



---

Geschäfts-Nr. HG100223-O/U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Hans Moser, Caspar Comtesse, Daniel Marinello sowie der Gerichtsschreiber Dr. Matthias Nänni

## Urteil und Beschluss vom 8. April 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. oec. publ. et lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Beklagter und Widerkläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

sowie

**C.\_\_\_\_\_,**

Streitberufener

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren der Klage:**

(act. 3/2 S. 2)

- "01. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 275'299.74 (Schweizer Franken zweihundertfünfundsiebzigtausendzweihundertneunundneunzig 74/00) zuzüglich 6% Verzugszins auf CHF 200'000.-- seit dem 20. Juni 2009 sowie 6% Verzugszins auf der Restforderung seit dem 04. Juli 2009 zu bezahlen.
02. Die Klägerin behält sich vor, den eingeklagten Betrag aufgrund des Beweisergebnisses bezüglich der Differenz zwischen dem objektiv ermittelten Unternehmenswertes der D. \_\_\_\_\_ Ltd. am 27. April 2009 und des tatsächlich bezahlten Kaufpreises allenfalls zu erhöhen.
03. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ vom 15. April 2010 im Rahmen der gerichtlich zugesprochenen Forderung zuzüglich Betreuungskosten und dem zugesprochenen Zins und festgelegtem Verfalldatum aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 7 S. 2)

- "1. Es sei die Klägerin zu verpflichten, Auskunft zu erteilen betreffend die Geltendmachung sowie das Inkasso der Forderung der D. \_\_\_\_\_ Ltd. gegenüber der Grundeigentümerin gemäss Ziffer 2.3.1 der Änderung zum öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag vom 11. Januar 2005, Beleg 50 zwischen F. \_\_\_\_\_ (Grundeigentümerin) und C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ (Baurechtsberechtigte) und es seien sämtliche diesbezügliche Geschäftskorrespondenzen, Buchungsbelege sowie Bankbelege, insbesondere Gutschriftsanzeigen dem Beklagten zu edieren.
2. Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten die Hälfte des Saldos zwischen dem Zahlungseingang von zumindest Fr. 75'000.00 abzüglich der Restforderung der Klägerin von Fr. 19'525.16, zumindest somit Fr. 27'737.50 zuzüglich Zins von 5%, gerechnet ab fünf Tagen nach Zahlungseingang bei der D. \_\_\_\_\_ Ltd zu bezahlen.
3. Eine Erhöhung der Klagesumme nach Erfüllung der Informationspflicht gemäss Ziffer 1 bleibt vorbehalten.
4. Alles unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge zu lasten der Klägerin."

**Rechtsbegehren der Replik:**

(act. 16 S. 2)

- "01. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 258'148.70 (Schweizer Franken zweihundertachtundfünfzigtausend einhundertachtundvierzig 70/00) zuzüglich 6% Verzugszins auf CHF 200'000.- seit dem 20. Juni 2009 sowie 6% Verzugszins auf der Restforderung seit dem 04. Juli 2009 zu bezahlen.
02. Es sei der Beklagte zu verpflichten, eine revidierte Jahresrechnung 2008 der D. \_\_\_\_\_ Ltd. anzufertigen oder auf seine Kosten anfertigen zu lassen und sie der Klägerin zuzustellen.
03. Es sei der Beklagte zu verpflichten, einen revidierten Zwischenabschluss per 30. April 2009 der D. \_\_\_\_\_ Ltd. anzufertigen oder auf seine Kosten anfertigen zu lassen und ihn der Klägerin zuzustellen.
04. Die Klägerin behält sich vor, den eingeklagten Betrag aufgrund des Beweisergebnisses bezüglich der Differenz zwischen dem objektiv ermittelten Unternehmenswert der D. \_\_\_\_\_ Ltd. am 27. April 2009 und dem tatsächlich bezahlten Kaufpreis allenfalls zu erhöhen.
05. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ vom 15. April 2010 im Rahmen der gerichtlich zugesprochenen Forderung zuzüglich Betreibungskosten und dem zugesprochenen Zins und festgelegtem Verfalldatum aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Rechtsbegehren der Widerklagereplik:**

(act. 20 S. 2)

"...

2. Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten die Hälfte des Saldos zwischen dem Zahlungseingang von CHF 140'702.60 abzüglich der Restforderung der Klägerin von CHF 19'525.16, somit CHF 60'588.72 zzgl. Zins von 5% ab 24. April 2010 (5 Tage nach Zahlungseingang von CHF 140'702.60 bei der D. \_\_\_\_\_ Ltd.) zu bezahlen;
3. Es sei festzustellen, dass die Widerklage auf Auskunftserteilung durch Einreichung insbesondere der Gutschriftsanzeige vom 19. April 2010 über CHF 140'702.60 (Anlage 01/03) mit der Replichschrift und Widerklageantwort vom 10. Oktober 2011 durch die

Klägerin erfüllt worden ist, so dass die Widerklage auf Auskunftserteilung (Rechtsbegehren Widerklage Ziff. 1) unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin in Folge Erfüllung durch die Klägerin abgeschrieben werden kann;

4. Alles unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

#### 1. Einleitung und Sachverhalt

Die Klägerin kaufte vom Beklagten und seinem ehemaligen Geschäftspartner, dem Streitberufenen, nach monatelangen Verhandlungen am 27. April 2009 sämtliche Aktien der D. \_\_\_\_\_ Ltd, die an der ...strasse ... in Wetzikon ein G. \_\_\_\_\_ Restaurant betreibt (act. 3/2 S. 6). Die D. \_\_\_\_\_ Ltd hat Sitz in Wetzikon. Sie bezweckt unter anderem Planung, Aufbau, Vermarktung und Führung von Restaurantsbetrieben, insbesondere im Bereich der Fast Food Gastronomie. Der Beklagte ist unter der Firma B. \_\_\_\_\_ ... Management als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen mit dem Zweck der Beratung und Vermittlung von Finanzdienstleistungen und Produkten sowie der Vermittlung und Projektentwicklung im Immobilienbereich (act. 3/4).

Der Aktienkauf und die damit verbundenen Rechte und Pflichten sind im Aktienkaufvertrag vom 27. April 2009 (act. 3/3/1, im folgenden: **Kaufvertrag** resp. **AKV**) geregelt. Kaufgegenstand sind sämtliche 3'000 Namenaktien der D. \_\_\_\_\_ Ltd zu nominal je CHF 100.00, die je zur Hälfte im Eigentum des Beklagten und des Streitberufenen standen (Ziffer II.1 AKV). Als Kaufpreis vereinbarten die Parteien den Betrag von CHF 1'006'171.30, der durch Zahlungen an die beiden Verkäufer und auf ein Sperrkonto zu leisten war (Ziffer II.2 und II.3 AKV). Zusätzlich war die Rückzahlung von Aktionärsdarlehen an die Verkäufer im Gesamtbetrag von rund CHF 372'000 vereinbart (Ziffer II.4 AKV). Der Kaufvertrag enthält diverse Zusicherungen (vgl. Ziffer II.6 und II.8.2 AKV). Die Verkäufer verpflichteten sich gemäss Ziffer I.3 AKV, für sämtliche Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag solidarisch zu haften.

Die Klägerin kam ihren Verpflichtungen in Bezug auf den Kaufpreis nach (act. 3/2 S. 34). Die Übergabe wurde vollzogen (act. 7 S. 4). Die Parteien streiten über eine Neufestlegung des Kaufpreises (act. 3/2 S. 35), wobei die Freigabe des Sperrbetrages sowie gewisse Zahlungen zugunsten der Klägerin anerkannt sind (vgl. act. 16 S. 71). Die Klägerin rügte die geltend gemachten Mängel mit Schreiben vom 12. Juni 2009 (act. 3/3/17), mit Schreiben vom 29. Juni 2009 (act. 3/3/20), mit Nachtrag vom 24. September 2009 (act. 3/3/22/3) sowie mit Nachtrag vom 31. August 2009 (act. 3/3/26).

Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage Ersatz für den Minderwert der Kaufsache im Sinne von Art. 205 OR. Sie sei von den Verkäufern, d.h. vom Beklagten und vom Streitberufenen, absichtlich über den Wert des Unternehmens getäuscht worden. Sie macht diverse Mängel geltend, für die der Beklagte nach dem Kaufvertrag Gewähr zu leisten habe. Zudem verlangt sie, dass der Beklagte eine geprüfte Rechnung 2008 und einen geprüften Zwischenabschluss per 31. April 2009 erstellen lasse.

Der Beklagte anerkennt eine Reihe von Mängeln und seine Haftung hierfür. Widerklageweise verlangt er die anteilmässige Auszahlung eines Betrages, den die Klägerin einzog für eine Forderung der D. \_\_\_\_\_ Ltd, die mit dem Kaufvertrag (Ziffer II.10.3 AKV) an den Beklagten und den Streitberufenen abgetreten worden sei. Er beziffert diesen Betrag nach Auskunftserteilung durch die Klägerin mit CHF 60'588.72 (act. 20 S. 2).

## 2. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte die vorliegende Klage und Weisung am 9. August 2010 (Datum Poststempel) beim Bezirksgericht Hinwil ein (act. 3/1-2), das auf die Klage mit Beschluss vom 19. August 2010 nicht eintrat und die Sache dem Handelsgericht überwies (act. 1). Mit Eingabe vom 13. Dezember 2010 (act. 7) erstattete der Beklagte die Klageantwort und verkündete dem Streitberufenen den Streit, was dem Streitberufenen mit Verfügung vom 23. Dezember 2010 (Prot. S. 3) angezeigt wurde. Der Streitberufene ist dem Prozess nicht beigetreten. Am 11. März 2011 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich der kei-

ne Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 4 f.). Die Parteien erstatteten Replik und Widerklageantwort (Eingabe vom 10. Oktober 2011, act. 16), Duplik und Widerklagereplik (Eingabe vom 18. Januar 2012, act. 20) und Widerklageduplik (Eingabe vom 16. April 2012, act. 23). Mit der Widerklageduplik nahm die Klägerin auch zu den Noven der Klageduplik Stellung. Hierzu äusserte sich der Beklagte und Widerkläger mit Eingabe vom 15. Mai 2012 (act. 25), welche der Klägerin mit Verfügung vom 21. Mai 2012 zugestellt wurde (Prot. S. 12).

Die Sache erweist sich als spruchreif, weshalb ein Endentscheid ergehen kann (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

### 3. Prozessuales

#### 3.1. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Die Klage war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Demnach ist das frühere Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Für die Rechtsmittel ist das neue Prozessrecht massgebend (Art. 308 ff. ZPO).

#### 3.2. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist aufgrund des vereinbarten Gerichtsstandes (Ziffer II.14.1 AKV) nach Art. 9 GestG sowohl für die Klage als auch für die Widerklage gegeben und wird von den Parteien nicht bestritten. Die sachliche Zuständigkeit, die von Amtes wegen zu prüfen ist (§ 108 ZPO/ZH), ist nach § 62 GVG gegeben, und bleibt erhalten (§ 206 GOG).

#### 3.3. Klagerückzug

Mit der Replik reduzierte die Klägerin die Klage auf den Betrag von CHF 258'148.70 (Rechtsbegehren Replik Ziffer 1). Dementsprechend ist die Klage im Umfang von CHF 17'151.04 zufolge Klagerückzugs als gegenstandslos abzuschreiben.

#### 3.4. Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren Widerklage Ziff. 1)

Der Beklagte und Widerkläger verlangte mit der Widerklage Auskunftserteilung. Die Klägerin nannte mit der Replik (Widerklageantwort) im Rahmen der verlangten Auskunft eine Zahlung im Betrag von CHF 140'702.60 (act. 16 S. 3). Mit der Duplik (Widerklagereplik) anerkannte der Beklagte, dass die Klägerin die verlangte Auskunft erteilt hatte, womit das Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren Widerklage Ziff. 1) gegenstandslos wird. Es ist entsprechend abzuschreiben (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 11a zu § 188).

#### 3.5. Klageänderung und Bezifferung des zunächst unbezifferten Leistungsbegehrens (Rechtsbegehren Widerklage Ziff. 2 und Widerklagereplik Ziff. 2)

Zusammen mit dem Auskunftsbegehren stellte der Beklagte ein unbeziffertes Auskunftsbegehren. Er rechnete ausgehend von einer Zahlung in der Höhe von mindestens CHF 75'000 vor, dass die Klägerin zur Bezahlung von mindestens CHF 27'737.50 CHF zu verpflichten wäre, und behielt sich eine höhere Klage nach Erteilung der verlangten Auskunft ausdrücklich vor.

Es ist zulässig, eine Auskunfts- und eine unbezifferte Geldforderungsklage in der Form der Stufenklage zu verbinden (BGE 123 III 140 ff., Erw. 2b). Die Stufenklage dient der vereinfachten Durchsetzung eines dem Kläger nach Bestand und Umfang unbekanntem Anspruch, wenn die Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen. In einer ersten Stufe wird zunächst über das Auskunftsbegehren entschieden. Nach erfolgter Auskunft hat der Kläger in einer zweiten Stufe die Bezifferung des Hauptanspruchs, von der er bis dahin entbunden war, nachzuholen (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH, vgl. ZR 89 Nr. 110).

Der Beklagte erhob zu Recht eine Stufenklage, denn sein Anspruch hing von einer Drittzahlung an die Klägerin ab, über deren Höhe er nach seiner Darstellung

keine Kenntnis haben konnte. Der Vorgang fällt in die Sphäre der Klägerin. Nachdem die Klägerin mit der Replik im Rahmen der verlangten Auskunft den Betrag von CHF 140'702.60 genannt hatte (act. 16 S. 3), bezifferte der Beklagte die Widerklage mit CHF 60'588.72 (act. 20 S. 2). Dieses Vorgehen ist zulässig im Rahmen von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH.

Soweit in der rahmenmässigen Angabe von mindestens CHF 27'737.50 eine bezifferte Klage zu erblicken ist, stellt die Erhöhung des Rechtsbegehrens auf den Betrag von CHF 60'588.72 mit der Duplik eine zulässige Klageänderung dar. Die Erhöhung ist einzig mit dem höheren Zahlungsbetrag begründet. Ansonsten stützt sich die Klage stets auf dieselben Vorgänge, weshalb ein enger Zusammenhang im Sinne von § 61 Abs. 1 ZPO/ZH vorliegt. Es ist nicht ersichtlich, wie die Klageänderung die Rechtsstellung der Klägerin wesentlich beeinträchtigen oder das Verfahren ungebührlich verzögert werden könnte. Demnach ist die Klageänderung gemäss § 61 Abs. 1 ZPO/ZH zuzulassen.

### 3.6. Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren Widerklagerelik Ziff. 3)

Mit der Widerklageduplik verlangt der Beklagte und Widerkläger neben der Bezahlung von CHF 60'588.72 die Feststellung, dass das Auskunftsbegehren "durch Einreichung insbesondere der Gutschriftsanzeige vom 19. April 2010" erfüllt worden sei (Rechtsbegehren Widerklageduplik Ziff. 3). Was der Beklagte und Widerkläger festgestellt haben will, ist allenfalls für die Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen relevant. Dies geschähe gegebenenfalls von Amtes wegen (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 2 zu § 64). Eine Feststellung mit materieller Rechtskraft ist hierzu nicht notwendig. Ein darüber hinaus gehendes Interesse an der Feststellung ist weder dargetan noch ersichtlich, sodass auf das Begehren mangels Feststellungsinteresses (vgl. § 59 ZPO/ZH) nicht einzutreten ist.

### 3.7. Widerklageduplik vom 16. April 2012

Der Beklagte und Widerkläger beantragt, die Ausführungen der Klägerin in der Eingabe vom 16. April 2012 seien aus dem Recht zu weisen, soweit sie über die Widerklageduplik hinausgehen (act. 25 S. 2). Dem Antrag ist nicht stattzugeben.

Er ist unbestimmt, da der Beklagte nicht aufzeigt, welche Ausführungen der Klägerin über die Widerklagereplik hinausgehen. Überdies schießt er über das Ziel hinaus. Denn neue Vorbringen zur Hauptklage in der Widerklageduplik sind – vorbehältlich § 115 ZPO/ZH – unbeachtlich (§ 114 ZPO/ZH), was das Gericht von Amtes wegen berücksichtigt.

4. Jahresrechnung 2008 und Zwischenabschluss per 30.04.2009 (Rechtsbegehren Replik Ziff. 2 und 3)

4.1. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin macht geltend, dass der Jahresabschluss 2008 und der Zwischenabschluss per 30. April 2009 nicht revidiert worden seien. Der Jahresabschluss 2008 sei lediglich "provisorisch" revidiert und der Zwischenabschluss per 30. April 2009 nur "reviewed" worden, was Ziffer II.8.2 resp. Ziffer II.6.1 AKV widerspreche (act. 16 S. 4). Betreffend den Jahresabschluss 2008 verweist sie auf S. 2 des Berichts der Revisionsstelle vom 27. April 2009 (act. 3/3/1/1), dessen Titel wie folgt lautet: "Provisorischer Bericht der Revisionsstelle" (act. 16 S. 12 und act. 3/2 S. 13). Betreffend Zwischenabschluss bringt die Klägerin vor, eine "Review" habe mit einer Revision nichts zu tun. Unter Revision verstehe man eine Prüfung der Geschäftsbücher gemäss den Prüfungsstandards der Schweizerischen Treuhänderkammer. Unter "Review" verstehe man einen rudimentären und undefinierten Überblick auf die Geschäftsbücher ohne rechtliche Relevanz, weshalb eigentlich Reviews nur in den USA eine Rolle spielten (act. 3/2 S. 17).

4.2. Vorbringen des Beklagten

Der Beklagte bringt vor, dass der Jahresabschluss 2008 dem Kaufvertrag beigegeben habe und in diesem Rahmen von den Parteien als "revidierter Abschluss für das Geschäftsjahr 2008" ausdrücklich anerkannt worden sei (act. 20 S. 15). Er bestreitet, dass der Zwischenabschluss ungenügend geprüft wurde (act. 7 S. 26).

4.3. Jahresrechnung 2008

Betreffend Jahresabschluss 2008 ist dem Beklagten zuzustimmen. Der Jahresabschluss 2008 liegt dem Kaufvertrag als Anhang 1 bei, zusammen mit dem Bericht

der Revisionsstelle vom 27. April 2009 (act. 3/3/1/1). Die Klägerin hat den Jahresabschluss samt Bericht so entgegengenommen und den Kaufvertrag mit diesem Anhang unterzeichnet. Der Bericht ist unmissverständlich als "Provisorischer Bericht der Revisionsstelle" bezeichnet (act. 3/3/1/1 Seite 2). Trotzdem remonstrierte die Klägerin nicht. Damit genehmigte sie den Bericht als hinreichend. Was die Klägerin dagegen vorbringt (act. 23 S. 8), verfängt nicht. Im Gegenteil: Die Klägerin ist selber offenbar der Ansicht, dass der vorliegende Bericht für die Beteiligten verbindlich ist, denn sie bringt andernorts vor, dass die Revisionsstelle nachträglich keine Vorbehalte mehr anbringen könnte (act. 3/2 S. 13). Das Begehren ist aus diesen Gründen abzuweisen.

Überdies legte die Klägerin nicht dar, in welchen Punkten die Prüfung resp. der Abschluss bloss provisorisch gewesen sein soll. Sie stört sich nur an der Betreffzeile, in der das Beiwort provisorisch verwendet wird. Die Bezeichnung in der Betreffzeile ist zwar unklar, vermag die Aussagekraft des Berichts jedoch nicht entscheidend zu mindern und macht ihn deswegen noch nicht zu einem "provisorischen Bericht", was auch immer darunter zu verstehen sein soll. Denn weder der Bericht der Revisionsstelle noch die Jahresrechnung selber erscheinen unvollständig oder enthalten Vorbehalte. Das Titelblatt bezeichnet das Dokument klar als "Bericht der Revisionsstelle". Der Bericht ist unterzeichnet. Auch um einen Entwurf handelt es sich offensichtlich nicht. Falsch bzw. provisorisch ist an diesem Bericht nur die Bezeichnung als "provisorischer Bericht". Möglicherweise wurde das Beiwort versehentlich aus einer Vorlage übernommen und nicht gelöscht. Es ist somit gut denkbar, dass der Jahresabschluss, den die Klägerin verlangt, mit dem vorliegenden Abschluss deckungsgleich ist, abgesehen von der Bezeichnung "provisorisch" in der Betreffzeile des Prüfungsberichts. Bezeichnenderweise legt die Klägerin nicht dar, wie der Bericht, den sie verlangt, auszusehen hätte. Aus diesen Gründen wäre das Begehren schon mangels Substantiierung abzuweisen.

#### 4.4. Zwischenabschluss per 30.04.2009

Auch betreffend Zwischenabschluss ist das Begehren abzuweisen. Die D. \_\_\_\_\_ Ltd unterliegt seit Inkrafttreten des revidierten Rechnungslegungsrechts, d.h. seit

1. Januar 2008, der Pflicht zur eingeschränkten Revision gemäss Art. 727a OR. Die Prüfung ist als Review bezeichnet (vgl. act. 3/3/3). Der Bericht entspricht in groben Zügen dem Normalwortlaut der Review (prüferische Durchsicht) von Abschlüssen nach dem Schweizer Prüfungsstandard 910 (PS 910), allerdings ohne ausdrücklichen Verweis auf PS 910. Trotzdem wurde der Zwischenabschluss genügend geprüft: Ziel der Review eines Abschlusses ist eine Aussage des Wirtschaftsprüfers darüber, ob er auf Sachverhalte gestossen ist, die ihn zum Schluss veranlassen, dass der Abschluss nicht in allen wesentlichen Punkten den anzuwendenden Rechnungslegungsnormen entspricht. Diese Aussage macht der Prüfer aufgrund von Prüfungshandlungen, welche nicht alle Nachweise liefern, die von einer Abschlussprüfung verlangt würden. Die Review ist so angelegt, dass der Prüfer eine Zusicherung weniger hohen Grades geben kann, verbunden mit einer negativen Formulierung. Eine Review wird häufig bei Zwischenabschlüssen durchgeführt (Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfer, Band 3 Andere Prüfungen, 2009, S. 261-262). Die eingeschränkte Revision gemäss Obligationenrecht und die Review nach PS 910 sind von ihrer Zielsetzung her gleichwertig, namentlich bezogen auf Zwischenabschlüsse (begrenzte Sicherheit, anwendbare Rechnungslegungsnormen (OR), negativ formulierte Zusicherung). Der Prüfer verschafft sich die erforderlichen Nachweise als Grundlage für die Schlussfolgerung in erster Linie durch Befragungen sowie analytische Prüfungshandlungen (Basler Kommentar-WATTER/PFIFFNER, Revisionsrecht, 2011, N 13 zu Art. 729a OR). Einzuräumen ist, dass der Prüfer im Rahmen der eingeschränkten Revision zu "angemessenen Detailprüfungen" verpflichtet ist (Art. 729a Abs. 2 OR), während der Prüfer im Rahmen der Review nur unter bestimmten Voraussetzungen zu "ausgedehnteren Review-Handlungen" verpflichtet ist (vgl. Schweizer Prüfungsstandards der Treuhänder-Kammer, 2010, PS 910 Tz. 22). Indessen ist diese Differenz namentlich im vorliegenden Zusammenhang bei der Revision des Zwischenabschlusses von geringer Bedeutung: Der Zwischenabschluss wurde nicht aufgrund einer gesetzlichen Pflicht, sondern aufgrund der Vereinbarung der Parteien revidiert. In dieser Situation obliegt es den Parteien, die Prüfungsart festzulegen. Die Parteien sahen im Vertrag über den Kauf der D.\_\_\_\_\_ Ltd vor, dass die Zwischenbilanz "revidiert" und "von der Revisionsstelle abgenommen" sein müsse

(vgl. Ziffer II.6.6 AKV). Da die geschuldete Prüfung im Vertrag unspezifisch als Revision bezeichnet wurde, durfte der Beklagte davon ausgehen, dass eine Review nach PS 910 den vertraglichen Anforderungen genügt. Diese Prüfungsart erscheint auch aus objektiver Sicht dem Vertragswortlaut angemessen. Im Übrigen kritisierte die Klägerin den Bericht bei Vertragsabschluss nicht, sondern erst später im Rahmen der Rechtsschriften. Deswegen gälte der Bericht ohnehin als genehmigt. Folglich liegt eine genügende Prüfung vor, weshalb das Begehren auch betreffend den Zwischenabschluss abzuweisen ist.

#### 4.5. Ergebnis

Demnach sind die Begehren, wonach der Beklagte einen revidierten Jahresabschluss 2008 und eine revidierte Zwischenbilanz per 30. April 2009 zu erstellen haben, abzuweisen.

#### 5. Leistungsklage über CHF 258'148.70 (Rechtsbegehren Replik Ziff. 1)

Im Folgenden ist zuerst zu prüfen, ob der Klägerin Ansprüche aus Gewährleistung (vgl. Ziffer 5.2) zustehen. Hernach ist zu prüfen, ob sich aufgrund von Willensmängel eine weitere Minderung ergibt (vgl. Ziffer 5.3) und ob der Klägerin weitere Ansprüche aus Schlechterfüllung (vgl. Ziffer 5.4) resp. aus der Verletzung vorvertraglicher Auskunftspflichten (vgl. Ziffer 5.5) zustehen. Schliesslich ist zu prüfen, welcher Betrag von einer allfälligen Gewährleistungsforderung unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen noch offen bleibt (vgl. Ziffer 5.6).

##### 5.1. Rechtslage

Es handelt sich um einen Aktienkaufvertrag. Ein solches Rechtsgeschäft ist nach den Bestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR) zu beurteilen (BGE 107 II 419, Erw. 1; vgl. HONSELL, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Aufl. 2011, N 1 zu Art. 197 OR). Verkaufsgegenstand sind die Aktien, selbst wenn diese nicht herausgegeben oder in Wertpapieren verbrieft worden sind.

Nach ständiger Rechtsprechung hat der Käufer bei unrichtiger Erfüllung die Wahl, ob er gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder nach Art. 97 ff. OR

Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 ff. OR anfechten will (BGE 107 II 419, Erw. 1; BGE 98 II 15, Erw. 3; BGE 88 II 410, Erw. 2; BGE 84 II 515, Erw. 1). Die gesetzliche Gewährleistung bezieht sich aber nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern ist auch bei einem Verkauf aller Aktien bloss für den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien haftet der Verkäufer gemäss Art. 197 OR nur dann, wenn er dafür besondere Zusicherungen abgegeben hat und der Käufer sich seinerseits an die Vorschriften des Art. 201 OR hält. Liegt über die Vermögenswerte der Gesellschaft ein Irrtum vor, so kann der Erwerber den Aktienkauf dagegen wegen des Willensmangels anfechten (BGE 79 II 156, Erw. 4).

Die gesetzliche Gewährleistungsordnung stellt dispositives Recht dar. Sie kann vertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, namentlich durch ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers (BGE 124 III 456, Erw. 4b.bb; BGE 91 II 344, Erw. 2a). Auch Art. 201 OR betreffend Mängelrüge ist dispositiv (Basler Kommentar-HONSELL, a.a.O., N 3 zu Art. 201 OR), d.h. abweichende Vereinbarungen der Parteien sind zulässig.

## 5.2. Ansprüche aus Gewährleistung

Im vorliegenden Fall verlangt die Klägerin Minderung (act. 3/2 S. 21, S. 64). Sie beruft sich hierzu auf die Bestimmungen zur Sachgewährleistung (act. 3/2 S. 35).

Wie erwähnt kann die Klägerin bei unrichtiger Erfüllung gemäss Art. 197 ff. OR Gewährleistung verlangen. Die gesetzliche Gewährleistung bezieht sich wie erwähnt nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern ist auch bei einem Verkauf sämtlicher Aktien eines Unternehmens bloss für den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben (BGE 107 II 419, Erw. 1). Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien haftet der Beklagte gemäss Art. 197 OR wie soeben erwähnt nur dann, wenn er dafür besondere Zusicherungen abgegeben hat (BGE 107 II 419, Erw. 1).

Im vorliegenden Fall gab der Beklagte derartige Zusicherungen ab. Der Kaufvertrag enthält einen Katalog von 23 Zusicherungen (Ziffer II.8.2 AKV, Nummerierung vom Gericht hinzugefügt):

"8.2 Die Verkäufer leisten zudem insbesondere auch Gewähr,

- (1) [...]
- (2) [...]
- (3) dass der dem Kauf zugrunde liegende revidierte Jahresabschluss 2008 (Anhang 1) sowie die Zwischenbilanz per 30. April 2009 richtig und vollständig sind und nach allgemein anerkannten Grundsätzen kaufmännischer Buchführung erstellt worden sind bzw. werden.
- (4) [...]
- (5) dass die D. \_\_\_\_\_ Ltd. keine fälligen oder nichtfälligen, bedingten oder unbedingten Verpflichtungen und Verbindlichkeiten ausser denjenigen, welche in der Bilanz per Ende 2008 (Anhang 1) verzeichnet sind oder welche die D. \_\_\_\_\_ Ltd. seit dem 1. Januar 2009 im Rahmen des üblichen Geschäftsganges eingegangen ist, bestehen und dass sämtliche Verbindlichkeiten in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 ausgewiesen sind. Insbesondere bestätigen die Verkäufer, dass im Jahre 2009 keine Zahlungen, die nicht in direktem Zusammenhang mit dem operativen Geschäft der D. \_\_\_\_\_ Ltd. stehen, getätigt wurden und auch keine solchen Verpflichtungen eingegangen wurden;
- (6) dass dem Verkäufer C. \_\_\_\_\_ von Januar bis April 2009 maximal CHF 45'000.00 netto als Lohn bzw. so genannter Unternehmerlohn ausbezahlt wurde. Weitere Entschädigungen oder andere Leistungen an C. \_\_\_\_\_ oder B. \_\_\_\_\_ oder diesen nahe stehenden Personen wurden von der D. \_\_\_\_\_ Ltd. nicht erbracht. Dem Verkäufer B. \_\_\_\_\_ wurde im Jahre 2009 kein Lohn sowie keine Entschädigungen oder andere Leistungen von der D. \_\_\_\_\_ Ltd. ausbezahlt;
- (7) [...]
- (8) dass seit Abschluss der Bilanz 2008 keine ausserordentlichen Vorfälle eingetreten sind, welche sich negativ auf die Geschäfte der D. \_\_\_\_\_ Ltd. auswirken könnten;
- (9) [...]
- (10) [...]
- (11) dass die Debitoren der D. \_\_\_\_\_ Ltd., welche in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 aufgeführt sind, einbringlich sind;
- (12) [...]
- (13) [...]
- (14) [...]

- (15) [...]
- (16) [...]
- (17) [...]
- (18) [...]
- (19) [...]
- (20) dass die Arbeitsverhältnisse mit zwei Managern spätestens per 30. April 2009 unter Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfristen per 31. Mai 2009 rechtswirksam gekündigt sind, und dass die Arbeitsverhältnisse von zwei weiteren Managern (H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_) per 30. April 2009 auf die D.\_\_\_\_\_ North Ltd. oder die D.\_\_\_\_\_ North West Ltd. übertragen werden;
- (21) [...]
- (22) [...]
- (23) [...]

Für die Geltendmachung der Mängel vereinbarten die Parteien vom Gesetzesrecht abweichende Modalitäten: Gemäss Ziffer II.9.2 AKV sind Mängel (sog. unzutreffende Zusicherungen) von der Käuferin innert 30 Tagen ab Entdeckung mit eingeschriebenem Brief zu rügen. Gewährleistungsansprüche, die sich aufgrund der Due Diligence ergeben, waren gemäss Ziffer II.9.4 AKV bis spätestens 30. Juni 2009 mit eingeschriebenem Brief geltend zu machen.

Zudem vereinbarten die Parteien vom gesetzlichen Gewährleistungsrecht abweichende Rechtsfolgen. Grundsätzlich räumten sie dem Beklagten ein Nachbesserungsrecht ein (vgl. Ziffer II.9.2 AKV). Für den Fall, dass eine Nachbesserung nicht innert angemessener Frist erfolgt oder nicht möglich ist, verpflichtete sich der Beklagte, der Klägerin die "Kosten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes" zu ersetzen (Ziffer II.9.3 AKV). Damit vereinbarten die Parteien, allfällige Minderungsansprüche anhand der Kosten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes zu berechnen. Dies entspricht einer im Kaufrecht allgemein anerkannten Vermutung, wonach der Minderwert vermutungsweise den Kosten der Wiederherstellung entspricht (vgl. BGE 111 II 162, Erw. 3c, Basler Kommentar-HONSELL, a.a.O., N 9 zu Art. 205 OR).

Sodann enthält der Aktienkaufvertrag weitere Zusicherungen, etwa betreffend die Zwischenbilanz per 30. April 2009. Die Parteien legten für diese Zwischenbilanz die unten aufgeführten Grenzwerte fest. Der Beklagte verpflichtete sich, der Klägerin bis spätestens 30. Juni 2009 die Differenz zu erstatten, sofern einer der Grenzwerte unterschritten bzw. überschritten wird (Ziffer II.6.3 AKV):

"6.3 Die nachfolgenden Positionen, aus dem Netto-Umlaufvermögen (nicht abschliessende Aufzählung), für die zu erstellende Zwischenbilanz per 30. April 2009 sind wie folgt als Grenzwerte, das heisst die Aktiven als Minimal-Beträge und die Passiven als Maximal-Beträge, vorgegeben:

Umlaufvermögen

Tresor	CHF	12'000.00	
Warenlager	CHF	60'000.00	
Kautionen	CHF	34'842.45	
Transitorische Aktiven	CHF	20'000.00	*

Fremdkapital

Kreditoren	CHF	120'000.00
Transitorische Passiven	CHF	25'000.00
Bankverbindlichkeiten	CHF	200'000.00

\* Die Transitorischen Aktiven berücksichtigen die bereits nach Angaben der Verkäufer beglichenen Baurechtszinse für Mai und Juni 2009 in der Höhe von total CHF 20'000.00.

- a) Sofern einer der Grenzwerte des Umlaufvermögens unterschritten oder einer der Grenzwerte des Fremdkapitals überschritten wird, sind die Verkäufer verpflichtet, der Käuferin die Differenz zu erstatten.
- b) Die Verkäufer verpflichten sich, eine allfällige Differenz in den unter Ziffer 6.3 aufgeführten Positionen bis spätestens am 30. Juni 2009 der Käuferin zu entrichten."

Eine weitere besondere Regelung trafen die Parteien betreffend Schulden und Verpflichtungen, die in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 nicht ausgewiesen oder für welche keine ausreichende Rückstellungen gebildet worden sind. Gemäss Ziffer II.8.3 AKV verpflichtete sich der Beklagte die Käuferin hierfür schadlos zu halten:

"8.3 Die Verkäufer halten die Käuferin für sämtliche Schulden und Verpflichtungen schadlos, die in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 nicht ausgewiesen oder für welche keine ausreichende Rückstellungen gebildet worden sind (z.B. MWST, AHV, Steuern, Gewährleistungsansprüche etc.)."

Es ist zu prüfen, ob die Mängel, welche die Klägerin zur Begründung ihrer Forderung anführt, nach den oben genannten Bestimmungen eine Gewährleistungspflicht der Verkäufer auslösen. Im Aufbau folgt das Urteil der klägerischen Aufstellung des Forderungsbetrages gemäss Tabelle auf S. 71 der Replik (act. 16 S. 71, vgl. auch act. 3/2 S. 56):

Pos.	Leistungen	Anlage	CHF
1	Aufrechnungen gemäss Schreiben vom 29. Juni 2009	03/03/20	448'758.03
2	Nachtrag betreffend Mängel/Lieferungen per 29. April 2009, gemäss Schreiben vom 24.09.09	03/03/22/03	26'541.21
3	Umgebungsarbeiten	03/03/27	2'500.00
4	Nachtrag vom 31. August 2009, weitere Mehrkosten für elektrische Installationen	03/03/28, 29	8'054.90
5	Guthaben J._____ [Versicherung] gemäss Rechnung vom 2. Juni 2010 betreffend irrtümliche Prämienrückerstattung vom 30. April 2009	08/11/1	192.40
6	Guthaben J._____ Prämienabrechnung vom 2. Mai 2010 betreffend D._____ Ltd. 1. Januar bis 31. Dezember 2008	08/11/3	1'606.70
7	Zwischentotal		487'653.24

Eine Reihe von Mängeln und die Höhe der daraus resultierenden Verpflichtung sind vom Beklagten anerkannt. Bei diesen Posten - im folgenden als anerkannt

bezeichnet - erübrigt sich eine Prüfung. Die anerkannten Beträge sind für die Abrechnung zu berücksichtigen.

#### 5.2.1. Aufrechnungen gemäss Schreiben vom 29. Juni 2009

Mit Schreiben vom 29. Juni 2009 (act. 3/3/20) machte die Klägerin eine Reihe von Mängeln geltend. Diese Mängel macht die Klägerin im Prozess unter dem Titel "Aufrechnungen gemäss Schreiben vom 29. Juni 2009" geltend (act. 3/2 S. 56). Sie führt für diese Mängel den Betrag von CHF 448'758.03 an. Wie sich dieser Posten zusammensetzt, erläutert die Klägerin zur Hauptsache auf S. 48-52 sowie auf S. 21-22 der Klageschrift (vgl. act. 3/2 S. 21-22, 48-52). Die Klägerin machte die Mängel in diesem Betrag gegenüber dem Beklagten erstmals mit Schreiben vom 29. Juni 2009 geltend (act. 3/3/20) und damit innerhalb der vertraglich vorgesehen Rügefrist gemäss Ziffer II.9.2 und II.9.4 AKV.

5.2.1.1. Betreffend CHF 2'490.48 (Warenlager, act. 3/2 S. 48): Der Anspruch aus der Überschreitung des gemäss Ziffer II.6.3 AKV vereinbarten Grenzwertes ist vom Beklagten anerkannt (act. 7 S. 5).

5.2.1.2. Betreffend CHF 7'507.25 (Kautionen act. 3/2 S. 48): Der Anspruch aus der Überschreitung des gemäss Ziffer II.6.3 AKV vereinbarten Grenzwertes ist vom Beklagten anerkannt (act. 7 S. 7).

5.2.1.3. Betreffend CHF 81'141.24 (Kreditoren, act. 3/2 S. 48): Der Anspruch aus der Überschreitung des gemäss Ziffer II.6.3 AKV vereinbarten Grenzwertes ist vom Beklagten im Grundsatz anerkannt. Er anerkennt indessen nur den Betrag von CHF 77'141.24 und begründet dies damit, dass sich die Klägerin und die D. \_\_\_\_\_ North Ltd bereits separat über den Restbetrag von CHF 4'000 einigten, wodurch sich die per Ende April 2009 berücksichtigten Kreditoren entsprechend reduziert hätten (act. 7 S. 6, 13). Die Klägerin räumt ein, eine Zahlung von CHF 4'000 erhalten zu haben, macht aber geltend, die Zahlung habe keine Auswirkungen auf den Grenzwert der Kreditoren (act. 16 S. 16). Überdies habe sie den strittigen Betrag anderweitig ("Reduktionen gemäss Anlage 32" als Rechnung Dr. ...) in Abzug (act. 16 S. 16, 70-71) gebracht. Diese Auffassung ist richtig. Der

Beklagte macht nicht geltend, die Zahlung sei vor dem Stichtag der Zwischenbilanz erfolgt, weshalb davon auszugehen ist, dass die Kreditoren per 30. April 2009 tatsächlich um den Betrag von CHF 81'141.24 über dem vereinbarten Grenzwert lagen. Demnach schuldet der Beklagte gemäss Ziffer II.6.3 lit. b AKV den gesamten Betrag. Dass die Klägerin den Betrag von CHF 4'000 später eingenommen hat, ist dem Beklagten auf die Schuld anzurechnen, wie es die Klägerin vorschlägt (vgl. unten Ziffer 5.6).

5.2.1.4. Betreffend CHF 3'026.00 (Kreditorendifferenz, act. 3/2 S. 48): Diesen Betrag führt die Klägerin mit der Bemerkung "Kreditorendifferenz" bzw. "später zu erklärende Differenz" in den Tabellen ihrer Rechtsschriften auf (act. 3/2 S. 48 und 52), ohne aber später näher darauf einzugehen. Es ist nicht schlüssig dargelegt, warum der Klägerin dieser Betrag zustehen soll, weshalb er für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen ist.

5.2.1.5. Betreffend CHF 41'647.91 (Transitorische Passiven, act. 3/2 S. 48): Der Anspruch aus der Überschreitung des gemäss Ziffer II.6.3 AKV vereinbarten Grenzwertes ist vom Beklagten anerkannt (act. 7 S. 7).

5.2.1.6. Betreffend CHF 43'622.82 (Bankverbindlichkeiten, act. 3/2 S. 48): Nach den Ausführungen der Klägerin beläuft sich der Posten Bankverbindlichkeiten in der Zwischenbilanz auf CHF 243'622.82. Der gemäss Ziffer II.6.3 AKV vereinbarte Grenzwert von CHF 200'000 sei damit um CHF 43'622.82 überschritten (act. 3/2 S. 48). Der Beklagte bestreitet dies nicht, aber führt aus, dass die Zwischenbilanz Debitoren ausgewiesen habe und dass von diesen Guthaben auf dem Konto der ZKB im Mai und Juni Zahlungen von insgesamt CHF 41'041.39 eingegangen seien, womit sich die Bankverbindlichkeiten auf CHF 202'581.43 reduziert hätten, weshalb er nur den Betrag von CHF 2'581.43 anerkenne (act. 7 S. 6-7). Die behaupteten Zahlungen erfolgten erst im Mai und Juni 2009. Sie fallen nicht in die für die Zwischenbilanz relevante Periode bis 30. April 2009. Das von den Parteien in Ziffer II.6.3 AKV festgelegte System mit Mindestgrenzen bei den Aktiven und Höchstgrenzen bei den Passiven lässt eine Verrechnung von höheren Aktiven oder tieferen Passiven zugunsten der Beklagten nicht zu. Folglich sind weder die verspäteten Zahlungen noch die Debitoren für die Ermittlung der Grenzwerte ge-

mäss Ziffer II.6.3 AKV zu berücksichtigen. Unbehelflich ist damit das Argument des Beklagten, man sei davon ausgegangen, dass keine Debitoren bestünden (act. 20 S. 15), das im Übrigen angesichts der vereinbarten Gewährleistung für die Einbringlichkeit der in der Zwischenbilanz aufgeführten Debitoren (vgl. Ziffer II.8.2 Punkt 11 AKV) auch inhaltlich nicht überzeugt. Es ist zugunsten der Klägerin der gesamte Betrag von CHF 43'622.82 zu berücksichtigen.

5.2.1.7. Betreffend CHF 31'364.47 (Warenaufwand, act. 3/2 S. 49): Zu diesem Punkt macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, der Warenaufwand sei im Verhältnis zum Umsatz (verglichen mit dem entsprechenden Verhältnis im Vorjahr) um CHF 31'364.47 zu hoch (act. 3/2 S. 49, act. 3/3/20 Position 11 und act. 3/3/22 S. 3). Der Beklagte räumt ein, dass der Warenaufwand hoch gewesen sei, bestreitet aber, dass er zu hoch war (act. 7 S. 9-10, act. 20 S. 4). Zudem fehlt es nach seiner Ansicht an einer vertraglichen Grundlage für den Anspruch (act. 7 S. 9-10, 43). Und überdies habe sich der hohe Aufwand in den Bankschulden und Kreditoren niedergeschlagen, für die der Beklagte bereits einen Ausgleich leiste nach Ziffer II.6.3 AKV, weshalb der hohe Aufwand bereits vollumfänglich abgegolten sei. Die Klägerin räumt ein, dass der Vertrag keine Gewährleistung für das Einhalten des Warenaufwandes in Prozenten des Umsatzes vorsehe (act. 3/3/22 S. 3, worauf die Klägerin zur Begründung ausdrücklich verweist, vgl. act. 3/2 S. 49). Sie bringt aber vor, dass die Vorgabe des prozentualen Anteils der Personal- und Warenkosten am Umsatz zu den Grundregeln von G.\_\_\_\_\_ gehöre (act. 16 S. 22).

Mit diesen Argumenten dringt die Klägerin nicht durch: Die Grundregeln von G.\_\_\_\_\_ begründen keine Pflichten zwischen den Parteien des Aktienkaufvertrages. Entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 16 S. 6-7, 21) wurde die Einhaltung dieser Regeln nicht zugesichert. Der Franchisevertrag mit G.\_\_\_\_\_ Miami ist im Vertrag nur insofern erwähnt, als er als Bestandteil von Anhang 5 der Käuferin zu übergeben war (Ziffer II.5.1 lit. i AKV). Der Franchisevertrag mit G.\_\_\_\_\_ Miami ist nicht Bestandteil des Vertrages. Ein anderer Inhalt lässt sich den erwähnten Bestimmungen entgegen der Ansicht der Klägerin (vgl. act. 16 S. 6) nicht entnehmen. Auch für eine stillschweigende Zusicherung fehlen Anhaltspunkte. Keinen derartigen Anhaltspunkt stellt insbesondere der von der Klägerin vorgebrachte Umstand,

dass sowohl Käufer als auch Verkäufer aufgrund ihrer Erfahrung den Inhalt des Franchisevertrages kannten (vgl. act. 16 S. 7) oder das Inventar gemäss Anhang 3, das nur einen sehr niedrigen Detaillierungsgrad aufweist, dar. Der Vertrag enthält auch keine Zusicherung, dass das Verhältnis von Warenaufwand und Umsatz bis 30. April 2009 den Werten des Vorjahres entsprechen müsse. Für den Anspruch besteht - im Rahmen der Gewährleistung - keine Rechtsgrundlage.

Selbst wenn der Beklagte für die Einhaltung der Grundregeln von G. \_\_\_\_\_ Gewähr zu leisten hätte, würde die Klägerin nicht durchdringen. Denn sie legt nicht dar, wie die diesbezüglichen Regeln von G. \_\_\_\_\_ inhaltlich lauten oder wie hoch der Umsatz und der tatsächliche Warenaufwand bis 30. April 2009 waren. Ohne diese Angaben liesse sich aber ohnehin nicht beurteilen, ob die Regeln von G. \_\_\_\_\_ eingehalten sind. Sollte darin nur ein Richtwert (die Klägerin spricht von "Plananteilen", vgl. act. 16 S. 24) angegeben sein, wäre überdies zu beurteilen, welche Abweichung noch als vertretbar gälte. Auch dies wäre mangels Behauptungen nicht möglich. Deswegen wäre eine Forderung unter dem Titel Warenaufwand ohnehin abzuweisen.

Aus diesen Gründen ist der Betrag für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.8. Betreffend CHF 91'139.89 (Personalaufwand, act. 3/2 S. 49): Zu diesem Posten bringen die Parteien im Wesentlichen dasselbe vor wie zum Warenaufwand. Es gilt das zum Warenaufwand Gesagte sinngemäss, weshalb der Betrag für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen ist.

5.2.1.9. Betreffend CHF 7'369.74 (Kreditorenabweichungen, act. 3/2 S. 49): Die Klägerin macht geltend, dass die in der Klage aufgeführten Rechnungen im genannten Gesamtbetrag die Tätigkeit vor dem Stichtag betreffen, aber im Zwischenabschluss nicht berücksichtigt seien, weshalb sie den Abschluss um diesen Betrag verschlechterten (act. 3/2 S. 46). Der Beklagte anerkennt den Betrag von CHF 7'268 für zusätzliche Kreditoren unter dem Vorbehalt, dass die Klägerin die Zahlung dieser Rechnungen nachweise (act. 7 S. 8). Mit der Replik wies die Klägerin diverse Zahlungen nach, indem sie Auszüge aus der Kreditorenbuchhaltung und Zahlungsbelege der Bank vorlegte (act. 16 S. 20, act. 17/5/1-8 und 17/6/1-2). In der Duplik hielt der Beklagte ausdrücklich an seinen Ausführungen fest, ohne

sich zum Zahlungsnachweis der Klägerin zu äussern (act. 20 S. 18), weshalb der Nachweis als erfolgt und die Forderung im Umfang von CHF 7'268 als anerkannt gilt.

Der Beklagte will die Klägerin in diesem Zusammenhang auf einem Zugeständnis behaften, wonach die Rechnungen mit Ausnahme der Rechnung der ... [Unternehmen] bereits bezahlt gewesen sein sollen (act. 20 S. 18). Da die Klägerin in ihren Vorbringen allerdings nur von einer "Rechnung" spricht und da unklar bleibt, welche Rechnung bereits beglichen gewesen sein soll (vgl. act. 16 S. 19), kann die Klägerin darauf nicht behaftet werden.

Gegen den Restbetrag von rund CHF 102 wendet der Beklagte ein, die Rechnung der Billag über CHF 152.95 betreffe den Zeitraum vom 1. April bis 30. Juni 2009, weshalb diese Rechnung zu zwei Dritteln, d.h. CHF 102.00, von der Klägerin zu übernehmen sei (act. 7 S. 8). Hierzu bringt die Klägerin vor, dass es sich bei der Rechnung über CHF 152.95 um einen Kreditor per 30. April 2009 handle (act. 16 S. 20), was vom Beklagten in der Duplik unwidersprochen bleibt. Die Auffassung der Klägerin ist richtig. Der Grenzwert gemäss Ziffer II.6.3 AKV wurde für die Kreditoren per 30. April 2009 vereinbart. Deshalb ist für die Abrechnung nicht nur der anerkannte Betrag von CHF 7'268, sondern der gesamte Betrag von CHF 7'369.74 zu berücksichtigen.

5.2.1.10. Betreffend CHF 22'527.75 (Fehlendes Anlagevermögen, act. 3/2 S. 47, 49): Die Klägerin bringt vor, sie habe bei der Due Diligence Prüfung festgestellt, dass die in act. 3/3/20/2 aufgelisteten Aktiven nicht vorhanden gewesen seien, weshalb der Ausfall zum Wiederbeschaffungspreis zu ersetzen sei (act. 3/2 S. 47). Der Beklagte bestreitet, dass diese Gegenstände am 30. April 2009 nicht übergeben worden sein sollen (act. 7 S. 9; act. 20 S. 19). Überdies wendet er ein, die Klägerin habe diesen Mangel zu spät gerügt.

Der Beklagte hat Recht. Gemäss Ziffer II.5.2 AKV vereinbarten die Parteien, dass die Vollständigkeit der Anhänge 3 bis 5 vorgängig der Übergabe des Kaufgegenstandes zu überprüfen sei. Diese Bestimmung ist nach dem in ihr enthaltenen Verweis unter anderem auf die Inventare gemäss vorstehend Ziff. 5.1 g), Anhang 3 anzuwenden. Wörtlich spricht die Bestimmung von Ziffer II.5.2 AKV zwar nur von "Wareninventaren". Gemeint ist aber auch das Inventar der Betriebseinrich-

tung. Die Bestimmung verweis auf Ziffer II.5.1 lit. g AKV, welche ihrerseits die Inventare des Warenlagers und der Betriebseinrichtung betrifft, ebenso der erwähnte Anhang 3. Diese Inventare unterlagen gemäss dem etwas verkürzten Verweis der vorgängigen Prüfung. Diesen Schluss legen der verwendete Plural von "Wareninventare" sowie der systematische Verweis auf Ziffer II.5.1 lit. g AKV nahe. Da es nur ein Wareninventar gab und nicht mehrere Wareninventare, lässt sich die klägerische Ansicht, wonach man nur das Wareninventar nicht aber das Inventar der Betriebseinrichtungen habe vorgängig prüfen müssen (act. 16 S. 20), nicht auf den Wortlaut der Bestimmung stützen. Insgesamt waren also, wie dies im Zusammenhang mit Unternehmensübernahmen üblich ist, umfangreiche Prüfungshandlungen vor Übergabe vorgesehen. Inwiefern eine Überprüfung des Betriebsinventars technisch nicht möglich sein (vgl. act. 16 S. 20) oder einen unzumutbaren Aufwand bedeuten soll, legt die Klägerin nicht dar und ist angesichts der geltend gemachten Unvollständigkeiten (zum Beispiel: "1 Kasse", "Hochdruckreiniger", "... Gartenmöbel", vgl. act. 3/3/20/2) nicht nachvollziehbar. Auch dieser Einwand überzeugt nicht. Dass die Klägerin die Kaufsache annahm, ohne die Betriebseinrichtungen zu prüfen resp. ohne entsprechende Vorbehalte wegen fehlender Gegenstände anzubringen, gilt als Genehmigung. Die Rüge, die mit Schreiben vom 29. Juni 2009 erfolgte (act. 3/3/20), war nicht mehr gerechtfertigt. Aus diesen Gründen ist der gesamte Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.11. Betreffend CHF 7'989.75 (Bereits fakturierte Mängel, act. 3/2 S. 47, 49): Die Klägerin macht diesen Betrag für Instandstellungsarbeiten geltend, die sie zur Behebung von Mängeln bereits ausgeführt habe (act. 3/2 S. 47). Der Beklagte bestreitet, dass es sich um Instandstellungsarbeiten für Mängel handelt, die am 30. April 2009 vorhanden waren (act. 7 S. 9). Den eingereichten Rechnungen act. 3/3/20/3/1-8 könne er nicht entnehmen, welche Instandstellungsarbeiten ausgeführt wurden. Trotz der Bestreitung und dem Hinweis zeigte die Klägerin in der Replik nicht auf, welche Mängel vorlagen (vgl. act. 16 S. 21). Auf dieser Grundlage lässt sich weder ein Beweisverfahren zu den am 30. April 2009 vorhandenen Mängeln durchführen, noch lässt sich beurteilen, ob die Klägerin aufgrund der Franchisebedingungen davon ausgehen durfte, dass derartige Mängel nicht vor-

handen sind (wie die Klägerin argumentiert, vgl. act. 16 S. 21). Demnach ist der Betrag für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.12. Betreffend CHF 16'116.90 (Weiteres, act. 3/2 S. 50): Für die Begründung dieses Postens verweist die Klägerin auf eine in Rz. 02.13 vorerwähnte Tabelle. Die dort (act. 3/2 S. 21) aufgeführten Beträge betreffen allesamt Posten, die die Klägerin schon an anderer Stelle aufführt (K. \_\_\_\_\_ CHF 2'769.35, L. \_\_\_\_\_ CHF 5'380.00, M. \_\_\_\_\_ CHF 1'907.55, N. \_\_\_\_\_ resp. ... CHF 1'300.00 resp. CHF 4'748.46 und Kinderzulagen CHF 4'760.00). Der Betrag von CHF 16'116.90 in der zusammenfassenden Tabelle nicht erwähnt (act. 3/2 S. 52). Er ist nicht besonders zu berücksichtigen, da die darunter aufgeführten Posten schon an anderer Stelle behandelt werden.

5.2.1.13. Betreffend CHF 771.25 (Durchlaufkonto Löhne, act. 3/2 S. 24, 50): Diese Forderung anerkennt der Beklagte, sofern die Klägerin den Nachweis erbringe, dass sie bei den Debitoren des Zwischenabschlusses figuriere und nicht einbringlich sei (act. 7 S. 12). Die Klägerin führt aus, dass der Betrag in der Bilanz per 30. April 2009 in der Position "Aktive Rechnungsabgrenzung" enthalten sei gemäss Konto 1990 "Durchgangskonto", dass die Forderung seit 19. März 2008 bestehe und dass sich aus der Buchhaltung nicht ergebe, gegen wen die Forderung bestehe (act. 16 S. 26). Das Treuhandbüro des Beklagten habe der Klägerin mit E-Mail vom 16. Juni 2009 mitgeteilt, dass man nicht wisse, welche Leistung dieser Zahlung zugrunde lag (vgl. act. 17/8). Der Beklagte wendet gegen diese Ausführungen nichts ein und beantragt nur, C. \_\_\_\_\_ sei als Zeuge zu befragen, gegenüber wem die Forderung bestehe (act. 20 S. 21). Dies ist keine ausreichende Bestreitung. Nachdem die Klägerin durch unwidersprochenen Verweis auf die Buchhaltung und durch eine ebenfalls unwidersprochene Auskunft des beklaglichen Treuhänders nachwies, dass die Forderung im Zwischenabschluss aufgeführt ist und dass der Schuldner nicht bekannt ist, durfte sich der Beklagte nicht damit begnügen, die Befragung eines Zeugen zu beantragen in der Meinung, die Begründung seines Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Denn die Durchführung eines Beweisverfahrens setzt entsprechende Behauptungen voraus. Es ist davon auszugehen, dass die Forderung in der Zwischenbilanz

enthalten aber offensichtlich uneinbringlich ist.

In der Bilanz sind Aktiven höchstens zu dem Wert anzusetzen, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt (Art. 960 Abs. 2 OR). Die uneinbringliche Forderung hätte demnach nicht mehr in der Bilanz enthalten sein dürfen. Der Beklagte sicherte zu, dass der Zwischenabschluss richtig und vollständig ist und nach allgemein anerkannten Grundsätzen kaufmännischer Buchführung erstellt wurde (Ziffer II.8.2 Punkt 3 AKV). Diese Zusicherung trifft im fraglichen Punkt nicht zu. Für diesen Fall vereinbarten die Parteien, dass der Beklagte der Klägerin die Kosten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes ersetzt (Ziffer II.9.3 AKV). Dies hatte im vorliegenden Fall durch Abschreibung der Forderung zulasten des restlichen Geschäftsjahres 2009 zu geschehen und damit zulasten der Klägerin. Demnach ist der geltend gemachte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.14. Betreffend CHF 300.00 (Kreditor Löhne, act. 3/2 S. 50): Der Anspruch gemäss Ziffer II.8.3 AKV ist von der Beklagten anerkannt (act. 7 S. 12, act. 20 S. 6).

5.2.1.15. Betreffend CHF 900.00 (AHV Aufwand, act. 3/2 S. 50): Der Anspruch gemäss Ziffer II.8.3 AKV ist von der Beklagten anerkannt (act. 7 S. 12, act. 20 S. 6).

5.2.1.16. Betreffend CHF 2'769.35 (Personalaufwand K. \_\_\_\_\_, act. 3/2 S. 22, 50): Zu diesem Betrag macht die Klägerin geltend, dass K. \_\_\_\_\_ der D. \_\_\_\_\_ Ltd im Jahre 2008 Personal zur Verfügung gestellt habe, dafür aber erst 2009 Rechnung stellte. Dies ergebe sich aus dem Buchungsbeleg des Streitberufenen C. \_\_\_\_\_ vom 29.01.2009 resp. 19.05.2009 (act. 3/3/8/1), der der Klägerin vom Beklagten als Bestandteil der Buchhaltung übergeben worden sei. Es sei gemäss diesem Beleg verbucht und bezahlt worden (act. 16 S. 56-57). Der Beklagte bringt vor, es liege weder ein Vertrag noch eine Rechnung von K. \_\_\_\_\_ vor, gemäss welchen Unterlagen dieser Anrecht auf die Bezahlung von Fr. 2'769.35 hatte. Er bestreitet, dass es sich bei der Zahlung an K. \_\_\_\_\_ um eine durch eine Schuld der D. \_\_\_\_\_ Ltd aus dem Jahr 2008 begründete Zahlung handelte (vgl. act. 7 S. 29, act. 20 S. 23).

Unbestritten ist damit, dass der Buchungsbeleg vom Streitberufenen stammt und dass entsprechend diesem Beleg bezahlt wurde. Demnach wurde die entsprechende Forderung vor der Übergabe, d.h. vor dem 30. April 2009 beglichen, womit der Vorgang in die Verantwortung des Beklagten fällt (vgl. Art. 716b Abs. 3 OR). Der Beleg ist unklar. Der Beklagte bestreitet die klägerischen Vorbringen mit dem Einwand, es fehle an einem aussagekräftigen Beleg ("Vertrag" oder "Rechnung") und der Beleg sei widersprüchlich (act. 20 S. 23), anstatt zu erläutern, was der Anlass der fraglichen Zahlung an K.\_\_\_\_\_ war oder wie die zwei Daten auf dem vorhandenen Beleg zu verstehen sind. Diese Bestreitung ist unzureichend, denn sie zeigt nur, dass die vom Beklagten zu verantwortende Buchhaltung unvollständig ist. Es ist demnach davon auszugehen, dass der Aufwand das Jahr 2008 betrifft, aber in der Jahresrechnung 2009 verbucht ist.

Der Beklagte sicherte zu, dass der Jahresabschluss 2008 richtig und vollständig ist und nach allgemein anerkannten Grundsätzen kaufmännischer Buchführung erstellt wurde (Ziffer II.8.2 Punkt 3 AKV). Diese Zusicherung trifft im fraglichen Punkt nicht zu. Für diesen Fall vereinbarten die Parteien, dass der Beklagte der Klägerin die Kosten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes ersetzt (Ziffer II.9.3 AKV). Der fragliche Betrag müsste im Prinzip der Jahresrechnung 2009 als ausserordentlicher Aufwand (vgl. Art. 663 OR) belastet werden. Da der Aufwand in der Zwischenbilanz enthalten ist, ist davon auszugehen, dass die Korrektur in der Jahresrechnung vorgenommen wurde. Dies geschah zulasten des Jahresergebnisses 2009 und damit auf Kosten der Klägerin.

Zu prüfen bleibt der Einwand des Beklagten, dass der Vorgang zu erhöhten Kreditoren geführt habe und so mit der Ausgleichszahlung wegen Überschreitung des Grenzwertes der Kreditoren nach Ziffer 6.3 bereits ersetzt werde (vgl. act. 7 S. 10-11, 15). Vorliegend wäre ein derartiger Effekt vorhanden: Da die Zahlung vor dem Stichtag erfolgte, ist davon auszugehen, dass die Bankverbindlichkeiten per 30. April 2009 um diesen Betrag höher ausgefallen sind und dass der Beklagte bereits im Rahmen der Ausgleichszahlung nach Ziffer II.6.3 AKV für diesen Sachverhalt aufkommt. Es stellt sich die Frage, ob die Parteien mit dem Vertrag derartige Effekte beabsichtigten oder nicht. Der Vertrag enthält diesbezüglich keine Regelung. Folgt man der Systematik des Vertrages, hätte der Beklagte zum einen

für die Über- bzw. Unterschreitung der Grenzwerte gemäss Ziffer II.6.3 AKV einzustehen und zum anderen für die Verletzung der anderen Zusicherungen gemäss Ziffer II.8.2 i.V.m. II.9.3 AKV. Dass gewisse Vorgänge infolgedessen doppelt zu entschädigen wären, war den Parteien offensichtlich nicht bewusst. Betroffen sind jene Vorgänge, die per 30.04.2009 buchhalterisch erfasst sind und sich dort in einem der Grenzwerte gemäss Ziffer II.6.3 AKV niederschlagen und mit denen der Beklagte gleichzeitig gegen eine Zusicherung gemäss Ziffer II.8.2 AKV verstösst. Nicht betroffen sind demgegenüber jene Vorgänge, die per 30.04.2009 buchhalterisch nicht erfasst sind. Diese Unterscheidung erscheint willkürlich. Es ist kein Grund ersichtlich, vertragswidrige Vorgänge unterschiedlich zu behandeln, je nachdem ob sie buchhalterisch erfasst wurden oder nicht. Auch aus den Vorbringen der Parteien, namentlich der Klägerin, ergibt sich keine Erklärung, warum eine derartige Unterscheidung berechtigt sein soll. Es ist daher davon auszugehen, dass die Möglichkeit einer doppelten Entschädigung von den Parteien nicht beabsichtigt war. Auch vernünftige und redliche Vertragspartner hätten keine doppelte Entschädigung vereinbart, jedenfalls nicht nach dem Kriterium der buchhalterischen Erfassung, sofern sie die Problematik erkannt hätten. Die vertragliche Gewährleistungsregelung ist daher insofern auszulegen, als dass eine Entschädigung nach Ziffer II.6.3 AKV einen weiteren Entschädigungsanspruch (namentlich aus Ziffer II.8.2 i.V.m. II.9.3 AKV) aus demselben Vorgang konsumiert. Damit erweist sich der Einwand der Beklagten als stichhaltig. Aus diesen Gründen ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.17. Betreffend CHF 4'760.00 (Kinderzulagen, act. 3/2 S. 50): Hierzu macht die Klägerin geltend, dass dieser Betrag dem Konto 4090 "übriger Personalaufwand" am 1. Januar 2009 mit dem Buchungstext "Ausb. Deb Kizu 06-07" belastet worden sei (act. 3/2 S. 26). Der Beklagte bestreitet dies nicht, bringt aber vor, dass die Forderung noch durchsetzbar gewesen sei und nicht hätte ausgebucht werden dürfen (act. 7 S. 32). Die Klägerin behauptet, der Vorfall könne nicht dem Geschäftsjahr 2009 belastet werden (act. 3/2 S. 26). Nach Ansicht des Beklagten wäre es willkürlich, die Ausbuchung dem Geschäftsjahr 2008 zu belasten (act. 7 S. 32). Nach Ansicht der Klägerin wäre es willkürlich, die Ausbuchung dem Geschäftsjahr 2009 zu belasten (act. 16 S. 59).

Damit steht fest, dass die vorliegende Forderung einmal aktiviert und per 1. Januar 2009 abgeschrieben wurde. Nach dem Standpunkt der Klägerin hätte die vorliegende Forderung bereits in der Bilanz 2008 nicht mehr als Debitor aktiviert sein dürfen. Diese Frage betrifft die Ordnungsmässigkeit der Bilanz 2008. In der Bilanz sind Aktiven höchstens zu dem Wert anzusetzen, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt (Art. 960 Abs. 2 OR). Der Beklagte stellt sich im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt, die Forderung sei noch durchsetzbar gewesen und hätte deswegen nicht ausgebucht werden dürfen. Demgegenüber liess er es als Geschäftsführer (vgl. Art. 716b Abs. 3 OR) zu, dass die Forderung per 1. Januar 2009 vollumfänglich abgeschrieben wurde. Darin liegt ein Widerspruch, und es hätte dem Beklagten obliegen, diesen durch hinreichend konkrete Darstellung der Sachlage auszuräumen. Die blosser Behauptung, dass die Forderung noch durchsetzbar wäre, ohne Angaben zur Art der Forderung, zum Aufschub ihrer Geltendmachung oder zum Grund der Abschreibung reicht hierzu nicht aus, weshalb im folgenden davon auszugehen ist, dass die Forderung bereits in der Bilanz 2008 nicht mehr hätte aufgeführt sein dürfen.

Der Beklagte sicherte zu, dass der Jahresabschluss 2008 richtig und vollständig ist und nach allgemein anerkannten Grundsätzen kaufmännischer Buchführung erstellt wurde (Ziffer II.8.2 Punkt 3 AKV). Diese Zusicherung trifft im fraglichen Punkt nicht zu. Für diesen Fall vereinbarten die Parteien, dass der Beklagte der Klägerin die Kosten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes ersetzt (Ziffer II.9.3 AKV). Im vorliegenden Fall stellte der Beklagte den vertragsgemässen Zustand gleich selber wieder her, indem er die Forderung per 1.1.2009 abschreiben liess. Dies geschah allerdings auf Kosten der Klägerin, da sich das Umlaufvermögen des Unternehmens im Betrag der Forderung verringerte. Diese Kosten hat nach Sinn und Zweck von Ziffer II.9.3 AKV der Beklagte zu tragen. Übrigens unterscheidet sich die vorliegende Konstellation nicht von der folgenden hypothetischen Konstellation, dass die Forderung per 30. April 2009 immer noch in den Büchern gewesen wäre und von der Klägerin abgeschrieben worden wäre. Auch hierfür hätte, in Anwendung von Ziffer II.8.2 Punkt 11 i.V.m. Ziffer II.9.3 AKV, im Ergebnis der Beklagte aufzukommen.

Der Beklagte wendet an anderer Stelle ein, es handle sich um eine falsche Abgrenzung und damit um einen Fehler, aus dem der Klägerin kein Schaden entstanden sei, weil er zu einer Erhöhung der Kreditoren und damit der Ausgleichszahlung wegen Überschreitung des Grenzwertes nach Ziffer II.6.3 AKV führe (act. 7 S. 10-11, 15). Der Einwand ist nicht stichhaltig. Es ist nicht ersichtlich, wie der Vorgang die Ausgleichszahlung gemäss Ziffer 6.3 beeinflusst haben soll. Die Ausbuchung erhöhte weder die Kreditoren noch die Bankverbindlichkeiten. Der Grenzwert "Transitorische Aktiven" war auch nach diesem Vorgang nicht unterschritten. Ein doppelter Effekt ist nicht vorhanden.

Aus diesen Gründen ist für die Abrechnung der gesamte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.18. Betreffend CHF 860.25 (Reinigungsaufwand, act. 3/2 S. 50): Die Klägerin macht geltend, dass gemäss Vertrag mit ... [Reinigungsunternehmen] die Reinigungskosten CHF 7'650.00 netto pro Monat betragen, dass gemäss Kontoblatt 4650 aber lediglich CHF 7'434.94 netto pro Monat bezahlt worden seien. Für die Zeit von Januar bis April 2009 bleibe so der Betrag von CHF 860.25 offen, weshalb sie damit rechnen müsse, für diesen Betrag noch belangt zu werden (act. 16 S. 30). Der Beklagte wendet ein, dass die Klägerin nicht nachweise, dass sie den geltend gemachten Betrag an ... [das Reinigungsunternehmen] bezahlt habe, und ihr demnach auch kein Schaden entstanden sei (act. 20 S. 22). Der Einwand trifft nicht zu: Ob und wann bezahlt wurde, ist nicht ausschlaggebend. Ein Schaden liegt bereits vor, wenn eine Verpflichtung besteht und durchgesetzt werden könnte. Dies behauptet die Klägerin, und der Beklagte bestreitet es nicht. Gemäss Ziffer II.8.3 AKV hat der Beklagte die Klägerin für Schulden und Verpflichtungen, die in der Zwischenbilanz nicht ausgewiesen sind, schadlos zu halten. Die Verpflichtung betrifft die Zeit vor dem Stichtag. Demnach ist der gesamte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.19. Betreffend CHF 500.00 (Reinigungsaufwand, act. 3/2 S. 50): Die Klägerin bringt vor, für diesen Aufwand liege keine Quittung vor (act. 16 S. 28). Der Beklagte bringt vor, dass dieser Kreditor nicht ohne Rechtsgrund in die Buchhaltung aufgenommen worden sei. Überdies habe die entsprechende Buchung die Kredi-

toren der Zwischenbilanz erhöht, weshalb der Betrag bereits im Rahmen der Ausgleichszahlung nach Ziffer II.6.3 AKV ausgeglichen worden sei (act. 7 S. 13). Es ist nicht ersichtlich, welche Zusicherung aufgrund des von der Klägerin vorgebrachten Sachverhaltes verletzt sein soll. Nicht zur Verfügung steht namentlich Ziffer II.8.2 Punkt 3 AKV, da für eine ordnungsgemässe Buchhaltung auch ein anderer Beleg ausreichend wäre. Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.20. Betreffend CHF 3'200.00 (Miete K.\_\_\_\_\_, act. 3/2 S. 50): Die Klägerin bringt vor, der Aufwand betreffe die Miete für das von K.\_\_\_\_\_ ausgeliehene Personal (act. 3/2 S. 50). In der Replik ergänzt sie die frühere Darstellung und bringt vor, der Geschäftsvorfall sei nicht nachvollziehbar und somit auch nicht einbuchbar, weil es an einem Beleg fehle (act. 16 S. 28). Der Beklagte bringt vor, dass dieser Kreditor nicht ohne Rechtsgrund in die Buchhaltung aufgenommen worden sei. Überdies habe die entsprechende Buchung die Kreditoren der Zwischenbilanz erhöht, weshalb der Betrag bereits im Rahmen der Ausgleichszahlung nach Ziffer II.6.3 AKV ausgeglichen worden sei (act. 7 S. 13).

Die Vorbringen der Klägerin lassen über die Umstände der Leistung, des Leistungsdatums, der Buchung, der Zahlung und des Zahlungsdatums höchstens Vermutungen zu. Ob ein Anspruch besteht, lässt sich so nicht beurteilen. Der Betrag ist demnach nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.21. Betreffend CHF 2'000.00 (Rechts- und Beratungsaufwand, act. 3/2 S. 50): Die Klägerin bringt vor, der Aufwand betreffe eine Rechtsberatung im Zusammenhang mit Streitigkeiten mit dem GU für Rümlang und Regensdorf. Diese Buchung sei nachträglich gelöscht worden, der Aufwand aber in der Zwischenbilanz verblieben (act. 3/2 S. 50). Überdies sei die Zahlung an die Firma EDV ... erfolgt, die dem Schwiegervater des Beklagten gehöre und damit unzulässig sei gemäss Ziffer II.8.2 Punkt 6 AKV (act. 16 S. 28). Der Beklagte bringt vor, dass dieser Kreditor nicht ohne Rechtsgrund in die Buchhaltung aufgenommen worden sei (act. 7 S. 13). Diese Vorbringen sind unzureichend, denn damit wird weder der Vortrag der Klägerin bestritten noch wird ein anderer Sachverhalt vorgebracht. Es ist daher davon auszugehen, dass die Zahlung nicht im Zusammenhang mit dem operativen Geschäft der D.\_\_\_\_\_ Ltd steht und an eine nahestehende Person er-

folgte. Aus diesem Sachverhalt besteht grundsätzlich ein Anspruch der Klägerin aus Ziffer II.8.2 Punkt 5 und Punkt 6 i.V.m. Ziffer II.9.3 AKV.

Richtig ist dagegen der Einwand des Beklagten, dass der Vorgang aufgrund der Überschreitung des Grenzwertes der Kreditoren nach Ziffer II.6.3 AKV bereits zu einer Entschädigung führe (vgl. act. 7 S. 13). Auch hier würde, wie bereits oben bezüglich Personalaufwand K.\_\_\_\_\_ (vgl. oben Ziff. 5.2.1.16) ausgeführt, ein doppelter Effekt eintreten. Der Aufwand wurde vor dem Stichtag buchhalterisch erfasst und möglicherweise bezahlt, weshalb davon auszugehen ist, dass der entsprechende Betrag in den relevanten Passivposten gemäss Ziffer II.6.3 AKV enthalten ist, entweder in den Kreditoren oder in den Bankverbindlichkeiten. Hierfür hat der Beklagte bereits im Rahmen der Ausgleichszahlung aufzukommen, weshalb ein weiterer Entschädigungsanspruch aus Ziffer II.8.2 i.V.m. II.9.3 AKV aus demselben Vorgang konsumiert wird.

Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.22. Betreffend CHF 4'000.00 (Rechts- und Beratungsaufwand, act. 3/2 S. 50): Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass in diesem Punkt aufgrund eines gerichtlichen Vergleiches zwischen der D.\_\_\_\_\_ North Ltd und der D.\_\_\_\_\_ Ltd mittlerweile ein Ausgleich erfolgt ist (vgl. act. 7 S. 13, act. 16 S. 29). Demnach ist der Betrag für die Abrechnung zufolge Klageabstands nicht zu berücksichtigen. Ob der Vorgang zu einem doppelten Effekt führt, braucht damit entgegen der Auffassung des Beklagten (act. 20 S. 21) übrigens nicht beurteilt zu werden, weil es nicht zu einer Entschädigung gemäss Ziffer II.8.2. i.V.m. II.9.3 AKV kommt, die von einer allfälligen Ausgleichszahlung im Rahmen von Ziffer II.6.3 AKV konsumiert werden könnte. Zu erwähnen ist, dass der Beklagte nicht Partei des erwähnten Vergleiches war und ein doppelter Effekt auf seiner Seite damit nicht auf der Hand liegt.

5.2.1.23. Betreffend CHF 7'247.42 (Differenzausbuchung, act. 3/2 S. 50): Bei diesem Betrag handelt es sich um einen Aufwand, den die Parteien übereinstimmend als Ausbuchung einer Kassendifferenz bezeichnen (act. 3/2 S. 50, act. 7 S. 14). Die Klägerin bringt vor, eine Differenzausbuchung in dieser Höhe sei nicht gerechtfertigt, da Kassenmankos dank des EDV-Systems den Angestellten zuge-

ordnet und vom Lohn abgezogen werden könnten und da jeder Schichtführer nach den Regeln von G. \_\_\_\_\_ eine allfällige Abweichung vom Tresor-Sollbestand von CHF 12'000 bei Schichtende persönlich auszugleichen habe (act. 16 S. 32). Aus diesem Vorgang steht der Klägerin indessen kein Gewährleistungsanspruch zu. Zum einen liesse sich eine derartige Regel - falls sie tatsächlich bestünde - unter der Geltung des schweizerischen Arbeitsrechts nicht durchsetzen, da sie zumindest in dieser Absolutheit gegen Art. 321a OR über die Haftung des Arbeitnehmers verstösst. Nach dieser Bestimmung ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig verursacht, wobei das Mass der Sorgfalt nach den Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers zu beurteilen wäre. Es handelt sich dabei um eine teilzwingende Bestimmung, die zu Lasten des Arbeitnehmers nicht abgeändert werden kann (Art. 362 OR). Zum andern steht der Klägerin deswegen kein Gewährleistungsanspruch zu, weil es sich nicht um einen geschäftsfremden Vorgang handelt, der sich unter die Zusicherung gemäss Ziffer II.8.3 Punkt 5 AKV subsumieren liesse. Der Kaufvertrag enthält keine Zusicherung, wonach die Verkäufer für einwandfreie Geschäftsführung Gewähr leisteten.

Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.24. Betreffend CHF 210.30 (Pensionskasse, act. 3/2 S. 50): Bei diesem Betrag handelt es sich nach der soweit unbestrittenen Darstellung um eine Aufrechnung der ... PK, die in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 mangels korrekter Abgrenzung fehle (act. 16 S. 30). Die Klägerin behauptet, sie habe diesen Betrag "im nachhinein" bezahlt (act. 16 S. 30); der Beklagte bestreitet dies (act. 20 S. 22). Die Zahlung ist indessen nicht ausschlaggebend (vgl. oben Ziffer 5.2.1.18). Der Beklagte verpflichtete sich gemäss Ziffer II.8.3 AKV, die Klägerin für sämtliche Schulden und Verpflichtungen schadlos zu halten, die in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 nicht ausgewiesen sind oder für die keine Rückstellungen gebildet wurden. Die Verpflichtung ist in der Zwischenbilanz nicht enthalten. Sie betrifft den Zeitraum vor dem Stichtag. Anhaltspunkte, dass sie nicht bestünde oder nicht durchsetzbar wäre, sind keine vorgebracht. Hierfür hat der Beklagte die Klägerin schadlos zu halten, weshalb der Betrag von CHF 210.30 zu berücksichtigen ist.

5.2.1.25. Betreffend CHF 2'717.00 (O.\_\_\_\_\_, act. 3/2 S. 50): Nach soweit unbestrittener Darstellung der Klägerin bestand mit O.\_\_\_\_\_ ein Vertrag, der im Anhang 5 zum Kaufvertrag nicht aufgeführt war. Obwohl die D.\_\_\_\_\_ Ltd den Vertrag frühzeitig, per 30. Juni 2010, auflösen konnte, bezahlte sie unter den neuen Eigentümern insgesamt CHF 1'045, also CHF 1'672 weniger als anfänglich geltend gemacht (act. 16 S. 30, vgl. act. 20 S. 22). Der Beklagte bestreitet nur, dass der genannte Betrag ohne Gegenleistung bezahlt worden sei (act. 20 S. 22). Ob der Zahlung eine Gegenleistung gegenüberstand, ist indessen nicht ausschlaggebend. Gemäss Ziffer II.5.1 lit. i AKV sind in Anhang 5 zum AKV sämtliche Verträge zum Zeitpunkt der Übergabe von den Verkäufern unterschriftlich abschliessend ausgewiesen. Auch wenn die Bestimmung nicht im Katalog gemäss Ziffer II.8.2 AKV aufgeführt ist, handelt es sich dabei nach Wortlaut und Zweck um eine Zusicherung zugunsten der Käuferin. Die Verkäuferschaft musste aufgrund der abschliessenden Aufzählung, die eigens unterzeichnet wurde, damit rechnen, dass sie von der Käuferschaft gestützt auf diese Äusserungen belangt würde. Der Vertrag ist in Anhang 5 nicht aufgeführt. Demnach ist davon auszugehen, dass die Klägerin das Unternehmen ohne diesen Vertrag erwerben wollte und dass die Gegenleistung für sie unbrauchbar war. Anhaltspunkte für eine Vorteilsanrechnung, namentlich ein konkreter Vorteil und dessen betragsmässige Bewertung, bringt der Beklagte nicht vor und sind auch nicht ersichtlich. Demnach steht der Klägerin für die nutzlos erbrachten Aufwendungen ein Gewährleistungsanspruch gemäss Ziffer II.9.3 AKV zu, und der Betrag von CHF 1'045 ist zu berücksichtigen; der Restbetrag ist zufolge Verzichts nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.26. Betreffend CHF 5'380.00 (L.\_\_\_\_\_, act. 3/2 S. 51): Es ist unbestritten, dass dieser Betrag als Aufwand im Zwischenabschluss 2009 mit der Beschreibung "Beteiligung Werbeaufwand 2009" aufgeführt ist. Die Klägerin bringt hierzu vor, der Aufwand betreffe das Jahr 2008 und die Leistung sei auf der Rechnung aufgrund einer Absprache zwischen den Beteiligten falsch bezeichnet worden (act. 3/2 S. 22-23; act. 16 S. 33). Die D.\_\_\_\_\_ Ltd habe die Einzelfirma L.\_\_\_\_\_, L1.\_\_\_\_\_, Wetzikon, im Jahr 2008 für einen Anlass mit der Einrichtung der Musikanlage beauftragt. Diese Leistungen seien von der D.\_\_\_\_\_ Ltd nicht bezahlt worden, weshalb L1.\_\_\_\_\_ bei der D.\_\_\_\_\_ Ltd anrief, um die Begleichung des

Forderung über CHF 5'380.00 zu verlangen. Dabei sei er vom Streitberufenen C.\_\_\_\_\_ angewiesen worden, eine Rechnung für das Jahr 2009 zu schreiben, in welcher er die Bezahlung einer fiktiven Leistung gemäss Rechnungstext (vgl. act. 3/3/8/2) angeben solle. Als die Rechnung dann einging, sei sie vom Streitberufenen bezahlt worden (act. 3/2 S. 23). Hierzu legt sie die Rechnung vom 14. März 2009 (act. 3/3/8/2) und zwei Zahlungsbelege über je CHF 2'690.00 vom 28. März 2009 und vom 21. April 2009 (act. 17/29-30) vor. Der Beklagte bestreitet, dass die Rechnung das Jahr 2008 betreffe (act. 20 S. 23).

Die Annahme des Beklagten, dass die Rechnung nach den Nachforschungen der Klägerin nicht bezahlt worden sei (act. 7 S. 30), kann angesichts der Vorbringen der Klägerin (vgl. act. 3/2 S. 23, act. 16 S. 33) im Zusammenhang mit der Rechnung vom 14. März 2009 (act. 3/3/8/2) und den beiden Zahlungsbelegen vom 28.03.2009 und vom 21.04.2009 (act. 17/29-30) nicht als ausreichende Bestreitung angesehen werden. Der Beklagte bestreitet auch die anderen Vorbringen der Klägerin nicht hinreichend. Weder setzt er der konkreten Sachverhaltsschilderung der Klägerin etwas entgegen noch äussert er sich von seiner Seite zum Geschäftsvorfall, der in seine Zeit als Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ Ltd fällt, weshalb vom Sachverhalt auszugehen ist, wie ihn die Klägerin vorgebracht hat.

Der Beklagte sicherte zu, dass der Jahresabschluss 2008 richtig und vollständig ist und nach allgemein anerkannten Grundsätzen kaufmännischer Buchführung erstellt wurde (Ziffer II.8.2 Punkt 3 AKV). Im Jahresabschluss 2008 ist jedoch nicht der gesamte Aufwand, der das Jahr 2008 betrifft, enthalten. Die Zusicherung trifft daher im fraglichen Punkt nicht zu. Für diesen Fall vereinbarten die Parteien, dass der Beklagte der Klägerin die Kosten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes ersetzt (Ziffer II.9.3 AKV). Der fragliche Betrag müsste im Prinzip der Jahresrechnung 2009 als ausserordentlicher Aufwand (vgl. Art. 663 OR) belastet werden. Da der Aufwand in der Zwischenbilanz enthalten ist, ist davon auszugehen, dass die Korrektur in der Jahresrechnung vorgenommen wurde. Dies geschah zulasten des Jahresergebnisses 2009 und damit auf Kosten der Klägerin. Der Beklagte wendet an anderer Stelle ein, es handle sich um eine falsche Abgrenzung und damit um einen Fehler, aus dem der Klägerin kein Schaden entstanden sei, weil er zu einer Erhöhung der Kreditoren und damit der Ausgleichs-

zahlung wegen Überschreitung des Grenzwertes nach Ziffer II.6.3 AKV führe (act. 7 S. 10-11, 15). Dieser Einwand überzeugt im vorliegenden Zusammenhang. Auch hier wäre, wie oben bezüglich Personalaufwand K.\_\_\_\_\_ (vgl. oben Ziffer 5.2.1.16), ein doppelter Effekt vorhanden. Der Aufwand wurde vor dem Stichtag buchhalterisch erfasst und bezahlt, weshalb davon auszugehen ist, dass der entsprechende Betrag in den Bankverbindlichkeiten gemäss Ziffer II.6.3 AKV enthalten ist. Hierfür hat der Beklagte bereits im Rahmen der Ausgleichszahlung aufzukommen, weshalb ein weiterer Entschädigungsanspruch aus Ziffer II.8.2 i.V.m. II.9.3 AKV aus demselben Vorgang konsumiert wird. Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.27. Betreffend CHF 897.50 (Allianz, act. 3/2 S. 51): Die Klägerin bringt vor, die entsprechende Rechnung laute auf den Streitberufenen C.\_\_\_\_\_ und betreffe dessen private Lebensversicherung, die nicht geschäftsrelevant sei (act. 3/2 S. 51; act. 16 S. 33). Der Beklagte bringt vor, dass dieser Kreditor nicht ohne Rechtsgrund in die Buchhaltung aufgenommen worden sei. Überdies habe die entsprechende Buchung die Kreditoren der Zwischenbilanz erhöht, weshalb der Betrag bereits im Rahmen der Ausgleichszahlung nach Ziffer II.6.3 AKV ausgeglichen worden sei (act. 7 S. 13).

Gemäss Ziffer II.8.2 Punkt 5 AKV sicherten die Verkäufer zu, dass im Jahr 2009 keine Zahlungen getätigt wurden, die nicht in direktem Zusammenhang mit dem operativen Geschäft der D.\_\_\_\_\_ Ltd stehen. Gemäss Punkt 6 sicherten sie weiter zu, dass dem Beklagten von Januar bis April 2009 maximal CHF 45'000 netto als sog. Unternehmerlohn ausbezahlt wurde und dass an ihn keine weiteren Entschädigungen oder anderen Leistungen erbracht wurden. Beiträge an eine Lebensversicherung sind von diesen Zusicherungen erfasst, es sei denn, es handle sich dabei um einen Bestandteil des erwähnten Unternehmerlohns. Dies macht der Beklagte indes nicht geltend; er bringt nur vor, dass der Kreditor nicht ohne Rechtsgrund bestehe. Eine rechtliche Beurteilung und beweismässige Feststellung seines Standpunktes ist diesbezüglich nicht möglich.

Überzeugend ist dagegen sein Einwand, dass die Klägerin für diesen Vorgang aufgrund der Überschreitung des Grenzwertes der Kreditoren nach Ziffer II.6.3 AKV bereits eine Ausgleichszahlung erhalte. Auch hier ist, wie schon oben bezüg-

lich Personalaufwand K.\_\_\_\_\_ (vgl. oben Ziffer 5.2.1.16), ein doppelter Effekt vorhanden. Der Aufwand wurde vor dem Stichtag buchhalterisch erfasst und möglicherweise bezahlt, weshalb davon auszugehen ist, dass der entsprechende Betrag in den relevanten Passivposten gemäss Ziffer II.6.3 AKV enthalten ist, entweder in den Kreditoren oder in den Bankverbindlichkeiten. Hierfür hat der Beklagte bereits im Rahmen der Ausgleichszahlung aufzukommen, weshalb ein weiterer Entschädigungsanspruch aus Ziffer II.8.2 i.V.m. II.9.3 AKV aus demselben Vorgang konsumiert wird.

Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.28. Betreffend CHF 1'907.55 (M.\_\_\_\_\_, act. 3/2 S. 51): Unbestritten ist, dass die entsprechende Rechnung das Jahr 2008 betrifft (vgl. act. 7 S. 30) und dass der Kreditor weder in der Rechnung 2008 noch in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 verbucht wurde (vgl. act. 3/2 S. 23-24; act. 16 S. 33). Der Beklagte bestreitet, dass die D.\_\_\_\_\_ Ltd die Forderung bezahlt habe (act. 20 S. 24). Die Zahlung ist indes, wie bereits mehrfach erwähnt, nicht rechtserheblich. Der Beklagte verpflichtete sich gemäss Ziffer II.8.3 AKV, die Klägerin für sämtliche Schulden und Verpflichtungen schadlos zu halten, die in der Zwischenbilanz nicht ausgewiesen oder für welche keine ausreichenden Rückstellungen gebildet worden sind. Die Verpflichtung ist in der Zwischenbilanz nicht ausgewiesen. Sie betrifft die Zeit vor dem Stichtag. Anhaltspunkte, dass die Verpflichtung nicht bestünde oder nicht durchsetzbar wäre, sind keine vorgebracht. Was der Beklagte ansonsten dagegen vorbringt (act. 7 S. 10-11, 15), überzeugt nicht. Insbesondere besteht keine Gefahr, dass der Betrag doppelt berücksichtigt würde, da der Kreditor in der Zwischenbilanz nicht enthalten war und somit im Grenzwert Kreditoren nach Ziffer II.6.3 AKV nicht berücksichtigt ist. Demnach ist der gesamte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.29. Betreffend CHF 1'829.20 (APG, act. 3/2 S. 51): Unbestritten ist, dass der Kreditor weder in der Rechnung 2008 noch in der Zwischenbilanz per 30. April 2009 verbucht wurde (vgl. act. 3/2 S. 23-24; act. 16 S. 34). Die Klägerin macht geltend, die Rechnung ersetze eine ältere Rechnung, und sie betreffe das Jahr 2008, insbesondere den Aushang ab 01.07.2008 (act. 16 S. 34). Der Beklagte

macht geltend, die Rechnung betreffe die Abrechnungsperiode vom 1. April 2009 bis 30. Juni 2009 (act. 20 S. 24). Mit dieser Darstellung gesteht der Beklagte zu, dass der Aufwand zumindest zum Teil die Periode vor dem 30. April 2009 betrifft, ohne aufzuzeigen, wie sich dies betragsmässig auswirkt. Der von der Klägerin vorgebrachte Sachverhalt ist damit nicht hinreichend bestritten. Da sich der Beklagte zudem nicht mit den Bemerkungen "Aushang ab 01.07.2008" und "Aushangdauer 27/08-27/09" und dem Umstand, dass es sich um eine ersetzte Rechnung handelt, auseinandersetzt, ist der Einwand im Übrigen auch in der Sache nicht stichhaltig. Was der Beklagte ansonsten dagegen vorbringt (act. 7 S. 10-11, 15), überzeugt nicht. Insbesondere besteht keine Gefahr, dass der Betrag doppelt berücksichtigt würde, da der Kreditor in der Zwischenbilanz ja gerade nicht enthalten war und somit im Grenzwert Kreditoren nach Ziffer II.6.3 AKV nicht berücksichtigt ist. Aus diesen Gründen ist zugunsten der Klägerin der gesamte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.30. Betreffend CHF 26'925.80 (MwSt, act. 3/2 S. 51): Die Klägerin macht unter Hinweis auf Ziffer II.6.4 AKV geltend, die Schuld gegenüber der Mehrwertsteuer für die Zeit vom 1. Januar bis 30. April 2009 in der Höhe von Fr. 26'925.80 sei nicht aus dem laufenden Gewinn dieser Periode bezahlt bzw. es seien keine entsprechenden flüssigen Mittel auf der Aktivseite hierfür bereitgestellt worden (act. 3/2 S. 51). Der Beklagte wendet ein, dass die D. \_\_\_\_\_ Ltd neben den flüssigen Mitteln und kurzfristigen Forderungen per Ende April 2009 in der Höhe von CHF 12'641.00 weitere Forderungen gegenüber Dritten (CHF 5'983.33), gegenüber C. \_\_\_\_\_ (CHF 12'001.88) sowie gegenüber verbundenen Unternehmen (CHF 32'949.06) hatte. Von diesen kurzfristigen Guthaben seien im Mai und Juni 2009 Zahlungen im Betrag von CHF 41'041.39 bei der D. \_\_\_\_\_ Ltd eingegangen, sodass die Mehrwertsteuer von der D. \_\_\_\_\_ Ltd ohne weiteres bezahlt werden konnte (act. 7 S. 6-7, 16; act. 20 S. 5-6). Diese Ansicht hält die Klägerin für unzutreffend, weil die Grenzwerte Tresor und Bankverbindlichkeiten bereits voll ausgeschöpft und weil keine zusätzlichen flüssigen Mittel bereit gestellt worden seien (act. 16 S. 35). Diese Auffassung ist falsch. Gemäss Ziffer II.6.4 AKV vereinbarten die Parteien, dass Mehrwertsteerverbindlichkeiten für die Periode vom 1. Januar 2009 bis zum 30. April 2009 aus dem laufenden Gewinn dieser Periode zu bezah-

len sind oder dass hierfür entsprechende flüssige Mittel auf der Aktivseite bereitgestellt werden. Die Bestimmung soll sicherstellen, dass für die Mehrwertsteuerverbindlichkeiten ausreichend Mittel zur Verfügung stehen, und zwar im Moment der Fälligkeit, d.h. relativ kurzfristig. Flüssige Mittel ist in diesem Kontext nicht wie in Art. 663a Abs. 2 OR zu verstehen. Dort wird für die Mindestgliederung der Bilanz innerhalb des Umlaufvermögens zwischen flüssigen Mitteln, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen und anderen Forderungen unterschieden. Die Mindestgliederung dient der Klarheit der Bilanz. Vorliegend beruft sich der Beklagte auf Forderungen gegen verbundene Gesellschaften und gegen die früheren Inhaber. Es handelt sich zwar nicht um flüssige Mittel im Sinne von Art. 663a Abs. 2 OR. Mit diesen Forderungen waren aber ausreichende Mittel sichergestellt, die eine rechtzeitige Erfüllung erlaubten. Die Forderungen wurden in den Monaten Mai und Juni 2009 erfüllt, womit ausreichend Liquidität zur Verfügung stand. Die Klägerin bringt nicht vor, die Gesellschaft habe die Mehrwertsteuer nicht rechtzeitig bezahlen können. Die Forderungen stellten daher ausreichende "flüssige Mittel auf der Aktivseite" gemäss Ziffer II.6.4 AKV dar. Demnach ist der genannte Betrag für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.31. Betreffend CHF 9'267.25 (Löhne H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_, act. 3/2 S. 51): Fest steht, dass der Beklagte gemäss Ziffer II.8.2 Punkt 20 AKV zusicherte, die Arbeitsverträge I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ ab Mai 2009 zu übernehmen. Fest steht weiter, dass dies nicht erfolgte und dass diesen Mitarbeitenden während der Kündigungszeit Lohn bezahlt werden musste und wurde (vgl. act. 3/2 S. 51; act. 20 S. 22). Bestritten oder zumindest unklar dürfte sein, wer seither welchen Betrag an I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ bezahlte: Die Klägerin bringt vor, die D. \_\_\_\_\_ Ltd habe diese Löhne bezahlt und sie anschliessend in Rechnung gestellt, wobei sich der "Rechnungsbetrag" auf CHF 18'534.55 belaufe. Davon seien ihr durch den Beklagten unterdessen CHF 5'000 in bar am 29. Mai 2009 sowie weitere CHF 4267.30 mit Banküberweisung vom 11. Juni 2009 ersetzt worden. Offen sei demnach der Anteil des Streitberufenen C. \_\_\_\_\_ über CHF 9'267.25, für den der Beklagte solidarisch hafte (act. 3/2 S. 51; act. 16 S. 31). Der Beklagte bringt vor, dass er H. \_\_\_\_\_ für den Mai 2009 gemäss Vereinbarung vom 29. Mai 2009 persönlich CHF 10'000 bezahlt habe und dass die Zahlung an I. \_\_\_\_\_ lediglich CHF

3'800.00 betragen habe und vom Streitberufenen bezahlt worden sei (act. 20 S. 22). Hierzu verweist er auf die Mai-Lohnabrechnung von I. \_\_\_\_\_ vom 30. Mai 2009 (act. 17/17/5). Schuldnerin ist gemäss dieser Abrechnung die D. \_\_\_\_\_ Ltd; auch in der Vereinbarung mit H. \_\_\_\_\_ vom 29. Mai 2009 ist die D. \_\_\_\_\_ Ltd als Schuldnerin genannt (vgl. act. 17/17). Der Beklagte legt nicht dar, warum und wann die Lohnguthaben von ihm persönlich und nicht von der D. \_\_\_\_\_ Ltd bezahlt wurden. Seine vagen Vorbringen reichen nicht aus, um die schlüssige Darstellung der Klägerin rechtsgenügend zu bestreiten. Auch den geforderten Betrag, der anhand der Bruttolöhne zuzüglich Arbeitgeberbeiträge schlüssig ausgewiesen ist, bestreitet der Beklagte nicht rechtsgenügend, da er einzig die Nettolöhne nennt, ohne sich zu den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen zu äussern. Demnach ist für die Abrechnung der gesamte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.32. Betreffend CHF 1'320.00 (Lohnguthaben I. \_\_\_\_\_, act. 3/2 S. 51): Die Klägerin macht geltend, der Streitberufene C. \_\_\_\_\_ habe I. \_\_\_\_\_ eine Lohnerhöhung von CHF 600 pro Monat per 1. April 2009 versprochen. Entsprechend habe der Streitberufene mit E-Mail vom 10. Juni 2009 bestätigt, dass der Bruttolohn von I. \_\_\_\_\_ CHF 4'400 betrage, und der Beklagte selber habe seinen Treuhänder ... aufgefordert, die Lohnabrechnung anzupassen (unter Verweis auf act. 17/17/3). Die Lohnerhöhung sei aber nicht vollzogen worden, sodass die D. \_\_\_\_\_ Ltd für die Monate April und Mai 2009 den Betrag von CHF 1'320 (inkl. Sozialleistungen) habe bezahlen müssen (act. 3/2 S. 51, act. 16 S. 35). Der Beklagte bestreitet diese Behauptungen, auch nachdem die Klägerin mit der Replik detaillierte Behauptungen aufstellte (vgl. act. 16 S. 35), bloss pauschal (act. 7 S. 16, vgl. act. 20 S. 25), ohne näher darzulegen, ob er die Lohnerhöhung, die Aussagen im E-Mailverkehr vom 10. Juni 2009, den Nichtvollzug oder sämtliche Vorbringen in diesem Zusammenhang bestreiten will und wie die Äusserungen im E-Mailverkehr vom 10. Juni 2009 allenfalls anders zu verstehen wären. Damit ist auf die Vorbringen der Klägerin abzustellen, der aus diesem Sachverhalt gemäss Ziffer II.8.2 Punkt 20 i.V.m. II. 9.3 und II.8.3 AKV ein Gewährleistungsanspruch zusteht. Demnach ist für die Abrechnung der gesamte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.33. Betreffend CHF 2'000.00 (Sachversicherung, act. 3/2 S. 51): Der Posten betrifft die Rückerstattung von Prämien einer Sachversicherung, die nicht an die D.\_\_\_\_\_ Ltd, sondern an die D.\_\_\_\_\_ North Ltd oder an die D.\_\_\_\_\_ NorthWest Ltd erfolgte, und die mittlerweile aufgrund eines gerichtlichen Vergleiches der D.\_\_\_\_\_ Ltd erstattet wurde. Die Klägerin räumte in der Replik ein, dass diese Position dahinfalle (act. 16 S. 35), weshalb der Betrag nicht zu berücksichtigen ist.

5.2.1.34. Betreffend CHF 485.55 (Fahrzeugversicherung, act. 3/2 S. 51): Zu diesem Betrag bringt die Klägerin nur vor, dass die D.\_\_\_\_\_ North Ltd und die D.\_\_\_\_\_ NorthWest Ltd einen Smart der D.\_\_\_\_\_ Ltd übernommen hätten, aber die Versicherung nicht umgeschrieben worden sei, sodass der Betrag diesen Gesellschaften belastet werden müsse (act. 3/2 S. 51-52). Der Beklagte bestreitet den Sachverhalt nicht, bringt aber vor, über diesen Aufwand sei vor dem Bezirksgericht Dielsdorf ein Vergleich abgeschlossen worden (act. 7 S. 15-16). Dieser Punkt blieb von der Klägerin unbestritten. Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen betrifft der vorgebrachte Sachverhalt keinen Fall der Gewährleistung nach dem Aktienkaufvertrag. Da nicht vorgebracht ist, die Zahlung sei vor dem 30. April 2009 erfolgt, liegt namentlich kein Fall von Ziffer II.8.2 Punkt 5 AKV vor. Auch aus diesem Grund ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.35. Betreffend CHF 4'748.46 (Aufrechnung Löhne, act. 3/2 S. 52): Bei diesem Posten geht es um die noch nicht bezogenen, anteilmässigen Ferienguthaben von N.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 3/2 S. 21, 24 und 52, act. 20 S. 24). Es ist unbestritten, dass die Mitarbeiter N.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ bis am 29. April 2009 offene Ferienguthaben von 11.33 bzw. 10.33 Tagen hatten und dass in der Zwischenbilanz hierfür weder Abgrenzungen vorgenommen noch Rückstellungen gebildet wurden (act. 16 S. 34, vgl. act. 20 S. 24). Unbestritten ist auch der Gesamtbetrag von CHF 4'748.46, in dem die Ferienguthaben allenfalls aufzurechnen sind bzw. dessen Berechnungsweise, wonach pro Ferientag Kosten von CHF 203.60 (netto) bzw. CHF 228.05 (brutto, inkl. Arbeitgeberbeiträge im Umfang von 12%) in Ansatz zu bringen sind (vgl. act. 16 S. 57). Der Beklagte bringt nur vor, dass der Klägerin daraus kein Schaden entstanden sei (act. 20 S. 24).

Der Einwand ist nicht stichhaltig. Die Ferienguthaben wären gemäss Ziffer II.6.2

lit. e AKV abzugrenzen gewesen. Es ist unbestritten, dass diese Abgrenzung nicht vorgenommen wurde. Nach der vertraglichen Gewährleistungsregelung hat der Beklagte der Klägerin die Kosten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes zu ersetzen (Ziffer II.9.3 AKV). Dies hatte im vorliegenden Fall dadurch zu geschehen, dass das restliche Geschäftsjahr 2009 mit diesem Aufwand belastet wurde, was zulasten der Klägerin geschah. Das Resultat wird durch die folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Für eine korrekte Zwischenbilanz hätten die Ferienguthaben per 30.04.2009 abgegrenzt werden müssen. Der Posten "Transitorische Passiven" hätte in der Zwischenbilanz um den entsprechenden Betrag höher ausgewiesen werden müssen, was zu einer höheren Ausgleichszahlung nach Ziffer II.6.3 AKV geführt hätte. Dies war indes nicht der Fall, weshalb der Klägerin die Kosten für die Herstellung des vertragsgemässen Zustandes zu ersetzen sind. Demnach ist der gesamte Betrag zu berücksichtigen.

5.2.1.36. Betreffend CHF 2'619.62 (Stundenlöhne, act. 3/2 S. 52): Der Anspruch gemäss Ziffer II.8.3 AKV ist von der Beklagten anerkannt (act. 7 S. 12, act. 20 S. 6).

5.2.1.37. Betreffend CHF 21'314.23 (Pos. 3, 4, 5, Forderungen gegenüber C.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_ North Ltd und D.\_\_\_\_ NorthWest Ltd, act. 3/2 S. 52): Die Rechtsschriften der Klägerin enthalten keine Ausführungen zur Begründung dieser Forderungen, und auch der Beklagte äussert sich nicht hierzu. Die Angaben im Schreiben an die Verkäufer vom 29. Juni 2009 (act. 3/3/20: "Gemäss Kontenblatt werden die Gutschriften an C.\_\_\_\_ nicht akzeptiert" sowie "Der Mietanteil der Büroräumlichkeiten an der ...strasse müssen für die ersten 4 Monate mitgetragen werden.") reichen nicht aus, um zu beurteilen, ob vertragliche Zusicherungen verletzt wurden. Aus diesem Grund ist der gesamte Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.1.38. Betreffend CHF 3'026.00 (von der Klägerin zu erklärende Differenz): Hierbei handelt es sich um den oben bereits erwähnten Posten "Kreditorendifferenz", der mangels schlüssiger Darlegung nicht zu berücksichtigen ist.

5.2.1.39. Die unter diesem Titel geltend gemachten Beträge sind tabellarisch dargestellt wie folgt zu berücksichtigen (Die Ziffern 5.2.1.12. und 5.2.1.38., die oben nur der Vollständigkeit halber behandelt werden, sind nicht aufgeführt.):

Ziffer im Urteil	Geltend gemacht (CHF)	Anerkannt (CHF)	Begründet (CHF)	Verzicht (CHF)	Nicht begründet (CHF)
5.2.1.1.	2'490.48	2'490.48			
5.2.1.2.	7'507.20	7'507.20			
5.2.1.3.	81'141.24	77'141.24	4000.00		
5.2.1.4.	3'026.00				3'026.00
5.2.1.5.	41'647.91	41'647.91			
5.2.1.6.	43'622.82	2'581.43	41'041.39		
5.2.1.7.	31'364.47				31'364.47
5.2.1.8.	91'139.89				91'139.89
5.2.1.9.	7'369.74	7'268	101.74		
5.2.1.10.	22'527.75				22'527.75
5.2.1.11.	7'989.75				7'989.75
5.2.1.13.	771.25	771.25			
5.2.1.14.	300.00	300.00			
5.2.1.15.	900.00	900.00			
5.2.1.16.	2'769.35				2'769.35
5.2.1.17.	4'760.00		4'760.00		
5.2.1.18.	860.25		860.25		
5.2.1.19.	500.00				500.00
5.2.1.20.	3'200.00				3'200.00
5.2.1.21.	2'000.00				2'000.00
5.2.1.22.	4'000.00			4'000.00	
5.2.1.23.	7'247.42				7'247.42
5.2.1.24.	210.30		210.30		
5.2.1.25.	2'717.00		1'045.00	1'672.00	
5.2.1.26.	5'380.00				5'380.00
5.2.1.27.	897.50				897.50
5.2.1.28.	1'907.55		1'907.55		
5.2.1.29.	1'829.20		1'829.20		
5.2.1.30.	26'925.80				26'925.80
5.2.1.31.	9'267.25		9'267.25		
5.2.1.32.	1'320.00		1'320.00		
5.2.1.33.	2'000.00			2'000.00	
5.2.1.34.	485.55				485.55
5.2.1.35.	4'748.46		4'748.46		
5.2.1.36.	2'619.62	2'619.62			
5.2.1.37.	21'314.23				21'314.23
	<b>448'757.988</b>	<b>143'227.13</b>	<b>71'091.14</b>	<b>7'672.00</b>	<b>226'767.71</b>

5.2.1.40. Nach dem Gesagten ist unter diesem Titel ein Gesamtbetrag von CHF 214'318.27 (CHF 143'227.13 plus CHF 71'091.14) zu berücksichtigen.

5.2.2. Nachtrag vom 24. September 2009 betreffend Mängel/Lieferungen per 29. April 2009 (act. 3/3/22/3)

Mit Schreiben vom 24. September 2009 (act. 3/3/22/03) machte die Klägerin weitere Mängel geltend. Diese Mängel macht die Klägerin im Prozess unter dem Titel "Nachtrag vom 24. September 2009 betreffend Mängel/Lieferungen per 29. April 2009" geltend (act. 3/2 S. 56). Sie führt für diese Mängel den Betrag von CHF 26'541.21 an. Wie sich dieser Posten zusammensetzt, erläutert die Klägerin auf S. 53-54 und 57 der Klageschrift und auf S. 36-41 der Replik (vgl. act. 3/2 S. 53-54 und 57, act. 16 S. 36-41). Die Klägerin machte diese Mängel mit Nachtrag vom 24. September 2009 geltend (act. 3/3/22). Der Beklagte behauptet nicht, dass die Mängel zu spät gerügt wurden, weshalb von einer rechtzeitigen Mängelrüge auszugehen ist. Er anerkennt einen Teilbetrag von CHF 13'680.98 in der Klageantwort (act. 7 S. 17); ansonsten bestreitet er die Vorbringen im Wesentlichen (act. 7 S. 16, act. 20 S. 25-27).

Im Einzelnen geht es um die folgenden Posten:

5.2.2.1. Betreffend CHF 261.60 (Q. \_\_\_\_\_ AG): Hierzu bringt die Klägerin nur vor, der Einbezug der Rechnung der Q. \_\_\_\_\_ AG No. 08739 über CHF 261.60 in die Erstattungsforderung sei gerechtfertigt, da das Auftragsdatum gemäss der Rechnung vom 5. Mai 2009 der 22. April 2009 war, was links oben vermerkt sei (act. 16 S. 37). Nach der Ansicht des Beklagten betrifft die Leistung die Abrechnungsperiode ab 1. Mai 2009, da die Lieferung am 5. Mai 2009 erfolgt sei (act. 7 S. 17, act. 20 S. 25). Um welche Art von Leistung es sich hierbei handelt, ergibt sich aus den Darstellungen der Parteien nicht. So lässt sich nicht beurteilen, ob die Leistung den täglichen Betrieb ab 5. Mai 2009 oder aber einen Vorfall vor dem 30. April 2009 betrifft. Aus diesem Grund kann das Gericht der Klägerin in diesem Punkt mangels hinreichender Substantiierung nichts zusprechen. Überdies erschiene es unter buchhalterischen Gesichtspunkten aufgrund der Geringfügigkeit des Aufwandes als angemessen, den Aufwand anhand des Rechnungsdatums abzugrenzen. Insofern erschiene die Abgrenzung, so wie sie erfolgte, nicht als falsch. Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.2.2. Betreffend CHF 905.20 (ZKB): Der Beklagte anerkennt diese Forderung im Umfang von 2/3, also im Betrag von CHF 603.50 (act. 7 S. 17), und die Klägerin erklärt sich damit einverstanden (act. 16 S. 37), weshalb der Forderung im Betrag von CHF 603.50 zu berücksichtigen ist.

5.2.2.3. Betreffend CHF 242.90 (Quellensteuer): Diese Forderung ist vom Beklagten anerkannt (act. 7 S. 17).

5.2.2.4. Betreffend CHF 1'031.65 (... AG), CHF 11'436.51 (Übernahmegebühr G.\_\_\_\_\_) und CHF 1'389.60 (R.\_\_\_\_\_): Diese Forderungen anerkennt der Beklagte im Prinzip und bis zu einem Gesamtbetrag von CHF 13'650.98. Im Mehrbetrag von CHF 1'053.18 bestreitet er sie mit der Begründung, es sei ein Vorsteuerabzug geltend zu machen (act. 7 S. 17). Unklar bleibt dabei, ob die Vorsteuer für diese Leistungen bis zur Höhe der genannten Beträge tatsächlich rückforderbar ist und zurückgefordert wurde. Dies ist namentlich mit Blick auf die Übernahmegebühr zweifelhaft. Die Klägerin weist in ihrer Replik zu Recht darauf hin (act. 16 S. 37). Der Beklagte unterlässt es, hierzu nähere Behauptungen aufzustellen oder die Mehrwertsteuerabrechnungen zu zitieren. Seine Bestreitungen erweisen sich daher als unzureichend. Demnach ist zusätzlich zum anerkannten Betrag von CHF 13'650.98 auch der Mehrbetrag von CHF 1'053.18 zu berücksichtigen.

5.2.2.5. Betreffend CHF 1'300.00 (... AG): Zu diesem Betrag führt die Klägerin nichts aus, weshalb ihr Anspruch nicht beurteilt werden kann und der Betrag demnach nicht zu berücksichtigen ist.

5.2.2.6. Betreffend CHF 1'100.00 (Depot Rückzahlung): Bezüglich dieses Postens trägt die Klägerin vor, dass die Rückzahlung eines Depots im Zusammenhang mit einem Mietvertrag, den N.\_\_\_\_\_ übernommen habe, nicht verbucht worden sei und somit fehle (act. 3/2 S. 53). Überdies bringen die Parteien übereinstimmend vor, dass ein Beleg fehle (act. 3/2 S. 53, act. 7 S. 17). Es ist nicht ersichtlich, wie diese Umstände zu einem Gewährleistungsanspruch berechtigen sollen. Dem Anschein nach handelt es sich um einen Debitor, der in der Zwischenbilanz nicht enthalten ist. Betreffend in der Bilanz nicht enthaltene Debitoren sicherte die Verkäuferschaft nichts zu. Wie aus dem Fehlen eines Belegs ein Gewährleistungsan-

spruch im Umfang der entsprechenden Zahlung entstehen soll, ist nicht dargetan. Demnach ist der Betrag nicht zu berücksichtigen.

5.2.2.7. Betreffend CHF 450.00 (Barbezug C.\_\_\_\_): Zu diesem Betrag bringt die Klägerin vor, es handle sich um einen Barbezug des Streitberufenen C.\_\_\_\_ am 14. April 2009. Auch hier bringen die Parteien übereinstimmend vor, dass ein Beleg fehle (act. 3/2 S. 53, act. 7 S. 17). Wie aus dem Fehlen eines Belegs ein Gewährleistungsanspruch im Umfang der entsprechenden Zahlung entstehen soll, ist nicht dargetan. Eine Grundlage für einen Gewährleistungsanspruch ist nicht ersichtlich, weshalb der Betrag nicht zu berücksichtigen ist.

5.2.2.8. Betreffend CHF 2'825.35 (R.\_\_\_\_): Diese Forderung wurde im Umfang von CHF 1'389.60 bereits auf der vorgehenden Seite zusammen mit anderen anerkannten Forderungen beurteilt (vgl. oben Ziffer 5.2.2.4), weshalb an dieser Stelle nur noch die Restforderung über CHF 1'435.75 zu beurteilen ist. Die Klägerin begründet die Restforderung damit, dass die Positionen vom 2. Juni 2009 zum grössten Teil die Periode vor dem 1. Mai 2009 betreffen (act. 16 S. 36), was der Beklagte bestreitet (act. 20 S. 25). Die Behauptung ist unbestimmt formuliert und inhaltlich vage, sodass sich auch in einem Beweisverfahren nicht klären liesse, ob sie zutrifft. Die Restforderung ist daher mangels hinreichender Behauptungen nicht zu berücksichtigen.

5.2.2.9. Betreffend CHF 309.40 (S.\_\_\_\_ 28.06.09): Zu diesem Posten bringt die Klägerin vor, die 380-Volt-Steckdose auf der Rückseite des Pommes-Frites-Portionierers sei bei der Übernahme defekt gewesen. Die Reparatur sei am 16. Juni 2009 vorgenommen worden (act. 16 S. 38). Der Beklagte bestreitet, dass die Steckdose bei der Übergabe Ende April 2009 defekt gewesen sei (act. 20 S. 26). Zudem stellt er sich auf den Standpunkt, die Verkäufer hätten keine Gewähr geleistet für die Mängelfreiheit des Inventars resp. für die Behebung von Mängeln (act. 7 S. 9, 20 S. 26). Die Klägerin ist dagegen der Ansicht, dass im Rahmen des Kaufvertrages mitversprochen gewesen sei, dass alle Betriebseinrichtungen sich in einwandfreiem und einsatzbereitem Zustand befänden (act. 16 S. 21). Gemäss Franchisevertrag mit der G.\_\_\_\_ Miami müsse jeder Franchisenehmer obligatorisch eine Checkliste führen, in welcher mehrfach täglich zu bestätigen sei, dass

die einzelnen Betriebseinrichtungen entweder funktionieren oder ein entsprechender Reparatur- oder Ersatzauftrag erteilt sei. Diese Bestätigung habe der Franchisenehmer, der Restaurantmanager oder der Schichtführer unterschriftlich zu erbringen (act. 16 S. 21). Es verstehe sich von selbst, dass die Klägerin davon habe ausgehen dürfen, dass die Verkäufer die Auflagen des Franchisevertrages erfüllen (act. 16 S. 21).

Die Auffassung der Klägerin liefert keine Grundlage für einen Gewährleistungsanspruch. Denn der Vertrag enthält keine derartige Zusicherung, weder betreffend mängelfreie Betriebseinrichtung noch betreffend Einhaltung des Franchisevertrages mit G. \_\_\_\_\_ Miami. Die Parteien erklärten lediglich das Inventar der Betriebseinrichtungen als Anhang 3 zum integrierenden Bestandteil des Vertrages (Ziffer II.5.1 lit. g AKV). Dieses Inventar weist nur einen niedrigen Detaillierungsgrad auf. Es war nach dem Aktienkaufvertrag auf Vollständigkeit, nicht aber auf Mängelfreiheit zu prüfen. Der Franchisevertrag mit G. \_\_\_\_\_ Miami ist im Vertrag nur insofern erwähnt, als er als Bestandteil von Anhang 5 der Käuferin zu übergeben war (Ziffer II.5.1 lit. i AKV). Der Franchisevertrag mit G. \_\_\_\_\_ Miami oder die von der Klägerin angesprochenen Checklisten sind nicht Bestandteil des Vertrages. Ein anderer Inhalt lässt sich den erwähnten Bestimmungen entgegen der Ansicht der Klägerin (vgl. act. 16 S. 6) nicht entnehmen. Die Klägerin bringt vor, dass sie die Herstellung des franchisevertragsgemässen Zustandes noch vor Unterzeichnung des Vertrages verlangt hätte, wenn der geringste Anhaltspunkt bestanden hätte, dass das Restaurant nicht in franchisevertragsgemässen Zustand war (act. 16 S. 7). Damit räumt die Klägerin ein, dass zumindest sie nicht an derartige Mängel gedacht habe, weshalb auch eine stillschweigende oder konkludente Zusicherung nicht in Betracht kommt. Auch andere Anhaltspunkte für eine stillschweigende Zusicherung fehlen. Keinen derartigen Anhaltspunkt stellt insbesondere der von der Klägerin vorgebrachte Umstand dar, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer aufgrund ihrer Erfahrung den Inhalt des Franchisevertrages kennen (vgl. act. 16 S. 7).

Inwiefern Mängel, die dem Käufer unbekannt waren und die sich nachträglich herausstellen, einen Grundlagenirrtum über den Wert der gekauften Aktien begründen und den Käufer so zur Anfechtung wegen Willensmängel berechtigen

oder einen Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht begründen (act. 16 S. 7, 38), ist wie erwähnt weiter unten zu erörtern.

Nach dem Gesagten ist der Betrag für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

5.2.2.10. Betreffend CHF 929.00 (... AG); CHF 3'182.85 (... GmbH); CHF 182.25 (S. \_\_\_\_\_ 26.07.09); CHF 647.60 (...); CHF 236.80 (...); CHF 1'502.10 (... AG):

Auch das Vorliegen dieser weiteren Mängel ist im Einzelnen von der Klägerin dargelegt (act. 17 S. 39-41) und vom Beklagten bestritten (act. 20 S. 26-27). Ein Gewährleistungsanspruch besteht auch für diese Mängel nicht, weil die Mängel nicht den Kaufgegenstand betreffen und weil der Vertrag keine Zusicherungen für die Betriebseinrichtungen des Unternehmens enthält. Die Mängel sind allenfalls als Grundlagenirrtum über den Wert der Aktien oder im Rahmen einer vorvertraglichen Haftung zu entschädigen, worüber unten befunden wird, und für die vorliegende Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

5.2.2.11. Die unter diesem Titel geltend gemachten Beträge sind tabellarisch dargestellt wie folgt zu berücksichtigen:

Ziffer im Urteil	Geltend gemacht (CHF)	Anerkannt (CHF)	Begründet (CHF)	Verzicht (CHF)	Nicht begründet (CHF)
5.2.2.1.	261.60				261.60
5.2.2.2.	905.20	603.50		301.70	
5.2.2.3.	242.90	242.90			
5.2.2.4.	14'704.16	13'650.98	1'053.18		
5.2.2.5.	1'300.00				1'300.00
5.2.2.6.	1'100.00				1'100.00
5.2.2.7.	450.00				450.00
5.2.2.8.	1'435.75				1'435.75
5.2.2.9.	309.40				309.40
5.2.2.10.	929.00				929.00
5.2.2.10.	3'182.85				3'182.85
5.2.2.10.	182.25				182.25
5.2.2.10.	647.60				647.60
5.2.2.10.	236.80				236.80
5.2.2.10.	1'502.10				1'502.10
	<b>27'389.61</b>	<b>14'497.38</b>	<b>1'053.18</b>	<b>301.70</b>	<b>11'537.35</b>

5.2.2.12. Nach dem Gesagten ist unter dem Titel Nachtrag vom 24. September 2009 ein Gesamtbetrag von CHF 15'550.56 (CHF 14'497.38 plus CHF 1'053.18) zu berücksichtigen.

#### 5.2.3. Umgebungsarbeiten, CHF 2'500

Unter diesem Titel macht die Klägerin den Betrag von CHF 2'500 geltend (act. 3/2 S. 56). Der Betrag setzt sich nach den Ausführungen der Klägerin aus dem Lohn des Mitarbeiters ... für 120 Arbeitsstunden zusammen. So viele Stunden habe der Mitarbeiter für Umgebungsarbeiten aufwenden müssen, um den franchisevertragsgemässen Zustand herzustellen, insbesondere weil der Rasentrimmer defekt gewesen sei, der Rasenkegel zur Hauptstrasse seit Monaten nicht gemäht worden sei und die Gartenanlage über ein Jahr vernachlässigt worden sei (vgl. act. 3/2 S. 57, 17 S. 42-43). Der Beklagte weist darauf hin, dass die Mängel nicht substantiiert seien. Im Übrigen bestreitet er Mängel an der Umgebung des Restaurants, und weist darauf hin, dass das Mähen der Gartenanlage ab 1. Mai 2009 Sache der neuen Eigentümer gewesen sei (act. 7 S. 18, 20 S. 27).

Abgesehen davon, dass die Mängel der Restaurantsumgebung und der Aufwand für deren Behebung nicht hinreichend bestimmt behauptet sind und so über Mängel und Aufwand nicht Beweis abgenommen werden könnte, besteht für solche Mängel kein Gewährleistungsanspruch. Mängel der Restaurantsumgebung stellen keinen Mangel der Kaufsache dar, da bei einem Aktienkaufvertrag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die veräusserten Rechte und nicht das Unternehmen Gegenstand der Sachgewährleistung sind (BGE 107 II 419, Erw. 1). Eine Zusicherung für den Zustand der Restaurantsumgebung ist dem Kaufvertrag nicht zu entnehmen. Die oben im Zusammenhang mit der Betriebseinrichtung angeführte Begründung trifft sinngemäss auch auf die Umgebung zu. Aus diesen Gründen ist der Betrag für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

#### 5.2.4. Weitere Mehrkosten für elektrische Installation (Nachtrag vom 31. August 2009)

Mit Schreiben vom 31. August 2009 (act. 3/3/28-29) machte die Klägerin weitere Mängel geltend. Diese Mängel macht die Klägerin im Prozess unter dem Titel "Nachtrag vom 31. August 2009, weitere Mehrkosten für elektrische Installation" geltend (act. 3/2 S. 56). Sie führt für diese Mängel den Betrag von CHF 8'054.90 an. Dabei handelt es sich um den Aufwand für zwei Rechnungen der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich vom 21. September 2009 über CHF 7'294.60 bzw. über CHF 760.30 (act. 3/3/26/1-2). Nach den Ausführungen der Klägerin ging es dabei um die Instandstellung von Mängeln (act. 16 S. 41). Allerdings steht der Klägerin ein Gewährleistungsanspruch in diesem Zusammenhang nicht zu, weil allfällige Mängel nicht die Kaufsache betreffen und weil die Verkäufer wie oben dargelegt keine Zusicherungen betreffend Betriebseinrichtung machten. Demnach ist der Betrag für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

5.2.5. Guthaben J. \_\_\_\_\_ gemäss Rechnung vom 2. Juni 2010 und gemäss Prämienerrechnung vom 2. Mai 2010

Unter diesem Titel führt die Klägerin die Beträge von CHF 192.40 und CHF 1'606.70 an. Sie bringt sinngemäss vor, dass es sich dabei um Aufwand für die Periode bis 31. April 2009 resp. für das Jahr 2008 handle, der aufgrund von Rechenfehlern, falschen Angaben oder nachträglichen Veränderungen erst später in Rechnung gestellt worden sei (vgl. act. 3/2 S. 27-28, act. 16 S. 43). Der Beklagte bestreitet den Sachverhalt nicht, erhebt aber Verjährungseinrede unter Verweis auf Ziffer II.9.6 AKV (act. 7 S. 18).

Gemäss Ziffer II.9.6 Satz 1 AKV verjähren die Ansprüche der Verkäuferin innerhalb von 12 Monaten nach Unterzeichnung des Vertrages. Davon ausgenommen sind, gemäss Satz 2 der Bestimmung, allfällige Nachforderungen von Mehrwertsteuer und Sozialversicherungsabgaben. Der Kaufvertrag wurde am 27. April 2009 unterzeichnet, weshalb die geltend gemachten Ansprüche am 27. April 2010 verjährten. Was die Klägerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Es handelt sich bei den Prämien an eine private Taggeldversicherung nicht um Sozialversicherungsabgaben, weshalb der Anspruch nach einem Jahr gemäss Satz 1 und nicht innert der längeren Frist gemäss Satz 2 verjährt. Abreden über die Verkürzung oder Erstreckung der Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 1 aOR sind zulässig

(Basler Kommentar-HONSELL, a.a.O., N 5 zu Art. 210), weshalb die Bestimmung entgegen der Ansicht der Klägerin nicht wichtig ist. Die Verjährung begann mit Unterzeichnung des Vertrages am 27. April 2009 zu laufen und nicht erst am 1. Juni 2010, als J. \_\_\_\_\_ den Fehler schriftlich meldete. Die Verjährung im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht bezweckt, den Verkäufer von der Unsicherheit unbekannter Mängel und dem damit zusammenhängenden Risiko der Gewährleistung nach Ablauf einer gewissen Zeit zu entlasten. Im vorliegenden Fall legten die Parteien diese Zeitspanne für den Regelfall mit einem Jahr fest. Diesen Zweck verkennt, wer einwendet, dass die Rüge- und Verjährungsfrist erst mit Kenntnis der Klägerin zu laufen begonnen habe (vgl. act. 16 S. 43). Mit der E-Mail vom 31. März 2010, auf die sich die Klägerin beruft (act. 16 S. 43), liess sich die Verjährung nicht unterbrechen (vgl. Art. 135 OR). Demnach sind die genannten Beträge wegen Verjährung nicht zu berücksichtigen.

#### 5.2.6. Deckungsbeitrag über CHF 110'000

Eventualiter, "für den Fall dass die Klägerin mit ihrer Begründung in einen oder anderen Fall nicht durchkommen sollte", begründet die Klägerin ihren Anspruch mit einem entgangenen Deckungsbeitrag in der Höhe von CHF 110'000 (act. 3/2 S. 54-55). Nach der Darstellung der Klägerin müsse vermutet werden, dass die Verkäufer bereits zur Zeit der Vertragsverhandlungen darüber informiert gewesen seien, dass die ...strasse, an welcher das Restaurant liege, in der Zeit vom 17. August 2009 bis 27. September 2009 wegen Strassensanierungsarbeiten während vier Wochen nur einseitig befahrbar und während zwei Wochen vollständig gesperrt sein würde (act. 3/2 S. 54). Sie veranschlage die damit verbundene Umsatzeinbusse mit CHF 260'000, wovon der Deckungsbeitrag CHF 109'585.75 ausmache (act. 3/2 S. 54). Diese Beträge werden offenbar aus der Tabelle gemäss S. 55 gewonnen, wo der Wochenumsatz der Jahre 2008 und 2009 gegenübergestellt werden. Der Beklagte bestritt in der Klageantwort, dass die Verkäufer von den geplanten Sanierungsarbeiten schon während den Vertragsverhandlungen Kenntnis gehabt hätten, und bringt vor, die Anwohner seien erst am 18. Mai 2009 über die bevorstehenden Arbeiten informiert worden (act. 7 S. 46). Überdies bestritt er die Höhe der Umsatzeinbusse und des Deckungsbei-

trages (act. 7 S. 47). Die Klägerin liess hierzu in der Replik keine weiteren Ausführungen machen.

Ein derartiger Anspruch liesse sich auf Ziffer II.8.2 Punkt 8 AKV stützen. Darin sichert der Beklagte zu, dass seit Abschluss der Bilanz 2008 keine ausserordentlichen Vorfälle eingetreten sind, welche sich negativ auf die Geschäfte der D. \_\_\_\_\_ Ltd auswirken könnten. Die Vorbringen der Klägerin sind jedoch zu vage, als dass sich mit ihnen ein Anspruch schlüssig begründen liesse. Es reicht bei der dargestellten Behauptungslage nicht aus, Vermutungen über das Wissen des Beklagten anzustellen. Sie legt nicht dar, wie der Beklagte schon vor dem 18. Mai 2009, dem Tag der Medienmitteilung der Baudirektion des Kantons Zürich (vgl. act. 7 S. 46 sowie act. 8/23), Kenntnis vom Projekt hätte haben sollen. Überdies legt sie nicht dar, inwiefern Kenntnisse über eine bevorstehende Strassensanierung einen ausserordentlichen Vorfall im Sinne von Ziffer II.8.2 Punkt 8 AKV darstellen oder welche Folgen entsprechende Kenntnisse für die Vertragsverhandlungen gezeitigt hätten. Sodann fehlen Behauptungen zur Frage der Kausalität zwischen einer allfälligen Strassensanierung und der Höhe der Umsatzeinbusse und des Deckungsbeitrages, namentlich eine Begründung, warum der Vergleich mit den Vorjahreszahlen in diesem konkreten Fall eine hinreichend sichere Grundlage für eine Schadensberechnung oder eine allfällige Schätzung sein soll.

Aus diesen Gründen sind Ansprüche der Klägerin im Zusammenhang mit einer allfälligen Strassensperrung abzuweisen. Der Betrag ist für die Abrechnung nicht zu berücksichtigen.

#### 5.2.7. Gewährleistung für den wirtschaftlichen Wert der Anteilsrechte?

Die Klägerin macht verschiedentlich geltend, der Beklagte habe mit dem Kaufvertrag einen Gewinn für die ersten vier Monate 2009 zugesichert (zum Beispiel act. 16 S. 13, 53 und 77). Sie begründet dies mit Ziffer II.6.3 AKV, Ziffer II.6.4 AKV und mit der Zustellung der Monats- und Zwischenabschlüsse, mit denen stets ein höherer Gewinn in Aussicht gestellt worden sei.

Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich dem Kaufvertrag indessen keine derartige Zusicherung entnehmen. In Ziffer II.6.3 AKV ist festgelegt, dass die Zwischenbilanz für bestimmte Positionen des Umlaufvermögens Mindestwerte aufweisen muss (Tresor CHF 12'000, Warenlager CHF 60'000, Kautions/Depot CHF 34'842, Transitorische Aktiven CHF 20'000) und für bestimmte Positionen des Fremdkapitals Höchstwerte nicht überschreiten darf (Kreditoren CHF 120'000, Transitorische Passiven CHF 25'000, Bankverbindlichkeiten ZKB fester Vorschuss CHF 200'000). Die Aufzählung der Bilanzposten ist gemäss Ziffer II.6.3 AKV nicht abschliessend, was angesichts der offensichtlich fehlenden Posten auch gar nicht anders sein kann. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Klägerin daraus die Zusicherung eines Gewinns ableitet (vgl. act. 16 S. 24). Ziffer II.6.4 AKV sodann enthält lediglich eine Regelung zur Bezahlung der Mehrwertsteuer-Verbindlichkeiten, die aus dem laufenden Gewinn oder aus flüssigen Mitteln, die auf der Aktivseite bereitzustellen sind, erfolgen soll. Eine Zusicherung eines Gewinns liegt darin nicht. Die Monatsabschlüsse sind nicht Bestandteil des Vertrages und enthielten ohnehin keine entsprechende Zusicherung.

Soweit die Klägerin unter diesem Titel Ansprüche geltend macht, sind sie nicht begründet.

#### 5.2.8. Zusammenfassung der Ansprüche aus Gewährleistung

Insgesamt sind die Ansprüche der Klägerin unter dem Titel der Gewährleistung im Betrag von CHF 229'868.83 begründet. Davon ist der Betrag von CHF 157'724.51 anerkannt.

#### 5.3. Weitergehende Minderung durch Teilanfechtung?

Es stellt sich die Frage, ob die Klägerin eine weitergehende Reduktion des Kaufpreises erreichen kann, als durch die bis hierhin behandelte Gewährleistung, zu der der Beklagte aufgrund der Zusicherungen im Kaufvertrag verpflichtet ist.

5.3.1. Zur Beantwortung ist noch einmal die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Erinnerung zu rufen, wonach die Sachgewährleistung beim Aktienkaufvertrag grundsätzlich nur die verbrieften Anteilsrechte betrifft (BGE 107 II 419, Erw. 1).

Ansonsten kommt eine Gewährleistung nur für zugesicherte Eigenschaften in Betracht, wie sie für den vorliegenden Fall oben behandelt wurde. Generell hat der Käufer nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Wahl, ob er bei sachlich mangelhafter Erfüllung durch den Verkäufer gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne der Art. 23 ff. OR anfechten will (BGE 127 III 83, Erw. 1b; BGE 108 II 102, Erw. 2a; Entscheidung des BGer vom 1. Mai 2009, 4A\_42/2009, Erw. 6.3). Dabei hat sich der Käufer aber bei seinem Entschluss für einen der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe behaften zu lassen (vgl. BGE 108 II 102, Erw. 2a). Entscheidet er sich insbesondere für die Gewährleistung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt (BGE 127 III 83, Erw. 1b). Möglicherweise wäre es zulässig, im Hauptstandpunkt den Vertrag wegen Willensmängeln anzufechten und eventualiter Gewährleistung zu verlangen (vgl. BGE 83 II 300, Erw. 1). Dies braucht jedoch nicht näher erörtert zu werden, denn die Klägerin verlangt ausdrücklich Minderung im Sinne von Art. 205 OR (act. 3/2 S. 21, S. 64). Sie begründet die eingeklagte Forderung mit einer tabellarischen Aufstellung, in der die behaupteten Mängel aufgelistet sind und aus der sich die geltend gemachten Minderungsansprüche bezüglich der einzelnen Mängel ergeben (act. 3/2 S. 56). Mit diesen Ausführungen hat sich die Klägerin für den Rechtsbehelf der Sachgewährleistung entschieden. Damit hat sie den Vertrag genehmigt. Soweit die Klägerin mit ihren Ausführungen zusätzlich einen Anspruch wegen Anfechtung geltend macht, ist die Klage schon aus diesem Grund abzuweisen.

5.3.2. Überdies ist eine weitere Anpassung des Kaufpreises - dies sei im Sinne einer Eventualbegründung angeführt - aus den folgenden Gründen ausgeschlossen:

5.3.2.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei Irrtum und Täuschung eine Teilanfechtung analog den Regeln zur modifizierten Teilnichtigkeit möglich (BGE 116 II 687, Erw. 2b.aa, BGE 107 II 419, Erw. 3). Eine Teilanfechtung ist nach sinngemäßem Verständnis von Art. 20 Abs. 2 OR möglich, wenn ein Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages betrifft und nicht anzunehmen ist,

dass der Vertrag nach dem hypothetischen Parteiwillen ohne die mangelhaften Teile überhaupt abgeschlossen worden wäre. In diesem Fall erfolgt eine Herabsetzung des Kaufpreises auf den Preis, der dem hypothetischen Parteiwillen entspricht (VISCHER, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 97/2001, 361 ff., 367). Der hypothetische Parteiwille bestimmt sich danach, was die Parteien als vernünftig und korrekt - nach Treu und Glauben - handelnde Vertragspartner unter Berücksichtigung der damaligen Umstände und Interessenlage vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des mangelhaften Teils schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, N 700). Dieser Rechtsfolge entspricht auch die Regelung im Vertrag, vgl. Ziffer II.13.5 AKV.

Es steht fest, dass das vorliegende Unternehmen anhand des zukünftig zu erwartenden Ertrages bewertet wurde (act. 16 S. 46, 50, act. 7 S. 21: "Umsatz"). Der zu erwartende Ertrag ist eine zukünftige Tatsache, über die kein Irrtum und keine Täuschung möglich sind (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 795 ff.). Es ist unbestritten und ist auch dem Vertrag zu entnehmen (Ziffer II.2.1 Satz 2 AKV), dass die Parteien zur Schätzung des zukünftigen Ertrages unter anderem auf den Jahresabschluss 2008 abstellten. Dieser Aspekt ist grundsätzlich irrtumsfähig. Daneben waren im vorliegenden Fall noch weitere Grundlagen massgeblich für die Ermittlung des Kaufpreises: Die Klägerin führt aus, der Jahresgewinn stelle nur eine der massgeblichen Grundlagen dar (act. 3/2 S. 13, vgl. auch S. 14). Nach ihren Ausführungen stellte sie zusätzlich Berechnungen an, in denen offenbar auch die Monatsabschlüsse des Jahres 2009 (vgl. act. 3/2 S. 14), der "Geschäftsgang" der Vorjahre (vgl. act. 3/2 S. 11) und der EBITDA 2008 (vgl. act. 3/2 S. 11) eine Rolle spielten. Sie erwähnt auch, dass die G.\_\_\_\_\_ GmbH, München, als Richtlinie zur Bestimmung des Unternehmenswertes bei einem Handwechsel eines G.\_\_\_\_\_ Restaurants in Europa den fünffachen EBITDA angibt. Die Angabe sei zwar nicht verbindlich, aber es sei für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen stets die Zustimmung der G.\_\_\_\_\_ GmbH, München, einzuholen (act. 3/2 S. 12). Weiter räumt die Klägerin im Zusammenhang mit den Übernahmeverhandlungen ein, dass sie die Eröffnung eines weiteren G.\_\_\_\_\_ Restaurants im nahe gelegenen Volketswil vorangetrieben habe (act. 16 S. 45). Dies deckt sich mit den

Ausführungen des Beklagten, der als massgebliche Grundlagen die Erfolgsrechnung des Jahres 2007 (act. 7 S. 22), den EBITDA (act. 7 S. 22), das anzuwendende EBITDA Multiple (act. 7 S. 21) und eine eigene Kostenberechnung der Klägerin anhand einer angemessenen Kostenstruktur (Warenaufwand 31.5%, Personalaufwand 30%; act. 7 S. 21, 22) nennt. Er verweist insbesondere auf eine E-Mail von T.\_\_\_\_\_ vom 7. Februar 2009, in dem die Klägerin mit einer selber bereinigten Erfolgsrechnung, einem EBITDA Multiple von drei und weiteren positiven und negativen Faktoren, u.a. einer erwarteten Umsatzverschiebung zwischen den Standorten Volketswil und Wetzikon rechnet (act. 7 S. 21-22, act. 8/10).

Dass die Parteien für die Ermittlung des Unternehmenswertes neben der Jahresrechnung 2008 auf weitere Grundlagen abstützten, war unumgänglich, denn die Jahresrechnung wies erhebliche Unwägbarkeiten auf. Sie lag zunächst nur in provisorischer Form vor und musste erst bereinigt werden, weil die Verkäufer noch zwei weitere G.\_\_\_\_\_ Restaurants betrieben, die defizitär waren, und die Verkäufer einen Teil dieses Aufwandes der D.\_\_\_\_\_ Ltd belasteten (act. 3/2 S. 12, act. 7 S. 23). Ob diese Bereinigung vollständig erfolgte, konnte die Klägerin nur beschränkt kontrollieren (act. 3/2 S. 14). Überdies war die D.\_\_\_\_\_ Ltd in finanzieller Schieflage, wovon die Klägerin aufgrund der früheren Jahresrechnungen, aufgrund der hohen Aktionärsdarlehen und aufgrund der Tatsache, dass die D.\_\_\_\_\_ Ltd von der Abteilung Spezialfinanzierung der ZKB betreut wurde, Kenntnis haben musste (vgl. act. 3/2 S. 8).

Angesichts der erheblichen Unwägbarkeiten der Jahresrechnung 2008 und angesichts der weiteren Grundlagen, auf die die Parteien abstützten, entspräche eine rein objektive Bewertung, wie sie die Klägerin verlangt (act. 3/2 S. 65), nicht dem hypothetischen Parteiwillen. Eine Neubewertung nach dem hypothetischen Parteiwillen dürfte die Jahresrechnung nur als einen Faktor neben den weiteren Grundlagen berücksichtigen. Zu diesen weiteren Grundlagen fehlen aber hinreichende Behauptungen, sowohl zum Gewicht der einzelnen Faktoren als auch zu deren Inhalt. Nicht hinreichend sind insbesondere die Berechnungen der Klägerin, bei denen sie auf einen korrigierten Jahresgewinn 2008 und einen Kapitalisierungszinsfuss von 13.2% abstellt (act. 16 S. 60, S. 78), weil die Jahresrechnung

2008 nicht allein massgeblich war und ist. Überdies wäre es nicht opportun, auf die Jahresrechnung 2009 abzustellen (vgl. aber act. 16 S. 78), da sie den Parteien bei Vertragsschluss nicht bekannt war. Fraglich ist zudem, ob der hypothetische Parteiwillen anhand der von der Klägerin immer wieder genannten Monatsabschlüsse zu ermitteln wäre. Monats- und andere gewöhnliche Zwischenabschlüsse unterliegen nicht den gesetzlichen Anforderungen an einen Jahresabschluss (vgl. Art. 662 ff., 958 ff. OR). Die vorgelegten Abschlüsse wurden nicht von der Revisionsstelle geprüft. Es handelt sich um Auszüge aus der Buchhaltung, von denen nur der Ersteller wissen kann, wie sorgfältig sie erstellt wurden. Es ist stets möglich, dass sie ein Bild der Gesellschaft darstellen, das in puncto Vollständigkeit, Vorsicht und Stetigkeit nicht an den Standard heranreicht, den Art. 662a OR für die Jahresrechnung vorschreibt. Es liegt in der Natur von monatlichen Abschlüssen, dass sie namentlich betreffend ausserordentlichen Aufwand und Ertrag unsicher sind und dass schon ein einzelnes Ereignis das Geschäftsergebnis umkehren kann. Dieser Umstand ist Geschäftsleuten bekannt und er musste auch der Klägerin bekannt sein. Es ist daher schon fraglich, ob ein in den fraglichen Abschlüssen "ausgewiesener" Monats- oder Year-to-Date-Gewinn überhaupt eine Tatsache darstellt, über die ein Irrtum möglich wäre. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass die Parteien als vernünftig und korrekt handelnde Vertragspartner nicht massgeblich auf die Monatsabschlüsse abgestellt hätten.

Aus diesen Gründen liesse sich der hypothetische Parteiwille nicht ermitteln, weshalb ein Anspruch wegen Willensmängeln auch deswegen abzuweisen wäre.

5.3.2.2. Und selbst wenn der hypothetische Parteiwillen ermittelt werden könnte (oder auf eine objektive Bewertung abgestellt werden könnte), drängte sich die weitere Überlegung auf, dass ein wesentlicher Irrtum, soweit sich dies überhaupt beurteilen liesse, gar nicht vorläge. Nach Art. 23 OR berechtigt nur der wesentliche Irrtum zur Anfechtung. Nicht wesentlich braucht der Irrtum zu sein, der durch eine Täuschung erregt wird (Art. 28 Abs. 1 OR). Dass eine Täuschung vorläge, lässt sich aufgrund des vorgebrachten Sachverhaltes jedoch nicht feststellen, denn die Klägerin zeigt nicht auf, welche Buchungen in den fraglichen Monatsabschlüssen fehlerhaft waren, welche Urkunden gefälscht worden sein sollen oder

inwiefern dem Beklagten oder einer seiner Hilfspersonen bezüglich dieser Handlungen Täuschungsabsicht nachzuweisen wäre. Als wesentlich gilt der Grundlagenerrrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Ein Grundlagenerrrtum liegt vor, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betrifft, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage betrachtet werden durfte.

Im vorliegenden Fall steht ein Irrtum über das Jahresergebnis 2008 im Raum: Nach der Darstellung der Klägerin müsste der ausgewiesene Reingewinn von CHF 103'665.64 um den Betrag von rund CHF 38'740.00 auf einen tatsächlichen Reingewinn von CHF 64'925.00 korrigiert werden (act. 16 S. 60, vgl. auch act. 3/2 S. 21-22). Begründet wird die Korrektur mit falsch abgegrenztem Aufwand (act. 3/2 S. 21-28). Für bestimmte Posten des falsch abgegrenzten Aufwandes stehen der Klägerin Ansprüche aus Gewährleistung (aus Ziffer II.6.3 oder II.9.3 AKV) im Gesamtbetrag von CHF 12'156.15 zu (CHF 2'769.35 Personalaufwand K.\_\_\_\_\_, CHF 5'380.00 L.\_\_\_\_\_, CHF 1'907.55 M.\_\_\_\_\_, CHF 1'300.00 N.\_\_\_\_\_, CHF 771.25 Durchlaufkonto Löhne). Insofern erhält die Klägerin bereits eine Entschädigung, die auf eine Kaufpreisanpassung hinausläuft. Diese Entschädigung ist bei der Frage, ob sich eine weitere Abweichung von der vertraglich geschuldeten Leistung ausmachen lässt, zu berücksichtigen (vgl. Entscheid des BGer vom 1. Mai 2009, 4A\_42/2009, Erw. 5). Was bleibt, sind (behauptete) falsche Abgrenzungen zulasten der Jahresrechnung 2009 im Betrag von CHF 26'576.80. Dieser Betrag ist indes nicht aussagekräftig: Für ein objektives Periodenergebnis müssten auch die Abgrenzungen zu Periodenbeginn (31.12.2007/01.01.2008) berücksichtigt werden. Hierzu macht die Klägerin keine Angaben. Ohne diese Angaben lässt sich nicht feststellen, ob ein wesentlicher Irrtum vorliegt.

Selbst wenn dieser (mehrheitlich bestrittene) Aufwand zulasten des Jahresergebnisses 2008 hätte abgegrenzt werden müssen und das Jahresergebnis bei korrekter Abgrenzung zu Beginn und am Ende der Periode um den geltend gemachten Betrag tiefer ausfiele, würde der allfällige Irrtum über die falschen Abgrenzungen in dieser Grössenordnung keinen wesentlichen Irrtum darstellen. Der Betrag macht rund 10% des EBITDA 2008 oder 25% des Reingewinns 2008 aus. Das könnte bei einer Unternehmensbewertung anhand eines EBITDA Multiples oder

des Ertragswertes im Allgemeinen eine Korrektur rechtfertigen. Im vorliegenden Fall indessen stellte die Jahresrechnung 2008 nur einen Aspekt neben anderen dar für die Ermittlung des Kaufpreises. Überdies rechneten die Parteien mit den bereits erwähnten bilanzmässigen Unwägbarkeiten, was sich auch am Umstand zeigt, dass sie im Rahmen der vertraglichen Gewährleistungsordnung Mindest- bzw. Höchstwerte auf bestimmten Posten des Umlaufvermögens bzw. des Fremdkapitals vereinbarten (Ziffer II.6.3 AKV). Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Parteien gewisse bilanzmässige Abweichungen nicht für ausgeschlossen hielten. Zumindest durften sie nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht davon ausgehen, dass derartige Abweichungen ausgeschlossen sind.

Im Raum steht zudem ein Irrtum über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft im Verlaufe des Jahres 2009 aufgrund der ausgehändigten Monats- und Zwischenabschlüsse. Die Klägerin macht geltend, aus den ständig zugesandten Monats- und Zwischenabschlüssen sei ersichtlich, dass die Verkäufer der Klägerin stets einen grösseren Gewinn für die ersten vier Monate 2009 in Aussicht stellten (act. 16 S. 77). Dadurch hätten die Verkäufer die Klägerin in die Irre geführt, denn die gerechtfertigten Abgrenzungen könnten in einem derartigen Geschäft, das tagesfertig geführt und abgerechnet werde, keinen massgeblichen Einfluss auf den Gewinn haben (act. 16 S. 77). Die Begründung der Klägerin ist nicht schlüssig. Wie ihre eigene Darstellung des Sachverhaltes zeigt, betreffen die falschen Abgrenzungen gerade nicht jenen Bereich des Unternehmens, der "tagesfertig" abgerechnet werden könnte (Waren, Personal), sondern zu einem überwiegenden Teil andere, ausserordentliche Aufwendungen. Oben wurde bereits ausgeführt, dass Monats- und Zwischenabschlüsse im Allgemeinen mit besonderer Vorsicht zu interpretieren sind und dass die Parteien dies wissen mussten. Warum die vorliegenden Monats- und Zwischenabschlüsse besonders verlässlich sein sollten, ist nicht dargetan. Die Parteien durften sich für die Kaufpreisermittlung nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht auf die Richtigkeit der Monats- und Zwischenabschlüsse verlassen. Sie mussten sich bewusst sein, dass die damit ausgewiesenen Ergebnisse ungenau sein können, und durften deswegen nicht unbelesen auf diese Ergebnisse abstellen.

Sodann vermöchten auch die geltend gemachten Mängel an der Betriebseinrichtung und an der Umgebung keine Anfechtung wegen Willensmängeln rechtfertigen. Es steht fest, dass der Unternehmenswert nicht anhand der Substanz ermittelt wurde (vgl. act. 16 S. 46, 50; act. 7 S. 21, sowie oben 5.3.2.1). Inwiefern derartige Mängel den Wert der verkauften Anteilsrechte beeinflussen, ist nicht dargetan.

5.3.3. Demnach ist neben den bereits beurteilten Gewährleistungsansprüchen ein weiterer Anspruch, der im Ergebnis zu einem tieferen Kaufpreis führen würde, diesmal aus Anfechtung wegen Willensmängeln, nicht begründet, weil die Klägerin Gewährleistung verlangt und den allenfalls mangelhaften Vertrag damit genehmigte. Ohnehin liesse sich der hypothetische Parteiwille, nach dem der Kaufpreis im Falle von Willensmängeln herabzusetzen wäre, nicht bestimmen. Zudem wären allfällige Willensmängel über die falschen Abgrenzungen, über die wirtschaftliche Lage der D. \_\_\_\_\_ Ltd in den ersten Monaten des Jahres 2009 und über die Mängel an der Betriebseinrichtung nicht wesentlich, sodass eine Anfechtung auch aus diesem Grund erfolglos bliebe.

#### 5.4. Weitergehende Ansprüche aus Schlechterfüllung?

Die Rechtsbehelfe wegen nichtgehöriger Erfüllung (Art. 97 OR) stehen neben der Sachgewährleistung konkurrierend zur Verfügung, wenn der Käufer hierbei die Obliegenheiten der kaufrechtlichen Gewährleistung erfüllt. Die Klägerin macht mit der Replik verschiedentlich geltend, dass ihr ein Schadenersatzanspruch zustehe, namentlich weil für die Mängel an der Betriebseinrichtung keine Rückstellungen gebildet wurden (act. 16 S. 10) und weil die Jahresrechnung nur provisorisch revidiert worden sei (act. 16 S. 12). Die Klägerin zeigt nicht auf, inwiefern der Beklagte im Zusammenhang mit der Betriebseinrichtung hätte Rückstellungen vornehmen müssen und inwiefern er dadurch den Kaufvertrag verletzte. Eine derartige Pflicht ist aus dem Kaufvertrag auch nicht ersichtlich. Dass die Jahresrechnung 2008 möglicherweise lediglich provisorisch revidiert wurde, was letztlich offen bleiben kann, wurde von der Klägerin nach dem oben Ausgeführten (vgl. oben Ziffer 4.3) genehmigt. Im Übrigen ist der Schaden, der aus einer bloss provisorisch revidierten Jahresrechnung entstanden wäre, nicht dargetan. Aus diesen

Gründen erübrigen sich weitere Überlegungen zu einem derartigen Schadenersatzanspruch.

#### 5.5. Weitergehende Ansprüche aus Verletzung vorvertraglicher Auskunftspflichten?

Die Klägerin begründet ihre Ansprüche bei verschiedenen Sachverhalten auch damit, dass der Beklagte Treu und Glauben verletzt habe. So bringt sie zum Beispiel im Zusammenhang mit den Mängeln an der Betriebseinrichtung und an der Umgebung vor, der Beklagte habe seine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt, weil er sie nicht darüber informiert habe, dass der Franchisevertrag mit G.\_\_\_\_\_ Miami nicht eingehalten sei (act. 16 S. 11, S. 21, S. 38, S. 68, S. 79). Im Zusammenhang mit den Monatsabschlüssen bringt sie vor, dass sich der Beklagte einer *culpa in contrahendo* schuldig gemacht habe, wenn man die Zwischenergebnisse der Monatsabschlüsse mit dem Ergebnis der Zwischenbilanz per 30. April 2009 vergleiche (act. 16 S. 14, vgl. auch S. 53 und S. 62).

Eine Haftung aus *culpa in contrahendo* ist indes ausgeschlossen, da der Aktienkaufvertrag zustande kam und vollzogen wurde. Die Klägerin macht sogar Ansprüche aus diesem Vertrag geltend. Die Haftung aus culpa in contrahendo steht bei vertragslosem Zustand (zum Beispiel weil er wegen Unmöglichkeit dahinfällt oder in treuwidriger Weise nicht abgeschlossen wird, nachdem Vertragsverhandlungen geführt wurden) zur Verfügung (vgl. Basler Kommentar-BUCHER, 5. Aufl. 2011, N 81 ff. zu Art. 1 OR), grundsätzlich aber nicht in Fällen, in denen ein Vertrag zustande gekommen ist und gleichzeitig Ansprüche aus diesem Vertrag geltend gemacht werden. Überdies wäre im Rahmen der culpa-Haftung nur der Vertrauensschaden und damit das negative Interesse zu ersetzen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 966), was bei einem vollzogenen Kaufvertrag kaum schlüssig dargestellt werden kann. Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang als Schaden den Verlust der Monate Januar bis April 2009 (CHF 84'815.14) und die für diese Periode in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer (26'925.95) geltend (act. 16 S. 77). Damit kalkuliert sie auf Basis des zustande gekommenen Vertrages unter der Annahme, dass aufgrund der (nach ihrer Ansicht fehlerhaften) Monatsabschlüsse zumindest eine schwarze Null für die ersten vier Monate 2009 verspro-

chen gewesen sei. Damit verlangt sie das Erfüllungsinteresse (vgl. act. 16 S. 62), das ihr aufgrund einer culpa-Haftung nicht zusteht.

#### 5.6. Zahlungen an die Klägerin

Die Klägerin räumt ein, dass sie von den Verkäufern bereits Zahlungen im Umfang von CHF 137'353.50 (CHF 100'000 ab Sperrkonto per 28. September 2009, CHF 37'353.50 vom Beklagten per 30. Juni 2009) erhalten habe (act. 16 S. 71). Zudem lässt sie sich Zahlungen Dritter im Betrag von CHF 17'151.03 auf die Klage anrechnen (act. 16 S. 71, vgl. act. 18/32). Überdies anerkennt die Klägerin, dass sie dem Beklagten und dem Streitberufenen noch den Betrag von CHF 75'000 aus der Abtretung der Forderung gegen F.\_\_\_\_\_ schuldet. Im Mehrbetrag ist diese Position Gegenstand der Widerklage und wird dort erörtert. Der Beklagte macht keine weiteren Zahlungen geltend (vgl. act. 20 S. 10). Deswegen sind die als begründet erkannten Ansprüche der Klägerin (CHF 229'868.83) um den Betrag von CHF 229'504.53 zu reduzieren.

#### 5.7. Zins

Die Klägerin verlangt Verzugszins von 6% auf CHF 200'000 seit dem 20. Juni 2009 sowie 6% auf der Restforderung seit dem 4. Juli 2009 (Replik Rechtsbegehren Ziffer 1). Den Zinssatz von 6% begründet sie damit, dass sie sich zu diesem Zinssatz refinanzieren (act. 3/2 S. 62), was der Beklagte bestreitet (act. 7 S. 50). Da die Klägerin in der Replik hierzu nichts weiter ausführte, ist vom gesetzlichen Zinssatz von 5% auszugehen (Art. 73 Abs. 1 OR). Angesichts der anerkannten Zahlungen im Betrag von CHF 229'504.53 ist für die Restschuld in Anwendung von Art. 86 Abs. 1 OR vom späteren Fälligkeitstermin, dem 4. Juli 2009, auszugehen. Demnach hat die Klägerin Anspruch auf 5% Zins auf der Restschuld seit 4. Juli 2009.

#### 5.8. Ergebnis Hauptklage

Damit ist die Klage im Betrag von CHF 364.30 zuzüglich Zins von 5% seit 4. Juli 2009 begründet, nicht aber im Mehrbetrag.

6. Widerklage (Rechtsbegehren Widerklagereplik Ziff. 2)

6.1. Der Beklagte und Widerkläger begründet die Widerklage damit, dass sich die Klägerin und Widerbeklagte in Ziffer II.10.3 AKV verpflichtet habe, die Forderung der D.\_\_\_\_\_ Ltd gegenüber der Grundeigentümerin F.\_\_\_\_\_ unwiderruflich und vollumfänglich an die Verkäufer (Widerkläger und Streitberufenen) abzutreten und "bei Zahlungseingang bei der D.\_\_\_\_\_ Ltd diesen innerhalb von 5 Tagen an C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ je hälftig auszubezahlen." Da die Klägerin diese Pflicht gemäss Kaufvertrag nicht eingehalten habe, schulde sie den Verkäufern je die Hälfte des Betrages zuzüglich Zins. Überdies begründet der Widerkläger die Widerklage damit, dass die Klägerin und Widerbeklagte zugebe, dass sie den Verkäufern (Widerkläger und Streitberufener) gestützt auf Ziffer II.10.3 AKV den Betrag von zumindest CHF 75'000 schulde (act. 7 S. 49).

6.2. In der Tat hatte die Klägerin und Widerbeklagte in der Klagebegründung ausgeführt, der D.\_\_\_\_\_ Ltd habe eine Forderung gegen F.\_\_\_\_\_ aus einem Bauvertragsvertrag zugestanden. Die Verkäufer hätten ihr versichert, dass die Forderung CHF 75'000 betrage. Um das Risiko der Einbringlichkeit nicht zu tragen, habe sie die Forderung gegen Anrechnung von CHF 75'000 auf den Kaufpreis an die Verkäufer abgetreten. Da F.\_\_\_\_\_ die Schuld beglichen habe, sei die Klägerin bereit, ihre Forderung um CHF 75'000 zu reduzieren (act. 3/2 S. 61). In der Widerklageantwort räumte die Klägerin und Widerbeklagte ein, dass die D.\_\_\_\_\_ Ltd von F.\_\_\_\_\_ zur Erfüllung der Forderung am 19. April 2012 den Betrag von CHF 140'702.60 erhalten habe (act. 16 S. 3). Auf die Differenz von CHF 65'702.60 habe der Widerkläger indessen keinen Anspruch, weil die Parteien irrtümlich davon ausgegangen seien, die Forderung belaufe sich auf CHF 75'000 (act. 16 S. 72). Hätte man gewusst, dass die Forderung höher gewesen sei, so hätte man den richtigen Forderungsbetrag am Kaufpreis in Abzug gebracht (act. 16 S. 73).

6.3. Unbestritten ist damit, dass die Klägerin und Widerbeklagte von F.\_\_\_\_\_ zur Erfüllung dieser Forderung den Betrag von CHF 140'702.60 erhalten hat (act. 20 S. 36 Rz. 154, act. 16 S. 3). Die Klägerin und Widerbeklagte anerkennt eine Zah-

lungspflicht im Grundsatz (act. 3/2 S. 60-61). Sie bestreitet indessen die Höhe der Zahlungspflicht.

6.4. Zur Begründung ihrer Standpunkte berufen sich beide Parteien auf Ziffer II.10.3 AKV. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

"Die Käuferin verpflichtet sich, die Forderung der D.\_\_\_\_\_ Ltd gegenüber der Grundeigentümerin gemäss Ziffer 2.3.1 der Änderung zum öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag vom 11. Januar 2005 [...] unwiderruflich und vollumfänglich (inkl. Zinsen) an C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ abzutreten und bei Zahlungseingang bei der D.\_\_\_\_\_ Ltd diesen innerhalb von 5 Tagen an C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ je hälftig auszubezahlen. [...]"

Diese Bestimmung ist klar: Die Klägerin verpflichtete sich, eine bestimmte Forderung vollumfänglich (inkl. Zinsen) an die Zessionare abzutreten und - falls eine Zahlung eingenommen wird - den Betrag innerhalb von 5 Tagen an die Zessionare auszubezahlen. Hinweise darauf, dass die Forderung nur zum Teil abgetreten würde, oder dass sie bloss zahlungshalber, d.h. auf Anrechnung bis zum Betrag von CHF 75'000 unter Erstattung eines allfälligen Überschusses, abgetreten würde, enthält der Vertrag keine und die Parteien bringen auch nichts Derartiges vor.

6.5. Die Klägerin und Widerbeklagte macht geltend, dass Ziffer II.10.3 AKV missglückt und nicht dem wirklichen Parteiwillen entsprechend formuliert worden sei (act. 16 S. 71). Der Einwand ist an sich erheblich, denn gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist stets der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien zu beachten und nicht eine unrichtige Bezeichnung, die die Parteien irrtümlich verwendeten. Die Klägerin legt indes nicht dar, was der übereinstimmende wirkliche Parteiwille war. Nach ihrer Sachdarstellung lässt sich im Gegenteil darauf schliessen, dass Ziffer II.10.3 AKV den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen wiedergibt. Denn sie gesteht ein, dass der wirkliche Wille der Parteien darin bestand, die gesamte Forderung vom Kaufpreis abzuziehen (act. 16 S. 73-74). Wenn man gewusst hätte, dass die Forderung höher war, hätte man den richtigen Forderungsbetrag am Kaufpreis in Abzug gebracht, behauptet sie (act. 16 S. 73). Folgt man dieser Argumentation der Klägerin und Widerbeklagten, hätte sie sich also in jedem Fall - auch bei Kenntnis der tatsächlichen Höhe der Forderung - verpflichtet, die gesam-

te Forderung abzutreten bzw. sämtliche Zahlungen darauf an die Verkäufer auszubezahlen. Demnach ist die Klägerin selber nicht der Ansicht, dass man in diesem Fall nur einen Teil der Forderung abgetreten hätte bzw. Zahlungen darauf nur bis zu einem gewissen Betrag an die Verkäufer ausbezahlt hätte. Ein vom Wortlaut von Ziffer II.10.3 AKV abweichender wirklicher Parteiwille ist aus den Vorbringen der Klägerin und Widerbeklagten nicht ersichtlich.

6.6. Wenn die Klägerin und Widerbeklagte anführt, die Forderung sei aufgrund der irrtümlichen Angabe der Verkäufer mit CHF 75'000 bewertet worden (act. 16 S. 72) bzw. dass die Parteien angenommen hätten, der Forderungsbetrag betrage CHF 75'000 (act. 16 S. 73), macht sie einen Sachverhalt geltend, der einen Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 OR darstellen könnte. Darauf ist aber nicht näher einzugehen, da die Klägerin und Widerbeklagte nicht geltend macht, sie habe den Vertrag diesbezüglich angefochten. Ohnehin gälte der Vertrag diesbezüglich wohl als genehmigt, nachdem die Klägerin und Widerbeklagte nach ihren Angaben spätestens im Herbst 2010 Kenntnis von der Höhe der Forderung erhielt (vgl. act. 16 S. 74).

6.7. Nach dem Gesagten schuldet die Klägerin und Widerbeklagte den Verkäufern nach Ziffer II.10.3 AKV nicht nur die Bezahlung des anerkannten Betrages von CHF 75'000, sondern die Bezahlung des gesamten auf die Forderung eingegangenen Betrages in der Höhe von CHF 140'702.60.

6.8. Der Beklagte und Widerkläger verlangt Zins zu 5% seit 24. April 2010 (Widerklagebegehren Ziffer 2). Das Fälligkeitsdatum liege 5 Tage nach dem Zahlungseingang der CHF 140'702.60 (act. 20 S. 2), womit sinngemäss geltend gemacht ist, die Zahlung sei am 19. April 2010 bei der D.\_\_\_\_\_ Ltd eingegangen. Dies entspricht den Angaben der Klägerin und Widerbeklagten (vgl. act. 16 S. 3). Gemäss Ziffer II.10.3 AKV war der Betrag innerhalb von 5 Tagen nach Zahlungseingang auszuzahlen, weshalb die Klägerin und Widerbeklagte seit 24. April 2010 in Verzug ist. Demnach hat der Beklagte und Widerkläger Anspruch auf Zins zu 5% seit 24. April 2010.

6.9. Wie dargelegt schuldet die Klägerin und Widerbeklagte dem Beklagten und Widerkläger sowie dem Streitberufenen C.\_\_\_\_\_ insgesamt CHF 140'702.60. Die Forderung ist bis zum Betrag von CHF 75'000 nicht strittig und wurde bereits im Rahmen der Hauptklage behandelt; die Widerklage über die Hälfte des Restbetrages von CHF 65'702.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 24. April 2010 ist begründet.

## 7. Quantitativ nach Beurteilung der Haupt- und der Widerklage

7.1. Die Klägerin erklärte Verrechnung von Klageforderung und Widerklageforderung, soweit diese Forderungen bestehen (act. 16 S. 76) und der Beklagte erklärte sich damit einverstanden (act. 20 S. 36).

7.2. Die Klage ist im Betrag von CHF 364.30 zuzüglich Zins von 5% seit 4. Juli 2009 begründet. Die im Rahmen der Widerklage beurteilte Forderung ist im Betrag von CHF 65'702.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 24. April 2010 begründet.

7.3. In Anwendung von Art. 124 Abs. 2 OR ist anzunehmen, die Forderungen seien am 24. April 2010 in der Höhe von CHF 378.95 (was der Klageforderung über CHF 364.30 zuzüglich Zins von 5% von 4. Juli 2009 bis 24. April 2010 entspricht) getilgt worden.

7.4. Damit ist die Klageforderung, soweit sie begründet war, vollumfänglich getilgt. Die Klage ist demnach abzuweisen.

7.5. Die im Rahmen der Widerklage beurteilte Forderung ist nur teilweise getilgt; sie bleibt offen im Betrag von CHF 65'323.65. Hiervon macht der Beklagte und Widerkläger im vorliegenden Prozess die Hälfte geltend (Widerklagereplik Rechtsbegehren Ziffer 2). Demnach ist die Widerklage im Betrag von CHF 32'661.85 zuzüglich Zins zu 5% seit 24. April 2010 gutzuheissen.

## 8. Rechtsvorschlag

Das Begehren der Klägerin, den Rechtsvorschlag des Beklagten aufzuheben (vgl. Replik Rechtsbegehren Ziffer 5), ist ausgangsgemäss abzuweisen.

## 9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit, § 18 Abs. 1 ZPO/ZH. Soweit die Klage nicht auf Geldzahlung lautet, ist der Wert massgebend, den die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen, § 22 Abs. 1 ZPO/ZH. Erhebt der Kläger mehrere Rechtsbegehren, so ist der Streitwert der einzelnen Begehren zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen, § 19 Abs. 1 ZPO/ZH. Der Streitwert der Widerklage wird mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet, soweit sich Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen, § 19 Abs. 2 ZPO/ZH.

9.2. Die Klägerin verlangte mit der Klage den Betrag von CHF 275'299.74 (Rechtsbegehren Klage Ziffer 1). Mit der Replik verlangte sie zudem die Erstellung einer revidierten Jahresrechnung 2008 und eines revidierten Zwischenabschlusses per 30. April 2009 (Rechtsbegehren Replik Ziffer 2-3). Die Parteien äusserten sich nicht zum Streitwert dieser Begehren; er ist aufgrund des für die Erfüllung notwendigen Aufwandes auf je CHF 10'000.00 zu schätzen. Der Beklagte und Widerkläger verlangte mit der Widerklage Auskunft über den Eingang einer Zahlung in der Höhe von mutmasslich CHF 120'000 (Rechtsbegehren Widerklage Ziffer 1, act. 7 S. 49), die sich später als CHF 140'702.60 herausstellte. Die Parteien äusserten sich nicht zum Streitwert dieses Begehrens; er ist auf ungefähr 10% der fraglichen Zahlung zu schätzen und demnach auf CHF 15'000 zu festzulegen. Der Beklagte und Widerkläger verlangte widerklageweise die Zahlung von CHF 60'588.72 (vgl. Rechtsbegehren Widerklage Ziffer 1 und Rechtsbegehren Widerklagereplik Ziffer 1). Klage und Widerklage schliessen sich gegenseitig nicht aus und stellen, da die jeweils anerkannten Beträge bereits vom Klage- und Widerklagebetrag abgezogen sind, auch kein blosses Verteidigungsmittel dar, weshalb die Leistungsbegehren für die Ermittlung des Streitwertes zu addieren sind. Dem Feststellungsbegehren des Beklagten und Widerklägers (Rechtsbegehren Widerklagereplik Ziffer 2) kommt für die Bestimmung des Streitwertes keine selbständige Bedeutung zu. Demnach ist der Streitwert auf insgesamt CHF 370'888 zu schätzen.

9.3. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt, § 64 Abs. 2 ZPO/ZH. Bei der Bemessung ist einerseits zu berücksichtigen, dass es sich um einen aufwendigen Prozess handelte: Das Gericht hatte sich mit detaillierten und komplexen Eingaben und umfangreichen Beilagen auseinanderzusetzen. Zudem führte das Gericht eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung durch. Andererseits ist zu beachten, dass ein Teil der Leistungsbegehren, das Auskunftsbegehren und das Feststellungsbegehren ohne Anspruchsprüfung erledigt werden. Deswegen sind die Gerichtskosten insgesamt (in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 und § 9 Ziff. 1 GebV) zu erhöhen, aber (unter Nachachtung von § 10 Abs. 1 GebV) um nicht mehr als einen Drittel. Die Klägerin unterliegt bezüglich ihrer Klage vollumfänglich und bezüglich der Widerklage zur Hälfte. Die Klage macht ungefähr  $\frac{5}{6}$  und die Widerklage ungefähr  $\frac{1}{6}$  des Streitwertes aus. Ausgangsgemäss sind die Kosten zu  $\frac{11}{12}$  der Klägerin ( $\frac{5}{6} + \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{6}$ ) und zu  $\frac{1}{12}$  dem Beklagten zu auferlegen.

9.4. Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden, § 68 Abs. 1 ZPO/ZH. Die Prozessentschädigung ist angesichts der durchgeführten Instruktions- und Vergleichsverhandlung und dem Stand des schriftlich geführten Verfahrens in Anwendung von § 3 Abs. 1 und Abs. 2 und § 6 AnwGebV um  $\frac{2}{5}$  zu erhöhen. Sie ist ausgangsgemäss, d.h. im reduzierten Umfang von  $\frac{10}{12}$ , dem Beklagten und Widerkläger zuzusprechen.

#### **Demgemäss beschliesst das Gericht:**

1. Die Klage wird zufolge Klagerückzugs in der Höhe von CHF 17'151 als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Das Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren Widerklage Ziffer 1) wird als gegenstandslos abgeschrieben.

3. Die Änderung der Widerklage (Rechtsbegehren Widerklagereplik Ziffer 2) wird zugelassen.
4. Auf das Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren Widerklagereplik Ziffer 3) wird nicht eingetreten.
5. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

**Sodann erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Widerklage wird die Klägerin und Widerbeklagte verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger den Betrag von CHF 32'661.85 zuzüglich Zins zu 5% seit 24. April 2010 zu bezahlen.  
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 24'200.--.
4. Die Kosten werden der Klägerin und Widerbeklagten zu 11/12 und dem Beklagten und Widerkläger zu 1/12 auferlegt.
5. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 24'300.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Der Streitwert der Hauptklage beträgt CHF 295'299.74; derjenige der Widerklage CHF 75'588.72.

Zürich, 8. April 2013

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. iur. Heinrich Andreas Müller  
Dr. iur. Matthias Nänni