Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf

Urs Schenker

Inhalt

I. Wertrisiko und Risikoallokation beim Unternehmenskauf 240
1. Das Wertrisiko 240
2. Das Risk Management des Käufers 241
3. Risikoallokation und Kaufpreis 243
4. Kriterien einer erfolgreichen Risikoallokation 244

II. Die Gesetzliche Risikoallokation 245
1. Buyer Beware – Ein Grundsatz mit Ausnahmen 246
2. Sachgewährleistung 246
a) Sachgewährleistung beim Betriebskauf 247
aa) Die Rechtsnatur des Betriebskaufs 247
bb) Der Sachmangel 248
b) Sachgewährleistung beim Gesellschaftskauf 251
c) Voraussetzungen für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen 252
d) Gewährleistung bei Täuschung 256
e) Die Ansprüche aus Gewährleistung 257
aa) Wandelung 257
bb) Minderung 257
f) Schadenersatzansprüche 260
3. Erfüllungsanspruch 262
4. Willensmängel 262
a) Das Verhältnis von Willensmängeln zu Gewährleistungsansprüchen 262
b) Grundlagenirrtum 264
c) Täuschung 266
d) Geltendmachung des Anspruches 270
e) Rechtsfolge: Ungültigkeit bzw. Teilungültigkeit des Vertrages 271

III. Die vertragliche Risikoallokation 273
1. Materielle Bestimmungen über die Risikoallokation 273
a) Zusicherungen 273
b) Garantien 275
c) Preisanpassungsklauseln 277
2. Verfahrensfragen und Verjährung 279
3. Festlegung der Ansprüche 280

a) Ausschluss der Wandelung 280
b) Nachbesserungsrecht 280
c) Berechnung des Minderungsanspruches 281
d) Ausschluss von Schadenersatzansprüchen 281
4. Beschränkung der Ansprüche 282
5. Sicherung der Ansprüche 283
IV. Schlussfolgerungen 283

I. Wertrisiko und Risikoallokation beim Unternehmenskauf

1. Das Wertrisiko

Das zentrale Risiko des Käufers beim Unternehmenskauf ist, dass der Wert des gekauften Unternehmens geringer ist als der Kaufpreis und der Unternehmenskauf damit für den Käufer zu einem Verlust führt. Diese Differenz zwischen Kaufpreis und Unternehmenswert kann auf unterschiedliche Gründe zurückgeführt werden:

- Die Gesellschaft weist mehr Passiven oder weniger Aktiven auf, als der Käufer angenommen hat, oder es fehlen ihr bestimmte Bewilligungen oder Rechtsbeziehungen, deren Existenz der Käufer vorausgesetzt hat und die für den Wert des Unternehmens wesentlich sind; oder
- Die Gesellschaft hat in der Vergangenheit geringere Erträge erzielt, als der Käufer bei den Verhandlungen angenommen hat, was dazu führte, dass der Käufer bei der Berechnung des Kaufpreises von einem zu hohen nachhaltigen Ertrag ausgegangen ist; oder
- Die Gesellschaft erzielt nach dem Kauf geringere Erträge, als der Käufer bei der Berechnung des Kaufpreises angenommen hat; oder
- Der Käufer hat bei der Berechnung des Kaufpreises methodische Fehler gemacht, indem er beispielsweise bei der Diskontierung zukünftiger Erträge mit zu tiefen Zinsen gerechnet hat.

Die Erfahrung zeigt, dass derartige für den Käufer negative Wertabweichungen sehr häufig sind; nach empirischen Untersuchungen schafft nur ein relativ kleiner Teil aller Unternehmenskäufe für den Käufer einen Mehrwert. Dies deutet darauf hin, dass der Preis in vielen Fällen über dem Wert des gekauften Unternehmens liegt.

2. Das Risk Management des Käufers

Geht ein Käufer einen Unternehmenskauf professionell an, so muss er versuchen, die oben dargestellten Risiken im Rahmen eines Risk Management Prozesses zu reduzieren. Dabei werden die folgenden Techniken angewendet:

- *Qualitätssicherung im Akquisitionsprozess*

  Zentrales Element des Risk Managements ist die Qualitätssicherung im Akquisitionsprozess, mit der methodische Fehler und irrationale Entscheide vermieden werden. Unternehmen, die häufig und erfolgreich andere Unternehmen kaufen, haben relativ formelle Entscheidungsmechanismen und Akquisitionsprozesse definiert, die emotionale Entscheide vermeiden und Qualität in der Entscheidungsfindung sicherstellen; Mechanismen und Prozesse, die beispielsweise dafür sorgen, dass eine Due Diligence durchgeführt und deren Ergebnisse umgesetzt werden oder dass dabei bei der Beurteilung eines Unternehmens standardisierte Bewertungsmethoden angewendet werden.

- *Due Diligence*

  Durch eine Due Diligence kann der Käufer die Grundlagen verifizieren, auf der seine Kaufpreisberechnung beruht. Die Durchführung einer Due Diligence ermöglicht es überdies abzuklären, ob Risiken vorhanden sind, die bei der Kaufpreisberechnung nicht berücksichtigt worden sind bzw. die vertraglich oder durch Versicherungslösungen abgedeckt werden müssen[1]. Schwerpunkt der Due Diligence muss dabei vor allem die Abklärung der operativen Risiken sowie der Faktoren sein, die den nachhaltigen zukünftigen Gewinn beeinflussen; diese sind einerseits für die Berechnung des Kaufpreises entscheidend[2], können andererseits jedoch kaum je vertraglich abgesichert werden. Führt die Due Diligence zur Erkenntnis, dass der Wert des Unternehmens tiefer ist als ursprünglich angenommen, etwa weil der in der Zukunft zu erzielende Gewinn tiefer

1 Zur Due Diligence im Allgemeinen: M. VISCHER, Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 96 (2000), 229 ff.; URS SCHENKER, Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: R. TSCHÄNI (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 210 ff.

2 Nach der für die Unternehmensbewertung mindestens in theoretischer Hinsicht massgebenden Discounted Cashflow-Methode („DCF") bestimmen zukünftige Zu- und Abflüsse von Zahlungsströmen letztlich allein über den Bruttowert des Unternehmens (Enterprise Value).

ist oder weil bestimmte Mittelabflüsse[3] bevorstehen, so muss diesen Umständen letztlich durch eine Reduktion des Kaufpreises Rechnung getragen werden.

– *Risikoallokation*

Zeigen sich in der Due Diligence dagegen Risiken, die wertrelevant sein können, deren Eintritt oder Auswirkung aber ungewiss ist, so müssen diese Risiken zwischen den Parteien alloziert werden. Dazu können folgende Methoden verwendet werden:

- *Preisreduktion*

  Die Parteien können einem in der Due Diligence erkannten Risiko dadurch Rechnung tragen, dass sie den Verkaufspreis um eine Risikoprämie reduzieren[4]. Derartige Lösungen sind allerdings meist schwierig, da die Parteien häufig völlig unterschiedliche Ansichten über die Realisierung der Risiken haben; der Käufer geht meist von einem Worst Case Szenario aus, während der Verkäufer vielfach damit rechnet, dass sich das Risiko nicht realisiert.

- *Vertragliche Massnahmen*

  Soweit ein Risiko nicht bereits im Kaufpreis berücksichtigt ist, wird der Käufer versuchen, dieses Risiko durch Zusicherungen, Garantien und Preisanpassungsklauseln auf den Verkäufer zu übertragen. Gewinn- oder Umsatzgarantien bzw. Earn-out Klauseln ermöglichen es auch, operative Risiken bzw. das Risiko der zukünftigen Entwicklung des Gewinnes auf den Käufer zu übertragen.

- *Versicherungslösungen*

  Eine weitere Möglichkeit zur Beschränkung des Risikos besteht darin, bestimmte Risiken durch Abschluss von Versicherungsverträgen auf einen professionellen Risk Bearer zu übertragen. Im Vordergrund stehen dabei Risiken, die sich aus der Geschäftstätigkeit vor dem Verkauf ergeben, sich aber finanziell erst nachträglich niederschlagen. So können beispielsweise Haftpflichtfälle aus Produkten und Dienstleistungen, die vor dem Verkauf des Unternehmens ausgeliefert bzw. erbracht wurden, durch geeignete Haftpflichtversicherungen abgedeckt werden; Versicherungslösungen sind aber auch noch in weiteren Gebieten, wie z.B. bei Debitorenausfällen und gewissen Umweltrisiken, möglich.

  Versicherungslösungen können die Verhandlungen über die Auswirkungen bestimmter Risiken auf Kaufpreis und Vertrag erheblich entschärfen und stellen daher eine gute Methode zur rationellen Bewertung und Beurteilung derartiger Probleme dar. Während Käufer und Verkäufer die Probleme meist über- bzw. unterbewerten, kann eine Versicherung aufgrund der statistischen Verteilung aller von ihr versicherten Risiken eine objektive Bewertung vornehmen, für Käufer und Verkäufer bleibt dann nur noch die Frage zu klären, welche Partei die Versicherungskosten zu tragen hat.

  Unternehmerische Risiken, wie insbesondere das Risiko der zukünftigen Gewinnentwicklung, sind dagegen nicht versicherbar; immerhin ist aber in Teilbereichen unter dem Stichwort „Alternative Risk Transfer" eine gewisse Risikoübertragung auf Dritte möglich. Entsprechend dem Charakter unternehmerischer Risiken sind diese Methoden zum Transfer von Risiken aber sehr teuer und häufig auch sehr komplex, wenn sich diese nicht auf klar abgegrenzte Einzelfaktoren beschränken, bei denen ein relativ einfaches Hedging möglich ist, wie z.B. bei der Preisentwicklung bestimmter Rohstoffe oder der Veränderung von Zinsen und Währungen.

3. Risikoallokation und Kaufpreis

Da die Risikoallokation, d.h. die Frage, welche Partei welche Risiken trägt, sowohl für den Käufer wie auch für den Verkäufer eines Unternehmens von zentraler Bedeutung ist, nehmen die Verhandlungen über die Risikoallokation bei allen Unternehmenskäufen einen sehr breiten Raum ein. Der Käufer versucht dabei typischerweise durch die Aufnahme von Zusicherungen, selbständigen Garantien oder auch durch die Vereinbarung von gewinnabhängigen Kaufpreiszahlungen, einen Teil des Wertrisikos auf den Verkäufer zu übertragen. Dieser hingegen versucht, sein Risiko so gering wie möglich zu halten. Es erstaunt

[3] Z.B. hohe Ersatzinvestitionen und Ersatzzahlungen an Dritte.

[4] T. AMSTUTZ, Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, ST 2002, 1112; SCHENKER, (FN 1), 230 ff.

deshalb nicht, dass die Bestimmungen über die Risikoallokation meist auch einen sehr grossen Teil des Vertragstextes einnehmen[5].

Da die Risikoübernahme einen ökonomischen Wert hat[6], besteht zwischen Risikoallokation und Kaufpreis ein enger Zusammenhang. Wird die gesetzliche Risikozuweisung geändert und übernimmt eine Partei bewusst mehr Risiken, schlägt dies unmittelbar auf den Kaufpreis durch; je grösser die Risiken sind, die der Verkäufer übernimmt, desto höher muss der Kaufpreis sein, tritt doch zum Kaufpreis eine „Versicherungsprämie" hinzu, welche die Risikoübernahme entgelten soll. Umgekehrt sinkt der Kaufpreis, wenn der Käufer mehr Risiken übernehmen muss als üblich[7]. Dieser Zusammenhang zwischen Preis und Risikoallokation lässt sich in der Praxis regelmässig beobachten, wie die folgenden Beispiele veranschaulichen mögen:

- Wird ein Unternehmen aus einer Konkursmasse verkauft, die keine Gewährleistungen oder Garantien abgeben kann, so ist der Preis meist sehr tief, da der Käufer wesentlich mehr Risiken tragen muss als im Normalfall.
- Gibt ein Verkäufer nicht nur weitgehende Zusicherungen und Garantien über den Zustand des Unternehmens ab, sondern übernimmt auch noch das Risiko der Gewinnentwicklung durch die Vereinbarung eines gewinnabhängigen Kaufpreises, so liegt der Kaufpreis normalerweise höher als ohne derartige Risikoübernahme, weil der Käufer bei der Berechnung des Kaufpreises weniger Risikoabzüge machen muss und mit einem festen Gewinn rechnen kann.

4. Kriterien einer erfolgreichen Risikoallokation

Die Risikoallokation ist für die Parteien eines Unternehmenskaufes dann erfolgreich, wenn die folgenden Kriterien erfüllt werden:

5 R. TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 29, bezeichnet die Bestimmungen über die Risikoallokation deshalb auch als „Herzstück" jedes Unternehmenskaufvertrages.

6 Der ökonomische Wert der Risikoübernahme zeigt sich am deutlichsten im Versicherungsgeschäft, wo die Risikoübernahme direkt durch eine Prämienzahlung abgegolten wird.

7 Vgl. dazu die Ausführungen bei P. BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: R. TSCHÄNI (Hrsg.), Mergers & Acquisitions I, Zürich 1998, 98, der den Zusammenhang zwischen der Begrenzung der vertraglichen Gewährleistungsansprüche einerseits und dem Kaufpreis andererseits darstellt.

- Die Risikoallokation deckt das in der Due Diligence erkannte Risikoprofil des Unternehmens ab.
- Die Abgrenzung der Risiken zwischen Käufer und Verkäufer ist klar; jede Partei kann beurteilen, welche Risiken sie trägt.
- Die finanziellen Folgen der Risikoallokation sind vorhersehbar, d.h. die Parteien wissen, welche Zahlung der Verkäufer leisten muss, wenn sich ein bestimmtes Risiko verwirklicht, für das der Verkäufer im Rahmen der Risikoallokation die Verantwortung übernommen hat.
- Die im Rahmen der Risikoallokation definierten Ansprüche dürfen nicht durch Verjährungsfristen und Verfahrensvorschriften, die nur schwer eingehalten werden können, illusorisch gemacht werden.

Eine Risikoallokation, die in dieser Weise gestaltet ist, kann von Käufer wie Verkäufer in die Kaufpreisberechnung einbezogen werden, sodass Kaufpreis und Risikoallokation tatsächlich aufeinander abgestimmt sind. Wenn die Risikoallokation unklar ist, besteht dagegen die Gefahr, dass eine der Parteien falsche Vorstellungen über ihr Risiko hat und deshalb bei der Festlegung des Kaufpreises von falschen Voraussetzungen ausgeht.

II. Die Gesetzliche Risikoallokation

Die gesetzliche Risikoallokation, die Anwendung findet, wenn die Parteien in einem Unternehmenskaufvertrag auf Zusicherungen, Garantien und ähnliche Klauseln verzichten, ist Grundlage der vertraglichen Risikoallokation; diese muss immer auf der gesetzlichen Ordnung basieren. Die gesetzlichen Bestimmungen kommen immer dann zur Anwendung, wenn die Parteien zwar Teilbereiche der Risikoallokation im Vertrag regeln, indem sie z.B. Zusicherungen vorsehen, andere Bereiche, wie z.B. das Vorgehen bei Mängeln oder die Verjährungsfristen, aber nicht vertraglich regeln. Überdies stellt die gesetzliche Regelung erfahrungsgemäss in den Verhandlungen auch eine Art *Benchmark* dar, die immer wieder argumentativ vorgebracht wird. Deshalb muss die Analyse der gesetzlichen Regelung auch dann Basis der Überlegungen zur Risikoallokation sein, wenn in der Praxis die meisten Unternehmenskaufverträge in irgendeiner Form Bestimmungen über die Risikoallokation enthalten.

1. Buyer Beware – Ein Grundsatz mit Ausnahmen

Grundsätzlich trägt der Käufer das Risiko, dass der Wert des Kaufgegenstandes unter dem Kaufpreis liegt; der Kaufpreis wird zwischen den Parteien frei ausgehandelt, und es ist letztlich Sache des Käufers, sich darüber zu vergewissern, dass der Preis des Kaufgegenstandes tatsächlich dessen Wert entspricht[8]. Gerade beim Unternehmenskauf, bei dem die Parteien normalerweise geschäftserfahren sind und der Käufer dem Verkäufer auch nicht sozial unterlegen ist, gibt es keinen Grund, von diesem Prinzip abzuweichen. Damit trägt der Käufer letztlich die vorne in Ziff. I.1. angesprochenen Risiken.

Das Kaufrecht und das allgemeine Obligationenrecht sehen aber durch die Vorschriften betreffend Sachgewährleistung, Erfüllung und Willensmängel punktuelle Ausnahmen von dieser Regel vor, die es dem Käufer unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, auch dann Wertdifferenzen auf den Verkäufer zu überwälzen, wenn die Parteien keine Vereinbarungen über die Risikoallokation getroffen haben.

2. Sachgewährleistung

Gemäss Art. 197 OR haftet der Käufer dafür, dass der Kaufgegenstand keine körperlichen Mängel hat, die den Wert des Kaufgegenstandes oder seine Tauglichkeit zum vorgesehenen Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, ist der Zeitpunkt, in dem Nutzen und Gefahr übergehen[9], d.h. beim Kauf eines Unternehmens gemäss Art. 185 Abs. 1 OR der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses[10]. Tritt ein Mangel erst nach Vertragsabschluss jedoch vor Übergabe ein, so kann der Käufer daher von vornherein keine Ansprüche stellen; letztlich ist die Zuweisung dieses Risikos ein Korrelat zum Nutzenübergang am Kaufgegenstand[11].

Der Kauf eines Unternehmens kann so strukturiert werden, dass der Käufer entweder vom Träger des Unternehmens alle Aktiven, Passiven und Rechtsbeziehungen übernimmt, die Teil des Unternehmens sind („Betriebskauf") oder – sofern es sich beim Träger des Unternehmens um eine Kapitalgesellschaft

8 BGE 91 II 353.

9 BGE 88 II 414.

10 Vgl. zum Grundsatz und den einzelnen Ausnahmen Pra 2002 Nr. 190; für eine sehr extensive Auslegung der Ausnahmen: R. WATTER, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, 138.

11 Der Eintritt von Schäden muss als Teil der übergegangenen „Gefahr" betrachtet werden.

handelt – dass der Käufer die Mehrheit der Anteile der betreffenden Gesellschaft kauft und so indirekt Aktiven, Passiven und Rechtsbeziehungen des Unternehmens übernimmt („Gesellschaftskauf"). Obwohl diese beiden Transaktionsvarianten letztlich dem identischen wirtschaftlichen Zweck dienen, werden sie in der Praxis des Bundesgerichtes unterschiedlich behandelt, da sich – zumindest bei formaler Betrachtung – der Kaufgegenstand bei diesen Strukturierungsvarianten fundamental unterscheidet: Beim Gesellschaftskauf sind die Anteile der Gesellschaft Kaufgegenstand, während beim Betriebskauf Aktiven, Passiven und Rechtsbeziehungen des Unternehmens Kaufgegenstand sind.

a) Sachgewährleistung beim Betriebskauf

aa) Die Rechtsnatur des Betriebskaufs

Beim Betriebskauf nimmt das Bundesgericht einen Vertrag *„sui generis"* und nicht einen Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 ff. OR an, da sich die Partei, die den Betrieb zu übertragen hat, zu einer Vielzahl von Leistungen verpflichtet, die sich nicht unter den Kaufvertrag subsumieren lassen[12]. Dementsprechend wendet das Bundesgericht bei einem derartigen Kauf die Sachgewährleistungsregeln des Kaufvertrages nicht auf den gesamten Vertrag an, sondern will je nach Typ der im Rahmen des Betriebskaufes erbrachten Leistungen die für die betreffende Leistung sachgerechten Vorschriften zur Anwendung bringen. Dies führte im konkreten Fall dazu, dass der Käufer eines Nachtclubs keine Ansprüche aus Sachgewährleistung geltend machen konnte, als sich zeigte, dass die gemieteten Räume, deren Mietvertrag der Käufer mit dem Betrieb zusammen übernommen hatte, wegen einer Spritzasbestdecke saniert werden mussten. Auch wenn das Bundesgericht im konkreten Fall die Anwendung der Regeln über die Sachgewährleistung abgelehnt hat, da die Übertragung des Mietvertrages keine kaufvertragliche Leistung ist[13], kann aus diesem Urteil gefolgert werden, dass die Gewährleistungsregeln auf alle Leistungen des Verkäufers Anwendung finden, die auch Gegenstand eines Kaufvertrages sein können[14].

Die Charakterisierung des Betriebskaufs als Vertrag *„sui generis"* und die Aufteilung der Rechtsfolgen nach den einzelnen vertraglich vereinbarten Leistun-

12 BGE 129 III 1 ff.; vgl. auch BGE vom 10.12.1986, in: SJ 1987, 179 f.

13 BGE 129 III 22.

14 BGE vom 10.12.1986, in: SJ 1987, 180; BGE 88 II 410; T. LÖRTSCHER, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, ZvglRWiss 83, 52 f.; HONSELL, BSK OR 197 N 1.

gen geht m.E. am Willen der Parteien vorbei. Die Parteien wollen mit dem Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit übertragen. Entsprechend haben die einzelnen Leistungen des Verkäufers keine eigenständige Bedeutung, sondern sind nur Mittel zum Zweck, d.h. sollen dem Käufer ermöglichen, das Unternehmen zu übernehmen und zu führen[15]. Der Betriebskauf erscheint in dieser Betrachtung nicht als Vertrag *„sui generis"*, sondern als Kaufvertrag mit Nebenpflichten, für den einheitlich die Sachgewährleistungsregeln gemäss Art. 197 ff. OR gelten[16].

bb) Der Sachmangel

Wenn die Regeln über Sachgewährleistung im Rahmen eines Betriebskaufes angewendet werden, stellt sich die Frage, wann ein Mangel im Sinne von Art. 197 OR vorliegt, der den Wert des Unternehmens bzw. seine Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Da der Zweck des Betriebskaufes darin liegt, ein Unternehmen zu übertragen, müssen diese Fragen auf der Basis des übertragenen Gesamtunternehmens beurteilt werden und nicht auf der Basis der einzelnen im Unternehmen zusammengefassten Aktiven[17].

Die Tatsache, dass der Kaufpreis geringer ist als der objektive Wert des Unternehmens, kann allein nicht als Mangel im Sinne von Art. 197 OR betrachtet werden, da der Wert im rechtlichen Sinne keine vorausgesetzte Eigenschaft des Kaufgegenstandes darstellt[18]. Nur wenn die Wertdifferenz darauf zurückzuführen ist, dass das Unternehmen in einzelnen Punkten von dem zu erwartenden Sollzustand abweicht und dies zu einer Werteinbusse führt, kann allenfalls ein rechtlich relevanter Sachmangel vorliegen. Da bei Unternehmen – im Gegensatz zu neuen Autos oder klar spezifizierten chemischen Substanzen als Kaufobjekt – keine allgemein gültigen Qualitätsstandards existieren, die den Sollzustand des Kaufobjektes definieren, muss sich der massgebliche Sollzustand aus dem ergeben, was der Käufer als vernünftigen Geschäftspartner in Anbetracht aller relevanten Umstände erwarten durfte[19]. Dementsprechend hängt der Sollzustand von der Tätigkeit des Unternehmens, vom Alter der Anlagegüter und auch von den Äusserungen ab, die der Verkäufer bezüglich des Unternehmens vor und während der Vertragsverhandlungen machte[20]. Im Rahmen dieses Standards stellen typischerweise die folgenden Probleme Mängel dar:

– *Unrichtige Bilanzen*

  Wenn die letzte vor dem Verkauf erstellte Bilanz unrichtig ist, weil die Gesellschaft in dem für die Bilanz massgeblichen Zeitpunkt mehr bilanzierungspflichtige Passiven hatte als ausgewiesen oder weniger bilanzierungsfähige Aktiven als in der Bilanz aufgeführt bzw. weil die einzelnen Bilanzpositionen über- bzw. unterbewertet waren[21], so liegt ein rechtserheblicher Mangel vor[22]. Dies ergibt sich daraus, dass der Käufer aufgrund von Art. 957 ff. OR davon ausgehen kann, dass Bilanzen materiell richtig sind und damit den kaufrechtlich relevanten Sollzustand des Unternehmens definieren[23].

– *Notwendige Aktiven oder Rechte fehlen*

  Beim Kauf eines Unternehmens kann der Käufer vernünftigerweise davon ausgehen, dass das betreffende Unternehmen die für seine Tätigkeit notwendigen Aktiven und Rechte hat bzw. mindestens über diesbezügliche vertragliche Nutzungsrechte[24] verfügt, um diese rechtmässig zu nut-

15 M. VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SJZ 2003, 335; P. TERCIER, La point sur la partie spéciale du droit des obligations, SJZ 99 (2003), 302.

16 VISCHER (FN 15), 737 f.; auch bei dieser Konstellation kommt es nicht zu Gewährleistungsansprüchen. Wenn wie in BGE 129 III 1 ff. ein Dritter nicht die mit dem Unternehmen vertraglich vereinbarten Leistungen erbringt (in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall musste der Vermieter dem Käufer, der das Mietverhältnis übernommen hat, Räume für den Betrieb eines Nachtclubs zur Verfügung stellen, die gebrauchstauglich waren), da der Käufer gegenüber diesem Dritten Ansprüche stellen kann und somit gar keinen Schaden erleidet, den er im Rahmen einer Gewährleistung auf den Verkäufer überwälzen könnte.

17 LÖRTSCHER (FN 14), 53; WATTER (FN 10), 147.

18 Vgl. BGE 91 II 353.

19 Vgl. TSCHÄNI (FN 5), 160; LÖRTSCHER (FN 14), 53; BÖCKLI (FN 7), 65.

20 Vgl. J. LUGINBÜHL, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 135 ff.

21 Selbstverständlich ist eine Bilanz auch – je nach Buchführungsstandard – falsch, wenn die Passiven zu hoch oder die Aktiven zu niedrig ausgewiesen werden. Derartige Abweichungen sind aber für die Interessenlage von Käufer und Verkäufer in Bezug auf Gewährleistungen nicht relevant.

22 LUGINBÜHL (FN 20), 153 ff.

23 BÖCKLI (FN 7), 66 ff.; BÖCKLI spricht allerdings von einer „Übernahmebilanz"; sofern anlässlich der Übergabe des Unternehmens keine Stichtagsbilanz erstellt wird, muss aber die letzte vor dem Verkauf erstellte Bilanz massgebend sein.

24 Wenn aktivierungsfähige Aktiven nicht in der Bilanz ausgewiesen werden, muss der Käufer davon ausgehen, dass nur Nutzungsrechte vorhanden sind.

zen. Überdies kann der Käufer davon ausgehen, dass die für den Betrieb notwendigen Aktiven sich auch in einem für den Betrieb tauglichen Zustand befinden[25], wobei er allerdings – genau wie bei einem Gebrauchtwagen – nicht davon ausgehen kann, dass diese neu sind, sondern Zustand und Unterhaltsbedarf sich nach dem Alter der betreffenden Aktiven richtet[26].

– *Einhaltung wesentlicher Rechtsvorschriften*

Der Käufer kann davon ausgehen, dass der Verkäufer bei der Führung des Betriebes die anwendbaren Rechtvorschriften tatsächlich eingehalten hat[27] bzw. dass der Käufer bei der Übernahme des Unternehmens keine nicht bilanzierten Verpflichtungen übernimmt, die auf Rechtsverletzungen des Verkäufers vor dem Verkauf zurückzuführen sind[28].

Ein Mangel kann aber gemäss Art. 197 OR nur zu Ansprüchen führen, wenn er den Wert des Kaufgegenstandes bzw. seine Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Da nach dem Willen der Parteien das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit Gegenstand des Betriebskaufes ist, muss sich die in Art. 197 OR geforderte Erheblichkeit am Gesamtunternehmen messen, d.h. ein Mangel kann nur erheblich sein, wenn er dazu führt, dass das Unternehmen als Gesamtes erheblich weniger wert ist oder wenn die betriebliche Tätigkeit durch den Mangel erheblich behindert wird. Dies schliesst Ansprüche aus, wenn nur einzelne unbedeutende Teile des Anlagevermögens fehlen bzw. untauglich sind oder ein relativ geringer Teil des Lagers überbewertet ist, selbst wenn das betreffende Problem ein Mangel im Sinne von Art. 197 OR darstellen würde, sofern die betreffenden Aktiven in einem Einzelkauf verkauft würden[29], muss auf die Gesamttransaktion abgestellt werden. Nur wenn die Parteien in Kenntnis des betreffenden Problems einen tieferen

25 Vgl. die Beispiele bei LUGINBÜHL (FN 20), 138 ff.

26 Vgl. BÖCKLI (FN 7), 68 f., der allerdings den Kreis weiter zieht, indem er die sehr erfolgreiche Führung des Unternehmens als Sollzustand voraussetzt.

27 BÖCKLI (FN 7), 68.

28 Auch wenn der Betriebskauf so strukturiert wird, dass nur bestimmte Passiven übernommen werden, kann es vorkommen, dass der Käufer Passiven übernimmt, die auf frühere Rechtsverletzungen zurückzuführen sind. Insbesondere kann der Käufer aufgrund der Übernahme von Grundstücken oder anderen Aktiven als Zustandsstörer für die Auswirkung von Altlasten verantwortlich werden und – ohne es zu wollen – weitgehende Sanierungspflichten übernehmen.

29 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 600.

Preis für das Gesamtunternehmen vereinbart bzw. auf die Transaktion ganz verzichtet hätten, kann daher ein „wesentlicher" Mangel im Sinne von Art. 197 OR vorliegen. Diese Grenze dürfte nach praktischer Erfahrung etwa bei 1-2% Wertabweichung liegen. Wertabweichungen, die unter dieser Grenze liegen, haben dagegen in den Verhandlungen kaum Bedeutung, da sich diese Beträge noch im Bereich der Rundungsdifferenzen bewegen.

b) Sachgewährleistung beim Gesellschaftskauf

Beim Gesellschaftskauf nimmt das Bundesgericht die Position ein, dass zwar ein Fahrniskauf im Sinne von Art. 184 ff. OR vorliegt[30], dass sich Mängel aber allein auf den formellen Kaufgegenstand selbst, d.h. die gemäss Kaufvertrag zu übertragenden Urkunden beziehen können, sofern der Käufer nicht spezielle Zusicherungen über das Unternehmen gemacht hat[31]. Nur wenn die zu übertragenden Urkunden körperliche Mängel aufweisen[32] – was praktisch nie vorkommt oder mindestens wertmässig irrelevant ist – könnte der Käufer Ansprüche stellen, nicht aber, wenn das gekaufte Unternehmen selbst Mängel aufweist.

Wie in der Lehre mehrfach und überzeugend dargelegt, ist diese Praxis unrichtig, da der Wille der Parteien auch bei der Strukturierung einer Transaktion als Gesellschaftskauf auf den Kauf des Unternehmens gerichtet ist[33]. Immer wenn eine Anzahl von Anteilen verkauft wird, welche die Kontrolle über ein Unternehmen gewährt, weil auf diese Anteile mehr als 50% der Stimmen entfallen, muss in diesem Sinne angenommen werden, dass die Parteien den Willen hatten, das Unternehmen zu übertragen und dass daher in Anwendung von Art. 18 OR hinsichtlich der Sachgewährleistung das Unternehmen selbst als Kaufgegenstand betrachtet werden muss[34]. Daher sind die oben dargestellten Grundsätze über die Sachgewährleistung beim Betriebsverkauf auch auf den Gesellschaftskauf anzuwenden. Ob das Bundesgericht seine Praxis in Anbetracht der Kritik der Lehre anpassen wird, ist allerdings unklar. Einerseits sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung von Sachgewährleistungs-

30 BGE 107 II 418; WATTER (FN 10), 149.

31 BGE 79 II 158; 107 II 422.

32 TSCHÄNI (FN 5), 162 mit Beispielen.

33 TSCHÄNI (FN 5), 160, BÖCKLI (FN 7), 62 ff.; WATTER (FN 10), 151 ff.; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichtes VD vom 29.4.1977, in: SJZ 77, 28.

34 BÖCKLI (FN 7), 153.

ansprüchen derart streng[35], dass solche Ansprüche in den meisten Fällen schon an dieser Hürde scheitern und das Bundesgericht daher in den meisten Fällen offen lassen kann, ob sich ein Sachmangel bei einem Gesellschaftskauf überhaupt auf das Unternehmen beziehen kann. Andererseits hat das Bundesgericht aber durch die Möglichkeit des Käufers, sich bei Mängeln des Unternehmens auf Grundlagenirrtum und Täuschung zu berufen, eine Alternative zur Sachgewährleistung geschaffen, die in den meisten Fällen zu einem sachgerechten Resultat führt[36]. Aus dieser Sicht ist der Anreiz für eine Praxisänderung gering, weshalb es in der juristischen Beratung trotz der überzeugenden Argumente der Lehre höchst unvorsichtig wäre, auf eine derartige Praxisänderung zu vertrauen.

c) Voraussetzungen für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen

Ansprüche aus Sachgewährleistung können nur geltend gemacht werden, wenn der Käufer die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

– *Prüfung des Kaufgegenstandes*

  Der Käufer muss den Kaufgegenstand gemäss Art. 201 OR „sobald nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich" prüfen. Nimmt der Käufer keine derartige Prüfung vor oder erfolgt diese zu spät, gelten alle Mängel als genehmigt, die bei einer usanzgemässen Prüfung erkennbar gewesen wären[37]. Obwohl das Unternehmen als Kaufgegenstand relativ komplex ist, muss nach der bundesgerichtlichen Praxis davon ausgegangen werden, dass auch bei diesem Kaufobjekt die entsprechende Prüfung innert 10 bis 20 Tagen nach Übergabe durchgeführt werden muss[38]. Das Bundesgericht hatte allerdings noch keine Gelegenheit, sich über die Tiefe der bei einem Unternehmenskauf „üblichen" Prüfung zu äussern. Nach der Praxis ist anzunehmen, dass der Käufer bei der Übernahme wesentliche Geschäftsvorfälle sowie die wesentlichen Aktiven überprüfen sollte, da diese Überprüfung letztlich Voraussetzung für die Weiterführung des Unternehmens ist. M.E. ist aber keine eigentliche *post acquisition* Due Diligence oder gar eine Buchprüfung notwendig, bei der alle wertrelevanten Faktoren des Unternehmens detailliert geprüft werden, da in der Mehrzahl der Fälle keine derartig tief greifenden Prüfungen vorgenommen werden und diese daher nicht als „übliche Prüfung" betrachtet werden können. Normalerweise nimmt der Käufer erst den nächsten Jahresabschluss zum Anlass, um eine tief greifende Prüfung durchzuführen; bis zu diesem Zeitpunkt kann er sich auf die vorhandenen Abschlüsse und deren Richtigkeit verlassen.

  Entsprechend der in Art. 201 OR formulierten Rechtsfolge gelten alle Mängel, die bei der oben umschriebenen beschränkten Prüfung zu Tage treten würden, als genehmigt, wenn in der kurzen Frist keine Prüfung durchgeführt wird oder die Prüfung die Mängel, die bei richtiger Durchführung der Prüfung zu erkennen wären, nicht zeigt.

– *Rügepflicht*

  Gemäss Art. 201 OR muss ein entdeckter Mangel sofort nach der Entdeckung gemeldet werden. Unterbleibt die Meldung, so gilt der betreffende Mangel ebenfalls als genehmigt. Das Erfordernis der sofortigen Anzeige eines Mangels bedeutet auch bei einem Unternehmenskauf, dass der Mangel dem Verkäufer innert zwei bis drei Tagen nach Kenntnisnahme mitzuteilen ist, wobei die Mitteilung den Mangel soweit spezifizieren muss, dass der Verkäufer die Tragweite des Mangels erkennen kann[39].

– *Der Mangel war weder bekannt noch erkennbar*

  Gemäss Art. 200 OR kann der Käufer keine Ansprüche aus Gewährleistung stellen, wenn er den betreffenden Mangel vor dem Abschluss des Kaufvertrages[40] erkannt hat oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen[41]. Diese Regelung ist sinnvoll, da ein Mangel, den der Käufer beim Abschluss des Vertrages kennt, in die Preisbildung einbezogen wird bzw. der Verkäufer davon ausgehen kann, dass der Käufer alle

35 Dazu im Einzelnen Ziff. 2.c) hinten.

36 WATTER (FN 10), 153.

37 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, 384.

38 BGE 107 II 418: etwa 20 Tage trotz Weihnachten und Neujahr; kritisch dazu TSCHÄNI (FN 5), 161. und BÖCKLI (FN 7), 70, der mit einer geltungszeitlichen Auslegung von Art. 201 OR bei Unternehmenskäufen eine wesentlich längere Frist vorschlägt.

39 GIGER, BK, OR 201 N 4 ff.; BÖCKLI (FN 7), 74; T. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 37), 385.

40 Entscheidend ist der Zeitpunkt bei Vertragsabschluss: BGE 117 II 262 f.

41 AMSTUTZ (FN 4), 1110.

Mängel, die für ihn erkennbar waren, in die Preisberechnung einbezogen hat:

- *Kenntnis des Mangels*

  Ein Käufer hat Kenntnis von einem Mangel, wenn er das gesamte Ausmass des Mangels und seine Auswirkungen auf Wert und Funktionsfähigkeit des Kaufgegenstandes kennt[42]; es genügt nicht, wenn er nur Indizien kennt, die auf einen Mangel hindeuten[43]. Jedoch kann die Kenntnis von Indizien dazu führen, dass dem Käufer entgegengehalten werden kann, dass er den Mangel hätte erkennen können.

- *Kennenmüssen des Mangels*

  Die Kenntnis eines Mangels wird dem Käufer auch dann zugerechnet, wenn er diesen zwar nicht gekannt hat, aber bei „gewöhnlicher Aufmerksamkeit" hätte erkennen können. Die Gerichte stellen keine hohen Anforderungen an die „gewöhnliche Aufmerksamkeit" und verlangen keine Prüfung des Kaufgegenstandes, sondern stellen auf die Mängel ab, die der Käufer ohne besondere Anstrengungen bei der Analyse der Informationen, die er vom Verkäufer erhalten hat bzw. bei einer äusserlichen Betrachtung des Kaufgegenstandes erkennen kann[44].

Bei der Beurteilung, ob der Käufer einen bestimmten Mangel kannte bzw. kennen musste, wird ihm das Wissen bzw. die Tätigkeit von Hilfspersonen, die für ihn verhandeln bzw. den Kaufgegenstand untersuchen, gemäss Art. 101 OR angerechnet.

Bei einem Unternehmenskauf stellt sich die Frage des Ausschlusses von Ansprüchen nach Art. 200 OR vor allem, wenn der Käufer vor dem Kauf[45] eine Due Diligence[46] durchführt. Erkennt der Käufer aufgrund der Informationen, die ihm der Verkäufer übergibt, einen Mangel oder müss-

42 BGE 66 II 137, AMSTUTZ (FN 4), 1111.

43 GIGER, BK, OR 200 N 7; KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 80.

44 Vgl. BGE 66 II 137, HONSELL, BSK, OR 200 N 3; VISCHER, Due Diligence (FN 1), 234 f.

45 Ein Post-Signing oder eine Post Closing Due Diligence hat keine Bedeutung im Hinblick auf Art. 200 OR, da nur der Kenntnisstand im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entscheidend ist.

46 Zur Due Diligence im Allgemeinen: VISCHER (FN 1), 229; SCHENKER (FN 1), 210.

te er bei aufmerksamer Durchsicht dieser Informationen Mängel erkennen[47], so kann er bezüglich dieser Mängel keine Ansprüche mehr stellen[48]. Damit hat eine Due Diligence für den Käufer immer dann negative Folgen, wenn die Due Diligence unsorgfältig ausgeführt wird und deshalb nicht alle erkennbaren Mängel wirklich erkannt werden, oder wenn die Erkenntnis von Mängeln nicht konsequent umgesetzt wird, d.h. wenn der Käufer nach Entdeckung des Mangels nicht eine entsprechende Kaufpreisreduktion durchsetzt oder verlangt, dass die erkannten Risiken durch vertragliche Garantien abgedeckt werden.

Erhält der Käufer keine Gelegenheit zur Due Diligence vor dem Abschluss des Kaufvertrages oder führt er aus eigenem Entschluss keine derartigen Untersuchungen durch, so kann ihm m.E. nicht vorgeworfen werden, dass er das Gebot der „gewöhnlichen Aufmerksamkeit" von Art. 200 OR verletzt hat und sich deshalb alle diejenigen Mängel anrechnen lassen muss, die er bei der Durchführung einer Due Diligence hätte erkennen können[49]. Das Bundesgericht hat in BGE 66 II 137 festgestellt, dass der Käufer vor dem Abschluss des Vertrages keine Prüfungspflicht im Sinne von Art. 201 OR hat und für die Besichtigung eines zum Kauf stehenden Hauses keine Fachleute zuzuziehen hat. Dieser Standard gilt letztlich auch für Unternehmenskäufe: Auch wenn eine mehr oder weniger tiefe Due Diligence heute bei vielen Unternehmenskäufen üblich ist, stellt ihre Durchführung keine Pflicht des Käufers dar[50].

– *Der Anspruch muss innert einem Jahr geltend gemacht werden*

Gemäss Art. 210 OR verjähren Ansprüche aus Sachgewährleistung innert einem Jahr nach Ablieferung des Kaufgegenstandes[51]. Damit werden auch alle Ansprüche aufgrund von versteckten Mängeln ausgeschlossen, die erst nach Ablauf dieses Jahres entdeckt werden. Diese kurze Verjäh-

47 Lässt der Käufer die Due Diligence durch Spezialisten durchführen, so wird bezüglich der Sorgfalt bzw. der Umstände, die der Käufer bei aufmerksamer Betrachtung des Kaufgegenstandes erkennen kann, auf die Fähigkeiten dieser Spezialisten abgestellt, was zu einem höheren Standard des „Kennenmüssens" führt; vgl. bezüglich der Auswirkungen von Spezialkenntnissen auf den Standard des Kennenmüssens: BGE 95 II 125.

48 AMSTUTZ (FN 4), 1112.

49 Zt a.A. AMSTUTZ (FN 4), 1112.

50 VISCHER, Due Diligence (FN 1), 235.

51 GIGER, BK OR 210, N 8 ff.

rungsfrist ist bei Unternehmenskäufen problematisch, da einerseits versteckte Mängel häufig erst nach einem ordentlichen Jahresabschluss und der entsprechenden Prüfung entdeckt werden[52] und andererseits Mängel, die auf eine Verletzung von Umwelt- und Steuervorschriften zurückzuführen sind, oft erst entdeckt werden können, wenn die zuständigen Behörden oder Geschädigte Ansprüche stellen. Damit haben verschiedene Mängel eine „Latenzzeit", die über die kurze 1-jährige Frist hinausgeht.

Die oben dargestellten Hürden erschweren gerade beim Unternehmenskauf die Durchsetzung der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche stark; die kurzen Prüfungs- und Rügefristen können aufgrund der Komplexität des Kaufobjektes meist nicht eingehalten werden, und häufig entspinnt sich auch ein Streit über die Frage, welche Informationen der Käufer vor dem Abschluss des Vertrages hatte und welche Mängel er daraus erkennen konnte. Die kurze Verjährungsfrist führt manchmal dazu, dass massive Mängel nicht mehr geltend gemacht werden können, weil sie erst nach dieser Frist sichtbar werden. Dementsprechend muss der Käufer versuchen, gerade diese Punkte im Kaufvertrag so zu regeln, dass die Geltendmachung von materiell berechtigten Ansprüchen nicht unnötig erschwert wird.

d) Gewährleistung bei Täuschung

Kann der Käufer nachweisen, dass der Verkäufer ihn beim Abschluss des Kaufvertrages über die Existenz gewisser Mängel getäuscht hat, so hat dies nicht nur zur Folge, dass gemäss Art. 199 OR allfällige vertragliche Einschränkungen der Sachgewährleistung bezüglich dieser Mängel dahinfallen, sondern auch, dass gemäss Art. 203 OR die Verspätung der Mängelrüge nicht mehr zum Wegfall der Ansprüche führt und gemäss Art. 210 Abs. 3 OR auch die Beschränkung der Verjährungsfrist auf 1 Jahr dahin fällt[53]. Der Begriff der Täuschung ist der gleiche wie bei Art. 28 OR, weshalb auf die Ausführungen in Ziff. 4.c) unten verwiesen werden kann.

52 BÖCKLI (FN 7), 74.

53 BGE vom 10.12.1986, in: SJ 1987, 180 f.; BGE 81 II 137.

e) Die Ansprüche aus Gewährleistung

Bei einem korrekt geltend gemachten Sachmangel kann der Käufer gemäss Art. 205 OR entweder Wandelung oder Minderung verlangen[54].

aa) Wandelung

Die Wandelung ist bei einem Unternehmenskauf normalerweise eine wenig geeignete Rechtsfolge, da der Käufer das gekaufte Unternehmen meist sofort nach dem Erwerb in das eigene Unternehmen integriert oder sonst so stark verändert, dass dem Verkäufer eine Rückgabe nicht mehr zugemutet werden kann[55]. Praktische Probleme entstehen auch dadurch, dass der Käufer das Unternehmen während der Verfahrensdauer weiterführen muss, um eine Schädigung der ökonomischen Substanz des Unternehmens zu vermeiden und es damit notgedrungen zu weiteren Veränderungen kommen kann. Ausser in Fällen, in denen das gekaufte Unternehmen durch den Mangel völlig entwertet wird[56], wird deshalb das Gericht bei Wandelungsklagen in Anwendung von Art. 205 Abs. 2 OR nur eine Minderung zusprechen[57].

bb) Minderung

Bei der Minderung stellt sich meistens die Frage, wie hoch der entsprechende Anspruch ist – eine Fragestellung, die auch dann im Mittelpunkt einer Auseinandersetzung steht, wenn die Gewährleistungen durch vertragliche Zusicherungen definiert worden sind, die Parteien aber die Berechnung des Minderungsanspruches nicht vertraglich geregelt haben.

Nach herrschender Lehre und Gerichtspraxis muss der Kaufpreis bei einem Sachmangel nach der „relativen Methode" herabgesetzt werden, d.h. der Kaufpreis wird um den Prozentsatz reduziert, welcher der Differenz des objektiven Wertes des Kaufgegenstandes mit bzw. ohne Mangel entspricht[58]. Diese Methode, die dazu dienen soll, auch bei einer Minderung das beim Abschluss

54 Die in Art. 206 OR vorgesehene Ersatzlieferung kommt beim Unternehmenskauf nicht in Frage, da es sich um einen Spezieskauf handelt.

55 WATTER (FN 10), 175.

56 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 37), 387.

57 TSCHÄNI (FN 5), 170; BÖCKLI (FN 7), 81.

58 HONSELL, BSK, OR 205 N 8 mit weiteren Hinweisen; TSCHÄNI (FN 5), 171; GIGER BK OR 205, N 20; BGE 111 II 162; BGE vom 10.12.1986, SJ 1987, 181; VISCHER, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, 362.

des Vertrages geltende Verhältnis zwischen Wert und Preis aufrechtzuerhalten, basiert auf der Konzeption eines genau feststellbaren „objektiven" Wertes, den es gerade bei Unternehmen nicht gibt[59]. Obwohl sich die betriebswirtschaftliche Praxis und Lehre intensiv mit der Frage der objektiv richtigen Unternehmensbewertung auseinandersetzen, gibt es keine Methode, die es erlaubt, den Wert eines Unternehmens mit einer für die Anwendung der relativen Methode genügenden Genauigkeit zu bestimmen[60].

Da die Schwierigkeiten der objektiv richtigen Bewertung auch bei anderen Kaufgegenständen bestehen, geht das Bundesgericht in seiner Praxis davon aus, dass der objektive Wert dem Preis entspricht und dass der Minderwert den Kosten entspricht, die bei der Beseitigung des Mangels anfallen, sofern es den Parteien nicht möglich ist, die Grundlagen für die Anwendung der relativen Berechnungsmethode zu beweisen[61]. Diese Methode ist bei Unternehmenskäufen immer dann sinnvoll, wenn der Mangel darin besteht, dass zusätzliche Passiven bestehen, bestimmte Aktiven fehlen oder unbrauchbar sind, oder Compliance Kosten anfallen, weil das verkaufte Unternehmen nicht den anwendbaren rechtlichen Vorschriften entspricht; in diesen Fällen erhält der Käufer durch die Differenzzahlung die Mittel, um den Mangel des Unternehmens zu beheben, sodass er im Ergebnis für den bezahlten Preis ein mängelfreies Unternehmen erhält. Diese Betonung der Substanz steht im Widerspruch zu dem Teil der Lehre, der davon ausgeht, dass die Substanz entweder gar nicht zu beachten ist, weil nur die Ertragskraft des Unternehmens wesentlich ist[62] bzw. der Ansicht ist, dass Substanzprobleme nur im Rahmen der konkret angewandten Bewertungsmethode gewichtet werden dürfen, was bei Anwendung der Praktikermethode[63] beispielsweise dazu führt, das die Substanz höchstens zu einem Drittel gewertet wird. In der Praxis spielt aber die Substanz, d.h. die Absenz erwar-

59 Vgl. TSCHÄNI (FN 5), 171; WATTER (FN 10), 184.

60 Die theoretisch richtige DCF Methode liefert in der Praxis auch keine eindeutigen Resultate, da sie auf der Schätzung zukünftiger Geldflüsse basiert, die nie mit Sicherheit prognostiziert werden können.

61 BGE 111 II 163; BGE vom 10.12.1986, SJ 1987, 181. Vgl. dazu WATTER (FN 10), 185 der beim Unternehmenskauf zur Ermittlung der Minderung direkt auf den hypothetischen Preis abstellen will, den die Parteien als vernünftige und ständige Personen in Kenntnis des Mangels vereinbart hätten. Diese Methode wird in den meisten Fällen zu den gleichen oder ähnlichen Ergebnissen führen wie die hier dargestellte Methodik.

62 BÖCKLI (FN 7), 82; VISCHER, Sachgewährleistung (FN 58), 363.

63 Bei der Praktikermethode errechnet sich der Unternehmenswert aus dem Mittel des einmal gewichteten Substanzwertes und des doppelt gewichteten Ertragswertes.

teter Aktiven bzw. das Auftreten unerwarteter Passiven eine wesentlich stärkere Rolle:

- Soweit nichtbetriebsnotwendige Aktiven fehlen, werden diese in der normalen Unternehmensbewertung nach der DCF Methode zu 100% als preisrelevant betrachtet, da sie nach dem Kauf des Unternehmens vom Käufer verkauft werden können und entsprechend einen Mittelzufluss auslösen, der nach der DCF Methode in die Bewertung einfliesst[64].
- Fehlt ein betriebsnotwendiges Aktivum, so muss dieses zur Aufrechterhaltung des Betriebes ersetzt werden, was zu einem entsprechenden Mittelabfluss führt, der in der DCF Methode ebenfalls direkt in die Bewertung einfliesst. [65]
- Unerwartete Passiven müssen früher oder später beglichen werden, was zu entsprechenden Mittelabflüssen führt, die in der DCF Bewertung ebenfalls direkt berücksichtigt werden[66].

Die oben beschriebene Berechnungsmethode scheitert allerdings, wenn sich ein Mangel nicht auf die Substanz bezieht, sondern den Ertrag des Unternehmens reduziert. Eine derartige Situation liegt beispielsweise vor, wenn einem Unternehmen eine Konzession fehlt, die Grundlage eines bestimmten Geschäftsbereiches ist und die nicht nachträglich beschafft werden kann, oder wenn sich zeigt, dass ein Teil des in der letzten Jahresrechnung ausgewiesenen Gewinnes fiktiv ist und auch in der Zukunft nicht erwirtschaftet werden kann. In einem derartigen Fall muss letztlich die Auswirkung des Ertragsausfalls auf die Kaufpreisberechnung bestimmt werden; wenn die Parteien nicht nachweisen können, dass sie beide gemeinsam für die Berechnung des Kaufpreises eine bestimmte Bewertungsmethode verwendet haben, muss der Richter von einer „Normalbewertung"[67] ausgehen und einen zur Gewinnreduktion proportionalen

64 Der Zufluss wird nur um die Diskontierung zwischen dem Zeitpunkt des Unternehmenskaufs und dem Verkauf des betreffenden Aktivums reduziert.

65 Wenn betriebsnotwendige Aktiven zwar vorhanden sind, diese in der Bilanz aber überbewertet sind, so hat dies im Gegensatz zur Überbewertung von nichtbetriebsnotwendigen Aktiven keinen Einfluss auf den Unternehmenswert und kann mangels Erheblichkeit des Mangels nicht zu einer Minderung führen, weil bei betriebsnotwendigen Aktiven nicht ihr absoluter Wert, sondern ihren Gebrauch für die betriebliche Leistungserstellung entscheidend ist.

66 BÖCKLI (FN 7), 81 ff.

67 Vgl. WATTER (FN 10), 186 f.

Abzug am Kaufpreis machen[68]. Sofern der Ertrag allerdings nur während einer bestimmten Zeit reduziert wird, kann nicht eine derartige proportionale Reduktion des Kaufpreises Platz greifen, sondern nur der diskontierte Betrag der entgangenen Gewinne vom Kaufpreis abgezogen werden. Untergrenze aller ergebnisbezogenen Abzüge ist aber immer der Liquidationswert des Unternehmens, da dieser dem Käufer auch dann verbleibt, wenn das Unternehmen gar keinen Gewinn macht und entsprechend liquidiert werden muss.

f) Schadenersatzansprüche

Wenn der Käufer wegen eines Sachmangels neben dem Minderwert des Kaufgegenstandes einen zusätzlichen Schaden erleidet, so kann er diesen Mangelfolgeschaden neben den oben dargestellten Ansprüchen geltend machen. Soweit der Kaufvertrag durch Wandelung aufgehoben wird, kann der Käufer gemäss Art. 208 Abs. 2 OR für den durch den Mangel unmittelbar verursachten Schaden ohne Nachweis eines Verschuldens des Verkäufers Schadenersatz geltend machen[69]. Für weiteren Schaden bei der Wandelung sowie auch für den gesamten Mangelfolgeschaden bei Minderung kann der Käufer dagegen gemäss Art. 208 Abs. 3 OR bzw. Art. 97 OR nur dann einen Schadenersatzanspruch geltend machen, wenn den Käufer ein Verschulden trifft, wobei der Verkäufer allerdings die Haftung abwenden kann, indem er den Nachweis erbringt, dass ihn kein Verschulden trifft[70].

Im Rahmen des Mangelfolgeschadens kann der Käufer das ganze positive Interesse am Vertrag geltend machen[71]. Beim Unternehmenskauf können sich dabei in folgenden Bereichen Schadenersatzforderungen ergeben:

68 Soweit das betreffende Unternehmen allerdings über nichtbetriebliche Aktiven verfügt, muss bei dieser Berechnung der Kaufpreis zuerst um den Wert dieser Aktiven reduziert werden, da anzunehmen ist, dass die nichtbetriebsnotwendigen Aktiven neben dem Ertragswert in der Kaufpreisberechnung berücksichtigt worden sind.

69 Gemäss BGE 79 II 376 entspricht der unmittelbare Schaden dem negativen, der mittelbare dem darüber hinausgehenden positiven Interesse, vgl. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 37), 388; in der Lehre ist die Abgrenzung allerdings umstritten, vgl. HONSELL, BSK, OR 208 N 8.

70 BGE 96 II 115, GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 37), 389.

71 WATTER (FN 10), 182.

– *Kurzfristige Ertragsausfälle bei fehlenden oder untauglichen Aktiven oder Compliance Problemen*

  Auch Mängel, die keinen negativen Einfluss auf die nachhaltige Ertragskraft haben, können kurzfristig zu Ertragsausfällen führen. So kann es zu Produktionsausfällen kommen, bis fehlende Anlagegüter beschafft oder untaugliche ersetzt bzw. wiederhergestellt worden sind, oder es kann auch zu einer temporären Betriebsschliessung kommen, wenn eine Pharmafabrik, die nicht den massgeblichen Standards entsprach, in Übereinstimmung mit den geltenden Regeln gebraucht werden muss.

  Liegt der Mangel allerdings gerade in einer Reduktion der nachhaltigen Ertragskraft[72], so wird dieser Schaden – wie vorne dargestellt – direkt durch die Minderung des Kaufpreises kompensiert. Der entgangene Gewinn ist damit abgegolten und kann nicht noch ein zweites Mal über Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden.

– *Synergieeffekte*

  Wenn das gekaufte Unternehmen in das Unternehmen des Käufers integriert werden soll und bestimmte Mängel diese Integration verhindern oder verzögern, so stellt der Ausfall der Synergiegewinne, die der Käufer mit der Integration hätte erreichen können, einen Mangelfolgeschaden dar. Die Praxis zeigt jedoch, dass Synergieeffekte kaum je in überzeugender Weise nachgewiesen werden können; dem entspricht auch die Tatsache, dass bei vollzogenen Fusionen der Eintritt von Synergieeffekten sehr selten belegt werden kann.

– *Entgangene zukünftige Gewinne bei Wandelung*

  Kommt es bei einem Unternehmenskauf doch zu einer Wandelung, so versucht der Käufer häufig, die gesamten zukünftigen Gewinne oder die zukünftige Wertsteigerung des Unternehmens als Mangelfolgeschaden geltend zu machen. Derartige Ansprüche leiden allerdings nicht nur unter beweistechnischen Problemen, da der zukünftige Gewinn kaum je überzeugend belegt werden kann, sondern auch an konzeptionellen Problemen; mit der Wandelung erhält der Käufer seinen Kapitaleinsatz zurück und kann andere Projekte verfolgen, die ihm ebenfalls Gewinn bringen

72 Dazu vorne, Ziff. II.2.e)aa).

und dementsprechend vom entgangenen Gewinn abgezogen werden müssen.

Die oben skizzierten Probleme mit dem Nachweis von Mangelfolgeschäden zeigen, dass derartige Ansprüche in der Praxis kaum je durchgesetzt werden können; meiner Erfahrung nach können in der Praxis nur die oben im ersten Abschnitt dargestellten kurzfristigen Ertragsausfälle tatsächlich mit einer ausreichenden Erfolgswahrscheinlichkeit geltend gemacht werden.

3. Erfüllungsanspruch

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich ein Käufer alternativ zu den Gewährleistungsregeln bei Sachmängeln auch auf Art. 97 OR berufen, da der Vertrag mit der Ablieferung eines mangelhaften Kaufgegenstandes nicht richtig erfüllt wird[73]. Dieser Rechtsbehelf hat bei Sachmängeln aber keine eigenständige Bedeutung, da nach der bundesgerichtlichen Praxis die Modalitäten der Sachgewährleistungsansprüche, d.h. die in Ziff. II.2.c) oben dargestellten Hindernisse für Gewährleistungsansprüche, wie insbesondere die kurzen Fristen für Prüfung und Rüge und auch die kurze Verjährungsfrist, auch auf Ansprüche angewendet werden, die auf Art. 97 OR basieren, solange ein Sachmangel Grundlage des Anspruches ist[74]. Die Kritik, welche ein Teil der Lehre an dieser Praxis äussert[75], ist m.E. nicht berechtigt, da die Regeln über die Sachgewährleistung und vor allem die vom Gesetzgeber gewollten Einschränkungen dieser Ansprüche ihren Sinn verlieren würden, wenn sich der Käufer bei Mängeln ohne weiteres auf Art. 97 OR berufen könnte, ohne die oben erwähnten Modalitäten zu beachten[76].

4. Willensmängel

a) Das Verhältnis von Willensmängeln zu Gewährleistungsansprüchen

Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis kann sich ein Käufer beim Spezieskauf auch dann auf Willensmängel berufen, wenn der Willensmangel darauf

73 BGE 107 II 419; 108 II 104.

74 BGE 107 II 419; 107 II 231 f.

75 GIGER, BK, Vorbemerkungen OR 197-210.

76 BÖCKLI (FN 7), 75.

zurückzuführen ist, dass der Kaufgegenstand einen Sachmangel aufweist[77]. Dies heisst nicht, dass jeder Sachmangel des Kaufgegenstandes automatisch zu einem rechtserheblichen Willensmangel führt. Der Käufer kann sich aber dann auf einen Willensmangel berufen, wenn die Voraussetzungen des Irrtums oder der Täuschung erfüllt sind[78], selbst wenn wegen des Mangels grundsätzlich auch Ansprüche aus Sachgewährleistung geltend gemacht werden könnten.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Käufer, der sich bei einem Sachmangel auf Willensmängel beruft, nicht an die Modalitäten der Sachgewährleistung halten muss, da Willensmängel – anders als Ansprüche nach Art. 97 OR – nicht die Erfüllung betreffen, sondern den Abschluss des Vertrages[79]. Dementsprechend gelten bei Ansprüchen aus Willensmängeln die Bestimmungen über die Prüfungs- und Rügepflicht sowie die kurze Verjährungsfrist nicht; für diese Ansprüche gelten vielmehr allein die in Ziff. II.4.d) unten dargestellten Regeln über die Geltendmachung von Willensmängeln[80].

Das Verhältnis zwischen Sachgewährleistung und Willensmangel ist für den Käufer in der Praxis aber insofern problematisch, als das Bundesgericht davon ausgeht, dass der Käufer, der Ansprüche aus Sachgewährleistung geltend macht, den Vertrag genehmigt, da er mit der Berufung auf die kaufvertraglichen Rechtsbehelfe zum Ausdruck bringt, dass er am Kaufvertrag festhalten will[81]. Daher muss ein Käufer, der sich auf einen Willensmangel berufen will, zunächst allein diesen geltend machen und kann nur im Eventualstandpunkt – d.h. für den Fall, dass die Voraussetzungen für einen Willensmangel nicht gegeben sind – auch einen Anspruch auf Sachgewährleistung stellen[82].

Werden Ansprüche aus Sachgewährleistung vertraglich ausgeschlossen oder inhaltlich beschränkt, gilt diese Beschränkung nach der bundesgerichtlichen

77 Vgl. BGE 88 II 412; 84 II 517; 83 II 21; 79 II 160; 107 II 419; 108 II 104, 114 II 134 f., 127 III 83, 81 II 213; WATTER (FN 10), 160; Diese Alternativität der Rechtsbehelfe wird in der Lehre zum Teil kritisiert: P. GAUCH, Sachgewährleistungen und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, Recht 2001 185; SCHMIDLIN BK, OR 23/24 N 249 ff. mit Darstellung des Meinungsstandes.

78 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, 599; kritisch dazu GAUCH (FN 77), 186 ff.

79 GIGER BK, Vorbemerkungen zu OR 197/210, N 62; WAHRENBERGER, vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht, Zürich 1991, 134.

80 BGE 107 II 421; 108 II 105, kritisch WATTER (FN 10), 160 f.

81 BGE 88 II 412; GAUCH (FN 77), 185.

82 BGE 108 II 104.

Praxis auch für die Geltendmachung von Willensmängeln, soweit sich der Willensmangel auf einen Sachmangel stützt[83], für den die betreffende Beschränkung zur Anwendung kommt und die Beschränkung gemäss Art. 199 OR überhaupt gültig ist[84].

b) Grundlagenirrtum

Gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kann eine Vertragspartei einen Vertrag unter Berufung auf Irrtum aufheben, wenn sie sich über einen für den Vertragsabschluss bzw. die Vertragsgestaltung kausalen Sachverhalt geirrt hat, der nach „Treu und Glauben im Geschäftsverkehr" Grundlage des Vertrages ist[85]. Auf dieser Basis kann sich der Käufer im Spezieskauf auf Grundlagenirrtum berufen, wenn das Kaufobjekt einen Mangel aufweist, der so gravierend ist, dass ein vernünftiger Vertragspartner in den gleichen Umständen den betreffenden Kaufgegenstand nicht oder nur zu einem wesentlich tieferen Preis gekauft hätte[86]. Ein Grundlagenirrtum muss sich grundsätzlich auf gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte beziehen[87]. Ein Irrtum über Entwicklungen nach dem Vertragsabschluss kann man dagegen nur dann als Grundlagenirrtum qualifizieren, wenn der Eintritt der betreffenden Tatsache beim Abschluss des Vertrages von beiden Parteien als sicher angenommen wurde[88].

Diese Grundsätze wendet das Bundesgericht auch bei einem Unternehmenskauf an und erlaubt dem Käufer auch beim Gesellschaftskauf eine Berufung auf Grundlagenirrtum, wenn ein Mangel einen stark negativen Einfluss auf den Wert des gekauften Unternehmens hat[89]. Das Bundesgericht hat sich bisher noch nie darüber ausgesprochen, wie intensiv die durch den Mangel hervorgerufene Wertreduktion sein muss, damit ein Grundlagenirrtum vorliegt. Aufgrund der bisher entschiedenen Fälle muss aber angenommen werden, dass die Grenze der Wertabweichung wesentlich über der in Art. 197 OR erwähnten

83 BGE 126 III 59 ff.

84 Damit kann der vertragliche Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen zwar eine Berufung auf Grundlagenirrtum ausschliessen, aber nicht eine Berufung auf Täuschung. WATTER (FN 10), 197.

85 SCHWENZER, BSK, OR 24, N 16 ff.

86 BGE 97 II 46.

87 SCHWENZER, BSK, OR 24, N 18.

88 BGE 109 II 110.

89 BGE 79 II 163 f., 97 II 43; 107 II 419.

„Erheblichkeit" liegt, da in allen Grundlagenirrtumsfällen bisher weitaus massivere Abweichungen zu Diskussion standen[90]. Dementsprechend können nur Wertabweichungen, die klar über die normale Streubreite von Unternehmensbewertungen und Preisbestimmungen hinausgehen, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Grundlage des Vertragsabschlusses betrachtet werden; bei geringeren Abweichungen ist es dagegen möglich, dass eine andere Person den Kaufvertrag immer noch zu den gleichen Bedingungen abschliessen würde[91]. Damit dürfte eine Berufung auf Grundlagenirrtum wohl nur möglich sein, wenn sich der Minderwert auf 15-25% beläuft[92]. Die Spannbreite hängt allerdings auch vom Verhalten der Parteien ab; haben diese bestimmte Elemente des Unternehmens in den Verhandlungen ausdrücklich oder konkludent zur Grundlage der Kaufpreisbestimmung gemacht[93], so genügt eine geringere Abweichung, damit ein rechtserheblicher Willensmangel vorliegt. Da sich der Grundlagenirrtum nach der Rechtsprechung auf zukünftige Sachverhalte beziehen kann, falls der betreffende Sachverhalt von den Parteien als sicher angenommen wird, können auch gewisse Wertrisiken, die sich auf die zukünftige Entwicklung beziehen, abgedeckt werden. Dabei genügt es aber nicht, dass sich die Erträge des gekauften Unternehmens wesentlich schlechter entwickeln als angenommen; es muss sich vielmehr um ein einzelnes von den Parteien als sicher angenommenes Sachverhaltselement handeln, wie beispielsweise der Erhalt einer bestimmten Bewilligung oder Konzession, die Grundlage des Geschäftes ist und deren Erteilung von beiden Parteien im Nachgang an den Vertragsabschluss erwartet wurde[94].

Für die Berufung auf Irrtum ist es irrelevant, ob der Verkäufer den Mangel kannte; sofern die oben dargestellten Voraussetzungen erfüllt werden, ist dem Käufer die Berufung auf Grundlagenirrtum auch dann möglich, wenn der Verkäufer selbst das Problem nicht kannte[95].

Die Berufung auf Grundlagenirrtum ist auch dann möglich, wenn der Käufer den eigenen Irrtum fahrlässig verschuldet hat, d.h. den Irrtum hätte vermeiden

90 Vgl. BGE 97 II 43.

91 Vgl. WATTER (FN 10), 195.

92 Vgl. dazu auch die bei SCHWENZER, BSK, OR 24, N 24 aufgezählten Beispiele.

93 Z.B. „der Kaufpreis basiert auf der in der beiliegenden Bilanz ausgewiesenen Substanz des Unternehmens"; vgl. BGE 79 II 163, BGE 107 II 426.

94 Vgl. die Beispiele bei SCHWENZER, BSK, OR 24, N 18.

95 BGE 97 II 47.

können, wenn er den Kaufgegenstand mit genügender Sorgfalt untersucht hätte. Gemäss Art. 26 OR haftet der Käufer gegenüber dem Verkäufer in einem derartigen Fall aber für das negative Interesse, sofern der Verkäufer den Irrtum nicht kannte bzw. hätte erkennen müssen. Der Massstab der Sorgalt darf für den Käufer allerdings nicht überspannt werden; der Käufer ist, wie vorne dargestellt, vor dem Kauf nicht dazu verpflichtet, eine Due Diligence durchzuführen; nur wenn der Käufer seinen Irrtum aus den Informationen, die er vom Verkäufer selbst erhalten hat, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann ein fahrlässiger Irrtum vorliegen[96].

c) Täuschung

Gemäss Art. 28 OR kann eine Vertragspartei einen Vertrag auflösen, wenn sie von der Gegenpartei getäuscht worden ist, d.h. wenn die Täuschung zu einem Motivirrtum führt, der für den Abschluss des Vertrages oder mindestens für die Ausgestaltung des Vertragsinhaltes kausal war[97]. Diese Kausalität genügt bei einer Täuschung für die Anfechtung; im Gegensatz zum Grundlagenirrtum muss nicht nachgewiesen werden, dass der Irrtum eine Grundlage des Geschäftes betraf[98].

Die Täuschung muss vorsätzlich erfolgen, d.h. der Täuschende muss wissen, dass er mit seinem Verhalten einen Irrtum der Gegenpartei auslöst. Dabei genügt allerdings Eventualvorsatz. Eine Täuschung liegt also auch dann vor, wenn der Verkäufer ohne jede Kenntnis des Sachverhaltes eine für ihn günstige Angabe über das Unternehmen macht und damit in Kauf nimmt, dass diese falsch ist[99]. Liegt kein Vorsatz bzw. Eventualvorsatz vor, so kann sich der Käufer nur auf Grundlagenirrtum berufen, sofern sein Irrtum die notwendige Intensität erreicht.

Die Täuschung kann darin liegen, dass der Verkäufer aktiv falsche Tatsachen vorspiegelt. Daneben ist es aber auch möglich, dass der Verkäufer eine Täuschung begeht, indem er Informationen verschweigt, die er offen legen müsste. Die Praxis zeigt, dass es beim Unternehmenskauf vor allem in folgenden Situationen zu Täuschungen kommen kann:

96 Letztlich gelten die gleichen Überlegungen wie zu Art. 200 OR; vgl. dazu vorne, Ziff. II.2.c).

97 BGE 81 II 219.

98 SCHWENZER, BSK, OR 28, N 14.

99 Vgl. BGE 53 II 150; SCHWENZER, BSK, OR 28, N 11.

– *Aktive Täuschung*

Eine aktive Täuschung erfolgt meist im Vorfeld der Verhandlungen, indem falsche Angaben über das Unternehmen gemacht werden[100]. Diese können entweder in mündlicher Form erfolgen oder aber in schriftlicher Form, beispielsweise im Rahmen eines Information Memorandums, das der Verkäufer den Kaufinteressenten abgibt. Die Täuschung kann dabei in falschen Ertrags- oder Umsatzzahlen liegen, oder aber auch in unrichtigen Angaben über die Berechtigung an Immaterialgüterrechten oder Anlagevermögen. Der Umstand, dass derartige Angaben „ohne Gewähr" oder unter „Ausschluss aller Haftung" gemacht werden, ändert nichts daran, dass sie als Täuschung gewürdigt werden, wenn der Käufer bewusst falsche Angaben macht.

Die falsche Information über einen Sachverhalt ist aber von Werturteilen, Anpreisungen und Prognosen abzugrenzen, bei denen der Käufer erkennen muss, dass sie subjektiv sind. Aussagen, dass das Unternehmen einen hohen Wert repräsentiert, grossartige Zukunftsaussichten hat oder „hervorragend positioniert" ist, können deshalb nicht zu einer rechtserheblichen Täuschung führen, auch wenn sich das Unternehmen nachher nicht in der angepriesenen Weise entwickelt. Prognosen können aber dann zu einer Täuschung führen, wenn diese auf Grundlagen beruhen, von denen der Verkäufer weiss, dass sie falsch sind; prognostiziert der Verkäufer beispielsweise steigende Verkaufszahlen eines pharmazeutischen Produktes, weiss jedoch, dass das Produkt wegen starker Nebenwirkungen gar nicht zugelassen wird, so liegt eine rechtserhebliche Täuschung vor, da der Verkäufer den Käufer über die Verkäuflichkeit des betreffenden Medikaments getäuscht hat.

– *Täuschung durch Verschweigen*

Eine Täuschung durch Verschweigen kann nur vorliegen, wenn der Verkäufer bezüglich der verschwiegenen Tatsachen eine Aufklärungspflicht hat[101]. In den Verhandlungen über einen Unternehmenskauf kann sich diese Aufklärungspflicht aus dem Gebot ergeben, Verhandlungen nach

100 Vgl. BGE 81 II 213, Täuschung über Schulden einer Immobiliengesellschaft.

101 SCHWENZER, BSK, OR 28, N 8.

Treu und Glauben zu führen[102]. In diesem Sinne kann in folgenden Situationen eine Aufklärungspflicht entstehen:

- *Fragen des Käufers*

  Wenn der Käufer in den Verhandlungen oder im Vorfeld der Verhandlungen bezüglich des Kaufobjektes Fragen stellt, hat der Verkäufer die Verpflichtung, diese wahrheitsgemäss zu beantworten und muss dabei – entsprechend der Fragestellung – auch etwaige Probleme offen legen[103]. Dies gilt insbesondere im Due Diligence Verfahren, in dem relativ weitreichende Fragen zum Zustand des Unternehmens gestellt werden[104]. Ist der Verkäufer der Ansicht, dass er gewisse Informationen nicht offen legen will, weil es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt, so kann er selbstverständlich die Antwort verweigern, muss aber darauf hinweisen, dass er aus bestimmten Gründen keine Antwort gibt; unzulässig wäre es dagegen, auf eine Frage einen Mangel einfach zu verschweigen, ohne bekanntzugeben, dass auf die Offenlegung von Informationen aus Gründen des Geschäftsgeheimnisses verzichtet wird.

- *Erkennbarer Irrtum*

  Wenn der Verkäufer in den Verhandlungen feststellt, dass der Käufer sich in einem Irrtum befindet, so muss der Verkäufer diesen Irrtum aufdecken, da die Aufrechterhaltung eines Irrtums letztlich die gleiche Wirkung hat wie eine aktive Täuschung[105]. Geht ein Käufer beispielsweise davon aus, dass die zum Verkauf stehende Gesellschaft Eigentümerin einer bestimmten Marke ist und erwähnt dies auch in den Verhandlungen als wesentlichen Faktor in der Kaufpreisbildung, so muss der Verkäufer ihm eine entsprechende Mitteilung machen, wenn die betreffende Marke nur von einem Dritten lizenziert worden ist. Der Verkäufer muss aber nicht aktiv nach Irrtümern des Käufers forschen und ist dementsprechend nicht gehalten, dessen Kaufpreiskalkulation nachzuvollziehen, um festzustellen, ob diese auf realen Grundlagen beruht, oder aber von Irrtümern beeinflusst ist[106].

- *Offenlegung wesentlicher Mängel*

  Wenn ein Unternehmen wesentliche Mängel aufweist, die dem Verkäufer bekannt sind, wie z.B. Altlasten aufgrund von sanierungspflichtigen Spritzasbestbeschichtungen in Gebäuden, wesentliche Falschbuchungen in der letzten Bilanz oder der Verlust eines wichtigen Patentes aufgrund einer Nichtigkeitsklage, ist der Verkäufer im Rahmen des Verhandlungsverhältnisses verpflichtet, derartig schwerwiegende Probleme, welche geeignet sind, die Entscheidfindung des Käufers stark zu beeinflussen, offen zu legen[107]; die Präsentation des Unternehmens als mängel- bzw. problemfrei stellt in einer derartigen Situation letztlich bereits eine aktive Täuschung dar[108]. Wie weit diese Pflicht zur Offenlegung geht, hängt dabei auch vom Verhalten des Verkäufers selbst ab. Weist dieser in einem Information Memorandum oder ähnlichen Unterlagen detailliert auf die positiven Seiten des Unternehmens hin, so darf der Käufer davon ausgehen, dass der Verkäufer auch negative Punkte von gleicher Bedeutung offen legen würde.

Eine Täuschung im Sinne von Art. 28 OR liegt auch dann vor, wenn sie nicht vom Verkäufer selbst, sondern einer Hilfsperson des Verkäufers, wie z.B. von den mit den Verhandlungen betrauten Personen begangen wird, da die Handlungen dieser Personen gemäss Art. 101 OR dem Verkäufer zugerechnet werden[109]. Dabei liegt eine Täuschung auch dann vor, wenn die betreffenden Verhandlungsgehilfen gutgläubig agieren, weil der Verkäufer ihnen selbst die Probleme des Unternehmens nicht offen gelegt bzw. falsche Informationen abgegeben hat. Auch Organe der Gesellschaft selbst müssen als Hilfspersonen des Verkäufers betrachtet werden, wenn sie im Interesse des Käufers tätig wer-

102 BGE 116 II 430, 105 II 79 f.; Basis dieser Verpflichtung ist letztlich ein „Vertragsverhandlungsverhältnis", das eine vorvertragliche Verpflichtung zum Verhalten nach Treu und Glauben mit sich bringt, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 7. Aufl., 1998, Rz 947.

103 GIGER, BK, OR 199, N 39; BÖCKLI (FN 7), 78.

104 M. VISCHER, Due Diligence (FN 1), 42.

105 MERZ, BK, ZGB 2 N 271; BGE 92 II 334; BGE 90 II 449 ff.

106 BGE 102 II 84.

107 BGE 66 II 139 f; 81 II 138; BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, 180 f.; BÖCKLI (FN 7), 74; VISCHER, Due Diligence (FN 1), 231; WAHRENBERGER (FN 79), 163.

108 Vgl. BGE 116 II 430.

109 BGE 63 II 77; 81 II 213; 108 II 421 f.

den und beispielsweise im Rahmen einer Due Diligence Unterlagen für den Käufer zusammenstellen oder für diesen Management Presentations durchführen und es dabei zu Täuschungen kommt[110].

Befindet sich der Käufer dagegen im Irrtum, weil er von Dritten getäuscht wurde, die nicht als Hilfspersonen des Verkäufers betrachtet werden können – sein Kaufentscheid basiert beispielsweise auf der Analyse eines Wirtschaftsjournalisten, der über das Unternehmen einen äusserst positiven Artikel geschrieben hat, dabei aber wesentliche Problembereiche nicht erwähnt hat – so liegt keine Täuschung im Sinne von Art. 28 OR vor, sofern der Verkäufer diesen Umstand nicht erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Der Irrtum des Käufers ist in diesem Fall nur rechtserheblich, wenn ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 OR vorliegt[111].

d) Geltendmachung des Anspruches

Gemäss Art. 31 OR kann die von Irrtum bzw. Täuschung betroffene Partei innert einem Jahr nach Entdeckung der Täuschung bzw. des Irrtums den Vertrag aufheben, indem sie der Gegenpartei eine entsprechende Mitteilung (Anfechtungserklärung) macht[112]. Nach der bundesgerichtlichen Praxis wird diese relative Frist nicht durch eine absolute Frist begrenzt, d.h. eine Anfechtung ist auch noch nach über 10 Jahren möglich[113]. Nützt der Käufer, der einen Irrtum feststellt, den Spielraum, den ihm die einjährige Frist gibt, aus[114], um je nach Entwicklung des Unternehmens und des wirtschaftlichen Umfeldes den Vertrag am Ende der Frist anzufechten, so kann dies dazu führen, dass die späte Anfechtung als Verstoss gegen Treu und Glauben betrachtet wird und deshalb gemäss Art. 25 Abs. 1 OR unbeachtlich ist[115].

Die von einem Willensmangel betroffene Partei kann sich allerdings dann nicht mehr auf den Willensmangel berufen und den Vertrag aufheben, wenn sie den Kaufvertrag zwischenzeitlich ausdrücklich oder konkludent genehmigt hat[116].

110 VISCHER, Due Diligence (FN 1), 233.

111 Siehe dazu Ziff. II.4.b) oben.

112 BGE 108 II 105, das Einverständnis des Verkäufers ist immer dann anzunehmen, wenn dieser sich gegen die Anfechtung des Vertrages zur Wehr setzt.

113 BGE 114 II 140.

114 Vgl. WATTER (FN 10), 160 ff., der in dieser Jahresfrist eine wertvolle Option sieht.

115 Vgl. BGE 107 II 421, 108 II 105.

116 Vgl. BGE 97 II 47 f.

Eine derartige Genehmigung ist auch noch dann möglich, wenn der Käufer den Vertrag bereits angefochten hat, der Verkäufer aber mit der Weiterführung des Vertrages einverstanden ist[117]. Eine konkludente Genehmigung liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn der Käufer sich nach Entdecken eines Mangels auf kaufvertragliche Rechtsbehelfe – wie insbesondere die Sachgewährleistung – beruft, da er damit zum Ausdruck bringt, dass er sich an den Vertrag halten will[118]. Greift der Käufer, auch nachdem er den Mangel erkannt hat, weiterhin in das Unternehmen ein, indem er dieses etwa weiterhin finanziert oder Anordnungen über dessen Führung und Geschäftstätigkeit trifft, kann dies ebenfalls als Genehmigung gewertet werden[119]. Eine derartige Einmischung in die Gesellschaft kann allerdings dann nicht als Genehmigung ausgelegt werden, wenn sich der Käufer nur auf Teilnichtigkeit[120] berufen hat, da er in diesem Fall das Unternehmen ohnehin behalten will. Eine Einmischung in die Gesellschaft kann aber nicht als konkludente Genehmigung gewertet werden, wenn sich diese Einmischung auf Massnahmen beschränkt, die für die Sicherung der Existenz des Unternehmens absolut notwendig sind und sich der Käufer gegenüber dem Verkäufer gleichzeitig gegen eine anderweitige Auslegung seines Verhaltens verwahrt[121].

e) Rechtsfolge: Ungültigkeit bzw. Teilungültigkeit des Vertrages

Wenn sich eine Partei auf Grundlagenirrtum oder Täuschung beruft, so wird der betreffende Kaufvertrag mit Wirkung *„ex tunc"* aufgehoben, was dazu führt, dass Leistung und Gegenleistung zurückzuerstatten sind. Das Bundesgericht hat in Analogie zu Art. 20 Abs. 2 OR aber gerade bei Unternehmenskäufen die Praxis entwickelt, dass sich ein Käufer bei Grundlagenirrtum auf Teilnichtigkeit berufen kann, was dazu führt, dass er das Unternehmen behalten kann, aber der Kaufpreis im Rahmen des eingetretenen Irrtums so reduziert wird, dass

117 BGE 108 II 105.

118 BGE 88 II 412, 127 III 83; a.M. GAUCH (FN 77), 186 ff.; es ist aber immerhin möglich, sich im Eventualstandpunkt zu einer Anfechtung aufgrund von Willensmängel noch auf Sachgewährleistung zu berufen 108 II 104.

119 Vgl. BGE 108 II 105 f.

120 Dazu Ziff. II.4.e) unten.

121 Vgl. BGE 97 II 43, wo der Käufer das Unternehmen nach der Berufung auf den Irrtum bis zur Rückabwicklung des Geschäftes weiterführte, ohne dass dies als Genehmigung ausgelegt wurde.

Leistung und Gegenleistung wieder im Gleichgewicht sind[122]. Nach dieser Praxis wird der Preis auf den Betrag reduziert, den die Parteien in vernünftiger Abwägung aller Umstände bei Kenntnis des betreffenden Mangels vereinbart hätten[123]. Damit muss letztlich die Auswirkung des Mangels auf die Unternehmensbewertung berechnet werden, was letztlich auf die gleiche methodische Lösung und die hiermit vorhandene Problematik hinausläuft wie bei der Minderung[124].

Gemäss Art. 20 Abs. 2 OR ist eine derartige Teilanfechtung allerdings nur möglich, wenn davon auszugehen ist, dass die Parteien den Vertrag auch zu den veränderten Bedingungen abgeschlossen hätten[125]. Dabei stellt das Bundesgericht aber nicht auf den tatsächlichen Willen des Verkäufers ab, sondern auf eine objektivierte Sicht, d.h. darauf, ob ein Verkäufer als verständige und vernünftige Vertragspartei in Kenntnis des Mangels das Unternehmen zum reduzierten Preis verkauft hätte[126]. Da der Preis, wie oben dargestellt, um den Betrag reduziert wird, den die Parteien vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn sie beidseitig den Mangel gekannt hätten, sind diese objektivierten Voraussetzungen für eine Teilanfechtung praktisch immer gegeben, solange der Kaufpreis nicht auf einen derart niedrigen Betrag sinkt, dass ein Verkauf für den Verkäufer nicht mehr sinnvoll ist.

Das Bundesgericht hat mit dieser Teilungültigkeit letztlich ein Minderungsrecht für starke Wertabweichungen im Rahmen von Unternehmenskäufen eingeführt und kommt damit im Wesentlichen zu einem ähnlichen Ergebnis wie bei der Durchsetzung eines Minderungsanspruches beim Gesellschaftskauf[127], wobei allerdings einerseits die Modalitäten des Gewährleistungsrechtes nicht eingehalten werden müssen, andererseits aber die Wertabweichung ein grösseres Ausmass erreichen muss als bei einem Gewährleistungsanspruch.

122 BGE 107 II 423, vgl. BGE 99 II 307.

123 BGE 107 II 424, 81 II 220 f.; vgl. Übermittlung des hypothetischen Parteiwillens GMÜNDER, Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmensübernahme, Bern 1992, 146 ff.

124 Ziff. II.2.e)bb) oben.

125 HUGUENIN, BSK, OR 19/20 N 61/62 ff.

126 BGE 107 II 424 f.

127 WATTER (FN 10), 161 f.

III. Die vertragliche Risikoallokation

Da die gesetzlichen Vorschriften über die Risikoallokation zwischen den Parteien häufig die Ansprüche des Käufers zur Risikoabsicherung nicht befriedigen können und überdies auch zum Teil zu nicht genau vorhersehbaren Ergebnissen führen[128], wird die Frage der Risikoallokation meistens vertraglich geregelt[129], wobei die entsprechenden Regeln im Vertrag einen sehr breiten Raum einnehmen. Die gesetzliche Risikoallokation wird dabei meist dahingehend modifiziert, dass der Verkäufer durch entsprechende Zusicherungen, Garantien- und Preisanpassungsklauseln bestimmte Risiken übernimmt. Zusätzlich werden aber meist auch Verfahrensfragen geregelt, um die dargestellten Probleme bezüglich Prüfungs- und Rügepflichten sowie der kurzen Verjährungsfristen zu vermeiden. Häufig finden sich aber auch Bestimmungen über die Berechnung der möglichen Ansprüche in den Verträgen, da die Unsicherheiten vermieden werden, die mit den vorne in Ziff. II.2.e)bb) dargestellten Methoden verbunden sind.

1. Materielle Bestimmungen über die Risikoallokation

a) Zusicherungen[130]

Beim Betriebskauf wie auch beim Unternehmenskauf kann der Verkäufer Zusicherungen über einzelne Faktoren abgeben, die den Wert des Unternehmens beeinflussen[131]. Da sich Zusicherungen begrifflich immer auf den faktischen Zustand des Unternehmens im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs beziehen müssen, sind Zusicherungen über zukünftige Vorgänge nicht zulässig[132]. Dies führt allerdings nicht dazu, dass derartige „Zusicherungen" unwirksam sind; normalerweise können sie in Garantien umgedeutet werden[133].

128 BÖCKLI (FN 7), 72, der diese Schwierigkeiten einschliesslich der prozessualen Probleme einleuchtend schildert.

129 WATTER (FN 10), 164.

130 Zum Begriff der Zusicherung HONSELL, BSK, OR 197 N 2 mit weiteren Verweisen.

131 BGE 91 II 353; WATTER (FN 10), 171.

132 BGE 122 III 426; GIGER, BK, OR 197 N 20.

133 BGE 122 III 426; AMSTUTZ (FN 4). Um die Probleme und Risiken einer derartigen Unqualifikation zu vermeiden, empfiehlt es sich aber, derartige unzulässige Zusicherungen von Anfang an als Garantien zu formulieren (dazu hinten, Ziff. III.1.b).

Die Praxis hat eine grosse Zahl von Zusicherungen entwickelt, die verschiedene Risikobereiche abdecken[134]. Obwohl sich damit ein eigentlicher Standard für Zusicherungen herausgebildet hat und entsprechend Muster für derartige Verträge vorhanden sind, darf in der Ausarbeitung eines Vertrages nicht ohne weiteres den vorhandenen Mustern gefolgt werden. Der Verkäufer bzw. seine Berater müssen vielmehr die Zusicherungen in den Kaufvertrag aufnehmen, die dem in der Due Diligence aufgearbeiteten Risikoprofil des Unternehmens entsprechen. Der Käufer hat dagegen ein Interesse daran, dass der in den Kaufvertrag aufgenommene Katalog von Zusicherungen tatsächlich abschliessend ist, sodass er nicht mit der Argumentation „stillschweigender" Zusicherungen rechnen muss[135]. Eine derartige Beschränkung auf die ausdrücklich im Vertrag festgehaltenen Zusicherungen entspricht letztlich auch dem Ziel, durch Zusicherungen und andere vertragliche Massnahmen eine Risikoallokation herbeizuführen, die für beide Parteien zu vorhersehbaren Ergebnissen führt. Überdies ermöglicht eine solche Klausel auch eine klare Abgrenzung zwischen den Anpreisungen und Verkaufsargumenten, die vom Verkäufer während den Verhandlungen gemacht werden und die nicht die Bedeutung von Zusicherungen haben, bei denen nachträglich aber häufig versucht wird, sich auf eine Zusicherung zu berufen[136].

Wie vorne in Ziff. II.2.c) dargestellt, kann der Käufer keine Ansprüche aus Gewährleistung geltend machen, wenn er den betreffenden Mangel vor Vertragsunterzeichnung kannte. Die Erfahrung zeigt, dass die entsprechenden Auseinandersetzungen über den Kenntnisstand des Käufers und seiner Berater im Prozessfall gerade dann sehr mühsam sind, wenn eine relativ breite Due Diligence durchgeführt worden ist; in der Fülle der Informationen ist es häufig nicht klar, ob ein Mangel tatsächlich in genügender Weise offen gelegt worden ist. Um derartige Probleme zu vermeiden, wird in Unternehmenskaufverträgen häufig festgehalten, dass die vertraglichen Zusicherungen nur insofern eingeschränkt werden als in Anhängen, die sich auf einzelne Zusicherungen beziehen, oder in einem speziellen Disclosure Letter Mängel offen gelegt werden[137].

134 Vgl. die Aufzählungen bei TSCHÄNI (FN 5), 46 ff. und bei BÖCKLI (FN 7), 90 ff.

135 Zu stillschweigenden Zusicherungen BÖCKLI (FN 7), 92.

136 Vgl. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, 382.

137 Typisch ist beispielsweise die Formulierung: „Gegen die Gesellschaft sind keine Gerichtsverfahren hängig, ausser den in Anhang XX offen gelegten"; TSCHÄNI (FN 5), 148; vgl. AMSTUTZ (FN 4), 1113 f.

Soweit die Gewährleistung auch noch durch alle in der Due Diligence offen gelegten Informationen eingeschränkt werden soll, empfiehlt es sich, dass die betreffenden Dokumente während der Zeit, in der Ansprüche geltend gemacht werden können, bei einem neutralen Dritten hinterlegt werden.

Wird im Vertrag nichts anderes festgehalten, so gelten die vertraglichen Zusicherungen für das Datum des Vertragsabschlusses[138]; meistens ist es allerdings sinnvoll vorzusehen, dass diese für den Zeitpunkt gelten, in dem der Vertrag erfüllt, d.h. das Unternehmen übertragen wird, da den Käufer der Zustand des Unternehmens bei Übergabe interessiert[139].

Zusicherungen führen zu einer Sachgewährleistung gemäss den oben in Ziff. II.2. dargestellten Regeln. Wird im Vertrag nichts anderes festgehalten, so finden die Modalitäten der Sachgewährleistung, die in Ziff. II.2.c) oben dargestellt werden – wie insbesondere die kurze Prüfungs- und Rügefrist und die kurze Verjährungsfrist – auch auf Ansprüche Anwendung, die auf vertraglichen Zusicherungen beruhen[140]. Da gerade diese Modalitäten die Geltendmachung materiell gerechtfertigter Ansprüche massiv erschweren können, empfiehlt es sich, diese Regeln – wie hinten in Ziff. III.2. dargestellt – vertraglich zu modifizieren, da sonst die Zusicherungen illusorisch werden können[141].

b) Garantien

Eine Garantie ist ein selbständiges Leistungsversprechen des Verkäufers, gemäss dem er bestimmte Leistungen erbringen muss, wenn die im Garantieversprechen festgehaltenen Bedingungen eintreten[142]. Garantien unterstehen als selbständige Leistungsversprechen im Gegensatz zu den oben erwähnten Zusicherungen nicht den kaufrechtlichen Modalitäten für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen und auch nicht der kurzen Verjährungsfrist von einem Jahr, sondern der zehnjährigen Verjährungsfrist[143]. Sofern ein Vertrag Zusicherungen und Garantien enthält, ist es deshalb notwendig, diese Garantien

138 BGE 88 II 414; a.M. WATTER (FN 10), 174.

139 Die Parteien können frei den Zeitpunkt festlegen, für den die Zusicherungen gelten sollen; BGE 88 II 414.

140 BGE 107 II 422; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 136), 386.

141 Zur Abgrenzung von Zusicherungen und Garantien vgl. TSCHÄNI (FN 5), 167; vgl. BGE 122 III 428 ff.

142 WATTER (FN 10), 163; BÖCKLI (FN 7), 92.

143 BGE 122 III 426.

klar als selbständige Leistungsversprechen auszugestalten, um zu vermeiden, dass Streitigkeiten über die Verjährung entstehen[144]. Garantien können immer dann verwendet werden, wenn eine Zusicherung aufgrund der oben dargestellten Beschränkungen nicht eingesetzt werden kann[145]. Mit Garantien können daher insbesondere folgende Probleme gelöst werden:

– *Regelungen der Folgen bekannter Probleme*

Weist ein Unternehmen ein Problem auf, das den Parteien bei Vertragsabschluss zwar bekannt ist, dessen finanzielle Folgen aber noch nicht klar eruierbar sind, so kann dieses Problem normalerweise nicht im Rahmen der Kaufpreisberechnung gelöst werden, da die Parteien meist völlig unterschiedliche Vorstellungen über die Höhe und Bewertung des Risikos haben. In dieser Situation ist es aber möglich, die zwischen den Parteien stehenden Probleme dadurch zu lösen, dass der Verkäufer das Risiko durch die Abgabe einer entsprechenden Garantie übernimmt und den Kaufpreis im übrigen aber ohne Berücksichtigung des Risikos berechnet wird. Ist den Parteien beispielsweise ein Steuerverfahren bekannt, dessen Ausgang offen ist, bei dem der Verkäufer aber annimmt, dass es ohne Steuerforderung ausgeht, während der Käufer mit dem Obsiegen der Steuerbehörden rechnet, ist es sinnvoll, den Kaufpreis auf Basis eines positiven Ausgangs des Verfahrens zu berechnen, gleichzeitig aber in einer Garantie vorzusehen, dass der Verkäufer eine allfällige Steuernachzahlung und andere negative Folgen ersetzen muss. Ähnliche Lösungen lassen sich auch bei Sanierungspflichten im Umweltbereich, bei Zivilprozessen, bei Garantieansprüchen von Kunden sowie bei gefährdeten Debitoren treffen[146]. Wenn der Verkäufer durch eine derartige Garantie die Haftung für zukünftige Entwicklungen übernimmt, wird er sich allerdings meist vorbehalten, dass er auch auf die Lösung des Problems Einfluss nehmen kann, da sonst der Käufer bzw. das verkaufte

144 Vgl. dazu BGE 122 III 426, wo aufgrund der Auslegung ermittelt werden musste, ob eine Garantie oder eine Zusicherung vorliegt; dabei wurde darauf abgestellt, ob sich die zu qualifizierende Aussage des Käufers auf den Zustand im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bezog (Zusicherung) oder auf eine zukünftige Entwicklung (Garantie); vgl. TSCHÄNI (FN 5), 168.

145 BÖCKLI (FN 7), 92 ff.; SCHENKER (FN 1), 231 f., AMSTUTZ (FN 4), 1113.

146 Vgl. BÖCKLI (FN 7), 93 f.

Unternehmen sehr leicht zu seinen Lasten kulante und einfache Lösungen treffen kann[147].

– *Zukünftige Entwicklung des Unternehmens*

Manchmal gehen die Bewertungen der Parteien in Bezug auf die zukünftige Entwicklung des Unternehmens so stark auseinander, dass eine Einigung über den Kaufpreis praktisch unmöglich ist. Ist der Wert eines Unternehmens tatsächlich von bestimmten zukünftigen Entwicklungen[148] abhängig oder will sich der Käufer einen bestimmten Gewinn für die Folgejahre zusichern lassen, so ist dies ebenfalls durch eine selbständige Garantie des Verkäufers möglich[149]. In der Praxis sind die Verhandlungen über derartige zukunftsgerichtete Garantien allerdings immer dann schwierig, wenn sich die Garantie auf eine Entwicklung bezieht, die den Käufer bzw. die Unternehmensleitung stark beeinflussen können. Daher sind auch allgemeine Garantien für die Gewinnentwicklung eines oder mehrerer Jahre äusserst selten, sofern der Käufer während dieser Zeit nicht dem Verkäufer die Führung des verkauften Unternehmens überlässt.

c) Preisanpassungsklauseln

Wenn die Bewertung eines Unternehmens von der zukünftigen Entwicklung abhängt, kann das Bewertungsproblem, das die Parteien in einer derartigen Situation häufig haben, durch eine Preisanpassungsklausel gelöst werden. Derartige Preisanpassungsklauseln finden sich in der Praxis vor allem in folgenden Fällen:

– *Entwicklung der Bilanz seit dem letzten Bilanzstichtag*

Die Bewertung eines Unternehmens muss notgedrungen auf dem letzten Zahlenmaterial basieren, das der Käufer erhalten hat. Sofern der Käufer einen „debt free/cash free enterprise value" berechnet und von diesem

147 Eine derartige kulante Lösung kann für den Käufer natürlich gerade dann interessant sein, wenn es um Sanierungspflichten im Umweltbereich oder Garantieansprüche von Kunden geht, da mit einer Kulanzlösung natürlich viel Goodwill geschaffen werden kann.

148 Wie z.B. der Abschluss und die Erneuerung eines wesentlichen Lizenzvertrages, die Aufrechterhaltung der Kundenbasis trotz des Eigentümerwechsels oder die Erteilung einer betreffenden Konzession bzw. Bewilligung.

149 Vgl. BÖCKLI (FN 7), 93.

Preis dann die in der letzten Bilanz ausgewiesenen Nettoschulden abgezogen hat[150], ist die Veränderung der Nettoverschuldung zwischen dem Zeitpunkt, in dem diese Bilanz erstellt wurde und dem Zeitpunkt der Übergabe des Unternehmens für die Kaufpreisbestimmung wesentlich. Verträge für Transaktionen, bei denen die Parteien bewusst von einem „enterprise value" ausgegangen sind und die Nettoschulden abgezogen haben, um den Kaufpreis zu ermitteln, sehen daher fast immer eine Anpassung des Kaufpreises an die Veränderung der Nettoverschuldung zwischen der letzten publizierten Bilanz und dem Vollzugsdatum vor. Das Gleiche gilt auch bei Betriebskäufen, bei denen sich Anlage- und Umlaufvermögen während der Zeit zwischen dem letzten Bilanzabschluss und der Übertragung des Betriebes massiv ändern können, weil die Ergebnisse der Geschäftstätigkeit sowie auch die Erträge aus der Veräusserung von Aktiven direkt an den Verkäufer fliessen und sich somit die im Unternehmen vorhandene Substanz erheblich verringern kann. Aufgrund dieser Umstände wird bei Betriebskäufen meist vorgesehen, dass der Kaufpreis der Veränderung des Nettovermögens zwischen dem letzten Bilanzstichtag und dem Vollzug des Verkaufs angepasst wird; wenn der Vertrag allerdings eine Zusicherung enthält, dass das Anlagevermögen nicht verändert wird und die Käufer beim Betriebskauf keine Finanzschulden übernehmen, so kann sich die Anpassung bei Betriebskäufen auch auf die Veränderung des Nettoumlaufvermögens beschränken.

– *Erfolgsabhängige Kaufpreiskomponenten (Earn-out Klauseln)*

Wenn sich die Parteien über den Kaufpreis nicht einigen können, weil sie unterschiedliche Ansichten über die zukünftige Ertragskraft des Unternehmens haben, kann dadurch ein Ausgleich der divergierenden Vorstellungen getroffen werden, dass der Kaufpreis im Vertrag nicht definitiv bestimmt wird, sondern neben einem festen Kaufpreisanteil auch noch eine zusätzliche Zahlung vorgesehen wird, die vom zukünftigen Erfolg abhängt[151]. Sollte der zukünftige Erfolg den Vorstellungen des Verkäufers entsprechen, so erhält dieser nach diesem Mechanismus einen entsprechend höheren Kaufpreis. Sollte sich dagegen die pessimistischere Sicht des Käufers realisieren, so erhöht sich der Kaufpreis nicht oder steigt nur in geringem Mass über die feste Komponente. Mit einer derartigen Klausel kann der Käufer einen Teil des mit dem zukünftigen Ertrag verbundenen Risikos auf den Verkäufer übertragen. Das Hauptproblem bei derartigen erfolgsabhängigen Kaufpreiskomponenten ist allerdings, dass die Führungsverantwortung für das Unternehmen nach dem Verkauf auf den Käufer übergeht, der allenfalls eine völlig andere Geschäftspolitik verfolgt als diejenige, die der Verkäufer seinen Ertragserwartungen zugrunde legte und allenfalls sogar – gerade auch im Hinblick auf die Earn-out Klausel – Massnahmen ergreift, um den Gewinn temporär relativ tief auszuweisen. Die Erfahrung zeigt deshalb, dass Earn-out Klauseln am einfachsten vereinbart werden können, wenn der Verkäufer selbst das verkaufte Unternehmen noch während einer bestimmten Übergangszeit weiterführt[152] und dass im Vertrag die für die Berechnung massgebenden Grössen sowie auch das Berechnungsverfahren detailliert geregelt werden müssen.

150 Vgl. TSCHÄNI (FN 5), 139.

151 TSCHÄNI (FN 5), 139; MEULI, Earn-out Methode als Instrument der Preisgestaltung bei Unternehmenskäufen, Zürich 1996, 33 ff., 47 ff. Eingehender zu Earn-out Klauseln in Unternehmenskaufverträgen neuerdings VISCHER, Earn-out Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 98 (2002), 509 ff.

2. Verfahrensfragen und Verjährung

Wie oben in Ziff. II.2.c) dargestellt, weist die gesetzliche Regelung der Sachgewährleistung verschiedene Verfahrensvorschriften auf, die für den Unternehmenskauf nicht sachgerecht sind. In diesem Sinne werden normalerweise folgende Punkte geregelt:

– *Prüfungs- und Rügepflicht*

In Anbetracht der praktischen Probleme, die sich aus der gesetzlichen Prüfungs- und Rügepflicht ergeben, wird diese normalerweise wegbedungen[153]. Damit der Verkäufer die Möglichkeit hat, bei einem Mangel allenfalls noch heilend einzugreifen, werden aber meist Anzeigefristen vorgesehen, die mit der Entdeckung des Mangels zu laufen beginnen. Dabei wird allerdings meist vorgesehen, dass die Verletzung der Anzeigepflicht nicht automatisch zum Wegfall des Anspruches führt, sondern nur dazu, dass der Anspruch insofern reduziert wird, als es dem Verkäu-

152 Vgl. TSCHÄNI (FN 5), 139.

153 TSCHÄNI (FN 5), 169; vgl. BÖCKLI (FN 7), 97, der spezielle Mechanismen zur Feststellung und Quantifizierung des Mangels vorschlägt.

fer bei einer fristgemässen Meldung möglich gewesen wäre, den Schaden zu verringern[154].

– *Verjährungsfrist*

Die kurze Verjährungsfrist von einem Jahr ist, wie vorne in Ziff. II.2.c) dargestellt, für Unternehmenskäufe nicht sachgerecht. Typischerweise wird die einjährige Frist deshalb auf 18 Monate bis zwei Jahre verlängert, sodass der Käufer vor der Verjährung das Unternehmen ein ganzes Geschäftsjahr führen und einen Abschluss erstellen kann, der dann auch von der Revisionsstelle geprüft wird. Zusicherungen bzw. Garantien, die sich auf Probleme mit einer längeren „Latenzzeit" beziehen, wie insbesondere Zusicherungen oder Garantien betreffend Altlasten oder Steuerprobleme, sehen dagegen zum Teil wesentlich längere Verjährungsfristen vor, die sich an den Verjährungsfristen der entsprechenden Ansprüche orientieren[155].

3. Festlegung der Ansprüche

a) Ausschluss der Wandelung

Wie vorne dargestellt, ist die Wandelung bei Unternehmenskäufen aus praktischen Gründen meist gar nicht möglich. Dementsprechend wird die Wandelung in den meisten Unternehmenskaufverträgen auch von vornherein ausgeschlossen, oder aber auf Situationen beschränkt, bei denen der Minderungsanspruch einen im Vertrag bestimmten Grenzwert überschreitet[156].

b) Nachbesserungsrecht

Teilweise können Unternehmen auch mit Mängeln behaftet sein, die der Verkäufer selbst heilen kann; fehlen einer verkauften Gesellschaft beispielsweise bestimmte in der Bilanz aufgeführte Aktiven, weil sie nie rechtsgültig vom Privatbesitz des Verkäufers an die verkaufte Gesellschaft übertragen worden sind, so kann der Mangel durch die Übertragung dieser Aktiven geheilt werden. In diesem Sinne wird häufig vorgesehen, dass der Verkäufer nach Mitteilung

154 Zu den verschiedenen Regelungsmöglichkeiten BÖCKLI (FN 7), 103.

155 Vgl. TSCHÄNI (FN 5), 148; BÖCKLI (FN 7), 102.

156 VISCHER, Sachgewährleistung (FN 58), 361; WATTER (FN 10), 181.

des Mangels eine bestimmte Frist hat, um diesen zu heilen[157]. Nur wenn es dem Verkäufer nicht gelingt, den Mangel in diesem Zeitraum zu heilen, kann in dieser Konstellation ein Minderungsanspruch gestellt werden[158].

c) Berechnung des Minderungsanspruches

Die Ausführungen in Ziff. II.2.e)bb) vorne zeigen, dass die Berechnung des Minderungsanspruches in der Lehre umstritten und in der Gerichtspraxis unsicher ist. Eine vertragliche Risikoallokation ist für die Parteien aber nur dann ökonomisch sinnvoll, wenn ihr finanzielles Ergebnis voraussehbar ist. In diesem Sinne empfiehlt es sich, im Vertrag festzuhalten, wie der Anspruch des Käufers bei einer Verletzung von Zusicherungen berechnet wird. Bei Problemen, die sich auf Aktiven oder Passiven beziehen, empfiehlt es sich dabei vorzusehen, dass die Kosten ersetzt werden müssen, die zur Wiederherstellung des zusicherungskonformen Zustandes notwendig sind[159]. Sofern sich die Probleme allerdings in verminderten nachhaltigen Erträgen niederschlagen[160], wird der Anspruch zum Teil aber auch durch EBIT-Multiples oder ähnlichen Bewertungsformeln berechnet[161]. Derartige Formeln werden aber schon deshalb nur sehr selten in Verträge aufgenommen, weil der Käufer kaum je offen legen will, wie er den Kaufpreis genau berechnet hat.

d) Ausschluss von Schadenersatzansprüchen

Wie vorne in Ziff. II.2.f) dargestellt, eröffnen die Schadenersatzansprüche bei Mangelfolgeschäden ein weites, aber meist unfruchtbares Feld für Argumentation und Beweisführung. Diese Schadenersatzansprüche, deren Ausmass häufig auch nicht vorhersehbar ist, werden daher vertraglich meist ausgeschlossen, sodass sich die finanziellen Forderungen des Käufers im Normalfall auf den oben dargestellten Minderungsanspruch reduzieren.

157 Vgl. BÖCKLI (FN 7), 96.

158 VISCHER, Sachgewährleistung (FN 58), 364 f.

159 Wenn die Substanz wesentlich grösser ist als der Kaufpreis mit entsprechenden Abzügen.

160 In der Praxis sind diese Probleme aber wesentlich seltener, da im Allgemeinen davon ausgegangen wird, dass der zukünftige Ertrag ohnehin primär durch das Verhalten des Käufers bestimmt wird.

161 Vgl. die Empfehlung von VISCHER, Sachgewährleistung (FN 58), 363.