Markus Vischer*

Unternehmensübertragungsvertrag

Besprechung des Urteils 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
II. Erwägungen und Entscheid
1. Qualifikation des in der Form eines Asset Deal abgewickelten Unternehmenskaufs und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen
2. Vorvertrag und Hauptvertrag
3. Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR
3.1 Zusicherung
3.2 Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR
3.3 Vorhandensein des Mangels nicht später als im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr
4. Mängelrechte: Insbesondere die Minderung
4.1 Berechnung der Minderung und Vermutungen
4.2 Massgebender Zeitpunkt für Berechnung der Minderung
III. Erläuterungen
1. Qualifikation des in der Form eines Asset Deal abgewickelten Unternehmenskaufs und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen
2. Vorvertrag und Hauptvertrag
3. Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR von Y, dass seine Arbeitnehmer keine Kunden des Unternehmens abwerben?
3.1 Zusicherung
3.2 Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR
3.3 Vorhandensein des Mangels nicht später als im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr
a. Besondere Verabredung gemäss Art. 185 Abs. 1 OR?
b. Besondere Verhältnisse gemäss Art. 185 Abs. 1 OR?
c. Aufschiebende Bedingung gemäss Art. 185 Abs. 3 OR?
4. Berechnung der Minderung und Vermutungen
5. Massgebender Zeitpunkt für Berechnung der Minderung
IV. Bedeutung für die Praxis

Kernsätze

1. Der Unternehmensübertragungsvertrag ist ein Innominatkontrakt.
2. Eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR liegt nur vor, wenn eine Zusicherung kausal für den Kaufentscheid des Käufers ist.
3. Eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR liegt nur vor, wenn der entsprechende Mangel im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhanden ist.
4. Die Gefahr geht nicht über, solange der Kaufgegenstand nach dem Vertragsabschluss im Interesse des Verkäufers in dessen Verfügungsgewalt verbleibt.
5. Die Minderung ist nach der relativen Methode zu berechnen, wobei diverse Vermutungen zur Anwendung kommen können.
6. Der massgebende Zeitpunkt für die Berechnung der Minderung ist der Übergang von Nutzen und Gefahr.

I. Sachverhalt

Am 25.2.2005 unterzeichneten Y, welcher ein Heizungsserviceunternehmen unter der Einzelfirma «Chauffage Service, Y» im Kanton Waadt betrieb, als Verkäufer und X als Käufer einen Unternehmensübertragungsvertrag[1]. Der Unternehmensübertragungsvertrag sah vor, dass der Kaufpreis in drei Tranchen zu bezahlen war, nämlich CHF 14'000 bei Unterzeichnung des «bedingten Verkaufs», CHF 63'000 am 1.5.2005 und CHF 63'000 am 1.8.2005, und dass der Verkauf nach Bezahlung der dritten Tranche wirksam wird. Der Unternehmensübertragungsvertrag sah weiter vor, dass Y sich für eine gewisse Zeit als technischer Berater von X zur Verfügung stellte, um sicherzustellen, dass das Unternehmen in Bezug auf die Kunden in gutem Zustand übergeht.[2]

An einem unbekannten Datum vor dem 25.2.2005 hatten X und Y bereits ein Dokument mit dem Titel «Projekt Verkauf des Unternehmens Y Heizungsservice» unterschrieben. In diesem Dokument hielten X und Y fest, dass Y vorsieht, sich zur Ruhe zu setzen und das

* RA Dr. Markus Vischer, LL.M., Partner Walder Wyss AG.

1 «Contrat de remise de commerce», auf Deutsch in Anlehnung an den Begriff des Geschäfts in Art. 181 OR auch Geschäftsübertragungsvertrag genannt.

2 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, Sachverhalt A.

Unternehmen an X zu verkaufen. In diesem Dokument vereinbarten X und Y weiter, dass Eingänge aus Rechnungen an Kunden für vor dem 1.5.2005 bei Kunden ausgeführte Arbeiten Y und für nach dem 1.5.2005 bei Kunden ausgeführte Arbeiten X zustehen und Y umgekehrt für die Zeit vor dem 1.5.2005 und X für die Zeit nach dem 1.5.2005 gestellte Lieferantenrechnungen zu bezahlen habe. Auch vereinbarten X und Y in diesem Dokument, dass, um den Übergang des Unternehmens zu erleichtern und die Übernahme der Kunden durch X zu begünstigen, ein Brief an die Kunden geschrieben werde. X und Y vereinbarten in diesem Dokument weiter, dass Y seinen sämtlichen Arbeitnehmern per 30.4.2005 kündigen und ihnen im Kündigungsbrief mitteilen werde, dass sie X keine unerlaubte Konkurrenz machen dürfen.[3]

Entsprechend dem im genannten Dokument Vereinbarten kündigte Y mit Brief vom 24.1.2005 auch seinem Schwiegersohn A und rief ihm seine Pflichten bezüglich unerlaubter Konkurrenz in Erinnerung.[4]

A hielt sich aber in der Folge nicht an diese Aufforderung, sondern verschickte bereits im Januar 2005 während er noch bei Y angestellt war Briefe an die Kunden von Y, in dem er ankündigte, ab dem 1.5.2005 sein eigenes Heizungsserviceunternehmen zu eröffnen. Diverse Kunden kündigten in der Folge an, die Verträge mit Y zu kündigen.[5]

Am 21.4.2005 wurde die eingetragene Einzelfirma von Y im Handelsregister gelöscht. Gleichzeitig wurde die Einzelfirma «Chauffage Service, X» im Handelsregister eingetragen.[6]

In der Folge weigerte sich X, die dritte Kaufpreistranche zu bezahlen. X begründete dies damit, dass die vom Schwiegersohn von Y, A, orchestrierte Entwertung des Unternehmens eine Verletzung des Vertrags vom 25.2.2005 bedeutete, und es ihm diese Situation, in der ungefähr 100 Kunden ihre Serviceverträge gekündigt hätten, verunmöglichte, die dritte Kaufpreistranche zu bezahlen.[7]

Daraufhin betrieb Y X für die dritte Kaufpreistranche und erhielt in der Folge provisorische Rechtsöffnung. Die kantonalen Gerichte wiesen die Aberkennungsklage von X ab, worauf X nach einem ersten Erfolg vor Bundesgericht[8] erneut ans Bundesgericht gelangte.[9]

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache zur Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.[10]

II. Erwägungen und Entscheid

1. Qualifikation des in der Form eines Asset Deal abgewickelten Unternehmenskaufs und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen

Das Bundesgericht qualifiziert den Unternehmensübertragungsvertrag vom 25.2.2005 als Innominatkontrakt. Auf ihn seien, gehe es um Sachmängel, die Regeln über die Sachgewährleistung im Kaufrecht anwendbar.[11]

2. Vorvertrag und Hauptvertrag

Das Bundesgericht qualifiziert das undatierte Dokument, welches vor dem Unternehmensübertragungsvertrag vom 25.2.2005 unterzeichnet wurde, als Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR, der aber alle Essentialia Negotii enthalte, weshalb er den Hauptvertrag bilde.[12]

3. Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR

3.1 Zusicherung

Nach dem Bundesgericht ergibt die Auslegung des undatierten Dokuments und des Unternehmensübertragungsvertrags vom 25.2.2005 nach dem Vertrauensprinzip, dass Y X zugesichert habe, dass seine Arbeitnehmer keine Kunden des Unternehmens abwerben würden.[13]

3.2 Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR

Die Annahme einer Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR setzt nach dem Bundesgericht noch zusätzlich voraus, dass die Zusicherung kausal für den Entscheid von X gewesen ist, den Unternehmensübertragungsvertrag einzugehen, was hier zu bejahen sei.[14]

---

3 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, Sachverhalt A.
4 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, Sachverhalt A.
5 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, Sachverhalt A.
6 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, Sachverhalt A.
7 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, Sachverhalt A.
8 Urteil 5A_516/2007 des Bundesgerichts vom 24.1.2008 betreffend Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage.
9 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, Sachverhalt A und B.
10 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E.4.
11 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.1
12 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.4.1
13 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.1.
14 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.1.

3.3 Vorhandensein des Mangels nicht später als im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr

Zusicherungen im Sinne von Art. 197 OR liegen nach dem Bundesgericht nur vor, wenn der betreffende Mangel im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr und nicht später vorhanden ist.[15] Im konkreten Fall seien Nutzen und Gefahr am 21.4.2005, dem Datum der Löschung der Einzelfirma von Y und der Eintragung der Einzelfirma von X, und nicht mit dem Vertragsabschluss übergegangen. Zwar sei keine besondere Verabredung im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR getroffen worden.[16] Es lägen aber besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR vor.[17] Denn bis zum 21.4.2005 sei das Unternehmen in der alleinigen Verfügungsmacht von Y gestanden und im Interesse von Y geführt worden, was besondere Verhältnisse seien.[18] Ein suspensiver Kauf im Sinne von Art. 185 Abs. 3 OR liege nicht vor, denn es sei mit der Klausel, der Unternehmensübertragungsvertrag werde nach der dritten Kaufpreistranche wirksam, keine Suspensivbedingung, sondern ein suspensiver Termin vereinbart worden, weil die Parteien den Eingang der dritten Kaufpreistranche als sicher werteten.[19]

4. Mängelrechte: Insbesondere die Minderung

Nach dem Bundesgericht stehen X deshalb die Mängelrechte gemäss Art. 205 Abs. 1 OR, insbesondere das Recht auf Minderung zu.[20]

4.1 Berechnung der Minderung und Vermutungen

Nach dem Bundesgericht bezweckt die Minderung keine Wiedergutmachung mittels Schadenersatz, sondern eine Wiederherstellung des Gleichgewichts der gegenseitigen Leistungen der Parteien, welche Grundlage der synallagmatischen Verträge sei. Die Minderung sei deshalb nach der sogenannten relativen Methode vorzunehmen, wobei sich die Praxis zur Vereinfachung der Berechnung zweier Vermutungen bediene, nämlich erstens, dass der objektive Wert des Kaufgegenstands ohne Mängel dem vereinbarten Kaufpreis entspreche, und zweitens, dass der Minderwert den Wiederherstellungskosten entspreche.[21]

4.2 Massgebender Zeitpunkt für Berechnung der Minderung

Gemäss dem Bundesgericht ist der massgebende Zeitpunkt für die Minderwertberechnung der Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr.[22]

III. Erläuterungen

1. Qualifikation des in der Form eines Asset Deal abgewickelten Unternehmenskaufs und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen

Das Bundesgericht vertritt in seiner neueren Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Entscheid in einer Reihe von interessanterweise immer französischsprachigen Entscheiden die Auffassung, der in der Form des Asset Deal abgewickelte Unternehmenskauf sei ein Innominatkontrakt. In einem publizierten Urteil begründet hat das Bundesgericht seine Meinung noch nie. In seinem ersten publizierten Urteil, Urteil C.294/1986 vom 10.12.1986,[23] E. 2a, verwies es lediglich auf sein unpubliziertes Urteil vom 12.1.1982 i.S. Pache c. Jaquet. Auch im bis jetzt einzigen amtlich publizierten BGE 129 III 18[24], E. 2.1, verwies es lediglich auf sein Urteil C.294/1986 vom 10.12.1986. Auch in seinen folgenden publizierten Urteilen, nämlich Urteil 4C.194/2003 vom 6.11.2003, E. 4.2, Urteil 4C.246/2003 vom 30.1.2004, E. 5.3, Urteil 4C.84/2007 vom 5.7.2007, E. 3.3.1, im hier diskutierten Urteil 4A_601/2009 vom 8.2.2010, E.3.2, und Urteil 4A_554/2009 vom 1.4.2010, E. 2.1, verwies das Bundesgericht lediglich auf sein Urteil C.294/1986 vom 10.12.1986 und/oder seinen BGE 129 III 18, ohne jeweils weitere Ausführungen zu machen. Dem Bundesgericht folgt lediglich ein Teil der Lehre.[25]

Der andere Teil der Lehre, nach Einschätzung von Tercier/Favre die herrschende Lehre,[26] qualifziert dagegen

---

15 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.3.
16 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.4.3.
17 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.4.4.
18 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.4.4.
19 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.4.1.
20 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.4.4.
21 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.6.

22 Urteil 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8.2.2010, E. 3.2.6.
23 Auszugsweise publiziert in SJ 1987, 177.
24 = Urteil 4C.197/2002 des Bundesgerichts vom 10.10.2002.
25 Z.B. (die im hier diskutierten Urteil zitierten) Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009, N 2035, s. aber auch (im hier diskutierten Urteil nicht zitierten) N 516 mit Hinweis auf die abweichende Mehrheitsmeinung und insbesondere auch N 501 und N 515, wo Unternehmen als taugliche Gegenstände eines Kaufvertrages bezeichnet werden, s. auch Pascal G. Favre, Le transfer conventionnel de contract, Zürich/Basel/Genf 2005, N 1336, und Pierre Tercier, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2003, 302 f., jeweils mit Kritik an BGE 129 III 18; Wolfgang Wiegand, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, ZBJV 2004, 861; Pascal Pichonnaz, Baurecht, 2003, 74; wohl auch CR-CO Venturi, Art. 184 CO N 11.
26 Tercier/Favre (Fn 25), N 516.

wie das Bundesgericht früher mindestens implizite[27] den in der Form des Asset Deal abgewickelten Unternehmenskauf als Kaufvertrag.[28] Begründet wird dies von diesen Autoren namentlich damit, dass der Parteiwillen auch beim Asset Deal auf den Kauf eines Unternehmens als einheitlichem Kaufgegenstand gerichtet[29] und zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft streng zu unterscheiden ist.[30]

Allerdings ist die Kontroverse etwas akademisch, bringt doch auch das Bundesgericht im hier diskutierten Entscheid (und in seinen Urteilen 4A_554/2009 vom 1.4.2010 und C.294/1986 vom 10.12.1986) regelmässig Kaufrecht und insbesondere kaufrechtliches Sachgewährleistungsrecht (Art. 197 ff. OR) auf den in der Form des Asset Deal abgewickelten Unternehmenskauf zur Anwendung. In der scheinbaren Ausnahme von diesem Grundsatz, d.h. in BGE 129 III 18, E. 2.2, verneinte das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 197 OR nur, weil es verkannte, dass nach Art. 197 OR nicht nur Unternehmensmängel relevant sind, die den zum Unternehmen gehörenden einzelnen Sachen im sachenrechtlichen Sinn anhaften, sondern auch solche, die anderen zum Unternehmen gehörenden Aktiven wie z.B. einem Mietvertrag und damit Mieträumlichkeiten zuzuordnen sind (sofern sie in der Tat einen Unternehmensmangel darstellen).[31]

2. Vorvertrag und Hauptvertrag

Das Bundesgericht vertritt in seiner neueren Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Urteil die Auffassung, dass ein Vorvertrag, der alle Essentialia Negotii des entsprechenden Hauptvertrags erfüllt, gleich den Hauptvertrag bildet.[32] Das ist im hier diskutierten Fall vertretbar, hat doch Y bereits vor der Unterzeichnung des Unternehmensübertragungsvertrags vom 25.2.2005 mit dem Vollzug begonnen und z.B. seinem Schwiegersohn A am 24.1.2005 gekündigt.

Ebenso vertretbar ist es, das undatierte Dokument zusammen mit dem Unternehmensübertragungsvertrag vom 25.2.2005 auszulegen, nachdem der Unternehmensübertragungsvertrag vom 25.2.2005 das im Dokument Vereinbarte nur konkretisiert.

3. Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR von Y, dass seine Arbeitnehmer keine Kunden des Unternehmens abwerben?

3.1 Zusicherung

Das Bundesgericht nimmt aufgrund einer Auslegung des Dokuments und des Unternehmensübertragungsvertrags vom 25.2.2005 nach dem Vertrauensprinzip an, Y habe X zugesichert, dass seine Arbeitnehmer keine Kunden des Unternehmens abwerben. Damit legt das Bundesgericht den Begriff der zusicherungsfähigen Eigenschaften in Art. 197 OR zu Recht weit aus.[33]

Allerdings gibt m.E. die Auslegung des Dokuments und des Unternehmensübertragungsvertrags vom 25.2.2005 und insbesondere der Vereinbarung gewisser Vollzugshandlungen wie das Verschicken von Kundenbriefen

---

27 Verkauf eines Modegeschäfts: BGE 91 II 353, Verkauf einer Metzgerei: BGE 88 II 410, Verkauf einer (Gast-)Wirtschaft: BGE 63 II 77.

28 So mit ausführlicher Begründung z.B. Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. [Kläger und Beschwerdeführer] gegen B. AG [Beklagte und Beschwerdegegnerin]), SZW 2003, 336 f.; s. auch Markus Vischer, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Mergers & Acquisitions XIII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf, 2010, 145 f.; Markus Vischer, Unternehmenskauf – Natur des Geschäftsübertragungsvertrags und anwendbares Gewährleistungsrecht, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 18.6.2010, Rz 1 ff.; Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 129; Urs Schenker, Post Closing Litigation, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, herausgegeben von Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg, Bern 2009, 80 f.; Markus Vischer, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 134; Gilles Benedick/Markus Vischer, Vertragliche Modifikatione der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, Jusletter vom 4.9.2006, Rz 4; Urs Schenker, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Mergers & Acquisitions VII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2005, 247 f.; Markus Vischer, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals, in: Mergers & Acquisitions VII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2005, 218; Markus Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, 233 f.; Markus Vischer, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 26.7.2004, Rz 13; Markus Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 107, insb. auch Fn 23; Evelyn Burk/Markus Vischer/Patrick Graf/Michael Knoll, Übertragung des Sammelstiftungsgeschäftes der Providentia, ST 2004, 184; Markus Vischer, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, 362; BK-Giger, Art. 184 OR N 21.

29 S. auch Jürg Luginbühl, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 89, s. auch 47 ff. und 88 ff.; BK-Giger, Art. 187 OR N 26.

30 S. auch Luginbühl (Fn 29), 90 f.; BK-Giger, Art. 187 OR N 30.

31 Vischer SZW 2003 (Fn 28), 338; s. auch Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, 34; noch anders das Bundesgericht selbst in seinem Urteil C.294/1986 vom 10.12.1986, E. 2a: « … en ce qui concerne les défauts des biens transférés ou dont l'usage promis a été cédé à l'acquéreur, les règles relatives à la garantie des défauts de la chose sont celles qui s'adaptent le mieux à la nature due contract […]»; wohl auch ZK-Schönle/Higi, Art. 197 OR N 59a.

32 S. z.B. auch Urteil 4C.399/2005 des Bundesgerichts vom 10.3.2006, E. 4.5, Urteil 4C.246/2003 des Bundesgerichts vom 30.1.2004, E. 5.1, und (der im hier diskutierten Urteil zitierte) BGE 118 II 32, E. 2b; zur an sich berechtigten Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung z.B. Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1087.

33 So z.B. auch Vischer SJZ 2005 (Fn 28), 235; s. auch Urteil 4A_274/2009 des Bundesgerichts vom 2.10.2009, E. 4.3.1, und BK-Giger, Art. 197 OR N 47 zur Zulässigkeit der Zusicherung des bisherigen Umsatzes.

oder von Kündigungen mit dem Hinweis auf das Verbot unerlaubter Konkurrenzierung nach dem Vertrauensprinzip im hier diskutierten Fall eine solche Zusicherung mit letztlich einer kausalen Haftung für den Erfolg des Kundentransfers nicht her.

Realistischer als die Annahme einer Zusicherung wäre die Annahme einer Nebenpflicht von Y gewesen, wonach er verpflichtet war, dafür zu sorgen, dass keine unerlaubte Konkurrenzierung durch seine Arbeitnehmer erfolgt. Eine solche Nebenpflicht liesse sich wie das den Verkäufer nach dem Vollzug des Kaufvertrages, aber auch bereits vor dem Vollzug des Kaufvertrages treffende Konkurrenzverbot entweder aus Art. 184 Abs. 1 OR i.V. Art. 2 Abs. 2 ZGB herleiten oder als Konkretisierung der den Verkäufer treffenden Besitzverschaffungspflicht bzw. des den Verkäufer treffenden Störungsverbots gemäss Art. 184 Abs. 1 OR oder als stillschweigende Vereinbarung verstehen.[34]

Allerdings hätte dann das Bundesgericht kaum argumentieren können, Y hätte eine solche Nebenpflicht schuldhaft verletzt, hat Y doch offenbar sogar einen Anwalt eingeschaltet, um seinen Schwiegersohn A zur Raison zu bringen.

3.2 Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR

Das Bundesgericht vertritt in konstanter Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Urteil die Auffassung, eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR liege nur vor, wenn die Zusicherung kausal für den Entscheid des Käufers, den Kaufvertrag einzugehen, gewesen ist.[35]

Demgegenüber vertritt eine wachsende Anzahl von Autoren zu Recht die Auffassung, dass vielmehr allein massgebend sei, ob der Käufer eine Erklärung des Verkäufers nach Vertrauensprinzip als Zusicherung verstehen durfte oder nicht.[36]

Allerdings ist die Kontroverse eher von theoretischem Wert,[37] wird doch die Kausalität nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermutet.[38]

3.3 Vorhandensein des Mangels nicht später als im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr

Das Bundesgericht vertritt in konstanter Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Urteil die Auffassung, dass eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR nur dann vorliegt, wenn der betreffende Mangel im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr und nicht später vorhanden ist.[39]

Allerdings hat das Bundesgericht seine vorstehend geschilderte Rechtsprechung kürzlich scheinbar etwas aufgeweicht, indem es die Rechtsfigur der unselbständigen Garantie in seine Rechtsprechung übernommen hat. Solche unselbständigen Garantien sollen vorliegen, wenn Eigenschaften auf Zeit, d.h. auch nach dem Zeitpunkt von Übergang von Nutzen und Gefahr, als sogenannte «Haltbarkeits- oder Zuverlässigkeitsgarantien» zugesichert werden. Selbständige Garantien lägen dagegen vor, wenn der Verkäufer einen zukünftigen Erfolg verspricht, welcher über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Kaufgegenstands hinausgeht, weil er wesentlich noch von anderen künftigen Faktoren abhängt. Diese Unterscheidung sei bedeutsam, weil auf die unselbständige Garantie gewisse kaufrechtliche Regeln wie die einjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR zur Anwendung kämen.[40] Diese automatische Subsumtion gewisser Garantien unter gewisse Regeln des kaufrechtlichen Sachgewährleistungsrecht ist aber abzulehnen und nur soweit vorzunehmen, als es sich effektiv um im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr zugesicherte Eigenschaften handelt.[41]

a. Besondere Verabredung gemäss Art. 185 Abs. 1 OR?

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, dass X und Y keine besondere Verabredung im Sinne von Art. 185 Abs. 1

---

34 Monika Ruggli/Markus Vischer, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2006, 295; s. auch Tercier/Favre (Fn 25), N 389 zur kaufvertraglichen Nebenpflicht, den Kaufgegenstand in seinem ursprünglichen Zustand zu erhalten, und BK-Giger, Art. 184 OR N 112 ff. zu den kaufvertraglichen Nebenpflichten im Allgemeinen.

35 S. z.B. auch (das im hier diskutierten Urteil zitierte) Urteil 4A_417/2007 des Bundesgerichts vom 14.2.2008, E. 5.1, besprochen von Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2008 und 2009 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 26.7.2010, Rz 104 ff., und (der ebenfalls im hier diskutierten Urteil zitierte) BGE 87 II 244, E. 1a.

36 So z.B. Claire Huguenin, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 280; Max Keller/Kurt Siehr, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 75; BK-Giger, Art. 197 OR N 31 ff.; a.M. und damit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend z.B. ZK-Schönle/Higi, Art. 197 OR N 95; Theo Guhl/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, 381 f.

37 So z.B. BSK OR-I Honsell, Art. 197 OR N 14.

38 Z.B. Urteil 4A_417/2007 des Bundesgerichts vom 14.2.2008, E. 5.1.

39 S. z.B. auch Urteil 4A_274/2009 des Bundesgerichts vom 2.10.2009, E. 4.3.1, und (das im hier diskutierten Urteil zitierte) Urteil 4C.321/2006 vom 1.5.2007, E. 4.3.1; besprochen von Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007, «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 13.10.2008, Rz 37 ff.

40 Zum Ganzen Urteil 4C.260/2001 des Bundesgerichts vom 4.1.2002, 3a; s. z.B. auch Bernd Hauck, Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und schweizerischen Rechts, Basel 2008, 175; Benedick/Vischer (Fn 28), Rz 68 ff.

41 So noch BGE 122 III 426, E. 5c, und eigentlich auch im Urteil 4C.260/2001 des Bundesgerichts vom 4.1.2002 zugrundeliegenden Fall.

OR über den Übergang der Gefahr getroffen haben. Sie haben im Dokument mit der Regelung über die Handhabung der Geldeingänge auf Kundenrechnungen und der Bezahlung von Lieferantenrechnungen nur eine Verabredung über den Übergang des Nutzens (auf den 1.5.2005) getroffen. Eine solche Verabredung über den Nutzen impliziert aber noch keine gleichgeartete Verabredung über den Übergang der Gefahr.[42]

b. Besondere Verhältnisse gemäss Art. 185 Abs. 1 OR?

Das Bundesgericht vertritt in konstanter Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Urteil die Meinung, dass immer dann besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR vorliegen, wenn der Kaufgegenstand nach der Unterzeichnung des Kaufvertrages primär im Interesse des Verkäufers in der alleinigen Verfügungsmacht des Verkäufers verbleibt.[43]

Beim Unternehmenskaufvertrag bedeutet das aber noch nicht, dass immer dann besondere Verhältnisse vorliegen, wenn Unterzeichnung und Vollzug des Kaufvertrages auseinanderfallen.[44] Vielmehr liegt dieses Auseinanderfallen meist nicht nur im Interesse des Verkäufers, sondern ebenso im Interesse des Käufers.[45]

Das war auch im hier diskutierten Fall so. Entgegen dem Bundesgericht hatte Y bis am 21.4.2005 nicht die alleinige Verfügungsmacht über das verkaufte Unternehmen. Vielmehr begann Y bereits wesentlich früher mit Vollzugshandlungen, indem er z.B. seinem Schwiegersohn A am 24.1.2005 kündigte. Zudem hat die Löschung der Einzelfirma von Y und die Eintragung der Einzelfirma von X im Handelsregister am 21.4.2005 nichts mit der Verfügungsgewalt über das Unternehmen zu tun, haben doch entsprechende Eintragungen im Handelsregister lediglich deklaratorischen Charakter.[46]

c. Aufschiebende Bedingung gemäss Art. 185 Abs. 3 OR?

Das Bundesgericht vertritt im hier diskutierten Entscheid die Auffassung, es liege dann ein suspensiver Termin und keine suspensive Bedingung vor, wenn für die Parteien das zukünftige Ereignis subjektiv sicher ist. Die herrschende Lehre ist anderer Meinung. Nach ihr entscheidet eine objektive und nicht eine subjektive Betrachtungsweise darüber, ob eine Bedingung oder ein Termin vorliegt.[47]

Entsprechend vereinbarten im hier diskutierten Fall X und Y im Unternehmensübertragungsvertrag vom 25.2.2005 eine aufschiebende Bedingung und keinen suspensiven Termin. Denn es war objektiv unsicher, ob die dritte, per 1.8.2005 fällig werdende Kaufpreiszahlung eingeht, auch wenn objektiv sicher war, dass das Datum des 1.8.2005, an dem die dritte Kaufpreistranche hätte bezahlt werden sollen, eintreffen wird.

Das heisst nun aber noch nicht, dass im hier diskutierten Fall Art. 185 Abs. 3 OR zur Anwendung kommt. Die Parteien haben zwar im Unternehmensübertragungsvertrag vom 25.2.2005 eine suspensive Bedingung vereinbart. Sie haben aber deren Eintritt oder Nichteintritt in der Folge nicht abgewartet, sondern bereits gestützt auf das undatierte Dokument mit dem Vollzug des Vertrages begonnen und so implizite den bedingten Vertrag zu einem unbedingten Vertrag gemacht. Die Gefahr ging deshalb im hier diskutierten Fall in diesem Zeitpunkt von Y auf X über.

4. Berechnung der Minderung und Vermutungen

Das Bundesgericht vertritt in konstanter Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Entscheid die Meinung, die Minderung sei nach der relativen Methode zu berechnen, also durch Herabsetzung des Kaufpreises in dem Verhältnis, in welchem der objektive Wert des Kaufgegenstands ohne Mängel zum wirklichen Wert des Kaufgegenstands (mit Mängeln) steht.[48]

Dieser Auffassung ist Kritik erwachsen, weswegen gerade bei Unternehmenskäufen postuliert wird, es sei die objektive Methode zur Berechnung der Minderung anzuwenden.[49] Bei der objektiven Methode entspricht die Herabsetzung des Kaufpreises der Differenz zwischen dem objektiven Wert des Kaufgegenstands ohne Mängel und dem wirklichen Wert des Kaufgegenstands (mit Mängeln).

Allerdings ist die Kontroverse in der praktischen Konsequenz nicht sehr bedeutsam, führt doch die eine der beiden von Bundesgericht im hier diskutierten Urteil erwähnten und in der Praxis sehr wichtigen und in kon-

---

42 Z.B. Vischer Jusletter vom 26.7.2004 (Fn 28), Rz 39.

43 Z.B. auch (die im hier diskutierten Urteil zitierten) BGE 128 III 370, E. 4c, und BGE 84 II 158, E. 1b.

44 So Vischer Jusletter vom 26.7.2004 (Fn 28), Rz 10 ff., insb. Rz 19 ff.

45 S. auch Urteil 4C.49/2004 des Bundesgerichts vom 30.3.2004, E.3, und BGE 128 III 370, E. 4d., welche Urteile Aktienkaufverträge betrafen, bei denen Unterzeichnung und Vollzug der Verträge auseinanderfielen, das Bundesgericht aber trotzdem entschied, dass die Gefahr mit dem Vertragsabschluss vom Verkäufer auf den Käufer überging.

46 Z.B. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Aufl., Bern 2007, § 26 N 10.

47 Z.B. Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 3951.

48 S. z.B. auch (die im hier diskutierten Urteil zitierten) BGE 116 II 305, E. 4a, BGE 111 II 162, E. 3a, und BGE 105 II 99, E. 4a.

49 So z.B. Vischer SJZ 2001 (Fn 28), 362 ff. m.w.N., v.a. auf Silvio Venturi, La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Freiburg 1994, N 1097 ff.

stanter Rechtsprechung des Bundesgerichts angewendeten Vermutungen,[50] nämlich die Vermutung, dass der objektive Wert des Kaufgegenstands ohne Mängel dem vereinbarten Kaufpreis entspricht, dazu, dass die relative und die absolute Methode identisch sind.[51]

5. Massgebender Zeitpunkt für Berechnung der Minderung

Das Bundesgericht vertritt in konstanter Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Urteil zu Recht die Auffassung, die Berechnung der Minderung sei auf den Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorzunehmen.[52]

IV. Bedeutung für die Praxis

Das hier diskutierte Urteil steht in einer längeren Reihe von Bundesgerichtsentscheiden zum Unternehmenskauf, die sich interessanterweise in der letzten Zeit häufen.[53]

Diese Entscheide zeigen wie ein Blick in die Literatur zum Unternehmenskauf, die bereits als kaum mehr überblickbar bezeichnet wurde,[54] dass sehr viele Fragen zum Unternehmenskauf (bzw. überhaupt zum Kauf) äusserst kontrovers sind, auch wenn, wie vorstehend gezeigt, einige Kontroversen eher von akademischem Interesse sind.

Die Parteien beim Unternehmenskauf tun angesichts dieser Kontroversen deshalb gut daran, vertraglich Recht zu setzen, insbesondere im Bereich des Gewährleistungsrechts durch die Schaffung eines einheitlichen Rechtsbehelfs (Sole Remedy Klausel) bei (Rechts- und Sach-)Mängeln.[55]

Die entscheidende Frage bei Unternehmensübertragungsverträgen wie im hier diskutierten Fall ist alsdann, ob der traditionell mittels Singularsukzession abgewickelte Asset Deal nach dem Inkrafttreten des Fusiongesetzes am 1.7.2004 noch zulässig bzw. nicht nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR bzw. nicht formungültig im Sinne von Art. 11 Abs. 2 OR ist. Die Frage ist vom Bundesgericht noch nicht entschieden und ist in der Literatur umstritten, wobei die Mehrheitsmeinung sich für die Zulässigkeit ausspricht.[56] Die Mehrheitsmeinung bekommt durch die Bundesgerichtsurteile zur Qualifikation des Unternehmensübertragungsvertrages[57] insoweit Unterstützung, als das Bundesgericht mindestens implizite von der Gültigkeit der Unternehmensübertragungsverträge ausgeht. Denn sonst hätte das Bundesgericht diese Verträge für nichtig bzw. formungültig erklären müssen, nachdem es in seiner sonstigen Rechtsprechung die Auffassung vertritt, dass eine Nichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR bzw. eine Formungültigkeit gemäss Art. 11 Abs. 2 OR von Amtes wegen zu berücksichtigen ist.[58]

---

50 S. auch (die im hier diskutierten Urteil zitierten) BGE 116 II 305, E. 4a, und BGE 111 II 162, E. 3b und 3c.

51 Z.B. Vischer SJZ 2001 (Fn 28), 363.

52 S. z.B. auch (der im hier diskutierten Urteil zitierte) BGE 117 II 550, E. 4b/bb.

53 Z.B. Urteil 4A_301/2010 des Bundesgerichts vom 7.9.2010, besprochen von Michele Casale/Markus Vischer, Unternehmenskauf, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 17.1.2011, Rz 1 ff.; Urteil 4A_117/2010 des Bundesgerichts vom 14.6.2010; Urteil 4A_554/2009 des Bundesgerichts vom 1.4.2010, besprochen von Vischer/Casale Push-Service Entscheide, publiziert am 18.6.2010 (Fn 28), Rz 1 ff.; Urteil 4A_520/2009 des Bundesgerichts vom 6.1.2010; Urteil 4A_42/2009 des Bundesgerichts vom 1.5.2009, besprochen von Vischer SJZ 2010 (Fn 28), 135, und von Brunner/Vischer, Jusletter vom 26.7.2010 (Fn 35), Rz 45 ff.; Urteil 4A_74/2009 des Bundesgerichts vom 28.4.2009, besprochen von Brunner/Vischer, Jusletter vom 26.7.2010 (Fn 35), Rz 65 ff.; Urteil 4A_482/2008 des Bundesgerichts vom 28.1.2009, besprochen von Brunner/Vischer, Jusletter vom 26.7.2010 (Fn 35), Rz 83 ff.; Urteil 4A_195/2008 des Bundesgerichts vom 4.9.2008, besprochen von Vischer SJZ 2010 (Fn 28), 135 f., und von Brunner/Vischer, Jusletter vom 26.7.2010 (Fn 35), Rz 54 ff.; Urteil 4A_257/2007 des Bundesgerichts vom 8.11.2007, besprochen von Brunner/Vischer, Jusletter vom 13.10.2008 (Fn 39), Rz 45 f.; Urteil 4C.84/2007 des Bundesgerichts vom 5.7.2007; Urteil 5P.336/2006 des Bundesgerichts vom 27.11.2006, besprochen Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006, «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 12.11.2007, Rz 18 ff.; Urteile 4C.33/2004 und 4C.357/2005 des Bundesgerichts vom 8.2.2006, besprochen von Vischer SJZ 2010 (Fn 28), 136, und von Brunner/Vischer, Jusletter vom 12.11.2007, Rz 18 ff.; Urteil 4C.387/2005 des Bundesgerichts vom 30.1.2006, besprochen von Brunner/Vischer, Jusletter vom 12.11.2007, Rz 25 ff.; Urteil 4C.314/2004 des Bundesgerichts vom 17.11.2004, besprochen von Markus Vischer, Das Kaufvertragsrecht in den «unpublizierten Entscheiden» des Bundesgerichts im Jahr 2004, Jusletter vom 18.4.2005, Rz 32 f.; Urteil 4C.172/2003 des Bundesgerichts vom 20.4.2004, besprochen von Vischer, Jusletter vom 18.4.2005, Rz 24 ff.; Urteil 4C.49/2004 vom 30.3.2004, besprochen von Vischer, Jusletter vom 18.4.2005, Rz 47 ff.; Urteil 4C.246/2003 des Bundesgerichts vom 30.1.2004.

54 Honsell (Fn 31), 35.

55 So z.B. Vischer SJZ 2009 (Fn 28), 136 ff.; Wolfgang Zürcher, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Mergers & Acquisitions IX, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2007, 168; Rudolf Tschäni/Matthias Wolf, Vertragliche Gewährleistungsklauseln in: Mergers & Acquisitions VIII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2006, 119 f.; Vischer SJZ 2005 (Fn 28), 37 f., 239; Vischer SJZ 2001 (Fn 28), 368.

56 Nachweise bei Vischer Mergers & Acquisitions XIII (Fn 28), 142 ff.

57 S. das hier diskutierte Urteil sowie die in Fn 53 zitierten Urteile, soweit sie nach dem Inkrafttreten des FusG geschlossene Unternehmensübertragungsverträge betreffen.

58 Bezüglich Art. 20 Abs. 1 OR z.B. BGE 129 III 209, E.2.2; BGE 123 III 60, E.3b; BGE 114 II 329, E. 2b; bezüglich Art. 11 Abs. 2 OR z.B. BGE 106 II 146, E. 3.