



Kommentar zu: Urteil: [4A_58/2022](#) vom 10. Juni 2022
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Earn out-Klausel mit unbeschränkter Laufzeit

Autor / Autorin

Semal Yildiz, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_58/2022 vom 10. Juni 2022 entschied das Bundesgericht, dass bei Verträgen mit zeitlich unbeschränkten Earn out-Klauseln eine Vertragslücke vorliege, die richterlich geschlossen werden müsse.

Sachverhalt

[1] Die A GmbH (Verkäuferin, Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) und die B AG (Käuferin, Beklagte, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) schlossen einen Kaufvertrag vom 5. November 2012 (nachfolgend: Kaufvertrag). Die Verkäuferin übertrug dabei der Käuferin den Geschäftsbereich «Online-Marketing» (Sachverhalt Teil A).

[2] Im Kaufvertrag legten die Parteien fest, dass sich der Kaufpreis aus einem Baranteil von CHF 25'000 und einer Umsatzbeteiligung zusammensetze. Die Umsatzbeteiligung basiere dabei auf dem zukünftigen Nettobetriebsertrag gewisser Kunden, wobei aber der maximale Kaufpreis CHF 100'000 betrage und danach die Umsatzbeteiligung erlösche (Sachverhalt Teil B und E. 5.1).

[3] Am 29. März 2019 klagte die Verkäuferin gegen die Käuferin auf Zahlung von CHF 52'059.77 nebst Zins. Eventualiter klagte sie im Sinne einer Stufenklage auf Herausgabe gewisser Dokumente zur Periode vom 1. Januar 2013 bis dato und, nach Erhalt der herausverlangten Dokumente, auf Fristansetzung zur Bezifferung der Forderungssumme (Sachverhalt Teil B).

[4] Mit Teilurteil vom 21. Dezember 2021 verpflichtete das Handelsgericht des Kantons Zürich die Käuferin, der Verkäuferin gewisse Dokumente zur Periode vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 herauszugeben. Es erwog, dass eine Vertragsergänzung des Kaufvertrags nach dem hypothetischen Parteiwillen eine Beschränkung der umsatz- und damit kaufpreisrelevanten Periode (nachfolgend *Earn out*-Periode) auf einen Zeitraum von zwei Jahren ergebe. Deshalb verfüge die Verkäuferin nur für die Periode vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 über einen Anspruch auf Dokumente (Sachverhalt Teil B).

[5] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Verkäuferin die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Das

Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 8).

Erwägungen

[6] Das Bundesgericht hielt fest, dass umstritten sei, ob die Vorinstanz das in der Stufenklage gestellte Auskunftsbegehren in Auslegung des Kaufvertrags zu Recht in zeitlicher Hinsicht auf die Periode vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 beschränkt habe (E. 5 Ingress).

[7] Gemäss Bundesgericht ist Ziel der Vertragsauslegung in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien gemäss Art. 18 Abs. 1 [OR](#) festzustellen (subjektive Vertragsauslegung). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibe, seien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektive Vertragsauslegung). Massgebend sei dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (E. 5.2).

[8] Laut Vorinstanz habe die Verkäuferin geltend gemacht, der Kaufpreis betrage CHF 100'000 fix. Zusätzlich zum Baranteil von CHF 25'000 sei eine fixe Umsatzbeteiligung von CHF 75'000 vereinbart worden. Die Käuferin sei dagegen der Ansicht, bei der Umsatzbeteiligung handle es sich um eine variable Kaufpreiskomponente. Der Kaufpreis betrage maximal CHF 100'000, könne aber auch abhängig von der Ertragslage tiefer ausfallen. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass die Verkäuferin keine gegenseitig übereinstimmenden Willensäusserungen genannt habe. Sie sei deshalb in Anwendung des Vertrauensprinzips zum Ergebnis gelangt, die Parteien hätten ein variables Kaufpreiselement vorgesehen (E. 5.3).

[9] Das Bundesgericht schützte diese Betrachtungsweise, namentlich auch bezüglich Auslegung des Kaufvertrags nach dem Vertrauensprinzip. In Anwendung dieses Prinzips hätte sich die Vorinstanz ausführlich mit dem Wortlaut, der Systematik, dem Vertragszweck, der Interessenlage der Parteien sowie den Begleitumständen und der Vorgeschichte des Kaufvertrags auseinandergesetzt und sei zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Parteien mit der Umsatzbeteiligung im Kaufvertrag ein variables Kaufpreiselement vorgesehen hätten (E. 5.4 und 5.5).

[10] Strittig sei weiter, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen sei, es liege hinsichtlich der fehlenden zeitlichen Begrenzung der Umsatzbeteiligung (Festlegung einer *Earn out*-Periode) eine zu ergänzende Vertragslücke vor (E. 6 Ingress).

[11] Eine Vertragslücke liege vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betreffe, nicht oder nicht vollständig geregelt hätten. Ob der Vertrag in diesem Sinne einer Ergänzung bedürfe, sei vorerst durch subjektive (empirische), bei deren Ergebnislosigkeit durch objektive (normative) Auslegung zu ermitteln. Sei ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so habe der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens habe der Richter sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie am Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren (E. 6.3).

[12] Die Vorinstanz habe ausführlich begründet, weshalb sie nach dem Vertrauensprinzip bei der Umsatzbeteiligung von einer variablen Kaufpreiskomponente ausgegangen sei. Eine variable Kaufpreiskomponente setze aber grundsätzlich, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe, eine zeitliche Begrenzung der *Earn out*-Periode voraus. Die Vorinstanz habe deshalb zusammenfassend ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen dürfen, der Kaufvertrag weise mangels zeitlicher Begrenzung der *Earn out*-Periode eine zu ergänzende Lücke auf (E. 6.4.2).

[13] Umstritten sei schliesslich die Dauer der *Earn out*-Periode, die von der Vorinstanz auf zwei Jahre festgelegt wurde (E. 7 Ingress).

[14] Die Vorinstanz habe erwogen, *Earn out*-Klauseln seien in der Regel auf einen Zeitraum von einem bis zu drei Jahren ausgelegt. Der Kaufvertrag enthalte mehrere Elemente, die Rückschlüsse auf den hypothetischen Parteiwillen betreffend die zeitliche Bemessung der *Earn out*-Periode zuliesse. Zum einen habe sich die Verkäuferin verpflichtet, die Käuferin während zweier Jahre ab Unterzeichnung des Kaufvertrags nicht zu

konkurrenzieren. Gleichzeitig hätten die Käuferin und C, ein Mitarbeiter der Verkäuferin (nachfolgend: Mitarbeiter), einen auf 12 Monate befristeten Arbeitsvertrag geschlossen, um die Integration des übertragenen Unternehmensteils zu begleiten. Unter diesen Umständen erscheine eine zeitliche Beschränkung der *Earn out*-Periode auf einen Zeitraum von zwei Jahren (1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014) als angemessen und dem hypothetischen Parteiwillen entsprechend (E. 7.1).

[15] Das Bundesgericht folgte dieser Ansicht der Vorinstanz. Es folgerte, dass die von der Vorinstanz in Vertragsergänzung vorgenommene zeitliche Begrenzung der *Earn out*-Periode auf zwei Jahre jedenfalls innerhalb der von der Lehre vertretenen Bandbreite liege, woran auch die von der Verkäuferin angeführten M&A-Studien von CMS nichts änderten (E. 7.2.2).

[16] Nicht einschlägig sei auch der Hinweis der Verkäuferin auf Art. 28 Abs. 3 [BGBB](#), wo betreffend den Gewinnanspruch von Miterben bei Veräusserungen eines Grundstücks eine Laufzeit von 25 Jahren vorgesehen sei (E. 7.2.3).

[17] Auch nicht zu beanstanden sei, dass die Vorinstanz zur Bemessung der Laufzeit der Umsatzbeteiligung auf die Dauer der Konkurrenzklausel bzw. der gewährten Namenslizenz Bezug nehme, die beide ebenfalls für die Dauer von zwei Jahren geschlossen wurden. Zusätzlich habe die Vorinstanz auch berücksichtigt, dass der Arbeitsvertrag zwischen der Verkäuferin (*recte*: Käuferin) und dem Mitarbeiter auf 12 Monate befristet war (E. 7.2.4).

[18] Insgesamt vermöge die Verkäuferin keine Gründe darzutun, die es vorliegend rechtfertigen würden, in die vorinstanzliche Vertragsergänzung (Festlegung der *Earn out*-Periode auf zwei Jahre) einzugreifen (E. 7.2.5).

Kurzkommentar

[19] Vorliegend steht ein Kaufvertrag über ein Unternehmen, nämlich den Geschäftsbereich «Online-Marketing» zur Diskussion. Bei diesem Unternehmenskaufvertrag handelt es sich nicht um einen *Share Deal* (Gesellschafts Kauf), weil keine Gesellschaftsanteile verkauft werden.[\[1\]](#) Vielmehr liegt ein *Asset Deal* (Betriebskauf) vor.[\[2\]](#)

[20] Der *Asset Deal* qualifiziert entgegen der Bundesgerichtspraxis nicht als Innominatkontrakt.[\[3\]](#) sondern als Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 ff. OR.[\[4\]](#)

[21] In Unternehmenskaufverträgen finden sich oft *Earn out*-Klauseln. Darunter versteht man Klauseln, aufgrund derer der Käufer nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags dem Verkäufer einen von bestimmten, nach diesem Vollzug eintretenden (und damit zukünftigen) Ereignissen abhängigen Kaufpreis zahlt.[\[5\]](#) Entsprechend ist der Unternehmenskaufvertrag mit einer *Earn out*-Klausel ein partiarischer Kaufvertrag und damit ein partiarisches Rechtsgeschäft.[\[6\]](#)

[22] Vorliegend lag ein solcher partiarischer Kaufvertrag vor, da die von den Parteien im Kaufvertrag vereinbarte Umsatzbeteiligung zweifelsohne als *Earn out*-Klausel qualifiziert. Insoweit ist dem Bundesgericht und der Vorinstanz in ihrer Auslegung des Kaufvertrags zu folgen, auch wenn die subjektiv-objektive Auslegungsmethode des Bundesgerichts nicht überzeugt und Verträge vielmehr allein objektiv auszulegen sind.[\[7\]](#)

[23] Dem Bundesgericht und der Vorinstanz ist auch insofern zu folgen, als *Earn out*-Klauseln in aller Regel befristet sind, wobei in der Praxis in Unternehmenskaufverträgen *Earn out*-Klauseln über den Zeitraum von ein bis fünf Jahren mit einem Median von zwei bis drei Jahren überwiegen dürften. Der Grund für diese relativ kurzen Zeiträume sind primär Praktikabilitätsüberlegungen, belasten doch *Earn out*-Klauseln beide Parteien stark, weil sie nach dem Vollzug des Kaufvertrags rechtlich miteinander verbunden bleiben, was mit Handlungseinschränkungen und Unsicherheiten verbunden ist. Das hat den Gesetzgeber allerdings nicht daran gehindert, im bürgerlichen Bodenrecht in Art. 28 BGBB – wie von der Verkäuferin vorgebracht – ein 25 Jahre dauerndes Gewinnanteilsrecht der Miterben vorzusehen, wie wenn im bürgerlichen Bodenrecht die Zeit langsamer und unproblematischer als anderswo verstreichen würde.

[24] Die Tatsache, dass im vorliegenden Fall die *Earn out*-Klausel üblicherweise nicht befristet war, bedeutet

jedoch nicht, dass zwingend eine Vertragslücke vorliegen muss. Der saloppen Behauptung der Vorinstanz (in den Worten des Bundesgerichts, E. 6.1: «Ein variabler Kaufpreis in Abhängigkeit vom Ertrag sei sachlogisch betrachtet zwingend auf eine bestimmte Zeitperiode zu begrenzen») bzw. des Bundesgerichts (E. 6.4.2: «Eine variable Kaufpreiskomponente setzt aber grundsätzlich – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – eine zeitliche Begrenzung der Earn-out Periode voraus»), ist also nicht zu folgen, auf jeden Fall nicht, wenn von einer zeitlichen Begrenzung von zwei Jahren ausgegangen wird. Das ist vielmehr eine willkürliche Unterstellung eines hypothetischen Parteiwillens, was das Bundesgericht selbst in einem anderen Urteil kürzlich als Unterstellung einer «(pseudo) *volonté hypothétique des parties sur la règle supplétive*» bezeichnet hatte.^[8]

[25] Entsprechend hätte sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall besser an seiner Rechtsprechung zu den ewigen Verträgen orientiert, also z.B. an BGE [114 II 159](#), wo das Bundesgericht eine Vertragslaufzeit eines Bierlieferungsvertrags von 20 Jahren schützte. Es hätte dann erkannt, dass der Richter infolge des Grundsatzes «*pacta sunt servanda*» unabhängig davon, ob Korrekturen von ewigen Verträgen mittels Vertragsauslegung, Vertragsergänzung oder Vertragslückenfüllung^[9] gestützt auf Generalklauseln wie Art. 27 Abs. 2 ZGB oder Art. 2 Abs. 2 ZGB^[10] eher intrinsisch oder extrinsisch vorzunehmen sind,^[11] nur unter grösster Zurückhaltung in Verträge eingreifen und sie in Bezug auf die Laufzeit korrigieren darf.^[12] Etwas anderes hiesse, reine Billigkeitsentscheide zu treffen sowie die Gesetzes- und Vertragstreue auszuhebeln, wovor unter anderem HANS MERZ bezüglich Art. 2 Abs. 2 ZGB bereits 1962 ausdrücklich warnte.^[13]

[26] Das Bundesgericht wäre bei dieser Betrachtungsweise der *Earn out*-Klausel im konkreten Fall vermutlich zu einer längeren Dauer der *Earn out*-Periode als von zwei Jahren gelangt, zumal die *Earn out*-Klausel im Kaufvertrag zwar zeitlich unbegrenzt (und damit ewig), dafür aber betraglich (auf CHF 100'000 inkl. Baranteil von CHF 25'000) begrenzt war.

[27] Lediglich der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass die Analogien der Vorinstanz und des Bundesgerichts zu anderen vertraglichen Regelungen im Kaufvertrag zur Begründung einer zweijährigen *Earn out*-Periode nicht überzeugen. Die Dauer des (nachvertraglichen) Konkurrenzverbots in einem Unternehmenskaufvertrag hat wenig mit dem (hypothetischen) Vertragswillen in Bezug auf die *Earn out*-Periode zu tun. Vielmehr ist die Höchstdauer des Konkurrenzverbots aus kartellrechtlichen Gründen auf maximal zwei bzw. drei Jahre nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags begrenzt.^[14] Ebenso ist die Dauer der Mitarbeit des Verkäufers bzw. einer seiner Hauptrepräsentanten im verkauften Unternehmen in Bezug auf die *Earn out*-Periode wenig schlüssig, ist doch ein Gleichlauf einer solchen Mitarbeit und der *Earn out*-Periode in der Praxis zwar anzutreffen, aber keinesfalls zwingend.^[15] Andernfalls hätten das Bundesgericht und die Vorinstanz bei einer einjährigen Mitarbeit des Mitarbeiters ja auch nicht eine zweijährige *Earn out*-Periode annehmen können.

BLaw SEMAL YILDIZ, Kurzpraktikantin, Walder Wyss AG.

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

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

[1] Im Allgemeinen: RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 130.

[2] Siehe zum Betriebskauf im Allgemeinen: URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 19 ff.; siehe auch MAXIMILIAN SCHWARZENBERGER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Betriebskauf: keine Übervorteilung der Verkäuferin](#), in: dRSK, publiziert am 11. Mai 2022, Rz. 16.

[3] Z.B. BGE [129 III 18](#) E. 2.1 S. 21 = Pra 2003, Nr. 30, S. 153.

[4] Z.B. MARKUS VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, S. 335 ff., S. 336 f.; CLAUDE SCHMID/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Konkludenter Verzicht der Parteien auf eine Suspensivbedingung](#), in: dRSK, publiziert am 12. November 2021,

Rz. 14; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Verkauf eines Bäckerei-Konditorei-Tearooms](#), in: dRSK, publiziert am 5. Juli 2018, Rz. 14 f.

[5] MARKUS VISCHER, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, S. 509 ff., S. 509; siehe auch MEIKE PAULETZKI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Auslegung von Suspensivbedingungen](#), in: dRSK, publiziert am 30. April 2020, Rz. 11 mit weiteren Nachweisen.

[6] VISCHER (Nr. 5), S. 512 f.

[7] Z.B. 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 und 35; siehe auch MARINA BEELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Auslegung einer Abtretungsvereinbarung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten](#), in: dRSK, publiziert am 25. Mai 2022, Rz. 17.

[8] Urteil des Bundesgerichts [4A_528/2019](#) vom 7. Dezember 2020 E. 6.3.

[9] Siehe zu den fließenden Übergängen von Vertragsauslegung, Vertragsergänzung und Vertragslückenfüllung z. B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 7), Rz. 35; siehe auch MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. BGer [4A_449/2019](#): Entschädigung im Falle der Verletzung der Exklusivitätsklausel, AJP 2020, S. 1200 ff., S. 1202 f.; HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 7), Rz. 38 f., 41, 56 f. und 64, mit einer von E. 6.3 des referierten Urteils leicht abweichenden Ansicht der Rolle des dispositiven Rechts bei der Vertragslückenfüllung.

[10] Siehe zur diesbezüglichen Rolle von Art. 20 Abs. 2 OR z.B. MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. (2) BGer [4A_45/2017](#): Aktionärsbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation, AJP 2017, S. 1129 ff., S. 1132 ff.

[11] Siehe zu den intrinsischen und extrinsischen Vertragskorrekturen z.B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 7), Rz. 38 f.; MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. BGer [4A_241/2017](#): Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, S. 130 ff., S. 132.

[12] Im Allgemeinen z.B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 7), Rz. 20.

[13] HANS MERZ, in: Berner Kommentar, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 30 ff.; MERZ folgend z.B. HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 7), Rz. 76; VISCHER (Nr. 10), S. 1134.

[14] Siehe MONIKA RUGGLI/MARKUS VISCHER, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2006, S. 294 ff, S. 298.

[15] Im Allgemeinen: VISCHER (Nr. 5), S. 512.

Zitiervorschlag: Semal Yildiz / Dario Galli / Markus Vischer, Earn out-Klausel mit unbeschränkter Laufzeit, in: dRSK, publiziert am 22. September 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch