

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Beschluss und Urteil vom 5. März 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
14. Juni 2012; Proz. CG090033**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 8'000'000.--
nebst Zins zu 5% seit dem 26. Juli 2008 zu bezahlen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (3. Abt.) vom 14. Juni 2012:

(act. 129 S. 51/52)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 1'849'557.25 nebst Zins zu 5 % seit dem 2. August 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 120'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu drei Vierteln und dem Beklagten zu einem Viertel auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 90'000.– zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 128 S. 2):

- "1. Die Dispositiv-Ziffern 1., 3. und 4. des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Juni 2012 seien aufzuheben und durch folgende Bestimmungen zu ersetzen:
1. Die Klage wird abgewiesen.
 3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
 4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 180'000.00 zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,6 % auf CHF 162'000.00 und von 8.0 % auf CHF 18'000.00 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (ohne Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 146 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollständig abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Juni 2012 sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt zu Lasten des Berufungsklägers und Beklagten."

Erwägungen:

I.

Gegenstand des Verfahrens und Prozessgeschichte

1. Am 1. Februar 2008 schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über sämtliche Aktien der C._____ AG, Sie vereinbarten einen Kaufpreis von CHF 10'950'000.-- (act. 4/2), der bis auf den vertraglich vorgesehenen Rückbehalt von total CHF 1'500'000.-- beim Vollzug der Transaktion (Closing) zu bezahlen war. Weil sich die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) durch das Verhalten des Beklagten und Berufungsklägers (nachfolgend Beklagter) getäuscht sah, ev. aus Gewährleistung bzw. wegen Vertragsverletzungen forderte sie vom Beklagten klageweise CHF 8'000'000.-- (act. 1 S. 2). Mit Urteil vom

14. Juni 2012 hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin CHF 1'849'557.25 nebst Zins zu bezahlen (act. 129).

2. Mit Eingabe vom 14. August 2012 erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung (act. 125 i.V.m. act. 122) gegen das Urteil. Wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers in der Berufungsschrift bei einer Jahreszahl wurde diese mit der entsprechenden Korrektur am 15. August 2012 nochmals eingereicht (act. 127 und 128). Mit Verfügung vom 21. August 2012 wurde ein Kostenvorschuss eingefordert (act. 130), worauf die Klägerin mit Eingabe vom 29. August 2012 die Sicherstellung der Parteientschädigung gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO verlangte (act. 132) sowie am 31. August 2012 superprovisorisch den Entzug der aufschiebenden Wirkung und die Vollstreckbarerklärung sowie weitere Sicherstellungen (act. 133). Mit der Fristansetzung vom 3. September 2012 an den Beklagten (act. 136) wurden die superprovisorischen, nach Eingang der Stellungnahme des Beklagten (act. 138) auch die Begehren im Übrigen abgewiesen soweit darauf eingetreten werden konnte (act. 141) und es wurde dem Beklagten Frist angesetzt zur Leistung der beantragten Sicherstellung der Parteientschädigung. Nach fristgerechtem Eingang sowohl des Kostenvorschusses wie auch des Sicherstellungsbetrages (act. 143) wurde der Klägerin mit Verfügung vom 18. Oktober 2012 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 144). Diese erging fristgerecht am 19. November 2012 (act. 146). Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten am 6. Februar 2013 zugestellt (act. 148). Der Prozess ist nunmehr spruchreif.

II.

Formelles

1. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2011 sind die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) und das kantonale Organisationsgesetz (GOG) in Kraft getreten. Verfahren, die bei Inkrafttreten der ZPO rechtshängig waren, stehen bis zum Abschluss vor der betroffe-

nen Instanz unter der Herrschaft des bisherigen Verfahrensrechts (Art. 404 Abs. 1 ZPO), für das Rechtsmittelverfahren gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Für das erstinstanzliche Verfahren, das am 29. Oktober 2008 rechtshängig gemacht worden war, gilt damit das damals geltende zürcherische Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG/ZH), wogegen für das Rechtsmittelverfahren gegen den am 15. Juni 2012 eröffneten erstinstanzlichen Entscheid die Schweizerische Verfahrensordnung zur Anwendung gelangt. Im Rechtsmittelverfahren ist im Rahmen der Rechtsmittelanträge zu prüfen, ob das dannzumal geltende Recht korrekt angewendet wurde.

2. Teilrechtskraft

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte wendet sich gegen die ihm vorinstanzlich auferlegte Zahlungsverpflichtung. Die Klägerin verzichtete in der Berufungsantwort ausdrücklich auf eine Anschlussberufung. Soweit ihre Klage abgewiesen wurde, ist daher das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorab vorzumerken ist. Ebenfalls unangefochten blieb die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziff. 2).

III.

Materielles

1. Prozessgrundlage

Im Vertrag der Parteien über den Verkauf des gesamten Aktienkapitals der C._____ AG, ..., zum Preis von CHF 10'950'000.-- verpflichtete sich der Beklagte, die Aktien beim Vollzug der Transaktion (Closing) frei von jeglichen Rechten Dritter auf die Klägerin zu übertragen. Der Kaufpreis war durch Überweisung von CHF 9'450'000.-- beim Closing Zug um Zug gegen Übergabe der Aktien zu bezahlen, CHF 1'500'000.-- wurden zwecks Sicherstellung allfälliger Ansprüche der Käuferin aus Zusicherungen und Garantien zurückbehalten. Der Kaufpreis wurde

u.a. auf der Basis des geprüften Jahresabschlusses der C._____ AG per 31. Dezember 2006 und dem ungeprüften, vom Verwaltungsrat unterzeichneten Zwischenabschluss per 30. Juni 2007 festgesetzt (act. 4/2 Ziff. 1 und 2). Die Vollzugsverpflichtung der Parteien wurde beidseits von Bedingungen abhängig gemacht (act. 4/2 Ziff. 3). Der Beklagte sicherte der Klägerin gemäss Ziff. 4.1. des Kaufvertrages zusätzlich zu den im Einzelnen aufgeführten Zusicherungen und Garantien (Ziff. 4.2. (i) – (xxxiii) und Ziff. 4.3. (i) – (x)) zu, dass er die Klägerin über alle ihm erkennbaren Umstände informiert habe, die zur Beurteilung des Wertes der AG von massgebender Bedeutung sind und dass alle erteilten Auskünfte nach bestem Wissen und Gewissen erfolgten. Alsdann regelten die Parteien detailliert die Folgen von Verletzungen von Garantien und Gewährleistungen durch den Beklagten (Ziff. 5) und weitere hier nicht näher interessierende Fragen (act. 4/2 Ziff. 6 - 9).

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens

Vor Vorinstanz focht die Klägerin den Vertrag wegen absichtlicher Täuschung bzw. Grundlagenirrtums an, machte eventualiter Gewährleistungsansprüche geltend und verlangte die Minderung des Kaufpreises und/oder Schadenersatz wegen Schlechterfüllung bzw. gestützt auf Culpa in Contrahendo. Die Rügen betrafen vor Vorinstanz die Korrektheit der von der Klägerin angeforderten Management Information System-Berichte (MIS), den Geschäftsverlauf der C._____ AG im Jahr 2007, den Warenertrag, die Bruttomarge und den Gewinn im Jahr 2007, den Garantiefall D._____, den Steckerlagerverkauf, offene Baukostenpositionen, den Zwischenabschluss 2007 und behauptete Zusicherungsverletzungen betreffend den Bestellschvorrat (act. 129 S. 11ff.).

Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden noch drei Streitpunkte: der Garantiefall D._____ (nachstehend Ziff. 3), die Baukosten (nachstehend Ziff. 4) und der Bestellschvorrat (nachstehend Ziff. 5). Insbesondere nicht mehr zu prüfen ist, ob sich die Klägerin auf Zusicherungen des Beklagten betreffend die Kennzahlen der C._____ AG berufen kann. Die Vorinstanz hat dies verneint (act. 129 S. 19 - 25). Im Berufungsverfahren blieb dies unangefochten.

3. Garantiefall D. _____

3.1. Die Vorinstanz ging davon aus, der Beklagte sei gestützt auf den Kaufvertrag verpflichtet gewesen, über den Garantiefall D. _____, welcher selbst nach impliziter Darstellung des Beklagten Kosten in der Höhe von knapp CHF 530'000.-- verursacht hatte, aufzuklären. Im Beweisverfahren habe der Beklagte die Aufklärung der Klägerin nicht nachweisen können. Es sei insoweit eine Täuschungshandlung und mindestens dolus eventualis zu bejahen. Sie geht weiter davon aus, die klägerische Behauptung, dass sich die Materialkosten direkt auf den Kaufpreis ausgewirkt hätten, seien mindestens nicht hinreichend bestritten worden, wobei sie diese Materialkosten in der vom Beklagten anerkannten Höhe von CHF 529'990.20 festlegte und eine entsprechende Herabsetzung des Kaufpreises als berechtigt erachtete. Hingegen könne die Klägerin keine jährlich wiederkehrende Umsatzeinbusse geltend machen (act. 129 S. 25 - 30).

3.2. Der Beklagte macht in der Berufung geltend, die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob er mit der unterlassenen Aufklärung die Zusicherung von Ziff. 4.2 (xii) und/oder die Informationsklausel von Ziff. 4.2 (xiii) des Kaufvertrages verletzt habe oder nicht. Bei der Auslegung der beiden Vertragsklauseln sei davon auszugehen, dass in den Augen beider Parteien ein nach der Ertragskraft des Unternehmens bemessener Kaufpreis massgebend gewesen sei und deshalb der Garantiefall D. _____, welcher die Ertragskraft nicht nachhaltig beeinträchtigt habe, nicht unter die Informations- und Aufklärungspflicht gefallen sei. Die genaue Höhe der Kosten sei sodann dem Beklagten im Zeitpunkt der letzten Due Diligence-Besprechung am 10. Dezember 2007 noch nicht bekannt gewesen, für Garantiefälle seien Rückstellungen von CHF 300'000.-- vorgesehen worden und da der Beklagte nicht habe davon ausgehen müssen, dass dieser Betrag wesentlich überschritten werde, sei die vertragliche Aufklärungs- und Informationspflicht nicht verletzt. Der Beklagte beruft sich weiter darauf, dass im Zweifelsfall die Auslegungsregel in dubio contra stipulatorem und damit hinsichtlich der unbestimmten, offenen Begriffe in den genannten Vertragsklauseln die für die Klägerin ungünstigere Auslegung gelten müsse (act. 128 S. 3 - 5). Er rügt weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, es sei nicht hinreichend bestritten worden, dass

sich die Materialkosten direkt auf den Kaufpreis ausgewirkt hätten. Aus seinen Vorbringen in der Klageantwort (Rz 154 und Rz 168) gehe bei korrekter Auslegung unmissverständlich hervor, dass der Beklagte auch für den Garantiefall D._____ eine (hypothetische) Kaufpreisbestimmung nach der Ertragswertmethode behauptete. Er habe bestritten, dass für den Garantiefall D._____ eine (hypothetische) Kaufpreisverminderung um den Substanzwert der Materialkosten erfolgen dürfe. Zu den Auswirkungen des Garantiefalles D._____ auf den Ertragswert habe die Klägerin aber gar nichts substantiiert behauptet. Die Vorinstanz habe durch die Annahme der Nichtbestreitung Art. 8 ZGB verletzt, sodann auch Art. 28 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 OR, indem sie den von der Klägerin geltend gemachten Rechtsanspruch zugesprochen habe, ohne dass diese substantiierte Behauptungen gemacht habe (act. 128 S. 5 - 9).

3.3. Die Klägerin hält in der Berufungsantwort dafür, die Vorinstanz habe sehr wohl eine Vertragsverletzung bejaht, das Verschweigen des Garantiefalles als Täuschung qualifiziert und zu Recht Ersatz der Materialkosten zugesprochen. Selbstverständlich sei ein Garantiefall im Umfang von CHF 529'990.20 – auch wenn er sich nur einmalig auswirke – von der Aufklärungspflicht erfasst. Der Standpunkt des Beklagten, die Parteien hätten für die Kaufpreisbestimmung ausschliesslich auf den Ertragswert abgestellt, worauf der Garantiefall D._____ als Einmalereignis keinen Einfluss habe, treffe sodann nicht zu. Bei jeder Bewertungsmethode zur Ermittlung des Kaufpreises eines Unternehmens werde zunächst der Wert für das Vermögen ermittelt, dies gestützt auf der Basis seines Verkehrs- oder Buchwertes oder aber aufgrund seines Ertragspotentials. Alsdann kämen die Schulden in Abzug. So seien die Materialkosten als Schulden vom ermittelten Ertragswert abzuziehen. Die Klägerin hält sodann die Darstellung des Beklagten über die Bedeutung der Vertragsklauseln Ziff. 4.2 (xii und xiii) sowie die Behauptung, der Garantiefall D._____ sei kein wesentlicher Vorfall im Sinne dieser Klauseln gewesen, für neu und unzulässig. Der Kaufvertrag enthalte eine Regelung für die Rechtsfolgen bei Zusicherungsverletzungen (Ziff. 5.6. des Vertrages, act. 4/2), ev. könne der Käufer bei Irrtum oder Täuschung nach den Regeln der culpa in contrahendo Schadenersatz vom Verkäufer verlangen und zwar selbst dann, wenn der Kaufpreis unter Anwendung der Regeln über die modifizier-

te Teilnichtigkeit herabgesetzt werde (act. 146 S. 3 - 7). Die Klägerin geht weiter davon aus, die Vorinstanz habe zu Recht eine ungenügende Bestreitung des direkten Niederschlags der Materialkosten auf den Kaufpreis angenommen. Sie wies sodann erneut auf die weiteren und langfristigen Auswirkungen des Garantiefalles D._____ hin, welche sie belegt und die Vorinstanz unrichtig gewürdigt habe. Die substantiierte Behauptung und Berechnung ergebe einen weiteren Schaden von CHF 167'938.00 pro Jahr, was den Unternehmerwert um CHF 1'595'411.00 schmälere. In jedem Fall hätten der Vorinstanz genügend Sachverhaltsbehauptungen zu Grunde gelegen, um den Schaden zu berechnen bzw. ev. den Schaden zu schätzen. Das erstinstanzliche Urteil sei hinsichtlich der Zusprechung der Forderung im Garantiefall D._____ zu bestätigen (act. 146 S. 9/10).

3.4. Hinsichtlich des unbestrittenermassen eingetretenen Garantiefalles D._____ verneinte der Beklagte vor Vorinstanz die ihm vorgeworfene Vertragsverletzung in erster Linie mit der Begründung, er habe die Klägerin im Rahmen der letzten Due Diligence am 10. Dezember 2007 mündlich über den Garantiefall orientiert (act. 32 Rz 36, 49, 90, 110, 139, 154; act. 56 Rz 108 ff.; 113, 175). Nachdem im Beweisverfahren nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Klägerin über den Fall aufgeklärt worden war, verlagerte sich die Begründung im Berufungsverfahren darauf, dass bei zutreffender Auslegung der massgeblichen Vertragsbestimmungen davon ausgegangen werden müsse, dass der Vorfall gar nicht unter die Aufklärungs- und Informationspflicht falle, weil dieser sich nicht auf den Ertragswert ausgewirkt habe und bei den Kaufpreisverhandlungen beidseitig auf den Ertragswert abgestellt worden sei. Seinen Standpunkt, dass die vom Kaufpreis in Abzug gebrachten Materialkosten nicht zu berücksichtigen seien, stellt der Beklagte damit im Berufungsverfahren auf eine neue Grundlage, ohne darzutun, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt wären. Als neu und nicht mehr zulässig erweist sich der behauptete Dissens über die Vertragsklauseln, ebenso die Behauptung, es handle sich beim Garantiefall D._____ um keinen wesentlichen Vorfall. Ob es sich dabei um reine *Tatsachen*behauptungen handelt oder nicht, kann dabei letztlich offen bleiben, ergäbe sich doch aus der vorinstanzlichen Argumentation des Beklagten im Gegenteil, dass er den Vorfall

durchaus als bedeutungsvoll und damit mitteilungs pflichtig betrachtete. Er ging damals allerdings davon aus, dass er dieser Pflicht nachgekommen sei, was dann nicht bewiesen werden konnte. Des weiteren liess der Beklagte in der Klageantwort wiederholt ausführen, es habe sich um einen einmaligen Schadenfall gehandelt, der sich negativ auf das Jahresergebnis 2007 ausgewirkt habe (act. 32 Rz 109 und 139). Ausdrücklich machte er geltend, dass wegen des Garantiefalles D._____ das Jahresergebnis 2007 allein nicht zur Berechnung des Ertragswertes habe verwendet werden können (act. 32 Rz 109 a.E.). In der Duplik liess er vorbringen, dass er den Garantiefall D._____ zur Chefsache gemacht und im ureigensten Interesse der Firma rasch und unbürokratisch abgewickelt habe. Zu Recht wies die Vorinstanz sodann auf den Letter of intent (LOI) vom 27. November 2007 (act. 4/17), in welchem sich der Beklagte verpflichtet hatte, dem Käufer alle materiell relevanten Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen, welche für diesen von Nutzen sein *könnten* (kursive Hervorhebung eingefügt) und wo auch festgehalten wurde, dass im Falle, dass anlässlich der Due Diligence Fakten gefunden würden, welche kumuliert einen negativen Einfluss auf den Jahresgewinn oder auf die Werthaltigkeit des Eigenkapitals der C._____ AG von mehr als CHF 300'000.-- haben (...), die Verpflichtung zum Abschluss des Kaufvertrages entfalle. Die Informations- und Mitteilungspflicht bezüglich des Garantiefalles D._____ ist damit zu bejahen. Gerade gestützt auch auf die Vorbringen des Beklagten wurde der Garantiefall zu Recht als Ereignis von erheblicher Bedeutung qualifiziert und – weil nicht bewiesen werden konnte, dass der Beklagte hierüber informierte – eine Verletzung der Zusicherungspflichten gemäss Ziff. 4.1 sowie 4.2 (xii) des Kaufvertrages bejaht (act. 129 S. 25 Ziff. 9.8.1.).

3.5. Soweit der Beklagte geltend macht, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, er habe die klägerische Aussage, dass sich die Materialkosten direkt auf den Kaufpreis ausgewirkt hätten, nicht zureichend bestritten (act. 128 Rz 17 ff. i.V.m. act. 129 S. 28 Ziff. 9.8.4.), verweist er auf die auch von der Vorinstanz zitierten Stellen aus seiner Klageantwort. Dort ist – wie auch die Klägerin zu Recht vermerkt (act. 146 Rz 26) – insbesondere die Frage der buchhalterischen Erfassung angesprochen. Die Bestreitung der behaupteten direkten Auswirkung des Garantiefalles D._____ auf den Kaufpreis sieht der Beklagte hingegen darin,

dass er vor Vorinstanz (vgl. z.B. act. 32 Rz 153) wiederholt und nun auch in der Berufungsbegründung geltend gemacht hat, dass sich der Vorfall nicht auf den Ertragswert ausgewirkt hatte, auf welchen beide Parteien für die Kaufpreisbildung abgestellt hätten. Er verweist dabei auf die Klageschrift (act. 1 Rz 144), wo die Klägerin geltend gemacht hatte, dass auch sie die Kaufpreisberechnung auf EBDIT Werten abstützte und sie die Höhe des Kaufpreises anhand entsprechender Multiplikatoren errechnete. Die Klägerin hatte vor Vorinstanz aber auch ausdrücklich geltend gemacht, dass sie den Kaufvertrag in Kenntnis u.a. des Garantiefalls zu einem wesentlich tieferen Kaufpreis geschlossen hätte (act. 1 Rz 84) und sie machte eine konkrete Verminderung des Bruttogewinns und mithin des EBDIT um TCHF 530 geltend (act. 1 Rz 152). Dem setzte der Beklagte neben der Bestreitung von Täuschung und Irrtum (act. 32 Rz 93) einzig seine generelle Bestreitung entgegen, dass sich der einmalige Vorfall auf die Kaufpreisbildung nicht ausgewirkt habe. Auf der andern Seite hat er wie gesehen eine Auswirkung des Garantiefalles auf das Jahresergebnis 2007 ausdrücklich anerkannt (act. 32 Rz 109). Wenn die Vorinstanz aus den beklagischen Vorbringen deshalb schloss, die klägerischerseits konkret behauptete direkte Auswirkung auf den Kaufpreis sei nicht hinreichend bestritten, ist das bei dieser Behauptungslage nicht zu beanstanden. Bei der geschilderten Behauptungslage kann entgegen der Auffassung des Beklagten aber auch nicht davon ausgegangen werden, die Klägerin habe zu den Auswirkungen des Garantiefalles auf den Ertragswert nichts behauptet. Die Vorinstanz erwog vielmehr zu Recht, dass die Klägerin jedenfalls sinngemäss eine Herabsetzung des Kaufpreises im Umfang der Materialkosten des Garantiefalles aufgrund des hypothetischen Parteiwillens behauptet habe (act. 129 S. 28/29 Ziff. 9.8.4.): Die Klägerin erklärte in der Klagebegründung ausdrücklich, dass sie den Vertrag zwar abgeschlossen hätte, jedoch – wenn sie über Warenertrag, Bruttomarge, Unternehmensergebnis, den Garantiefall D._____ sowie den Cash-Abfluss aufgrund verschwiegener offener Baukosten nicht getäuscht worden wäre – zu einem wesentlich tieferen Kaufpreis (act. 1 Rz 84 und Rz 101 mit weiteren Hinweisen für das Quantitativ).

3.6. Hinsichtlich der Höhe der Kosten für den Garantiefall D._____ ging der Beklagte in der Klageantwort im Eventualstandpunkt, d.h. für den Fall der Täu-

schung durch den Beklagten, von einer maximalen Substanzverminderung von CHF 400'000.-- für den Garantiefall D._____ aus (act. 32 Rz 169). In der Duplik – als Antwort auf die substantiierte Berechnung der Klägerin (act. 46 Rz 78 ff.) – erklärte der Beklagte, dass er über die exakte Berechnung der Kosten des Garantiefalles D._____ keine detaillierten Angaben machen könne, da das Datenmaterial an die Klägerin übergegangen sei. Ausser den Materialkosten seien der Klägerin keine Kosten entstanden. Er machte sodann geltend, er habe Spezialkosten gehabt, weshalb sich die Materialkosten um 10% reduzierten (act. 56 Rz 110). Hierauf hat die Vorinstanz den Beklagten zu Recht behaftet.

Gestützt auf das Gesagte ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR von einem hypothetischen Willen der Klägerin ausging, dass der Kaufpreis um die Materialkosten des Garantiefalles zu reduzieren sei (vgl. BGE 124 III 57 ff. E. 3c mit zahlreichen Hinweisen). Die Berufung des Beklagten ist mit Bezug auf die Position Garantiefall D._____ abzuweisen und es erübrigt sich auf die seitens der Klägerin vorgebrachten weiteren Begründungen (vertragliche Rechtsfolgen bei Zusicherungsverletzungen, Culpa in contrahendo) näher einzugehen.

3.7. Hinsichtlich der von der Klägerin geltend gemachten längerfristigen Auswirkungen des Garantiefalles auf den Ertragswert der C._____ AG ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im Einzelnen dargelegt hat, aus welchen Gründen sich die Klägerin nicht auf einen eingebrochenen Umsatz der Jahre 2008 und 2009 berufen könne. Auch lägen keine Behauptungen dazu vor, ob die Parteien in Kenntnis des Garantiefalles bei Vertragsschluss Umsatzeinbussen befürchtet und eine Kaufpreisreduktion vereinbart hätten (act. 129 S. 29 Ziff. 9.8.6.). Die Klägerin führt nicht aus, inwiefern die Vorinstanz hiermit einen Berufungsgrund gesetzt haben soll. Insbesondere könnte aber – entgegen der Darstellung der Klägerin (act. 146 Rz 27) – nicht davon ausgegangen werden, dass ein Beleg für einen Umsatzrückgang in den Folgejahren ohne weiteres auch die nicht eigens ausgesprochene Aussage mit enthielte, dass die Klägerin im Wissen um den Garantiefall einen nachhaltig tieferen Umsatz befürchtete und einen tieferen Kaufpreis bezahlt hätte (act. 146 S. 9/10 Rz 27). Der Beklagte hatte im Übrigen die klägerischen Behauptungen

tungen stets und wiederholt bestritten. Selbst wenn als Folge einer mindestens teilweisen Gutheissung der Berufung trotz fehlender eigener Berufung bzw. Anschlussberufung der Klägerin auf ihre Vorbringen zu den längerfristigen Auswirkungen überhaupt eingegangen werden müsste, könnte die Klägerin hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Damit bleibt es im Zusammenhang mit dem Garantiefall D._____ beim vorinstanzlichen Entscheid.

4. Baukosten

4.1. Die Klägerin verlangte vor Vorinstanz einen weiteren Abzug vom Kaufpreis von CHF 230'000.--, in welchem Umfang sie nach dem Kauf Baukostenrechnungen zu zahlen hatte. Die Vorinstanz erachtete die Klage im Umfang von CHF 200'000.-- als ausgewiesen. Ausgehend von der unbestrittenen Tatsache, dass sich die Klägerin anlässlich der Due Diligence Prüfung vom 10. Dezember 2007 nach ausstehenden Baukosten erkundigt habe, hielt sie fest, dass der Beklagte bei der Beantwortung der Frage der Wahrheitspflicht unterstanden habe und zu vollständiger Aufklärung verpflichtet gewesen sei, wobei nach Durchführung des Beweisverfahrens von einer ungenügenden Aufklärung ausgegangen werden müsse. Da die Klägerin angesichts des umfangreichen Bauvolumens selbst noch mit kleineren Handwerkerrechnungen von CHF 15'000.-- bis CHF 30'000.-- gerechnet habe, sei die Klage gestützt auf Art. 63 Abs. 1 OR im Umfang von CHF 200'000.-- ausgewiesen. Die Klägerin habe sich wiederum auf die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR berufen, weshalb die Aufrechterhaltung des mängelbereinigten Vertrages dem hypothetischen Parteiwillen gestützt auf die konkreten Umstände des Vertragsschlusses folge. Die Klägerin habe zum hypothetischen Parteiwillen schlicht behauptet, sie habe einen Cash-Abfluss in der Höhe von CHF 230'000.-- gewärtigen müssen, weshalb der Kaufvertrag in der Höhe des zu viel bezahlten Kaufpreises unverbindlich sei. Der Beklagte habe dies nicht bestritten, sondern im Gegenteil für diesen Fall eine Verminderung der Substanz der C._____ AG anerkannt, womit die Kausalität der Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung und der hypothetische Parteiwillen grundsätzlich unbestritten seien. Abzuziehen seien aber CHF 30'000.--, da die

Klägerin bis zu diesem Umfang mit eingehenden Handwerkerrechnungen gerechnet habe (act. 129 S. 31 - 36).

4.2. Der Beklagte rügt im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe seine Ausführungen zum Teil nicht berücksichtigt bzw. aus dem Eventualargument ein Nichtbestreiten abgeleitet. Es sei aus seinen Vorbringen ohne weiteres ersichtlich, dass er die Unerheblichkeit der offenen Baukosten für die Kaufpreisberechnung und die hypothetische Kaufpreisberechnung geltend mache. Dass die offenen Baukosten für die Unternehmensbewertung nach Massgabe des Ertragswertes unerheblich gewesen seien, ergebe sich auch aus dem Jahresabschluss 2006 und dem Zwischenabschluss per 30. Juni 2007. Die dortigen Zahlen zum Bau betreffen allein die Substanz der C. _____ AG, in keiner Weise aber deren Ertragswert, was auch für die Ende 2007 offenen Baukosten gelten müsse. Er geht sodann davon aus, dass die Kausalität der offenen Baukosten für die Kaufpreisabrede und deren Massgeblichkeit für die Kaufpreisminderung nach dem objektiven, hypothetischen Parteiwillen von der Klägerin nicht substantiiert behauptet worden seien. Mit der Behauptung, sie habe einen unerwarteten Cash-Abfluss erlitten, sei eine Auswirkung auf die Ertragskraft der Unternehmung nicht substantiiert. Die Vorinstanz habe in Verletzung von Art. 8 ZGB Sachbehauptungen unbekümmert von Bestreitungen als richtig angenommen und nicht berücksichtigt, dass die Klägerin keine objektiven Kriterien behauptet habe, nach denen die Parteien einen hypothetischen reduzierten Kaufpreis nach Massgabe des Ertragswertes der C. _____ AG gebildet hätten, wenn ihnen die offenen Baukosten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt gewesen wären (act. 128 S. 9 - 11).

4.3. Die Klägerin weist in der Berufungsantwort darauf hin, dass die Vorinstanz nicht die vollen ausstehenden Baukosten zugesprochen habe. Sie macht ausserdem geltend, dass die Berechnung des Kaufpreises nach der Ertragswertmethode dem direkten Niederschlag der Baukosten auf den Kaufpreis nicht entgegen stünde. Dieser widerspiegle den Unternehmenswert und sei bloss Grundlage für die Berechnung bzw. Aushandlung des Kaufpreises, welcher sich nach Abzug der Schulden ermittle. Die offenen Baukosten stellten Schulden dar und hätten den Kaufpreis in dem Umfang reduziert. Unter der Voraussetzung, dass ihm eine Täu-

schung nachgewiesen werden könne, habe der Beklagte die Auswirkung der Kosten auf den Kaufpreis nicht bestritten bzw. sogar anerkannt. Die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass der Beklagte die Klägerin um Schulden im Umfang von rund CHF 0.8 Mio. getäuscht und geschädigt habe. Sie, die Klägerin, habe erklärt, dass sie die ausstehenden Schulden vom ermittelten Unternehmenswert abgezogen habe, um den Kaufpreis zu ermitteln. Und entsprechend habe sie geltend gemacht, dass sich die Kosten aus dem Garantiefall D. _____ wie auch die offenen Baurechnungen direkt auf den Kaufpreis niederschlagen. Was der Beklagte aus dem Hinweis auf die Bilanzierung des Baukredites ableiten wolle, sei unklar, zumal sich daraus keine Rückschlüsse auf ausstehende Handwerkerrechnungen ziehen liessen (act. 146 S. 10 - 13).

4.4. Die Parteien stellen im Berufungsverfahren das vorinstanzlich ermittelte Beweisergebnis nicht in Frage, weshalb für die Beurteilung davon auszugehen ist, dass der Beklagte seiner Aufklärungspflicht hinsichtlich der noch offenen Baukosten nicht nachkam, indem er diese bewusst verschwieg oder aber indem er die Klägerin nicht über seine Ungewissheit über die Höhe der Ausstände informierte. Die Vorinstanz hat dies zu Recht als täuschendes Verhalten gewertet.

Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, das täuschende Verhalten des Beklagten über die wirtschaftliche Lage der C. _____ AG habe zu einem Cash-Abfluss geführt. Der Kaufvertrag sei für die Klägerin in der Höhe des deshalb zu viel bezahlten Kaufpreises unverbindlich (act. 1 Rz 82). Wären die Baukosten korrekt erfasst worden, hätten beim Liegenschaftenaufwand transitorisch zusätzliche TCHF 230 erfasst werden müssen, was sich in diesem Umfang als Minderwert auf den Kaufpreis niederschlage (act. 1 Rz 153). Ausdrücklich behauptete sie auch, dass sämtliche von ihr dargestellten Vorfälle Auswirkungen gehabt hätten auf den Betriebsertrag bzw. den EBDIT (act. 1 Rz 148), wozu der Beklagte sich nicht explizit äusserte. In den auch vom Beklagten in der Berufungsantwort angeführten Zitaten aus seiner Klageantwort (act. 32 Rz 92 und Rz 155) wandte sich dieser vor Vorinstanz in erster Linie gegen den Vorwurf der Täuschung und er wies auf die Möglichkeiten hin, welche die Klägerin gehabt hätte, um sich selber ein Bild über die Baukosten zu machen. Dies ist heute nach dem Gesagten

nicht mehr zu erörtern. Aus seinen Vorbringen ergibt sich aber auch – und hierauf weist der Beklagte in seiner Berufungsbegründung zu Recht hin (act. 128 Rz 34) –, dass er insbesondere die Auffassung vertritt, dass die noch offenen Baukosten (wie auch der Garantiefall D._____) für die Kaufpreisbildung unerheblich seien, weil letztere auf dem Ertragswert basiere und die noch offenen Baukosten diese nicht beeinflusst hätten. Aus seinen Vorbringen vor Vorinstanz ergibt sich, dass er zwar generell die Erheblichkeit der noch offenen Baukosten auf den Ertragswert bestreitet, der von der Klägerin behaupteten einmaligen Auswirkung dieser Baukosten auf den Betriebsgewinn (act. 1 Rz 148 i.V.m. act. 1 Rz 153) setzt er aber nichts Konkretes entgegen. Die konkrete klägerische Behauptung, die Klägerin habe einen Cash-Abfluss in der Höhe von CHF 230'000.-- gewärtigen müssen, bestreitet der Beklagte ebenso wenig wie den Einfluss dieses Abflusses auf den Betriebsgewinn. Es liegt damit jedenfalls keine hinreichend konkrete Bestreitung vor. Hinzu kommt, dass er für den nach dem Beweisergebnis nun eingetretenen Fall der absichtlichen Täuschung wegen der noch offenen Baukosten eine Substanzverminderung der C.____ AG um ca. CHF 230'00.-- anerkannt hat (act. 32 Rz 169), wobei anzumerken ist, dass dieses Vorbringen sich auf die Berechnung der Klägerin nach dem Substanzwert bezieht (act. 1 Rz 164 ff.). Es ist bei dieser Behauptungslage nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausging, es liege keine hinreichend konkrete Bestreitung vor.

4.5. Mit der Behauptung, sie habe einen nicht erwarteten Cash-Abfluss in der Höhe von CHF 230'000.-- zu gewärtigen gehabt, der Kaufvertrag sei für sie deshalb in der Höhe des zu viel bezahlten Kaufpreises unverbindlich und sie hätte – orientiert u.a. über den Cash-Abfluss aufgrund verschwiegener Baukosten – den Vertrag zu einem wesentlich tieferen Kaufpreis geschlossen, wobei sie diesen Minderwert mit eben diesen CHF 230'000.-- angibt (act. 1 Rz 82, 84, 148 i.V.m. 153), hat die Klägerin sodann hinreichend auch den hypothetischen Parteiwillen für den Fall der teilweisen Unverbindlichkeit dargelegt. Auch in diesem Zusammenhang begründet der Beklagte seine gegenteilige Auffassung insbesondere wiederum mit seinem grundsätzlichen Einwand der fehlenden Relevanz dieser Position für den Ertragswert (act. 128 S. 11), dem so nicht gefolgt werden kann.

Damit erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet. Da die Klägerin keine Anschlussberufung erhoben hat und auf den von der Vorinstanz vorgenommenen Abzug von CHF 30'000.-- auch nicht eigens eingegangen ist, bleibt es im Zusammenhang mit den Baukosten beim Abzug vom Kaufpreis in der Höhe von CHF 200'000.--.

5. Zusicherung / Garantie betreffend Bestellungsumfang

Gemäss Kaufvertrag garantierte und sicherte der Beklagte der Klägerin bei Unterzeichnung des Vertrages sowie per Vollzugstag zu, dass "...die AG zum Zeitpunkt des Vollzugs des Kaufvertrages über einen Bestellschvorrat von mindestens CHF 24'000'000.-- verfügt, welcher in der Periode bis 18 Monate nach der Unterzeichnung des Vertrags ertragswirksam wird" (act. 4/2 S. 5 und 7 Ziff. 4.2 (xvi)). Die Parteien sind sich uneins über die Auslegung und Tragweite dieser Vertragsbestimmung.

5.1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die objektivierete Auslegung dieser Vertragsklausel ergebe, dass der Beklagte neben dem Bestellschvorrat auch dessen Ertragswirksamkeit zusicherte / garantierte, wobei sie diese Vertragsklausel in rechtlicher Hinsicht als Garantieabrede qualifizierte (act. 129 S. 39/40 und S. 43/44). Mit Bezug auf den zugesicherten Bestellungsumfang hielt sie die von den Parteien behaupteten Auftragsbestände zum Zeitpunkt des Closings nach Durchführung des Beweisverfahrens für nicht erwiesen, weshalb sie vom vertraglich vereinbarten Bestand ausging (act. 129 S. 41 - 43). Für den Bestellschvorrat hielt sie fest, der Beklagte habe die klägerische Behauptung nicht bestritten, dass der Bestellschvorrat im Umfang von CHF 4'620'635.90 nicht ertragswirksam geworden sei. Die Schadensberechnung hielt sie ebenfalls für nicht bestritten, weshalb sie der Klägerin einen Betrag von CHF 1'926'342.75 (41.69% von CHF 4'620'635.10) zusprach (act. 129 S. 44 - 46). Ein Dahinfallen der Garantie aus den vom Beklagten behaupteten Gründen lehnte sie ab.

5.2. In der Berufung rügt der Beklagte in erster Linie eine einseitige Auslegung der Vertragsklausel (act. 4/2 Ziff. 4.2 (xvi)) zugunsten der Klägerin. Die Vorinstanz habe die Auslegung der Klägerin übernommen, welche dem Wortsinn nicht ent-

spreche und einseitig die Interessen der Klägerin berücksichtige. Das Wort "erfolgswirksam" bringe für den zugesicherten Bestellsuvorrat von CHF 24 Mio. zum Ausdruck, dass diesem die Eigenschaft oder Eignung zukomme, beim Kaufgegenstand (C._____ AG) einen Geschäfts- und Unternehmenserfolg zu bewirken oder zu fördern. Hingegen werde damit grammatikalisch keinesfalls der aus dem Bestellsuvorrat effektiv resultierende Geschäftserfolg selber und schon gar nicht ein Geschäftserfolg oder Geschäftsertrag in bestimmter Höhe oder in bestimmtem Umfang umschrieben. Es dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Kaufvertrag auf der Grundlage der vergangenheitsbezogenen Jahresabschlüsse geschlossen worden sei und die Unternehmensführung ab 1. Februar 2008 vollständig und vorbehaltlos auf die Exekutivorgane der Klägerin übergegangen seien. Eine Erfolgs- oder Ertragsgarantie liege vollständig ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Beklagten, er habe den tatsächlichen Eintritt eines bestimmten Geschäftsertrages gar nicht zusagen oder versprechen können. Ebenso wenig habe er den tatsächlichen Abruf des gesamten Bestellsuvorrates oder eine erzielbare Bruttomarge zugesichert. Die Klausel sei eine von insgesamt 33, die alle unter der Überschrift "Zusicherungen und Garantien des Verkäufers" stünden. Dort würden die Rechtsbegriffe Zusicherung und Garantie synonym verwendet und müssten im Sinne einer unselbständigen Garantie ausgelegt werden. Die Vorinstanz habe den Unterschied zwischen einer unselbständigen und einer selbständigen Garantie ausser Acht gelassen. Die Zusicherung sei allen andern in Ziff. 4 erwähnten weiteren Zusicherungen gleichgestellt. Ihr komme kein selbständiger Charakter zu, die Auslegung müsse im Zweifel contra stipulatorem erfolgen, die Klägerin habe ihr Bedürfnis nach Absicherung der Bestellsuvorräte im Kaufvertrag nicht deutlich zum Ausdruck gebracht, was zu ihren Lasten gehen müsse (act. 128 S. 12 - 19). Für den Fall, dass die Kaufvertragsklausel als selbständige Garantieabrede verstanden würde, macht der Beklagte geltend, es erscheine als geradezu mutwillig, die mehrseitigen Substanziierungen des Beklagten zum angeblich nicht abgerufenen Bestellsuvorrat als Nichtbestreiten zu betrachten. Auch habe er sich detailliert zu den von der Klägerin als zugesichert behaupteten Bruttomargen geäussert und diese bestritten. Schliesslich macht er geltend, dass die Doppelorganschaft von E._____ bei der Klägerin und der C._____

AG aufgrund der positiven Publizitätswirkung der Handelsregistereinträge erstellt sei (act. 128 S. 19 - 23).

5.3. Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er gebe die Klausel unrichtig wieder (erfolgswirksam statt ertragswirksam) und bringe für seine Auslegung eine neue, im Berufungsstadium nicht mehr zulässige modifizierte Sachverhaltsbehauptung vor. Hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation macht sie eventualiter geltend, es handle sich bei der Klausel um eine zusicherungsfähige künftige Eigenschaft, wenn nicht wie die Vorinstanz von einer Garantie ausgegangen werde. Dass der Ertragseintritt ausserhalb der Einflussmöglichkeit des Beklagten gelegen habe, sei gerade typisch für die Garantie, welche die Vorinstanz angenommen habe. Die Klägerin macht weiter geltend, der Beklagte habe die fehlende Abrufung der Bestellungen nicht bestritten, sondern vielmehr Gründe für den Bestellungenrückgang gesucht. Unsubstanziiert sei sein Vorwurf, die Klägerin trage am Bestellungenrückgang ein Verschulden. Er setze sich mit der Würdigung seiner mangelhaften Behauptung nicht auseinander, seine Kritik sei lediglich appellatorischer Natur und nicht zu hören. Unbestritten sei auch die von der Klägerin vorgenommene Schadensberechnung geblieben; die Bestreitung des Beklagten habe sich nur auf die Zusicherung einer Bruttomarge bezogen. Schliesslich folgt die Klägerin der Vorinstanz auch mit Bezug auf die Würdigung der Behauptungen des Beklagten, was die Rolle von CEO E. _____ betrifft.

5.4.1. Vertragliche Vereinbarungen sind, wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille nicht ermittelt werden kann (Art. 18 Abs. 1 OR), aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 ff. E. 4; BGE 130 III 417 E. 3.2.; BGE 122 III 420 E. 3a, je mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 132 III 24 ff. unter Hinweis auf JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N. 370 ff., insbesondere N. 384 zu Art. 18 OR; BGE 135 III 410 ff. [Pr 2010 Nr. 9 S. 54 ff.]).

5.4.2. Mit Bezug auf die zitierte Vertragsklausel Ziff. 4.2. (xvi) hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass es an einem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien über deren Bedeutung fehle, weshalb die normative Auslegung zu greifen habe. Mit dem in der Berufung erhobenen Vorwurf der einseitigen Auslegung zugunsten der Interessen der Klägerin macht der Beklagte sinngemäss den Berufungsgrund der unrichtigen Rechtsanwendung geltend. Er beanstandet eine unzulässige grammatikalische Auslegung zugunsten der Klägerin sowie die unzutreffende bzw. Nicht-Berücksichtigung von für die Auslegung massgeblichen Umständen (act. 128 S. 12 ff.).

5.4.3. Bei der fraglichen Vertragsklausel:

"Sofern nachfolgend kein anderer Zeitrahmen bzw. Zeitpunkt vereinbart wird, garantiert und sichert der Verkäufer der Käuferin bei Unterzeichnung des Vertrages sowie per Vollzugstag zu, dass:

[...]

(xvi) die AG zum Zeitpunkt des Vollzugs des Kaufvertrages über einen Bestellschub von mindestens CHF 24'000'000 verfügt, welcher in der Periode bis 18 Monate nach der Unterzeichnung dieses Vertrages ertragswirksam wird."

knüpft der letzte Satzteil an den vorangegangenen Satzteil an. Inhaltlich wird Bezug genommen auf den Bestellschub von mindestens CHF 24'000'000, der "ertragswirksam wird". Auch der Beklagte, (der in der Berufungsbegründung im Übrigen entgegen dem Wortlaut der Vertragsklausel und ohne weitere Erklärung von Erfolg statt von Ertrag spricht, was indes ohne weitere Bedeutung erscheint), misst dabei dem Wortteil "-wirksam" die Bedeutung "bewirkend", "fördernd" bei (act. 128 S. 13 Rz 41) und damit mehr als die blosse Eignung, etwas zu bewirken. Die Formulierung "welcher...ertragswirksam wird" kann nur dahingehend verstanden werden, dass der Bestellschub von mindestens CHF 24'000'000 in der definierten Zeitperiode von 18 Monaten sich auf den Ertrag auch tatsächlich auswirkt. Der Wortlaut der Klausel differenziert nicht bezüglich der beiden Satzteile, weshalb aufgrund des Wortlautes davon ausgegangen werden muss, dass nicht nur das Vorhandensein des Bestellschubes von mindestens CHF 24'000'000.-- zugesichert wurde, sondern auch, dass dieser sich auf den

Ertrag auswirkt. Letzteres ist nach dem Wortlaut der Klausel Teil der Garantie und Zusicherung. Die vorinstanzliche Erwägung, die Konkretisierung im zweiten Satzteil bedeute, dass der Bestellschvorrat in der Periode von 18 Monaten ertragswirksam zu werden habe (act. 129 S. 40), ist daher nicht zu beanstanden.

5.4.4. Der Beklagte berief sich vor Vorinstanz für seine gegenteilige Auffassung auf den Letter of Intent (LOI) vom 27. November 2007, wo vereinbart wurde, dass die Verpflichtung zum Abschluss des Vertrages u.a. dann entfalle, wenn der Bestellungseingang zum Zeitpunkt des Closing für die dem Datum des Closing folgende Periode von 18 Monaten kleiner ist als CHF 28'800'000.-- (act. 56 S. 27 i.V.m. 4/17 S. 2). Es trifft zu, dass in dieser Formulierung keine Zusicherung für einen bestimmten Warenertrag zu erkennen ist. Gerade hierin unterscheidet sich die Formulierung zum späteren Vertragstext, wo ausdrücklich von Garantie / Zusicherung und Ertragswirksamkeit die Rede ist. Aus welchem Grund sich der Mindestbetrag für die Bestellungen von CHF 28,8 Mio. im LOI auf CHF 24 Mio. im Vertrag reduzierte, bleibt aufgrund der Parteivorbringen ungeklärt. Während der Beklagte geltend machte, der Betrag sei reduziert worden, weil der tiefere Betrag dem realistischen Auftragsbestand / Bestellschvorrat entsprochen habe (act. 56 S. 27), machte die Klägerin geltend, die Zusicherung der Ertragswirksamkeit im Vertrag sei es gewesen, welche sie dazu bewogen habe den Vertrag abzuschliessen, obwohl der im LOI genannte Betrag von CHF 28,8 Mio. nicht erreicht war (act. 62 S. 23/24). Beide Gründe erscheinen nachvollziehbar und möglich, weshalb sich daraus nichts ableiten lässt. Entscheidend ist indes, dass – im Gegensatz zum LOI – ausdrücklich von einer Zusicherung / Garantie gesprochen wird.

5.4.5. Zutreffend weist der Beklagte in der Berufungsbegründung darauf hin, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Auslegung der Klausel den Due Diligence-Bericht vom 11. Dezember 2007 (act. 47/31) nicht beachtet habe, der erhebliche Auslegungselemente enthalte (act. 128 S. 14). Entgegen der Ansicht der Klägerin im Berufungsverfahren (act. 146 S. 15) hatten sich der Beklagte vor Vorinstanz in der Duplik (act. 56 S. 30) wie auch die Klägerin selbst in der Stellungnahme dazu (act. 62 S. 24/25) auf diesen Bericht berufen. Dabei leitete der

Beklagte aus der Feststellung im Due Diligence Report, dass die Gesellschaft [C. _____ AG] trotz Abnahmeverpflichtung das Konkursrisiko des Bestellers trage (act. 47/31 S. 23) ab, dass die Klägerin das Risiko gekannt habe, dass Rahmenverträge mit Kunden notleidend werden konnten; trotz dieses Wissens habe sich die Klägerin nicht mit einer Earn out-Vertragsklausel abgesichert (act. 128 S. 15). Der Beklagte verkennt, dass damit zur Frage, ob der Beklagte mit der Klausel gemäss Ziff. 4.2 (xvi) die Ertragswirksamkeit absicherte, nichts gesagt ist. Hingegen enthält der Report spezifisch zu den Verträgen und den Bestellungseingängen die ausdrückliche Empfehlung, den Unsicherheiten bei den Bestellungen "durch geeignete Garantien des Verkäufers im Kaufvertrag zu begegnen" (act. 47/31 S. 24 und S. 7). Hierauf berief sich die Klägerin vor Vorinstanz (act. 62 S. 24/25), worauf der Beklagte ausführen liess, dass sich der entsprechende Link im Vertrag in den Ziff. 4.2 (xii) und (xiii) wieder fände (act. 69 S. 15). Dass die Empfehlungen in der heute fraglichen Vertragsbestimmung (Ziff. 4.2. (xvi)) ihren Niederschlag fanden, in welcher es auch konkret um die Bestellungen geht, erweist sich allerdings als weit nahe liegender. Der Einbezug des Due Diligence Reports in die Auslegung vermag daher den beklagten Standpunkt nicht zu stärken.

5.4.6. Mit seiner Rüge der einseitigen Berücksichtigung der klägerischen Interessen durch die Vorinstanz (act. 128 S. 14) knüpft der Beklagte an seinen bereits vor Vorinstanz erhobenen Einwand an, die Klausel könne in guten Treuen nicht als Zusicherung verstanden werden, dass die Kundenbestellungen innert 18 Monaten zu 100% in Warenertrag umgemünzt würden, weil die Geschäftsentwicklung völlig ausserhalb seiner Kontrolle gelegen habe (act. 56 S. 26).

Hiezu ist festzuhalten, dass zu den Zusicherungen und Garantien bei Unternehmenskaufverträgen grundsätzlich auch Versprechungen für die Zukunft gehören können, mithin solche für die Zeitspanne nach dem Stichtag der Unternehmensübernahme (Giger, BK-OR, Art. 197 N. 20 und 39; Böckli, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Tschäni, Mergers & Acquisitions, 1998, S. 93). Der im Prozess eingenommene Standpunkt des Beklagten, die Auslegung als Zusicherung oder Garantie der künftigen Entwicklung könne in guten

Treuen nicht angenommen werden, weil er diese nicht mehr beeinflussen konnte, hält daher einer Prüfung nicht stand. Auch wenn dies seinen eigenen Interessen in gewisser Weise zuwider gelaufen haben mag, war eine solche Vereinbarung möglich und zulässig. Dass er sich über die Bedeutung und Tragweite der Verpflichtung gemäss Ziff. 4.2 (xvi) geirrt hätte oder dass die Vertragsklausel aus anderen Gründen unwirksam sei, hat der Beklagte nicht geltend gemacht.

5.4.7. Die vorinstanzliche Auslegung der fraglichen Klausel erweist sich nach dem Gesagten als zutreffend. Die normative Auslegung der Vertragsklausel ausgehend von deren Wortlaut und unter Einbezug der seitens der Parteien behaupteten Umstände ergibt, dass der Beklagte der Klägerin für den Zeitpunkt des Closing sowohl das Vorhandensein eines Bestellvorrates im Umfang von mindestens CHF 24'000'000.-- zusicherte / garantierte sowie auch, dass dieser sich innerhalb von 18 Monaten nach dem Closing ertragswirksam wird. Mit der Vorinstanz ist auch davon auszugehen, dass keine Unklarheit vorliegt, weshalb die Ungewöhnlichkeitsregel nicht zum Tragen kommen kann.

5.5. Die Vorbringen des Beklagten zur rechtlichen Qualifikation knüpfen an seine Auslegung der Klausel an, welcher nicht zu folgen ist. Zugesichert / garantiert wurde nicht die Eignung zur Ertragswirksamkeit, sondern dass der zugesicherte Bestellvorrat ertragswirksam *wird*, mithin dass sich ein Erfolg tatsächlich einstellen wird, was auch der Beklagte als selbständige Garantie zu qualifizieren scheint (act. 128 S. 19). Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Zusicherungen und (selbständigen oder unselbständigen) Garantien liegt darin, dass der Käufer, wenn der in Aussicht gestellte, garantierte Erfolg nicht eintritt, nicht Wandelung des Kaufvertrags oder Minderung verlangen kann, sondern einen Erfüllungsanspruch auf Schadenersatz erhält, der sich den Regeln über die Mängelhaftung, namentlich den Bestimmungen über Rügepflicht...und Verjährung...entzieht (Schönle/Higi, ZK OR Art. 192 - 204, N. 106 zu Art. 197 mit weiteren Verweisen). Gerade hierauf kommt es im vorliegenden Fall indes nicht an, haben die Parteien doch im Vertrag die Folgen von Verletzungen von Garantien und Gewährleistungen durch den Verkäufer in Ziff. 5 des Vertrages ausdrücklich und verbindlich geregelt. Der Vertrag sieht unabhängig von der Qualifikation als Zusicherung oder

Garantie eine Rügepflicht vor, welcher die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 21. Dezember 2009 unbestrittenermassen auch nachgekommen ist (act. 47/21) und welches Schreiben der Beklagte mit der Bestreitung einer Verletzung von Art. 4.2. (xvi) am 14. Januar 2010 beantwortet hatte (act. 47/22).

5.6. Die Vorinstanz ging nach Durchführung des Beweisverfahrens davon aus, es sei keiner der beiden Parteien der Beweis für den von ihnen geltend gemachten Auftragsbestand zum Zeitpunkt des Closings gelungen, weshalb vom vereinbarten Bestand von CHF 24 Mio. auszugehen sei (act. 129 S. 41- 43). Dies wurde von den Parteien nicht beanstandet, weshalb auch im Berufungsverfahren davon auszugehen ist.

5.7.1. Für den Fall, dass die Rechtsmittelinstanz der Auslegung der Vorinstanz folgt, rügt der Beklagte, diese habe Art. 8 ZGB verletzt, indem sie den von der Klägerin auf CHF 4'620'635.09 errechneten, als nicht abgerufen behaupteten Bestellungsverrat unbekümmert der detaillierten Bestreitungen des Beklagten als quantitativ richtig angenommen und darüber keinerlei Beweise abgenommen habe. Ausserdem habe die Vorinstanz im Ergebnis der Klägerin die Last des ziffernmässigen Schadensbeweises gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR abgenommen (act. 128 S. 20/21). Die Klägerin hält dem entgegen, der Beklagte habe nicht behauptet, die Bestellungen seien abgerufen worden, vielmehr habe er Gründe für den Bestellungenrückgang zu finden versucht und der Klägerin unsubstantiiert ein Verschulden am Bestellungenrückgang vorgeworfen. Mit der vorinstanzlichen Würdigung setze sich der Beklagte nicht auseinander (act. 146 S. 18 Rz 56).

5.7.2 Der Beklagte legt im Berufungsverfahren unter Hinweis auf seine Behauptungen in der Duplik (act. 56 Rz 78, 80 - 89 und 196) dar, dass er zu allen von der Klägerin geltend gemachten und bezifferten Bestellungseinbussen und separat für jeden Kunden Stellung genommen und dargelegt habe, weshalb er für den jeweiligen Bestellungenrückgang nicht hafte (act. 128 S. 20/21). Vor Vorinstanz spricht er selbst von einem Einbruch von Umsatz und Bestellungenverrat (act. 56 Rz 196, zitiert in act. 128 S. 20 Rz 63). Wenn die Vorinstanz gestützt auf diese Behauptungen davon ausging, der Bestellungenrückgang an sich sei nicht bestritten, so ist

das nicht zu beanstanden, sondern im Gegenteil zutreffend. Der Beklagte bestätigte vielmehr vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren den Bestellungenrückgang. Eine "Bestreitung" liegt immerhin insoweit vor, als der Beklagte mit seinen Ausführungen seine Verantwortlichkeit für den Bestellungenrückgang in Abrede stellt.

5.7.3. Die Parteien haben mit Bezug auf die Zusicherung / Garantie gemäss Ziff. 4.2 (xvi) keine Vorbehalte in den Vertrag aufgenommen. Die Vorinstanz ging unter Hinweis auf die Lehre und ausgehend von der rechtlichen Qualifikation der Klausel als selbständige Garantie zutreffend davon aus, dass die Garantie hinfällig werde, wenn der Promissar durch schuldhaftes Verhalten die Leistung des Dritten verhindert habe, etwa durch ungerechtfertigte Annahmeverweigerung, Unterlassen einer Mitwirkungshandlung oder bei schuldhafter Herbeiführung der gesicherten Gefahr (act. 129 S. 44). Sie erwog, dass die vom Beklagten ins Feld geführten Einwände (rechtliche Verbindlichkeit der Kundenverträge, angeblich vernachlässigte Kundenpflege, Verhalten von CEO E._____, mögliche Ersatzaufträge) nicht geeignet seien, das Dahinfallen der Garantie zu bewirken (a.a.O., S. 44/45). Dessen Einwand, es seien seine umfassenden, detaillierten Bestreitungen zum behaupteten Nichtabruf als inexistent und nicht angeboten unterdrückt und zu Unrecht keine Beweise abgenommen worden (act. 128 S. 21), geht insofern fehl. Immerhin trifft zu, dass eine eingehende Begründung für die vorinstanzliche Auffassung und eine differenzierte Auseinandersetzung mit den Vorbringen des Beklagten fehlt. Es ist nachstehend darauf einzugehen.

5.7.4. Die Klägerin behauptete in der Replik durch die Gegenüberstellung der Aufträge per 1. Februar 2008 mit jenen per 1. August 2009 offene Bestellungen im Umfang von CHF 1'230'310; dies bezogen auf eine Liste namentlich genannter Kunden (act. 46 S. 24 - 26, Rz 45). Bezüglich des Kunden F._____ AG führte sie aus, dass am 7. Mai 2007 eine Bestellung im Gesamtwert von CHF 4'295'000.-- eingegangen sei und dann ein teilweiser Abruf der Bestellung erfolgte und dann die Stornierung als Folge eines kundenseitigen Konstruktionsfehlers, der bewirkte, dass die Produkte der C._____ AG nicht mehr gebraucht werden konnten. Nach Behebung des Fehlers kamen zwei neue Aufträge, so dass schliesslich mit

dem Abruf eines Teils der ursprünglichen Bestellung und den zwei Ersatzaufträgen total CHF 2'681'985.-- ertragswirksam wurden und CHF 1'613'015.30 offen blieben (act. 46 S. 27/8). Mit Bezug auf den Kunden G._____ Ltd. machte die Klägerin geltend, es seien per 1. Februar 2008 zwei Aufträge für Waren im Wert von CHF 1'958'292.35 und CHF 5'871.47 offen gewesen. Abgerufen worden seien nur Leistungen im Betrag von CHF 204'624.08, so dass CHF 1'759'539.74 offen geblieben seien. Mit Bezug auf den Kunden H._____ AG seien von der ursprünglichen Bestellung im Umfang von CHF 89'471.20 am 1. August 2009 noch CHF 17'770.05 offen gewesen (act. 46 S. 29).

In der Duplik setzte der Beklagte dem folgende Behauptungen entgegen: Er machte geltend, die Klägerin habe aufgrund der Due Diligence Prüfung gewusst, dass Rahmenbestellungen noch keine Garantie dafür seien, dass die Bestellungen auch abgerufen würden, selbst wenn der Abruf eine rechtlich durchsetzbare Pflicht wäre. Man verhalte sich grundsätzlich kulant gegenüber geänderten Wünschen der Kunden; dies zugunsten einer langfristigen Erhaltung des Kundenstamms. Leider habe es der neuen Führungsriege der C._____ AG um CEO E._____ und CFO I._____ an diesen Fähigkeiten gefehlt, was zum Einbruch des Geschäftsganges geführt habe (act. 56 Rz 78). Er verwies sodann auf die grundsätzlich bestehende rechtliche Verbindlichkeit der Verträge (Rz 79) und nahm dann zu einzelnen Kunden Stellung: Er behauptete, dass für die Kunden J._____, K._____, F._____ und L._____ AG Abnahmeverpflichtungen bestanden hätten, welche die Klägerin gekannt habe (act. 56 Rz 80 - 84). Mit Bezug auf den Kunden F._____ wies er wiederum auf dessen Abnahmeverpflichtung hin und er bestritt seine Haftung für den Fall, dass die Klägerin die Abnahmeverpflichtung nicht durchgesetzt habe. Er nannte sodann die Möglichkeit für weitere Ersatzaufträge, ohne solche aber konkret zu behaupten (act. 56 S. 31 Rz 85). Bezüglich G._____ Ltd. machte er geltend, es hätten bei der Bestellung im Herbst 2007 für ein neues Blutzuckermessgerät noch gewisse Anpassungen vorgenommen werden müssen, welche in enger Zusammenarbeit zwischen C._____ AG und G._____ Ltd. vorgesehen gewesen seien. Der Auftrag sei wegen des gegenseitigen Vertrauens an die C._____ AG vergeben worden. Dieses Vertrauen sei durch die neue Führungscrew herb enttäuscht worden. Es liege auf der Hand, dass der Beklagte

nicht dafür einzustehen habe, wenn deswegen die Bestellung nicht erfolgt sei (act. 56 S. 31/32 Rz 87 und 88). Die Klägerin wandte in ihrer Stellungnahme ein, die Stornierung sei wegen Änderungswünschen der Bestellerin erfolgt, über die keine Einigung habe erzielt werden können (act. 62 S. 27/28). Zur H._____ AG schliesslich machte der Beklagte geltend, dass finanzielle Probleme auf Seiten des Kunden dazu geführt hätten, dass nicht das ganze Bestellvolumen innerhalb von 18 Monaten nach dem Closing habe geliefert werden können, wofür der Beklagte nicht einzustehen habe (act. 56 S. 32 Rz 89). Die Klägerin verwies in ihrer Stellungnahme mit Bezug auf die Abnahmepflicht darauf, dass deren Bestand letztlich deshalb offen bleiben könne, weil die Ertragswirksamkeit im Umfang von CHF 24 Mio. vorbehaltlos zugesichert worden sei (act. 62 S. 27).

Der Beklagte geht mit seinen Vorbringen sinngemäss davon aus, die Klägerin habe es selbst in der Hand gehabt, die Abnahmeverpflichtung durchzusetzen. Die von ihm übernommene Zusicherung / Garantie gemäss Ziff. 4.2 (xvi) sieht keine solche Verpflichtung vor. Vielmehr trifft es zu, dass diesbezüglich keine Vorbehalte angebracht wurden. Insbesondere macht der Beklagte aber in diesem Zusammenhang auch nicht geltend, die Klägerin habe es – ihr vorwerfbar oder gar in treuwidriger Art – versäumt, die Abnahmeverpflichtung soweit bestehend durchzusetzen. Seine diesbezüglichen Vorbringen bleiben vielmehr vage. Auch bezüglich der von ihm genannten Kunden behauptet er nicht konkret, die Klägerin habe keine rechtlichen Schritte unternommen, die Bestellungen durchzusetzen. Vielmehr legt er das als allgemeine Annahme seiner Schlussfolgerungen zugrunde. Dies vermag eine konkrete Behauptung nicht zu ersetzen. Aus diesem Grund ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz dafür hält, die rechtliche Verbindlichkeit der Kundenverträge lasse die Garantie nicht hinfällig werden.

5.7.5. Zum Verhalten der neuen Führungscrew, insbesondere von CEO E._____, welches der Beklagte vor Vorinstanz als weiteren Grund für das Ausbleiben gewisser Bestellungen – insbesondere im Zusammenhang mit dem Kunden G._____ Ltd – anführt, kam die Vorinstanz zum Schluss, der Beklagte habe nicht behauptet, CEO E._____ habe auch als Organ der Klägerin gehandelt, weshalb die Garantie dadurch nicht entfalle (act. 129 S. 45). Der Beklagte setzt dem im

Berufungsverfahren nur entgegen, dass sich aus den Handelsregisterauszügen die Organschaft ergebe und die Vorinstanz in Verletzung von Art. 8 ZGB und ihrer Fragepflicht von einer nicht behaupteten Doppelorganschaft ausgehe (act. 128 S. 23). Dem kann nicht gefolgt werden. Die richterliche Fragepflicht kann nur einsetzen, wenn unklare Behauptungen vorliegen, was mit den Vorbringen des Beklagten in der Duplik nicht der Fall war. Der Beklagte behauptete dort mit Bezug auf einen Vertrag zwischen G._____ Ltd. und der C._____ AG einzig, dass eine weitere Zusammenarbeit zwischen der C._____ (unter der neuen Führung) und der G._____ Ltd. unter diesen Umständen nicht mehr zumutbar gewesen sei (act. 56 S. 32 Rz 88). Eine Unklarheit in Bezug auf die Frage, für wen CEO E._____ tätig war, lag bei dieser Behauptungslage nicht vor, weshalb auch eine Fragepflicht nicht bestand. Damit muss es beim Entscheid der Vorinstanz sein Bewenden haben.

5.7.6. Was den Kunden H._____ AG betrifft, blieb die Behauptung des Beklagten in der vorinstanzlichen Duplik, die finanziellen Probleme auf Seiten des Kunden hätten dazu geführt, dass nicht das ganze Bestellvolumen innerhalb von 18 Monaten nach dem Closing geliefert werden konnte, unbestritten (act. 56 S. 32 Rz 89). Ein Ausschluss des Delkredererisikos mit Bezug auf die offenen Bestellungen wie ihn der Beklagte geltend macht, lässt sich indes aus der Vertragsklausel Ziff. 4.2 (xvi) nicht ableiten. Der von ihm in diesem Zusammenhang angeführte Due Diligence Bericht hält an der zitierten Stelle einzig fest, dass die C._____ AG in dieser Hinsicht nicht abgesichert zu sein scheine (act. 47/31 S. 23). Ein entsprechender Vorbehalt findet sich aber weder im Vertrag noch im Report.

5.7.5. Insgesamt ergibt sich damit, dass die Vorinstanz zu Recht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens davon ausgegangen ist, der zugesicherte / garantierte Bestellschub sei im Umfang von CHF 4'620'635.09 nicht ertragswirksam geworden.

5.8. Die Vorinstanz erachtete die seitens der Klägerin im Zusammenhang mit den Minderbestellungen geltend gemachte Schadensberechnung als unbestritten und sprach der Klägerin einen Betrag von CHF 1'926'342.75 (41,69 % von CHF 4'620'635.10) zu (act. 129 S. 45/46).

5.8.1. Der Beklagte rügt in der Berufungsbegründung, er habe sich in Klageantwort und Duplik detailliert zu den von der Klägerin als zugesichert behaupteten Bruttomargen geäussert; diese seien bestritten und die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht Beweis darüber abgenommen und überdies der Klägerin die Last des ziffernmässigen Schadensbeweises abgenommen (act. 128 S. 21/22). Die Klägerin hält demgegenüber dafür, dass sich die Bestreitungen des Beklagten auf die Frage einer zugesicherten Bruttomarge bezogen hätten und nicht auf die Schadensberechnung; letztere sei unbestritten geblieben (act. 146 S. 18, Rz 57).

5.8.2. Die Klägerin machte die Minderungsposition, welche sie aus dem Verstoss gegen den zugesicherten Auftragsbestand ableitet, erstmals in der vorinstanzlichen Replik geltend. Sie führte aus, da sie aufgrund der bestehenden Bestellungen bereits irreversible Dispositionen (insbesondere Aufstellung von Personal und Maschinen, Wareneinkauf etc.) getroffen habe, um diese Aufträge erfüllen zu können, stünde dem fehlenden Ertrag keine Einsparung gegenüber. Ihren Schaden errechnete sie ausgehend von einer Bruttomarge von 43,9%, bzw. von 41,69% aus (act. 46 Rz 128). Dem hielt der Beklagte in der Duplik seine grundsätzliche Bestreitung dieser Schadensposition entgegen. Des weiteren machte er geltend, die Behauptung der Klägerin betr. bereits getätigter Dispositionen seien in keiner Weise substantiiert und belegt, sowie auch bestritten und widerlegt (act. 56 Rz 150 und 151).

5.8.3. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass es Sache der Klägerin sei, den geltend gemachten Schaden nachzuweisen, dass hingegen eine allfällige Vorteilsanrechnung, worunter allfällige Einsparungen fallen, vom Beklagten zu behaupten und nachzuweisen sei (act. 129 S. 46). Letzteres hat der Beklagte nicht getan. Nach dem Gesagten (oben Ziff. 5.7.) hat sich der zugesicherte Ertrag im Umfang von CHF 4'620'635.10 nicht realisiert, auf welchem Betrag der Schaden zu berechnen ist. Dass dies in der Form der auf diesen Ertrag fallenden Marge zu tun ist, d.h. die Art der Schadensberechnung, wurde vom Beklagten nicht in Frage gestellt und ist nicht zu beanstanden. Hingegen kann entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen nicht von einer unbestrittenen Marge von 41,69% ausgegangen werden. Beide Parteien haben sich im Rahmen des vorinstanzlichen

Verfahrens wiederholt zu den Bruttomargen geäussert, dies insbesondere im Zusammenhang mit der Behauptung der Klägerin, dass eine Mindest-Bruttomarge vom Beklagten zugesichert worden war. Die von der Klägerin behaupteten Zusicherungen zu den Kennzahlen (Geschäftsverlauf, Warenertrag, Bruttomarge, Gewinn) hat die Vorinstanz indes mit überzeugender Begründung als durch den Vertragsabschluss ausgeschlossen beurteilt, was im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt wurde. Die dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde gelegte Marge von 41,69% entspricht dem Bruttogewinn des Jahres 2006 (act. 4/2 Anhang 1 S. 4), entgegen der Darstellung der Klägerin aber nicht der gemäss Margenbandbreite minimalen Bruttomarge (act. 46 Rz 128). Diese lag unbestrittenermassen (act. 1 Rz 40 und 155; act. 56 Rz 133) per Mitte 2007 bei 37,16% und per Ende 2007 bei 38,18%. Die Klägerin hat nicht dargetan, worauf sich die primär behauptete Marge von 43,9% stützt und dies ist auch nicht ersichtlich. Mehr als die minimale Bruttomarge hat die Klägerin damit nicht hinreichend begründet. Auszugehen ist daher von der von ihr behaupteten minimalen Bruttomarge von 37,16%, in welchem Umfang sie denn auch als vom Beklagten anerkannt betrachtet werden kann. Er selbst sprach in der Klageantwort von ca. 37% als unterem Bereich der Bandbreite (act. 32 Rz 25). Es resultiert damit ein Schaden im Zusammenhang mit dem entgangenen Ertrag aus dem zugesicherten Bestellvorrat von CHF 1'717'028.-- (37,16% von CHF 4'620'635.10).

6. Zinsforderung

6.1. Der Beklagte macht im Eventualstandpunkt hinsichtlich der Verzugszinsen geltend, die Klägerin habe weder in der Klage noch in der Replik ihre Verzugszinsforderung substantiiert und die Vorinstanz mit der Zusprechung die Verhandlungsmaxime von § 54 Abs. 1 ZPO/ZH verletzt. Ein Schaden für nicht vorhandene Bestellungen habe sodann frühestens am 2. August 2009 eintreten können. Er beanstandet weiter, die Vorinstanz habe das Zinseszinsverbot von Art. 105 Abs. 3 OR missachtet und insgesamt mit Bezug auf die Verzugszinsen elementare Verfahrensregeln und auch die materiellen Verzugs- und Verzugszinsregeln verletzt (act. 128 S. 23/24 Rz 73 - 78).

6.2. Die Klägerin verweist in der Berufungsantwort auf Rz 30 ihrer Klageschrift sowie auf die Klagebeilagen 28 - 30 und macht geltend, sie habe die Tatsachen ihrer Zinsforderung substantiiert dargestellt und belegt. Die Vorinstanz habe mangels Bestreitung zu Recht auf ihre Vorbringen abgestützt und die Berechnung korrekt vorgenommen (act. 146 S. 19/20 Rz 60 - 62).

6.3. Zur Begründung ihrer Zinsforderung von 5% auf CHF 8'000'000.-- seit dem 26. Juli 2008 machte die Klägerin im Rahmen der Schilderung des Hergangs des Kaufes (vgl. Inhaltsverzeichnis, act. 1 S. 3) geltend, sie habe dem Beklagten der guten Ordnung halber gemäss Ziff. 5.5 des Kaufvertrages eine Nachfrist von 30 Tagen angesetzt, um den Beanstandungen entgegenzutreten. Gleichzeitig habe sie ihm mitgeteilt, dass sie andernfalls gemäss Ziffer 5.7 des Kaufvertrages und/oder gestützt auf Grundlagenirrtum respektive absichtliche Täuschung vom Vertrag zurücktreten werde. Der Beklagte habe die Frist verstreichen lassen, worauf sie, die Klägerin, am 25. Juli 2008 Klage beim Friedensrichter eingereicht habe. Sie verwies dabei auf ein mit "Mängelrüge" betitelttes Schreiben vom 22. Mai 2008, in welchem die erwähnte Fristansetzung erfolgte (act. 1 S. 16/17 Rz 30 i.V.m. act. 4/28). In der weiteren, ausführlichen Begründung ihrer Klage erörtert sie zum Tatsächlichen die einzelnen Positionen ihrer Forderung, stellt diese auf mehrere verschiedene Rechtsgründe und quantifiziert schliesslich den geltend gemachten Minderungsbetrag und die einzelnen Vorfälle hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Kaufpreis. Zur Zinsforderung äusserte sich die Klägerin nicht mehr. In der Replik ergänzte die Klägerin ihre Minderungspositionen mit derjenigen, welche sie für zugesicherten, ertragswirksamen Bestellungsverrat geltend machte (act. 46 S. 22 Rz 39 ff. und Rz 128 ff.). Sie verwies auf ein Schreiben an den Beklagten und machte selbst geltend, sie habe diesen am 21. Dezember 2009 über die Verletzung des zugesicherten ertragswirksamen Bestellvorrates in Kenntnis gesetzt (act. 46 Rz 48 i.V.m. act. 47/21). In dem Schreiben setzte sie dem Beklagten analog dem vorerwähnten Schreiben vom 22. Mai 2008 Frist zur Nachbesserung an.

6.4. Die Vorinstanz hat der Klägerin eine Kaufpreisminderung zugesprochen, die sich auf die Einzelpositionen "Garantiefall D. _____", "Baukosten" und "Bestel-

lungsvorrat" beziehen. Im Berufungsverfahren wird dieser Entscheid weitgehend zu bestätigen sein. Ein Verzugszins auf diesen Positionen hat nun aber die Klägerin - wie der Beklagte zu Recht eingewendet hat - in keiner Weise substantiiert. Vielmehr hat sie auf dem mittels verschiedener Berechnungsarten geltend gemachten Total ihrer Forderung über ursprünglich CHF 8'000'000.-- generell 5% Zins ab 26. Juli 2008 verlangt und in keiner Weise nach den Einzelpositionen differenziert. Die beim Friedensrichter eingereichte Leistungsklage vermag zwar den Anforderungen an eine Mahnung jedenfalls zu genügen (Wiegand, BSK, OR I, 5. Aufl., Art. 102 N. 5 und 9). Mit Bezug auf die Teilforderung "Bestellungsvorrat" fehlte es indes selbst nach Darstellung der Klägerin an der vorausgesetzten Fälligkeit. Aber auch im Übrigen fehlt es an jeglicher Substantiierung hinsichtlich der geltend gemachten Einzelpositionen, weshalb sich die Berufung insoweit als begründet erweist. Ob die Zinsberechnung zutreffend erfolgt ist, braucht daher nicht weiter geprüft zu werden.

7. Mehrwertsteuer

7.1. Der Beklagte rügt schliesslich im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe ihm auf der ihm zugesprochenen Parteientschädigung trotz seinem Antrag in der Klageantwort, an welchem er in der Duplik festgehalten habe, keine Mehrwertsteuer zugesprochen. Indem das Gericht entgegen dem unwidersprochenen Antrag des Beklagten und ohne jede Begründung die Mehrwertsteuer verweigert habe, habe es die Fragepflicht verletzt und gegen das Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich von 17. Mai 2006 verstossen (act. 128 S. 25 Rz 79 ff.). Die Klägerin hält fest, dass der Beklagte bei der Urteilsfällung den Wohnsitz im Ausland gehabt habe, womit er von der Mehrwertsteuer befreit gewesen sei. Er hätte dem Gericht bei Bekanntgabe des Wohnsitzwechsels darlegen müssen, für welche Zeitperiode bzw. für welchen Rechnungsbetrag er seinem Anwalt Mehrwertsteuer abgeliefert habe. Die Fragepflicht sei nicht verletzt und es werde bestritten, dass der Beklagte überhaupt Mehrwertsteuer bezahlt habe (act. 146 S. 20 f. Rz 63 - 65).

7.2. Mit der letzterwähnten neuen Bestreitung, dass der Beklagte Mehrwertsteuer bezahlt habe, ist die Klägerin im Berufungsverfahren ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

7.3. Gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 hat in der Regel eine Partei ihrer Anwältin oder ihrem Anwalt auf ihr oder sein Honorar Mehrwertsteuer zu bezahlen. Hat eine Partei Wohn- oder Geschäftssitz im Ausland, muss der Anwalt für die für sie erbrachte Leistung in der Schweiz keine Mehrwertsteuer abliefern, ist die Partei selber mehrwertsteuerpflichtig, dann kann sie die bezahlte Mehrwertsteuer in der Regel selbst als Vorsteuer von der eigenen Mehrwertsteuerschuld abziehen. Weil es keine generelle Lösung gibt, muss die Partei, welche zur nach Anwaltsgebührenverordnung berechneten Prozessentschädigung die Mehrwertsteuer ersetzt haben will, dies beantragen. Dabei berücksichtigen die Gerichte den aktuellen Satz der Mehrwertsteuer und sprechen der Partei, die die Mehrwertsteuer verlangt, diese ohne weiteres zu, wenn die Gegenpartei nicht opponiert. Hat eine Partei Wohnsitz oder Sitz im Ausland, ist ihr ohne weiteres kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (Kreisschreiben S. 2 und 3).

Vorliegend hat die Klägerin vor Vorinstanz dem Antrag des Beklagten in der Klageantwort auf Zusprechung der Mehrwertsteuer zusätzlich zur Prozessentschädigung nicht opponiert. Der Beklagte hatte damals unbestrittenermassen Wohnsitz in der Schweiz, weshalb der Antrag auch begründet war. Am 27. Februar 2012 orientierte der beklagtische Rechtsvertreter die Vorinstanz über den Wohnsitzwechsel des Beklagten ins Ausland (act. 116/2), was anlässlich der vorinstanzlichen Beweisverhandlung vom 28. Februar 2012 auch zu Protokoll gegeben wurde (Prot. VI S. 23). Ab diesem Zeitpunkt ist davon auszugehen, dass der beklagtische Rechtsvertreter für den Beklagten keine Mehrwertsteuer mehr abrechnen musste. Im Urteilszeitpunkt – am 14. Juni 2012 – und weiterhin im Berufungsverfahren hatte bzw. hat der Beklagte weiterhin Wohnsitz im Ausland. Entsprechend hat er im Berufungsverfahren denn auch keinen Mehrwertsteuerzusatz verlangt (act. 128 S. 27).

Die Vorinstanz sprach dem Beklagten – ohne jede Begründung – auf der ihm zugesprochenen reduzierten Prozessentschädigung keinen Mehrwertsteuerersatz zu. Dem kann nicht gefolgt werden. Sie wusste, ab welchem Zeitpunkt der Beklagte seinen Wohnsitz ins Ausland verlegte. Die Prozessentschädigung ist sodann gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung zu berechnen und war nicht von der Rechnungstellung des beklaglichen Rechtsvertreters an den Beklagten abhängig. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann es daher nicht darauf ankommen, welchen Rechnungsbetrag der Vertreter seinem Klienten bis dahin in Rechnung gestellt hatte. Vielmehr ist bei der Berechnung der Prozessentschädigung durch die Vorinstanz, die im Übrigen nicht angefochten ist, davon auszugehen, dass auf Leistungen bis zur Beweisverhandlung eine Mehrwertsteuer abzurechnen war. Die Vorinstanz ging zusammen mit dem Beweisverfahren (2 kleine Eingaben act. 95 und act. 99, Beweisanretung act. 100 und Beweisverhandlung) von insgesamt vier Zuschlägen von insgesamt 97% der Grundgebühr aus. Hievon sind 15% als nicht mehrwertsteuerpflichtig zu betrachten. Auf die Gesamtentschädigung macht dies bei einer nahezu verdoppelten Grundgebühr rund 7,5%. Bis Ende 2010 betrug der Mehrwertsteuersatz 7,6%, ab 1. Januar 2011 8%. Entsprechend ist bis zur Schliessung des vorinstanzlichen Hauptverfahrens am 26. November 2010, d.h. für die Grundgebühr und zwei Zuschläge [= rund 50% für die beiden weiteren Schriftenwechsel], insgesamt mithin für 75% der vorinstanzlichen Prozessentschädigung eine Mehrwertsteuer von 7,6% geschuldet, ab dann für 17,5% eine solche von 8% und für 7,5% der Entschädigung keine Mehrwertsteuer.

8. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten, dass die Berufung abzuweisen ist, soweit sie die Positionen Garantiefall D._____ (CHF 529'990.20) sowie die Baukosten (CHF 200'000.--) betrifft. Im Zusammenhang mit dem Bestellvorrat reduziert sich die klägerische Forderung auf CHF 1'717'028.--. Sodann ist auf diesen Beträgen kein Zins geschuldet und es ist dem Beklagten auf seine reduzierte Prozessentschädigung vor Vorinstanz teilweise die Mehrwertsteuer zu ersetzen.

Die Klägerin dringt damit mit ihrer Forderung im Umfang von CHF 2'447'018.20 durch. Zur Verrechnungsforderung des Beklagten für den vertraglich vorgesehene Rückbehalt haben sich die Parteien im Berufungsverfahren nicht geäußert. Es muss daher diesbezüglich beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden haben. Mit der klägerischen Forderung sind mithin CHF 520'625.-- und CHF 534'375.-- zu verrechnen. Der Beklagte hat der Klägerin mithin noch CHF 1'392'018.20 zu bezahlen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt CHF 1'849'557.--. Zinsforderung und Mehrwertsteuer haben auf die Streitwertberechnung keinen Einfluss (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte unterliegt im Berufungsverfahren zu rund drei Vierteln und ist entsprechend zur Zahlung von drei Vierteln der Gerichtskosten im zweitinstanzlichen Verfahren zu verpflichten. Die Gerichtsgebühr ist dabei auf 39'000.-- festzusetzen. Entsprechend dem Obsiegen und Unterliegen ist er sodann zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine hälftige Prozessentschädigung von CHF 20'000.-- zu bezahlen. Die Klägerin verlangt ausdrücklich eine Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer. Da die Anfrage bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung ergab, dass sie über keine Mehrwertsteuer Nummer verfügt (act. 149), steht dem nichts entgegen.

2. Hinsichtlich der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziff. 3 und 4) beantragte der Beklagte, es seien die vorinstanzlichen Kosten der Klägerin aufzuerlegen und es sei die Klägerin zu verpflichten, ihm eine Prozessentschädigung von CHF 180'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,6% auf CHF 162'000.-- und von 8% auf CHF 18'000.-- zu bezahlen (act. 128 S. 2). Die Klägerin liess Abweisung beantragen (act. 146 S. 2).

Beim vorerwähnten Ausgang des Verfahrens reduziert sich der vom Beklagten zu zahlende Betrag um rund CHF 457'000.-- gegenüber dem vorinstanzlichen

Urteil. Auf dem erstinstanzlichen Streitwert von CHF 8'000'000.-- berechnet sind dies wenig mehr als 5%. Dies rechtfertigt es, es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsaufteilung zu belassen. Dem Kläger ist indes auf der ihm zuzusprechenden Prozessentschädigung von CHF 90'000.-- auf dem Betrag von CHF 67'500.-- (= 75%) 7,6% Mehrwertsteuer und auf dem Betrag von CHF 15'750.-- (= 17,5%) 8% Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

5. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (3. Abteilung) vom 14. Juni 2012 im Umfang der Klageabweisung gemäss Dispositiv Ziff. 1 sowie hinsichtlich Dispositiv Ziff. 2 am 20. November 2012 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 1'392'018.20 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Dispositiv Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich (3. Abteilung) vom 14. Juni 2012 wird bestätigt.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 90'000.-- zu bezahlen, zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer auf dem Betrag von CHF 67'500.-- sowie 8% Mehrwertsteuer auf dem Betrag von CHF 15'750.--.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 39'000.-- festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsbeklagten zu einem Viertel und dem Beklagten und Berufungskläger zu drei Vierteln auferlegt. Sie werden mit dem vom Beklagten und Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Klägerin

und Berufungsbeklagte hat dem Beklagten und Berufungskläger ihren Anteil (CHF 9'750.--) zu bezahlen.

8. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessschädigung von CHF 20'000.-- zu bezahlen. Diese wird mit der vom Beklagten und Berufungskläger geleisteten Sicherheitsleistung verrechnet.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 1'849'557.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

MLaw D. Weil

versandt am: