EUROPA INSTITUT ZÜRICH

HERAUSGEBER: RUDOLF TSCHÄNI

Mergers & Acquisitions VI

Schulthess §

Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag

von
Urs Schenker

Inhalt

I. Kaufobjekt und Probleme der Leistungserbringung
1. Kaufobjekt
2. Probleme bei der Leistungserbringung

II. Nichterfüllung und verspätete Erfüllung
1. Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungen aus dem Kaufvertrag
2. Erfüllungshandlungen der Parteien
3. Verzug
4. Verzugsfolgen
a) Verzug des Verkäufers
aa) Durchsetzung des Erfüllungsanspruches, temporäre Verweigerung der eigenen Leistung und Forderung des Verzögerungsschadens
bb) Fristansetzung mit Wahlrecht
cc) Rücktritt vom Vertrag, Forderung des negativen Interesses
dd) Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf Übertragung des Kaufgegenstandes, Forderung des positiven Interesses
b) Verzug des Käufers
aa) Durchsetzung des Erfüllungsanspruches, temporäre Verweigerung der eigenen Leistung
bb) Wahlrecht des Verkäufers
cc) Rücktritt vom Vertrag; Forderung des negativen Interesses
dd) Festhalten am Vertrag, Verzicht auf Leistungen und Forderung des positiven Interesses
5. Vertragliche Regelung der Folgen verspäteter Leistung

III. Unmöglichkeit der Erfüllung
1. Ursprüngliche Unmöglichkeit
2. Die nachträgliche Unmöglichkeit
a) Tatbestand der nachträglichen Unmöglichkeit
b) Rechtsfolge der nachträglichen Unmöglichkeit
aa) Unmöglichkeit ausserhalb des Verantwortungsbereichs des Schuldners
bb) Vom Schuldner zu verantwortende nachträgliche Unmöglichkeit

IV. Mängel des Kaufobjektes
1. Rechtsgewährleistung
a) Grundlagen
b) Konkrete Anwendung auf Unternehmenskäufe
aa) Share Deal
bb) Asset Deal
2. Sachgewährleistung
a) Die gesetzlichen Regeln zur Sachgewährleistung
aa) Gesetzliche Gewährleistung beim Share Deal
bb) Gesetzliche Gewährleistung beim Asset Deal
b) Vertragliche Zusicherungen
c) Ansprüche des Käufers
aa) Die Wandelung
bb) Minderung
cc) Schadensminderungspflicht des Käufers
dd) Vertragliche Beschränkung der Ansprüche
ee) Erfüllung der Prüfungs- und Rügepflicht als Voraussetzung für Ansprüche; Verjährung
3. Willensmängel beim Unternehmenskauf
a) Grundlagenirrtum
b) Absichtliche Täuschung

V. Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und selbständigen Garantien
1. Nebenpflichten
2. Garantien

I. Kaufobjekt und Probleme der Leistungserbringung

1. Kaufobjekt

In wirtschaftlicher Hinsicht ist ein Unternehmen Kaufobjekt des Unternehmenskaufs. In rechtlicher Hinsicht kann der Kauf eines Unternehmens allerdings unterschiedlich strukturiert werden:

– *Kauf eines Betriebs mit Aktiven und Passiven („Asset Deal")*

Bei dieser Transaktionsstruktur werden direkt Aktiven, Passiven und die Rechtsverhältnisse des Unternehmens auf den Käufer übertragen. Im entsprechenden Kaufvertrag wird diese Gesamtheit von Sachen, Rechten und Verpflichtungen zum Kaufobjekt[1].

– *Kauf einer Gesellschaft („Share Deal")*

Bei dieser Transaktionsstruktur wird nicht das Unternehmen selbst, sondern eine Gesellschaft, die Träger des Unternehmens ist, übertragen. Kaufobjekt des entsprechenden Kaufvertrages bilden damit die Anteile der betreffenden Gesellschaft, d.h. Stammanteile bzw. Aktien[2].

Diese Unterscheidung der Transaktionsstruktur ist für das in diesem Beitrag behandelte Problem der Leistungsstörung von wesentlicher Bedeutung, da sich aus dem unterschiedlichen Kaufobjekt wesentliche Unterschiede bezüglich der Rechtsbehelfe bei Leistungsstörungen ergeben.

2. Probleme bei der Leistungserbringung

Beim Unternehmenskauf bestehen die Hauptleistungen der Parteien in der Übertragung des Kaufobjektes einerseits und der Zahlung des Kaufpreises andererseits, wobei häufig vom Käufer wie auch vom Verkäufer noch weitreichende Nebenpflichten zu erfüllen sind. Bei dieser Transaktion kann es in folgenden Bereichen zu Leistungsstörungen kommen:

– Nichterfüllung der Hauptpflichten
– Verspätete Erfüllung der Hauptpflichten
– Mangelhafte Erfüllung der Hauptpflichten
– Leistungsstörungen bei Nebenpflichten

Im Folgenden sind nun die Rechtsbehelfe der Parteien bei diesen Leistungsstörungen darzustellen.

1 Zum Asset Deal im Einzelnen TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 68 ff.

2 Zu dieser Art der Transaktionsgestaltung im Einzelnen TSCHÄNI, a.a.O., 46 ff.

II. Nichterfüllung und verspätete Erfüllung

Nichterfüllung und verspäte Erfüllung präsentieren sich im Zeitpunkt, in dem die Leistung fällig wird, für die erfüllungsbereite Partei meistens gleich – die andere Partei erbringt die vertraglich vereinbarte Leistung nicht. Wenn nicht gerade ausserordentliche Umstände vorliegen, die – wie zum Beispiel die Zerstörung des Kaufobjektes – bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit klar machen, dass eine Erfüllung nicht möglich ist, zeigt sich meist erst später, ob die säumige Gegenpartei ihre vertraglichen Leistungen noch mit Verspätung erbringt oder ob der Vertrag nicht mehr erfüllt wird. Entsprechend lässt sich die rechtliche Regelung von Nichterfüllung und verspäteter Erfüllung in der Ausgangslage meist auch nicht trennen, sofern nicht für alle Beteiligte klar ersichtlich ist, dass die Leistung einer Vertragspartei unmöglich ist; erfüllt eine Partei ihre Verpflichtungen nicht, so gerät sie in Verzug, wobei es dann einerseits von den Rechtbehelfen, welche die Gegenpartei ergreift und andererseits von der späteren faktischen Entwicklung abhängt, ob es zu einer verspäteten Erfüllung oder zur Nichterfüllung kommt.

1. Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungen aus dem Kaufvertrag

Vereinbaren die Parteien bei einem Unternehmenskauf keinen Fälligkeitstermin, so ist der Vertrag gemäss Art. 75 OR sogleich zu erfüllen[3] bzw., falls der Vollzug des Vertrages unter bestimmten Bedingungen steht, unmittelbar nach Erfüllung dieser Bedingungen. Gemäss Art. 184 Abs. 2 OR sind die vertraglichen Leistungen vom Käufer und Verkäufer Zug um Zug zu erfüllen. Damit sind zwar beide Parteien am Vollzugstermin verpflichtet, die eigene Leistung zu erbringen, können diese aber zurückhalten, wenn die Gegenleistung nicht ebenfalls erbracht wird[4].

Typischerweise wird die Fälligkeit der vertraglichen Leistungen beim Unternehmenskauf allerdings vertraglich festgelegt[5], weil der sofortige Vollzug nach dem Vertragsabschluss meist nicht möglich ist, da die Parteien den Vollzug vorbereiten müssen oder der Vollzug von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängt. Soweit die Parteien die Zeit zwischen Vertragsunterzeichnung und Vollzug nur dazu benötigen, um selbst gewisse Vorbereitungshandlungen für den Vertragsvollzug vorzunehmen und der Vollzug nicht von Bedingungen abhängt, die ausserhalb der Kontrolle der Parteien liegen, kann im Vertrag direkt das Datum festgelegt werden, an dem die Leistungen der Parteien fällig werden. Falls der Vollzug allerdings von Bedingungen – wie z.B. der Zustimmung der Wettbewerbskommission – abhängt, kann der Vollzugstermin nicht datumsmässig bestimmt werden, sondern muss in Abhängigkeit von der Erfüllung der betreffenden Bedingungen festgelegt werden[6].

Auch wenn der Vollzug des Vertrages von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängt, wünschen die Parteien im Normalfall allerdings nicht ein auf unabsehbare Zeit schwebendes Rechtsgeschäft. Deshalb empfiehlt es sich, in derartigen Situationen festzuhalten, dass der Vertrag ersatzlos dahin fällt oder jede Partei den Vertrag auflösen kann, wenn die Bedingungen an einem im Vertrag festgehaltenen Endtermin nicht erfüllt sind. Eine derartige Klausel schützt die Parteien davor, dass sie ihre Erfüllungsbereitschaft während einer langen Periode aufrechterhalten müssen, ohne dass der Vertrag tatsächlich vollzogen wird.

2. Erfüllungshandlungen der Parteien

Gemäss Art. 184 Abs. 2 OR ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen, während der Käufer dazu verpflichtet ist, den Kaufpreis zu bezahlen[7]. Bei einem Unternehmenskauf gestaltet sich der in Art. 184 OR einfach geschilderte Vertragsvollzug allerdings häufig wesentlich komplexer:

- Wird ein Unternehmen im Rahmen eines Asset Deals verkauft, so müssen zur Übertragung des Kaufobjektes sehr viele einzelne Sachen, Rechte, Vertragsverhältnisse und Verpflichtungen übertragen werden, deren Übertragung teilweise in unterschiedlichen Formen erfolgen muss, teilweise

3 LEU, BSK, OR 75 N 5.

4 KOLLER, BSK, OR 184 N 92.

5 Vgl. dazu im Einzelnen TSCHÄNI, a.a.O, 143.

6 Z.B. ... 10 Tage nach Erfüllung der in Ziff. X dieses Vertrages festgehaltenen Bedingungen".

7 Zu den Pflichten der Parteien im Allgemeinen: H. HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 6. Aufl., Bern 2001, 38 ff. (im Folgenden „HONSELL, BT"); M. KELLER/K. SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 15 ff.

aber auch von der Zustimmung Dritter abhängt[8]. Damit stellt die Übertragung des Kaufobjektes allein schon eine komplexe Transaktion dar, bei der es sich empfiehlt, die Formen der Übertragung vertraglich zu regeln und insbesondere auch festzulegen, welche Folgen die Weigerung einer Drittpartei hat, die allenfalls notwendige Zustimmung zu erteilen[9].

– Der Unternehmenskauf erschöpft sich meist auch nicht in der Übertragung des Kaufobjektes allein; der vom Käufer gewünschte wirtschaftliche Erfolg kann häufig nur herbeigeführt werden, wenn der Verkäufer neben der Übertragung des Kaufobjektes noch andere Leistungen erbringt[10]. Ein Teil dieser Nebenleistungen wird zusammen mit den kaufvertraglichen Hauptpflichten fällig und muss daher am Fälligkeitstermin in den Vertragsvollzug einbezogen werden. Bei Leistungen, die nicht auf dem Kaufvertrag selbst beruhen, sondern für die – wie beim Share Deal häufig notwendig – zwischen der verkauften Gesellschaft und dem Verkäufer oder ihm nahe stehenden Gesellschaften separate Verträge abgeschlossen werden, verlangt der Käufer im Normalfall, dass die rechtsgültig unterzeichneten Verträge gleichzeitig mit der Fälligkeit der kaufvertraglichen Hauptpflichten übergeben werden.

Dieser Komplexität des Verkaufsobjektes bzw. des Erfüllungsvorganges tragen die Parteien in den meisten Unternehmenskaufverträgen dadurch Rechnung, dass

8 Die Übertragung von Verträgen und von Verpflichtungen ist nur mit Zustimmung der betroffenen Drittpartei möglich.

9 Je nach praktischer Bedeutung kann die Weigerung einer Drittpartei, einer Vertragsübertragung zuzustimmen, eine Auflösung des Vertrages rechtfertigen (zum Beispiel wenn eine für den Geschäftsbetrieb absolut wesentliche Lizenz nicht übertragen wird) oder aber durch eine Ersatzkonstruktion aufgefangen werden (wenn ein Kunde der Übertragung eines laufenden Vertrages nicht zustimmt, so können die Parteien das Problem dadurch auffangen, dass der Käufer im Namen des Verkäufers den Vertrag erfüllt). Damit diese Frage nicht vom Richter gelöst werden muss – der in manchmal nicht völlig voraussehbarer Weise entscheidet, ob die Annahme einer Teilleistung zumutbar ist – empfiehlt es sich, diese Rechtsfolgen eingehend vertraglich zu regeln.

10 Unternehmenskaufverträge sehen meistens diverse Nebenpflichten vor, die auf die individuelle Situation der Parteien und des Unternehmens abgestimmt sind. Dabei werden insbesondere folgende Leistungen vorgesehen: Konkurrenzverbot, Arbeitsleistungen (bei natürlichen Personen als Verkäufer), die Fortsetzung von Konzerndienstleistungen während der Übergangszeit (bei der Herauslösung eines Unternehmens aus einem Konzern), Vermietung von Geschäftslokalitäten und Lizenzierung von Rechten, die nicht zum Verkaufsgegenstand gehören, aber vom Unternehmen verwendet werden, Umgestaltung von Vertragsverhältnissen zwischen Verkäufer und Gesellschaft, etc.

sie die Erfüllungshandlungen vertraglich definieren und sämtliche im Vertrag aufgeführten Erfüllungshandlungen dem „Zug-um-Zug"-Verhältnis unterstellen. Dies hat für die Parteien folgende Vorteile:

– Die Parteien können aufgrund der vertraglichen Definition der Erfüllungshandlungen am Fälligkeitstermin ohne weiteres feststellen, ob eine Partei tatsächlich sämtliche Erfüllungshandlungen erbringt, bzw. erbringen kann. Dies ermöglicht es den Parteien, rasch – d.h. am Fälligkeitstermin selbst – zu entscheiden, ob der Verzug eintritt und welche Partei in Verzug gerät. Die Möglichkeit, diese Fragen rasch und sicher zu entscheiden, ist für die Parteien wesentlich, da die erfüllungsbereite Partei schnell darüber entscheiden muss, ob sie ihre Leistung gemäss Art. 184 Abs. 2 OR zurückhalten kann[11].

– Werden die Nebenpflichten im Vertrag ausdrücklich dem Zug-um-Zug-Vollzug gemäss Art. 184 Abs. 2 OR unterstellt, ist die Gegenpartei berechtigt, ihre eigene Leistung zurückzuhalten, wenn die andere Partei die entsprechende Nebenleistung nicht erbringt. Wird nicht ausdrücklich festgehalten, dass die oben erwähnten Nebenpflichten, wie insbesondere die Übergabe rechtsgültig abgeschlossener Verträge zwischen der Käuferin und dem Kaufobjekt, am Fälligkeitstermin im Rahmen des Zug-um-Zug-Vollzugs geleistet werden müssen, so unterstehen die Nebenpflichten nach herrschender Lehre nicht dem „Zug-um-Zug"-Prinzip, was dazu führt, dass die erfüllungsbereite Partei ihre Leistung nicht zurückhalten kann, sondern trotz der Nichterfüllung der Nebenpflichten ihre Leistung vollständig erbringen muss[12].

3. Verzug

Nimmt eine Partei bei Fälligkeit die im Kaufvertrag vorgesehenen Erfüllungshandlungen nicht vor, so kommen die in Art. 102 ff. OR definierten allgemeinen

11 Hält die erfüllungsbereite Partei ihre Leistung zurück, ohne dazu berechtigt zu sein, so gerät sie selbst in Verzug.

12 ZBJV 112, 305; SCHRANER ZK, OR 82 N 65; BGE 78 II 378; a.M. LEU, BSK, OR 82 N 6, der richtigerweise danach differenziert, ob eine Nebenleistung für die Erreichung des Vertragszwecks wesentlich ist oder nicht.

Regeln sowie die in Art. 190 f. und Art. 214 f. OR für Kaufverträge festgelegten Spezialvorschriften über den Verzug zur Anwendung.

Eine Partei, die ihre Leistung bei Fälligkeit nicht erbringt, gerät gemäss diesen Regeln in Verzug, falls die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die andere Vertragspartei muss im Zeitpunkt der Fälligkeit erfüllungsbereit sein; andernfalls kann sich die Partei, welche die Leistung nicht erbringt, auf Art. 184 bzw. 82 OR berufen, was ihren Verzug ausschliesst[13].

- Die erfüllungsbereite Partei muss die säumige Vertragspartei gemäss Art. 102 Abs. 1 OR durch Mahnung in Verzug setzen. Die Mahnung besteht in der Erklärung, dass die erfüllungsbereite Partei die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Leistung verlangt[14]. Obwohl eine derartige Mahnung gemäss Art. 102 OR formlos gültig ist[15], empfiehlt sich in der Praxis eine schriftliche Mahnung, um Beweisprobleme zu vermeiden. Eine Mahnung ist allerdings nicht notwendig, wenn der Fälligkeitstermin im Vertrag bestimmt worden ist oder aufgrund des Vertrages bestimmbar ist[16]. Diese Voraussetzung ist nicht nur erfüllt, wenn der Vertrag ein bestimmtes Datum für die Fälligkeit der vertraglichen Leistungen festhält[17], sondern auch dann, wenn der Vertrag zwar kein bestimmtes Datum angibt, aber festhält, dass die Fälligkeit bei Erfüllung bestimmter Bedingungen eintritt und der Fälligkeitstermin damit bestimmbar ist[18].

- Die Leistung muss möglich sein; ist die Leistung dagegen unmöglich geworden, so kommen nicht die Verzugsregeln, sondern die Regeln über die Unmöglichkeit[19] zur Anwendung, ohne dass Mahnung oder Fristansetzung notwendig wären[20]. Der erfüllungsbereiten Partei, die häufig nicht weiss, ob die von der säumigen Partei zu erbringende Leistung unmöglich ist oder ob sie noch verspätet erfolgen kann, schadet allerdings die Mahnung und die Ansetzung einer Nachfrist, die sie im Glauben an einen blossen Verzug vornimmt, nicht. Sie verliert durch ein derartiges Vorgehen keine Rechte, wenn sich später herausstellt, dass die Leistung der säumigen Gegenpartei unmöglich ist.

13 WIEGAND, BSK, OR 102 N 12.

14 Vgl. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil („AT"), 356.

15 Allfällige vertragliche Bestimmungen über die Art der Kommunikation müssen allerdings beachtet werden.

16 Vgl. dazu im Einzelnen WIEGAND, BSK, OR 102 N 10 f.

17 Vgl. BGE 116 II 443.

18 VON TUHR/ESCHER, 138 f.

19 Zum Begriff der Unmöglichkeit vgl. Ziff. III. hinten.

20 WIEGAND, BSK, OR 102 N 12.

Der Eintritt des Verzugs ist vom Verschulden der säumigen Partei unabhängig[21], so dass dieser auch eintritt, wenn die säumige Partei die Erfüllungshandlungen nicht am Fälligkeitstermin vornehmen konnte, ohne dafür verantwortlich zu sein. Nur die Schadenersatzpflicht, die Konsequenz des Verzugs ist, hängt vom Verschulden ab. Damit ist es insbesondere möglich, dass sich die erfüllungsbereite Partei gemäss den in Ziff. II.4.a)cc)/II.4.b)cc) hinten dargestellten Regeln vom Vertrag löst, auch wenn die säumige Partei an der Verzögerung ihrer eigenen Leistung kein Verschulden trifft[22].

4. Verzugsfolgen

a) Verzug des Verkäufers

Wenn der Verkäufer in Verzug gerät, hat der Käufer folgende Rechtsbehelfe:

aa) Durchsetzung des Erfüllungsanspruches, temporäre Verweigerung der eigenen Leistung und Forderung des Verzögerungsschadens

(1) Erfüllungsanspruch und Rückbehalt der eigenen Leistung

Der erfüllungsbereite Käufer kann auch nach Eintritt des Verzugs weiterhin die Leistung des säumigen Verkäufers fordern und auf Erfüllung, d.h. auf Übergabe des Kaufobjektes und Vornahme der übrigen vertraglich vereinbarten Erfüllungshandlungen klagen. Der Käufer kann in einem derartigen Fall gemäss Art. 184 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 82 OR die eigene Leistung bis zur Erfüllung durch den Verkäufer zurückhalten[23], muss aber erfüllungsbereit bleiben. Die dauernde Aufrechterhaltung der Erfüllungsbereitschaft bedingt, dass

21 VON TUHR/ESCHER, 141; BUCHER, Allg. Teil, 358 f.

22 WIEGAND, BSK, Vorbemerkungen zu OR 102-109, N 3.

23 TSCHÄNI, a.a.O., 151.

der Käufer den Kaufpreis bereithält bzw. die Finanzierung aufrechterhält. Da dies über einen längeren Zeitraum häufig nicht möglich ist oder zumindest die unternehmerische Bewegungsfreiheit des Käufers stark einschränkt, ist diese Alternative in der Praxis meist unattraktiv, wenn die Erfüllung über längere Zeit hinausgezogen wird[24]. Um dieses Problem zu vermeiden, kann der Käufer allerdings jederzeit auf das in Ziff. II.4.a)bb) dargestellte Verfahren umschwenken, dem Verkäufer eine Nachfrist ansetzen und bei unbenütztem Ablauf der Nachfrist vom Vertrag zurücktreten bzw. unter Aufrechterhaltung des Vertrages auf die Leistung des Verkäufers verzichten, was in beiden Fällen dazu führt, dass der Käufer die eigene Leistungsbereitschaft nicht mehr aufrechterhalten muss und nicht mehr die Erfüllung, sondern einen Schadenersatzanspruch verfolgt.

(2) Schadenersatz für Verzögerungsschaden

Zusätzlich zur Erfüllung kann der Käufer gegenüber dem säumigen Verkäufer gemäss Art. 103 OR Schadenersatzansprüche für den durch die zeitliche Verzögerung eingetretenen Schaden[25] geltend machen. Die Haftung für Schadenersatz setzt allerdings voraus, dass die Leistungsverspätung verschuldet ist, wobei jede Art des Verschuldens, d.h. auch leichtes Verschulden genügt und der Verkäufer gemäss Art. 101 OR für seine Erfüllungsgehilfen einzustehen hat[26]. Wie allgemein bei Vertragsverletzungen wird das Verschulden vermutet, d.h. der Verkäufer, der sich im Verzug befindet, kann die Schadenersatzpflicht nur abwenden, wenn er nachweist, dass ihn an der Leistungsverzögerung kein Verschulden trifft. Ein derartiger Nachweis kann nur gelingen, wenn der Verkäufer nachweist, dass unabwendbare äussere Schwierigkeiten (schwere Erkrankung oder höhere Gewalt) ihn an der Übertragung des Kaufgegenstandes gehindert haben[27]. Ungenügende Anstrengungen bei der Bereitstellung der Leistung oder Fehleinschätzung der Vorbereitungszeit für die Vertragserfüllung stellen dagegen Fälle des Verschuldens dar, da der Verkäufer bei der Vorbereitung seiner Leistung die objektiv erforderliche Sorgfalt aufzuwenden hat und letztlich eine dem Übernahmeverschulden entsprechende Situation vorliegt, wenn er einen Fälligkeitstermin verspricht, den er mit seinen eigenen Mitteln nicht einhalten kann. Ein Verschulden besteht ebenfalls, wenn der Verkäufer Aktien oder Aktiven verkaufte, die er im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht besass oder an dem Dritte dingliche Rechte haben, die eine Übertragung unmöglich machen. Wenn er das Risiko des Vertragsabschlusses bewusst in der Hoffnung eingeht, die Vertragssache zu beschaffen bzw. die Drittrechte auskaufen zu können und nachher feststellen muss, dass seine Einschätzung falsch war, so liegt wiederum eine dem Übernahmeverschulden entsprechende Situation vor. Hatte der Verkäufer keine Kenntnis von diesen Rechten, so liegt normalerweise ebenfalls ein Verschulden vor, da ein sorgfältiger Verkäufer die Eigentumsverhältnisse vor dem Verkauf abzuklären hat.

Der Verzugsschaden, den der Käufer geltend machen kann, entspricht der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Käufers und dem Vermögensstand, der eingetreten wäre, wenn der Verkäufer die vertraglich vereinbarten Erfüllungshandlungen am Fälligkeitstermin vorgenommen hätte[28]. Dabei können folgende Einzelpositionen geltend gemacht werden:

– *Entgangener Nutzen*

Der Verzögerungsschaden umfasst insbesondere den Nutzen, der dem Käufer dadurch entgeht, dass er das Kaufobjekt nicht fristgerecht erhält. Bei einem Asset Deal besteht dieser Nutzen primär im Cash Flow, der vom verkauften Unternehmen zwischen dem Fälligkeitstermin und der tatsächlichen Erbringung der geschuldeten Leistung erarbeitet wird, da diese Beträge bei einem Vollzug des Kaufes am Fälligkeitstermin an den Käufer geflossen wären. Bei einem Share Deal entspricht der entgangene Nutzen dagegen den Dividenden und weiteren Ausschüttungen, welche die Gesellschaft zwischen dem Fälligkeitstermin und der tatsächlichen Erfüllung des Vertrages ausgerichtet hat, da diese bei zeitlich richtiger Erfüllung dem Käufer zugeflossen wären. Der in diesem Zeitraum erarbeitete Cash Flow stellt dagegen keinen Schaden dar, da dieser Cash Flow bei der verkauften Gesellschaft verblieben ist und damit nach Übergabe der Aktien dem Käufer zufällt. Weiteren entgangenen Nutzen, wie zum Beispiel die verspätete Realisierung von Synergiegewinnen, geltend zu machen, ist dagegen erfahrungsgemäss äusserst schwierig, da die hypothetischen Kausalverläufe kaum je nachgewiesen werden können.

24 Die langfristige Verfolgung des Erfüllungsanspruches ist natürlich auch dann nicht attraktiv, wenn sich das Unternehmen während dieser Zeit verändert.

25 „Verzugsschaden".

26 Vgl. BGE 117 II 66 ff.

27 Vgl. WIEGAND, BSK, OR 103 N 3.

28 KELLER/SIEHR, a.a.O., 31; BGE 104 II 199.

– *Wertverminderung*

Grundsätzlich kann der Käufer auch einen Schadenersatz für die Wertverminderung, die zwischen dem Fälligkeitstermin und der tatsächlichen Erfüllung eingetreten ist, geltend machen[29]. Dieser Schadensposten kann allerdings nur geltend gemacht werden, wenn der Käufer nachweist, dass die Wertverminderung nicht eingetreten wäre, wenn der Kaufvertrag rechtzeitig erfüllt worden wäre[30]. Dies dürfte aber meist am mangelnden Nachweis des Kausalzusammenhanges scheitern. Es ist schon sehr schwierig nachzuweisen, dass der Käufer bestimmte schadensmindernde Handlungen vorgenommen hätte; es ist aber beinahe unmöglich, nachzuweisen, dass diese tatsächlich die Wertverminderung verhütet hätten.

– *Kosten und Auslagen*

Im Rahmen des Verzögerungsschadens kann der Käufer aber auch die Aufwendungen und Auslagen, die er wegen der Verzögerung hatte, geltend machen[31]. Zu dieser Schadensposition zählen beim Unternehmenskauf insbesondere Schadenersatzzahlungen, die der Käufer gegenüber Dritten machen musste, weil er diesen bereits Lieferungen des Unternehmens vertraglich zugesagt hat, oder auch Zahlungen an Finanzpartner, die aufgrund der Verzögerung gemacht werden müssen[32].

Bei der Berechnung des Schadenersatzes muss sich der Käufer allerdings die Vorteile, die sich für ihn aus der Verschiebung der Transaktion ergeben, anrechnen lassen. Ein derartiger Vorteil liegt insbesondere im Umstand, dass die Finanzierungskosten aufgrund der Verschiebung der Kaufpreiszahlung wesentlich später anfallen bzw. die für die Kaufpreiszahlung bereitgestellten Mittel zwischenzeitlich angelegt werden können.

29 KELLER/SIEHR, a.a.O., 32.

30 BECKER, BK OR 103, N 15.

31 Vgl. BGE 116 II 441 ff.; WIEGAND, BSK, OR 103 N 6.

32 Z.B. Bereitstellungskommission für die Kredite zur Finanzierung des Unternehmenskaufs.

(3) Haftung für Zufall

Zusätzlich zum Verzögerungsschaden haftet der säumige Verkäufer gemäss Art. 103 OR bei Verschulden auch für den Zufall, dass heisst für eine von seinen eigenen Handlungen unabhängige Zerstörung oder Verschlechterung des Kaufgegenstandes, die in der Zeit zwischen dem Eintritt des Verzuges und der tatsächlichen Leistung eintritt. Bei einem Asset Deal bezieht sich diese Haftung für den Zufall auf jedes einzelne Aktivum, das Gegenstand des Kaufvertrages ist. Brennt beispielsweise ein Fabrikgebäude ab, das Teil der verkauften Aktiven ist, so fällt dies unter Art. 103 OR. Beim Share Deal bilden dagegen nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes nur die Aktien, nicht aber das Unternehmen selbst das Objekt des Verkaufes[33]. Damit kann sich die Haftung für Zufall auch nur auf die Zerstörung oder Verschlechterung der Aktien selbst beziehen und nicht auf Zufälle, die Aktiven der Gesellschaft betreffen. Wie oben dargestellt, kann eine derartige Wertverminderung aber allenfalls im Rahmen des Verzögerungsschadens geltend gemacht werden.

Wie die Haftung für den Verzugsschaden setzt die Haftung für Zufall voraus, dass der Verkäufer die Verzögerung der Leistung verschuldet hat. Selbst bei verschuldeter Leistungsverzögerung kann der Verkäufer die Haftung für Zufall gemäss Art. 103 Abs. 2 OR aber abwenden, wenn er nachweist, dass der Zufall das Kaufobjekt auch bei rechtzeitiger Erfüllung in gleicher Weise getroffen hätte. Ist das oben erwähnte Fabrikgebäude wegen Blitzschlag abgebrannt, so dürfte dem Verkäufer dieser Beweis gelingen: Der Blitz wäre auch bei rechtzeitiger Übergabe des Kaufgegenstandes in gleicher Weise eingeschlagen und hätte die gleiche Wirkung hervorgerufen. Brach das Feuer jedoch aus, weil Chemikalien verwendet wurden, die der Käufer nachweislich nicht mehr verwendet hätte, so würde dieser Nachweis dagegen misslingen.

bb) Fristansetzung mit Wahlrecht

Als Alternative zum weiteren Beharren auf der Erfüllung des Vertrages durch den in Verzug befindlichen Verkäufer kann der Käufer auch gemäss Art. 107 ff. OR vorgehen, was letztendlich dazu führt, dass der Kauf nicht mehr vollzogen

33 BGE 107 II 422.

wird und der Käufer Schadenersatz geltend machen kann, sofern den Verkäufer ein Verschulden am Verzug trifft.

Als erster Schritt hat der Käufer dem Verkäufer gemäss Art. 107 Abs. 1 OR eine „angemessene" Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Die Nachfrist muss in dem Sinne „angemessen" sein, dass sie dem Verkäufer die Möglichkeit geben muss, unter Berücksichtigung der Komplexität des Verkaufsobjektes die Vollzugshandlung vorzubereiten[34]. Es ist allerdings nicht nötig, dem Verkäufer die Zeit einzuräumen, die notwendig wäre, um alle beim Käufer aufgetretenen Probleme, die eine zeitgerechte Erfüllung verhindern, auszuräumen[35]. Massgebend ist vielmehr die Zeit, die ein durchschnittlicher Verkäufer bei üblicher Sorgfalt und unter Ausnützung der üblichen technischen Hilfsmittel benötigt, um die Erbringung seiner Leistung vorzubereiten[36]. In diesem Sinne dürfte im Allgemeinen eine Nachfrist von 7-10 Arbeitstagen genügen. Sofern später ein Richter zur Einsicht gelangt, dass die vom Käufer angesetzte Nachfrist nicht angemessen war, führt dies nicht dazu, dass die Fristansetzung ungültig und ein aufgrund des Fristablaufs ausgeübtes Wahlrecht keine Wirkung hatte, sondern nur dazu, dass die Frist auf das nach Ansicht des Gerichtes angemessene Mass verlängert wird[37]. Somit kann sich der Verkäufer nur dann auf die Unangemessenheit der Frist berufen, wenn er tatsächlich in dieser längeren angemessenen Frist die Erfüllungshandlungen vornimmt bzw. die Erfüllung angeboten hat, wobei der Verkäufer nach der bundesgerichtlichen Praxis aber nur dann während der längeren „angemessenen" Nachfrist erfüllen darf, wenn er sich vorher gegen die zu kurze vom Käufer angesetzte Nachfrist ausdrücklich verwahrt hat[38].

Um Unsicherheiten bei der Festsetzung der Nachfrist zu vermeiden, ist es gemäss Art. 107 Abs. 1 OR theoretisch möglich, diese durch die kantonal zuständige Behörde[39] festsetzen zu lassen[40]. Ein derartiges Verfahren führt zwar zu Rechtssicherheit bezüglich der angemessenen Nachfrist, dauert aber länger, als

34 Vgl. BGE 103 II 106; BJM 1985, 200; SJZ 1985, 341; VON TUHR/ESCHER, 149.

35 Letztlich gehört es zur Sorgfaltspflicht des Verkäufers, die Vertragserfüllung auf den ursprünglich vereinbarten Fälligkeitstermin vorzubereiten und damit grundsätzliche Probleme bereits bis zu diesem Zeitpunkt zu beseitigen.

36 Vgl. WIEGAND, BSK, OR 107 N 9.

37 Vgl. BGE 91 II 351; VON TUHR/ESCHER, 150; BECKER, BK, OR 107 N 23.

38 BGE 116 II 440; VON TUHR/ESCHER, 150.

39 In Zürich handelt es sich dabei gemäss Art. 219 ZPO um den Einzelrichter.

40 Vgl. WIEGAND, BSK, OR 107 N 8.

jede vernünftige Nachfrist beim Unternehmenskauf dauern könnte, weshalb dieses Verfahren in der Praxis auch äusserst selten in Anspruch genommen wird.

Gemäss Art. 108 OR ist die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung unter folgenden Bedingungen nicht erforderlich:

– *Aus dem Verhalten des Schuldners geht hervor, dass die Nachfristansetzung unnütz wäre*[41].

Diese Voraussetzung wird beispielsweise erfüllt, wenn sich der Verkäufer ausdrücklich weigert, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen, da bei dieser Situation davon auszugehen ist, dass auch eine Nachfristansetzung die Haltung des Verkäufers nicht ändert[42]. Sie wird aber auch erfüllt, wenn es aufgrund der Umstände aussichtslos ist, dass der Verkäufer innerhalb der Nachfrist den Vertragsgegenstand übertragen kann[43], weil ein Dritter einen Teil des Kaufsgegenstandes kontrolliert und ausdrücklich erklärt, dass er seine Rechte nicht aufgeben wird, oder wenn der Verkäufer selbst den Vorschlag macht, den Vertrag aufzulösen, da er selbst von der Aussichtslosigkeit weiterer Erfüllungsbemühungen überzeugt ist.

– *Die Leistung ist für den Käufer durch den Verzug nutzlos geworden*[44].

Diese Ausnahme, die vor allem dann Anwendung findet, wenn unter einem Kaufvertrag Waren geliefert werden, die am Fälligkeitstermin für einen bestimmte Zweck gebraucht werden[45], wird beim Unternehmenskauf meist nicht greifen. Es sind kaum Situationen vorstellbar, bei denen der Erwerb eines Unternehmens nach Ablauf des Fälligkeitstermins nutzlos wird, da der Erwerber eines Unternehmens normalerweise eine längerfristige Optik hat und das Unternehmen typischerweise während einer längeren Zeit besitzen wird.

41 Art. 108 Ziff. 1 OR.

42 BGE 116 II 441; BGE 115 II 479; BGE 79 II 465.

43 Vgl. BGE 97 II 304.

44 Art. 108 Ziff. 2 OR.

45 Vgl. VON TUHR/ESCHER, 150 f.

– *Aus dem Vertrag ergibt sich die Absicht der Parteien, dass die Leistung genau an einem bestimmten Termin erfolgen muss*[46].

Ein derartiges Fixgeschäft[47] liegt beim Unternehmenskauf äusserst selten vor, da die Auslegung des Vertrages normalerweise ergibt, dass der Fälligkeitstermin zwar der Termin ist, an dem die Leistung erfolgen soll, der Käufer aber kaum zum Ausdruck bringt, dass ein Vollzug nur an diesem Tag möglich ist[48]. Eine Ausnahme kann sich allenfalls aus der Finanzierung der Transaktion ergeben, wenn diese nur bis zu einem bestimmten Tag bereitgestellt werden kann[49] und dies der Käufer gegenüber dem Verkäufer auch im Vertrag zum Ausdruck gebracht hat.

Art. 190 Abs. 1 OR, der für den „kaufmännischen Verkehr" vorsieht, dass der Käufer bei Verzug des Verkäufers keine Nachfrist ansetzen muss und auch die Vermutung aufstellt, dass der Käufer auf die Lieferung verzichtet und das positive Interesse geltend macht, wenn vertraglich ein bestimmter Fälligkeitstermin vereinbart worden ist, greift beim Unternehmenskauf normalerweise nicht, da „kaufmännischer Verkehr" im Sinne von Art. 190 Abs. 1 OR nur vorliegt, wenn der Käufer Waren zum Weiterverkauf erwirbt[50]. Somit würde diese Bestimmung nur greifen, wenn ein Unternehmen zum Zweck der sofortigen Weiterveräusserung[51] gekauft wird und dies auch dem Verkäufer bekannt war.

Läuft die Nachfrist unbenutzt ab oder ist keine Nachfrist notwendig, so hat der Käufer gemäss Art. 107 Abs. 2 OR das Recht, gemäss Art. 109 OR vom Vertrag zurückzutreten und bei Verschulden des Verkäufers Schadenersatz in Höhe des negativen Interesses zu verlangen oder aber am Vertrag festzuhalten, auf die Leistung des Verkäufers zu verzichten und bei Verschulden des Verkäufers Schadenersatz in Höhe des positiven Interesses zu fordern[52]. Wählt der Käufer eine dieser Lösungen, so muss er dem Verkäufer gemäss Art. 107 Abs. 2 OR

46 Art. 108 Ziff. 3 OR.

47 Zum Fixgeschäft im Allgemeinen WIEGAND, BSK, OR 108 N 5 ff.

48 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 153.

49 Eine derartige Situation kann sich beispielsweise dann ergeben, wenn die Finanzierungsverpflichtung eines Fremdkapitalgebers an einem bestimmten Termin dahinfällt.

50 KOLLER, BSK, OR 190 N 7 ff.; BGE 65 II 173.

51 Back-to-Back-Transaktion.

52 Vgl. zu diesem Wahlrecht im Allgemeinen WIEGAND, BSK, OR 107 N 14 ff.

„unverzüglich" nach Ablauf der Nachfrist eine entsprechende Mitteilung[53] machen. Der Begriff „unverzüglich" ist dahingehend auszulegen, dass der Käufer die entsprechende Erklärung innert der Zeitspanne abgibt, die in Anbetracht der gegebenen Umstände notwendig ist, um festzustellen, dass die Frist tatsächlich unbenutzt abgelaufen ist, und um die Wahlerklärung zu formulieren bzw. die Konsequenz der Wahl abzuwägen[54]. Dies führt zur Erkenntnis, dass in Anbetracht der Komplexität eines Unternehmenskaufs eine Erklärung, die innert ungefähr 2-3 Arbeitstagen abgegeben wird, noch als „unverzüglich" gelten muss. Ist das Wahlrecht durch eine entsprechende Erklärung ausgeübt worden, so kann der Verkäufer diese nicht mehr einseitig widerrufen und wieder Erfüllung fordern[55]. Selbstverständlich können sich aber Käufer und Verkäufer auch nach einer derartigen Wahlerklärung des Käufers gemeinsam auf die nachträgliche Erfüllung einigen; letztlich schliessen sie damit aber einen neuen Vertrag über die ursprüngliche Leistung ab.

Das oben dargestellte Wahlrecht des Käufers ist vom Verschulden des Verkäufers unabhängig; das Verschulden ist allein Voraussetzung der Schadenersatzansprüche, die der Käufer nach Ausübung des Wahlrechtes stellen kann. Daher ist es dem Käufer möglich, bei ergebnislosem Ablauf der Nachfrist auf die Leistung des Verkäufers zu verzichten, selbst wenn dieser die Leistungsverzögerung nicht verschuldet hat[56].

Zusätzlich zum oben dargestellten Wahlrecht hat der Käufer aber auch das Recht, nach Ablauf der Nachfrist weiterhin die Leistung zu verlangen und, wie oben in Ziff. II.4.a)aa) dargestellt, vorzugehen. Wird die Wahlerklärung nicht „unverzüglich" abgegeben oder fordert der Käufer nach Ablauf der Nachfrist bewusst weiterhin die Leistung, so verwirkt der Käufer das Wahlrecht nur hinsichtlich der betreffenden Fristansetzung. Der Käufer hat aber in diesem Fall weiterhin das Recht, eine neue Nachfrist anzusetzen, worauf das Wahlrecht nach ungenütztem Ablauf dieser Frist wieder auflebt[57]. Damit erleidet der Käufer

53 Das Wahlrecht kann formlos ausgeübt werden, sofern der Vertrag nicht eine bestimmte Form der Kommunikation zwischen den Parteien vorsieht; aus Beweisgründen empfiehlt sich aber in jedem Fall eine schriftliche Mitteilung.

54 Vgl. BGE 116 II 36 ff.; BGE 69 II 245.

55 WIEGAND, BSK, OR 107 N 14.

56 WIEGAND, BSK, Vorbemerkungen zu OR 102-109, N 3.

57 Vgl. BGE 86 II 235; BGE 76 II 304.

keinen bleibenden Nachteil, wenn er sich nach Ablauf der ersten Nachfrist vom Verkäufer dazu verleiten lässt, noch einmal auf die Erfüllung zu warten.

Übt der Käufer das oben dargestellte Wahlrecht aus, so hat dies für die Beteiligten im Einzelnen folgende Konsequenzen:

cc) Rücktritt vom Vertrag, Forderung des negativen Interesses

Will der Käufer dieses Vorgehen wählen, so empfiehlt es sich, in der Wahlerklärung nicht nur den technischen Ausdruck „Rücktritt" zu erwähnen, sondern auch klar darauf hinzuweisen, dass er das negative Interesse fordert, wobei es meist ratsam ist, direkt auf die massgebliche Gesetzesbestimmung (Art. 109 OR) Bezug zu nehmen. Die richtige Formulierung der Rücktrittserklärung ist wesentlich, da in der Praxis unglücklicherweise sehr häufig nicht mit der notwendigen Schärfe zwischen dem Rücktritt und dem Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf die Leistung des Verkäufers unterschieden wird, was dann in einem späteren Gerichtsverfahren zu schwierigen Auslegungsfragen führt[58].

Der Rücktritt des Käufers führt entgegen der vordergründigen Interpretation des Wortlautes von Art. 109 OR nicht dazu, dass der Vertrag dahinfällt; der Vertrag wird vielmehr in ein Abwicklungsverhältnis überführt, bei dem beide Parteien ihre bisherigen Leistungen, wie beispielsweise Anzahlungen oder andere Teilleistungen, nach vertragsrechtlichen Modalitäten zurückfordern können, die noch ausstehenden Leistungen aber nicht mehr erbringen müssen[59]. Der Käufer kann nach dem Rücktritt gemäss Art. 109 Abs. 2 OR als Schadenersatz das negative Interesse fordern, sofern der Käufer den Verzug verschuldet hat[60]. Das negative Interesse entspricht der Vermögensdifferenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Käufers nach der Rückabwicklung des Vertrages und dem hypothetischen Vermögensstand, der eingetreten wäre, wenn nie über einen Vertrag verhandelt und auch nie ein Vertrag abgeschlossen worden wäre[61]. Somit kann der Käufer insbesondere folgende Schadensposten geltend machen:

58 Vgl. dazu WIEGAND, BSK, OR 107 N 15.

59 Vgl. BGE 114 II 152 ff.

60 Dieses Verschulden wird gemäss Art. 109 Abs. 2 OR vermutet. Zum Verschulden am Verzug vgl. Ziff. II.3.

61 BGE 90 II 294; WIEGAND, BSK, OR 109 N 8.

- Externe Kosten[62], die im Zusammenhang mit der Due Diligence, der Vertragsverhandlung und der Vorbereitung des Vertragsvollzuges angefallen sind[63].

- Externe Kosten, die der Käufer eingegangen ist, um die Kaufpreiszahlung zu leisten bzw. seinen übrigen Leistungspflichten aus dem Vertrag nachzukommen[64]. Damit können insbesondere die Kosten geltend gemacht werden, die aufgrund der Finanzierung des Kaufpreises angefallen sind[65] sowie auch die Kosten, die mit der Auflösung der Finanzierung verbunden sind[66].

- Externe Kosten, die bei der Vorbereitung der eigenen Struktur und Organisation im Hinblick auf die Übernahme angefallen sind. In diesem Sinne können die Kosten zur Erstellung einer Übernahmestruktur[67] sowie die Kosten der Integrationsvorbereitung geltend gemacht werden.

Interne Kosten, d.h. Arbeitsaufwand des Käufers selber bzw. seiner Angestellten[68] können nur insoweit geltend gemacht werden, als die betreffenden Kapazitäten ohne die Transaktion nicht hätten bezahlt werden müssen oder wenn sie für andere gewinnbringende Zwecke hätten verwendet werden können[69]. Beide Voraussetzungen sind in einem Verfahren äusserst schwierig zu beweisen, so dass interne Kosten unter dem Titel des negativen Interesses selten geltend gemacht werden können.

62 Externe Kosten stellen Aufwand dar, der direkt zu einem Geldabfluss bei einem Unternehmen führt (insbesondere Zahlungen für Dienstleistungen von Beratern und sonstigen Dritten) und stehen im Gegensatz zum internen Aufwand, bei denen der Käufer eigene bereits bestehende Ressourcen nutzt (z.B. Arbeitsaufwand).

63 Vgl. BUCHER, Allg. Teil, 342; WIEGAND, recht 1984, 15.

64 Vgl. WIEGAND, recht 1984, 15.

65 Commitment fees etc. der Kreditgeber.

66 Walk-away fees, Vorfälligkeitsentschädigungen etc.

67 Gründung Akquisitionsgesellschaft etc.

68 D.h. Nutzung beim Käufer vorhandener Ressourcen, durch die kein Zusatzaufwand entsteht.

69 Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so fehlt es am Kausalzusammenhang zwischen dem Vertragsabschluss und dem Aufwand, da die Kosten zur Aufrechterhaltung der betreffenden Kapazitäten (insbesondere Lohnzahlungen) unabhängig von der Tatsache des Vertragsabschlusses angefallen sind.

Theoretisch kann der Käufer ebenfalls unter dem Titel des negativen Interesses den Opportunitätsschaden geltend machen, der dadurch entstanden ist, dass er während der Verhandlung des Vertrages sowie der Vorbereitung des Vollzuges nicht andere gewinnbringende Transaktionen durchgeführt hat[70]. Derartige Schadenersatzpositionen scheitern aber erfahrungsgemäss immer am Nachweis der Kausalität, da der Käufer beim Unternehmenskauf – anders als beispielsweise der Vermieter von Hotelzimmern, dem wegen eines durch Rücktritt dahingefallenen Vertrages ein Vermietungsgeschäft mit Dritten entgangen ist – kaum je mit genügender Sicherheit nachweisen kann, dass er tatsächlich ein anderes gewinnbringendes Geschäft hätte abschliessen können, wenn er nicht mit dem Verkäufer einen Vertrag abgeschlossen hätte.

Im Rahmen des negativen Interesses können die Vorteile, die beim Kauf für den Käufer eingetreten wären, nicht als Schadenspositionen geltend gemacht werden, da der Zweck des negativen Interesses darin besteht, den Käufer so zu stellen, wie wenn er nie einen Vertrag abgeschlossen hätte. Will der Käufer diese Vorteile als Schadenspositionen geltend machen, so muss er den unten dargestellten Weg wählen, d.h. am Vertrag festhalten und das positive Interesse geltend machen. In diesem Fall können aber die oben dargestellten Schadensposten nicht geltend gemacht werden, da diese bei richtiger Erfüllung des Vertrages ebenfalls angefallen wären.

dd) Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf Übertragung des Kaufgegenstandes, Forderung des positiven Interesses

Will der Käufer diese Möglichkeit wählen, so gelten bezüglich Formulierung der Wahlerklärung und Sicherstellung der Beweisbarkeit die oben beim Rücktritt dargestellten Grundsätze; der Käufer muss in diesem Fall insbesondere festhalten, dass er zwar auf die Leistung verzichtet, aber am Vertrag festhält und das positive Interesse verlangt, wobei es sich empfiehlt, diesen Ausdruck bzw. den Ausdruck „Erfüllungsinteresse" ausdrücklich zu erwähnen. Ohne klare Formulierung kann es wegen des häufig unpräzisen Sprachgebrauchs zu langwierigen und unerfreulichen Auseinandersetzungen über den Inhalt der entsprechenden Wahlerklärung kommen, da ein Schuldner, der erkennt, dass das positive Interesse grösser ist als das negative, im Prozess häufig den Standpunkt einnimmt,

70 VON TUHR/ESCHER, 156 f.; BUCHER, Allg. Teil, 343.

dass er die Wahlerklärung des Gläubigers nach dem Vertrauensprinzip als Rücktritt vom Vertrag verstehen durfte[71].

Wählt der Käufer diese Alternative, fällt die Leistungspflicht des Verkäufers mit Abgabe der entsprechenden Erklärung dahin und wird in die Pflicht, dem Käufer das positive Interesse (Erfüllungsinteresse) zu ersetzen, umgewandelt[72]. Das positive Interesse entspricht der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Käufers nach der Nichterfüllung und dem hypothetischen Vermögensstand, der bei richtiger und vollständiger Erfüllung des Vertrages eingetreten wäre[73]. Da bei dieser Differenz berücksichtigt werden muss, dass der Käufer bei Erfüllung des Vertrages durch die Zahlung des Kaufpreises einen Vermögensabgang erlitten hätte, kann der Käufer bei dieser Variante letztlich die Differenz zwischen den vermögensmässigen Vorteilen, die er bei Erfüllung des Kaufvertrages gehabt hätte, und dem Kaufpreis geltend machen.

Das positive Interesse setzt sich in theoretischer Sicht aus dem Wert des Unternehmens einerseits und dem Wert der übrigen vermögensmässigen Vorteile (insbesondere Synergieeffekte), die der Käufer beim Vollzug des Kaufs hat, zusammen. In der Praxis ist es aber äusserst schwierig nachzuweisen, dass diese Positionen den Kaufpreis übersteigen[74]. Die Gerichte tendieren zur Annahme, dass der Unternehmenswert dem Kaufpreis entspricht, da bei Verhandlungen zwischen unabhängigen Parteien der Kaufpreis an und für sich dem realistisch erreichbaren Verkehrswert des Unternehmens entspricht; würde eine einfache Möglichkeit existieren, um einen höheren Preis zu erhalten, so hätte der Verkäufer diese aller Wahrscheinlichkeit nach selber wahrgenommen. Theoretische Berechnungen eines höheren Unternehmenswertes können gegen diese Logik selten Platz greifen. Nur wenn mit einer Offerte eines Dritten nachgewiesen werden kann, dass der Käufer das Unternehmen tatsächlich unmittelbar nachher teurer an einen Dritten hätte verkaufen können oder wenn der Verkäufer selbst das Unternehmen zwischenzeitlich einem Dritten teurer verkauft hat, kann bezüglich des Unternehmenswertes ein rechtsgenüglicher Beweis erbracht werden. Das Gleiche gilt natürlich auch, wenn sich der Kaufvertrag auf kotierte Aktien bezieht, die später zu einem höheren Kurs an der Börse verkauft werden können.

71 Vgl. zu derartigen Streitigkeiten: VON TUHR/ESCHER, 154; BGE 76 II 306; BGE 69 II 254.

72 Vgl. BGE 120 II 296 ff.; BGE 116 II 443 f.; BUCHER, Allg. Teil, 379.

73 Vgl. BGE 120 II 296 ff.; WIEGAND, BSK, OR 107 N 17.

74 TSCHÄNI, a.a.O., 155.

Ebenfalls eher theoretischer Natur ist die Möglichkeit, Synergien und weitere Vorteile geltend zu machen, da in diesem Bereich meist ein komplizierter hypothetischer Kausalzusammenhang nachgewiesen werden muss, was kaum je in rechtsgenüglicher Form gelingt.

Die in Art. 191 OR vorgesehenen Erleichterungen in der Berechnung des positiven Interesses kommen beim Unternehmenskauf nicht zum Tragen, da diese auf den „kaufmännischen Verkehr" im Sinne von Art. 191 OR, d.h. den Kauf zum Zweck des sofortigen Weiterverkaufs beschränkt sind[75]. Selbst wenn der Käufer die Absicht hatte, das Unternehmen in diesem Sinne sofort weiterzuverkaufen, kann diese Bestimmung aber nicht Platz greifen, da ein „Ersatzkauf" bei einem Unternehmen nicht möglich ist[76]. Nur wenn im Sinne eines Share Deals Minderheitsbeteiligungen gekauft werden, die weiterverkauft werden sollen, kann Art. 191 OR zur Anwendung kommen, wenn die betreffende Minderheitsbeteiligung am Markt gekauft werden kann bzw. einen Marktpreis hat.

b) Verzug des Käufers

Beim Verzug des Käufers gelten grundsätzlich die gleichen Regeln wie beim oben dargestellten Verzug des Verkäufers, weshalb in weiten Teilen auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Im Folgenden werden daher vor allem die Unterscheide zwischen der Position des Verkäufers und des Käufers beim Verzug der jeweiligen Gegenpartei dargestellt.

aa) Durchsetzung des Erfüllungsanspruches, temporäre Verweigerung der eigenen Leistung

Der Verkäufer kann beim Verzug des Käufers auf der Erfüllung beharren und seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises durch eine Leistungsklage durchsetzen. Wenn die Zahlung nicht am Fälligkeitstermin erfolgt ist, kann der Käufer aufgrund von Art. 82 OR aber seine eigene Leistung, d.h. die Übertragung des Kaufobjektes bis zur Zahlung des Kaufpreises zurückhalten[77].

75 Vgl. zum Begriff des kaufmännischen Verkehrs vorne, Ziff. II.4.a)bb).

76 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 155.

77 TSCHÄNI, a.a.O., 151.

Zusätzlich zur Erfüllung kann der Verkäufer gemäss Art. 104 OR unabhängig vom Verschulden[78] des Verkäufers Verzugszinsen verlangen. Der Verzugszins beläuft sich dabei unabhängig von den im Verzugszeitpunkt geltenden Zinssätzen[79] auf 5 % p.a., sofern nicht der Vertrag eine höhere Verzinsung vorsieht[80]. Sofern es sich bei Käufer und Verkäufer um „Kaufleute", d.h. professionelle Wirtschaftssubjekte handelt, kann ein allenfalls höherer Bankdiskontsatz in Rechnung gestellt werden[81].

Übersteigt der Schaden, den der Verkäufer aufgrund der Zahlungsverzögerung erleidet, den Verzugszins, kann er gemäss Art. 106 OR bei Verschulden des Käufers[82] Schadenersatzansprüche für diesen zusätzlichen Schaden stellen. In diesem Sinne können insbesondere folgende Positionen geltend gemacht werden:

- *Fremdfinanzierungskosten*

Wenn der Verkäufer die Kaufpreiszahlung zur Rückzahlung von Schulden verwendet hätte, so kann die Differenz zwischen dem Verzugszins und dem entsprechenden Fremdkapitalzins geltend gemacht werden[83].

- *Hypothetische Zinserträge aus der Anlage des Kaufpreises*

Wird der Kaufpreis nicht zur Rückzahlung von Schulden verwendet, sondern wird dieser vom Käufer angelegt, so kann der Verkäufer die Differenz zwischen dem hypothetischen Anlageertrag und dem Verzugszins als Verzögerungsschaden geltend machen. Wenn der Verkäufer nicht bloss geltend macht, dass er die normalen Möglichkeiten des Geldmarktes genutzt hätte, um sein Geld an-

78 KELLER/SIEHR, 40; der Grund dafür, dass Verzugszinsen auch ohne Verschulden bezahlt werden müssen, liegt letztlich darin, dass der Verkäufer während der Zeit zwischen Fälligkeitstermin und Zahlung des Kaufpreises die entsprechenden Mittel selbst nutzen kann und er deshalb einen Vorteil hat, der von der Frage des Verschuldens völlig unabhängig ist.

79 Vgl. WIEGAND, BSK, OR 104 N 4.

80 Vgl. BGE 105 II 233.

81 Vgl. BGE 116 II 140; der Bankdiskontsatz ist der Satz, zu dem erstklassige Wechsel bei Banken diskontiert werden können. Nachdem das Wechseldiskontgeschäft allerdings nicht mehr in grossem Umfang praktiziert wird, kann es zum Teil schwierig sein, einen derartigen Zinssatz verlässlich festzustellen.

82 Wiederum gilt gemäss Art. 106 Abs. 1 OR, dass der Käufer nachweisen muss, dass ihn kein Verschulden trifft.

83 Vgl. WIEGAND, BSK, OR 106 N 2 mit weiteren Verweisen.

zulegen[84], sondern in Finanzanlagen investiert hätte, die im konkreten Fall mehr Erträge gebracht hätten, so muss der Verkäufer aufgrund seines übrigen Anlageverhaltens nachweisen, dass er tatsächlich eine derartig gewinnbringende Anlage gemacht hätte.

– *Schaden, der durch Liquiditätsmangel entsteht*

Wenn der Verkäufer den Liquiditätszufluss aus dem Unternehmensverkauf zur Deckung von fälligen Verpflichtungen eingesetzt hätte, so kann die verspätete Kaufpreiszahlung dazu führen, dass der Verkäufer selbst bezüglich der entsprechenden Verpflichtungen in Verzug gerät und schadenersatzpflichtig wird oder andere Nachteile erleidet[85].

– *Kosten zur Aufrechterhaltung des Kaufgegenstandes*

Unter diesem Titel kann der Verkäufer die Kosten geltend machen, die aufgrund von Unterhaltskosten (einschliesslich notwendiger Ersatzinvestitionen) anfallen, die er während der Zeit des Verzugs tragen muss.

Gegenüber dem Schaden muss sich der Verkäufer allerdings auch die Vorteile anrechnen lassen, die aus der Verzögerung des Verkaufs entstehen. So hat er insbesondere beim Asset Deal den Cash Flow abzuziehen, den er zwischen dem Fälligkeitstermin und dem tatsächlichen Vollzug des Kaufvertrages vom Unternehmen erhält, während er beim Share Deal Dividenden und andere Ausschüttungen, die in diesem Zeitraum anfallen, vom Schaden abziehen muss.

Wenn der Verkäufer auf der Durchsetzung seines Kaufpreisanspruches beharrt, so muss er selbst erfüllungsbereit bleiben. Während dies, wie vorne in Ziff. II.4.a)aa) dargestellt, für den Käufer in der analogen Situation zur Folge hat, dass er die Kosten für die Bereitstellung der Finanzierung weiterhin trägt, verursacht die Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft für den Verkäufer meist weniger direkte Kosten[86]. Die Aufrechterhaltung der eigenen Leistungsbereitschaft hat aber zur Folge, dass der Verkäufer das Unternehmen nicht an einen Dritten verkaufen kann. Sollte der Verkäufer zum Schluss kommen, dass

84 Was zurzeit allerdings deutlich weniger einbringt als der Verzugszins.

85 Vgl. WIEGAND, BSK, OR 106 N 2 mit weiteren Verweisen.

86 Derartige Kosten können allerdings für den Verkäufer anfallen, wenn er Investitionen vornehmen muss, die nicht durch den Cash Flow des Unternehmens selbst gedeckt werden.

es ökonomisch nicht sinnvoll ist, den Erfüllungsanspruch in einem langen Gerichtsverfahren durchzusetzen und ein Verkauf an einen Dritten schneller zum Ziel führt, so kann er aber jederzeit eine Nachfrist ansetzen und gemäss Ziff. II.4.b)bb) unten vorgehen, selbst wenn er vorher auf der Erfüllung beharrt hat.

bb) Wahlrecht des Verkäufers

Auch beim Verzug des Käufers gilt grundsätzlich die Regelung von Art. 107 ff. OR, was dem Verkäufer prinzipiell die gleichen Rechte gibt wie dem Käufer im Verzugsfalle des Verkäufers[87]. Art. 214 OR modifiziert die Rechte des Verkäufers beim Verzug des Käufers jedoch in folgender Weise:

– *Wahlrecht ohne Nachfristansetzung*

Gemäss Art. 214 Abs. 1 OR hat der Verkäufer das Recht, beim Verzug des Käufers ohne Ansetzung einer Nachfrist vom Vertrag zurückzutreten, falls die verkaufte Sache gegen Vorauszahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben ist. Der vom Gesetz verwendete Ausdruck „zurückzutreten" ist nicht als Verweis auf Art. 109 OR bzw. eine Einschränkung des Wahlrechtes allein auf den Rücktritt nach Art. 107 OR zu verstehen. Nach herrschender Lehre hat der Verkäufer die gleichen Wahlrechte wie der Käufer beim Verzug des Verkäufers; der Verkäufer kann entweder am Vertrag festhalten und das positive Interesse geltend machen oder aber vom Vertrag zurücktreten und das negative Interesse geltend machen[88]. Der Verkäufer hat dieses Wahlrecht allerdings gemäss Art. 214 Abs. 2 OR „sofort", nachdem der Käufer in Verzug geraten ist, auszuüben. Dabei wird letztlich die gleiche Zeitspanne erfasst wie bei der Ausübung des Wahlrechtes nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist im Sinne von Art. 107 OR, d.h. ein Zeitraum von 2-3 Arbeitstagen[89]. Übt der Verkäufer sein Wahlrecht nicht innert dieser Frist aus, so hat er sein Wahlrecht zwar in Bezug auf den betreffenden Zeitraum verwirkt. Er kann aber immer noch gemäss Art. 107 OR vorgehen, eine

87 Vgl. dazu vorne, Ziff. II.4.a).

88 KELLER/SIEHR, 41; GIGER, BK, OR 214 N 42; KOLLER, BSK, OR 214 N 2 ff. mit weiteren Verweisen.

89 Vgl. dazu Ziff. II.4.a)bb) vorne; vgl. allerdings 96 II 50; 6 Tage nach Vollzugseintritt war noch rechtzeitig.

angemessene Nachfrist ansetzen und nach unbenütztem Ablauf dieser Nachfrist wiederum sein Wahlrecht geltend machen.

Die Möglichkeit des Verkäufers, auch ohne Nachfristansetzung sofort zurückzutreten, ist bei Unternehmenskäufen meist nicht sachgerecht, da gerade bei der Überweisung grösserer Beträge manchmal technisch bedingte Zahlungsverspätungen auftreten können, bei denen die Auflösung des Vertrages als unangemessen harte Sanktion erscheint.

– *Kein Wahlrecht bei Vorleistungen des Verkäufers*

Wird der Verkauf nicht Zug um Zug abgewickelt, sondern hat der Verkäufer eine Vorleistung erbracht und das Kaufobjekt bereits übertragen, so hat der Verkäufer gemäss Art. 214 Abs. 1 OR beim späteren Verzug des Käufers keine Möglichkeit mehr, seine Leistung zurückzunehmen, indem er ein Wahlrecht nach Art. 107 OR ausübt; sofern der Verkäufer sich im Vertrag nicht ausdrücklich ein Recht auf Rücktritt bzw. Verzicht auf Leistung ausbedungen hat, kann er nur noch auf Erfüllung klagen.

Im Einzelnen führt die Ausübung des Wahlrechts durch den Käufer zu folgenden Konsequenzen:

cc) Rücktritt vom Vertrag; Forderung des negativen Interesses

Der Rücktritt vom Vertrag hat die gleichen Folgen wie vorne beim Käufer beschrieben[90]; Käufer und Verkäufer müssen allfällige Vorleistungen, wie Anzahlungen oder andere Teilerfüllungen, zurückerstatten und müssen die noch ausstehenden Leistungen nicht mehr erbringen, was dazu führt, dass der Verkäufer insbesondere das Kaufobjekt nicht mehr übertragen muss.

Sofern der Käufer den Verzug verschuldet[91] hat, hat der Verkäufer die Möglichkeit, das negative Interesse[92] geltend zu machen. Damit kann er die vorne in Ziff. II.4.a)cc) dargestellten Schadenspositionen geltend machen. Auch für den Verkäufer gilt, dass es sehr schwierig ist, einen Opportunitätsschaden geltend zu

90 Vgl. Ziff. II.4.a)cc) vorne.

91 Zum Begriff des Verschuldens vgl. vorne, Ziff. II.3.

92 Zur Definition des negativen Interesses Ziff. II.4.a)cc) vorne.

machen, der eingetreten ist, weil aufgrund des Vertragsabschlusses mit dem Käufer andere günstige Gelegenheiten für Transaktionen nicht wahrgenommen worden sind, da es meist nicht gelingt, den betreffenden hypothetischen Kausalzusammenhang in rechtsgenüglicher Weise nachzuweisen. Wenn ein Verkäufer vor dem Verkauf an den Käufer mit verschiedenen Parteien verhandelt hat und mehrere Angebote für den Kauf des Unternehmens hatte, kann der Verkäufer aber mit Erfolg geltend machen, dass er ein derartiges Angebot hätte annehmen können, wenn er nicht den Vertrag mit dem Käufer abgeschlossen hätte.

dd) Festhalten am Vertrag, Verzicht auf Leistungen und Forderung des positiven Interesses

Wenn der Verkäufer diesen Weg wählt, so wird er selbst bezüglich seiner Leistung frei[93] und kann – sofern der Käufer die Leistungsverzögerung verschuldet hat[94] – das positive Interesse[95] geltend machen. Dieses entspricht der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Verkäufers und dem hypothetischen Vermögensstand, der eingetreten wäre, wenn der Kaufvertrag vollzogen worden wäre und der Käufer den Kaufpreis bezahlt hätte. Letztlich kann der Verkäufer damit einen Schaden geltend machen, wenn er nachweisen kann, dass das Unternehmen weniger wert ist als der Kaufpreis, der bei Erfüllung des Kaufvertrages bezahlt worden wäre. Dieser Nachweis kann am sichersten – und in der Praxis wohl ausschliesslich – dadurch erbracht werden, dass der Verkäufer im Rahmen eines sorgfältig durchgeführten Verkaufsprozesses das Unternehmen verkauft und die Differenz zwischen den beiden Verkaufspreisen als Schaden geltend macht[96].

93 Die „Differenztheorie", die dem erfüllungsbereiten Verkäufer erlaubt, die eigene Leistung nicht mehr zu erbringen, sondern nur noch ihren Wert in der Schadensberechnung einzusetzen, entspricht der herrschenden Lehre und Praxis: HONSELL, BT, 62 f.; GIGER, BK, OR 215 N 26; CAVIN, SPR, VII/1, 58; WIEGAND, BSK, OR 107 N 18.

94 Zum Verschulden vgl. vorne, Ziff. II.3.

95 Vgl. zum Begriff des positiven Interesse Ziff. II.4.a)dd) vorne.

96 Vgl. WIEGAND, BSK, OR 215 N 8 ff.

5. Vertragliche Regelung der Folgen verspäteter Leistung

Die obige Darstellung der gesetzlichen Verzugsfolgen zeigt, dass einzelne Bestimmungen auslegungsbedürftig sind, was für die beteiligten Parteien zu Rechtsunsicherheit führen kann und dass die gesetzlichen Bestimmungen beim Unternehmenskauf auch nicht immer zu einem sachgerechten Resultat führen. Überdies ist auch die Berechnung des Schadenersatzes häufig sehr schwierig, da sich weder das negative noch das positive Interesse einfach bestimmen lassen und die entsprechende Auseinandersetzungen daher häufig zu sehr aufwendigen und langen Verfahren führen. Daher empfiehlt es sich, in einem Unternehmenskaufvertrag folgende Punkte zu regeln:

– *Klare Festlegung des Fälligkeitstermins, Verzicht auf Mahnung*

Im Vertrag sollte nicht nur der Fälligkeitstermin der Leistungen bestimmt, sondern auch festgehalten werden, dass der Verzug ohne Mahnung eintritt, sofern eine der Parteien den Vertrag nicht erfüllt. Damit wird die Unsicherheit über den Zeitpunkt, in dem es zum Verzug kommt, ausgeräumt und auch eine Diskussion darüber vermieden, ob ein Fälligkeitstermin, der von einer Bedingung abhängt, genügend bestimmbar gewesen sei, um den Vollzug auszulösen.

– *Festsetzung der Nachfrist*

Es empfiehlt sich, die Nachfrist, während der die säumige Vertragspartei den Vertrag noch erfüllen kann, im Vertrag direkt festzuhalten. Damit wird die Unsicherheit vermieden, die sich daraus ergibt, dass die Nachfrist, die der säumigen Partei bei Anwendung von Art. 107 OR angesetzt wird, „angemessen" sein muss. Mit der Festsetzung einer Nachfrist im Vertrag kann der Käufer auch die Gefahr, die sich für ihn aus Art. 214 Abs. 1 OR ergibt, abwenden und vermeiden, dass bereits eine kurze – durch Überweisungsschwierigkeiten verursachte – Verzögerung der Zahlung den Verkäufer zum Rücktritt berechtigt.

– *Regelung der Verzugsfolgen/Pauschalierung des Schadenersatzes*

Die relativ komplizierten Wahlrechte gemäss Art. 102 ff. OR sind in der Praxis oft recht schwerfällig. Häufig wird die Vollzugsregelung deshalb auf ein einfaches Wahlrecht reduziert, indem im Vertrag festgehalten wird, dass die erfüllungsbereite Partei nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist entweder die Leistung

nebst Verspätungsschaden fordern oder aber den Vertrag aufheben und das positive Interesse fordern kann. Um die beim Nachweis des Schadens übliche Beweisproblematik zu vermeiden, empfiehlt es sich für den Fall der Vertragsaufhebung im Sinne einer Konventionalstrafe einen pauschalen Schadensbetrag vorzusehen. Dieser Betrag wird normalerweise so festgesetzt, dass bei der Partei, die den Vertrag aufhebt, die mit Verhandlungen, Vertragsschluss und Vorbereitung des Vollzugs entstandenen Kosten sicher gedeckt sind. Dabei muss aber im Vertrag festgehalten werden, dass ein über die Konventionalstrafe hinausgehendes Erfüllungsinteresse ebenfalls geltend gemacht werden kann, da sonst die Konventionalstrafe zum „Ausstiegspreis" wird, dessen Zahlung es einer Partei ermöglicht, sich vom Vertrag zu lösen.

III. Unmöglichkeit der Erfüllung

Die Leistung einer Partei kann entweder bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglich sein oder erst nachträglich unmöglich werden. In seltenen Fällen ist die Unmöglichkeit der Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit für beide Parteien klar ersichtlich, weshalb sie dann nach den Regeln über die Unmöglichkeit vorzugehen haben. Häufig kann die Gegenpartei den Tatbestand der ursprünglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit im Fälligkeitszeitpunkt der Leistung allerdings nicht vom Tatbestand der verzögerten Leistung unterscheiden; für die betreffende Partei präsentiert sich die Situation in beiden Fällen in der Weise, dass die Gegenpartei am Fälligkeitstermin ihre Leistung nicht erbringt, worauf die erfüllungsbereite Partei normalerweise nach den Verzugsregeln vorgeht. Zeigt sich später, dass die Leistung der Gegenpartei allerdings immer unmöglich war oder unmöglich geworden ist, so ergeben sich aus diesem Umstand zum Teil Rechtsfolgen, die von der Verzugsregelung abweichen:

1. Ursprüngliche Unmöglichkeit

Ist die Leistung einer Vertragspartei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglich, so ist der betreffende Vertrag gemäss Art. 20 OR nichtig, ohne dass die andere Partei Schadenersatzansprüche stellen kann. Der Massstab der Unmöglichkeit ist dabei – entsprechend der drastischen Rechtsfolge – streng; es muss sich um eine objektive Unmöglichkeit handeln, d.h. keiner anderen Drittpartei ist

es möglich, die vertragliche Leistung zu erbringen[97]. Ist die Unmöglichkeit nur subjektiv, d.h. ist es zwar dem Schuldner der Leistung nicht möglich, eine bestimmte Leistung zu erbringen, wäre es aber einem Dritten möglich, die Leistung zu erbringen, so werden auf diesen Fall analog die Regeln der nachträglichen Unmöglichkeit[98] angewendet[99].

In der konkreten Situation eines Unternehmenskaufvertrages kann die Kaufpreiszahlung des Käufers nie im Sinne von Art. 20 OR unmöglich sein; ein Mangel an Geld ist letztlich immer nur subjektives Unvermögen. Der Verkäufer kann sich dagegen nur auf ursprüngliche objektive Unmöglichkeit berufen, wenn beim Asset Deal das Unternehmen, das er verkauft bzw. beim Share Deal die Aktien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht existieren und auch nicht vorgesehen war, das Kaufobjekt erst nachträglich zu schaffen oder wenn das Kaufobjekt einem staatlichen Verkaufsverbot unterliegt[100]. Der Umstand hingegen, dass der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht Eigentümer des Kaufobjektes war oder nicht allein über das Kaufobjekt verfügen durfte, weil z.B. Vorkaufsrechte existieren, wird dagegen nicht als Fall der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit betrachtet[101]. In diesem Fall hat der Verkäufer die Pflicht, das Kaufobjekt zu beschaffen bzw. allfällige Erfüllungshindernisse aus dem Weg zu räumen.

2. Die nachträgliche Unmöglichkeit

a) Tatbestand der nachträglichen Unmöglichkeit

Nachträgliche Unmöglichkeit liegt nach herrschender Lehre vor, wenn eine Vertragspartei aus objektiven oder subjektiven Gründen[102] nicht in der Lage ist,

97 Vgl. BGE 96 II 21; BGE 95 II 554.

98 Vgl. dazu Ziff. III.2. unten.

99 BGE 88 II 203; WIEGAND, BSK, OR 97 N 12.

100 Wird im Vertrag vorgesehen oder gehen die Parteien mindestens beim Vertragsabschluss stillschweigend davon aus, dass das Kaufobjekt bis zum Vollzug des Kaufvertrages z.B. durch Umwandlung einer Einzelfirma in eine Aktiengesellschaft oder durch Fusion mehrerer Unternehmen zu einer Gesellschaft geschaffen werden soll, so liegt keine ursprüngliche Unmöglichkeit vor, obwohl das Kaufobjekt nicht existiert, da die Parteien selbst von der Überwindung der Unmöglichkeit ausgegangen sind.

101 BGE 96 II 21; vgl. ZR 1977, 113 f.

102 Zur Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit vgl. Ziff. III. vorne.

die vertraglich vorgesehene Leistung zu erbringen[103]. Da die Zahlung des Kaufpreises aus rechtlicher Sicht nie unmöglich ist, stellt sich die Frage der Unmöglichkeit beim Käufer nicht.

Auf Seiten des Verkäufers kann es zur nachträglichen Unmöglichkeit kommen, wenn das Verkaufsobjekt nach Vertragsabschluss untergeht, gepfändet wird oder unter ein richterliches Veräusserungsverbot fällt. Die Leistung des Verkäufers wird allerdings auch unmöglich, wenn der Verkäufer das Verkaufsobjekt nach Vertragsabschluss einem Dritten übereignet hat.

Wie oben dargestellt, fällt die subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 20 OR, da dieser eine objektive Unmöglichkeit voraussetzt. In der Praxis werden die Regeln zur nachträglichen Unmöglichkeit auch auf die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit angewendet[104]. Dies ist sachgerecht, da es letztlich für die Interessenlage der Parteien nicht von Belang ist, ob dem Verkäufer die Erbringung der Leistung subjektiv schon bei Vertragsabschluss nicht möglich war oder sich die Unmöglichkeit erst später ergab. Ein Verkäufer, der einen Kaufvertrag abschloss, obwohl er nicht Eigentümer des betreffenden Unternehmens war oder nachträglich feststellen muss, dass er ohne Zustimmung bestimmter Drittpersonen gar nicht über das Kaufsobjekt verfügen kann, fällt daher ebenfalls unter die Regeln von Art. 97 und 107 ff. OR.

b) Rechtsfolge der nachträglichen Unmöglichkeit

aa) Unmöglichkeit ausserhalb des Verantwortungsbereichs des Schuldners

Ist die nachträgliche Erfüllung der Leistungspflicht objektiv unmöglich geworden und fällt die Entwicklung, die zur Unmöglichkeit führte, nicht in den Verantwortungsbereich des Schuldners, so fällt die Leistungspflicht des Schuldners gemäss Art. 119 Abs. 1 OR dahin[105]. Diese Regelung kommt nicht zur Anwendung, wenn die Unmöglichkeit auf dem Verschulden des Schuldners oder auf dem Verschulden einer Hilfsperson des Schuldners beruht[106], der Schuldner

103 WIEGAND, BSK, OR 97, N 8 ff. mit weiteren Verweisen.

104 BGE 88 II 203; WIEGAND, BSK, OR 97 N 12.

105 WIEGAND, BSK, OR 119 N 2 und 8.

106 Vgl. BGE 111 II 352 und BGE 116 II 308.

aufgrund von Art. 103 OR das Risiko des zufälligen Untergangs trägt[107] oder nach Sinn oder Wortlaut des Vertrages das Risiko für den Eintritt der Unmöglichkeit übernommen hat[108].

Liegen die Bedingungen für die Anwendung von Art. 119 OR vor, so wird allerdings nicht nur der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, sondern bei zweiseitigen Verträgen – wie insbesondere beim Kaufvertrag – wird gemäss Art. 119 Abs. 2 OR auch die Gegenpartei von ihrer Leistungspflicht befreit[109]. Allfällig bereits ausgetauschte Teilleistungen und Vorauszahlungen sind entsprechend zurückzuerstatten[110]. Dabei kommen für diese Rückerstattungen die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereichung zur Anwendung, was die entsprechende Partei der Gefahr der kurzen Verjährungsfrist von Art. 67 OR aussetzt[111].

bb) Vom Schuldner zu verantwortende nachträgliche Unmöglichkeit

Sind die Bedingungen für die Anwendung von Art. 119 OR nicht erfüllt, so bestimmen sich die Rechtsfolgen der nachträglichen Unmöglichkeit nach Art. 97 OR. Sofern der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet hat[112], hat die Gegenpartei gemäss Art. 97 OR das Recht, das positive Interesse[113] geltend zu machen, d.h. sie ist vermögensmässig so zu stellen, wie wenn die Leistung erbracht worden wäre[114].

Zusätzlich hat die Gegenpartei aber nach der herrschenden Lehre auch die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten und das negative Interesse[115] zu fordern[116].

107 Vgl. BGE 44 II 71.

108 Vgl. AEPPLI, ZK, OR 119 N 59.

109 WIEGAND, BSK, OR 119 N 11.

110 WIEGAND, BSK, OR 119 N 18.

111 Diese Lösung ist letztendlich nicht sachgerecht; richtiger wäre die vertragliche Rückabwicklung wie beim Rücktritt gemäss Art. 109 OR, vgl. WIEGAND, recht 1984, 13 ff.

112 Zum Begriff des Verschuldens vgl. oben, Ziff. II.3.

113 Vgl. dazu Ziff. II.4.a)dd).

114 BGE 104 II 198; KELLER/SIEHR, a.a.O., 29.

115 Das, wie oben dargestellt, häufig wesentlich leichter zu beweisen ist als das positive Interesse; vgl. dazu Ziff. II.4.a)cc) oben.

116 BUCHER, allg. Teil, N 339 f.; WIEGAND, recht 1984, 21.

Damit führt die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers – oder des Käufers – letztlich genau zur gleichen Lösung wie der oben dargestellte Verzug; die erfüllungsbereite Partei hat die Möglichkeit, zwischen positivem und negativem Interesse zu wählen.

Mit diesem Ergebnis wird letztlich für die Praxis auch die in der Literatur geführte und vom Bundesgericht noch nicht entschiedene Diskussion hinfällig, ob die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit tatsächlich unter Art. 97 OR fällt oder unter die Verzugsfolgen und wie die subjektive Unmöglichkeit vom blossen Unvermögen, das nur zum Verzug führt, abzugrenzen ist. Dass in der Rechtsfolge keine Unterschiede zwischen verschuldeter Unmöglichkeit und Verzug auftreten, ist aber in jedem Fall sachgerecht, weil die erfüllungswillige Partei bei Eintritt des Verzuges meist gar nicht weiss, ob die Gegenpartei nur temporär ihre Leistung nicht erbringen kann oder, ob ein Fall subjektiver Unmöglichkeit vorliegt bzw. während des Verzugs eintritt[117].

IV. Mängel des Kaufobjektes

Wenn das Kaufobjekt im Rahmen des Vertragsvollzugs übertragen worden ist, aber Mängel aufweist, so stellt sich die Frage, welche Ansprüche der Käufer stellen kann. Je nach Natur des Mangels stehen dabei folgende Rechtsbehelfe zur Verfügung:

1. Rechtsgewährleistung

a) Grundlagen

Gemäss Art. 192 OR hat der Verkäufer dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entzieht. Mit der Rechtsgewährleistung wird letztlich die primäre Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen, abgestützt[118]. Wie sämtliche Regeln über die Gewährleistung ist auch diese Regelung gemäss

117 Indem beispielsweise der Verkäufer das Kaufobjekt ein zweites Mal verkauft und an einen Dritten überträgt.

118 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 156.

Art. 192 Abs. 3 OR dispositiver Natur, d.h. sie kann wegbedungen werden, wobei die Wegbedingung allerdings ungültig ist, wenn die Rechte des Dritten dem Verkäufer im Verkaufszeitpunkt bekannt waren, er diese aber absichtlich verschwiegen hat[119].

Die Regeln der Rechtsgewährleistung kommen im Kaufvertrag unter folgenden Voraussetzungen zur Anwendung:

– *Der Kaufgegenstand muss übergeben worden sein.*

Machen Dritte vor der Übergabe des Kaufgegenstandes an diesem Rechte geltend, welche eine Übertragung an den Käufer verunmöglichen, so liegt eine Nichterfüllung vor, da der Verkäufer seiner Hauptpflicht der Eigentumsverschaffung nicht nachkommen kann. In diesem Falle kommen die Regeln über Verzug bzw. allenfalls die Unmöglichkeit zur Anwendung[120].

– *Der Rechtsmangel muss bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben[121].*

Diese Einschränkung, die dazu führt, dass Rechtsmängel, die zwischen Vertragsabschluss und Vertragsvollzug entstehen, nicht von der Rechtsgewährleistung gedeckt werden, ist sachlich nicht gerechtfertigt, da Situation und Interessenlage der Parteien letztlich in beiden Fällen gleich sind. So sollte die Rechtsgewährleistung insbesondere auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Verkäufer an einem Grundstück, das er zu übertragen hat, zwischen Vertragsabschluss und Vertragsvollzug einem Dritten ein Pfandrecht einräumt. Meines Erachtens geht der Gesetzestext davon aus, dass der Vertrag immer unmittelbar nach Vertragsabschluss vollzogen wird, was beim einfachen Fahrniskauf, welcher der historischen Konzeption des Gesetzgebers zugrunde liegt, ja im allgemeinen auch der Fall war. Daher wäre es im Rahmen einer geltungszeitlichen und teleologischen Auslegung richtig, diese Bestimmung so auszulegen, dass sie alle vor der Übertragung des Kaufgegenstandes entstandenen Rechte Dritter erfasst[122].

119 HONSELL, BSK, OR 192 N 8.

120 HONSELL, BT, 67.

121 HONSELL, BSK, OR 192 N 4.

122 Folgt man nicht der hier vertretenen Auffassung, so muss der Käufer in diesem Falle gemäss Art. 97 (ev. Art. 107 ff.) OR vorgehen, je nachdem, ob die Verschaffung des unbeschränkten

– *Ein Dritter setzt Rechte durch, die dem Käufer den Kaufgegenstand entziehen bzw. das Eigentum einschränken.*

Ein Dritter setzt private Rechte am Kaufgegenstand durch, welche das Eigentum des Käufers am Kaufgegenstand beeinträchtigen[123].

– *Der Käufer darf die Gefahr der Entwehrung beim Vertragsabschluss nicht gekannt haben.*

Kannte der Käufer zurzeit des Vertragsabschlusses die Gefahr, dass ein Dritter Rechte am Kaufgegenstand hat, so hat er das Risiko in Kauf genommen und kann dementsprechend keine Ansprüche geltend machen, wenn der betreffende Dritte tatsächlich Ansprüche geltend macht[124].

Hat der Dritte umfassende Rechte am Kaufgegenstand, die das Eigentum des Käufers ausschliessen und entzieht er dem Käufer das Eigentum am Kaufgegenstand, so fällt der Kaufvertrag gemäss Art. 195 OR dahin[125], was dem Käufer das Recht auf Rückerstattung des bezahlten Kaufpreises, auf Ersatz der in das Kaufobjekt gemachten Investitionen und auf Ersatz der bei der Abwehr der Drittansprüche entstandenen Kosten gibt[126]. Zusätzlich kann der Käufer auch noch den unmittelbar verursachten Schaden geltend machen[127], was dem Wertverlust entspricht, den der Käufer durch die Entwehrung erleidet, weil der Unternehmenswert den Kaufpreis übersteigt[128]. Der mittelbar verursachte Schaden, wie

Eigentums noch möglich ist oder mindestens subjektiv unmöglich geworden ist; KELLER/SIEHR, a.a.O., 52.

123 BGE 109 II 122; KELLER/SIEHR, a.a.O., 53.

124 HONSELL, BSK, OR 192 N 5; ökonomisch lässt sich dieses Resultat dadurch rechtfertigen, dass der Käufer das Risiko wohl bei der Festsetzung des Kaufpreises einberechnet hat.

125 Die Auflösung des Vertrages erfolgt anders als bei der Wandelung gemäss Art. 205 ff. automatisch, ohne Ausübung eines Wahlrechts und ohne entsprechende Erklärung des Käufers; GIGER, BK, OR 195 N 5.

126 Zu den einzelnen Positionen des Schadenersatzanspruches vgl. HONSELL, BSK, OR 195 N 3 ff.

127 Die herrschende Lehre differenziert zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden dadurch, dass der Vermögensminderung (damnum emergens) als unmittelbarer, entgangener Gewinn (lucrum cessans) dagegen als mittelbarer Schaden betrachtet wird; vgl. GIGER, BK, OR 195 N 34; KELLER/SIEHR, a.a.O., 60, 90; zur Auseinandersetzung über die Differenzierung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden HONSELL, BSK, OR 208 N 6 ff.

128 Wie vorne in Ziff. II.4.a)dd) dargestellt, ist es allerdings schwierig, diesen Beweis zu erbringen.

z.B. entgangene Synergiegewinne, kann dagegen gemäss Art. 195 Abs. 2 OR nur geltend gemacht werden, wenn ein Verschulden[129] des Verkäufers vorliegt.

Betreffen die Rechte Dritter nur einen Teil des Kaufobjektes oder handelt es sich um beschränkt dingliche Rechte, die den Gebrauch oder Wert des Kaufsgegenstandes einschränken, so kann der Vertrag gemäss Art. 196 Abs. 2 OR nur aufgehoben werden, wenn aufgrund des Umfangs der Aktiven, die von Rechten Dritter betroffen sind bzw. des Umfangs der beschränkt dinglichen Rechte, angenommen werden muss, dass der Verkäufer den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass er die betreffenden Aktiven nicht erwerben kann bzw. dass beschränkt dingliche Rechte an diesen bestehen[130]. In allen anderen Fällen steht dem Käufer gemäss Art. 196 OR nur ein Schadenersatzanspruch zu, der dem Wert der von den Ansprüchen Dritter betroffenen Aktiven entspricht bzw. bei beschränkt dinglichen Rechten der entsprechenden Werteinbusse[131]. Auch wenn es nicht zur Rückabwicklung des Vertrages, sondern zu Schadenersatzansprüchen für teilweise Entwehrung kommt, kann der Käufer den unmittelbaren Schaden – und bei Verschulden des Verkäufers – auch den mittelbaren Schaden geltend machen[132].

b) Konkrete Anwendung auf Unternehmenskäufe

aa) Share Deal

Die Rechtsgewährleistung bezieht sich nur auf das direkte Objekt des Kaufes. Da nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beim Share Deal nicht das indirekt gekaufte Unternehmen, sondern nur die Aktien selbst Gegenstand des Kaufs sind[133], bezieht sich die Rechtsgewährleistung beim Share Deal nur auf die Aktien, die Gegenstand des Kaufvertrages sind. Macht ein Dritter dagegen Ansprüche an den Aktiven der verkauften Gesellschaft geltend, so kommen die Regeln über die Rechtsgewährleistung nicht zur Anwendung[134]. Der Käufer kann

129 Das Verschulden des Verkäufers wird vermutet; dieser hat nachzuweisen, dass er kein Verschulden trägt; vgl. zum Begriff des Verschuldens vorne, Ziff. II.3.

130 HONSELL, BSK, OR 196 N 3.

131 KELLER/SIEHR, a.a.O., 65.

132 KELLER/SIEHR, a.a.O., 65.

133 BGE 107 II 422; BGE 79 II 158.

134 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 158.

in einer derartigen Situation – bei entsprechender Formulierung der vertraglichen Zusicherungen – Ansprüche aus Sachgewährleistung geltend machen[135] oder sich, falls die Ansprüche des Dritten einen ganz wesentlichen Einfluss auf den Wert des Unternehmens haben, auf Willensmängel berufen[136]. Beim Share Deal kommt der Rechtsgewährleistung dementsprechend nur eine geringe Bedeutung zu: Letztlich kommt diese nur dann zum Tragen, wenn Aktien übertragen werden, an denen Rechte Dritter bestehen. Da bei der physischen Übertragung von Inhaberaktien oder von Namenaktien mit ununterbrochener Indossamentenkette ein Gutglaubensschutz besteht, der Rechte Dritter weitgehend ausschliesst[137], kommt diese Regelung nur zur Anwendung, wenn abhanden gekommene Inhaber- oder Namenaktien, Namenaktien mit unvollständiger Indossamentenkette oder unverbriefte Aktien übertragen werden, an denen Dritte vorgängig Pfandrechte erworben haben. Versucht ein Nichteigentümer dagegen, unverbriefte Aktien zu zedieren, so liegt kein Fall der Rechtsgewährleistung, sondern Nichterfüllung vor, da das Kaufobjekt gar nie übertragen worden ist. Das Gleiche gilt auch, wenn beim Vertragsvollzug Urkunden übergeben werden, die in materieller Hinsicht gar nicht die Aktien repräsentieren, weil früher ausgegebene Aktien bestehen, die nicht kraftlos erklärt worden sind.

bb) Asset Deal

Beim Asset Deal kann es häufiger zu Rechtsgewährleistungsfällen kommen, da sich die Rechtsgewährleistung auf alle einzelnen Aktiven des übertragenen Unternehmens bezieht, weil diese einzelnen Aktiven Kaufobjekte darstellen. Bei Grundstücken, die durch Grundbucheintrag übertragen werden sowie anderen beweglichen Sachen, die durch direkte Besitzübertragung übertragen werden, schliesst der Gutglaubensschutz des Erwerbers die Drittansprüche allerdings meistens aus[138]. Damit kommt diese Regelung insbesondere zur Anwendung,

135 Die gesetzlichen Ansprüche aus Sachgewährleistung stehen dem Käufer dagegen nicht zu, da sich die Sachgewährleistung, wie in Ziff. III.2.a)aa) gezeigt, ebenfalls nicht auf das Unternehmen bezieht, sondern nur auf die Aktien.

136 Vgl. dazu hinten, Ziff. IV.3.

137 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 158; HONSELL, BT, 69; der Gutglaubensschutz ist in diesen Bereichen nur bei abhanden gekommenen Aktien sowie bei gefälschten Indossamenten ausgeschlossen.

138 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O. 157.

wenn Dritte Retentionsrechte an Sachen oder Eigentum bzw. Pfandrechte an Immaterialgüterrechten geltend machen.

Wenn sich derartige Ansprüche auf einzelne Aktiven beziehen, stellt sich die Frage, ob diese teilweise Entwehrung den Käufer zur Aufhebung des Vertrages berechtigt, oder ob nur ein Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Wie oben (Ziff. IV.1.a) dargestellt, ist für diese Frage gemäss Art. 196 Abs. 2 OR entscheidend, ob der Käufer den Vertrag auch – zu dem um den Schadenersatz reduzierten Kaufpreis – abgeschlossen hätte, wenn ihm die Rechte Dritter bekannt gewesen wären bzw. wenn er gewusst hätte, dass er nicht den gesamten Kaufgegenstand erhält. Macht beispielsweise bei einem grösseren Unternehmen ein Dritter ein Retentionsrecht an einem Teil des Lagers geltend, so ist davon auszugehen, dass der Vertrag nicht aufgehoben werden kann, da die Grösse des Lagers normalerweise für den Kaufentscheid nicht wesentlich ist und damit ein Schadenersatzanspruch für den Käufer eine adäquate Kompensation darstellt. Macht ein Dritter dagegen Rechte an einem Patent geltend, das Grundlage für die Produktion des Unternehmens ist, so dürfte der Vertrag aufzuheben sein, da der Käufer ohne dieses Patent das Unternehmen nicht erworben hätte, weil eine erfolgreiche Führung des Unternehmens ohne das betreffende Patent nicht möglich ist[139].

2. Sachgewährleistung

a) Die gesetzlichen Regeln zur Sachgewährleistung

Enthält ein Kaufvertrag keine Zusicherungen[140] des Verkäufers in Bezug auf den Kaufgegenstand, so übernimmt der Verkäufer gemäss Art. 197 OR die Gewährleistung dafür, dass der Kaufgegenstand keine körperlichen oder rechtlichen Mängel hat, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern[141]. Diese gesetzliche Regelung hat auf den Asset Deal und den Share Deal unterschiedliche Auswirkungen:

139 Zur Anwendung der Rechtsgewährleistung bei immateriellen Güterrechten vgl. BGE II 239; BGE 111 II 455.

140 Die vertraglichen Zusicherungen können alle möglichen Eigenschaften des Unternehmens betreffen und machen heute volumenmässig häufig den grössten Teil des Unternehmenskaufvertrages aus; zur Zulässigkeit von vertraglichen Zusicherungen bei Asset und Share Deal BGE 88 II 415.

141 Zur Sachgewährleistung im allgemeinen KELLER/SIEHR, a.a.O., 71 ff.

aa) Gesetzliche Gewährleistung beim Share Deal

Nach der Praxis des Bundesgerichtes hilft Art. 197 OR dem Käufer im Rahmen eines Share Deals bei Problemen mit dem gekauften Unternehmen nicht; das Bundesgericht hat festgestellt, dass in einem derartigen Fall nur die Aktien Gegenstand des Kaufes sind[142], und dass der Käufer deshalb nur Gewährleistungsansprüche geltend machen kann, wenn die Aktien selbst mangelhaft sind (physische Mängel, fehlende Coupons usw.), nicht aber wenn das mit der Gesellschaft gekaufte Unternehmen oder dessen Aktiven Mängel aufweisen[143]. Ein Teil der Lehre weicht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab und bezieht die gesetzliche Zusicherung beim Share Deal – mindestens wenn der Käufer alle Aktien oder eine Mehrheit der Aktien kauft – auch auf das Unternehmen selbst[144], wobei aber auch bei diesen Lehrmeinungen letztlich unklar ist, wie weit der Begriff des „Mangels" und der „Eignung für den vorausgesetzten Gebrauch" bei einem Unternehmen geht[145]. Ohne ein höchstrichterliches Urteil, das diese Fragen klärt, kann sich ein Käufer daher beim Share Deal nicht auf die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen verlassen, sondern muss davon ausgehen, dass ihm dieser Rechtsbehelf nicht zur Verfügung steht und entsprechend Gewicht auf die vertraglichen Zusicherungen legen[146].

bb) Gesetzliche Gewährleistung beim Asset Deal

Die rechtliche Situation ist für den Käufer beim Asset Deal etwas besser, da die gesetzliche Gewährleistung von Art. 197 OR auf sämtliche verkauften Aktiven anwendbar ist und dem Käufer ermöglicht, den Vertrag aufzuheben oder eine Reduktion des Kaufpreises zu verlangen, falls gewisse der erworbenen Aktiven Mängel aufweisen[147]. Die Anwendung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln auf einen Asset Deal führt aber zu Unsicherheiten bei beiden Parteien, da die

142 Vgl. HONSELL, BT, 33.

143 BGE 79 II 158; BGE 107 II 422.

144 TSCHÄNI, a.a.O., 66; BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: TSCHÄNI (Hrsg.), Mergers and acquisitions, Zürich 1998, 62 ff. mit weiteren Verweisen; a.M. HONSELL, BT, 33.

145 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 160.

146 Vgl. Ziff. IV.2.b) hinten.

147 Vgl. dazu im Einzelnen HONSELL, BSK, OR 197 N 4.

„Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch" bei einem Unternehmen als Kaufgegenstand schwierig zu definieren ist[148] und aufgrund der heutigen Lage der Rechtsprechung unklar ist, ob sich die gesetzliche Gewährleistung auf das Unternehmen (Eignung zur Erbringung von betrieblichen Leistungen bzw. zur Erbringung von Erträgen) oder ob sie sich auf die einzelnen Aktiven bezieht (Eignung der einzelnen Gegenstände des Anlagevermögens zur Erfüllung ihrer spezifischen Aufgaben).

b) Vertragliche Zusicherungen

Die oben dargestellten gesetzlichen Bestimmungen sind letztlich nicht adäquat, um die legitimen Interessen des Käufers bei einem Unternehmenskauf zu schützen. Da sich aufgrund der relativ spärlichen Praxis zum Unternehmenskaufvertrag das Ergebnis allfälliger Gerichtsverfahren zu den gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen nicht voraussehen lässt, können die Parteien beim Abschluss des Kaufvertrages die Allokation der Risiken zwischen Käufer und Verkäufer nicht abschätzen und auch nicht im Kaufpreis berücksichtigen. In der heutigen Praxis werden daher bei Unternehmenskäufen immer umfangreiche Zusicherungen abgegeben, die – bei klarer Formulierung – zwischen den Parteien Klarheit über die Allokation der Risiken schaffen[149]. Die konkrete Formulierung und auch der Umfang der Zusicherungen hängt letztlich von den Umständen des Falles, den speziellen Risiken des verkauften Unternehmens und auch vom Kaufpreis ab, da sich die Allokation des Risikos zwischen Käufer und Verkäufer auch im Kaufpreis spiegelt; übernimmt der Käufer alle Risiken, die mit dem Kaufgegenstand verbunden sind – wie dies beispielsweise beim Kauf eines Unternehmens von einem zahlungsunfähigen Verkäufer der Fall ist – so führt dies tendenziell zu einem tieferen Kaufpreis, während gut ausgebaute Zusicherungen im Normalfall zu einem tendenziellen höheren Kaufpreis führen.

c) Ansprüche des Käufers

Liegt ein Mangel vor bzw. wird eine vertragliche Zusicherung verletzt, so hat der Käufer gemäss Art. 205 Abs. 1 OR das Recht, entweder die Aufhebung oder

148 Vgl. dazu TSCHÄNI, a.a.O., 160.

149 Vgl. dazu im Einzelnen die Aufzählung bei TSCHÄNI, a.a.O., 145 ff.

Rückabwicklung des Kaufvertrages (Wandelung) oder eine Preisreduktion (Minderung) zu verlangen[150]. Da es sich beim Unternehmenskauf normalerweise um einen Spezieskauf handelt, ist dagegen die Ersatzleistung durch Nachlieferung gemäss Art. 206 OR ausgeschlossen[151]. Nur wenn beim Share Deal eine Beteiligung gekauft wird, ist der Käufer bei entsprechenden Mängeln an den übertragenen Aktien berechtigt, gemäss Art. 206 OR die Nachlieferung mängelfreier Aktien zu verlangen.

Im Einzelnen gestalten sich Wandelung und Minderung wie folgt:

aa) Die Wandelung

Die Wandelung führt gemäss Art. 208 Abs. 1 OR dazu, dass der Kauf rückgängig gemacht wird, d.h. der Verkäufer den bezahlten Kaufspreis einschliesslich Zinsen zurückzuerstatten hat, während der Käufer den Kaufgegenstand nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen[152] zurückzugeben hat[153]. Zusätzlich hat der Verkäufer gemäss Art. 208 Abs. 2 OR den unmittelbaren[154] Schaden und bei Verschulden gemäss Art. 208 Abs. 3 OR auch den mittelbaren Schaden zu ersetzen[155].

Beim Asset Deal bezieht sich der Mangel häufig nur auf einzelne Teile (fehlerhafte Maschinen, unbrauchbare Lagergegenstände, etc.)[156]. Gemäss Art. 209 Abs. 1 OR bezieht sich in diesen Fällen der Wandelungsanspruch nur auf die tatsächlich mangelhaften Teile des Kaufgegenstandes, solange diese vom restlichen Kaufgegenstand ohne erhebliche Nachteile für den Käufer getrennt werden können. Ist diese Bedingung nicht gegeben, weil z.B. die Hauptaktiven des gekauften Unternehmens vom Mangel betroffen sind oder das Unternehmen auf-

150 Zum Wahlrecht des Käufers im Allgemeinen: HONSELL, BT, 93 ff.

151 Vgl. HONSELL, BSK, OR 206 N 1.

152 Beim Unternehmenskauf handelt es sich bei diesem Nutzen im Falle eines Share Deals um bezogene Dividenden und andere Ausschüttungen, im Falle eines Asset Deals dagegen um den dem Käufer zugeflossenen Cash Flow.

153 KELLER/SIEHR, 88 ff.

154 Zur Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden vgl. vorne, Ziff. IV.1.a).

155 HONSELL, BSK, OR 208 N 8 ff.

156 Vgl. zur Kasuistik HONSELL, BSK, OR 197 N 4.

grund dieser Mängel die von ihm erwarteten Leistungen gar nicht mehr erbringen kann, kann die Wandelung für das gesamte Kaufobjekt verlangt werden[157].

Eine Aufhebung und Rückabwicklung des Unternehmenskaufvertrages ist in der Praxis allerdings meist nicht praktikabel, da der Käufer das Unternehmen nach dem Vollzug normalerweise in seine eigene Organisation eingegliedert und entsprechend verändert hat. Es ist daher davon auszugehen, dass das Gericht in Anwendung von Art. 205 Abs. 2 bzw. Art. 207 Abs. 3 OR in den meisten Fällen keine Wandelung zulässt[158]. Unabhängig von diesem Problem ist eine Wandelung aber in wirtschaftlicher Hinsicht äusserst ungünstig, da bei einer Auseinandersetzung über die Berechtigung zur Wandelung während der gesamten Verfahrensdauer unklar ist, wer für das Unternehmen und seine Führung verantwortlich ist und – um keine Präjudizien zu schaffen – weder Käufer noch Verkäufer sich um die Führung und Finanzierung des verkauften Unternehmens kümmern werden, was zu schweren Schäden führen kann. Um diese Problematik zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Wandelung als Mängelfolge ausdrücklich auszuschliessen.

bb) Minderung

Bei der Minderung kann der Käufer gemäss Art. 205 Abs. 1 OR eine den Mängeln entsprechende Herabsetzung des Preises verlangen und bei Verschulden des Verkäufers auch den Ersatz des Schadens, der über den Mangel hinausgeht, geltend machen[159]. Der Anspruch auf Minderung wird nach der Praxis des Bundesgerichtes nach der „relativen" Methode berechnet[160]. Danach ist der Kaufpreis in dem Verhältnis zu reduzieren, in dem der objektive Wert des mängelfreien Kaufgegenstandes zum objektiven Wert des mangelhaften Kaufobjektes steht[161]. In der Theorie müsste aus dieser Wertdifferenz ein Prozentsatz berechnet werden, der dann vom Verkaufspreis abgezogen wird und den Minderungsbetrag ergibt. Diese Methode ist allerdings nicht praktikabel, da es meist sehr schwierig ist,

157 Vgl. HONSELL, BSK, OR 209 N 1 bzw. 2.

158 TSCHÄNI, a.a.O., 170.

159 Zu den Auswirkungen der Minderung vgl. KELLER/SIEHR, 92 ff.

160 BGE 81 II 209; 88 II 413; 89 II 253; 111 II 162; GIGER, BK, OR 205 N 20 f.

161 Zu diesen Berechnungen vgl. KELLER/SIEHR, a.a.O., 92; HONSELL, BT, 99 f. mit Berechnungsbeispielen.

den objektiven Wert eines Kaufgegenstandes festzustellen. Das Bundesgericht geht daher von der Vermutung aus, dass der objektive Wert dem Kaufpreis entspricht[162]. Dies führt bei der Anwendung dieser relativen Methode zu einer Minderung im Umfang der Differenz des bezahlten Kaufpreises und des Wertes des Unternehmens mit Mängeln. Diese Praxis eröffnet bei Unternehmenskäufen ein breites Feld für Streitigkeiten, da der Verkäufer immer behaupten wird, dass der Kaufpreis durch den betreffenden Mangel überhaupt nicht beeinflusst wird, da der Kaufpreis nur aufgrund des zukünftigen Unternehmensertrages berechnet worden sei, während der Käufer behaupten kann, dass ein relativ kleiner Mangel zu einem viel tieferen Preis geführt hätte, da der betreffende Mangel die zukünftige Ertragskraft, die für den Kaufpreis wesentlich gewesen sei, geschmälert habe.

Ausserdem kommt es häufig auch zu grösseren Auseinandersetzungen über den Schaden, der durch die Mängel hervorgerufen worden ist. Diese Verfahren führen aber selten zu Erfolgen, da es für den Käufer gerade bei komplexen betrieblichen Abläufen äusserst schwierig ist, den Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel und dem behaupteten weiteren Schaden zu beweisen.

Aus diesen Gründen empfiehlt es sich, im Vertrag nicht nur die Wandelung auszuschliessen, sondern den Minderungsanspruch auch in einer klar berechenbaren Form festzulegen und weitere Schadenersatzansprüche auszuschliessen. Meist ist es dabei sachgerecht, festzuhalten, dass die Kosten zu ersetzen sind, die zur Herstellung des mängelfreien Zustandes bzw. des Zustandes, der den vertraglichen Zusicherungen entspricht, aufgewendet werden müssen.

cc) Schadensminderungspflicht des Käufers

Der Käufer muss gemäss Art. 44 OR den Schaden, der durch die Verletzung von Zusicherungen bzw. durch Mängel entsteht, möglichst gering halten[163]. Wenn ein Problem im Zusammenhang mit einer Zusicherung vorliegt, so muss der Käufer daher die notwendigen Massnahmen ergreifen, um die finanziellen Belastungen, die durch dieses Problem entstehen, möglichst gering zu halten. Soweit

162 BGE 111 II 162; KELLER/SIEHR, 93.

163 Der Anwendungsbereich von Art. 44 OR geht über das Deliktsrecht hinaus und erfasst gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch sämtliche vertraglichen Haftungen; vgl. BGE 98 II 220; SCHNYDER, BSK, OR 44 N 1.

eine Verletzung einer Zusicherung durch einen Drittanspruch ausgelöst wird[164], muss der Verkäufer daher insbesondere die notwendigen Massnahmen vorkehren, um den betreffenden Anspruch abzuwehren und kann diesen nicht einfach im Vertrauen auf die Ersatzpflicht des Verkäufers anerkennen. Die gleiche Problematik ergibt sich auch hinsichtlich der beim Unternehmenskaufvertrag üblichen Zusicherungen bezüglich Prozessverfahren, Steuern, Produkthaftpflicht und Umweltschäden; der Käufer muss zunächst versuchen, das entsprechende Problem mit möglichst geringem Aufwand zu beseitigen, bevor er den Verkäufer in Anspruch nehmen kann.

Um im Bereich Schadensminderungspflicht Probleme zu vermeiden, empfiehlt es sich, dass der Verkäufer von Anfang an in die Lösung derartiger Probleme einbezogen wird. Insbesondere sollten dem Verkäufer die Führung von Verfahren und die Abwehr von Ansprüchen, für die er aufgrund von Zusicherungen verantwortlich ist, direkt übertragen werden, so dass er nicht mehr die Möglichkeit hat, Ansprüche des Käufers abzulehnen, weil dieser die betreffenden Ansprüche nicht abgewehrt hat bzw. allfällige Prozess- oder Steuerverfahren nicht richtig geführt hat.

dd) Vertragliche Beschränkung der Ansprüche

Häufig sehen Verträge vor, dass Ansprüche aus Zusicherungen durch einen Mindest- und einen Maximalbetrag beschränkt werden[165]. Die Bestimmung, dass der Käufer wegen der Verletzung von Zusicherungen nur dann Ansprüche stellen kann, wenn diese einen bestimmten Mindestbetrag überschreiten, ist meist sinnvoll, da Auseinandersetzungen über geringe Beträge erfahrungsgemäss einen Aufwand verursachen, der den Ertrag für den Käufer übersteigt. Zusätzlich wird häufig ein Höchstbetrag vereinbart, um dem Verkäufer so die Sicherheit zu geben, dass er auch bei Mängeln des Kaufgegenstandes einen gewissen Anteil des Kaufpreises sicher erhält. Wie hoch ein derartiger Maximalbetrag ist, hängt letztlich von der Stärke der Verhandlungspositionen der Parteien ab. Ein Käufer kann aber eine derartige Begrenzung seiner Ansprüche vernünftigerweise nur

164 Dieser Fall tritt beispielsweise ein, wenn eine Drittperson eine Forderung stellt, die im Zeitpunkt der Bilanzerstellung bilanzierungspflichtig gewesen wäre, aber nicht bilanziert worden ist, und deshalb die Zusicherung betreffend Bilanz verletzt ist, falls die betreffende Drittperson sich mit ihrer Forderung durchsetzt.

165 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 169.

akzeptieren, wenn er aufgrund einer vorgängigen Due Diligence die Risiken, die er eingeht, genau abschätzen kann.

Gemäss Art. 199 OR gelten die Beschränkungen der Zusicherung nicht, falls der Verkäufer den Käufer über die Existenz von Mängeln getäuscht hat[166].

ee) Erfüllung der Prüfungs- und Rügepflicht als Voraussetzung für Ansprüche; Verjährung

Die gesetzlichen Regeln zur Geltendmachung von Sachmängeln orientieren sich sehr stark am einfachen und schnell abgewickelten Fahrniskauf, der historisch Grundlage der gesetzgeberischen Arbeit war. Gemäss Art. 201 OR muss der Käufer das Kaufobjekt „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist" prüfen („Prüfungspflicht") und einen allfälligen entdeckten Mangel sofort anzeigen („Anzeigepflicht")[167]. Nach der Bundesgerichtspraxis muss die Prüfung auch beim Unternehmenskauf innert weniger Tagen erfolgen, was für den Käufer äusserst belastend und im Normalfall gar nicht möglich ist[168]. Wird die Prüfungspflicht vernachlässigt, so gelten sämtliche Mängel, die bei der sofortigen Prüfung hätten entdeckt werden können, gemäss Art. 201 Abs. 2 OR als genehmigt, was dazu führt, dass nachher nur noch Gewährleistungsansprüche für Mängel geltend gemacht werden können, die bei der Prüfung nicht entdeckt werden konnten (versteckte Mängel). Wird die Rügepflicht verletzt, d.h. stellt der Käufer nicht sofort nach Entdeckung des Mangels dem Käufer eine substantiierte Mängelrüge zu, in der er den Mangel detailliert beschreibt, so fallen die Rechte bezüglich des betreffenden Mangels ebenfalls dahin[169].

Ansprüche aus Gewährleistung müssen gemäss Art. 210 OR innert einem Jahr nach Übergabe des Kaufgegenstandes geltend gemacht werden[170]. Diese kurze Frist, die auch dann gilt, wenn der Käufer den Mangel innerhalb des Jahres gar nicht entdecken konnte[171], ist für den Unternehmenskauf nicht angemessen. Ver-

166 Vgl. BGE 116 II 443.

167 Zur Prüfungs- und Anzeigepflicht: KELLER/SIEHR, a.a.O., 83.

168 BGE 107 II 422; im konkreten Fall wurde eine Prüfung des Warenlagers innert 10 Kalendertagen verlangt.

169 KELLER/SIEHR, a.a.O., 84 f.; GIGER, BK, OR 201 N 62.

170 Vgl. BGE 102 II 102; BGE 104 II 357.

171 BGE 89 II 409.

schiedene Mängel werden erst bei den Revisionsarbeiten zum nächsten Jahresabschluss gefunden und Probleme im Bereich der Steuern oder des Umweltschutzes zeigen sich typischerweise erst in einem wesentlich späteren Zeitpunkt.

Aufgrund der oben dargestellten Probleme mit der Prüfungspflicht bzw. der Verjährung werden im Normalfall bei Unternehmenskaufverträgen die Prüfungs- und Rügepflicht wegbedungen bzw. wird festgehalten, dass die Rüge innert einer bestimmten Frist nach Entdeckung zu erfolgen hat, die Ansprüche aber nicht verwirken, sondern nur insofern beschränkt werden, als die verspätete Rüge tatsächlich zu einem Nachteil für den Verkäufer geführt hat. Auch die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR, die dispositiver Natur ist, wird meistens verlängert, um sicherzustellen, dass der Käufer vor Ablauf der Frist einen normalen Jahresabschluss erstellen und prüfen lassen kann[172]. Meist werden dabei aber die Fristen für die Gewährleistungen bezüglich Umweltschutz und Steuerfragen wesentlich stärker verlängert, um den langen Latenzzeiten dieser Probleme Rechnung zu tragen.

3. Willensmängel beim Unternehmenskauf

Nach der Praxis des Bundesgerichtes kann sich der Käufer neben den Ansprüchen aus Sachgewährleistung auch auf Willensmängel, d.h. Grundlagenirrtum und absichtliche Täuschung berufen, wenn das Kaufobjekt beim Spezieskauf einen Mangel aufweist[173].

a) Grundlagenirrtum

Der Käufer kann sich nach der Praxis des Bundesgerichtes auf einen Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 OR berufen und die Rückabwicklung des Vertrages bzw. unter Berufung auf Teilnichtigkeit eine Reduktion des Kaufpreises verlangen, wenn der Wert des gekauften Unternehmens wegen vorher unbekannten Mängeln wesentlich unter dem Wert liegt, der vernünftigerweise erwartet werden konnte und die Abweichung so gross ist, dass dadurch nach Treu und

172 Vgl. TSCHÄNI, a.a.O., 169.

173 BGE 114 II 131; 82 II 420; 56 II 526.

Glauben die Grundlage des Kaufvertrages entfällt[174]. Die Anwendung des Grundlagenirrtums beim Share Deal stellt zum Teil ein Korrektiv zur sehr eingeschränkten Rechtsprechung im Bereich der Sachmängel dar[175]; bei der Beurteilung des Grundlagenirrtums betrachtet das Bundesgericht auch beim Share Deal das Unternehmen als Kaufgegenstand und erlaubt bei schwerwiegenden Mängeln die Berufung auf Grundlagenirrtum[176]. Die Möglichkeit, sich auf Grundlagenirrtum zu berufen, bietet dem Käufer aber keinen adäquaten Schutz, da einerseits die Gerichtsentscheide in diesem Bereich nur schwer vorauszusagen sind[177] und der Grundlagenirrtum praktisch nur in Extremfällen zur Anwendung kommt, da sonst aufgrund der strengen Praxis zum Grundlagenirrtum der Transaktion nicht die Geschäftsgrundlage entzogen worden ist[178].

b) Absichtliche Täuschung

Sofern der Käufer vom Verkäufer über die Eigenschaften des Unternehmens getäuscht wurde, indem der Verkäufer falsche oder irreführende Angaben machte, so kann sich der Käufer auch auf absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR berufen und eine Aufhebung des Vertrages oder – analog zu den Regeln über die Teilnichtigkeit – eine Reduktion des Kaufpreises verlangen[179]. Während beim Grundlagenirrtum nachgewiesen werden muss, dass die Wertabweichung derart gross ist, dass nach Treu und Glauben die Grundlage des Kaufvertrages entfallen ist, genügt es bei einer absichtlichen Täuschung, dass der Käufer den Vertrag bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes nicht oder zu veränderten Bedingungen abgeschlossen hätte[180].

Zur Berufung auf eine Täuschung ist nicht in jedem Falle eine aktive Täuschung durch den Verkäufer notwendig; nach der Rechtsprechung genügt es, wenn der Verkäufer eine Frage des Käufers, die ein Problem aufdecken würde, nicht be-

174 BGE 107 II 421; 97 II 45; vgl. 84 II 517.

175 Zu dieser vorne, Ziff. IV.2.a)aa).

176 TSCHÄNI, a.a.O., 173 f.

177 Vgl. beispielsweise STE 191 B 24.4 Nr. 26, bei dem das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau trotz eines ganz massiven Steuerproblems keinen Grundlagenirrtum annahm.

178 Vgl. SCHWENZER, BSK, OR 24 N 20 ff. insbesondere zur Kasuistik N 26.

179 BGE 116 II 431; HONSELL, BSK, Vorbemerkungen zu OR 197-210 N 12; BGE 108 II 102.

180 SCHWENZER, BSK, OR 28 N 14.

antwortet[181], oder wenn der Verkäufer einen Sachverhalt, von dem er annehmen muss, dass er für den Kaufentscheid bzw. die Festlegung des Preises von wesentlicher Bedeutung ist, absichtlich verschwiegen hat[182]. Dies ermöglicht eine Berufung auf Täuschung, wenn nachgewiesen werden kann, dass ein bestimmtes Problem von grosser Tragweite dem Verkäufer bekannt gewesen ist und er deshalb annehmen musste, dass es für den Entscheid des Käufers wesentlich ist, er dies dem Käufer aber nicht mitgeteilt hat.

Aufgrund der oben dargestellten Umstände sollte sich ein Käufer beim Abschluss eines Kaufvertrages nie darauf verlassen, dass er bei Mängeln absichtliche Täuschung oder Grundlagenirrtum geltend machen kann und deshalb auf die oben empfohlene detaillierte Formulierung von vertraglichen Zusicherungen verzichten. Die Berufung auf Willensmängel kann nur in ganz krassen Fällen Erfolg bringen, wobei es aufgrund des sehr breiten Ermessensspielraums der Gerichte in diesen Fragen kaum je voraussehbar ist, ob ein Gericht tatsächlich einen Willensmangel bejaht[183].

V. Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und selbständigen Garantien

1. Nebenpflichten

Unternehmenskaufverträge sehen häufig neben der eigentlichen kaufvertraglichen Vereinbarung verschiedene Nebenpflichten[184] vor, die für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmenskaufes wesentlich sein können. Werden diese Nebenpflichten verletzt, so sieht das Kaufrecht keine spezielle Regelung vor; der Käufer hat nach Art. 97 f. OR vorzugehen, d.h. entweder mit Leistungs- bzw. Unterlassungsklage das vertraglich vereinbarte Verhalten durchsetzen oder aber auf Schadenersatz klagen.

181 SCHWENZER, BSK, OR 28 N 9.

182 Vgl. BGE 116 II 434; 66 II 139; ZR 1973, 110.

183 TSCHÄNI, a.a.O., 174.

184 Arbeits- und Beratungspflicht des Verkäufers, Lieferung oder Abnahme von Produkten, Konkurrenzverbote etc.

2. Garantien

Neben den vertraglichen Zusicherungen werden häufig auch selbständige vertragliche „Garantien" abgegeben, in denen der Käufer die Übernahme bestimmter Kosten oder Schäden verspricht[185]. Diese selbständigen Garantien unterliegen nicht den Vorschriften über die Geltendmachung von Mängeln, weshalb sich die Durchsetzung nach Art. 97 OR richtet. Damit unterliegen diese selbständigen Garantien auch nicht den Prüfungs- und Rügepflichten sowie der einjährigen Verjährungsfrist, die bei Sachmängeln zur Anwendung kommen. Die Verjährung richtet sich auch nach der normalen 10-jährigen Frist im Sinne von Art. 127 OR[186].

Da die selbständigen Garantien häufig ähnliche Bereiche betreffen wie Zusicherungen, empfiehlt es sich allerdings, diese im Vertrag klar als selbständige Garantien zu kennzeichnen, um zu vermeiden, dass über die Art des Rechtsbehelfes und vor allem die Anwendung der Prüfungs- und Rügepflicht bzw. der kurzen Verwirkungsfristen des Sachgewährleistungsrechtes Auseinandersetzungen entstehen[187].

185 Beispielsweise die Übernahme von zukünftigen Steuerforderungen aus zurückliegenden Perioden, die Zahlung der Sanierungskosten im Umweltbereich oder der Ausfälle bei bestimmten Debitoren.

186 TSCHÄNI, a.a.O., 172.

187 VISCHER, SJZ 2001, 368.