



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Hans-Jakob Diem

Mergers & Acquisitions XXII



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Hans-Jakob Diem

Mergers & Acquisitions XXII

Schulthess § 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2021
ISBN 978-3-7255-8342-3

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Leistungsstörungen und Rechtsbehelfe im Unternehmenskauf	7
<i>Hans-Jakob Diem, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Lenz & Staehelin, Zürich</i>	
Merger of Unequals – Transaktionsstruktur, Transaktionswährung und Transaktionssicherheit	53
<i>Dr. Frank Gerhard, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Homburger AG, Zürich</i>	
M&A und Datenschutz	141
<i>Clara-Ann Gordon, Rechtsanwältin, LL.M., Partnerin bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich, und Tanja Lutz, MLaw, LL.M., Junior Associate bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	
«Officer’s Certificates» bei M&A-Transaktionen	171
<i>Dr. Alex Nikitine, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Walder Wyss AG, Zürich, und Dario Galli, Rechtsanwalt, Associate bei Walder Wyss AG, Zürich</i>	
M&A aus Sicht des General Counsel	215
<i>Prof. Dr. Andreas Bohrer, Rechtsanwalt, Group General Counsel und Company Secretary, Lonza Group AG, Basel</i>	

«Officer's Certificates» bei M&A-Transaktionen

Alex Nikitine/Dario Galli

Inhalt

I.	Einführung und Problemstellung	172
II.	Unternehmensübernahme – Stellung und Informationslage der verschiedenen «Parteien»	175
	1. Involvierte «Parteien»	175
	2. Informationslage	176
	a) Informationsasymmetrie und Due Diligence	176
	b) Manager als Verkäufer	177
	3. Allokation der Risiken im Aktienkaufvertrag	178
	4. Restrisiken	180
	5. Verantwortung als Arbeitnehmer und Organ	180
	a) Nach Arbeitsrecht	181
	b) Nach Art. 717 OR	182
	c) Manager als Verkäufer	183
III.	Officer's Certificates	184
	1. Inhalt	185
	2. Involvierte «Parteien»	187
	a) Aussteller	187
	b) Empfänger	188
	3. Rechtsnatur und Haftung	189
	a) Vorbemerkungen	189
	b) Dogmatische Grundlagen	190
	aa) Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis	190
	bb) Vom Aussteller des Officer's Certificates geschuldete Leistung	191
	c) Rechtliche Einordnung von Bestätigungserklärungen	191
	aa) Rechtsnatur von Zusicherungen	192
	bb) Zur Rechtsverbindlichkeit von Bestätigungserklärungen	193
	d) Officer's Certificates: einseitiger Vertrag oder blosser Gefälligkeit?	194
	aa) Problemstellung	194
	bb) Zur Auslegung im Besonderen	194
	cc) Auslegungsergebnis	197
	aaa) Gefälligkeitsverhältnis	197
	bbb) Schuldverhältnis: Auskunftsvertrag	197
	e) Tragweite des Auslegungsergebnisses	199
	aa) Gefälligkeit	199
	bb) Auskunftsvertrag	199
	f) Sonderfall: Vorliegen eines vorbestehenden Vertragsverhältnisses	202
	g) Haftung des Ausstellers	202

aa)	Haftung bei Gefälligkeit	203
bb)	Haftung aus Auskunftsvertrag	205
aaa)	Grundsatz	205
bbb)	Bei vorbestehendem Vertragsverhältnis	207
ccc)	Schutzwirkung des Officer's Certificates für Dritte?.....	208
4.	Frage der Abgabepflicht.....	209
a)	Vorbestehendes Rechtsverhältnis.....	209
b)	Ohne vorbestehendes Rechtsverhältnis / arbeitsrechtliche Weisung.....	210
5.	Deckung von Schaden durch D&O-Versicherung?.....	211
IV.	Schlussfolgerungen.....	212

I. Einführung und Problemstellung

Die Mitglieder der Geschäftsleitung (die Manager)¹ nehmen eine wesentliche Rolle bei der Organisation und Wertschöpfung eines Unternehmens ein. Ihnen obliegt im Rahmen einer vorgegebenen Strategie die operative Leitung des Unternehmens. Aufgrund dieser Rolle verfügen diese Protagonisten (vorderhand CEO, CFO, allenfalls weitere «C-Level»-Personen etc.) über detaillierte Informationen über das Unternehmen.² Informationsdichte und -umfang hängen jeweils von verschiedenen Umständen ab. Der Gründer und langjährige CEO eines kleinen Unternehmens weiss naturgemäss mehr über das Unternehmen als ein Chief Medical Officer eines Weltkonzerns, der erst seit drei Monaten im Amt ist. Letzterer verfügt seinerseits in seinem Verantwortungsbereich indessen über Spezialwissen (z.B. Schwächen eines präklinischen Stu-

¹ Das Wort «Manager» ist nicht eindeutig definiert; gemeint sind vorliegend Arbeitnehmer, die in leitender Funktion Führungsaufgaben wahrnehmen; vgl. auch SCHENKER URS, Manager und leitende Angestellte in privaten M&A-Prozessen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Zürich/Basel/Genf 2014, 301 ff., 303 Anm. 1; siehe ferner HÄRING DANIEL/HOCHSTRASSER CHRISTIAN, Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG: Faktische Organstellung und Grenzen der Haftung, GesKR 2009, 246 ff., 248, die den COO und Manager gleichsetzen; Urteil des Bundesgerichts 9C_535/2008 vom 3. Dezember 2008 E. 3, wo die Vorinstanz – das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau – den COO als Manager, der das operative Geschäft leite oder betreue, definierte. In diesem Aufsatz verwenden wir «Geschäftsleitung» und «Management» bzw. «Manager» (Plural) synonym.

² Vgl. u.a. ZK-BÜHLER, Art. 707 OR, N 47, der von «Wissens- und Erfahrungsvorsprung» der Mitglieder der Geschäftsleitung spricht; HOCH CLASSEN MARIEL/HSU PETER CH./ROTH PELLANDA KATJA, Due Diligence und Vertrag, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 324 ff., 332 Anm. 35; JENNY DANIEL, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 2012 = SSHH Bd. 312, Zürich/St. Gallen 2012, N 827, der von «Wissens-Übermacht» des Managements spricht; MEIER ERIC OLIVIER, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Diss. Zürich 2009 = SSHW Bd. 286, Zürich/St. Gallen 2010, 45 f., wonach das Management «per se bereits über tiefgehende Insiderinformationen über das Zielunternehmen, dessen Wert, die Entwicklungsressourcen und den Markt» verfügt; SCHÄRER HEINZ/OSER DAVID, Unternehmensauktionen – Ausgewählte Fragen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 125 ff., 153.