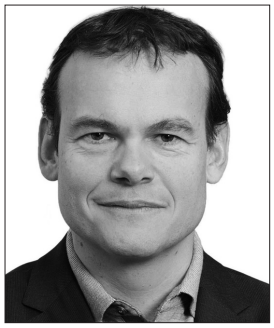
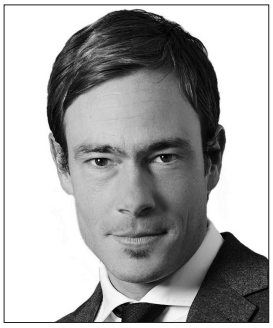
AJP/PJA 5/2012



Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf



Markus Vischer

Lucas Hänni

Verglichen mit dem M&A Standard hat sich der Immobilienkaufvertrag in der Schweiz in der letzten Zeit nicht oder nur sehr beschränkt weiterentwickelt. Selbst für Immobilientransaktionen mit mehrstelligen Millionenbeträgen ist die Ausgangsbasis für die Vertragsredaktion oft ein relativ rudimentäres, herkömmliches Vertragsmuster. Dieser Beitrag befürwortet eine Annäherung des auf Immobilienkäufen angewandten Standards an einen internationalen Standard, welchen sich grosse, institutionelle Investoren international gewohnt sind. Dieser Artikel vertritt dabei die These, dass das am besten dadurch geschieht, dass eine Immobilientransaktion dem auch in der Schweiz weit entwickelten Standard beim Unternehmenskauf folgt. Der Beitrag zeigt dabei auf, was dies für den Prozess als solches, aber auch, was dies für die Vertragsgestaltung bedeutet. Dabei wird insbesondere dafür plädiert, dass statt der routinemässig erfolgenden Wegbedingung oder mindestens Einschränkung der Gewährleistung mittels Gewährleistungen eine angemessene Risikoallokation zwischen Verkäufer und Käufer erfolgt. Dies setzt allerdings voraus, dass die Notare mitziehen und bereit sind, sich von gewissen «alten Zöpfen» bei der Vertragsredaktion in Immobilientransaktionen zu trennen.

Le contrat de vente d'immeuble n'a guère évolué ces dernières années en Suisse, ou seulement de manière très limitée, par rapport aux Standard M & A. Même pour les transactions immobilières chiffrées en plusieurs millions de francs, le point de départ de la rédaction du contrat est souvent un modèle de contrat ordinaire, relativement rudimentaire. Cet article plaide en faveur d'un rapprochement de la réglementation appliquée aux acquisitions de biens immobiliers aux normes internationales auxquelles les grands investisseurs institutionnels actifs sur le plan international sont habitués. Le présent article défend la thèse selon laquelle la meilleure manière de le réaliser est qu'une transaction immobilière se déroule selon la réglementation relative à l'achat d'une entreprise, domaine également amplement développées en Suisse. L'article met en évidence ce que cela signifie pour la procédure en tant que telle mais aussi pour l'aménagement du contrat. Il est en particulier soutenu qu'en lieu et place de l'exclusion ou, à tout le moins, de la restriction de la garantie qui survient usuellement, il pourrait y avoir une allocation des risques adéquate entre vendeur et acheteur moyennant des garanties. Cela présuppose toutefois que les notaires jouent le jeu et qu'ils soient disposés à se débarrasser de certaines « vieilles habitudes » en ce qui concerne la rédaction du contrat en matière de transactions immobilières.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Folgerungen bezüglich Prozess
3. Folgerungen bezüglich Transaktionsstruktur
4. Folgerungen bezüglich Vertragsgestaltung
   - 4.1. Präambel
   - 4.2. Kaufobjekt
   - 4.3. Kaufpreis
   - 4.4. Sicherung von Ansprüchen des Käufers
   - 4.5. Sicherung von Ansprüchen des Verkäufers
   - 4.6. Vollzug
     - 4.6.1. Handlungen vor Vollzug
     - 4.6.2. Vollzugsbedingungen
     - 4.6.3. Nutzen und Gefahr
     - 4.6.4. Vollzugshandlungen
   - 4.7. Gewährleistungen
     - 4.7.1. Freizeichnung versus Zusicherungen und Gewährleistungen
     - 4.7.2. Gesetzliches versus vertragliches Gewährleistungsregime
     - 4.7.3. Due Diligence und Gewährleistung
     - 4.7.4. Zusicherung versus Garantie
   - 4.8. Weitere Verpflichtungen nach Vollzug
   - 4.9. Anwendbares Recht und Gerichtsstand
5. Schlussbemerkung

1. Einleitung

Die vor allem aus der angelsächsischen Praxis übernommene Methode, möglichst alle Fragestellungen im Vertrag selbst zu adressieren, hat sich auch in Kontinentaleuropa durchgesetzt. Obwohl Schweizer Unternehmenskaufverträge traditionell kürzer und einfacher als angelsächsische Vereinbarungen formuliert sind, hat sich auch die schweizerische Praxis in Richtung der amerikanischen und englischen Vorbilder bewegt. So wird auch in Schweizer Verträgen versucht, möglichst viele Lebenssachverhalte anzusprechen und direkt zu regeln. Formulierungen, Aufbau und Inhalt von Unternehmenskaufverträgen sind mindestens im Grundsatz entsprechend vereinheitlicht[1], weshalb die Struktur und die Regelungen in Unternehmenskaufverträgen heute mit Fug als internationales Unternehmenskaufrecht bezeichnet werden darf[2].

Markus Vischer, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.,Walder Wyss Ltd., Zürich.

Lucas Hänni, lic. iur., Rechtsanwalt, Walder Wyss Ltd., Zürich.

1 Zur Entwicklung in der Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen Ralph Malacrida, Front-End Loaded Versus Back-End Loaded: Effiziente Vertragsgestaltung beim Unternehmenskauf, in: Matthias Oertle/Stefan Breitenstein/Matthias Wolf/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 17 ff.

2 Dazu Andreas Binder, M&A-Rechtsentwicklungen – Blicke zurück und nach vorn, GesKR Online-Beitrag 3, 2010, 2.

Demgegenüber hat sich der Immobilienkauf in der Schweiz während Jahrzehnten nicht oder nur sehr beschränkt weiterentwickelt[3]. Der klassische schweizerische Immobilienkaufvertrag umfasst in der Regel kaum mehr als zehn Seiten und ist – verglichen mit Mergers & Acquisitions (M&A)[4] Standards – meistens eher mässig strukturiert. Selbst für Immobilientransaktionen mit mehrstelligen Millionenbeträgen stellen nach wie vor die aus der kantonalen Notariatspraxis entwickelten Musterdokumente die Grundlage der Vertragsredaktion dar[5]. Obwohl sich in jüngster Zeit eine gewisse Annäherung der Vertragsgestaltung im Bereich des Immobilienkaufs an diejenige im Bereich des Unternehmenskaufs feststellen lässt[6], ist die Rechtspraxis beim Immobilienkauf gegenüber derjenigen beim Unternehmenskauf immer noch stark «unterentwickelt»[7], was sich auch in der Häufigkeit der Gerichtsfälle im Zusammenhang mit dem Immobilienkauf zeigt[8].

In den letzten Jahren haben die Investitionen im Immobilienbereich in der Schweiz stark zugenommen[9] und der in der Schweiz übliche Standard von Immobilienkaufverträgen steht zunehmend in Widerspruch zum internationalen «market standard», welchen sich grosse, professionelle Investoren gewohnt sind. Dieser Beitrag vertritt die These, dass es im Interesse beider Parteien des Kaufvertrages ist, wenn eine Immobilientransaktion einem professionalisierten M&A Standard folgt. Im Folgenden wird zunächst aufgezeigt, was dies für den Prozess als solchen bedeutet (Ziffer 2) und welche Transaktionsstrukturen in Frage kommen (Ziffer 3). Im Sinne einer «Auslegeordnung» folgt Ziffer 4 sodann einem groben Vertragsmuster und stellt typische Inhalte von Immobilienkaufverträgen[10] denjenigen von Unternehmenskaufverträgen gegenüber[11]. Erklärtes Ziel ist es dabei, auf die Vorteile von M&A-Verträgen internationalen Zuschnitts hinzuweisen und damit – unter Berücksichtigung von Besonderheiten beim Immobilienkauf – die Weiterentwicklung hinsichtlich Vertragsredaktion anzuregen.

2. Folgerungen bezüglich Prozess

Wenn möglich sollte auch bei Immobilientransaktionen der klassische M&A-Prozess eingehalten werden, welcher in der Regel die folgenden vier Phasen durchläuft: (1) Vorphase, (2) Unterzeichnung (sog. «Signing»[12]), (3) Vollzug (sog. «Closing»[13]) und (4) Integrationsphase (sog. «Post Merger Integration»)[14]. In der Vorphase wird regelmässig zunächst eine Vertraulichkeitsvereinbarung unterzeichnet[15]. Sodann wird die Transaktion strukturiert und eine Absichtserklärung (sog. «Letter of Intent», «Term Sheet» oder «Memorandum of Understanding») bzw. eine Vorfeldvereinbarung unterschrieben[16]. Der Verkäufer richtet einen Datenraum ein, worauf der Käufer eine Unternehmensprüfung (sog. «Due Diligence») durchführt[17]. Die Immobilien Due Diligence ist die sys-

---

3 So ist es z.B. auch auffällig, dass es in der Schweiz zum Immobilienkauf vergleichsweise – v.a. verglichen mit dem Unternehmenskauf – wenig Fachliteratur gibt.

4 Zum Begriff *«M&A»* s. Rudolf Tschäni, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 1.

5 Vorausgesetzt, es handelt sich nicht um einen *Share Deal,* vgl. Ziff. 3.

6 Anne-C. Imhoff/Franz Schubiger, Zivilrechtliche Strukturierung von Immobilientransaktionen, in: Der Schweizer Treuhänder 2011, 474 ff.; Edgar Philippin, Garantie pour les défauts: Clauses particulières, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 140 ff., v.a. 172 f.; für mehr Professionalität plädieren insb. auch Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 185 ff. und Maja Baumann, Gewährleistungen in Grundstückkaufverträgen mit professionellen Investoren, AJP/PJA 2010, 1269 ff.

7 Dies gilt v.a. für den *Asset Deal*. Sofern ein Immobilienkauf als Share Deal abgewickelt wird – was in der Praxis aus steuerlichen Gründen nicht oft vorkommt –, ist er einer M&A-Transaktion naturgemäss ähnlicher, s. zur Struktur Ziff. 3 und zum Vollzug Ziff. 4.6.4.

8 Die Autoren schätzen, dass ein Drittel bis die Hälfte der im Bereich des Kaufrechts publizierten Bundesgerichtsentscheide den Immobilienkauf betrifft.

9 Z.B. die Analysen des Informations- und Ausbildungszentrums für Immobilien (IAZI) auf www.iazi.ch und von Wüest & Partner auf www.wuestundpartner.com.

10 Ausgegangen wird dabei von einem Kaufvertrag über eine Immobilie mit Altbaute; s. zu den diversen Formen einer Immobilientransaktion Ziff. 3.

11 In diesem Zusammenhang werden Begriffe wie «meistens», «oft», «regelmässig», «selten» etc. verwendet. Bei diesen Aussagen handelt es sich nicht um statistisch unterlegte, sondern um reine Erfahrungswerte der Autoren, welche sich in langjähriger Praxis sowohl mit M&A- als auch mit Immobilientransaktionen beschäftigen.

12 Zum Begriff des Signing z.B. Sylvain Marchand, Clauses contractuelles, Du bon usage de la libérté contractuelle, Basel 2008, 178 f.; s. auch gleich nachstehend.

13 Zum Begriff des *Closing* z.B. Marchand (FN 12), 179 f.; s. auch gleich nachstehend.

14 Für eine graphische Darstellung des M&A-Prozesses z.B. Henry Peter, M&A transactions: process and possible disputes, in: Gabrielle Kaufmann-Kohler/Alexandra Johnson (Hrsg.), Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA Special Series No 41, Basel 2005, 14 f.

15 Dazu im Allgemeinen z.B. Naoki D. Takei, Inhalt und Rechtsfolgen von Geheimhaltungsvereinbarungen, SJZ 2007, 57 ff.

16 Marchand (FN 12), 49 ff.; zum Letter of Intent beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. Peter R. Isler, Letter of Intent, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, 1 ff.

17 Zur Due Diligence beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. Eric Olivier Meier, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich/St. Gallen 2010, 1 ff.

tematische Immobilienprüfung durch Fachleute mit anerkannten Analysemethoden, wobei die Ergebnisse in einem Immobilien Due Diligence Report festgehalten werden[18]. Mögliche Prüffelder sind der Immobilienmarkt (Market Due Diligence), Recht (Legal Due Diligence), Steuern (Tax Due Diligence), (Bau-)Technik (Technical Due Diligence), Umweltthemen (Environmental Due Diligence) und Finanzen (Financial Due Diligence)[19]. Die Immobilien Due Diligence dient in der Regel als Entscheidungsgrundlage für den Immobilienkauf, die Kaufpreisfindung, die Identifizierung von Chancen und Risiken, der Ortung des kaufvertraglichen Regelungsbedarfs sowie der Beurteilung, ob Vertragsverhandlungen aus der starken oder der schwachen Position heraus geführt werden können (und natürlich bereits auch der Integration nach dem Kauf)[20]. Nach der Vertragsverhandlung erfolgt das Signing des Kaufvertrages sowie allfälliger Nebenverträge. Nach Erfüllung allfällig vereinbarter Vollzugsbedingungen und Bereitstellung der Finanzierung für die Bezahlung des Kaufpreises erfolgt das Closing. Sodann kann auch bei Immobilientransaktionen eine Integration der gekauften Immobilie in den eigenen Betrieb oder in das eigene Portfolio angezeigt sein.

Wie ein Unternehmen kann auch eine Immobilie nicht nur im Rahmen einer «Eins-zu-Eins»-Transaktion, sondern auch durch eine (sich einer zunehmenden Beliebtheit erfreuenden[21]) kontrollierte Auktion verkauft werden, welche sich durch Teilnahme einer ausgewählten Gruppe von Kaufinteressenten auszeichnet[22]. Nach der Vorbereitungsphase, in welcher der Datenraum aufbereitet wird, erfolgt die erste Kontaktnahme durch sog. «Teaser» und Unterzeichnung einer Vertraulichkeitsvereinbarung. Nach Versand des sog. «Information Memorandum» (IM) und des sog. «Procedure Letter I» tritt der Prozess in die Phase 1. Nach Abgabe einer indikativen Offerte durch die Käufer und den Versand des «Procedure Letter II» durch den Verkäufer tritt der Prozess in die Phase 2, während welcher die potentiellen Käufer eine Immobilien Due Diligence durchführen. Nachdem der Käufer eine sog. «binding offer» sowie Kommentare zum vom Verkäufer erstellten Entwurf des Kaufvertrages (sog. «Auction Draft») abgegeben hat, folgt die Verhandlungsphase (Phase 3), während welcher einem der Käufer meist Exklusivität gewährt wird und dieser eine sog. «Confirmatory» Immobilien Due Diligence durchführt. Nach dem Signing und der Erfüllung allfällig vereinbarter Vollzugsbedingungen[23] erfolgt das Closing.

3. Folgerungen bezüglich Transaktionsstruktur

Wie beim Unternehmenskauf kommen auch beim Immobilienkauf grundsätzlich zwei Transaktionsstrukturen in Frage: Beim sog. «Asset Deal» kauft der Käufer vom Verkäufer die einzelnen Rechte, Pflichten und Vertragsverhältnisse, die die Immobilie(n) (oder die Immobiliengesellschaft) ausmachen, durch Übertragung der einzelnen Liegenschaft(en) sowie – bei Immobiliengesellschaften – Abtretung der Forderungen und Übernahme der Verpflichtungen und Übertragung der vertraglichen Beziehungen[24]. Beim «Share Deal» werden alle oder eine Mehrheit der Anteile an dem Rechtssubjekt (in den allermeisten Fällen eine Aktiengesellschaft, selten eine GmbH), dem die Immobilie gehört, gekauft. Unmittelbarer Gegenstand des Kaufvertrages bilden die Beteiligungsrechte an diesem Rechtssubjekt (Aktien, Stammanteile).

Der Asset Deal kann traditionell, also mittels Singularsukzession bzw. Einzelrechtsnachfolge auf Aktiven- und Passivenseite[25], oder mittels Vermögensübertragung nach

---

18 Z.B. Daniel Matti/Kurt Ritz, Due-Diligence-Prozesse bei Immobilientransaktionen, Aspekte einer systematischen Prüfung des Immobilienerwerbs, Der Schweizer Treuhänder 2005, 360 ff.

19 Z.B. Matti/Ritz (FN 18), 361 ff.; zur umweltrechtlichen Due Diligence im Besonderen z.B. Michael Lips/Moritz Maurer, Immobilientransaktionen aus umweltrechtlicher Sicht, Der Schweizer Treuhänder 2011, 485 ff.

20 Zu den Gründen und Funktion der Due Diligence beim Unternehmenskauf s. z.B. Oliver Beldi, Die Auswirkungen der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmenskauf, in: Carl Baudenbacher/Juliane Kokott (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, St. Gallen 2011, 1 ff.

21 Marie Astrid Langer, Immobilien unter dem Hammer, NZZ vom 1.3.2012, Bund «Equity», 12.

22 Z.B. Jörg Schmid, Die Grundstückversteigerung, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, 462 ff.; zur Auktion beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. Heinz Schärer, Unternehmensauktionen – Ausgewählte Fragen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 125 ff.; Peter Kurer, Auktionsverfahren beim Verkauf von Unternehmen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2000, 159 ff.

23 Zum Begriff der Vollzugsbedingungen im Allgemeinen z.B. Marchand (FN 12), 175 ff.; s. auch Ziff. 4.6.2.

24 Zur Rechtsnatur des *Asset Deal* als Kaufvertrag und zur abweichenden Meinung des Bundesgerichts, welches den Asset Deal als Innominatkontrakt qualifiziert, z.B. Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag, Besprechung des Urteils 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, GesKR 2011, 81 ff.

25 Beim Unternehmenskauf ist es umstritten, ob der Asset Deal noch «traditionell», also mittels Singularsukzession auf Aktiven- und Passivenseite, abgewickelt werden kann oder ob er nur noch in der Form der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz durchgeführt

Fusionsgesetz (FusG) via partielle Universalsukzession bzw. partielle Gesamtrechtsnachfolge[26] abgewickelt werden.

Die Wahl der Transaktionsstruktur hat einen massgeblichen Einfluss auf die Form der Übertragung: So bedarf die Übertragung von einzelnen Immobilien mittels Singularsukzession eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrages zwischen Verkäufer und Käufer (Verpflichtungsgeschäft) sowie einer Grundbuchanmeldung durch den Verkäufer (Verfügungsgeschäft) und der entsprechenden Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch[27]. Sollen mehrere Immobilien bzw. ein Immobilienpaket veräussert werden und liegen die zu übertragenden Immobilien an verschiedenen Orten[28] (oder gar in verschiedenen Kantonen), braucht es, je nach Belegenheitsort[29], mehrere Immobilienkaufverträge bzw. mehrere öffentliche Urkunden. Wird nicht bloss eine (oder mehrere) Immobilien, sondern ein ganzes Immobiliengeschäft via Singularsukzession übertragen, fragt sich, ob für den Kauf der Immobilie ein separater Vertrag (neben dem Geschäftsübernahmevertrag betreffend alle anderen Aktiven und Passiven) abgeschlossen werden und sodann nur dieser öffentlich beurkundet werden kann. Da fraglich ist, ob damit alle wesentlichen Vertragspunkte von der öffentlichen Beurkundung erfasst sind, ist dies aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zu empfehlen[30].

Folgt man dem gängigen M&A-Schema, stellt in Zusammenhang mit mehreren Verträgen (sowohl beim Verkauf eines Immobilienpakets wie auch eines Immobiliengeschäfts) die Sicherstellung der gegenseitigen Abhängigkeit und Bestimmungen, die sich auf das Immobilienpaket bzw. das Immobiliengeschäft per se beziehen, ein grosses Problem dar[31]. Entsprechend müsste man z.B. gegenseitige Closing Conditions[32] (z.B. die öffentliche Beurkundung der anderen Verträge) in allen Verträgen platzieren, Haftungsobergrenzen (sog. «Caps») und andere Haftungsbegrenzungen auf die einzelnen Liegenschaften aufteilen etc. Aus den genannten Gründen wird gerade beim Verkauf eines Immobilienpakets meist die Vermögensübertragung nach FusG bevorzugt[33].

Der Erwerb mittels Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz (FusG)[34] bedarf eines schriftlichen Vermögensübertragungsvertrags (nach h.L. Verpflichtungsgeschäft[35]). Werden auch Immobilien übertragen, müssen die entsprechenden Teile des Vertrages öffentlich beurkundet werden[36]. Da die bundesgerichtliche Praxis zum Umfang des Formzwangs bei Immobilientransaktionen insgesamt unklar und schwankend ist, wird, um Abgrenzungsschwierigkeiten und damit eingehende drohende Formnichtigkeit zu vermeiden, in der Praxis oft der ganze

werden kann bzw. ob Art. 181 Abs. 4 OR zwingend ist. Die h.L. erachtet Art. 181 Abs. 4 OR als nicht zwingend und lässt den «traditionellen» Asset Deal mittels Singularsukzession auf Aktiven- und Passivenseite auch beim Unternehmenskauf nach wie vor zu, z.B. Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich/Basel/Genf 2008, N 498; Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. A., Bern 2008, N 170; BSK OR I-Rudolf Tschäni Art. 181 OR N 6 f.; kritisch Markus Vischer, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, 142, auch mit einem Fragezeichen zur Meinung der herrschenden Lehre, wonach im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften und Einzelunternehmen neben der Singularsukzession auf Aktivenseite ein Vorgehen nach Art. 181 Abs. 1–3 OR auf Passivenseite nicht mehr erlaubt sein soll.

26 Zur umstrittenen (und wegen mangelndem praktischem Bedürfnis wohl auch eher akademischen) Frage, ob eine Share Deal auch in der Form der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz abgewickelt werden kann s. Vischer (FN 25), 142 m.w.H.

27 Art. 184 ff. und 216 ff. OR sowie Art. 657 Abs. 1 und 665 ZGB i.V.m. Art. 963 ZGB.

28 Das kantonale Recht bestimmt die örtliche Zuständigkeit (für Zürich s. § 2 Notariatsgesetz).

29 Bezieht sich ein Rechtsgeschäft auf Immobilien eines anderen zürcherischen Amtskreises, so soll die Beurkundung nur (aber immerhin) erfolgen, wenn ein Grundbuchauszug vorliegt oder die Parteien die Beurkundung trotzdem und unter Entlastung des Urkundsbeamten verlangen (§ 155 Notariatsverordnung).

30 In der Lehre wird teilweise die These vertreten, dass diesem Einwand begegnet werden kann, indem im Immobilienkaufvertrag auf den separaten Geschäftskaufvertrag verwiesen wird, s. Tschäni (FN 4), 73 und Imhoff/Schubiger (FN 6), 476; zum Umfang des Formzwangs ausführlich z.B. Christian Brückner, Umfang des Formzwangs, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 1 ff.

31 Zur Problematik von verbundenen Verträgen im Allgemeinen z.B. Marchand (FN 12), 70 ff.

32 S. Ziff. 4.6.2.

33 S. gleich nachstehend.

34 Zum Erwerb von Immobilien durch Vermögensübertragung im Detail Corrado Rampini, Handänderungen von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz, Der Schweizer Treuhänder 2006, 1 ff.; s. auch Beat Brändli, Übertragungen von Grundstücken nach Fusionsgesetz, Jusletter vom 22.3.2010, Rz 40 ff.

35 Gemäss Malacrida ist der Vermögensübertragungsvertrag ein «Verfügungsvertrag mit einer schuldrechtlichen Komponente» und qualifiziert deshalb als Verfügungsgeschäft, BSK FusG-Ralph Malacrida Art. 71 FusG N 2. Nach Hurni ist der Vermögensübertragungsvertrag ein Verfügungsgeschäft, Christoph Hurni, Der Übertragungsvertrag nach Art. 70 FusG als Verfügungsvertrag, Jusletter vom 7.6.2004, Rz 1 ff.

36 Art. 70 Abs. 2 FusG; der Vorteil der Betrachtungsweise von Malacrida bzw. Hurni (FN 35), ist, dass nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern nur das Verfügungsgeschäft (= Vermögensübertragung) öffentlich beurkundet werden muss.

Vermögensübertragungsvertrag öffentlich beurkundet[37]. Vollzogen wird die Vermögensübertragung nach FusG durch die Eintragung im Handelsregister (nach h.L. Verfügungsgeschäft). Gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG gehen in diesem Zeitpunkt alle im Inventar aufgeführten Aktiven (auch die Grünstücke) und Passiven auf den Käufer über. Gewisse Handelsregisterämter erlauben, dass nur Kurzversionen von Vermögensübertragungsverträgen eingereicht werden, was sich mit Blick auf die Vertraulichkeit oftmals als hilfreich erweist[38].

Beim Share Deal wird der Kaufvertrag (Verpflichtungsgeschäft) in der Regel schriftlich abgeschlossen. Da beim Share Deal die Immobilie mittelbar (durch den Kauf der Anteile an der Immobiliengesellschaft) erworben wird, muss der Kaufvertrag – anders als beim klassischen Asset Deal oder bei der Vermögensübertragung nach FusG – nicht öffentlich beurkundet werden. Vollzogen wird der Share Deal (i.S. eines Aktienkaufs) durch Übergabe eines Aktienzertifikats, bei Namensaktien eines indossierten Aktienzertifikats, oder bei nicht verbrieften Aktien einer Abtretungserklärung (Verfügungsgeschäft).

Die Gründe für oder gegen die Abwicklung als Share oder Asset Deal sind vielzählig. In Betracht kommen v.a. steuerliche Überlegungen (z.B. steuerfreier Kapitalgewinn beim privaten Käufer mit Wohnsitz in der Schweiz, Beteiligungsabzug bei Veräusserung von Aktien, bessere Abschreibungsmöglichkeiten beim Asset Deal), Finanzierung, Übernahme keiner oder nur bestimmter Verbindlichkeiten des Unternehmens durch Käufer, Komplexität des Vollzugs des Asset Deals (v.a. Übertragung von Verträgen), Vertraulichkeit und Gläubigerschutzbestimmungen, Kostenfragen etc.[39].

Während in der M&A-Praxis die grosse Mehrzahl der Transaktionen als Share Deal abgewickelt werden, hängt die Transaktionsstruktur beim Immobilienkauf sehr stark davon ab, ob nur ein Einzelobjekt (Regelfall) oder ein Immobilienpaket verkauft wird, und ob die Immobilie(n) in einer Immobiliengesellschaft (welche u.U. noch weitere Assets hat) ist oder nicht (Regelfall). Entsprechend ist der (klassische) Asset Deal über eine Einzelimmobilie die gängigste Transaktionsart. Eine Immobilie kann unüberbaut, mit einer Neubaute (geplante, unvollendete oder kürzlich erstellte Neubaute) oder mit einer Altbaute verkauft werden[40], wobei Letzteres sicherlich am häufigsten vorkommt.

Entsprechend kann der in der Form des klassischen Asset Deals abgewickelte Verkauf einer Einzelimmobilie mit Altbau als der «Archetyp» des Immobilienkaufvertrags betrachtet werden. Ausser es wird spezifisch auf eine andere Form des Immobilienkaufs hingewiesen, ist von einem solchen auszugehen, wenn im Folgenden Lehren aus der M&A-Praxis gezogen und auf Immobilienkaufverträge angewendet werden. Zu diesem Zwecke wird dem Muster der nachstehenden, für M&A typischen, Auslegeordnung gefolgt.

4. Folgerungen bezüglich Vertragsgestaltung

4.1. Präambel

Während die Präambel (sog. «Whereas Clause») in der Praxis bei Immobilienkaufverträgen nur selten anzutreffen ist, ist sie aus klassischen Unternehmenskaufverträgen kaum mehr wegzudenken. Grundsätzlich können aus der Präambel direkt keine Rechte und Pflichten abgeleitet werden. Da sie jedoch (historische) Sachverhalte, Motive und Geschäftsgrundlagen festhält, ist sie eine gute Auslegungshilfe für unklare Vertragsbestimmungen und kann Aufschluss geben über Sachverhalte, die ihre Bedeutung erst im Streitfall erlangen. Namentlich ist es im Interesse des Verkäufers der Immobilie, wenn in der Präambel erwähnt wird, dass der Käufer den Kaufgegenstand bereits im Detail gut kennt, z.B. weil er eine Immobilien Due Diligence durchgeführt hat oder er Käufer im Rahmen eines Management-Buyout[41] ist.

4.2. Kaufobjekt

In den oft eher unsystematisch gegliederten, traditionellen Immobilienkaufverträgen wird die Immobilie in praktisch

---

37 Dazu z.B. Markus Vischer, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich/Basel/Genf 2005, 211 ff.; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, N 913 ff.

38 Z.B. Markus Vischer/Urs Gnos, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007–2010, AJP/PJA 2011, 416.

39 Z.B. Imhoff/Schubiger (FN 6), 477 f., 480 ff., 482.

40 Zu den verschiedenen Immobilienarten und die Abgrenzung zwischen kaufvertraglich und werkvertraglichen Haftungsnormen z.B. Rainer Schumacher/Erich Rüegg, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, 175 ff., 225 ff.; Frédéric Krauskopf, Grundstückkauf mit angefangener Baute, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 233 ff.; Jürg Schmid, Kauf von Grundstücken mit angefangener Baute, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich/Basel/Genf 2010, 267 ff.

41 Zum Inhalt und der Funktion einer Präambel im Allgemeinen z.B. Marchand (FN 12), 95 ff.

allen Fällen im Kaufvertrag selbst umschrieben, allenfalls unter Hinweis auf beiliegende Grundbuchauszüge und Grundbuchpläne. In M&A-Verträgen hingegen wird das Kaufobjekt – ausser beim Share Deal – regelmässig mittels Anhängen (sog. «Annexes») umschrieben. Das standardisierte Arbeiten mit Anhängen kann – je nach Transaktionsstruktur – auch bei Immobilientransaktionen angebracht sein[42].

Namentlich beim Asset Deal, bei welchen ein Immobilienpaket übertragen wird, hat die Umschreibung der Kaufobjekte (also der einzelnen Immobilien) in Anhängen praktische Vorteile. Der Anhang kann neben der Immobilienumschreibung mit Angabe der Adresse, Grundbuchblatt und Katasternummer auch Grundbuchauszüge und Grundbuchpläne enthalten. Ausserdem werden die Eigentumsverhältnisse sowie allfällige Anmerkungen, Dienstbarkeiten, Grundlasten, Vormerkungen und Grundpfandrechte aufgeführt.

Zum vom Fusionsgesetz geforderten Mindestinhalt des Vermögensübertragungsvertrags gehört u.a. ein Inventar mit der Bezeichnung der zu übertragenden Aktiven und Passiven. Sofern mit der Vermögensübertragung Immobilien übertragen werden, sind diese dabei einzeln aufzuführen[43]. Da gemäss gesetzlicher Vermutung (Art. 72 FusG) Gegenstände des Aktivvermögens sowie Forderungen und immaterielle Rechte, welche sich nicht zuordnen lassen, beim Verkäufer bleiben, ist es für den Käufer wichtig, dass das Inventar klar und vollständig ist. Sowohl beim Asset Deal wie bei Vermögensübertragung ermöglicht das Arbeiten mit Anhängen die Aufteilung der insgesamt u.U. sehr umfangreichen Verträge und entschlackt diese entsprechend, was deren Redaktion und Kommentierung erheblich erleichtern kann.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass das Arbeiten mit Anhängen aus beurkundungstechnischer Sicht kaum Vorteile mit sich bringt: Weil die beurkundungsbedürftigen Absprachen innerhalb eines von Gesetzes wegen beurkundungsbedürftigen Geschäfts, d.h. die für das Geschäft objektiv und subjektiv wesentlichen Absprachen, jedenfalls in ihren Grundsätzen in der Haupturkunde enthalten sein müssen, ist es unzulässig, die Bezeichnung der Immobilien lediglich in einer Beilage zur Haupturkunde wiederzugeben[44]. Das heisst, dass Anhänge, welche das Kaufobjekt umschreiben bzw. sonst für die Parteien subjektiv wichtig sind, ebenfalls beurkundet werden müssen[45].

Sind Aktien das Kaufobjekt, werden diese idealerweise anhand des Handelsregisterauszugs und (im Falle von Namenaktien) des Aktienbuches beschrieben (Name der Aktiengesellschaft, Firmennummer, Nennwert, Art und Anzahl der Aktien, Aktien- und ggf. Zertifikatsnummer). Da diese kurz zusammenfassbare Information keinen Anhang rechtfertigt, wird das Kaufobjekt beim Share Deal i.d.R. im Vertrag selbst umschrieben.

4.3. Kaufpreis

Klassische Immobilienkaufverträge sehen meist einen festen Kaufpreis vor, allenfalls in Berücksichtigung geleisteter Anzahlungen.

Durchaus üblich sind im Vorfeld eines Kaufs einer Immobilie sog. «Reservationszahlungen», die bei Zustandekommen des Kaufs oft als Anzahlungen gelten und bei Nichtzustandekommen des Kaufs ganz oder teilweise verfallen. Als Basis für die Reservationszahlung dient oft ein sog. Reservationsvertrag. Solche Reservationsverträge können sich als rechtlich problematisch erweisen[46].

Häufiger sind Anzahlungen im Zeitpunkt der Beurkundung.

Häufig werden Anzahlungen auch noch später gemacht, z.B. bei Immobilien mit geplanter oder unvollendeter Neubaute, wo den Anzahlungen auch Finanzierungscharakter zukommt.

Entsprechend ist ein variabler Kaufpreis in der Praxis zum Immobilienkauf nur sehr selten anzutreffen.

In M&A-Verträgen hingegen wird typischerweise unterschieden zwischen festem (sog. «Locked Box» Mechanismus[47]) und variablem Kaufpreis, wobei Letzterer in der Form einer Kaufpreisanpassung pre, at oder post Closing oder in der Form eines sog. «Earn-Out» vorkommen kann[48]. Die genannte Kaufpreisanpassung erfolgt oft

---

42 Zum Arbeiten mit Anhängen im Allgemeinen z.B. Marchand (FN 12), 65 f.

43 Art. 71 FusG.

44 Zum Verhältnis von Hauptteil der öffentlichen Urkunde und Beilagen s. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 391.

45 Marchand (FN 12), 66.

46 Zu den Reservationsverträgen im Allgemeinen z.B. Bénédict Foëx, Dédit et clauses pénale, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 414 f.; zu deren Formbedürftigkeit im Speziellen s. Urteil des Bundesgerichts 4C.271/2003 vom 17. Februar 2004.

47 Dazu z.B. Hans-Jakob Diem/Stephan Erni, «Locked Box» beim Unternehmenskauf, GesKR 2010, 354 ff.

48 Zu Kaufpreisanpassungen im Allgemeinen z.B. Louis Sigrist/Luise Kremer, Kaufpreisanpassungen bei Unternehmensakquisitionen, in: Matthias Oertle/Stefan Breitenstein/Matthias Wolf/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 107 ff.; zu Earn out-Klauseln im Allgemeinen z.B. Marchand

Bilanz orientiert und hat sich entwickelt, da bei Unternehmenskäufen die vorhandenen Barmittel, das Umlaufvermögen und andere Bilanzgrössen der Zielgesellschaft oft nicht unwesentliche Faktoren der Kaufpreisbestimmung sind und der Käufer ein Interesse daran hat, dass diejenigen Vermögenswerte, auf welchen die Kaufpreisberechnung beruht, am Vollzugstag auch tatsächlich vorhanden sind oder, wenn das nicht der Fall sein sollte, der Kaufpreis angepasst wird.

Bei einer Immobilientransaktion wird das Bedürfnis nach Kaufpreisanpassungen naturgemäss regelmässig geringer sein. Allerdings sind auch hier Konstellationen denkbar, in welchen eine Anpassung des Kaufpreises sinnvoll sein kann. So kann namentlich bei einem Share Deal, wenn zwischen Signing und Closing mehrere Wochen oder Monate liegen, für den Käufer ein Risiko darin bestehen, dass der Verkäufer finanzielle Mittel (z.B. durch Dividenden- oder Bonuszahlungen) aus der Immobiliengesellschaft abzieht, weshalb er die Möglichkeit haben sollte, den Kaufpreis entsprechend zu modifizieren. Oder die Parteien können beim Verkauf und Kauf einer Immobilie in Entwicklung (also vor Bau oder im Bau), deren künftige Vermietung noch nicht oder noch nicht gänzlich gesichert ist, ein Interesse daran haben, das Risiko des ungewissen künftigen Ertrags zu teilen und entsprechend eine Beteiligung des Verkäufers an künftigen Gewinnen, allenfalls gekoppelt mit einer (Weiter-)Beschäftigung des Verkäufers (z.B. als Immobilienverwalter), vereinbaren.

4.4. Sicherung von Ansprüchen des Käufers

Die Hauptleistung des Verkäufers beim Immobilienkaufvertrag besteht darin, dem Käufer die Immobilie zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen (Rechtsverschaffungspflicht)[49]. «Abgesichert» wird diese Pflicht durch entsprechenden Kaufpreismechanismus, also Zahlung im Wesentlichen gegen Abgabe der Grundbuchanmeldung und Übergabe der Schuldbriefe.

Die Grundsteuern (insb. die Grundstückgewinnsteuer), für welche der Verkäufer haftet, werden häufig gesichert, indem entsprechende Zahlungen zusammen mit der Kaufpreiszahlung gemacht und entweder dem Notar zur treuhänderischen Verwaltung oder direkt dem Steueramt (so z.B. im Kanton Zürich) überwiesen werden.

Anzahlungen des Käufers werden manchmal, aber nicht immer[50], gesichert. Sicherungsmittel ist dann meist eine Bankgarantie, eine Bankbürgschaft oder eine Zusage der finanzierenden Bank, dass die Anzahlung nur für die Zahlung von Handwerkern zu verwenden ist (was wegen der Gefahr der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auch in deren Interesse ist).

Neben der genannten Hauptleistung treffen den Verkäufer weitere Pflichten wie z.B. die Pflicht, die Immobilie frei von Rechts- und Sachmängeln zu übergeben. Die wenigsten klassischen Immobilienkaufverträge sehen Klauseln vor, welche der Sicherung von Gewährleistungs- oder Garantieansprüchen des Käufers dienen[51]. Dies hängt vorwiegend damit zusammen, dass darin die Immobilien häufig «wie gesehen» übernommen werden bzw. die Parteien eine generelle Freizeichnung vereinbaren[52].

Dies ganz im Gegensatz zu M&A-Verträgen, welche neben der Sicherung der Hauptleistungspflicht, d.h. der Pflicht zur Übergabe der Aktien[53] oder Assets, oft Regeln zur Sicherung von allfälligen Gewährleistungs- und/oder Garantieansprüchen des Käufers vorsehen. So kann der Käufer z.B. einen Teil des Kaufpreises bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist(en) auf ein Treuhandkonto (sog. «Escrow Account»)[54] zahlen oder zurückbehalten (sog. «Holdback», was in der Schweiz eher unüblich ist). Oft wird der Käufer auch auf einer sog. «Parent Guarantee» bestehen, sei es in der Form eines kumulativen Schuldbeitritts oder einer Garantie i.S.v. Art. 111 OR[55].

(FN 12), 154 ff.; Markus Vischer, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, 509 ff.

49 Zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht und deren Sicherung s. Bernhard Schnyder, Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Sicht, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, 131 ff., 137, welcher detailliert auf die Klage auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums und die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung eingeht.

50 Zu den möglichen Folgen einer nicht gesicherten Anzahlung s. den Fall *Raiffeisen Winterthur/Baumhaus:* http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/winterthur/Geprellte-Bauherren-reichen-Anzeige-gegen-Raiffeisen-ein-/story/22796758.

51 Dies ganz im Unterschied zur Sicherung von Ansprüchen des Verkäufers, s. Ziff. 4.5 und Ruth Arnet, Abwicklung und Absicherung der Gegenleistung, Überlegungen zum «unwiderruflichen Zahlungsversprechen» und zum Verkäuferpfandrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 427 ff.

52 Dazu Ziff. 4.7.

53 Zur Sicherung der Aktienlieferungspflicht durch ein «Share Escrow» z.B. Vischer (FN 25), 156 ff.

54 Zu Escrow-Verhältnissen im Allgemeinen z.B. Stefan Eisenhut, Escrow-Verhältnisse, Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte, Basel 2009, 1 ff.

55 Zuweilen einigen sich die Parteien auch auf eine sog. «Warranty Insurance», welche v.a. im angelsächsischen Raum gängig ist und deren Kosten i.d.R. vom Verkäufer übernommen wird, dazu z.B. Thomas M. Mannshofer, W&I-Versicherung, Versicherung von im Unternehmenskaufvertrag gewährten Zusicherungen und Garantien, HAVE 2011, 213 ff.

Je umfassender der Verkäufer einer Immobilie Gewährleistungen abgibt und sich möglicherweise zusätzlich noch zu Schadloshaltungen (sog. «Indemnities»[56]) verpflichtet, desto grösser dürfte auch im Rahmen eines Immobilienkaufvertrages das Interesse des Käufers sein, gewisse potentielle Ansprüche via Escrow oder Holdback etc. abzusichern.

4.5. Sicherung von Ansprüchen des Verkäufers

Mit dem Abschluss des Kaufvertrages, der auch die Vereinbarung des Kaufpreises umfasst, entsteht im Rahmen des kaufvertraglichen Synallagmas eine Forderung des Verkäufers gegen den Käufer auf Leistung des Kaufpreises. Wird ein Immobilienkauf als Asset Deal abgewickelt, erfolgt der Leistungsaustausch aus praktischen Gründen i.d.R. nicht Zug um Zug[57]. Häufig verabreden die Parteien eine sog. «Reservationszahlung», also eine Anzahlung in bar oder per Check im Zeitpunkt der Beurkundung, welche auf den Kaufpreis angerechnet wird[58].

Die Praxis zur Absicherung des (Rest-)Kaufpreises ist in den einzelnen Kantonen verschieden. Während etwa im Kanton Bern das Verkäuferpfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB häufig eingetragen wird, steht in vielen Kantonen (darunter auch Zürich) das sog. «unwiderrufliche Zahlungsversprechen» im Vordergrund. Mit diesem verpflichtet sich eine Drittperson (i.d.R. eine Bank oder eine Versicherung) gegenüber dem Verkäufer zur Erfüllung der Kaufpreisforderung[59]. Übergeben wird das unwiderrufliche Zahlungsversprechen meist im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Immobilienkaufvertrages. Ausgelöst wird es bei Eintragung des Eigentumwechsels im Grundbuch und der Übergabe der Grundpfandtitel.

Für die Zeit zwischen Signing und Closing verlangt der Verkäufer in einer M&A-Transaktion nur selten eine speziell die Kaufpreisforderung betreffende Sicherheit[60]. Wohl sieht der den Käufer betreffende (und entsprechend kurze) Gewährleistungskatalog oft eine Zusicherung vor, gemäss welcher der Kaufpreis im Zeitpunkt des Vollzugs finanziert sein wird[61]. Da eine Klage basierend auf eine solche Zusicherung insbesondere dann wenig erfolgsversprechend ist, wenn es sich beim Käufer um ein sog. «Special Purpose Vehicle» (SPV) ohne nennenswerte Aktiven und entsprechend fragwürdiger Bonität handelt, besteht der Verkäufer zuweilen darauf, dass eine (solventere) Gruppengesellschaft dem Vertrag mittels Garantie oder kumulativer Schuldübernahme beitritt, um damit die Verpflichtungen der Käuferin zu garantieren bzw. (mit-) zu übernehmen[62]. Eine Anzahlung des Kaufpreises oder eine vor dem Closing abgegebene Garantie der Zahlung des Kaufpreises (z.B. Zahlungsversprechen einer Bank) gibt es in M&A-Transaktionen nur höchst selten. Sofern sich der Verkäufer damit einverstanden erklärt, den Kaufpreis (oder einen Teil) davon «als Darlehen stehen zu lassen» (sog. «Vendor Loan»), wird er dagegen in aller Regel auf einer Post-Closing-Sicherheit (z.B. Pfandnahme der verkauften Shares oder Assets) bestehen.

Natürlich kann man auch bei einem Immobilienkauf auf die bei M&A-Transaktionen üblichen Sicherungsmittel zurückgreifen. Da die bei Immobilientransaktionen übliche Sicherung des Kaufpreises durch das Verkäuferpfandrecht oder ein unwiderrufliches Zahlungsversprechen seit Jahren von den Banken und Versicherungen standardmässig und professionell gehandhabt wird und entsprechend komfortabel ist, besteht (insbesondere aus Sicht des Verkäufers) allerdings wenig Anlass, von dieser Praxis abzukehren.

4.6. Vollzug

4.6.1. Handlungen vor Vollzug

Da bei Immobilienkaufverträgen oft nicht (weder sprachlich noch systematisch) oder nur unzureichend zwischen Signing und Closing unterschieden wird, werden Handlungen vor Closing nicht als solche gekennzeichnet.

Bei M&A-Verträgen[63] hingegen werden allfällige Pflichten vor Closing klar als solche (sog. «Covenants» bzw. «Pre Closing Covenants»[64]) bezeichnet sowie ein Katalog erstellt, welcher klar definierte, (den Verkäufer)

---

56 Zum Begriff s. Ziff. 4.7.4.

57 S. Ziff. 4.6.4.

58 S. Ziff. 4.3.

59 Zum Verkäuferpfandrecht und dem «unwiderruflichen Zahlungsversprechen» im Detail s. Arnet (FN 51), 432 ff.

60 Nur in Ausnahmefällen besteht der Verkäufer auf einem Finanzierungsnachweis durch den Käufer vor Vertragsunterzeichnung.

61 Ein Finanzierungsvorbehalt i.S. einer Vollzugsbedingung wird in der Praxis kaum akzeptabel sein für den Verkäufer.

62 Zur «Parent Guarantee» auf Verkäuferseite s. Ziff. 4.4; zum Rücktrittsrecht wegen fehlender Finanzierung s. Daniel Däniker/Heinz Schärer, Ausstieg aus Unternehmenskaufverträgen wegen gescheiterter Finanzierung, in: Matthias Oertle/Stefan Breitenstein/Matthias Wolf/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 175 ff.

63 Immer vorausgesetzt Signing und Closing fallen nicht zusammen.

64 Z.B. Wolfgang Zürcher, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions IX, Zürich/Basel/Genf 2007, 169 f.

einschränkende Handlungen enthält. Ziel solcher «eingeschränkten Handlungen» ist es sicherzustellen, dass ab Signing des Kaufvertrages bis zum Closing ohne Zustimmung des Käufers keine Handlungen vorgenommen werden, welche einen wesentlichen negativen Einfluss auf das gekaufte Unternehmen haben können. Auch bei Immobilienkaufverträgen kann diesem Muster gefolgt werden, indem sich z.B. der Verkäufer verpflichtet, die Immobilie bis zum Closing nicht (weiter) zu belasten, neue Mietverträge und grössere Investitionen nur mit Zustimmung des Käufers einzugehen bzw. zu tätigen etc.

4.6.2. Vollzugsbedingungen

Aufgrund mangelnder Unterscheidung zwischen Signing und Closing sind auch Vollzugsbedingungen bei Immobilienkaufverträgen oft nicht vorhanden (z.B. auch, weil die entsprechenden Handlungen bereits vor Signing vorgenommen wurden) oder nur schwer als solche zu erkennen.

Folgt man dem Muster von M&A-Verträgen, müssen gemeinsam definierte Vollzugsbedingungen (sog. «Closing Conditions») entweder erfüllt sein oder die berechtigte Partei hat darauf verzichtet, andernfalls man vom Vertrag zurücktreten kann. In aller Regel handelt es sich bei Closing Conditions um aufschiebende (sog. «Conditions Precedent to Closing» bzw. «CP's»), nur in seltenen Fällen um auflösende (sog. «Conditions Subsequent to Closing») Bedingungen[65]. Während in Unternehmenskaufverträgen neben dem Vorliegen von positiven Steuerrulings oft die Zustimmung von Wettbewerbsbehörden eine Bedingung für den Vollzug darstellt, kann sich beim Immobilienkauf v.a. die Frage nach der Bewilligungspflicht stellen. Sofern es sich bei der Immobilie um eine Wohnliegenschaft handelt oder diese Landreserven aufweist und der Käufer als eine «Person im Ausland» i.S. der Lex Koller[66] qualifiziert, muss eine Bewilligung eingeholt werden. Ebenso bewilligungspflichtig ist der Erwerb von landwirtschaftlichen Immobilien gemäss bäuerlichem Bodenrecht[67]. Bei Immobilien im Bau braucht es oft Baubewilligung(en). Eine weitere Closing Condition könnte der Abschluss eines bestimmten Mietvertrages (z.B. mit wichtigem Mieter wie Coop oder Migros) sein.

4.6.3. Nutzen und Gefahr

Gemäss gängiger Beurkundungspraxis beim Immobilienkauf wird der Übergang von Nutzen und Gefahr vertraglich geregelt. Meist wird für die Übernahme der Immobilie durch den Käufer ein bestimmter Zeitpunkt festgelegt und dieser Zeitpunkt wird auch betreffend Übergang von Nutzen und Gefahr für massgeblich erklärt[68]. Dieser Zeitpunkt ist meist der Zeitpunkt des Grundbucheintrags, allenfalls aus praktischen Gründen das Monatsende vor diesem Zeitpunkt. Fehlt es ausnahmsweise an der Regelung hinsichtlich Nutzen und Gefahr, so greift die gesetzliche Vermutung von Art. 220 OR, wonach auch in dieser Frage der Zeitpunkt des Besitzesantritts (und eben nicht der Eigentumsübertragung) entscheidend sein soll.

Ist die Immobilientransaktion als Share Deal strukturiert, gehen Nutzen und Gefahr wie allgemein bei Unternehmenskaufverträgen grundsätzlich bereits mit Vertragsabschluss auf den Käufer über[69]. Ist der Kauf unter einer Condition Precedent to Closing abgeschlossen worden, gehen Nutzen und Gefahr erst mit deren Erfüllung auf den Käufer über[70].

4.6.4. Vollzugshandlungen

Welche Handlungen der Verkäufer der Immobilie am Vollzugstag vorzunehmen hat, hängt davon ab, wie die Transaktion strukturiert ist. Beim Asset Deal wird er die Grundbuchanmeldung vornehmen, bei der Vermögensübertragung die Handelsregisteranmeldung einreichen und beim Share Deal die zur Übertragung des Eigentums nötigen Handlungen vornehmen (bei Namenaktien Übergabe indossiertes Zertifikat oder Abtretungserklärung, Verwaltungsratsbeschluss, sofern die Aktien vinkuliert sind, und das unterzeichnete Aktienbuch)[71].

---

65 Dazu z.B. Philipp Chiani/Markus Vischer, Suspensivbedingungen in Kaufverträgen, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 12.1.2012.

66 Schweizerisches Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG); zur Rechtsentwicklung und den politischen Aspekten der Lex Koller z.B. Peter R. Burkhalter/Stefan Graf-Padilla, Immobilienerwerb – Länderbericht Schweiz, in: Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Immobilienerwerb unter besonderer Berücksichtigung des Erwerbs durch Ausländer, Zürich 2010, 121 ff.

67 Schweizerisches Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB); zur Bewilligungspflicht nach bäuerlichem Bodenrecht im Detail z.B. Beat Stalder, Der Kauf landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, 293 ff., 362 ff.

68 Eine häufige Formulierung ist: «Der Besitzesantritt mit Nutzen und Gefahr erfolgt am….».

69 Vorausgesetzt, die Parteien verabreden nichts im Vertrag und es bestehen keine besonderen Verhältnisse, Art. 185 Abs. 1 OR; für Details z.B. Markus Vischer, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 26.7.2004, Rz 1 ff.

70 Art. 185 Abs. 3 OR.

71 S. Ziff. 3.

Idealerweise erhält der Verkäufer den Kaufpreis mit Übertragung der Immobilie, also Zug um Zug gemäss der gesetzlichen Regelung (Art. 184 Abs. 2 OR). Vorausgesetzt das Closing ist gut organisiert, ist dies beim Share Deal unproblematisch: Wie bei M&A-Transaktionen üblich warten die Parteien, bis der Kaufpreis auf dem Konto (sofern nicht bar bezahlt wird) des Verkäufers eingetroffen ist (Bankbestätigung), worauf der Käufer die zur Übertragung des Eigentums nötigen Dokumente entgegennimmt. Beim Asset Deal und der Vermögensübertragung hingegen ist der gleichzeitige Austausch der Leistungen jedoch nur dann denkbar, wenn Verkäufer und Käufer gemeinsam beim Grundbuchamt bzw. dem Handelsregisteramt vorsprechen und die Eintragung vornehmen und z.B. den Schlüssel für die Liegenschaft und den Kaufpreis in bar oder als Check austauschen. Aufgrund dieser praktischen Schwierigkeiten gerade beim Asset Deal behelfen sich die Parteien – wie unter Ziffer 4.5 dargestellt – i.d.R. mit dem Verkäuferpfandrecht oder einem «unwiderruflichen Zahlungsversprechen» einer Bank oder Versicherung. Dies gilt umso mehr im Fall, wo es sich um einen Verkauf eines Immobilienpakets handelt.

4.7. Gewährleistungen

4.7.1. Freizeichnung versus Zusicherungen und Gewährleistungen

In der Praxis zum Immobilienkauf kommen Abreden über die Beschränkung oder Wegbedingung der Verkäuferhaftung (sog. Freizeichnungsklauseln) sehr häufig vor[72]. Die (gänzliche oder teilweise) Freizeichnung ist oft mit einer Abrede verbunden, gemäss welcher der Verkäufer selber die Haftung für Mängel wegbedingt, dem Käufer dafür aber seine Ansprüche aus Sachgewährleistung (sog. «Garantieansprüche») abtritt, die ihm (dem Verkäufer) gegen Dritte[73] zustehen. Neben den Gültigkeitsschranken von Art. 27 ZGB, Art. 100 OR[74] und 199 OR unterliegen Freizeichnungsklauseln diversen (in der Summe sehr restriktiven) Auslegungsregeln[75], welche sich über die Jahre entwickelt haben, nicht zuletzt eben auch (oder v.a.) aufgrund der standardmässigen Wegbedingung der Verkäuferhaftung bei Immobilienkäufen[76].

Bei den meisten Unternehmensübernahmen hingegen gehört das Thema der Zusicherungen und Gewährleistungen (sog. «Representations and Warranties») zu den wohl am heftigsten verhandelten Vertragspunkten[77]. Diese nehmen im Kaufvertrag in der Regel eine prominente Stellung ein und werden in einem eigentlichen Katalog (welcher oft Anhang zum Vertrag bildet) zusammengefasst. Um zu verhindern, dass implizit abgegebene Zusicherungen und Gewährleistungen in den Vertrag hineininterpretiert werden, wird der Katalog regelmässig ergänzt durch eine Klausel, welche ausdrücklich festhält, dass es sich bei den abgegebenen Zusicherungen um eine abschliessende Aufzählung handelt.

Wie nachfolgend aufgezeigt wird, rechtfertigt eine Immobilien Due Diligence mindestens die wichtigsten Zusicherungen[78]. Gewisse Zusicherungen und Gewährleistungen kommen nicht nur dem Käufer, sondern auch dem Verkäufer zugute, da er dadurch eine mehr oder weniger grosse Reduktion des Kaufpreises verhindern kann[79]. Entsprechend sollte[80] ein Käufer auf gewissen Zusicherungen bestehen bzw. eine vollständige Freizeichnung der Verkäuferhaftung nicht ohne Not akzeptieren. Da Zusicherungen nach einer alten (nicht überzeugenden[81]) bundesgerichtlichen Praxis[82] nicht vom Formzwang erfasst sind,

---

72 Zur Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln im Lichte einer AGB-Kontrolle z.B. Vischer (FN 6), 177 ff.

73 Als Dritte kommen namentlich die einzelnen Handwerker, Architekten und Ingenieure in Frage. Zu den Problemen im Zusammenhang mit der Abtretung von Mängelrechten ausführlich z.B. Jörg Schmid, Gewährleistung, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 93 ff.

74 Die Frage der Anwendung von Art. 100 OR auf Art. 197 ff. OR ist in der Lehre allerdings umstritten und wurde vom Bundesgericht bis heute in konstanter Rechtsprechung offen gelassen, dazu Vischer (FN 6), 184.

75 Dazu Vischer (FN 6), 182; Erich Rüegg, Zusicherung und Freizeichnung, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 175 ff., 194.

76 Was zunehmend kritisiert wird, insbesondere dann, wenn professionelle Investoren als Käufer auftreten, z.B. Baumann (FN 6), 1270.

77 Zu den gängigsten Gewährleistungen s. Rudolf Tschäni/Matthias Wolf, Vertragliche Gewährleistung und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 93 ff.

78 S. v.a. Ziff. 4.7.3.

79 Jeder rational handelnde Käufer wird auf einem Kaufpreisabschlag bestehen im Fall, wo der Verkäufer nicht bereit ist, gewisse Risiken zu übernehmen, dazu z.B. Baumann (FN 6), 1270.

80 U.U. müssen gewisse internationale Investoren auf ein Mindestmass an vertraglicher Risikoallokation bestehen, nur schon aus dem Grund, weil sie Anlegerschutzgesetzgebungen oder Investitionsrichtlinien unterstehen.

81 Z.B. Vischer (FN 6), 186.

82 S. BGE 73 II 218 E. 1 mit Verweis auf BGE 63 II 79. Dazu die Zusammenstellung von Rechtsprechung und Lehre bei Christoph Leuenberger, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, 27 ff.

ist aus Verkäufersicht eine Klausel, welche stillschweigende Zusicherungen verhindern soll, zu empfehlen[83].

4.7.2. Gesetzliches versus vertragliches Gewährleistungsregime

Sofern Gewährleistungsansprüche nicht oder nur teilweise wegbedungen sind, kommt – wenn vertraglich nichts Abweichendes vereinbart wurde, was bei Immobilienkaufverträgen praktisch immer der Fall ist – die gesetzliche Mangelhaftungsordnung gemäss Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (i.V.m. Art. 221 OR) zur Anwendung[84]. Damit der Käufer Sachgewährleistungsansprüche geltend machen kann, (i) muss im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs[85] ein Sachmangel vorliegen, (ii) muss er die Sache, sobald als tunlich, geprüft und dem Verkäufer allfällige Mängel sofort angezeigt haben[86], (iii) müssen die Mängel innerhalb eines Jahres nach Ablieferung aufgetreten und gerügt worden sein[87] und (iv) müssen die Ansprüche auf Gewährleistung innerhalb eines Jahres nach Ablieferung der Sache (bei Immobilien innert fünf Jahren nach Eigentumserwerb[88]) eingeklagt sein bzw. diese Frist muss durch geeignete Massnahmen (z.B. Betreibung) unterbrochen worden sein[89]. Bei absichtlicher Täuschung durch den Verkäufer schaden dem Käufer die verspätete Mängelrüge und die verspätete Klage auf Gewährleistung nicht[90]. Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses kannte (Art. 200 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 200 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer für Mängel, die der Käufer nicht kennt, aber bei gehöriger Sorgfalt hätte kennen sollen, nur dann, wenn er eine bestimmte Eigenschaft zugesichert hat. Mit anderen Worten beeinflusst die Mangelkenntnis des Käufers dessen Gewährleistungsansprüche erheblich. Da die gesetzliche Regelung auf das konkrete Wissen des Käufers abstellt, kann dies im Streitfall zu erheblichen Beweisproblemen führen.

In der M&A-Praxis hat man seit langem erkannt, dass die obligationenrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen nicht auf den Unternehmenskauf zugeschnitten sind. Im Interesse beider Parteien wird die unbefriedigende dispositive Gesetzesregelung deshalb regelmässig durch ein differenziertes vertragliches Gewährleistungsregime ersetzt[91]. Dieses regelt sehr ausführlich die Rechtsbehelfe des Käufers, namentlich Rüge- und Gewährleistungsfristen, das Recht des Verkäufers zur Heilung, Schadenersatz des Verkäufers, diverse Haftungsbeschränkungen[92], das Offenlegungskonzept[93] sowie das Vorgehen im Fall von Drittansprüchen.

4.7.3. Due Diligence und Gewährleistung

Die regelmässige Einschränkung der Haftung des Verkäufers und die damit einhergehende Verbesserung von dessen Rechtsstellung sind – mindestens aus dem Blickwinkel des M&A-Anwalts – nur schwer nachvollziehbar und wohl (auch) historisch bedingt. Freizeichnungsklauseln sollten so den Verkäufer davor bewahren, Risiken zu übernehmen, die er selber nicht einschätzen «kann», so z.B. bei Altbauten[94].

Gerade im Fall, wo der Käufer im Rahmen einer Immobilien Due Diligence Gelegenheit hat, sich vom Kaufgegenstand ein detailliertes Bild zu machen, von allfälligen Mängeln Kenntnis zu erlangen und diese Erkenntnisse dann entsprechend im Kaufvertrag umzusetzen (sei es im Gewährleistungskatalog, sei es durch spezifische Schadloshaltungen[95]), scheint eine umfassende Freizeichnung nicht gerechtfertigt. Der Käufer einer Immobilie hat ein berechtigtes Interesse daran, sich die ihm wichtig erscheinenden Eigenschaften vertraglich ausdrücklich zusichern zu lassen. Namentlich möchte er durch abgegebene Zusicherungen insbesondere die folgenden Bereiche abgedeckt haben: Eigentum an der Immobilie und Bestand allfälliger dinglicher Rechte, (keine) verdeckten Mängel oder öffentlich-rechtliche, im

---

83 Dass ein Gericht bei einem Unternehmenskaufvertrag mit einem langen Gewährleistungskatalog auf eine «Implied Warranty» erkennt, erscheint demgegenüber jedoch eher unwahrscheinlich, dazu z.B. Peter Böckli, Gewährleistung und Garantie in Unternehmenskaufverträgen, in: Rudolf Tschäni, Mergers & Acquisitions I, Zürich 1998, 59 ff., 92.

84 Z.B. Vischer (FN 6), 177.

85 Art. 197 OR; s. Ziff. 4.6.3.

86 Art. 201 Abs. 1 OR.

87 Art. 210 Abs. 2 OR.

88 Art. 219 Abs. 3 OR.

89 Art. 210 Abs. 1 OR.

90 Art. 203, 210 Abs. 3 OR.

91 Die gesetzliche Gewährleistung wird vollständig ausgeschlossen. Dies gilt sowohl beim Share wie beim Asset Deal, obwohl bei Letzterem eine gesetzliche Sachgewährleistung für vorausgesetzte Eigenschaften zumindest für einzelne mitverkaufte Sachen des Unternehmensvermögens gilt. Ob dies aber auf das Unternehmen als Kaufgegenstand angewendet wird, ist nach diversen Bundesgerichtsentscheiden, insbesondere BGE 129 III 18, unklar. Dazu auch Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2002, 335 ff. und auch z.B. Vischer (FN 24), 81 ff.

92 S. Ziff. 4.7.4.

93 S. Ziff. 4.7.3.

94 Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E.1.1; BGE 131 III 145 E.8.1.

95 S. Ziff. 4.7.4.

Grundbuch nicht ersichtliche Eigentumsbeschränkungen, Einhaltung Bauvorschriften und Bestand Bewilligungen, Steuern und öffentliche Abgaben, keine Streitfälle etc. Da Mietverhältnisse gemäss Art. 261 OR[96] mit dem Eigentum an der Immobilie auf den Käufer übergehen, ist es für diesen beim Kauf einer überbauten und vermieteten Immobilie von zentraler Bedeutung, dass ihm gewisse Eigenschaften der zu übernehmenden Mietverträge wie z.B. Bestand, Mieterspiegel, Einhaltung, Mietzinsen, Rentabilität und Nebenkosten und/oder Mietsicherheiten zugesichert werden. Auch beim Verkauf einer Immobilie im Bau wird der Käufer regelmässig ein grosses Bedürfnis nach Gewährleistungen (z.B. analog SIA 118) haben.

Die unter Ziffer 4.7.1 dargelegte Unsicherheit bezüglich konkretem Wissen kann vertraglich dadurch beseitigt werden, dass die Vertragsparteien nicht auf das abstellen, was der Käufer wusste, sondern auf das, was dem Käufer im Rahmen der Due Diligence (und sonst, z.B. während der Vertragsverhandlungen und im Kaufvertrag selbst) offengelegt wurde. Entsprechend definieren die Parteien im Kaufvertrag genau, was dem Käufer offengelegt («disclosed») wurde, und vereinbaren, dass der Verkäufer für alles, was offengelegt wurde, nicht mehr haftet[97].

Der Einfluss der Due Diligence auf die Vertragsgestaltung kann am Beispiel Altlasten gut veranschaulicht werden: So kann für diesen meist sehr zentralen Bereich einerseits festgehalten werden, welche Belastungen dem Käufer anhand von im Rahmen der Environmental Due Diligence gewonnenen Erkenntnissen durch Einsicht in Altlastenverdachtsflächenkataster und Berichten zur umwelttechnischen Untersuchungen bekannt sind, andererseits kann die Kosten- und Risikoallokation zwischen den Parteien geregelt werden. Wenn bekannt ist, dass eine Altlastensanierung in absehbarer Zukunft notwendig sein wird und der belastungsbedingte Minderwert mehr oder weniger genau bestimmt werden kann, kann dies (im Idealfall) bereits bei der Kaufpreisberechnung berücksichtigt werden. Der Käufer kann (auch) auf gewissen, die Altlastenproblematik betreffenden Zusicherungen bestehen[98]. Wenn die möglichen Mehrkosten zwar erkannt und quantifizierbar sind, deren Auftreten jedoch ungewiss ist, können sich die Parteien auf eine Garantie (vgl. gleich nachstehend Ziffer 4.7.4) einigen[99].

4.7.4. Zusicherung versus Garantie

Klassische Immobilienkaufverträge unterscheiden traditionell nur ungenügend zwischen Zusicherungen, Garantien und der (rechtlich unverbindlichen, reklamehaften) Anpreisung, weshalb diese heikle Abgrenzungsfrage eines der meistdiskutierten Themen in der Literatur zum Immobilienkauf ist[100]. Zusicherungen betreffen Tatsachen, welche bei Vertragsschluss bereits bestanden haben. Garantien hingegen betreffen in den meisten[101] Fällen Versprechen hinsichtlich Nichteintretens vom Käufer, befürchteter, künftiger Ereignisse oder betreffend künftiger

---

96 Verkauft «der Vermieter die Sache [Wohnliegenschaft] nach Abschluss des Mietvertrages…, so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über» (Art. 261 Abs. 1 OR). Der Käufer kann jedoch «das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerte geltend macht» (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Kündigt der Käufer «früher, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter [Verkäufer] gestattet hätte, so haftet dieser dem Mieter für allen daraus entstehenden Schaden» (Art. 261 Abs. 3 OR). Nicht anwendbar ist gemäss h.L. die Bestimmung von Art. 261 OR bei einer (partiellen) Universalsukzession. Konkret heisst das, dass im Falle der Vermögensübertragung das Mietverhältnis ohne Weiteres auf den Übernehmenden (Käufer) übergeht. Dem Vermieter steht in diesem Fall (nur) das Recht zu, den Mietvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, sofern ein solcher durch die Umstrukturierung gesetzt wird, vgl. Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, 2. A., Bern 2008, N 662; anders Rampini (FN 34), 4, welcher empfiehlt, Mietverträge bewusst nicht ins Inventar aufzunehmen, sofern die Parteien das ausserordentliche Kündigungsrecht wahren wollen; zum Verkauf einer vermieteten Liegenschaft im Detail z.B. Nicolas Jeandin, Vente d'un immeuble loué, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, 449 ff.

97 Zur möglichen konkreten Ausgestaltung dieses sog. «Disclosure Konzept» z.B. Zürcher (FN 64), 154 ff.; Tschäni/Wolf (FN 77), 112 f; Oliver Blum, Rechtliche Bedeutung der Due Diligence, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 175 ff., 178.

98 Mit Hinweisen für die Vertragsgestaltung, insb. betreffend den Begriff «Altlasten» z.B. Hans U. Liniger/Albert von Däniken, Transaktionen und Umweltrisiken, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, 187 ff., 199 ff.; Erich Rüegg, Von der Haftung des Grundstückverkäufers für die «Bauherren-Altlasten», BR/DC 3/2006, 108 ff.; zur Freizeichnung im Zusammenhang mit Altlasten z.B. Rüegg (FN 75), 197 ff.; Andreas Binder/Meinrad Vetter, Freizeichnung von Gewährleistungsansprüchen beim Grundstückkauf unter besonderer Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Normen, AJP/PJA 2007, 687 ff.

99 Da es sich im Zusammenhang mit Umweltrisiken oft um hohe Zahlungsverpflichtungen handelt, welche auch nach Ablauf vieler Jahre (mithin nach Ablauf der für die Gewährleistungen vereinbarten Frist), wegen vorbestehenden Umweltverschmutzungen, auf den Käufer zukommen können, ist im Bereich Altlasten die Garantie für den Käufer oft das bessere Mittel als die Zusicherung, in diese Richtung auch Böckli (FN 83), 94.

100 Z.B. Philippin (FN 6), 140 ff.; Rüegg (FN 75), 181 ff., 213.

101 Der zukünftige Erfolg (oder Nichterfolg) ist zwar typisch, aber nicht Voraussetzung für die Qualifikation als Garantie, s. Rüegg (FN 75), 183.

Umsatz- oder Gewinnentwicklung[102]. Mit Garantien verspricht der Verkäufer dem Käufer bei Eintritt gewisser unerwünschter Ereignisse bestimmte Zahlungen oder Leistungen zu erbringen oder zugunsten des Käufers auf bestimmte Beträge endgültig zu verzichten. Da Rechtsgrundlage des Garantieversprechens nicht Art. 184 ff. OR ist, unterliegt es auch nicht den kaufvertraglichen Modalitäten. Namentlich gilt das Garantieversprechen des Verkäufers unabhängig vom Verschulden des Garanten und vom Kenntnisstand des Käufers, es besteht keine Prüfungs- und Rügeobliegenheit und die Verjährungsfrist von Garantieversprechen beträgt zehn Jahre[103].

Im Rahmen von M&A-Transaktionen erstellen die Parteien zumeist ein eigenes Regelwerk, welches man als vertraglich modifiziertes Gewährleistungs- und Garantierecht bezeichnen kann[104]. Systematisch wird in der Regel (relativ) klar zwischen Zusicherungen und Gewährleistungen (Representations and Warranties) einerseits und Garantien und Schadloshaltungsverpflichtungen (sog. «Guarantees» and «Indemnities») andererseits unterschieden. Bei den Representations and Warranties handelt es sich in aller Regel um Zusicherungen i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR[105], bei den «Guarantees» und manchmal auch bei den «Indemnities» um Garantien i.S. von Art. 111 OR[106]. Die rechtliche Qualifikation ist aber wenig bedeutsam insofern, als die (für die Sachgewährleistung gesetzlich vorgesehene) Untersuchungspflicht vertraglich praktisch immer gänzlich wegbedungen oder mindestens erheblich modifiziert wird und die Rügeobliegenheit derart geändert wird, dass sie der Situation angemessen ist. Die Parteien vereinbaren betreffend die Zusicherungen und Gewährleistungen zudem in der Regel gewisse Einschränkungen wie beispielsweise einen Mindestbetrag für Haftungsansprüche (sog. «De Minimis Amount») oder einen Cap[107]. Auch regeln die Parteien zumeist eine Verjährung, welche vom dispositiven Recht[108] abweicht.

Ein vom dispositiven Gesetzeswortlaut abweichendes, den Bedürfnissen der Vertragsparteien angepasstes («tailor-made») Gewährleistungs- und Garantieregime dürfte auch bei den meisten Immobilientransaktionen durchaus Sinn machen[109]. Gerade die bei Immobilienkäufen traditionell heiss diskutierte Frage der rechtlichen Qualifikation als Zusicherungen i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR oder Garantie ist bei einem Immobilienkaufvertrag, der professionell entsprechend dem M&A-Standard redigiert ist, praktisch unbeachtlich, weil die Auswirkungen, welche die Qualifikation hat[110], wie erwähnt meist vertraglich geregelt werden.

4.8. Weitere Verpflichtungen nach Vollzug

Während klassische Immobilienkaufverträge nur in den seltensten Fällen Pflichten nach Vollzug regeln, beinhalten M&A-Verträge fast schon standardmässig sog. «No Claim» oder «No Clawback»-Klauseln, in welcher sich der Käufer verpflichtet, den abtretenden Mitgliedern des Verwaltungsrates Décharge zu erteilen und, mindestens soweit diese nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt haben, keine Klagen gegen diese einzureichen. Da es für den Käufer oft von zentraler Bedeutung ist, dass der Geschäftsbetrieb des verkauften Unternehmens während einer bestimmten Frist nicht konkurrenziert wird, wird in M&A-Verträgen regelmässig ein Konkurrenzverbot zu Lasten des Verkäufers ausgehandelt[111]. Sofern der Verkäufer in einem Share Deal eine natürlich Person mit Steuerpflicht in der Schweiz ist, wird er in der Regel auf einer sog. Teilliquidationsklausel[112] bestehen. Weiter sehen Un-

---

[102] Zur Unterscheidung ausführlich z.B. Böckli (FN 83), 87 ff.

[103] Art. 200 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 219 Abs. 3 OR.

[104] Z.B. Tschäni (FN 4), 168.

[105] Die Rechtsnatur der manchmal sehr umfangreich abgegebenen Representations and Warranties ist nicht ganz unumstritten, z.B. Tschäni (FN 4), 167 m.w.H.

[106] Zum Charakter von Indemnities auch Marchand (FN 12), 201 ff.

[107] Welche im Rahmen von Art. 199 OR (Arglist) zu beurteilen sind, es sei denn, es liege eine Garantievereinbarung im rechtlichen Sinn vor, in welchem Fall eine Freizeichnung gemäss Art. 100 OR nur für leichtes Verschulden zulässig wäre; zur umstrittenen Anwendung von Art. 100 OR auf die kaufrechtlichen Rechtsbehelfe s. Ziff. 4.7.1; zu *De-Minimis-Regeln* und zum Cap z.B. Zürcher (FN 64), 165 ff.

[108] Im Gewährleistungsfall ein Jahr (Art. 210 OR) bzw. fünf Jahre (Art. 219 Abs. 3 OR) und im Garantiefall zehn Jahre (Art. 127 OR), wobei im Garantiefall umstritten ist, inwieweit die Frist von zehn Jahren dispositiv ist, dazu z.B. Arnold F. Rusch/Eva Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter vom 12.12.2011, Rz 12 ff. m.w.H., auch mit Hinweis auf BGE 132 III 285 E. 2; zu den vertraglichen Abweichungsmöglichkeiten im Bereich der Verjährungsregeln beim Unternehmenskauf im Detail auch Gilles Benedick/Markus Vischer, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, Jusletter vom 4.9.2006, Rz 1 ff.

[109] Als weiteres Beispiel für die unzulängliche gesetzliche Regelung sei die fünfjährige Gewährleistungsfrist (Art. 219 Abs. 3 OR) genannt, welche sich gerade im Bereich Altlasten und bei sonstigen umweltrechtlichen Risiken oft als zu kurz erweist, s. auch Imhoff/Schubiger (FN 6), 482.

[110] Vgl. FN 103.

[111] Dazu beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. Monika Ruggli/Markus Vischer, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2006, 294 ff.; zu vertraglichen Konkurrenzverboten im Allgemeinen z.B. Marchand (FN 12), 160 f.

[112] Für einen Überblick über die Voraussetzungen der indirekten Teilliquidation s. z.B. Zürcher (FN 64), 171.

ternehmenskaufverträge standardmässig Regelungen betreffend Kommunikation und Vertraulichkeit vor[113].

Die Regelung von Rechten und Pflichten nach dem Vollzug kann auch in einer Immobilientransaktion den Bedürfnissen der Parteien entsprechen. Da der Verkäufer – wie bereits dargelegt[114] – dem Mieter haftbar wird, wenn diesem vom Käufer wegen dringendem Eigenbedarf vorzeitig gekündigt wird (Art. 261 Abs. 3 OR), wird der Verkäufer oft ein Interesse an einer Verpflichtung des Käufers haben, gemäss welcher dieser entweder sämtliche Schadenersatzansprüche, die aus einer vorzeitigen Kündigung des Mietvertrages an den Verkäufer gestellt werden können, übernimmt oder gar ausdrücklich auf das Recht zur vorzeitigen Kündigung gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR verzichtet[115]. Gerade in einem Share Deal wird der Verkäufer auch meist ein Interesse an einer «No Claim» oder «No Clawback»-Klausel haben. Gleiches gilt für die Teilliquidationsklausel, sofern der Verkäufer der Aktien eine natürliche Person ist.

4.9. Anwendbares Recht und Gerichtsstand

In M&A-Verträgen wird regelmässig auch das anwendbare Recht festgelegt, teilweise unter Ausschluss des Übereinkommens über den internationalen Warenkauf (Wiener Kaufrecht). Eine solche Rechtswahl ist grundsätzlich zulässig (Art. 116 Abs. 1 IPRG)[116]. Gemäss Art. 119 Abs. 2 IPRG ist die Rechtswahl durch die Parteien auch bei Verträgen über Immobilien zulässig[117].

Klassische Immobilienkaufverträge sehen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte am Ort der gelegenen Sache vor. In M&A-Verträgen hingegen wird häufig eine Schiedsklausel vereinbart, um sicherzustellen, dass die Richter über fundierte M&A-Kenntnisse und die nötige Erfahrung verfügen[118]. Da im internationalen Wirtschaftsverkehr die Schiedsgerichtsbarkeit die Streiterledigung durch die ordentlichen Gerichte weitgehend verdrängt hat, kann die Wahl eines Schiedsgerichts gerade auch bei grenzüberschreitenden Immobilientransaktionen angezeigt sein. Das Schiedsgericht zeichnet sich – neben der Sachkunde der parteibenannten Richter – durch ein zügiges (da in der Regel nicht weiterziehbares) Verfahren und hohe Vertraulichkeit aus[119].

5. Schlussbemerkung

Aus dem Gesagten folgt, dass sich aus der M&A-Praxis gewisse Lehren für den Immobilienkauf ziehen lassen. Im Zuge der (trotz Lex Koller) stattfindenden Internationalisierung des Immobilienmarkts sollte gerade bei grösseren Projekten vor Vertragsschluss eine professionelle Immobilien Due Diligence unter Beizug von Spezialisten durchgeführt werden, um Risiken des oder der betroffenen Immobilien zu erkennen. Ausserdem sollte ein professioneller Immobilienkaufvertrag erstellt werden, in dem differenziert mit den erkannten (oder nicht erkannten oder nicht erkennbaren) Risiken umgegangen wird. Um eine zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ausgewogene Allokation der mit einer Immobilie immer vorhandenen Risiken vorzunehmen, sind entsprechend wie beim Unternehmenskauf auf den konkreten Einzelfall abgestimmte Zusicherungen und Gewährleistungen und Garantien sowie adäquate Rechtsfolgen bei deren Verletzung in den Immobilienkaufvertrag aufzunehmen. Orientieren können sich die Parteien bei der Vertragsgestaltung an den Praktiken und Vertragsmustern der M&A-Praxis. Dies setzt allerdings voraus, dass die Notare miteinbezogen und aktiver werden und sich bei der Erstellung von Immobilienkaufverträgen von überholten Usanzen und Vertragsmustern lösen und gegenüber einer intensivierten Zusammenarbeit mit Rechtsanwälten und anderen Beratern aufgeschlossen sind[120].

---

113 Z.B. Zürcher (FN 64), 173, zu solchen Klauseln im Allgemeinen z.B. Marchand (FN 12), 241 ff.

114 S. FN 96.

115 Z.B. Alfred Koller, Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, 377 ff., 403.

116 Beim Share Deal wäre der Ausschluss des Wiener Kaufrechts allerdings nicht unbedingt notwendig, weil dieses nach herrschender Auffassung ohnehin nicht anwendbar wäre. Zudem ist, soweit es um einen Asset Deal geht, die Rechtswahl zum Teil eingeschränkt (s. Art. 145 Abs. 1 und 3 IPRG und Art. 99 und 119 IPRG), s. Tschäni (FN 4), 150 m.w.H.

117 Dabei kann die Rechtswahlvereinbarung formlos erfolgen. Der Umfang der Parteiautonomie beschränkt sich aber auf den schuldrechtlichen Teil des Rechtsgeschäfts. Keine Rechtswahl ist hingegen möglich betreffend die dinglichen Rechtsvorgänge, BSK IPRG-Kneller Art. 119 IPRG, N 11 f.

118 Rudolf Tschäni, Post Closing Disputes on Representations and Warranties, in: Kaufmann-Kohler/Johnson (FN 14), Basel 2005, 67.

119 Malacrida (FN 1), 32.

120 S. zum Ganzen schon Vischer (FN 6), 185 ff.