

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A_220/2013

Urteil vom 30. September 2013

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Niquille,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
D._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Conrad,
Beschwerdeführer,

gegen

X._____ AG,
als Rechtsnachfolgerin von Z._____ Holding AG,
vertreten durch Rechtsanwältin Franziska Rhiner und Rechtsanwalt Dr. Marc Russenberger,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Aktienkauf,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 5. März 2013.

Sachverhalt:

A.

Am 1. Februar 2008 schlossen D._____ (Verkäufer, Beklagter, Beschwerdeführer) und die Z._____ Holding AG (Käuferin, Klägerin, heute zufolge Fusion X._____ AG, Beschwerdegegnerin) einen Kaufvertrag über sämtliche Aktien der X._____ AG. Sie vereinbarten einen Kaufpreis von Fr. 10'950'000.--, der bis auf den vertraglich vorgesehenen Rückbehalt von total Fr. 1'500'000.-- beim Vollzug der Transaktion (Closing) zu bezahlen war. Die Käuferin sah sich - nach Abschluss des Geschäftsjahres 2007 - durch das Verhalten des Verkäufers getäuscht und forderte von ihm einen Betrag von Fr. 8'000'000.-- zurück.

B.

B.a. Mit Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich forderte die Klägerin, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 8'000'000.-- nebst Zins zu bezahlen. Das Handelsgericht trat mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein und überwies diese an das Bezirksgericht Zürich. Dieses schützte die Klage mit Urteil vom 14. Juni 2012 im Betrag von Fr. 1'849'557.25 nebst 5 % Zins sei dem 2. August 2010.

B.b. Die dagegen erhobene Berufung des Beklagten schützte das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 5. März 2013 teilweise und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 1'392'018.20 (ohne Zins) zu bezahlen.

Von den drei im Berufungsverfahren noch strittigen Punkten wies es die Berufung bezüglich des Garantiefalls "Q._____" (Fr. 529'990.10) und der Baukosten (Fr. 200'000.--) ab. Im

hauptsächlichen Streitpunkt, der Frage einer Zusicherung/Garantie betreffend die vorhandenen Bestellungen, reduzierte es den vom Bezirksgericht zuerkannten Betrag von Fr. 1'926'342.75 (41,69 % von Fr. 4'620'635.10) auf Fr. 1'717'028.-- (37,16 % von Fr. 4'620'635.10). Insgesamt ergab sich damit der Betrag von Fr. 2'447'018.20 und unter Berücksichtigung von zwei Verrechnungspositionen des Beklagten über Fr. 520'625.-- und Fr. 534'375.-- der zugesprochene Betrag von Fr. 1'392'018.20.

C.

C.a. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts sei (mit Ausnahme der Höhe der Gerichtskosten, Dispositiv-Ziffer 4) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

C.b. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er zur Sicherstellung der Parteikosten der Gegenpartei bereit und in der Lage sei, sofern die Beschwerdegegnerin ein entsprechendes Gesuch stelle.

C.c. Mit Verfügung vom 23. Mai 2013 wies das Bundesgericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, und es verpflichtete, einem Begehren der Beschwerdegegnerin entsprechend, den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 3. Juni 2013 zur Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung im Betrag von Fr. 15'000.--.

C.d. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 teilte die Beklagte unter Beilage eines Handelsregisterauszugs mit, dass sie mit der X. _____ AG fusioniert habe und bat um Vormerknahme der Gesamtnachfolge unter Anpassung des Rubrums.

C.e. Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des Urteils des Obergerichts. Dieses hat auf Vernehmlassung verzichtet. Der Beschwerdeführer hat unaufgefordert repliziert. Mit Schreiben vom 23. September 2013 hat der Beschwerdeführer erneut ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gestellt.

D.

Am 6. August 2013 teilte das Betreibungsamt Bern-Mittelland mit, dass die Forderungen des Beschwerdeführers gegen das Bundesgericht aus der geleisteten Einschreibgebühr von Fr. 13'000.-- und der Sicherstellung für die Parteientschädigung von Fr. 15'000.-- verarrestiert worden seien.

Erwägungen:

1.

Das angefochtene Urteil ist ein verfahrensabschliessender Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG). Der Streitwert übersteigt die Grenze nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist - unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Gemäss Auszug des Handelsregisteramts des Kantons Aargau vom 23. Juli 2013 fusionierte die Z. _____ Holding AG mit Fusionsvertrag vom 18. Juli 2013 mit der X. _____ AG. Damit gingen alle Rechte und Pflichten der Z. _____ Holding AG auf die X. _____ AG über und diese übernimmt ohne weiteres die Stellung der übernommenen Gesellschaft im Prozess (Art. 71 BGG i.v.m. Art. 17 Abs. 3 BZP; Urteil des Bundesgerichts 2C_895/2008 vom 9. Juni 2009 E. 1.1, publ. in: RDAF 2009 II S. 522 ff.).

3.

3.1. Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Unerlässlich ist aber, dass auf die Begründung des angefochtenen Urteils

eingegangen und dargetan wird, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegen soll (BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 246; 134 V 53 E. 3.3 S. 60; 133 IV 286 E. 1.4). Mit Blick auf die Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt das Bundesgericht grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 135 III 397 E. 1.4 S. 400; 134 III 102 E. 1.1 S. 105). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 65 E. 1.3.1 S. 68 mit Hinweis).

3.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 135 III 127 E. 1.5 S. 130, 397 E. 1.5 S. 401). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die beschwerdeführende Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 133 III 462 E. 2.4 S. 466).

4.

Von den drei im vorinstanzlichen Verfahren noch strittigen Positionen (vgl. Sachverhalt B.b hiavor) ficht der Beschwerdeführer einzig die unter dem Titel Zusicherung/Garantie zugesprochene Teilforderung von Fr. 1'717'028.-- an. Nicht mehr umstritten sind der Garantiefall "Q. _____" (Fr. 529'990.20) und die Baukosten (Fr. 200'000.--). Dem sich daraus ergebenden Betrag von Fr. 729'990.20 stellt der Beschwerdeführer seine Verrechnungsforderungen teilweise gegenüber, sodass nach seiner Auffassung ein Saldo von Null und damit die Klageabweisung resultiert.

4.1. Die Beschwerdegegnerin stützt ihre Forderung auf folgende Klausel im Kaufvertrag:

"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 Bestellsvorrat von mindestens CHF 24'000'000 verfügt, welcher in der Periode bis 18 Monate nach der Unterzeichnung dieses Vertrages ertragswirksam wird".

4.2. Die Vorinstanz stellte fest, ein tatsächlich übereinstimmender Wille bezüglich der Bedeutung dieser Klausel bestehe nicht. Entsprechend legte sie den Vertrag normativ aus. Sie ging davon aus, der Wortlaut der Klausel sei klar, weshalb auch die Unklarheitenregel nicht zur Anwendung komme. Der letzte Satzteil ("welcher in der Periode bis 18 Monate nach der Unterzeichnung dieses Vertrages ertragswirksam wird") knüpfe an den vorangehenden Satzteil an. Inhaltlich werde Bezug genommen auf den Bestellsvorrat von mindestens Fr. 24'000'000.--, der "ertragswirksam wird". "Ertragswirksam wird" bedeute mehr als die blosse Eignung, etwas zu bewirken. Die Formulierung könne nur dahin gehend verstanden werden, dass sich der Bestellsvorrat von Fr. 24'000'000.-- in der definierten Zeitperiode von 18 Monaten auf den Ertrag tatsächlich auswirkt. Aus der Vertragsentstehung, namentlich dem Letter of Intent (LOI) vom 27. November 2007 und dem Due Diligence-Bericht vom 11. Dezember 2007 ergebe sich nichts Gegenteiliges, ebenso wenig aus der Interessenlage. Die Vorinstanz verwarf den Einwand des Beklagten, nach Treu und Glauben könne nicht angenommen werden, dass ein Verkäufer für einen Zeitraum nach dem Kaufvollzug eine Zusicherung/Garantie abgebe, da er dazumal keinen Einfluss auf den Geschäftsverlauf mehr habe. Die Vorinstanz erkannte, eine derartige Garantie möge zwar seinen eignen Interessen zuwiderlaufen, doch sei eine entsprechende Vereinbarung möglich und zulässig gewesen.

Auf die Vorbringen des Beklagten betreffend rechtliche Qualifikation und Abgrenzung zwischen Zusicherung (bzw. unselbstständiger Garantie) und selbstständiger Garantie hielt das Obergericht

zusammenfassend fest, mit der Klausel sei nicht die Eignung zur Ertragswirksamkeit zugesichert/garantiert worden, wie der Beklagte geltend mache, sondern dass sich ein Erfolg tatsächlich einstelle. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Zusicherung und Garantie liege grundsätzlich darin, dass der Käufer, wenn der garantierte Erfolg nicht eintritt, nicht Wandelung oder Minderung verlangen könne, sondern einen Erfüllungsanspruch auf Schadenersatz erhalte, der sich den Regeln über die Mängelhaftung, namentlich den Bestimmungen über Rügepflicht und Verjährung entziehe. Dieser Unterscheidung komme aber im zu beurteilenden Fall keine Bedeutung zu, denn der Vertrag sehe in Ziffer 5 unabhängig von der Qualifikation als Zusicherung oder Garantie eine Rügepflicht vor, welcher die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 21. Dezember 2009 aber unbestrittenemassen nachgekommen sei.

4.3.

4.3.1. Die Garantie eines Verkäufers für die Kaufsache kann verschiedene Bedeutungen haben. Sie kann insbesondere eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR darstellen, bei der bestimmte tatsächliche oder rechtliche Eigenschaften der Kaufsache garantiert werden. Diese müssen grundsätzlich im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorhanden sein (BGE 122 III 426 E. 4 und E. 5c). Werden diese Eigenschaften auf Zeit zugesichert, so wird von "Haltbarkeits- oder Zuverlässigkeitsgarantien" gesprochen. Solche auf die Zukunft gerichteten Zusicherungen werden als unselbstständige Garantien bezeichnet, wenn sie von den Eigenschaften der Sache abhängen. Demgegenüber liegt ein selbstständiger Garantievertrag (Art. 111 OR) vor, wenn der Verkäufer einen künftigen Erfolg verspricht, der über die vertragsgemässe Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht, weil er wesentlich noch von anderen künftigen Faktoren abhängt, die - wie z.B. die Konjunkturerwicklung - von den Sacheigenschaften unabhängig sind und ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Verkäufers liegen (BGE 122 III 426 E. 4 und E. 5c; Urteil des Bundesgerichts 4C.260/2001 vom 4. Januar 2002 E. 3a mit Hinweisen, publ. in: Pra 91/2002 Nr. 71 S. 405; Hans Giger, Berner Kommentar, 2. Aufl., 1980, N. 20 zu Art. 197 OR; Gauch/Schluep und andere, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. Aufl., 2008, S. 335 Rz. 3930; Heinrich Honsell, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., 2011, N. 17 zu Art. 197 OR).

4.3.2. Der Beschwerdeführer geht ebenfalls von dieser Abgrenzung aus. Gestützt auf eine entsprechende Literaturstelle (Peter Böckli, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers und Acquisitions, 1998, S. 93) macht er aber darüber hinaus geltend, eine selbstständige Garantie setze voraus, dass der Vertrag die Rechtsfolge, das heisst die Quantifizierung der im Garantiefall zu leistenden Zahlung oder Leistung, eindeutig bestimme oder bestimmbar festlege. Der Vertrag müsse sagen, was und wie viel der Verkäufer bei Eintritt des Garantiefalls schulde. Dies gehöre zu den essentialia negotii der selbstständigen Garantie. Die streitgegenständliche Klausel könne somit zum vorneherein keine selbstständige Garantie sein, da sie die Rechtsfolge nicht bestimme bzw. bestimmbar festlege.

Dem ist nicht zu folgen. Erforderlich ist einzig, dass ein künftiger Erfolg versprochen wird. Die Lehre nennt denn auch als Beispiele für selbstständige Garantien genau den hier umstrittenen Fall, nämlich das Versprechen eines bestimmten Umsatzes oder Ertrages (Giger, a.a.O., N. 20 zu Art. 197 OR; Honsell, a.a.O., N. 17 zu Art. 197 OR; Gauch/Schluep und Andere, a.a.O., S. 335 Rz. 3930). Welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn der garantierte Erfolg (z.B. ein bestimmter Umsatz) nicht eintritt, bestimmt sich nach den allgemeinen Prinzipien der Nichterfüllung. Demzufolge ist auf die Ausführungen des Beschwerdeführers zu den Parteivorbringen betreffend anwendbarer Bruttomarge nicht weiter einzugehen.

4.4. Zu prüfen ist somit, ob die strittige Klausel einen künftigen Ertrag garantiert, oder ob - wie der Beschwerdeführer geltend macht - nur eine Eigenschaft des Kaufgegenstands zugesichert wurde.

4.4.1. Der wirkliche Vertragswillen der Parteien ist unbewiesen geblieben. Dass die entsprechende Feststellung der Vorinstanz offensichtlich unzutreffend (Art. 97 Abs. 1 BGG) wäre, wird nicht geltend gemacht. Die von der Vorinstanz vorgenommene objektivierte Auslegung kann das Bundesgericht als Rechtsfrage frei prüfen, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen).

4.4.2. Davon ausgehend, dass die gewählten Bezeichnungen von den Vertragsparteien gewöhnlich in ihrer objektiven Bedeutung verwendet werden und den korrekten Sinn der Erklärung wiedergeben, hat ein klarer Wortlaut bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip Vorrang vor weiteren

Auslegungsmitteln. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es allerdings nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben (Art. 18 Abs. 1 OR). So kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt (BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 131 III 606 E. 4.2 S. 611 f.; 129 III 702 E. 2.4.1 S. 707; je mit Hinweisen). Es rechtfertigt sich indessen nur dann, von der objektiven Bedeutung des Wortlauts der Parteierklärungen abzuweichen, wenn ein triftiger Grund für die Annahme spricht, dass die Parteierklärung nach Treu und Glauben nicht in ihrer üblichen Bedeutung verstanden werden musste (BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 135 III 295 E. 5.2 S. 302; Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2012 vom 20. September 2012 E. 4.1).

4.4.3. Das Obergericht ging wie bereits erwähnt (E. 4.2 hiavor) davon aus, der Wortlaut könne nur so verstanden werden, dass sich der Bestellsuvorrat in der definierten Zeitperiode von 18 Monaten auf den Ertrag tatsächlich auswirkt. Der Beschwerdeführer hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, das in der Vertragsklausel verwendete Wort "ertragswirksam" bedeute nur, dass dem unbestritten vorhandenen Bestellsuvorrat die grundsätzliche Eigenschaft oder Eignung zukomme, in den folgenden 18 Monaten einen Ertrag zu bewirken. Die Vorinstanz verneinte dies mit dem Hinweis, dass der Nebensatz die Formulierung "ertragswirksam wird" verwende. Darauf geht der Beschwerdeführer mit keinem Wort ein. Es ist daher fraglich, ob diesbezüglich überhaupt eine genügende Rüge vorliegt (vgl. E. 3.1 hiavor). Im Übrigen hat die Vorinstanz das Wort wird zu Recht hervorgehoben. Die Formulierung "ertragswirksam wird" sichert nicht eine bestimmte Eigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu, sondern umschreibt etwas Künftiges. Nimmt man an, wovon auszugehen ist, der Nebensatz sei nicht einfach überflüssig, müsste der Beschwerdeführer erklären können, welche Bedeutung der Bestimmung sonst sinnvollerweise zukommen kann, wenn nicht die einer Garantie des künftigen Ertrags. Die von ihm behauptete Bedeutung einer blossen Eigenschaftsumschreibung will er mit einem Beispiel verdeutlichen: Einem bloss fingierten Bestellsuvorrat bzw. fingierten Bestellungen würde die Eignung, einen Ertrag zu bewirken, im Grundsatz abgehen. Gerade dieses Beispiel zeigt aber, dass bei dem von ihm vertretenen Wortsinn, dem zweiten Halbsatz keine eigenständige Bedeutung zukäme. Die Haftung im Fall fingierter Bestellungen hätte bereits bestanden, wenn einzig gemäss dem ersten Halbsatz ein Bestellsuvorrang von Fr. 24 Mio. zugesichert worden wäre, denn bei bloss fingierten Bestellungen wäre diese Zusicherung offensichtlich verletzt. Der Wortlaut spricht somit klar für eine selbstständige Garantie.

4.4.4. Was der Beschwerdeführer unter dem Titel Interessenlage der Parteien vorbringt, ist nicht geeignet, daran etwas zu ändern.

4.4.4.1. So beruft er sich erneut darauf, kein vernünftiger Verkäufer könne für den zukünftigen Geschäftserfolg des nicht mehr von ihm geführten Unternehmens eine Erfolgshaftung übernehmen. Es trifft zu, dass ein Garantieverprechen nicht im Interesse des Verkäufers ist; jedoch ist es im Interesse des Käufers. Die Interessenlage bildet daher kein ausschlaggebendes Kriterium. Wäre die Interessenlage des Verkäufers entscheidend, käme es im Übrigen bei Unternehmensverkäufen überhaupt nie zu Garantieverprechen. Gerade die in der Lehre erwähnten Beispiele - Garantie eines künftigen Umsatzes, Ertrags, Gewinns (vgl. bei E. 4.3.2 hiavor) - belegen aber das Gegenteil.

4.4.4.2. Der Beschwerdeführer macht überdies geltend, er habe in der Berufung ausgeführt, der Kaufvertrag vom 1. Februar 2008 sei auf der Grundlage der vergangenheitsbezogenen Jahresabschlüsse der X. _____ AG per 31. Dezember 2006 und per 30. Juni 2007 abgeschlossen worden. Diese beiden Abschlüsse seien dem Vertrag beigeheftet gewesen und deren Vollständigkeit, Richtigkeit und Wahrhaftigkeit sei in Ziffer 4.2 (xviii) zugesichert und garantiert worden. Zu diesem Auslegungsgesichtspunkt habe die Vorinstanz überhaupt nicht Stellung genommen, womit sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; 129 I 232 E. 3.2 S. 236; je mit Hinweisen). Diese Anforderungen erfüllt der angefochtene Entscheid. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Zusicherung der Richtigkeit der vergangenen Abschlüsse gegen die (zusätzliche) Garantie eines künftigen Ertrages sprechen soll, und der Beschwerdeführer begründet dies auch nicht in genügender Weise (vgl. E. 3.1 hiavor).

4.4.5. Die Parteien haben in Ziffer 5 des Kaufvertrages eine gegenüber der gesetzlichen Gewährleistungsordnung in mehrfacher Hinsicht abgeänderte Rüge-, Verwirkungs- und Rechtsfolgeordnung für Mängel der Kaufsache vereinbart. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, entgegen der Vorinstanz sei dies unter dem Aspekt der systematischen Vertragsauslegung von Bedeutung. Denn damit hätten die Parteien objektiv und für jeden redlichen Vertragspartner gut verständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie einzig die Gewährleistungsregeln ausser Kraft setzen, nicht aber eine weit darüber hinaus gehende Kausalhaftung für künftigen Ertrag vereinbaren wollten. Ziffer 5 steht unter dem Titel "Folgen von Verletzungen von Garantien und Gewährleistungen durch den Verkäufer". Nimmt man an, Ziffer 5 beziehe sich systematisch auf Ziffer 4, die mit "Zusicherungen und Garantien des Verkäufers" überschrieben ist, und regle abschliessend die Rechtsfolgen für alle in Ziffer 4 aufgeführten Zusicherungen und Garantien, spricht dies in der Tat gegen die Annahme einer selbstständigen Garantie in Ziffer 4.2 (xvi) des Vertrages. Denn da in Ziffer 5 lediglich Änderungen der gesetzlichen Gewährleistungsregelungen (Art. 201 ff. OR) vereinbart wurden, müsste auch der in Ziffer 4 verwendete umfassende Begriff der "Garantien und Gewährleistungen" folgerichtig nur Gewährleistungen von Eigenschaften des Kaufgegenstands beinhalten. Es trifft daher zu, dass die systematische Auslegung eher gegen eine selbstständige Ertragsgarantie spricht. Indessen ist nicht eindeutig, dass ein derart zwingender Zusammenhang zwischen den Ziffern 4 und 5 besteht. Abgesehen von der Parallele bei den Überschriften fehlt namentlich ein ausdrücklicher Bezug in Ziffer 5 (z.B. im Ingress) auf Ziffer 4. Aufgrund der systematischen Auslegung allein kann daher nicht vom Wortlaut der strittigen Klausel abgewichen werden.

4.4.6. Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, er habe vorinstanzlich darauf hingewiesen, die Klägerin hätte sich gegen das Risiko, dass die Kunden die bei Vertragsabschluss vorhandenen Rahmenverträge über Fr. 24 Mio. nicht vollständig abrufen sollten, mit einer Earn-Out-Klausel absichern können. Die Vorinstanz habe zu diesem wesentlichen Argument überhaupt nicht Stellung genommen, weshalb sie ihre Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 Abs. 1 ZPO) verletzt habe.

Die Vorinstanz hat zu diesem Vorbringen unter E. 5.4.5 - wenn auch knapp - Stellung genommen. Sie hat dargelegt, mit dem Verzicht auf eine Earn-out-Klausel sei nichts dazu gesagt, ob der Beklagte in der streitgegenständlichen Klausel die Ertragswirksamkeit abgesichert habe. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt daher nicht vor. Der Beschwerdeführer begründet nicht substantiiert, weshalb die Auffassung der Vorinstanz unzutreffend sein soll. Auch insoweit erfüllt er die Begründungsanforderungen (vgl. E. 3.1 hiavor) nicht.

4.4.7. Unbehelflich ist schliesslich die Berufung auf die sogenannte Unklarheitsregel, da diese nur greift, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen und sie im Bereich der vorgeformten Verträge ihr eigentliches Anwendungsgebiet findet (BGE 123 III 35 E. 2c/bb S. 44; Urteile des Bundesgerichts 4A_211/2009 vom 2. September 2009 E. 3.2.4; 4A_191/2008 vom 28. Juli 2008 E. 4; je mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben.

4.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht annahm, mit der streitgegenständlichen Klausel habe der Beschwerdeführer zugesichert, dass ein Bestellschvorrat von Fr. 24 Mio. besteht, und garantiert, dass dieser innerhalb von 18 Monaten nach Vertragsabschluss ertragswirksam wird.

5.

5.1. Im Eventualstandpunkt rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 8 ZGB und Art. 8, Art. 9 sowie Art. 29 Abs.1 und 2 BV. Er habe im erstinstanzlichen Verfahren im Zusammenhang mit dem ihm gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR zustehenden Exkulpationsbeweis spezifisch für alle Kunden der X. _____ AG, die nach den Behauptungen der Klägerin einen Bestellschvorrat von Fr. 7 bis 8 Mio. nicht abgerufen haben sollen, dargelegt, was die Gründe für diese nicht abgerufenen Bestellungen waren und dass ihn kein Verschulden an den jeweiligen Bestellschvorrückgängen treffe. Abgesehen von zwei konkreten Einwänden, welche die Vorinstanz in den Erwägungen 5.7.5 und 5.7.6 abgehandelt habe, sei sie auf die weiteren von ihm vorgebrachten Sachumstände nicht eingegangen. Vielmehr habe das Obergericht in Erwägung 5.7.4 dargelegt, er hätte nicht genügend konkret behauptet, die Klägerin habe keine rechtlichen Schritte unternommen, die Bestellungen durchzusetzen. Damit habe die Vorinstanz die durch Art. 97 Abs. 1 OR vorgegebenen Substanziierungsanforderungen überspannt.

5.2. Eine Garantie wird fällig, wenn die versprochene Leistung des Dritten nicht erfolgt. Die Garantie fällt aber dahin, wenn der Begünstigte rechtsmissbräuchlich gehandelt hat (BGE 131 III 511 E. 4.6 S. 527; Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2007 vom 10. Dezember 2007 E.6.1) bzw. selbst schuldhaft und damit treuwidrig die gesicherte Gefahr herbeigeführt hat. Auf das mangelnde Verschulden des Garantieschuldners kommt es dagegen nicht an (zit. Urteil 4A_290/2007 E. 6.1; Christoph M. Pestalozzi, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 12 f. zu Art. 111 OR; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, 2002, N. 151 f. zu Art. 111 OR; Silvia Tevini, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 15 zu Art. 111 OR).

5.3. Die Vorinstanz legte im Einzelnen dar, welche Behauptungen der Beklagte zu den verschiedenen Abnahmeverträgen mit den Kunden der X. _____ AG gemacht hatte. Er berufe sich auf die rechtliche Verbindlichkeit dieser Verträge und mache damit sinngemäss geltend, die Klägerin habe es selbst in der Hand gehabt, die Abnahmeverpflichtungen durchzusetzen. Er mache aber nicht geltend, die Klägerin habe die Durchsetzung - "ihr vorwerfbar oder gar in treuwidriger Art - versäumt". Zu dem vom Bundesgericht nicht überprüfbaren Sachverhalt (Art. 105 Abs. 1 BGG; vgl. E. 3.2 hiervor) gehören auch die Feststellungen über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, namentlich die Parteivorbringen in denselben (Urteil des Bundesgerichts 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 1.4.1 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer rügt nicht, dass diese Feststellungen des Obergerichts zu den Parteivorbringen willkürlich wären. Vielmehr führt er selbst aus, seine Behauptungen und Beweisanträge hätten die Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit der Abnahmeverträge betroffen. Diese seien rechtserheblich gewesen, denn sie hätten sein Nichtverschulden am fehlenden Abruf der Bestellungen betroffen. Beweisgegenstand (vgl. E. 5.2 hiervor) ist aber nicht das fehlende Verschulden des Beschwerdeführers, sondern das rechtsmissbräuchliche bzw. treuwidrige Verhalten der Beschwerdegegnerin. Dazu bedürfte es konkreter Behauptungen. Der Beschwerdeführer macht somit selbst nicht geltend, seine im kantonalen Verfahren vorgebrachten Behauptungen hätten den relevanten Beweisgegenstand betroffen. Der Vorwurf einer Verletzung von Art. 8 ZGB, Art. 9 und Art. 29 Abs. 2 BV stösst daher ins Leere.

6.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Mit dem Entscheid in der Sache wird das erneute Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Ihm steht damit keine Forderung gegen das Bundesgericht aus der geleisteten Einschreibgebühr sowie der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung mehr zu. Der vom Betreibungsamt Bern-Mittelland mitgeteilte Arrest auf diesen Forderungen wird damit hinfällig. Die Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin kann aus der Sicherheitsleistung ausbezahlt werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 13'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 15'000.-- zu entschädigen. Die Parteientschädigung wird aus der geleisteten Sicherheit ausbezahlt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, und dem Betreibungsamt Bern-Mittelland schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. September 2013

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Luczak