Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf



Markus Vischer
Dr. iur., Rechtsanwalt,
LL.M., Zürich

Inhaltsübersicht

I. Unternehmenskaufvertrag als Kaufvertrag
II. Gegenstand des Unternehmenskaufvertrags
III. Kaufrechtliche Gewährleistung i.e.S.
IV. Kaufrechtliche Gewährleistung i.w.S.
V. Der Begriff des Mangels i.S. von Art. 197 ff. OR
VI. Sachmängelbehaftete Leistung als Nicht- bzw. Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 ff. OR
VII. (Nach-)Erfüllungsanspruch bei Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 ff. OR
VIII. Verhältnis von Art. 197 ff. OR und Art. 97 ff. OR
IX. Inhalt des Nachbesserungsrechts des Käufers
X. Geltendmachung des Nachbesserungsrechts des Käufers
XI. Exkurs I: (Nach-)Erfüllungsanspruch bzw. Nachbesserungsrecht des Verkäufers
XII. Exkurs II: Gescheiterte Einführung eines Nachbesserungsrechts des Käufers und eines Nachbesserungsrechts des Verkäufers
XIII. Konsequenzen für den Unternehmenskauf

I. Unternehmenskaufvertrag als Kaufvertrag

Der Unternehmenskaufvertrag ist sowohl beim Share Deal[1] als auch beim Asset Deal[2] ein Kaufvertrag, ob der Share Deal oder Asset Deal nun nach dem OR oder nach dem FusG durchgeführt wird[3]. Der abweichenden Meinung des Bundesgerichts, wonach der nach dem OR durchgeführte Asset Deal ein Innominatkontrakt sei, ist nach der herrschenden Lehre nicht zu folgen[4].

II. Gegenstand des Unternehmenskaufvertrags

Gegenstand des Unternehmenskaufvertrags ist sowohl beim Share Deal als auch beim Asset Deal das Unternehmen selbst, beim Share Deal mindestens dann, wenn er auf den Verkauf/Kauf der Kontrolle des Unternehmens ausgerichtet ist[5]. Der teilweise abweichenden Meinung des Bundesgerichts, wonach beim Share Deal grundsätzlich die Anteile Kaufgegenstand sind, ist nach der herrschenden Lehre nicht zu folgen[6].

---

1 Kauf/Verkauf des Unternehmens mittels Kauf/Verkauf der Anteile des juristischen Trägers des Unternehmens (z.B. Rudolf Tschäni, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, § 3 N 1).

2 Kauf/Verkauf des Unternehmens mittels Kauf/Verkauf der einzelnen Aktiven und Passiven und sonstigen Gegenständen (wie Verträge) des Unternehmens (z.B. Tschäni [FN 1], § 3 N 1).

3 Oliver Beldi, Die Auswirkungen der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmenskauf, Ein Rechtsvergleich Schweiz/Deutschland/USA, in: Carl Baudenbacher/Juliane Kokott (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Basel 2011, 8; Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 129; Rolf Watter/Charlotte Wieser, Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 152 f., 165; neuerdings kritisch zur Möglichkeit der Abwicklung des Asset Deal nach dem OR Markus Vischer, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, 142 ff.

4 Z.B. Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag, Besprechung des Urteils 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, GesKR 2011 81 ff.; Watter/Wieser (FN 3), 152, 165.

5 Beldi (FN 3), 8, 12 f.; Vischer (FN 3), SJZ 2010, 129; Watter/Wieser (FN 3), 153; Lorenzo Olgiati, Terminierbarkeit von Verfügungsgeschäften beim Unternehmenskauf, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, 81; so schon BK-Becker, Art. 18 OR N 28; BK-Janggen/Becker, Art. 772 OR N 2; Max Hachenburg, Die schweizerische Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die deutsche Rechtsprechung, ZSR 1936, 334.

6 Vischer (FN 3), SJZ 2010, 129; Watter/Wieser (FN 3), 153, 165; so schon BK-Becker, Art. 18 OR N 28; BK-Janggen/Becker, Art. 772 OR N 2; Hachenburg (FN 5), 334.

III. Kaufrechtliche Gewährleistung i.e.S.

Die kaufrechtliche Gewährleistung i.e.S. richtet sich sowohl beim Share Deal als auch beim Asset Deal einheitlich nach Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich des Schadenersatzrechts durch Art. 97 ff. OR. Die teilweise abweichende Meinung des Bundesgerichts, wonach beim Asset Deal u.U. Zessionsrecht und andere Regeln Anwendung finden, ist nicht korrekt[7].

Im Bereich der Rechtsgewährleistung i.e.S. kann der Käufer abweichend von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung bei gegebenen Voraussetzungen alternativ nach Art. 192 ff. OR oder nach Art. 197 ff. OR vorgehen[8].

IV. Kaufrechtliche Gewährleistung i.w.S.

Neben der kaufrechtlichen Gewährleistung i.e.S. gibt es auch eine Gewährleistung i.w.S., z.B. gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 23 OR (Grundlagenirrtum) und Art. 28 (absichtliche Täuschung)[9]. Inwieweit Art. 97 ff. OR ebenfalls Anspruchsgrundlage für Gewährleistungsansprüche i.w.S. sein können, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

V. Der Begriff des Mangels i.S. von Art. 197 ff. OR

Ein Mangel i.S.v. Art. 197 ff. OR liegt vor, wenn der Ist-Zustand vom Soll-Zustand abweicht[10]. Die herrschende Lehre geht von einem subjektiven Mangelbegriff aus und vertritt die Ansicht, dass sich der Soll-Zustand nicht aus der allgemeinen Verkehrsauffassung, sondern aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien ergibt[11]. Es ist klar, dass bei diesem Verständnis die Zusicherung i.S.v. Art. 197 OR im Einklang mit einem Teil der neueren Lehre eine rechtsgeschäftliche, zustimmungsbedürftige Willenserklärung[12], also ein vertragliches Leistungsversprechen ist, und nicht, wie noch nach der vorherrschenden traditionellen Lehre und dem Bundesgericht, eine blosse Vorstellungs- oder Wissensäusserung, die eine gesetzliche Haftung des Verkäufers begründet[13]. Der vorausgesetzte (oder normale) Zustand des Kaufgegenstands, beim objektiven Mangelbegriff das entscheidende Kriterium, dient lediglich als subsidiäres Hilfskriterium, falls die Parteien nichts vereinbart haben oder ihre Vereinbarung nicht eindeutig ist, wobei allerdings beim vorausgesetzten Zustand des Kaufgegenstands nur Eigenschaften relevant sind, deren Fehlen zu einer erheblichen Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Kaufgegenstands führen. Der Mangelbegriff wird so subjektiv-objektiv[14].

Ein Mangel i.S.v. Art. 197 ff. OR ist demzufolge entweder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft, wenn, wie schon gesagt, dieses Fehlen zu einer erheblichen Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Kaufgegenstands führt.

Das Erfordernis der Wesentlichkeit des Mangels (bei Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft) kann in Anlehnung an die deutsche Lehre beim Unternehmenskauf auch so umschrieben werden, dass der Mangel an einem Einzelgegenstand des Unternehmens auf die Unternehmensebene «durchschlagen» müsse[15]. Ein solches Durchschlagen ist bei Fehlen wesentlicher Eigenschaften des Unternehmens, wie dem uneingeschränkten Eigentum des Verkäufers an den Aktien bzw. Stammanteilen beim Share Deal, der rechtlichen Existenz des Unternehmens, der grundsätzlichen Ordnungsmässigkeit der Bilanzen, der grundsätzlichen Rechtseinhaltung und grundsätzlichen betriebsrelevanten Eigenschaften zu vermuten.

Auch ein Rechtsmangel i.S.v. Art. 192 ff. OR kann ein solcher Mangel sein, was alsdann dazu führt, dass der Käufer

---

7 Beldi (FN 3), 8; Vischer (FN 3), SJZ 2010, 129; Watter/Wieser (FN 3), 152 f., 165; Philippe Spitz, Verjährung und Rechtsbehelfe bei Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2005, 465.

8 Vischer (FN 3), SJZ 2010, 129 f.

9 Beldi (FN 3), 9; Vischer (FN 3), SJZ 2010, 130.

10 Watter/Wieser (FN 3), 154.

11 Katja Bähler, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungsrecht, Basel/Genf/München 2005, 10.

12 Zu solchen Willenserklärungen im Allgemeinen z.B. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, 167 ff.

13 Zum Ganzen Bähler (FN 11), 19 ff.

14 Zum Ganzen Bähler (FN 11), 8 ff.; s. auch Diana Akikol, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Zürich/Basel/Genf 2008, 61 f., 83 ff.

15 Z.B. Watter/Wieser (FN 3), 155 ff.; Bernd Hauck, Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Basel 2008, 154 ff., 523 ff.; s. auch BGE 129 III 22: «On pourrait certes se demander si la présence de l'amiante n'a pas pour effet de rendre défectueux les biens que la cédante a transféré définitivement à la reprenante. Il n'y a pas de raison de le penser puisque le défaut allégué ne réside pas dans ses biens et qu'il n'a pas été constaté que l'exploitation du commerce aurait été entravée ou que le chiffre d'affaires aurait été diminué; …»; zur Kritik der Meinung, ein Unternehmensmangel könne nur von im Eigentum des Unternehmens stehenden Sachen ausgehen und nicht auch von vom Unternehmen gemieteten Sachen bzw. einem Mietvertrag des Unternehmens s. Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes 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, 338, Rz. 23 ff.

bei gegebenen Voraussetzungen alternativ nach Art. 192 ff. OR oder nach Art. 197 ff. OR vorgehen kann[16].

Der erwähnte subjektiv-objektive Fehlerbegriff schliesst eine Zusicherung in Form einer Willenserklärung durch konkludentes (schlüssiges) Verhalten[17] oder durch stillschweigende Erklärung[18] nicht per se aus.

Beim Unternehmenskauf werden solche Zusicherungen aber nur mit Zurückhaltung anzunehmen sein, umso mehr, als die Parteien im Unternehmenskaufvertrag in den Regel festhalten, dass keine weiteren Zusicherungen als die explizit im Unternehmenskaufvertrag gegebenen Zusicherungen abgegeben werden[19]. Das schliesst nicht aus, dass effektiv im Unternehmenskaufvertrag enthaltene Zusicherungen ausgelegt und unter Umständen sogar weit ausgelegt werden[20].

VI. Sachmängelbehaftete Leistung als Nicht- bzw. Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 ff. OR

Erschliesst sich der Mangel i.S.v. Art. 197 ff. OR nach dem subjektiv-objektiven Mangelbegriff grundsätzlich als Abweichung von einer vertraglichen Vereinbarung, so ist klar, dass mit der heute wohl herrschenden Lehre[21] der so genannten Erfüllungstheorie zu folgen ist, wonach die Qualität des Kaufgegenstands zum vertraglich Geschuldeten gehört, und die so genannte Gewährleistungstheorie abzulehnen ist, wonach die Sachgewährleistung i.S.v. Art. 197 ff. OR keine vertragliche Haftung, sondern eine rein gesetzliche Erfolgshaftung ist[22].

Nachdem die Lehre und Rechtsprechung Art. 97 ff. OR über die eigentlichen Nicht- bzw. Unmöglichkeitsfälle[23] auf Fälle der Schlechterfüllung, auch positive Vertragsverletzungen genannt, ausgeweitet haben[24], ist klar, dass die sachmängelbehaftete Leistung grundsätzlich ebenfalls von Art. 97 ff. OR erfasst wird[25], entweder als Nicht- bzw. Unmöglichkeitsfall, wenn die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) nicht mehr möglich ist, oder als Schlechterfüllungsfall, wenn die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist[26].

VII. (Nach-)Erfüllungsanspruch bei Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 ff. OR

Obwohl Art. 97 ff. OR den (Nach-)Erfüllungsanspruch des Gläubigers nicht explizit nennt, betrachtet die herrschende Lehre ihn doch als Grundfolge der Schlechterfüllung und in Art. 97 ff. OR stillschweigend mitenthalten[27]. Damit steht

---

16 S. vorstehend III; s. auch BGE 4A_331/2010 vom 27.9.2010 mit der Qualifikation eines mit einem dinglichen Recht eines Dritten belasteten Kaufgegenstandes als mangelhaften Kaufgegenstand, besprochen von Michele Casale/Markus Vischer, Grundstückskauf, Formerfordernisse von Zahlungsmodalitäten sowie Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachgewährleistung, in Push-Service Entscheide, publiziert am 25.1.2011, und BGE 104 II 355 mit der Qualifikation eines mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belasteten Werks als mangelhaftes Werk.

17 Dazu im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep/Schmid (FN 12), 181 f.

18 Dazu im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep/Schmid (FN 12), 188 ff.

19 Wolfgang Zürcher, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions IX, Zürich/Basel/Genf 2007, 162.

20 S. z.B. BGE 4A_226/2011 vom 31.5.2011, E. 3.3, wo erwähnt wird, dass die Vorinstanz des Bundesgerichts aus einer Ordinary Course of Business-Zusicherung für das laufende Geschäftsjahr und bis zum Vollzug schloss, dass eine Überschuldung bei Signing eine Zusicherungsverletzung darstelle; zu dieser Art von Zusicherung, oft auch noch ausgebaut zu einer Absence of Certain Change-Zusicherung, z.B. Rudolf Tschäni, Post-Closing Disputes on Representations and Warranties, in: Gabrielle Kaufmann-Kohler/Alexandra Johnson (Hrsg.), Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA Special Series 2005, 71.

21 Akikol (FN 14), 27.

22 Zum Meinungsstreit z.B. Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4. A., Genf/Zürich/Basel 2009, N 694; Akikol (FN 14), 24 ff.; BSK OR I-Honsell, Vor Art. 192–210 OR N 2; Bähler (FN 11), 28 ff.; Petra Ginter, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung, Zürich/Basel/Genf 2005, 71 ff.; Peter Herbert Vetter, Probleme der Sachverschaffung, der Sachqualität und des Sachuntergangs beim Warenkauf nach schweizerischem Obligationenrecht und Wiener Kaufrecht, Diss. Basel 1998, 33 ff.; Max Keller/Kurt Siehr, Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 71 ff.; s. auch BGE 114 II 244: «Denn die Leistung einer mangelhaften Sache ist … nie Erfüllung des Kaufvertrages. Gewährleistungsansprüche sind damit stets Vertragsansprüche ….».

23 = Fälle der nachträglichen verschuldeten objektiven und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiven Unmöglichkeit; dazu neuestens Thomas Coendet, Subjektive Unmöglichkeit als regulatives Prinzip, Recht 2009, 128 ff.

24 Z.B. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 2614 ff.

25 Bähler (FN 11), 34 ff.; Ginter (FN 22), 69 ff.; Alfred Schubiger, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff. – OR 97 ff., Bern 1957, 29 ff.

26 Ginter (FN 22), 104; s. auch Bähler (FN 11), 57.

27 Christine Chappuis, A Comparative Overview on Performance as a Remedy: A Key to Divergent Approaches, in: Michael E. Schneider und Joachim Knoll (Hrsg.), Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration, ASA Special Series No. 30 2011, 57 ff.; Jean-Marc Schaller, Die Anspruchsmethode, AJP/PJA 2011, 11 f., insbesondere auch Fn 109 mit Hinweise auf die abweichende Rechtslage unter Art. 111 aOR; Alfred Koller, Schweizerisches Obliga-

die schweizerische Rechtsordnung im Einklang mit den anderen kontinentaleuropäischen (civil law) Ländern, bei welchen der Erfüllungsanspruch und entsprechend die Möglichkeit einer Erfüllungsklage die normale Rechtsfolge einer Vertragsverletzung ist, während die anglo-amerikanischen (common law) Länder bei Vertragsverletzungen dem Schadenersatz den Vorzug geben und oft eine Erfüllungsklage nicht zulassen[28]. Allerdings ist der Gegensatz zwischen civil law und common law Ländern nicht so schroff wie gemeinhin geglaubt, umso mehr, als sich in den civil law Ländern und insbesondere auch in der Schweiz die Erfüllungsklage in der Praxis oft als etwas theoretischer Rechtsbehelf erweist und deshalb meist trotzdem der Schadenersatz im Vordergrund steht[29].

Voraussetzung des Erfüllungsanspruchs des Gläubigers (im schweizerischen Recht) ist, dass die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist[30].

Explizit wird der (Nach-)Erfüllungsanspruch des Gläubigers im Gesetz nur für die Verzugsfälle in Art. 107 OR genannt[31].

Die Bestimmungen von Art. 102 ff. OR und insbesondere Art. 107–109 OR kommen nun aber m.E. nicht nur bei Verzugsfällen (und auch nicht nur bei synallagmatischen Verträgen) zur Anwendung, sondern überall dort, wo eine interessenorientierte Auslegung der Vertragsverletzung dies gebietet[32].

Das führt zu einer im Rahmen von Art. 97 ff. OR vorgenommenen analogen Anwendung von Art. 102 ff. OR und insbesondere von Art. 107–109 OR auf die Fälle der Unmöglichkeit und Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 ff. OR und damit auch der sachmängelbehafteten Leistung i.S.v. Art. 197 ff. OR[33].

Man könnte aber die Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 ff. OR und damit auch die sachmängelbehaftete Leistung i.S.v. Art. 197 ff. OR, wenn die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist, ganz direkt auch als Verzugsfall betrachten und die Regeln von Art. 102 ff. und insbesondere Art. 107–109 OR direkt zur Anwendung bringen. Denn jede Schlechterfüllung, bei der die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist, ist auch eine zeitlich nicht gehörige Erfüllung, also ein Verzugsfall[34].

Entsprechend besteht bei einer sachmängelbehafteten Leistung i.S.v. Art. 197 ff. OR ein (Nach-)Erfüllungsanspruch des Gläubigers, wenn die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist.

Dieser ist nicht von einem Verschulden des Schuldners abhängig, besteht also nicht nur bei einem Verschulden des Schuldners[35]. U.a. dadurch unterscheidet sich der (Nach-) Erfüllungsanspruch des Gläubigers vom Schadenersatzanspruch des Gläubigers nach Art. 97 OR.

VIII. Verhältnis von Art. 197 ff. OR und Art. 97 ff. OR

Nachdem gezeigt wurde, dass eine sachmängelbehaftete Leistung i.S.v. Art. 197 ff. OR ebenfalls von Art. 97 ff. OR erfasst ist und ein (Nach-)Erfüllungsanspruch besteht, wenn die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist, ist zu prüfen, ob Art. 197 ff. OR als leges speciales Art. 97 ff. OR verdrängen. Dies ist umstritten[36] und in Bezug auf den (Nach-) Erfüllungsanspruch des Käufers von besonderer Tragweite, weil die herrschende Lehre und die Rechtsprechung

---

tionenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 57, Rz. 45; Kathrin Klett, Ausgewählte bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: Leistungsstörungen, Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, herausgegeben von Alfred Koller, St. Gallen 2008, 47; Ginter (FN 22), 27; Jörg Schmid, Vertragsrecht und Realerfüllung, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 591; Keller/Siehr (FN 22), 103.

28 Chappuis (FN 27), 51 ff.

29 Chappuis (FN 27), 60 ff., 70 ff., insbesondere auch 60 FN 42 mit der Rekapitulation der ganz wenigen neueren Bundesgerichtsentscheide, bei denen die Parteien Erfüllung verlangten; Ginter (FN 22), 32 f.; s. neuerdings allerdings auch BGE 135 III 295, in welchem Fall das Bundesgericht die Erfüllungsklage des Käufers trotz allen Hürden (und letztlich wohl zu Unrecht: Vischer [FN 3], Mergers & Acquisitions XIII, 168 f.) geschützt hat.

30 Ginter (FN 22), 27.

31 S. auch Andeutungen in Art. 97 Abs. 2 und Art. 98 OR.

32 Ginter (FN 22), 48.

33 Ginter (FN 22), 27 ff., 103 ff.; s. auch die herrschende Lehre, z.B. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, 68.10; Gauch/Schluep/Emmenegger (FN 24), N 2587; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 OR N 58; BK-Weber, Art. 97 OR N 269 ff. mit dem Postulat der analogen Anwendung von Art. 107 Abs. 2 und 109 OR im Rahmen von Art. 97 OR.

34 Wie hier z.B. BSK OR-I Wiegand, Einl. zu Art. 97–109 OR N 2 f., Art. 97 OR N 1; Bähler (FN 11), 52 f.; Ginter (FN 22), 107, 156 f., anders aber 27; Schubiger (FN 25), 29 bezüglich Gattungskauf; a.M. z.B. Akikol (FN 14), 39.

35 Ginter (FN 22), 76 f.

36 Tercier/Favre (FN 22), N 707 ff.; Christoph Hehli, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, Unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus culpa in contrahendo, Zürich/Basel/Genf 2008, 121 ff.; Thomas Koller, Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung, AJP/PJA 2007, 1183 ff.; BSK OR I-Honsell, Vor Art. 192–210 OR N 6, Vor Art. 197–210 OR N 6; Bähler (FN 11), 27 ff.; Ginter (FN 22), 69 ff., 103 ff., 156 f.; Keller/Siehr (FN 22), 103 ff.; Schubiger (FN 25), 13 ff.

Art. 197 ff. OR nicht um einen (Nach-)Erfüllungsanspruch des Käufers ergänzen und lediglich eine Minderheitsmeinung eine solche Lückenfüllung entweder gestützt auf Art. 2 ZGB oder Art. 368 Abs. 2 OR vornimmt[37].

Das Bundesgericht ist in konstanter Rechtsprechung der Auffassung, der Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 OR stehe dem Käufer alternativ zu den Rechtsbehelfen gemäss Art. 197 ff. OR zur Verfügung[38]. Allerdings seien auf den Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR gewisse Bestimmungen von Art. 197 ff. OR und insbesondere Art. 201 und Art. 210 OR anwendbar[39].

Ist die Annahme der Alternativität richtig, so muss m.E. konsequenterweise Art. 97 ff. OR insgesamt zur Anwendung gebracht werden mit der Folge, dass dem Käufer bei einer sachmängelbehafteten Leistung i.S.v. Art. 197 ff. OR (u.a.) entgegen der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ein (Nach-)Erfüllungsanspruch gestützt auf Art. 97 ff. OR zusteht, wenn die Erfüllung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist[40]. Dieser (Nach-)Erfüllungsanspruch des Käufers kann auch Nachbesserungsrecht des Käufers genannt werden[41].

Exkurshalber sei noch ausgeführt, dass bei dieser Betrachtungsweise bei einer sachmängelbehafteten Leistung i.S.v. Art. 197 ff. OR gestützt auf Art. 82 OR ein Recht des Käufers besteht, die sachmängelbehaftete Leistung zurückzuweisen und die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern[42].

IX. Inhalt des Nachbesserungsrechts des Käufers

Das Nachbesserungsrecht ist der Anspruch des Käufers auf unentgeltliche nachträgliche Verbesserung des Kaufgegenstands durch den Verkäufer[43]. Verbesserung bedeutet Mängelbeseitigung und nachträgliche Erwirkung des vertragsgemässen Zustands des Kaufgegenstands[44]. Seitens des Verkäufers ist damit ein Tun und keine Geldzahlung geschuldet[45].

Die Kosten der Nachbesserung trägt grundsätzlich der Verkäufer[46].

Der Käufer soll durch die Nachbesserung weder schlechter noch besser gestellt werden, als wenn der Verkäufer von vornherein einen mängelfreien Kaufgegenstand abgeliefert hätte[47]. Kostensteigerungen gehen deshalb zu Lasten des Verkäufers, ebenso wie Vorbereitungs- und Wiederherstellungskosten, d.h. die so genannten Begleitkosten[48].

Wie er die Nachbesserung bewerkstelligen will, ist grundsätzlich Sache des Verkäufers[49]. Dabei besteht ein gewisses Ermessen des Verkäufers[50]. Allerdings braucht sich der Käufer keine so genannten Behelfslösungen, also ein Flickwerk, gefallen zu lassen. Das ist keine Herstellung des vertragsgemässen Zustands[51]. So genannte mängelfrem-

---

37 Dazu z.B. Tercier/Favre (FN 25), N 824 ff.; Claire Huguenin, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2008, N 350; Hauck (FN 15), 157; Hehli (FN 36), 129 f.; BSK OR I-Honsell, Art. 205 OR N 5; Bähler (FN 11), 99 ff.; Ginter (FN 22), 63 f.; Keller/Siehr (FN 22), 96; Jürg Luginbühl, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 197; BK-Giger, Art. 205 OR N 33 ff.; ablehnend BGE 95 II 125 f.; BGE 91 II 348; offengelassen in BGE 124 III 460.

38 Z.B. BGE 133 III 339, 114 II 134, 108 II 104, 107 II 421, 107 II 165 f.; a.M. beim Werkvertrag BGE 117 II 553, 100 II 32 f.

39 S. in FN 38 angegebene BGE; eine andere Frage als die Anwendbarkeit von Vorschriften von Art. 197 ff. OR auf Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR ist die Frage der Anwendbarkeit von Vorschriften von Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR auf Art. 197 ff. OR, so z.B. von Art. 100 OR, welche Frage umstritten ist, z.B. Pascal Pichonnaz, Garantie pour les défauts: présentation générale, in: Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 119; Erich Rüegg, Zusicherung und Freizeichnung, in: Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 189 ff.; BSK OR I-Honsell, Art. 199 OR N 1 a.E.; Keller/Siehr (FN 22), 114; offengelassen in BGE 4C.295/2004 vom 12.11.2004, E. 5.2; BGE 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (=BGE 130 III 686), E. 3 (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert); BGE 126 III 67; BGE 107 II 166 f.

40 Gl.M. Ginter (FN 22), 156 f.; Markus Müller-Chen, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, 153; Thomas Alexander Schluep, Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des Schweizer Kaufrechts, Diss. Bern 1990, 82; Beat Guldimann, Der Nachbesserungsanspruch von Käufer und Besteller im Schweizerischen Recht, Diss. Basel 1986, 73; Rolf Furrer, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich 1973, 74; wohl auch Vetter (FN 22), 49 ff.

41 S. auch zur Qualifikation des Nachbesserungsrechts des Bestellers beim Werkvertrag als modifizierter Erfüllungsanspruch z.B. Roger Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007, N 459.

42 Ginter (FN 22), 110 f.

43 Bezüglich Werkvertrag z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 53 und Brändli (FN 41), N 466.

44 Bezüglich Werkvertrag z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 53.

45 Wohl a.M. BK-Giger, Art. 205 OR N 25, 36.

46 Luis Maissen, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen, Zürich 1999, 104; bezüglich Werkvertrag z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 53 und Brändli (FN 41), 503 ff.

47 Bezüglich Werkvertrag BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 54.

48 Maissen (FN 46), 104. Bezüglich Werkvertrag z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 54 und Brändli (FN 41), 478 ff.

49 Maissen (FN 46), 105. Bezüglich Werkvertrag z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 54 und Brändli (FN 41), 468.

50 Bezüglich Werkvertrag BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 54.

51 Maissen (FN 46), 105. Bezüglich Werkvertrag z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 56 und Brändli (FN 41), 483 ff.

de Massnahmen, auch kompensatorische oder ergänzende Massnahmen genannt, stellen i.d.R. ebenfalls keine korrekte Nachbesserung dar[52].

Die Nachbesserung kann auch über den Ersatz des mangelhaften Kaufgegenstands durch einen neuen, mängelfreien Kaufgegenstand bzw. von Teilen davon erfolgen[53].

Vor dem Hintergrund der Herleitung des Nachbesserungsrechts des Käufers aus Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR ist klar, dass die werkvertragliche Einschränkung des Nachbesserungsrechts in Art. 368 Abs. 2 OR, wonach eine Nachbesserung nur verlangt werden darf, wenn diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, beim kaufrechtlichen Nachbesserungsrecht nicht gilt[54]. Dagegen gilt selbstverständlich Art. 2 ZGB als Begrenzung der Höhe der vom Verkäufer zu übernehmenden Nachbesserungskosten.

Wie gesagt kann der Käufer die Nachbesserung nur verlangen, wenn die Nachbesserung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) möglich ist[55].

X. Geltendmachung des Nachbesserungsrechts des Käufers

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Einhaltung von Art. 201 OR Voraussetzung für die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts des Käufers[56]. Die Frist zur Prüfung setzt das Bundesgericht beim Unternehmenskauf (viel zu knapp) auf 10–14 Tage an[57].

Nicht Voraussetzung für die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts ist dagegen eine Nachfristansetzung[58].

Nimmt der Verkäufer die Nachbesserung nicht oder nicht gehörig vor, so kann der Verkäufer weiter nach Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR vorgehen, wenn die Nachbesserung (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist.

Der Käufer kann einmal weiter Erfüllung, d.h. Nachbesserung[59], verlangen.

Der Käufer kann aber auch auf die Nachbesserung verzichten[60] und diese selbst vornehmen bzw. durch einen Dritten vornehmen lassen. Zu einer derartigen Ersatzvornahme ist gemäss Art. 98 Abs. 1 OR an sich eine richterliche Ermächtigung nötig. Wie im Werkvertragsrecht ist eine Ersatzvornahme aber auch ohne richterliche Ermächtigung nach einer Mahnung und Nachfristansetzung, wo eine solche nach Art. 107 Abs. 1 OR bzw. Art. 108 OR nötig ist, zulässig[61]. Die Kosten der Ersatzvornahme kann der Käufer als Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR auf den Verkäufer überwälzen[62]. In diesem Fall konvergiert der Rechtsbehelf des Schadenersatzes mit dem Rechtsbehelf der Minderung, wenn für die Berechnung des Minderwerts mit der Vermutung operiert wird, die Nachbesserungs- oder Wiederherstellungskosten entsprächen dem Minderwert[63].

Der Käufer kann weiter auch nach den Verzugsregeln vorgehen und, bei gegebenen Voraussetzungen, die Wahlrechte in Art. 107–109 OR ausüben.

Alternativ kann er, bei gegebenen Voraussetzungen, auch Wandelung oder Minderung nach Art. 205 Abs. 1 OR geltend machen.

Es wird in diesem Zusammenhang deshalb von einem vierfachen Wahlrecht bei Verzicht auf die Nachbesserung gesprochen[64].

Verzichtet der Käufer im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR auf die nachträgliche Leistung und verlangt Ersatz des positiven Interesses oder tritt er vom Vertrag zurück, so kann er nicht mehr Wandelung oder Minderung geltend machen. Insbesondere lebt nach einem Rücktritt vom Vertrag entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Werkvertrag[65] das ursprüngliche Recht des Käufers auf Wandelung oder Minderung nicht wieder auf[66].

---

52 Brändli (FN 41), 472 ff.

53 Bezüglich Werkvertrag z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 57 und Brändli (FN 41), 494 ff.

54 Unklar Maissen (FN 46), 104 f.

55 S. vorstehend VII.

56 S. vorstehend VIII.

57 Peter R. Isler, Verjährung und Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions IX, Zürich/Basel/Genf 2007, 17; Urs Schenker, Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, 153, unter Bezugnahme auf BGE 107 II 422 f.; zur strengen Praxis des Bundesgerichts im Allgemeinen z.B. BGE 4D_25/2010 vom 29.6.2010.

58 Ginter (FN 22), 50; wohl auch Gauch/Schluep/Emmenegger (FN 24), N 2494 in Zitierung von OGer ZH, ZR 1988, 63 f.

59 S. dazu im Allgemeinen Bähler (FN 11), 89 f.

60 Ob ein Verzicht auf die Nachbesserung Voraussetzung einer Ersatzvornahme ist, ist umstritten, s. bezüglich Werkvertrag z.B. Brändli (FN 41), N 691.

61 Bezüglich Werkvertrag z.B. BGE 136 III 276; bezüglich Werkvertrag restriktiver, d.h. eine Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung nur zulassend bei zeitlicher Dringlichkeit z.B. BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 59; allgemein BSK OR I-Wiegand, Art. 98 OR N 8.

62 Bezüglich Werkvertrag BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 368 OR N 59; allgemein BSK OR I-Wiegand, Art. 98 OR N 8.

63 Dazu z.B. Vischer (FN 3), SJZ 2010, 134.

64 Bezüglich Werkvertrag z.B. Brändli (FN 41), 607, 670.

65 BGE 4A_290/2010 vom 10.12.2010, E.1.1; BGE 136 III 275.

66 Gl.M. bezüglich Werkvertrag und mit entsprechender Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Hubert Stöckli, Werkvertrag – Verzug des Unternehmers bei der Nachbesserung – OR 107/109, BR 2011, 80 f.; Hubert Stöckli, Werkvertrag – Verzug des Unternehmers bei der Nachbesserung – OR 107/109, BR 2010, 189.

Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unterwirft Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR gewissen Bestimmungen von Art. 197 ff. OR und insbesondere Art. 201 und Art. 210 OR, so ist es folgerichtig, einen Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag nach Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 OR nur bei schwerwiegenden Mängeln zuzulassen, nachdem Art. 205 Abs. 2 OR statuiert, dass der Richter auf Minderung entscheiden kann, selbst wenn der Käufer Wandelung verlangt hat, wenn die Umstände eine Wandelung nicht rechtfertigen[67].

XI. Exkurs I: (Nach-)Erfüllungsanspruch bzw. Nachbesserungsrecht des Verkäufers

Ein (Nach-)Erfüllungsanspruch bzw. Nachbesserungsrecht des Schuldners wird im Allgemeinen Teil des OR nicht erwähnt. Mindestens bei leicht behebbaren Mängeln nimmt die herrschende Lehre ein solches Nachbesserungsrecht gestützt auf Art. 2 ZGB aber an[68]. Das Nachbesserungsrecht des Schuldners kann auch aus der Schadensminderungspflicht des Gläubigers gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR hergeleitet werden. Im Kaufrecht ist die Annahme eines Nachbesserungsrechts des Verkäufers (beim Spezieskauf) umso mehr gerechtfertigt, als Art. 206 Abs. 2 OR ein Nachlieferungsrecht beim Gattungskauf vorsieht.

Dies bedeutet, dass der Käufer mindestens bei leicht behebbaren Mängeln dem Verkäufer vor Ausübung der Gewährleistungsrechte, also insbesondere der Minderung und der Wandelung, Gelegenheit geben muss, den Kaufgegenstand nachzubessern[69].

XII. Exkurs II: Gescheiterte Einführung eines Nachbesserungsrechts des Käufers und eines Nachbesserungsrechts des Verkäufers

Am 30. Januar 2001 legte das EJPD den Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr zur Vernehmlassung auf[70]. Dieser sah beim Spezieskauf ein Recht des Käufers auf Nachbesserung der mangelhaften Sache vor, wenn die Nachbesserung möglich oder nicht unverhältnismässig ist[71]. Dieses Nachbesserungsrecht des Käufers war dem Wandelungs- und Minderungsrecht des Käufers vorgelagert, womit der Verkäufer ein Recht auf Nachbesserung erhielt[72]. Aufgrund der kontroversen Aufnahme des Vorentwurfs in der Vernehmlassung[73] entschied der Bundesrat am 9. November 2005, den Vorentwurf nicht weiter zu verfolgen[74], wie der Bundesrat auch in einer Stellungnahme zu einem Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats zum Konsumentenschutz im elektronischen Geschäftsverkehr: Vertragliche Aspekte und Datenschutz vom 9. November 2004, schrieb[75]. In dieser Stellungnahme ist auch zu lesen, dass der Bundesrat der Auffassung ist, «dass der [gesetzlich verankerte] Nachbesserungsanspruch die Stellung des Käufers nur geringfügig verbessert hätte, da eine Nachbesserung häufig nicht möglich oder mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist. […] Deshalb soll[e] die Nachbesserung (Reparatur) auch in Zukunft auf jene Fälle beschränkt bleiben, in denen die Vertragsparteien diese Lösung, weil sachgerecht, vereinbart haben.»[76].

XIII. Konsequenzen für den Unternehmenskauf

Angesichts der vielen Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Gewährleistungsrecht schaffen die Parteien i.d.R. im Unternehmenskaufvertrag ihr eigenes (Gewährleistungs-)Recht. Sie sehen dabei in der Regel den einheitlichen Rechtsbehelf des Schadenersatzes vor[77], u.a. des-

---

67 So Ginter (FN 22), 41 f.; bezüglich Werkvertrag Brändli (FN 41), 607, 680; allgemein für eine Rücktrittsmöglichkeit nach Art. 107 Abs. 2 i.V. Art. 109 OR bei Schlechterfüllung nur bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen z.B. Gauch/Schluep/Emmenegger (FN 24), N 2587; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 OR N 58; differenzierend Schwenzer (FN 33), N 68.10.

68 BSK OR I-Honsell, Art. 205 OR N 6; Ginter (FN 22), 33 f.; Maissen (FN 46), 103 f.; Keller/Siehr (FN 22), 97, BK-Giger, Art. 205 OR N 43.

69 Ginter (FN 22), 49 f.

70 BBl 2001, 190. Vorentwurf publiziert unter der Adresse http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumentenschutz_geschaeftsverkehr/vn-ve-d.pdf.

71 Wolfgang Ernst, Die kaufrechtliche Gewährleistung nach der Teilrevision des Obligationenrechts, in: Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris/Heinrich Honsell/Thomas Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern/München 2005, 266 f.

72 Ernst (FN 71), 277 ff.

73 Resultate der Vernehmlassung publiziert unter der Adresse http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumentenschutz_geschaeftsverkehr/ve-ber-bges.pdf.

74 Entsprechende Medienmitteilung publiziert unter der Adresse http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2005/2005-11-091.html.

75 BBl 2006, 686.

76 BBl 2006, 688.

77 Rudolf Tschäni, Specific Issues in Different Types of Contractual Relations: Corporate Disputes, in: Michael E. Schneider/Joachim Knoll (Hrsg.), Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration, ASA Special

halb, weil dieser Rechtsbehelf gemäss dem common law der Normalrechtsbehelf bei Vertragsverletzungen ist[78].

Oft ergänzen die Parteien diesen Rechtsbehelf des Schadenersatzes in einer Art Verheiratung des common law Gedankens des Schadenersatzes mit dem civil law Gedanken der Realerfüllung mit dem einer Schadenersatzzahlung vorgelagerten Recht des Käufers, vom Verkäufer Nachbesserung zu verlangen, und, oder auch nur[79], mit dem Recht des Verkäufers, vorgängig zu einer Schadenersatzzahlung eine Nachbesserung vornehmen zu dürfen[80].

Wichtig ist, dass man sich dabei vor Augen hält, dass selbst beim Share Deal Gegenstand des Kaufs das Unternehmen ist[81], die Nachbesserung sich also auf das Unternehmen (oder Teile davon) und nicht etwa nur auf die Shares bezieht.

Entsprechend kann der Verkäufer z.B. bei einem von ihm (auch mittels Share Deal) verkauften Transportunternehmen, bei dem sechs der sieben dem Transportunternehmen gehörenden Lastwagen im Zeitpunkt des Verkaufs entgegen einer entsprechenden Zusicherung defekt sind, seine Nachbesserungsschuld dadurch erfüllen, dass er dem Transportunternehmen sechs neue bzw. sechs Occasionslastwagen liefert bzw. liefern lässt[82].

Eine entsprechende (klare)[83] vertragliche Regelung kann sinnvoll sein[84], löst sie doch, wenn es innert vernünftiger Frist effektiv zu einer erfolgreichen Nachbesserung kommt, oft (wenn auch nicht immer ganz fair[85]) das Problem der Schadensberechnung, nämlich das Problem der Berechnung des unmittelbaren Schadens, d.h. des Schadens am Kaufgegenstand selber[86], weil nach einer erfolgreichen Nachbesserung meist kein solcher Schaden mehr besteht[87]. Umgekehrt löst eine entsprechende vertragliche Regelung nicht das Problem der Berechnung des mittelbaren Schadens, d.h. des Mangelfolgeschadens[88], auch wenn es innert vernünftiger Frist effektiv zu einer erfolgreichen Nachbesserung kommt.

Generell besteht bei Nachbesserungsklauseln, insbesondere einer Klausel mit einem Nachbesserungsrecht des Käufers, die gleichen Schwierigkeiten wie beim Erfüllungsrecht im Allgemeinen[89], weshalb viele Autoren gegenüber Nachbesserungsklauseln skeptisch sind[90].

Diese Probleme zeigen sich beim Unternehmenskauf auch bei der Realvollstreckung der Hauptpflichten, beim Share Deal also der Lieferung des Unternehmens mittels der Shares und der Zahlung des Kaufpreises. Theoretisch besteht die Möglichkeit der Realvollstreckung dieser Pflichten durchaus[91], doch sie ist eben etwas theoretisch, was auch der konkrete Fall, der Anlass für den in FN 91 zitierten Aufsatz von Däniker/Schärer war, gezeigt hat *(Jelmoli/Delek/Blenheim Fall*[92]*)*.

Series No. 30 2011, 240; Vischer (FN 3), SJZ 2010, 130 f.; Markus Vischer, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 136 f.

78 S. vorstehend VII.; s. zum prägenden Einfluss des common law auf M&A Transaktionen im Allgemeinen z.B. Vischer (FN 77), SJZ 2009, 137.

79 Tschäni (FN 77), Specific Issues, 240.

80 Urs Schenker, Rechtliche Hindernisse bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen aus Unternehmenskaufverträgen, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 265; Watter/Wieser (FN 3), 174; Vischer (FN 77), SJZ 2009, 137; Urs Schenker, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich/Basel/Genf 2005, 280 f.; Markus Vischer, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, 364 f.

81 S. vorstehend II.

82 S. auch das Beispiel bei Watter/Wieser (FN 3), 169 ff., das zudem zeigt, dass eine Nachbesserung den Käufer u.U. besser stellt, als wenn er Schadenersatz bzw. Minderung verlangt hätte; zur Zulässigkeit der Erfüllung der Nachbesserungsschuld in der Form eines Ersatzes von Teilen des mangelhaften Kaufgegenstandes durch neue, mängelfreie Teile s. vorstehend IX.; zu den Problemen bei Leistungen des Verkäufers an das verkaufte Unternehmen s. auch Vischer (FN 3), SJZ 2010, 138 f.

83 Vischer (FN 80), SJZ 2001, 364 f.

84 So ganz generell BGE 124 III 460; s. auch Melanie Frey, Die Veräusserung einer freiberuflichen Praxis, Zürich 1999, 177 mit der richtigen Bemerkung, dass eine Nachbesserung bei komplexen Kaufgegenständen wie Unternehmen öfters in Frage kommt als bei weniger komplexen Kaufgegenständen, weil die Erfüllung öfters (objektiv und, nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre, subjektiv) noch möglich ist.

85 S. Beispiel bei Watter/Wieser (FN 3), 169 ff. und Bemerkung in vorstehender FN 82.

86 Zum Begriff z.B. Vischer (FN 80), SJZ 2001, 365.

87 Schenker (FN 80), Rechtliche Hindernisse 256 f., 264; Urs Schenker, Post Closing Litigation, in: Peter Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, 86; Schenker (FN 80), Mergers & Acquisitions VII, 280 f.; Schenker (FN 57), Mergers & Acquisitions VI, 151; Vischer (FN 80), SJZ 2001, 365 f.

88 Zum Begriff z.B. Vischer (FN 80), SJZ 2001, 365.

89 S. vorstehend VII.

90 Z.B. Tschäni (FN 77), Specific Issues, 240; Vischer (FN 3), SJZ 2010, 139; Rudolf Tschäni/Matthias Wolf, Vertragliche Gewährleistungen und Garantien-Typische Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 116 f.; Peter Böckli, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 96.

91 Z.B. Tschäni (FN 77), Specific Issues, 242; Daniel Däniker/Heinz Schärer, Ausstieg aus Unternehmenskaufverträgen wegen gescheiterter Finanzierung, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 186 f.; Georg von Segesser, Pre-closing disputes, in: Gabrielle Kaufmann-Kohler/Alexandra Johnson (Hrsg.), Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, Arbitration ASA Special Series No. 24 2005,, 44 f.

92 NZZ vom 5.7.2008, 29; NZZ vom 25.6.2008, 21; NZZ vom 9.5.2008, 30; NZZ vom 3.1.2008, 19; NZZ vom 8.12.2007, 27, NZZ vom 6.12.2007, 29; NZZ vom 12.11.2007, 49; NZZ vom 9.11.2007, 34; NZZ vom 28.10.2007, 32; NZZ vom 21.10.2007, 43, NZZ vom 21.9.2007, 23; NZZ vom 2.8.2007, 23; Fall erwähnt auch bei Ralph Malacrida, Front-End Loaded Versus Back-End Loaded: effiziente Vertragsgestaltung

Das hat nur sehr beschränkt mit der kürzeren kontinentaleuropäischen Art der Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen im Vergleich zum entsprechenden ausführlicheren angloamerikanischen Stil zu tun[93]. Diese kürzere kontinentaleuropäische Art sollte allerdings hierorts kein Freipass für schludrige Arbeit bei der Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen sein. Vielmehr muss es das Ziel jedes Vertragsgestalters sein, möglichst vollstreckbare Verträge ohne «Ausstiegsoptionen der Parteien» zu schaffen, worauf beim Unternehmenskaufvertrag, insbesondere bei der Gestaltung der Vollzugsbedingungen, zu achten ist[94]. Denn sonst schafft der Vertragsgestalter für die Vertragsparteien nicht Recht, was ja das primäre Ziel jeder Vertragsgestaltung ist[95].

Ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers wird oft auch etwas verdeckt mittels einer so genannten Third Party Claim-Klausel geschaffen, einer Klausel, welche dem Verkäufer gewisse Rechte bei Vorliegen eines Drittanspruchs gegen die verkaufte Gesellschaft oder eine deren (direkte oder indirekte) Tochtergesellschaft oder gegen den Käufer, welche zu einem Gewährleistungsfall führen könnte, einräumt[96].

Unabhängig davon, ob eine Nachbesserung effektiv erfolgreich ist, hilft der Einbezug des Verkäufers in eine Nachbesserung dem Käufer aber auch, möglichen Einwänden des Verkäufers im Zusammenhang mit der Schadensminderungspflicht des Käufers[97] zu begegnen[98].

Les dispositions du CO relatives au contrat de vente ne contiennent aucun droit de l'acheteur à la réparation en cas de défauts de l'objet vendu. Néanmoins, contrairement à l'opinion doctrinale dominante et à la jurisprudence du Tribunal fédéral, un tel droit à la réparation existe sur la base de l'art. 97 ss CO, pour autant que la réparation soit (objectivement et, selon la doctrine dominante mais non unanime, subjectivement) encore possible. Le contenu du droit à la réparation de l'acheteur est la suppression des défauts aux frais du vendeur. Il est axé sur une action et non sur une prestation en argent. Compte tenu des incertitudes juridiques exposées liées au droit à la réparation de l'acheteur, les parties ont intérêt, en cas d'achat d'entreprise, à régler cet aspect dans le contrat de vente de l'entreprise. La stipulation explicite d'un droit à la réparation au profit de l'acheteur mais aussi d'un droit de réparation du vendeur peut être judicieuse. On évite ainsi dans certains cas les problèmes importants de calcul du dommage en lien avec le moyen de droit principal en général prévu en cas de dommage, à savoir l'action en dommages-intérêts.
(trad. LT LAWTANK, Berne)

beim Unternehmenskauf, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 16, FN 1.

93 Dazu Malacrida (FN 92), 15 ff.

94 S. auch Malacrida (FN 92), 29: «Sedes materiae einer ‹Ausstiegsoption› des Käufers sind die Vollzugsbedingungen».

95 Z.B. Sylvain Marchand, Clauses Contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle, Basel 2008, 3.

96 Z.B. Zürcher (FN 19), Mergers & Acquisitions IX, 163; Tschäni/Wolf (FN 90), Mergers & Acquisitions VIII, 118 f.

97 S. vorstehend XI.

98 Schenker (FN 57), Mergers & Acquisitions VI, 151 f.