Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

Die umstrittene dogmatische Erfassung von Gewährleistungen, Garantien und verwandten Versprechen im Unternehmenskauf hat den Autor veranlasst, deren Bedeutung und Erscheinungsformen zu analysieren und insbesondere von der Bürgschaft und der Konventionalstrafe abzugrenzen. Eine rechtliche Einordnung derartiger Absprachen allein aufgrund der in Unternehmenskaufverträgen verwendeten Bezeichnungen, namentlich Beschaffenheits- oder «Nichtbeschaffenheits»-Garantien sowie Convenants oder Indemnities, ist unergiebig. Vielmehr ist eine sorgfältige Auslegung des konkreten Versprechens im Einzelfall angezeigt. Zi.

La controverse dogmatique sur la manière de traiter les garanties pour les défauts, les garanties indépendantes et les promesses analogues en matière d'acquisition d'entreprise a amené l'auteur à analyser leur signification et leurs diverses formes, et en particulier à les distinguer de la caution et de la peine conventionnelle. Classer juridiquement ces accords sur la seule base des termes utilisés dans les contrats d'acquisition d'entreprise n'est pas convaincant, notamment si l'on se réfère aux expressions « garanties de l'état de la chose » ou « autre garantie », ainsi qu'à* convenants *ou encore à* indemnities. *Il est plus utile de procéder à une inter-prétation minutieuse de la promesse con-crète dans chaque cas particulier. P.P.

I. Garantien im Allgemeinen

A. Bürgschaftsähnliche Garantien

Art. 111 OR statuiert unter dem Titel «Vertrag zulasten Dritter» Folgendes: «Wer einem anderen die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatz des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet.» Die französische Fassung von Art. 111 OR spricht statt von der «Leistung eines Dritten» von «fait d'un tiers», also der Handlung eines Dritten. Entsprechend weit wird der deutsche Begriff der «Leistung eines Dritten» interpretiert. Traditionell versteht man darunter Handlungen eines Dritten, soweit diese Handlungen nicht vom Willen des Promittenten (auch Garant genannt), aber auch nicht ausschliesslich vom Zufall abhängen.[1]

Diesem Verständnis der Garantie, d.h. der bürgschaftsähnlichen Garantie[2] (auch Garantie i.e.S.[3], Interzessionsgarantie[4] oder Erfüllungsgarantie[5] genannt) liegt ein Dreipersonenverhältnis zugrunde, das sich aus dem Garantie- oder Leistungsverhältnis (Verhältnis Promittent-Promissar, auch Begünstigter genannt, auch Sicherungsverhältnis genannt), dem Deckungsverhältnis (Verhältnis Promittent-Dritter) und dem Valutaverhältnis (Verhältnis Dritter-Promissar, auch Grundverhältnis genannt) zusammensetzt.[6]

B. Bürgschaftsähnliche und reine Garantien

In der Schweiz ist man im Einklang mit der Entwicklung in gewissen anderen Ländern, aber auch anders als in gewissen anderen Ländern, weiter gegangen und hat die Garantie (im Sinne von Art. 111 OR)[7] vom Dreipersonen-

[1] BSK OR I-*Pestalozzi*, Art. 111 OR N 4; BK-*Weber*, Art. 111 OR N 132; *Georges Scyboz*, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, hrsg. von Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meier-Hayoz/Hans Merz/Paul Piotet/Roger Secrétan/Werner von Steiger/Frank Vischer, Basel/Stuttgart 1979, 328; s. auch *Rolf Watter*, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, 165, der unter «Leistung eines Dritten» bzw. «fait d'un tiers» auch den Zustand eines Dritten versteht.

[2] Z.B. Urteil 4A_279/2009 des Bundesgerichts vom 14.9.2009, E. 3.1; BGE 113 II 434, E. 2a; *Beat Kleiner*, Bankgarantie – Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 4. A., Zürich 1990, 27 ff.

[3] Z.B. Urteil 4A_279/2009 des Bundesgerichts vom 14.9.2009, E. 3.1; *Christian Förster*, Die Fusion von Bürgschaft und Garantie, DE-Tübingen 2010, 80.

[4] Z.B. *Förster* (Fn. 3) 131.

[5] *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. A., Bern 2009, 1161.

[6] *Förster* (Fn. 3) 23 ff.; *Susan Emmenegger/Andrea Zbinden*, Die Inanspruchnahme der Bankgarantie, in: Kreditsicherheiten, hrsg. von Susan Emmenegger, Basel 2008, 144 ff.

[7] A.M. *Urs Schenker*, Garantien im Unternehmenskaufvertrag, in: Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, hrsg. von Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem, Zürich/St. Gallen 2010, 71, der die reine Garantie nicht auf Art. 111 OR abstützt.

verhältnis gelöst, indem man sie unabhängig von der Anzahl der beteiligten Personen als Instrument der Übernahme nicht nur des Risikos der Nichtleistung durch einen Dritten, sondern eines irgendwie gearteten Risikos des Promissars durch den Promittenten und damit als umfassendes Sicherungsinstrument sieht.[8] Nach diesem weiten Verständnis sichert die Garantie den Promissar gegen ein irgendwie geartetes, diesen bedrohendes Risiko ab bzw. sichert ihm, positiv formuliert, einen bestimmten Erfolg.[9] Keine Rolle spielt dabei, ob der Nichteintritt des Risikos bzw. der Eintritt des Erfolgs vom Willen des Promittenten, vom Willen des Promissars, vom Willen eines Dritten oder vom Zufall abhängt.

Eine Garantie liegt damit insbesondere auch dann vor, wenn der Nichteintritt des Risikos bzw. der Eintritt des Erfolgs vom Willen des Promittenten abhängt.[10] In diesem Sinne kann das den Promissar bedrohende Risiko auch im Verhalten des Promittenten liegen, z.B. in der Nichtleistung der vom Promittenten dem Promissar mittels eines (anderen) Vertrages versprochenen Leistung.

Nach diesem weiten Verständnis ist die Garantie ein bedingtes Leistungsversprechen, also ein Leistungsversprechen, das von einer oder mehreren Bedingungen, die das Risiko bzw. den Erfolg beschreiben und gesamthaft Garantiefall genannt werden, abhängt.[11] Die Bedingungen bzw. der Garantiefall können innerhalb der üblichen Schranken[12] beliebig ausgestaltet werden.

Zur Familie der bedingten Leistungsversprechen gehören u.a. auch die Bürgschaft und die Konventionalstrafe.[13] Die Leistung des Promittenten ist kein Schadenersatz infolge der Verletzung einer vertraglichen Pflicht des Promittenten, aber Schadenersatz aus der Sicht des Promissars infolge Eintritts des Risikos bzw. des Nichteintritts des Erfolgs.[14] Entsprechend ist die versprochene Leistung (mangels anderer Abrede) unabhängig von einem allfälligen Verschulden des Promittenten geschuldet.[15] Der Promittent kann sich deshalb nicht mit dem Argument von seiner Haftung befreien, alles getan zu haben, um den Eintritt des Risikos bzw. den Nichteintritt des Erfolgs zu verhindern.[16]

Diesem Verständnis der Garantie liegt entweder ein Dreipersonenverhältnis (Promittent, Promissar und Dritter)[17] oder ein Zweipersonenverhältnis (Promittent und Promissar) zugrunde. Ist Ersteres der Fall, spricht man von einer bürgschaftsähnlichen Garantie.[18] Ist Zweiteres der Fall, spricht man von einer reinen Garantie (auch Garantie i.w.S.[19] genannt).[20]

C. Abgrenzungen zur Bürgschaft und zur Konventionalstrafe

Bei den bürgschaftsähnlichen Garantien stellt sich das Problem der Abgrenzung zur Bürgschaft, das primär ein Auslegungsproblem ist, wobei wie überall nichts bzw. nichts Alleinentscheidendes aus der von den Parteien gewählten Bezeichnung abgeleitet werden darf.[21] Massgebendes Abgrenzungskriterium ist die Akzessorietät, die oft fälschlicherweise mit Abstraktheit[22] gleichgesetzt wird. Hängt die Verpflichtung massgebend vom Bestand und Inhalt der zu sichernden Hauptschuld des Dritten ab, ist sie also akzessorisch,

8 *Förster* (Fn. 3) 42 ff.; SPR VII/2-*Scyboz* (Fn. 1) 324 f.; zum Begriff des Risikos *Förster* (Fn. 3) 7 ff.; s. auch *Kleiner* (Fn. 2) 8, der statt von Risiko von «unerwünschten Folgen» spricht und auf weitere verwendete Begriff wie Gefahr oder Ausfall hinweist.

9 *Kleiner* (Fn. 2) 8; *Watter* (Fn. 1) 165; SPR VII/2-*Scyboz* (Fn. 1) 321; z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.260/2001 vom 4.1.2002, E. 3a, zum Versprechen eines Resultats, das von der künftigen Konjunkturentwicklung abhängig ist; BGE 122 III 426, E. 4 zum Versprechen einer künftigen Baureife oder Bebaubarkeit eines Grundstücks; Urteil 4A_724/2011 des Bundesgerichts vom 5.3.2012, E. 4.2.2 und BGE 113 II 434, E. 2a zum Versprechen der Deckung des Verlusts eines Unternehmens.

10 SPR VII/2-*Scyboz* (Fn. 1) 321; a.M. BK-*Weber*, Art. 111 OR N 132, und *Kleiner* (Fn. 2) 9, 101 f., wonach die Garantie keine eigene Leistung des Promittenten sichern kann; s. auch vorstehend I.A.

11 *Schenker* (Fn. 7) 71; *Urs Schenker*, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Mergers & Acquisitions VII, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2005, 275; *Peter Böckli*, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers & Acquisitions, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich 1998, 92, 94.

12 Art. 19/20 OR; z.B. BSK OR I-*Pestalozzi*, Art. 111 OR N 15.

13 S. nachstehend I.C.; s. auch *Markus Vischer*, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP *2003* 493, zur Schadloshaltungsklausel fiduziarischer Verwaltungsräte in Mandatsverträgen, welche eine vertragliche Konkretisierung bzw. Modifikation von Art. 402 Abs. 2 OR und mindestens garantieähnlich, wenn nicht überhaupt eine Garantie ist; s. zu den historischen Wurzeln der Garantie (auch) im Mandat auch *Förster* (Fn. 3) 43 ff.

14 *Kleiner* (Fn. 2) 81 ff.; SPR VII/2-*Scyboz* (Fn. 1) 325.

15 *Vischer* (Fn. 13) 496 bezüglich Schadloshaltungen fiduziarischer Verwaltungsräte; *Watter* (Fn. 1) 165.

16 BSK OR I-*Pestalozzi*, Art. 111 OR N 13; BK-*Weber*, Art. 111 OR N 151.

17 S. vorstehend I.A.

18 S. vorstehend I.A.

19 *Förster* (Fn. 3) 80.

20 Für einen engeren Begriff der reinen Garantie z.B. Urteil 4A_279/2009 des Bundesgerichts vom 14.9.2009, E. 3.1; BGE 113 II 434, E. 2a.

21 Art. 18 OR; z.B. *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1377.

22 S. dazu auch Art. 17 OR.

liegt Bürgschaft vor. Ist dies nicht der Fall, liegt Garantie vor.[23]

Bei den reinen Garantien, bei der er um die Sicherung einer Leistung des Promittenten geht, stellt sich das Problem der Abgrenzung zur Konventionalstrafe, das erneut primär ein Auslegungsproblem ist. Massgebendes Kriterium ist wiederum die Akzessorietät. Hängt die Verpflichtung massgebend vom Bestand und Inhalt der zu sichernden Hauptschuld des Promittenten ab, ist sie also akzessorisch, liegt Konventionalstrafe vor. Ist dies nicht der Fall, liegt Garantie vor.[24] Solche Garantien unterstehen entsprechend nicht den Regeln der Konventionalstrafe, auch dann nicht, wenn die durch die Garantie gesicherte Leistung des Promittenten freiwillig ist. Für letztere Garantien ist deshalb der oft verwendete Begriff «unechte Konventionalstrafe» fehl am Platz.[25] Solche Garantien unterstehen auch nicht den Regeln über die Wahlobligation,[26] weil die Garantieschuld unabhängig von der Hauptschuld ist und auch geschuldet ist, wenn es keine Hauptschuld gibt und die Garantieschuld und die Hauptschuld demzufolge nicht ein Entweder Oder ist.[27]

Oft ist nicht leicht zu erkennen, ob ein Drei- oder Zweipersonenverhältnis bzw. überhaupt eine Garantie vorliegt, z.B. dann, wenn der eine Gesellschaft kontrollierende Gesellschafter ein bestimmtes Verhalten der von ihm kontrollierten Gesellschaft verspricht. In der Regel wird man hier von einem Zweipersonenverhältnis ausgehen müssen,[28] wobei eine Garantie nur vorliegt, wenn es um das Versprechen eines bestimmten Erfolgs und nicht nur um das Versprechen eines Tätigwerdens geht.[29] Erneut ist diese Frage primär ein Auslegungsproblem.

D. Dispositive Natur von Art. 111 OR

Art. 111 OR ist grundsätzlich dispositiver Natur.[30] Eine Ausnahme davon besteht allerdings im Verjährungsrecht, wo verschiedene Grenzen zu beachten sind, wie z.B. das in Art. 129 OR enthaltene Verbot, die für Garantien grundsätzlich geltende Verjährungsfrist von 10 Jahren[31] vertraglich zu verkürzen,[32] oder das bundesgerichtliche Verbot, die Unterbrechungshandlungen gemäss Art. 135 OR vertraglich zu erweitern oder zu reduzieren.[33]

II. Unternehmenskaufverträge

Verträge über den Kauf von Unternehmen, ob in der Form des share oder des asset deal oder nach FusG abgewickelt, sind Kaufverträge im Sinne von Art. 187 ff. OR.[34] Gegenstand des Kaufvertrags ist immer das Unternehmen, beim share deal mindestens dann, wenn der Verkäufer dem Käufer die Kontrolle über das Unternehmen verschafft.[35]

---

23 Zum Ganzen z.B. BSK OR I-*Pestalozzi*, Art. 111 OR N 21 ff., auch zu den zwei Durchbrechungen des Prinzips der Akzessorietät bei der Bürgschaft in Art. 492 Abs. 3 OR (dazu z.B. CHK-*Vischer*, Art. 492 OR N 8); *Bernhard Berger*, Allgemeines Schuldrecht, 2. A., Bern 2012, N 2354 ff.; s. auch *Förster* (Fn. 3) 168 ff., 194 ff. zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung und dem Vorschlag der Fusion von Garantie und Bürgschaft de lege ferenda; s. auch BGE 131 III 511, E. 4.2 f., mit der Aussage, dass es auch akzessorische Garantien gebe, was abzulehnen ist, gl.M. *Berger* (Fn. 23) N 2382.

24 Zum Ganzen BSK OR I-*Ehrat*, Art. 160 OR N 3; *Berger* (Fn. 23) N 1784 ff.

25 Für die Bezeichnung solcher Garantien als unechte Konventionalstrafen und ihre Unterstellung unter die Regeln der Konventionalstrafe z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 3849; *Ramon Mabillard*, Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP *2005* 548, 552 ff.

26 Art. 72 OR; dazu im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep/Emmenegger* (Fn. 25) N 2252 ff.

27 A.M. *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 525; s. auch *Mabillard* (Fn. 25) 550 ff. für die Qualifikation [der unechten Konventionalstrafe] als Wahlobligation, auch wenn er zugesteht, dass das infolge Fehlens einer Hauptschuld dogmatisch nicht befriedigend ist.

28 S. z.B. *Markus Vischer*, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP *2011* 1168, wonach sowohl beim asset deal (Aktiven und Passiven Kauf) wie beim share deal (Anteilskauf) das Unternehmen Gegenstand des Kaufvertrags ist, mindestens dann, wenn der Verkäufer dem Käufer die Kontrolle über das Unternehmen verschafft.

29 S. vorstehend I.B.; Urteil 4A_500/2011 des Bundesgerichts vom 8.5.2012, E. 3.3, wo das Bundesgerichts entschied, dass es um das Versprechen eines eigenen Verhaltens des kontrollierenden Gesellschafters und nicht um das Versprechen eines Erfolgs unabhängig von diesem Verhalten ging.

30 BSK OR I-*Pestalozzi*, Art. 111 OR N 18.

31 Art. 127 OR; z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.260/2001 vom 4.1.2002, E. 3a; BGE 122 III 426, E. 5c.

32 Z.B. BGE 132 III 285, E. 2, s. auch *Gilles Benedick/Markus Vischer*, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, in: Jusletter vom 4. September 2006, Rz 68 ff.

33 Z.B. BGE 132 V 404, E. 5.2; a.M. *Mirjam Meyer,* Rechtsrisiken und Rechtsrisikomanagement bei M&A-Transaktionen, unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2013, 242; s. auch *Benedick/Vischer* (Fn. 32) Rz 68 ff.; s. zum Ganzen auch nachstehend III. und nachstehend V.

34 Z.B. *Vischer* (Fn. 28) 1168 mit Hinweis auf die teilweise abweichende Meinung des Bundesgerichts.

35 Z.B. *Vischer* (Fn. 28) 1168 mit Hinweis auf die abweichende Meinung des Bundesgerichts.

III. Gewährleistungen in Unternehmenskaufverträgen

Die (kaufrechtliche) Gewährleistung in Unternehmenskaufverträgen richtet sich einheitlich nach Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR.[36] Allerdings sind Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (grundsätzlich) dispositives Recht, so dass die Parteien davon abweichen können.[37]

Eine Ausnahme von der dispositiven Natur des (kaufrechtlichen) Gewährleistungsrechts besteht allerdings nach dem Bundesgericht im Verjährungsrecht. Hier sind gewisse Modifikationen der Parteidisposition entzogen, z.B. was die Verlängerung der Verjährungsfrist auf über 10 Jahre betrifft.[38] Art. 210 Abs. 4 OR bezüglich eingeschränkter Möglichkeit der Verkürzung der Verjährungsfrist hat dagegen keine praktische Bedeutung für den Unternehmenskauf.[39] Gewährleistungen betreffen Eigenschaften der Kaufsache. Der Begriff der Eigenschaft der Kaufsache ist weit auszulegen.[40]

IV. Modifizierte Gewährleistungen in Unternehmenskaufverträgen

Rechtsgewährleistungen bzw. Sachgewährleistungen beziehen sich nach dem gesetzlichen Konzept auf Eigenschaften der Kaufsache im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. des Übergangs von Nutzen und Gefahr.[41] Die entsprechenden Regelungen sind allerdings wie gesagt dispositiv. Versprechen zur Beschaffenheit der Kaufsache, in der kaufrechtlichen Terminologie Zusicherungen, vor oder nach diesen Zeitpunkten sind deshalb zulässig.[42] Es handelt sich in diesem Fall um modifizierte Gewährleistungen.

Keine Rolle spielt dabei, ob der Verkäufer «[...] vertraglich verpflichtet und objektiv auch in der Lage ist, die Kaufsache noch in den zugesicherten Zustand zu überführen (z.B. im Fall von Montage- und Fertigungspflichten)».[43] Denn Gewährleistung ist unabhängig von der Streitfrage betreffend die Rechtsnatur der Gewährleistung im Grundsatz (mit Ausnahmen im Schadenersatzrecht) eine verschuldensabhängige Erfolgshaftung,[44] also unabhängig davon, zu was der Schuldner (im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, davor oder danach) zu leisten in der Lage ist.

V. Beschaffenheitsgarantien in Unternehmenskaufverträgen

Mit der Erweiterung des Begriffs der Garantie im Sinne von Art. 111 OR[45] hat man den Einsatz der Garantie für die Mängelhaftung im Kaufrecht geöffnet.[46] Entsprechend steht es den Parteien frei, statt Gewährleistungen Garantien im Sinne von Art. 111 OR bezüglich Eigenschaften der Kaufsache für einen beliebigen Zeitpunkt zu vereinbaren. Bei solchen Garantien spricht man von Beschaffenheitsgarantien.[47]

Ob im Unternehmenskaufvertrag mit Gewährleistungen oder Beschaffenheitsgarantien gearbeitet wird, ist eine Ermessensfrage. Sowohl die Gewährleistungen wie die Beschaffenheitsgarantien lassen sich vertraglich so modulieren, dass letztlich bezüglich Tatbestand und Rechtsfolge keine Unterschiede mehr bestehen. Insbesondere lassen sich bei den Gewähr-

[36] Z.B. *Vischer* (Fn. 28) 1169 mit Hinweis auf die teilweise abweichende Meinung des Bundesgerichts; zur alternativen Anwendbarkeit von Rechts- und Sachgewährleistung *Vischer* (Fn. 28) 1169 mit Hinweis auf die abweichende Lehre.

[37] Art. 192 Abs. 3 OR; Art. 199 OR; z.B. BSK OR I-*Honsell*, Art. 192 OR N 8, Art. 199 OR N 1 ff.

[38] Urteil 4A_221/2010 vom 12.1.2012 des Bundesgerichts, E. 3; BGE 132 III 226, E. 3.3.8; zu Recht a.M. Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9.A., Bern 2010, 97; zu den Modifikationsmöglichkeiten im Allgemeinen *Benedick/Vischer* (Fn. 32) Rz 1 ff., insbesondere auch, was die Verkürzung der Verjährungsfrist und die vertragliche Erweiterung oder Reduktion der Unterbrechungshandlungen gemäss Art. 135 OR betrifft.

[39] Gl.M. *Rudolf Tschäni/Harold Frey/Dominique Müller*, Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich/Basel/Genf 2013, 115, Fn. 441.

[40] *Markus Vischer*, Unternehmensübertragungsvertrag, GesKR *2011* 84, Fn. 33; sehr weit, wohl sogar zu weitgehend Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.2 bezüglich der Eigenschaft eines Unternehmens, dass keine Kundenabwerbungen stattgefunden haben und stattfinden werden; s. dazu *Vischer* (Fn. 40) 84 f.; s. auch BGE 91 II 354 f. und neuerdings Urteil 4A_627/2012 und 4A_629/2012 des Bundesgerichts vom 9.4.2013, E. 6.4, wo (zu Unrecht) verneint wird, dass ein bestimmter Wert eine Eigenschaft des Unternehmens sein kann.

[41] Z.B. BGE 122 III 426, E. 4 und 5c; zum Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. *Markus Vischer*, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, in: Jusletter vom 28. April 2004, Rz 1 ff.

[42] BGE 122 III 426, E. 5c; BGE 88 II 410, E. 3a; *Schenker* (Fn. 11) 275; a.M. wohl *Bernd Hauck,* Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und schweizerischen Rechts, Basel 2008, 175; *Böckli* (Fn. 11) 93; *Kleiner* (Fn. 2) 109.

[43] So aber BGE 122 III 426, E. 5c; *Meyer* (Fn. 33) 248; *Michael Lips*, Die kaufrechtliche Garantie, Zürich/Basel/Genf 2002, 20 f.

[44] Z.B. BSK OR-I *Honsell*, Vor Art. 197-210 OR N 1 zur Sachgewährleistung.

[45] S. vorstehend I.B.

[46] *Förster* (Fn. 3) 80.

[47] *Förster* (Fn. 3) 142 f.

leistungen Art. 200 Abs. 1 OR (Bedeutung der Kenntnis des Mangels durch den Käufer), Art. 201 OR (Prüfungs- und Rügeobliegenheiten des Käufers) und bezüglich Schadenersatz das Erfordernis des Verschuldens des Verkäufers gemäss Art. 97 OR wegbedingen oder modifizieren,[48] z.B. durch Ersatz von Art. 200 OR durch ein wie immer geartetes disclosure concept, dass weniger auf die Kenntnis des Käufers, sondern auf die Offenlegung an den Käufer abstellt,[49] so dass wesentliche Unterschiede zu üblichen Garantien wegfallen, und lassen sich bei Garantien de minimis Beträge und caps (Haftungsmindestbeträge und -höchstbeträge)[50] und third party claims-Regeln (Drittanspruchsregeln)[51] vereinbaren,[52] so dass wesentliche Unterschiede zu üblichen Gewährleistungsbestimmungen wegfallen.[53]

Eine Ausnahme besteht allerdings nach dem Bundesgericht bezüglich Verjährungsrecht, insbesondere was die nach Art. 129 OR nicht zulässige Verkürzung der 10-jährigen Verjährungsfrist und die vertragliche Erweiterung oder Reduzierung der vertraglichen Unterbrechungshandlungen gemäss Art. 135 OR bei der Garantie betrifft.[54] Inwieweit Art. 129 OR «umgangen» werden kann, indem die Geltendmachung der Garantie innert einer bestimmten Frist in den Garantiefall eingearbeitet wird,[55] bzw. eine (parallele, kürzere) vertragliche Verwirkungsfrist vereinbart wird,[56] ist umstritten. Denn das Bundesgericht hat zwar erklärt, es sei zulässig, eine Forderung zu befristen[57] oder eine Forderung von einer Resolutivbedingung (und wohl auch einer Suspensivbedingung) abhängig zu machen.[58] Es sei aber unzulässig, vorzusehen, dass eine Forderung binnen einer bestimmten Frist gerichtlich geltend zu machen sei, weil dies gegen Art. 129 OR verstosse.[59] Ebenso umstritten ist, ob Art. 129 OR die Vereinbarung von (kürzeren) Prüfungs- und Rügefristen bei Garantien analog Art. 201 OR zulässt.[60]

In der Praxis werden deshalb infolge des Bedürfnisses von mindestens zum Teil kürzeren Verjährungsfristen (bzw. Prüfungs- und Rügefristen) und mehr Flexibilität bezüglich Unterbrechungshandlungen im Unternehmenskaufvertrag den Garantien im Regelfall modifizierte Gewährleistungen vorgezogen.[61] Entsprechend wird nur dort mit Garantien gearbeitet, wo eine 10-jährige Verjährungsfrist kein Problem ist, z.B. bezüglich Eigentum an Aktien, im Steuerbereich,[62] im Umweltbereich[63] oder bezüglich vom Käufer beim gekauften Unternehmen erkannten spezifischen Problemen, die schwierig zu bewerten sind.[64] Ob eine Gewährleistung oder eine Beschaffenheitsgarantie vorliegt, ist aber eine Auslegungsfrage und in jedem Einzelfall für jedes einzelne Versprechen zu prüfen.

Die vom Bundesgericht in Anlehnung an die deutsche Lehre geschaffene unselbständige Garantie, d.h. die sogenannte Haltbarkeitsgarantie, bei der eine bestimmte (Sach-)Beschaffenheit der Kaufsache nicht nur für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, sondern noch für eine bestimmte Zeit danach versprochen wird,[65] kann eine modifizierte Gewährleistung oder eine Garantie sein. Aus dem reinen Begriff unselbständige Garantie kann wie aus allen Begriffen nichts per se in Bezug auf die Rechtsfolge abgeleitet werden[66] und insbesondere nicht,

48 S. bezüglich modifizierten Gewährleistungen schon vorstehend IV.

49 *Meyer* (Fn 33) 238 ff.; *Rudolf Tschäni/Matthias Wolf*, Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in: Mergers & Acquisitions VIII, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2006, 112; zum in der Schweiz vorherrschenden Kompromiss i.S. disclosure concept z.B. *Oliver Blum*, Umgang mit identifizierten Risiken – Garantien und faktische Massnahmen, in: Mergers & Acquisitions XV, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2013, 201, Fn. 3.

50 Dazu z.B. *Meyer* (Fn 33) 245 f., 250 f.; *Tschäni/Wolf* (Fn. 49) 118.

51 Dazu z.B. *Meyer* (Fn 33) 246 f.; *Vischer* (Fn. 28) 1176; *Wolfgang Zürcher*, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Mergers & Acquisitions IX, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2007, 163; *Tschäni/Wolf* (Fn. 49) 118 f.

52 S. zur dispositiven Natur der Garantie schon vorstehend I.D.

53 S. auch *Tschäni/Wolf* (Fn. 49) 101: «Der Unterschied [zwischen Gewährleistungen und Garantien] ist bei den meisten professionell redigierten Unternehmenskaufverträgen praktisch unbeachtlich, weil die Auswirkungen, welche die Qualifikation nach dem Gesetz hat […], meist vertraglich geregelt werden.»; s. auch *Förster* (Fn. 3) 138 ff., der angesichts der völligen Substituierbarkeit der Gewährleistung und der Beschaffenheitsgarantie schliesst, dass letztere entbehrlich ist.

54 S. schon vorstehend I.D. und vorstehend III.

55 S. *Kleiner* (Fn. 2) 258.

56 Dazu im Allgemeinen z.B. auch *Benedick/Vischer* (Fn. 32) Rz 48 ff.

57 BGE 74 II 97, E. 3.

58 BGE 132 III 285, E. 2.

59 BGE 132 III 285, E. 2; s. auch *Arnold F. Rusch/Eva Maissen*, Gutscheine mit Einlösefrist, in: Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 12, die dafür halten, dass diese Rechtsprechung nicht nur für die gerichtliche Geltendmachung gelte, sondern auch für die aussergerichtliche Geltendmachung; a.M. als das Bundesgericht z.B. *Meyer* (Fn 33) 250; *Schenker* (Fn. 7), 76.

60 Befürwortend *Schenker* (Fn. 7) 76.

61 S. auch *Markus Vischer*, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht, SJZ *2009* 137 mit dem Hinweis, dass die im Unternehmenskaufvertrag verwendeten Begriffe und zitierten Gesetzesartikel oft auf modifizierte Gewährleistungen hindeuten.

62 Z.B. *Böckli* (Fn. 11) 93 f.

63 Z.B. *Böckli* (Fn. 11) 93 f.

64 Z.B. *Schenker* (Fn. 11) 276 f.

65 Z.B. BGE 122 III 426, E. 4.

66 S. vorstehend I.C.

dass solche unselbständigen Garantien per se dem gesetzlichen Gewährleistungsregime unterstehen.[67] Vielmehr ist die konkrete vertragliche Ausgestaltung massgeblich.[68] Erst wenn diese konkrete vertragliche Ausgestaltung unklar oder sogar lückenhaft ist (welche Situation es natürlich möglichst zu vermeiden gilt),[69] ist nach den üblichen Auslegungs- und Lückenfüllungsregeln zu entscheiden, wie es sich z.B. bezüglich Kenntnis des Mangels, Prüfungs- und Rügeobliegenheiten, Verjährung, Verschulden des Verkäufers etc. verhält. Diese Aufgabe ist angesichts des in jedem konkreten Fall theoretisch möglichen Einsatzes beider Instrumente nicht einfach.[70]

Eine Auslegungsfrage ist auch, ob allenfalls weder eine Gewährleistung noch eine Garantie, d.h. eine (grundsätzlich) verschuldensunabhängige Erfolgshaftung,[71] vorliegt, sondern eine verschuldensabhängige Haftung für eigenes Verhalten des Versprechenden mit der Möglichkeit der Realvollstreckung in Bezug auf dieses Verhalten nach Art. 97 ff. OR.[72] Allerdings dürfte auch diese Frage bei professionell redigierten Unternehmenskaufverträgen, insbesondere infolge der standardmässig vorgenommenen Wegbedingung des Erfordernisses des Verschuldens des Versprechenden gemäss Art. 97 OR im Bereich der Eigenschaftsversprechen,[73] nur von theoretischer Bedeutung sein.[74]

Bezüglich Beschaffenheitsgarantien dürfte sich kaum je ein Abgrenzungsproblem zur Bürgschaft stellen, weil in der Regel klar ist, dass die Parteien des Unternehmenskaufvertrags keine Akzessorietät der Beschaffenheitsgarantie von allfälligen Verpflichtungen Dritter, beim share deal z.B. der betroffenen Gesellschaft, wollen. Aber auch dies ist primär eine Auslegungsfrage.[75]

VI. «Nichtbeschaffenheitsgarantien» in Unternehmenskaufverträgen

Gewährleistungen und Beschaffenheitsgarantien betreffen Eigenschaften des Kaufgegenstands.[76] Andere Versprechen, welche nicht Eigenschaften der Kaufsache betreffen, wie z.B. betreffend Eintritt gewisser vom Käufer gewünschter künftiger Ereignisse wie der Abschluss eines bestimmten Lizenzvertrags[77] oder betreffend Nichteintritt bestimmter vom Käufer befürchteter künftiger Ereignisse wie der Nichtwiderruf einer Verfügung, sind dagegen nicht in der Form von Gewährleistungen, sondern nur in Form von Garantien im Sinne von Art. 111 OR möglich,[78] auch wenn solche «Nichtbeschaffenheitsgarantien» in der Praxis beim Unternehmenskauf sehr selten vorkommen.[79]

VII. Indemnities in Unternehmenskaufverträgen

Der Begriff der indemnity stammt aus dem angelsächsischen Rechtskreis, wobei die verschiedensten Haftungskonzepte damit erfasst werden und der Begriff entsprechend diffus ist.[80] Oft bezeichnet indemnity (oder indemnification) einfach den Rechtsbehelf des Schadenersatzes,[81] den im angelsächsischen Rechtskreis, aber mindestens bei Unternehmenskaufverträgen auch in civil law countries dominierenden Rechtsbehelf bei Vertragsverletzungen.[82] Vereinigt der Begriff der indemnity (oder indeminifi-

67 A.M. *Hauck* (Fn. 42) 175; *Lips* (Fn. 43) 21 f., 26.

68 Urteil 4A_321/2012 des Bundesgerichts vom 14.1.2013, E. 4; a.M. wohl Urteil des Bundesgerichts 4C.260/2001 vom 4.1.2002, E. 3a, wo die unselbständige Garantie automatisch dem gesetzlichen Gewährleistungsregime und insbesondere dem Verjährungsregime des (damaligen) Art. 210 OR mit einer einjährigen Verjährungsfrist unterstellt wird.

69 *Urs Schenker*, Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag, in: Mergers & Acquisitions VI, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2004, 157; *Markus Vischer*, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ *2001* 368.

70 S. auch *Böckli* (Fn. 11) 94 f.

71 S. vorstehend I.B (Garantie) und vorstehend IV (Gewährleistung).

72 S. vorstehend I.C.; s. auch nachstehend VIII. mit der Gegenüberstellung der operating Gewährleistung (mit dem Hauptelement der ordinary course of business Gewährleistung) oder Garantie und dem operating covenant.

73 Z.B. *Vischer* (Fn. 61) 138.

74 S. allerdings nachstehend VII. bezüglich indemnities.

75 S. vorstehend I.C.

76 S. vorstehend III, vorstehend IV und vorstehend V.

77 *Schenker* (Fn. 11) 277.

78 Urteil des Bundesgerichts 4C.260/2001 vom 4.1.2002, E. 3a; *Förster* (Fn. 3) 145 ff.; *Schenker* (Fn. 11) 277; *Lips* (Fn. 43) 20; *Vischer* (Fn. 69) 368; *Böckli* (Fn. 11) 93.

79 *Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf*, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 196; *Förster* (Fn. 3) 147; *Schenker* (Fn. 11) 277.

80 Z.B. *Förster* (Fn. 3) 84 ff., insbesondere 84: «[D]er Ausdruck indemnity [ist] sehr weit und recht unscharf».

81 S. auch ABA Model Stock Purchase Agreement with Commentary, Second Edition, Volume I: Stock Purchase Agreement, American Bar Association, Mergers and Acquisitions Committee, Chicago 2010, 285 ff., insbesondere 309; ABA Model Asset Purchase Agreement with Commentary, Volume I: Asset Purchase Agreement, American Bar Association, Committee on Negotiated Acquisitions, Chicago 2001, 213 ff., insbesondere 221.

82 *Vischer* (Fn. 28) 1170 f., 1174 f.; *Christine Chappuis*, A Comparative Overview on Performance as a Remedy; A Key to Divergent Approaches, in: Michael E. Schneider und Joachim Knoll (Hrsg.), Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration, ASA Special Series No. 30, Huntington 2011, 51 ff.

cation) dagegen Tatbestand und Rechtsbehelf, wird von stand alone indemnities (oder stand alone indemnification) gesprochen.[83]

In der Schweiz wird der Begriff der indemnity (als stand alone indemnity) im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen oft für Gewährleistungen oder Garantien gebraucht, die vom Käufer beim betroffenen Unternehmen erkannte spezifische Probleme, die schwierig zu bewerten sind, abdecken soll.[84]

Der Begriff der indemnity (erneut als stand alone indemnity) wird aber oft auch für Gewährleistungen oder Garantien in speziellen Gebieten gebraucht, z.B. im Steuerbereich (tax indemnity)[85] oder im Umweltbereich (environmental indemnity).[86] Oft wird der Begriff der indemnity (erneut als stand alone indemnity) auch für Gewährleistungen oder Garantien verwendet, die den Käufer (oder das verkaufte Unternehmen) gegen Ansprüche Dritter absichern sollen.[87] Oft wird statt des Begriffs der indemnity auch der (deutsche) Begriff der Schadloshaltung verwendet.[88]

Ob es sich bei indemnities in einem konkreten Fall um Gewährleistungen oder Garantien oder um das Versprechen eines eigenen Verhaltens des Versprechenden[89] handelt, ist primär eine Auslegungsfrage. Wie immer dürfen aus einem Begriff allein keine Rechtsfolgen abgeleitet werden.[90] Auch ihre Regelung separat von den typischen Gewährleistungen ist lediglich ein Indiz für eine Garantie (oder für das Versprechen eines eigenen Verhaltens).[91] Das gilt auch dann, wenn z.B. neben der tax indemnity oder der environmental indemnity bereits eine Steuergewährleistung oder eine Umweltgewährleistung vorhanden ist.[92] Allerdings ist hier die Indizwirkung zugunsten einer Garantie umso grösser.

Bei der Auslegung darf durchaus der angelsächsische Hintergrund miteinbezogen werden, ohne aber diesem Element im üblichen Kanon der Auslegungsmittel und -elemente ein übermässiges Gewicht beizumessen.[93]

Oft bedingen die Parteien im Unternehmenskaufvertrag das Verschulden bei indemnities nicht weg, was vor einem angelsächsischen Hintergrund verständlich,[94] aus Sicht des Versprechensempfängers aber ein Fehler ist, kann doch dies dann relevant werden, wenn es bei der indemnity um eine Gewährleistung geht und Schadenersatz zur Diskussion steht, oder wenn es bei der indemnity um das Versprechen eines eigenen Verhaltens geht.[95]

Häufig sind dagegen Versuche, die diesbezügliche Verjährungsfrist auf unter 10 Jahre festzusetzen, was nach der bundesgerichtlichen Praxis dann nicht geht, wenn es sich bei den indemnities um Versprechen eines eigenen Verhaltens handelt.[96] Problemlos sind dagegen Haftungsbeschränkungen im Rahmen der üblichen Schranken z.B. durch de minimis-Regeln und caps und third party claims-Regeln.

Bezüglich indemnities dürfte sich kaum je ein Abgrenzungsproblem zur Bürgschaft stellen, weil in der Regel klar ist, dass die Parteien des Unternehmenskaufvertrags keine Akzessorietät der indemnity oder der Schadloshaltung von allfälligen Verpflichtungen Dritter, beim share deal z.B. der betroffenen Gesellschaft, wollen.

VIII. Covenants in Unternehmenskaufverträgen

Covenants in Unternehmenskaufverträgen sind vertragliche Verpflichtungen des Verkäufers oder des Käufers für die Zeit nach dem signing (Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrags).[97] Sie unterteilen sich in pre closing und post closing covenants (closing = Vollzug des Unternehmenskaufvertrags).[98] Sie können entweder

[83] Model SPA (Fn. 81) 299.
[84] Z.B. *Blum* (Fn. 49) 203 ff.
[85] S. vorstehend V; s. auch Model SPA (Fn. 81) 315 ff.
[86] S. vorstehend V; s. auch Model SPA (Fn. 81) 320 ff.; Model APA (Fn. 81) 223 ff.
[87] *Sylvain Marchand*, Clauses contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle, Basel 2008, 201.
[88] *Markus Vischer/Lucas Hänni*, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP *2012* 620, 625; *Blum* (Fn. 49) 203.
[89] S. vorstehend I.C. und vorstehend V.
[90] S. vorstehend I.C. und vorstehend V.
[91] So wohl auch *Blum* (Fn. 49) 205.
[92] S. auch Model SPA (Fn. 81) 115 ff. (tax representation and warranty), 315 ff. (tax indemnity), 152 ff. (environmental representation and warranty), 320 ff. (environmental indemnity); Model APA (Fn. 81) 120 ff. (environmental representation and warranty), 223 ff. (environmenal indemnity).
[93] Gl.M. *Rolf Watter/Yves Schneller*, Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen in M&A-Verträgen, in: M&A IX, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2007, 274; s. aber auch *Ulrich Magnus*, Fremdsprachige Verträge unter deutschem Vertragsstatut – Auslegungsregeln für internationale Verträge, Private Law, national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Band II, herausgegeben von Andrea Büchler/Markus Müller-Chen, Bern 2011, 1153 ff., für den Vorrang einer «internationalen» Auslegung.
[94] Z.B. *Vischer* (Fn. 61) 138.
[95] S. vorstehend IV. (Gewährleistung) und vorstehend V. (Versprechen eines eigenen Verhaltens).
[96] S. vorstehend I.D. und vorstehend V.
[97] *Watter* (Fn. 1) 245; enger *Meyer* (Fn. 33) 254 f.
[98] Model SPA (Fn. 81) xvii, 197; Model APA (Fn. 81) 159; s. auch *Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem*, Vollzug von Aktienkäufen, in: Mergers & Acquisitions XV, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2013, 117 ff.

Verpflichtungen zu einem Tun (affirmative oder positive covenants) oder zu einem Unterlassen (negative covenants) sein.[99] Die vom Verkäufer eingegangenen pre closing covenants betreffen oft das Führen des verkauften Unternehmens zwischen signing und closing,[100] so z.B. der typische ordinary course of business covenant (ordentlicher Geschäftsgang covenant).[101]

Ob es sich bei solchen covenants in einem konkreten Fall um (modifizierte) Gewährleistungen oder Garantien oder um Versprechen eines eigenen Verhaltens des Versprechenden[102] handelt, ist eine Auslegungsfrage. Wie immer dürfen aus einem Begriff allein keine Rechtsfolgen abgeleitet werden.[103]

Meistens wird ein Versprechen eines eigenen Verhaltens vorliegen, wofür bei den operating covenants ein starkes Indiz vorliegt, wenn es auch eine operating Gewährleistung gibt.[104] Es liegt alsdann nicht eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung, sondern eine grundsätzlich verschuldensabhängige Verhaltenshaftung mit der Möglichkeit der Realvollstreckung in Bezug auf das Verhalten nach Art. 97 ff. OR vor.[105] Dies wird bei den operating covenants oft noch dadurch verstärkt, dass von best efforts Bemühungen die Rede ist.[106]

Das, also das Vorliegen meist eines Versprechens eines eigenen Verhaltens, gilt auch beim share deal, mindestens dann, wenn der Verkäufer dem Käufer die Kontrolle über das Unternehmen verschafft, in welchem Fall man sich durch das angebliche Dreipersonenverhältnis nicht beirren lassen und nicht per se Garantie (oder Bürgschaft) annehmen sollte.[107]

Oft bedingen die Parteien im Unternehmenskaufvertrag das Verschulden bei covenants nicht weg, was vor einem angelsächsischen Hintergrund verständlich ist, aber angesichts der meist gegebenen Qualifikation der covenants als Versprechen eines eigenen Verhaltens auch Sinn macht.

Häufig sind dagegen Versuche, die diesbezügliche Verjährungsfrist auf unter 10 Jahre festzusetzen, was nach der bundesgerichtlichen Praxis dann nicht geht, wenn es sich bei den covenants um Versprechen eines eigenen Verhaltens handelt.[108] Problemlos sind dagegen Haftungsbeschränkungen im Rahmen der üblichen Schranken, bei Versprechen eines eigenen Verhaltens z.B. durch Art. 100 OR, z.B. mittels de minimis-Regeln, caps und third party claims-Regeln.

Weil die covenants in der Regel Versprechen eines eigenen Verhaltens sind, stellt sich meist das Abgrenzungsproblem Garantie zur Bürgschaft nicht. Sind die covenants aber ausnahmsweise keine Versprechen eines eigenen Verhaltens, stellt sich das Abgrenzungsproblem durchaus.

Ein in Unternehmenskaufverträgen oft vorkommender covenant i.S. eines Versprechens eines eigenen Verhaltens ist die Verpflichtung, best efforts zu tätigen, damit die closing conditions (Vollzugsbedingungen) sich verwirklichen.[109] Häufig werden zudem noch spezifischere Verhaltenspflichten in Bezug auf die closing conditions vereinbart, z.B. betreffend gewisser wettbewerbsrechtlicher Eingaben etc.[110] Closing conditions in Unternehmenskaufverträgen sind im Regelfall Suspensivbedingungen für die Vornahme der Hauptleistungspflicht der Parteien, d.h. für die Vornahme des Verfügungsgeschäfts, des closing.[111]

Die Parteien im Unternehmenskaufvertrag tun gut daran, einen solchen best efforts covenant (im Sinne einer selbständigen vertraglichen Verpflich-

[99] Model SPA (Fn. 81) xvii.

[100] Sogenannte operating covenants, Model SPA (Fn. 81) 202, oder conduct of business covenants; s. auch *Tschäni/Diem/Wolf* (Fn. 79) 171 f.; *Tschäni/Diem* (Fn. 98) 117 ff., 139 ff.; *Zürcher* (Fn. 51) 169 f.

[101] Model SPA (Fn. 81) 35 ff., 201 ff.; Model APA (Fn. 81) 31 ff., 162 ff.; *Tschäni/Diem* (Fn. 98) 165; *Watter* (Fn. 1) 258.

[102] S. vorstehend I.C. und vorstehend V.

[103] S. vorstehend I.C., vorstehend V und vorstehend VII.; bezüglich Einbezug des angelsächsischen Hintergrunds s. vorsehend VII.

[104] S. vorstehend V.

[105] S. auch Model SPA (Fn. 81) 201: «Seller shall, and shall cause each Acquired Company to ...».

[106] Z.B. Model SPA (Fn. 81) 201; Model APA (Fn. 81) 162; zur Sinnhaftigkeit solcher best efforts Klauseln bei obligation de moyen *Marchand* (Fn. 87) 166; zu best efforts Klauseln im angelsächsischen Rechtskreis im Allgemeinen (mit den auch im angelsächsischen Rechtskreis unklaren Nuancierungen best efforts, reasonable best efforts, commercially reasonable best efforts, reasonable efforts, commercially reasonable efforts, good faith efforts etc.) Model SPA (Fn. 81) 211 ff.; s. auch *Meyer* (Fn. 33) 210 f.; *Watter/Schneller* (Fn. 93) 272 ff., insbesondere auch zum Unterschied von best efforts und commercially reasonable best efforts. *Christine Chappuis,* Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux, Provisions for best efforts, reasonable care, due diligence and standard practice in international contracts, RDAI 2002, 281 ff.

[107] S. vorstehend I.C.

[108] S. vorstehend VII.

[109] Z.B. Model SPA (Fn. 81) 211 ff., 224; Model APA (Fn. 81) 15, 167 f., 175 f.; *Tschäni/Diem* (Fn. 98) 117, 139; *Watter/Schneller* (Fn. 93) 272 ff.

[110] Z.B. Model SPA (Fn. 81) 206 ff., 220 ff.; Model APA (Fn. 81) 165 f., 175.

[111] *Tschäni/Diem* (Fn. 98) 163, Fn 22; *Philipp Chiani/Markus Vischer*, Suspensivbedingungen in Kaufverträgen, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 12. Januar 2012, Rz 10.

tung und nicht bloss einer unselbständigen Nebenpflicht)[112] zu vereinbaren, weil sie von Gesetzes wegen nur zu einem Verhalten nach Treu und Glauben und nicht darüber hinaus verpflichtet sind, auf die Verwirklichung der closing conditions hinzuwirken.[113] Entsprechend hat Art. 156 OR nur eine beschränkte Leistungsfähigkeit.[114]

IX. Zusammenfassung

Garantien und verwandte Versprechen sind in vielen Formen im Unternehmenskaufvertrag anzutreffen. Ein paar Formen wie Beschaffenheits- und «Nichtbeschaffenheits»-Garantien, Gewährleistungen, indemnities und covenants wurden explizit besprochen. Weitere Formen, wie break fee Versprechen,[115] equity oder debt commitment letters[116] oder auch Garantien im Sinne von echten Personalsicherheiten sind denkbar und kommen in der Praxis im Unternehmenskaufvertrag vor.

In jedem Fall ist das konkrete Versprechen zu analysieren und auszulegen. Aus reinen Begriffen allein dürfen keine (voreiligen) Schlüsse gezogen werden. Allerdings ist die dogmatische Erfassung gerade der Phänomene Gewährleistung, Garantie und Versprechen eines eigenen Verhaltens und ihre Abgrenzung voneinander höchst umstritten, sodass die Auslegung nicht einfach ist.

[112] Zum Unterschied z.B. *Watter/Schneller* (Fn. 93) 274 ff.

[113] *Vischer* (Fn. 13) 495 bezüglich Schadloshaltungsklauseln fiduziarischer Verwaltungsräte.

[114] S. auch *Alexander Gutmans*, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Basel 1995, 217, wonach ein treuwidriges Verhalten nicht die Rechtsfolgen gemäss Art. 97 ff. OR zeitigt, sondern «nur» die Rechtsfolgen nach Art. 156 OR.

[115] Dazu z.B. *Tschäni/Frey/Müller* (Fn. 39) 13; *Christian Tannò*, Break-up fee-Vereinbarungen in Unternehmenszusammenschlussverträgen, Zürich/St. Gallen 2012, 18; *Oliver Triebold*, Deal Protection bei M&A-Transaktionen – Ausgewählte Aspekte, in: Mergers & Acquisitions XI, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2009, 231 ff.

[116] Dazu z.B. *Triebold* (Fn. 115) 230 f.