verwendung von Software aus dem Bereich der künstlichen Intelligenz bei der Due Diligence im M&A- und Kapitalmarktbereich, SZW 2018, S. 266–279, S. 270.

82 *Courvoisier* (Fn. 81), S. 270.

83 *Courvoisier* (Fn. 81), S. 270.

schluss kraft Wissens der Verwaltungsratsmitglieder war mit anderen Worten unnötig.

4. Keine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit

Die in Art. 44 Abs. 1 OR verankerte Schadenminderungsobliegenheit[84] gilt kraft Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR nicht nur im ausservertraglichen, sondern auch im vertraglichen Haftungsrecht.[85] Es handelt sich mit anderen Worten um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des privaten Haftungsrechts, der unabhängig davon gilt, ob die Parteien im Vertrag (wie z.B. in Art. 29 lit. b AKV[86]) die Schadenminderungsobliegenheit festschreiben oder konkretisieren.[87]

Die Vorinstanz bejahte eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit durch die Käuferin. Sie verneinte deshalb gestützt auf Art. 29 lit. b AKV die Haftung des Verkäufers für den Fall, dass die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung verletzt sein sollte. Die Vorinstanz argumentierte, dass die Käuferin den Schaden hätte vermeiden können, indem ihr Sohn im Verwaltungsrat höhere Rückstellungen für die Steuerforderungen verlangt hätte.[88] Das Bundesgericht verwirft dieses Argument zu Recht. Denn wie es ausführt, hätte dadurch der Schaden nicht verhindert werden können. Denn dieser besteht nicht in zu tiefen Steuerrückstellungen, sondern in zu hohen Steuerforderungen. Diese Auffassung überzeugt, da mehr bilanzierungspflichtige Passiven existieren, als zugesichert wurden.

Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das Bundesgericht die Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit auch mit dem Argument verneinen können, dass vor dem Vollzug des AKV der Schaden noch gar nicht entstanden war. Denn die Zusicherungen wurden offenbar (und somit auch die spezielle steuerliche Bilanzzusicherung) per Vollzug abgegeben.[89] Der Schaden konnte somit erst entstehen, nachdem die Zusicherung per Vollzug rechtswirksam geworden war und somit infolge ihrer Verletzung ein Mangel vorlag.[90] Vor dem Schadenseintritt hätte sich höchstens die Frage gestellt, ob der Verkäufer vor dem Vollzug «Schadenabwehrmassnahmen» hätte ergreifen müssen (bzw. können), um den drohenden Schaden bzw. die Zusicherungsverletzung zu verhindern.[91] Selbst wenn man der Argumentation der Vorinstanz folgen würde, könnte nach der hier vertretenen Auffassung keine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit durch die Käuferin bejaht werden. Denn der Entscheid, die Steuerrückstellung zu erhöhen, ist ein Entscheid des Gesamtverwaltungsrats. Mit anderen Worten hätte der Sohn der Käuferin den «Schaden» (selbst wenn er gewollt hätte) nicht verhindern und damit auch nicht Art. 29 lit. b AKV verletzen können. Diese Klausel hält ausdrücklich fest, dass die Haftung des Verkäufers nur entfällt, «wenn und soweit der Käufer bei Anwendung gebotener Sorgfalt den Schaden oder Verlust hätte vermeiden können».

84 Es handelt sich um eine Obliegenheit und nicht um eine Pflicht (z.B. *Pascal Pichonnaz,* Le devoir du lésé de diminuer son dommage, in: Franz Werro [Hrsg.], La fixation de l'indemnité. Colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Bern 2004, S. 109–134, S. 120; *Stephan Weber,* Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in: Alfred Koller [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, S. 133–177, S. 137 f.).

85 BGer 4A_189/2015 vom 6.7.2015 E. 4.2; *Susan Emmenegger,* in: Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 99 OR N 224 f. und 229.

86 Der Wortlaut von Art. 29 lit. b AKV lautet wie folgt (vgl. KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 4.1): «Die Haftung der Verkäufer für Verletzungen von Zusicherungen gemäss Art. 13 ff. oder sonstigen Vertragsverletzungen ist wie folgt beschränkt: a) […] b) Die Ersatzpflicht der Verkäufer reduziert sich um den Betrag, welcher von Drittpersonen (z.B. haftpflichtigen Drittpersonen oder Versicherungen) an die Gesellschaft zu leisten ist. Die Haftpflicht ist beschränkt bzw. ausgeschlossen, wenn und soweit der Käufer bei Anwendung gebotener Sorgfalt den Schaden oder Verlust hätte vermeiden können.»

87 Vgl. BGer 4A_37/2011 vom 27.4.2011 E. 4.1; 5A_45/2009 vom 29.6.2009 E. 3.2.2; 4C.177/2006 vom 22.9.2006 E. 2.2.1; 4C.83/2006 vom 26.6.2006 E. 4; BGE 130 III 182 E. 5.5.1.

88 BGer 4A_211/2023 vom 11.1.2024 E. 6; KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 4.4.1.

89 KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 4.2: «Auch der systematische Aufbau des Aktienkaufvertrags, insbesondere Art. 12 Abs. 4 AKV, zeige, dass die Zusicherungen ihre Wirkung erst per Vollzugstag entfaltet hätten.» In der Praxis werden die Zusicherungen per Vollzug und teilweise zusätzlich auch per Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags abgegeben (z.B. *Tschäni/Diem/Wolf* [Fn. 36], Rz. 427; *Schenker* [Fn. 36], S. 306 f.; siehe auch *Markus Vischer,* Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325–333, S. 328 zur Zulässigkeit der Festlegung von bestimmten Stichzeitpunkten in Verträgen).

90 Die Argumentation der Käuferin im Verfahren vor der Vorinstanz ist korrekt, wurde aber von der Vorinstanz verworfen (KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 4.2 und 4.4.1).

91 Siehe zum Begriff der Schadenabwehrmassnahme im ausservertraglichen Kontext z.B. *Galli* (Fn. 57), Rz. 826 ff.

Nicht diskutiert hat das Bundesgericht die Frage, ob eine Person (hier: die Käuferin) im Rahmen der Schadenminderungsobliegenheit auch Drittpersonen (hier: ihren Sohn) instruieren muss, um ihrer Schadenminderungspflicht nachzukommen. Unseres Erachtens ist dies zu bejahen, sofern diese Handlung allgemein gesprochen zumutbar ist,[92] was z.B. dann zu bejahen ist, wenn der Geschädigte über ein Weisungsrecht gegenüber der Drittperson verfügt.[93]

Eine andere Frage ist, ob der Käuferin die Geltendmachung des ihr erlittenen Schadens infolge Verletzung der speziellen steuerlichen Bilanzzusicherung (ganz oder teilweise) zu versagen ist, weil sie sich rechtsmissbräuchlich verhält. Denn die Käuferin (bzw. ihr Sohn) hatte aufgrund der *Due Diligence* Kenntnis von der finanziellen Lage und insbesondere von den Steuerrückstellungen.[94] Es müsste deshalb die Frage beantwortet werden, ob die Käuferin nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht getroffen hatte.[95] Zu klären wäre mit anderen Worten, ob sich die Käuferin (bzw. generell ein Käufer im Rahmen eines Verkaufsprozesses) *sozialadäquat* verhielt, indem sie den Verkäufer nicht auf eine allfällige mögliche Verletzung der speziellen steuerlichen Bilanzzusicherung vor Unterzeichnung des AKV hinwies.[96] Diese Frage des Bestehens einer Aufklärungspflicht der Käuferin ist vorliegend, aber auch generell,[97] eher zu verneinen. So hatte der Verkäufer als Verwaltungsratspräsident der Zielgesellschaft selbst auch Kenntnis von der Jahresrechnung und hätte selbst bemerken können (bzw. müssen), dass die Steuerrückstellungen zu tief sind.

92 *Annick Achtari,* Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Diss. Freiburg 2008 = AISUF Band 281, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 321 ff.; *Thierry Luterbacher,* Die Schadenminderungspflicht, Diss. Zürich 2005 = SSHW Band 238, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 173 und 184, siehe auch 188 ff.; siehe ferner *Roland Brehm,* Berner Kommentar, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 44 OR N 48.

93 In der Lehre wird diese Frage – soweit ersichtlich – nicht thematisiert.

94 Z.B. KG BL 400 22 44 vom 6.12.2022 E. 4.4.1.

95 So bereits *Markus Vischer,* Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229–236, S. 236.

96 Zum Begriff des sozialadäquaten Verhaltens im Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 1 OR: *Markus Vischer/Dario Galli,* Entscheidbesprechungen. BGer 4A_286/2018: Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 2019, S. 1067–1072, S. 1070; *Vischer/Galli* (Fn. 76), S. 1404.

97 *Vischer* (Fn. 95), S. 236.