Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV

Herausgegeben von:
PETER V. KUNZ
OLIVER ARTER
FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:
LUKAS GLANZMANN
HERIBERT HIRTE
FLORIAN S. JÖRG
PETER JUNG
HEINRICH KOLLER
PETER V. KUNZ
CLEMENS MEISTERHANS
URS SCHENKER



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

Post Closing Litigation

Nach dem Verkauf ist vor dem Prozess

URS SCHENKER

Inhaltsverzeichnis

1.	**Häufung von Prozessverfahren nach Abschluss von M&A-Transaktionen**	**76**
2.	**Die rechtlichen Grundlagen der Ansprüche des Käufers**	**77**
2.1	Vertragliche Garantien und Leistungsversprechen	77
2.2	Sachgewährleistung	79
2.2.1	Gesetzliche Regelung	79
2.2.1.1	Sachgewährleistungen beim Betriebskauf	80
2.2.1.2	Sachgewährleistung beim Gesellschaftskauf	81
2.2.1.3	Voraussetzung für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen	82
2.2.1.4	Die Ansprüche aus Gewährleistung	83
2.3	Vertragliche Regelung der Sachgewährleistung	85
2.3.1	Zusicherungen	85
2.3.1.1	Modalitäten der Geltendmachung	86
2.3.1.2	Berechnung der Ansprüche	86
2.4	Willensmängel	87
2.4.1	Grundlagenirrtum	87
2.4.2	Täuschung	89
2.4.3	Rechtsfolge: Ungültigkeit bzw. Teilungültigkeit des Vertrages	92
3.	**Prozessführung**	**92**
3.1	Position des Käufers als Kläger	92
3.1.1	Behauptungs- und Beweislast	92
3.1.2	Die Konsequenzen von Behauptungs- und Beweislast für den Kläger im konkreten Prozess	94
3.1.3	Die Vorteile des Klägers bei der Vorbereitung des Prozesses	96
3.2	Konkrete Prozessführungssituation bei Ansprüchen aus Unternehmenskäufen	97
3.2.1	Ansprüche aus Garantien/Leistungsversprechen	97
3.2.2	Zusicherungen	97
3.2.3	Willensmängel	101
3.3	Stellung des Verkäufers als Beklagter	103
3.3.1	Die Bestreitung der vom Kläger behaupteten Tatsachen	103
3.3.2	Behauptungs- und Beweislast des Beklagten	104
3.3.3	Probleme des Beklagten bezüglich Sachverhaltsermittlung und Beweismittelbeschaffung	104
3.3.4	Die konkrete Situation des Verkäufers als Beklagter im Prozess	105

3.3.4.1	Vertragliche Leistungsversprechen	105
3.3.4.2	Zusicherungen	106
3.4	Grundlagenirrtum und Täuschung	107
4.	**Prozessverfahren verhindern**	**107**
Literaturverzeichnis		**109**

1. Häufung von Prozessverfahren nach Abschluss von M&A-Transaktionen

Im heutigen wirtschaftlichen Klima häufen sich Prozesse, die zwischen Käufer und Verkäufer im Nachgang zu einem Unternehmenskauf geführt werden. Die Praxis zeigt, dass dieser Anstieg von Prozessverfahren durch verschiedene Gründe verursacht wird:

- Aufgrund der ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung im Jahr 2008 sind viele Unternehmen, die im Jahr 2006 oder 2007 gekauft worden sind, heute wesentlich weniger wert als im Zeitpunkt des Kaufs. Dieser Wertzerfall motiviert viele Käufer dazu, vertragliche Ansprüche zu analysieren und gegebenenfalls gegen den Verkäufer durchzusetzen, um so den Kaufpreis nachträglich zu reduzieren[1].
- Die wirtschaftliche Entwicklung im Jahr 2008 hat aber auch die spezifischen Probleme gekaufter Unternehmen schonungslos offengelegt. Während in konjunkturell guten Zeiten die Probleme der gekauften Gesellschaft häufig durch die bei der Geschäftstätigkeit erzielten Erfolge übertüncht werden, treten diese in einer rezessiven Phase umso stärker in Erscheinung[2].

[1] Wie hinten zu zeigen ist, berechtigt die blosse Wertreduktion allerdings nicht zu einer Minderung des Preises. Der eingetretene Wertverlust ist aber häufig Ansporn für die Suche nach anderen Rechtstiteln, die zu einer Reduktion des Kaufpreises führen können (Verletzung von Zusicherungen, Geltendmachung von Garantien, Willensmängel etc.).

[2] Bei positiver Konjunkturentwicklung sind eine zu geringe Delkredererückstellung und überhöhte Lager meist kein Problem, da die Schuldner alle zahlungsunfähig sind und die an Lager liegenden Güter dank steigender Nachfrage ohne Notwendigkeit einer Abschreibung verkauft werden können; in einer Rezession wird ein Teil der Schuldner dagegen nicht zahlen können. Überdies wird es wegen sinkender Umsätze nicht möglich sein, ein überhöhtes Lager zu verkaufen, so dass es tatsächlich zu Verlusten kommt.

- Die wirtschaftlichen Probleme, welche die Käufer heute im eigenen Unternehmen im heutigen Umfeld haben, zwingen diese dazu, jede Möglichkeit auszunützen, um zu Geld zu kommen. Daher wurden in der letzten Zeit viele Probleme, die noch vor zwei Jahren "grosszügig" übersehen wurden, in Form von Klagen geltend gemacht.
- In Zeiten guter Konjunktur achten Unternehmen, die häufig Akquisitionen tätigen, auf ihre Reputation bei potentiellen Verkäufern. In Zweifelsfällen leiten sie daher keine Klage gegen Verkäufer ein, um nicht in den Ruf zu kommen, jeden Verkäufer einzuklagen, was gerade bei Auktionsverfahren den Erfolg des betreffenden Käufers in Frage stellen kann[3]. In Zeiten wirtschaftlicher Rezession fällt diese Hemmung weg, weil ohnehin weniger Aussicht auf eine weitere Akquisition besteht und die Priorität bei der Beschaffung von Geldmitteln durch eine entsprechende Klage liegt.

2. Die rechtlichen Grundlagen der Ansprüche des Käufers

Die Ansprüche des Käufers basieren auf spezifischen Leistungsversprechen (häufig Garantien bzw. *Indemnities*), die im Kaufvertrag enthalten sind, auf Sachgewährleistungen bzw. vertraglichen Zusicherungen oder auf Willensmängeln, d.h. Grundlagenirrtum und Täuschung:

2.1 Vertragliche Garantien und Leistungsversprechen

Wenn die Parteien in den Vertragsverhandlungen bzw. der Due Diligence feststellen, dass das Unternehmen ein Problem aufweist, das dessen Wert vermindert, werden sie normalerweise den Kaufpreis reduzieren, um der entsprechenden Wertverminderung Rechnung zu tragen.

Weist ein Unternehmen aber Probleme auf, das den Parteien bei Vertragsabschluss zwar bekannt ist, dessen finanzielle Folgen aber noch nicht klar eruierbar sind, so kann dieses Problem normalerweise nicht durch eine Senkung des Kaufpreises gelöst werden, da die Parteien meist völlig unterschiedliche Vorstellungen über die Höhe und Bewertung des Risikos

[3] Bei Auktionen, d.h. beim Wettbewerb mehrerer potentieller Bieter, werden Angebote von "klagefreudigen" Bietern vom Verkäufer als minderwertig ausgeschieden.

haben. Auch eine Zusicherung ist bei einem den Parteien bekannten spezifischen Problem nicht sinnvoll, da kein "mängelfreier Zustand" zugesichert werden kann[4]. In dieser Situation ist es aber möglich, das zwischen den Parteien stehende Problem dadurch zu lösen, dass der Verkäufer das Risiko durch ein entsprechendes bedingtes Leistungsversprechen übernimmt[5] und der 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 Steuerfolgen ausgeht, während der Käufer schon aus Gründen der Vorsicht mit dem Obsiegen der Steuerbehörden rechnen muss, ist es sinnvoll, den Kaufpreis auf Basis eines positiven Ausgangs des Verfahrens zu berechnen, gleichzeitig aber vorzusehen, dass der Verkäufer eine allfällige Steuernachzahlung und andere negative Folgen ersetzen muss[6]. Ähnliche Lösungen lassen sich auch bei Sanierungspflichten im Umweltbereich, bei hängigen Zivilprozessen, bei Garantieansprüchen von Kunden sowie bei gefährdeten Debitoren treffen.

Wenn der Verkäufer durch eine derartige Garantie die Haftung für Beträge und durch zukünftige Entwicklung bzw. Verhandlungen oder Verfahren mit Dritten und Behörden 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 Unternehmen sehr leicht zu seinen Lasten kulante Lösungen treffen kann[7].

Diese selbständigen Leistungsversprechen, die in Verträgen häufig als "Garantien" bezeichnet werden, unterstehen als selbständige Leistungsversprechen im Gegensatz zu den unten erwähnten Zusicherungen nicht den kaufrechtlichen Modalitäten für die Geltendmachung von Gewährleis-

4 Überdies sind die kurzen Verjährungsfristen, die bei Zusicherungen gesetzlich oder auch vertraglich vorgesehen sind, für derartige Leistungsversprechen nicht zweckdienlich, da die Lösung des vom Leistungsversprechen erfassten Problems meist länger dauert als diese Fristen.

5 WATTER, 163; vgl. dazu die Ausführungen bei BÖCKLI, 93 f., der den Zusammenhang zwischen der Begrenzung der vertraglichen Gewährleistungsansprüche einerseits und dem Kaufpreis andererseits darstellt.

6 Sofern die entsprechenden Rückstellungen bei der Kaufpreisfindung berücksichtigt worden sind, wird das Leistungsversprechen allerdings meist auf den Betrag begrenzt, um den die entsprechende Vermögensverminderung die für das betreffende Problem spezifisch vorgesehenen Rückstellungen übersteigt.

7 Eine derartige kulante Lösung anstehender Probleme kann für den Käufer natürlich gerade dann interessant sein, wenn es um Garantieansprüche von Kunden geht, da mit einer Kulanzlösung Goodwill bei den betreffenden Kunden geschaffen werden kann, was für die zukünftige Entwicklung des gekauften Unternehmens positiv ist.

tungsansprüchen[8]. Damit nach dem Vertragsabschluss keine Unsicherheit über diese Fragen entsteht, empfiehlt es sich, im Vertrag klar festzuhalten, dass es sich um selbständige Leistungsversprechen und nicht um Zusicherungen handelt, wenn die Parteien diese Wirkung erzielen wollen[9].

2.2 Sachgewährleistung

2.2.1 Gesetzliche Regelung

Gemäss Art. 197 OR haftet der Verkäufer dafür, dass der Kaufgegenstand keine körperlichen Mängel aufweist, 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[10], d.h. beim Kauf eines Unternehmens gemäss Art. 185 Abs. 1 OR der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses[11]. Tritt ein Mangel erst nach Vertragsabschluss, jedoch vor Übergabe ein, so kann der Käufer daher von vornherein keine Ansprüche aus Sachgewährleistung stellen; letztlich ist die Zuweisung dieses Risikos an den Käufer ein Korrelat zum Nutzenübergang am Kaufgegenstand[12].

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"[13]), oder – sofern es sich beim Träger des Unternehmens um eine Kapitalgesellschaft handelt – dass der Käufer die Mehrheit der Antei-

8 Keine Prüfungs- und Rügefrist von einem Jahr, sondern allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist gemäss BGE 122 III 426; vgl. BÖCKLI, 92 ff.

9 Vgl. dazu BGE 122 III 426, in welchem 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, 168.

10 BGE 88 II 414.

11 Vgl. zum Grundsatz und den einzelnen Ausnahmen Pra 2002 Nr. 190; für eine sehr extensive Auslegung der Ausnahmen: WATTER, 138.

12 Der Eintritt von Schäden muss als Teil der übergegangenen Gefahr betrachtet werden. Gerade bei Unternehmenskäufen ist diese Regelung für die Beteiligten allerdings meist unbefriedigend, da der Verkäufer das Geschäft bis zum Übergangszeitpunkt führt und deshalb die Risikolagen beeinflusst. Deshalb wird bei vielen vertraglichen Zusicherungen vorgesehen, dass diese per Vollzug gelten.

13 "Asset Deal".

le der betreffenden Gesellschaft kauft und so indirekt Aktiven, Passiven und Rechtsbeziehungen des Unternehmens übernimmt ("Gesellschaftskauf"[14]). Obwohl diese beiden Transaktionsvarianten letztlich dem identischen wirtschaftlichen Zweck, nämlich der Übertragung eines Unternehmens, dienen, werden sie in der Praxis des Bundesgerichtes unterschiedlich behandelt, da sich – 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.

2.2.1.1 Sachgewährleistungen beim Betriebskauf

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[15]. Dementsprechend wendet das Bundesgericht bei einem derartigen Kauf die Sachgewährleistungsregeln des Kaufvertrages nicht auf den gesamten Vertrag an, sondern nur auf diejenigen Leistungen des Verkäufers, die auch Gegenstand eines Kaufvertrages sein können[16]. Bei anderen Leistungen kommen jedoch die Ansprüche aus Art. 97 OR zur Anwendung, sofern diese nicht vertragskonform erbracht werden[17].

Wenn die Regeln über die 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

14 "Share Deal".

15 BGE 129 III 17 ff.; vgl. auch BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, S. 179 f.

16 BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, S. 180; BGE 88 II 410; LÖRTSCHER, 52 f.; BasK-HONSELL, N 1 zu Art. 197 OR.

17 Diese Aufteilung des Vertrages entspricht m.E. nicht dem Willen der Parteien; da diese mit dem Unternehmen auch beim Betriebskauf eine wirtschaftliche Einheit übertragen wollten, liegt ein Kaufvertrag mit Nebenpflichten vor, auf den die kaufrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen zur Anwendung kommen. Vgl. VISCHER, Geschäftsübertragungsvertrag, 337; SCHENKER, Risikoallokation, 248.

im Unternehmen zusammengefassten Aktiven[18]. Entsprechend können Ansprüche geltend gemacht werden, wenn das Unternehmen in einer Gesamtbetrachtung vom Soll-Zustand abweicht, den der Käufer als vernünftiger Geschäftspartner in Anbetracht aller relevanten Umstände erwarten durfte[19] und der entsprechende Mangel zu einer erheblichen Werteinbusse führt[20]. Ansprüche können daher vor allem dann geltend gemacht werden, wenn Bilanzen unrichtig sind, notwendige Aktiven oder Rechte fehlen, oder die Tätigkeit bzw. die Aktiven des Unternehmens wesentlichen Rechtsvorschriften nicht entsprechen[21].

2.2.1.2 Sachgewährleistung beim Gesellschaftskauf

Beim Gesellschaftskauf nimmt das Bundesgericht die Position ein, dass zwar ein Fahrniskauf im Sinne von Art. 184 ff. OR vorliegt[22], dass sich Mängel aber allein auf den formellen Kaufgegenstand, d.h. die gemäss Kaufvertrag zu übertragenden Urkunden, beziehen können, sofern der Käufer nicht spezielle Zusicherungen über das Unternehmen gemacht hat[23]. Nur wenn die zu übertragenden Urkunden körperliche Mängel aufweisen[24] – was praktisch nie vorkommt oder mindestens wertmässig irrelevant ist –, kann der Käufer Ansprüche stellen, nicht aber, wenn das gekaufte Unternehmen selbst Mängel aufweist[25].

18 LÖRTSCHER, 53; WATTER, 147.

19 Vgl. TSCHÄNI, 160; LÖRTSCHER, 53; BÖCKLI, 65.

20 Die Erheblichkeit dürfte bei einer Abweichung von 1-2 % gegeben sein; vgl. mit weiteren Hinweisen SCHENKER, Risikoallokation, 251.

21 Vgl. LUGINBÜHL, 138 ff.; BÖCKLI, 66 ff.; SCHENKER, Risikoallokation, 249 ff.

22 BGE 107 II 418; WATTER, 149.

23 BGE 79 II 158; 107 II 422.

24 TSCHÄNI, 162, mit Beispielen.

25 In der Lehre wird überzeugend dargelegt, dass diese Praxis unrichtig ist: TSCHÄNI, 160; BÖCKLI, 62 ff.; WATTER, 151 ff.; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichtes VD vom 29.4.1977 in SJZ 77, S. 28; m.E. ist allerdings nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht seine Praxis ändern wird, da es mit der Praxis zum Grundlagenirrtum dem Käufer bei massiven Abweichungen vom Soll-Zustand die Möglichkeit einer Minderung gibt; SCHENKER, Risikoallokation, 252.

2.2.1.3 *Voraussetzung für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen*

Ansprüche aus Sachgewährleistung können gemäss gesetzlicher Ordnung 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[26], gelten alle Mängel als genehmigt, die bei einer usanzgemässen Prüfung erkennbar gewesen wären[27].
- Rügepflicht
  Gemäss Art. 201 OR muss ein entdeckter Mangel sofort nach der Entdeckung gerügt werden. Unterbleibt die Meldung oder erfolgt sie mit Verspätung, so gilt der betreffende Mangel ebenfalls als genehmigt[28].
- 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[29] erkannt hat oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen[30].
- Der Anspruch muss innert einem Jahr geltend gemacht werden
  Gemäss Art. 210 OR verjähren Ansprüche aus Sachgewährleistung innert einem Jahr nach Ablieferung des Kaufgegenstandes[31]. Damit werden auch alle Ansprüche aufgrund von versteckten Mängeln ausgeschlossen, die erst nach Ablauf dieses Jahres entdeckt werden[32].

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

27 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 384.

28 BK-GIGER, N 4 ff. zu Art. 201 OR; BÖCKLI, 74; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 385.

29 Entscheidend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses: BGE 117 II 262 f.

30 AMSTUTZ, 1110; im Einzelnen und mit weiteren Hinweisen SCHENKER, Risikoallokation, 253 ff.

31 BK-GIGER, N 8 ff. zu Art. 210 OR.

32 Kritisch zu dieser Regelung BÖCKLI, 74, da versteckte Mängel häufig erst nach einem ordentlichen Jahresabschluss und der entsprechenden Revision festgestellt werden.

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. Zusätzlich entfällt gemäss Art. 210 Abs. 3 OR auch die Beschränkung der Verjährungsfrist auf ein Jahr[33].

Die oben dargestellten Voraussetzungen für den Bestand von Ansprüchen aus Sachgewährleistung gelten auch, wenn der Verkäufer im Vertrag Zusicherungen macht, sofern diese formellen Regeln nicht im Vertrag ebenfalls geändert werden.

2.2.1.4 *Die Ansprüche aus Gewährleistung*

Bei Sachmängeln kann der Käufer gemäss Art. 205 OR entweder Wandelung oder Minderung verlangen. 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 Rücknahme nicht mehr zugemutet werden kann[34]. Ausser in Fällen der völligen Entwertung des gekauften Unternehmens durch den Mangel[35] wird deshalb das Gericht bei Wandelungsklagen in Anwendung von Art. 205 Abs. 2 OR nur eine Minderung zusprechen[36].

Entscheidet sich der Käufer für die Minderung oder wird diese vom Richter anstelle einer verlangten Wandelung angeordnet, so muss der Kaufpreis gemäss herrschender Lehre und Gerichtspraxis um denjenigen Prozentsatz reduziert werden, welcher der Differenz des objektiven Wertes des Kaufgegenstandes mit bzw. ohne Mangel entspricht[37]. Diese als "relative Methode" bezeichnete Art der Berechnung des Minderungsanspruches dient dazu, auch im Fall einer Minderung das beim Abschluss des Vertrages geltende Verhältnis zwischen Wert und Kaufpreis aufrecht-

33 BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, S.180 f.; BGE 81 II 137.

34 WATTER, 175; daher wird die Wandelung in Unternehmenskaufverträgen meistens auch ausgeschlossen.

35 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 387.

36 TSCHÄNI, 170; BÖCKLI, 81.

37 BasK-HONSELL, N 8 zu Art. 205 OR, mit weiteren Hinweisen; TSCHÄNI, 171; BK-GIGER, N 20 zu Art. 205 OR; BGE 111 II 162; BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, S. 181; VISCHER, Due Diligence, 362.

zuerhalten. Ihre Anwendung ist allerdings bei Unternehmenskäufen schwierig, da sie auf der Konzeption eines genau feststellbaren "objektiven" Wertes basiert, den es gerade bei Unternehmen nicht gibt[38]. 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[39].

Da die objektiv richtige Bewertung eines Kaufgegenstandes in vielen Fällen sehr schwierig ist, geht das Bundesgericht in seiner Praxis von der Vermutung aus, dass der objektive Wert dem bezahlten 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[40].

Wenn der Käufer wegen eines Sachmangels neben dem Minderwert des Kaufgegenstandes einen zusätzlichen Schaden erleidet, so kann er diesen Mängelfolgeschaden zusätzlich zu 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[41]. 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. Dieses Verschulden wird vermutet[42].

Im Rahmen des Mängelfolgeschadens kann der Käufer das gesamte positive Interesse am Vertrag geltend machen[43], was es insbesondere er-

38 Vgl. TSCHÄNI, 171; WATTER, 184.

39 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.

40 BGE 111 II 163; BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, S. 181; vgl. zur Berechnung des Schadenersatzes im Detail SCHENKER, Risikoallokation, 258 ff.

41 Zur Abgrenzung von unmittelbaren und mittelbaren Schäden BGE 133 III 257, der auf die Länge der Kausalkette zwischen dem Schaden verursachenden Ereignis und dem Schaden abstellt.

42 BGE 96 II 115; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 389.

43 WATTER, 182.

möglicht, Ertragsausfälle, die durch Mängel entstehen, zu fordern[44]. Aufgrund des Umstands, dass die Höhe eines derartigen Schadenersatzanspruches für den Verkäufer unvorhersehbar ist, wird die Haftung von Mängelfolgeschäden allerdings bei den meisten Unternehmenskaufverträgen ausgeschlossen.

2.3 Vertragliche Regelung der Sachgewährleistung

2.3.1 Zusicherungen

Da die gesetzlichen Vorschriften über die Sachgewährleistung nicht zu einer Risikoallokation führen, welche den Bedürfnissen der Parteien beim Unternehmenskauf entspricht und sie überdies auch zum Teil nicht genau vorhersehbare Ereignisse erzeugen[45], wird die Frage der Sachgewährleistung meistens vertraglich geregelt[46]. Da die Risikoallokation beim Unternehmenskauf, d.h. die Schnittstelle, bei der das Risiko des Käufers beginnt und das des Verkäufers endet, für die Parteien von grosser wirtschaftlicher Bedeutung ist, nehmen die entsprechenden Regeln im Vertrag meistens einen sehr breiten Raum ein. Die Parteien allozieren die Risiken dadurch, dass der Verkäufer mit entsprechenden Zusicherungen bestimmte Risiken übernimmt. Die übrigen Risiken werden – unter Vorbehalt allfälliger selbständiger Leistungsversprechen – vom Käufer übernommen. In der Praxis ist eine grosse Anzahl von Zusicherungen entwickelt worden, die verschiedene Risikobereiche abdecken[47]. Dieser Katalog von Zusicherungen wird von den Parteien typischerweise der in der Due Diligence festgestellten Risikolage des Unternehmens angepasst, wobei der Umfang der Risiken, die der Verkäufer durch Zusicherungen übernimmt, aber auch massgeblich von der Stärke der jeweiligen Verhandlungspositionen abhängt.

Wird im Vertrag nichts anderes festgehalten, so gelten die vertraglichen Zusicherungen für das Datum des Vertragsabschlusses[48]; meistens ist es allerdings sinnvoll vorzusehen, dass diese für den Zeitpunkt gelten, in dem der Vertrag erfüllt, d.h. das Unternehmen übertragen wird, da der

44 Im Einzelnen dazu SCHENKER, Risikoallokation, 261 f.

45 BÖCKLI, 72, der diese Schwierigkeiten einschliesslich der prozessualen Probleme einleuchtend schildert.

46 WATTER, 164.

47 Vgl. die Aufzählungen bei TSCHÄNI, 46 ff., und bei BÖCKLI, 90 ff.

48 BGE 88 II 414; a.M. WATTER, 174.

Verkäufer das Unternehmen bis zu diesem Zeitpunkt führt und deshalb die Risikolage entsprechend beeinflussen kann[49].

2.3.1.1 Modalitäten der Geltendmachung

Weicht der Kaufgegenstand von Zusicherungen ab, so stehen dem Käufer Ansprüche aus Sachgewährleistung zu. Wird im Vertrag nichts anderes festgehalten, so finden die oben dargestellten Modalitäten der Sachgewährleistung – wie insbesondere die kurzen Prüfungs- und Rügefristen und die kurze Verjährung – auch auf Ansprüche Anwendung, die auf vertraglichen Zusicherungen beruhen[50]. Da gerade diese Modalitäten die Geltendmachung materiell gerechtfertigter Ansprüche massiv erschweren können, werden gerade diese Punkte im konkreten Kaufvertrag meistens in anderer Weise geregelt, d.h. die Frist für die Geltendmachung von Ansprüchen wird gegenüber der gesetzlichen Frist verlängert, während Prüfungs- und Rügefrist typischerweise aufgehoben werden[51].

2.3.1.2 Berechnung der Ansprüche

Da wie oben dargestellt, die Wandelung von Unternehmenskaufverträgen wirtschaftlich nicht sinnvoll ist, werden derartige Ansprüche in den meisten Verträgen ausgeschlossen. Wegen der oben dargestellten Unsicherheiten bei der gesetzlichen Methode zur Berechnung von Minderungsansprüchen empfiehlt es sich, auch die Berechnung der Minderungsansprüche vertraglich zu regeln; typischerweise wird vorgesehen, dass sich der Anspruch des Käufers auf den Betrag beläuft, der zur Wiederherstellung des zusicherungskonformen Zustandes notwendig ist, maximal aber auf die tatsächlich erlittene Werteinbusse. Normalerweise verlangen die Verkäufer auch, dass die Haftung für Mängelfolgeschäden ausgeschlossen wird, da diese gerade bei Unternehmenskäufen uferlos werden können und es auch kaum möglich ist, zwischen Mängelfolgeschaden und dem vom Käufer zu tragenden Unternehmensrisiko zu unterscheiden.

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

[50] BGE 107 II 422; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 386.

[51] Zum Teil wird allerdings eine Rügefrist vereinbart, die meist aber nur dann zum Verlust von Rechten führt, wenn das Fristversäumnis zur Vergrösserung des Schadens führt.

2.4 Willensmängel

Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis kann sich ein Käufer beim Spezieskauf auch dann auf Willensmängel berufen, wenn der Willensmangel darauf zurückzuführen ist, dass der Kaufgegenstand einen Sachmangel aufweist. Im konkreten Fall müssen hierzu die Voraussetzungen einer Täuschung bzw. eines Grundlagenirrtums erfüllt sein[52].

Wählt der Käufer im konkreten Fall die Berufung auf Willensmangel, so hat er den Vorteil, dass die oben dargestellten strengen Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Sachgewährleistung nicht zur Anwendung kommen. Dementsprechend gelten weder die Rüge- noch die Untersuchungspflicht noch die kurze einjährige Verjährungsfrist; der Anspruch kann gemäss Art. 31 OR innert eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung bzw. des Irrtums geltend gemacht werden, indem der Käufer gegenüber dem Verkäufer eine Anfechtungserklärung abgibt[53]. Entscheidet sich ein Käufer wegen dieser Vorteile zur Anfechtung eines Vertrags aufgrund von Willensmängeln, so muss er allerdings konsequent nur auf dieser Basis vorgehen. Macht er wegen eines bestimmten Mangels zunächst vertragliche Rechte wie bedingte Leistungsversprechen (Garantien) oder Zusicherungen geltend, so genehmigt er damit den Vertrag und verunmöglicht die Berufung auf Willensmängel, da er damit zum Ausdruck bringt, dass er am Kaufvertrag festhalten will[54]. Ein Käufer, der sich auf Willensmängel berufen will, darf daher vorprozessual nur diese geltend machen und muss sich auch beim Prozess im Hauptstandpunkt auf Willensmangel abstützen. Nur im Eventualstandpunkt kann er Sachgewährleistung geltend machen.

2.4.1 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

[52] 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, 160; diese Alternativität der Rechtsbehelfe wird in der Lehre zum Teil kritisiert: GAUCH, 185; BK-SCHMIDLIN, N 249 ff. zu Art. 23/24 OR, mit Darstellung des Meinungsstandes.

[53] BGE 108 II 105; für die Anfechtung gilt dabei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine absolute Frist, d.h. sie ist auch noch nach über zehn Jahren möglich; BGE 114 II 131.

[54] BGE 88 II 412; GAUCH, 185.

hat, der nach "Treu und Glauben im Geschäftsverkehr" Grundlage des Vertrages ist[55]. 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 unter den gleichen Umständen den betreffenden Kaufgegenstand nicht oder nur zu einem wesentlich tieferen Preis gekauft hätte[56]. Ein Grundlagenirrtum muss sich grundsätzlich auf Sachverhalte beziehen, die sich bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verwirklicht haben[57]. Ein Irrtum über Entwicklungen nach dem Vertragsabschluss kann dagegen nur dann als Grundlagenirrtum qualifiziert werden, wenn der Eintritt der betreffenden Tatsache beim Abschluss des Vertrages von beiden Parteien als sicher angenommen wurde[58]; der Umstand, dass blosse Erwartungen des Käufers in der Zukunft nicht erfüllt werden, stellt dagegen zum Vornherein keinen Grundlagenirrtum dar.

Diese Grundsätze wendet das Bundesgericht auch bei einem Unternehmenskauf an und erlaubt dem Käufer insbesondere beim Gesellschaftskauf eine Berufung auf Grundlagenirrtum, wenn ein Mangel am Unternehmen selbst einen stark negativen Einfluss auf den Wert des gekauften Unternehmens hat[59]. Damit löst sich die Rechtsprechung zum Grundlagenirrtum von der sehr formalistischen Rechtsprechung zur Sachgewährleistung bei Gesellschaftskäufen und nimmt auf den eigentlichen wirtschaftlichen Gegenstand des Kaufs, d.h. das Unternehmen, Bezug.

Entsprechend dem Grundsatz, dass nur ein Irrtum über einen Sachverhalt, der nach Treu und Glauben Grundlage des Vertrages ist, zur Berufung auf Grundlagenirrtum berechtigt, kann jeder Mangel am Unternehmen, d.h. jede Abweichung vom normalerweise zu erwartenden Soll-Zustand eines Unternehmens, zur Berufung auf Grundlagenirrtum berechtigen. Nur Mängel, welche zu Wertabweichungen führen, die klar über die normale Streubreite von Unternehmensbewertungen und Preisbestimmungen hinausgehen, können nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Grundlage des Vertragsabschlusses betrachtet werden; bei geringeren Abweichungen ist dagegen keine Berufung auf Grundlagenirrtum mög-

55 BasK-SCHWENZER, N 16 ff. zu Art. 24 OR.
56 BGE 97 II 46.
57 BasK-SCHWENZER, N 18 zu Art. 24 OR.
58 BGE 109 II 110.
59 BGE 79 II 163 f.; 97 II 43; 107 II 419.

lich[60]. Damit dürfte die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums nur möglich sein, wenn sich der Minderwert auf 15-25 % beläuft[61].

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 von der zukünftigen Entwicklung abhängen, erfasst werden, sofern beide Parteien den betreffenden Sachverhalt als sicher betrachtet haben.

Da die zukünftigen Entwicklungen von Umsatz und Ertrag nicht vorausgesehen werden können und sie deshalb schon konzeptionell nicht Gegenstand einer "sicheren Erwartung" der beiden Parteien sein können, liegt zum Vornherein kein Grundlagenirrtum vor, wenn sich diese Grössen nach dem Kauf anders entwickeln als erwartet. Ein Grundlagenirrtum kann aber möglich sein, wenn es sich um ein einzelnes von den Parteien als sicher angenommenes zukünftiges Sachverhaltselement handelt, wie beispielsweise der Erhalt einer bestimmten Bewilligung oder Konzession, die Grundlage des Geschäftes ist und deren Erteilung von beiden Parteien im Nachgang zum Vertragsabschluss erwartet wurde[62].

Auch wenn das Bundesgericht den Grundlagenirrtum von der Sachgewährleistung getrennt hat, beeinflussen sich diese Rechtsbehelfe insofern, als dass ein ausdrücklicher vertraglicher Ausschluss von Sachgewährleistungsansprüchen auch einen Einfluss auf die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums hat. Da das Bundesgericht verhindern will, dass über den Grundlagenirrtum ein Sachgewährleistungsausschluss umgangen wird, kann kein Grundlagenirrtum bezüglich Mängeln geltend gemacht werden, die ausdrücklich von der vertraglichen Gewährleistung ausgeschlossen worden sind[63].

2.4.2 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

60 Vgl. WATTER, 195.
61 Vgl. dazu auch die bei BasK-SCHWENZER, N 24 zu Art. 24 OR, aufgezählten Beispiele; BGE 97 II 43.
62 Vgl. die Bespiele bei BasK-SCHWENZER, N 18 zu Art. 24 OR.
63 BGE 126 III 59; dazu genügt es, wenn im Vertrag festgehalten wird, dass Sachgewährleistungsansprüche gänzlich ausgeschlossen sind oder aber, dass Ansprüche aus Gewährleistung ausserhalb der vertraglich vorgesehenen Zusicherungen ausgeschlossen sind.

oder mindestens für die Ausgestaltung des Vertragsinhaltes kausal war[64]. 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[65].

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 im Rahmen der Verhandlungen offenlegen müsste. In der Praxis kann es beim Unternehmenskauf vor allem in folgenden Situationen zu Täuschungen kommen:

- Aktive Täuschung

  Eine aktive Täuschung erfolgt meist im Vorfeld der Verhandlungen, indem falsche Angaben über das Unternehmen bzw. seine Aktiven und Passiven oder seine Tätigkeit gemacht werden[66]. Diese können entweder in mündlicher oder in schriftlicher Form (beispielsweise im Rahmen eines Information Memorandums, das der Verkäufer den Kaufinteressenten abgibt) erfolgen.

  Die falsche Information über einen Sachverhalt ist aber von Werturteilen, Anpreisungen und Prognosen des Verkäufers abzugrenzen, bei denen der Käufer erkennen muss, dass sie subjektiv sind. Aussagen wie beispielsweise, 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[67].

- Täuschung durch Verschweigen

  Eine Täuschung durch Verschweigen kann nur vorliegen, wenn den Verkäufer bezüglich der verschwiegenen Tatsachen eine Aufklärungspflicht trifft[68]. In den Verhandlungen über einen Unternehmenskauf kann sich diese Aufklärungspflicht aus dem Gebot ergeben, Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen[69]. Eine derartige Aufklärungspflicht kann insbesondere dadurch entstehen, dass der Käufer im Rahmen der Due Diligence oder der Verhandlungen Fragen über bestimmte Sachverhalte stellt, da der Verkäufer in der Verhandlungssituation die Verpflichtung hat, spezifische Fragen wahrheitsgemäss zu beantworten[70]. Eine Aufklärungspflicht kann auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer in den Verhandlungen feststellt, dass der Käufer sich in einem Irrtum befindet, da er diesen Irrtum nicht aufrechterhalten, sondern aufdecken muss[71]. Auch wesentliche Mängel, die dem Verkäufer bekannt sind und die Entscheidfindung des Käufers über den Abschluss des Kaufs bzw. den Kaufpreis erheblich beeinflussen können, müssen offengelegt werden[72].

  Die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt allerdings, dass Täuschung durch Verschweigen meistens dann mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wenn der Käufer dem Verkäufer in geschäftlicher Hinsicht klar unterlegen ist und selbst nicht die Möglichkeit hat, den wahren Sachverhalt abzuklären oder zu verstehen. Auch wenn dies nicht eine ausdrückliche Voraussetzung für die Geltendmachung einer Täuschung durch Verschweigen ist, dürfte es für professionell beratene Käufer beim Unternehmenskauf sehr schwierig sein, eine Täuschung durch Verschweigen geltend zu machen. Dies weil das Gericht annehmen kann, dass ein derartiger Käufer nicht schutzbedürftig ist, sondern selber die notwendigen Abklärungen treffen kann, wenn ihm an diesen Fragen liegt bzw. bewusst ein Risiko eingeht, wenn er auf das Stellen von Fragen verzichtet.

  Das Gleiche gilt auch für den Grundlagenirrtum. Auch dieser kam in der bundesgerichtlichen Praxis bisher nur zur Anwendung, wenn der Käufer dem Verkäufer unterlegen war und besondere Schutzbedürftigkeit aufwies; auch hier dürfte es schwierig sein, einen Anspruch geltend zu machen, wenn der Käufer geschäftsgewandt ist, von professio-

64 BGE 91 II 219.

65 BasK-SCHWENZER, N 14 zu Art. 28 OR.

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

67 Vgl. SCHENKER, Risikoallokation, 267.

68 BasK-SCHWENZER, N 8 zu Art. 28 OR.

69 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, Rz 947.

70 BK-GIGER, N 39 zu Art. 199 OR; BÖCKLI, 78; VISCHER, Due Diligence, 42; keine Ansprüche können allerdings gestellt werden, wenn der Verkäufer eine Auskunft ausdrücklich verweigert; schliesst der Käufer trotz der Auskunftsverweigerung in diesem Fall einen Vertrag ab, so handelt er auf eigenes Risiko, da die Frage zu einer für den Verkäufer negativen Antwort geführt hätte.

71 BK-MERZ, N 271 zu Art. 1 ZGB; BGE 92 II 334; 90 II 449 ff.

72 BGE 66 II 139 f.; 81 II 138; BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, S. 180 f.; BÖCKLI, 74; VISCHER, Due Diligence, 231; WAHRENBERGER, 163.

nellen Beratern begleitet wird, eine Due Diligence durchführt und einen detaillierten Vertrag abschliesst. Je stärker die Parteien die Risiken abklären und je genauer sie die Risikoallokation selber vertraglich regeln, desto weniger gross ist das Bedürfnis nach einer Korrektur der Risikoallokation durch die Regeln über Grundlagenirrtum oder durch die Figur der Täuschung durch Verschweigen. Die Gerichte können vielmehr davon ausgehen, dass die Parteien in diesen Fällen Risiken bewusst geregelt haben bzw. in den Bereichen, in denen sie diese nicht geregelt haben, bewusst eingegangen sind.

2.4.3 Rechtsfolge: Ungültigkeit bzw. Teilungültigkeit des Vertrages

Wenn sich eine Partei auf Grundlagenirrtum oder Täuschung beruft, so wird der betreffende Kaufvertrag mit Wirkung "*ex tunc*", d.h. auf das Datum des Vertragsschlusses hin 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 und Täuschung auf Teilnichtigkeit berufen kann, was dazu führt, dass er das Unternehmen behalten kann, aber der Kaufpreis so reduziert wird, dass Leistung und Gegenleistung wieder im Gleichgewicht sind, wie wenn es nie zu einer Täuschung bzw. zu einem Grundlagenirrtum gekommen wäre[73]. Nach dieser Praxis wird der Preis auf denjenigen Betrag reduziert, den die Parteien in vernünftiger Abwägung aller Umstände bei Kenntnis des betreffenden Mangels vereinbart hätten[74].

3. Prozessführung

3.1 Position des Käufers als Kläger

3.1.1 Behauptungs- und Beweislast

Der Kläger muss das Klagefundament vor Gericht behaupten, wozu er sämtliche Tatsachen vorbringen muss, die aus rechtlicher Sicht zur Begründung seines Anspruches notwendig sind[75]. Die entsprechenden Tatsachenbehauptungen müssen substantiiert sein, d.h. derart detailliert und konkret, dass sie als Beweissatz in die Beweisaufnahme aufgenommen werden können[76].

Der Kläger trägt gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast für alle von ihm behaupteten Tatsachen, soweit der Beklagte diese bestritten hat[77]. Er muss dementsprechend Beweismittel nennen bzw., soweit sich diese in seinem Besitz befinden, vorlegen, die das Gericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung zur Überzeugung bringen, dass die behaupteten Tatsachen richtig sind[78].

In wirtschaftsrechtlichen Prozessen gilt die Dispositionsmaxime uneingeschränkt, da keine der beteiligten Parteien einen besonderen sozialen Schutz benötigt. Wenn der Kläger nicht alle für die Begründung seines Anspruches relevanten Tatsachen behauptet oder seine Behauptungen nicht substantiiert genug sind, wird der Richter das Klagefundament nicht im Sinne der Offizialmaxime selbst ergänzen. Wenn die zur Begründung des Anspruches vorgebrachten Behauptungen vom Beklagten bestritten werden und der Kläger keine genügenden Beweise vorbringt, so muss der Richter nicht selbst im Sinne der Untersuchungsmaxime den Sachverhalt abklären. Der Kläger trägt vielmehr die Folgen der Beweislosigkeit und kann dementsprechend seinen Anspruch nicht durchsetzen[79].

Die strenge Dispositionsmaxime wird nur durch die richterliche Fragepflicht gemindert, die den Richter dazu verpflichtet, die Parteien während des Prozesses darauf aufmerksam zu machen, dass gewisse für die Begründung des geltend gemachten Anspruches notwendigen Tatsachen nicht genügend substantiiert behauptet oder aber keine bzw. nur unzulängliche Beweise angegeben worden sind[80]. Wie weit diese richterliche Fragepflicht geht, hängt allerdings stark vom kantonalen Prozessrecht und der Praxis der betreffenden Gerichte ab. Im Schiedsverfahren liegt es im Wesentlichen im Ermessen der Schiedsrichter, Fragen in diesem Bereich zu stellen. Erfahrungsgemäss wirken Parteischiedsrichter daraufhin, dass das

73 Vgl. BGE 107 II 423; 99 II 307.

74 BGE 107 II 424; 81 II 220 f.; vgl. zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens GMÜNDER, 146 ff.; vgl. SCHENKER, Risikoallokation, 272.

75 BGer 4C.166/2006 (E.3); BGE 105 II 143; 98 II 113; VOGEL/SPÜHLER, 264; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 3 zu Art. 113 ZPO.

76 ZR 104 Nr. 11; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, 1264.

77 BasK-SCHMID, N 37 ff. zu Art. 8 ZGB; VOGEL/SPÜHLER, 259 ff.

78 BGE 130 III 321; 128 III 271; zum Beweis: BasK-SCHMID, N 15 ff. zu Art. 8 ZGB; HOHL, 156 ff.; MEIER, 60 ff.

79 BGE 111 II 160; BGE 105 II 245.

80 VOGEL/SPÜHLER, 169 f.; ZR 60 Nr. 64; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N. 2 ff. zu Art. 55 ZPO.

Schiedsgericht die betroffene Partei auf Mängel in der Substantiierung und der Beweisführung hinweist.

3.1.2 Die Konsequenzen von Behauptungs- und Beweislast für den Kläger im konkreten Prozess

Die Behauptungslast zwingt den Kläger, die tatsächlichen Grundlagen der geltend gemachten Ansprüche aus Leistungsversprechungen, Gewährleistung oder Willensmängeln konkret und detailliert darzustellen. Die Höhe des geltend gemachten Anspruches muss dabei nicht nur beziffert, sondern auch im Einzelnen begründet werden. Wird ein Schadenersatz geltend gemacht, so müssen die Elemente des Schadens, welche die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand ohne Vertragsverletzung und dem tatsächlich eingetretenen Vermögensstand ausmachen, sowie auch die Kausalität zwischen Vertragsverletzung und diesen Schadenselementen detailliert dargestellt und, im Falle der Bestreitung, bewiesen werden[81]. Die Möglichkeit des Richters, gemäss Art. 42 Abs. 2 OR den Schadenersatz abzuschätzen, falls es nicht möglich ist, diesen zu beweisen, befreit den Kläger nicht davon, die einzelnen Elemente des Schadens in dieser Weise darzustellen, da einerseits die Gerichte in der Abschätzung des Schadens sehr zurückhaltend sind[82] und anderseits als Voraussetzung für eine Schätzung des Schadens verlangen, dass die Grundlagen, welche eine derartige Schätzung erlauben, substantiiert dargelegt werden[83].

Der Kläger muss daher vor Einleitung des Verfahrens die Sachverhaltselemente, welche das Fundament der Klage und vor allem auch Bemessungsgrundlage für den Schaden bilden, genau abklären. Er sollte bei der Vorbereitung des Prozesses bereits auch alle Beweise für diese Sachverhaltselemente sammeln, so dass er im Prozess seiner Behauptungs- und Beweislast nachkommen kann. Bei komplexen Themen, wie z.B. Verletzung von Zusicherungen bezüglich Bilanz und Erfolgsrechnung, oder Pensionskassen- und Umweltschutzfragen, empfiehlt es sich, vor dem Prozess ein Parteigutachten einzuholen. Ein derartiges Gutachten stellt zwar kein Beweismittel dar, beeinflusst aber erfahrungsgemäss die Position des Gerichtes bzw. Schiedsgerichtes im Hinblick auf allfällige Ver-

81 BGE 111 II 303; 127 III 365; BasK-SCHNYDER, N 2 zu Art. 42 OR.

82 Zu den Voraussetzungen für eine Schätzung BGE 105 II 89; 132 III 379; 131 III 360; 128 III 271.

83 Vgl. BGE 122 III 221; 131 III 360.

gleichsverhandlungen im Rahmen einer Referentenaudienz oder einer ähnlichen vom Gericht bzw. Schiedsgericht durchgeführten Vergleichsverhandlung. Ein Parteigutachten ermöglicht es dem Kläger aber vor allem, seiner Substantiierungspflicht nachzukommen, da der Sachverständige im Parteigutachten vor allem auch die Sachverhaltselemente aufnimmt und gegebenenfalls den Kausalzusammenhang zum Schaden und dessen Grösse darstellt. Ein vorprozessual erstelltes Gutachten erlaubt es aber zusätzlich auch, wesentlich besser abzuschätzen, zu welchem Ergebnis ein allfälliges vom Gericht im Rahmen des Beweisverfahrens angeordnetes Gutachten kommen wird. Wenig erfolgsversprechend ist dagegen, wenn sich der Kläger bei der Vorbereitung des Prozesses bloss darauf verlässt, dass seine Behauptung von Zeugenaussagen ihm nahe stehender Personen gestützt werden. Die Erfahrung zeigt zwar, dass Zeugen immer im Sinne ihrer eigenen ökonomischen Interessen aussagen und praktisch unabhängig von der tatsächlichen Sachlage eine Aussage zugunsten der Partei machen, der sie nahe stehen. Da diese Tatsache aber Richtern und Schiedsrichtern bekannt ist, haben die Aussagen von Zeugen, die einer Partei nahe stehen oder von dieser sogar als Arbeitnehmer abhängig sind, im Rahmen der freien Beweiswürdigung[84] kaum eine Bedeutung, solange die betreffenden Personen Aussagen zugunsten dieser Partei machen[85]. Höher ist das Gewicht, wenn derartige Personen auf Befragung des Gerichtes oder in dem vor Schiedsgerichten üblichen Kreuzverhör Zeugenaussagen gegen die betreffende Partei machen. Damit sind unsichere Zeugen bzw. Zeugen, die bei richtiger Erinnerung für die Partei, die sie anruft, plötzlich negative Aussagen machen können, sogar äusserst gefährlich; brechen diese Zeugen ein, da ihnen von der Gegenseite oder vom Gericht kritische Fragen gestellt werden oder Urkunden vorgelegt werden, welche eine Falschaussage belegen, kann der ganze Fall zerstört werden.

Aufgrund der detaillierten Vorbereitung ist es dem Kläger – bei objektiver Betrachtung der eigenen Substantiierung und der eigenen Beweise – auch möglich, ziemlich genau abzuschätzen, wie gross seine Chance ist, vor Gericht zu obsiegen. Eine detaillierte Vorbereitung und die kritische Würdigung der eigenen Position – und insbesondere auch der eigenen Beweismittel – ermöglicht daher auch, Vergleichsgespräche mit realistischen Vorstellungen anzugehen bzw. unnötige Prozesse zu vermeiden.

84 VOGEL/SPÜHLER, 265 ff.; zur freien Beweiswürdigung bei Zeugen: HABSCHEID, 690.

85 VOGEL/SPÜHLER, 280, bezeichnen Zeugen daher als "allgemein schlechte Beweismittel".

3.1.3 Die Vorteile des Klägers bei der Vorbereitung des Prozesses

Die Vorbereitung des Prozesses durch den Kläger wird durch den Umstand erleichtert, dass ihm das gekaufte Unternehmen, das Grundlage des Prozesses bildet, gehört. Er hat daher direkten Zugriff auf die Akten des gekauften Unternehmens sowie auf dessen Angestellte und Aktiven, die im Zusammenhang mit den von ihm geltend gemachten Ansprüchen wesentlich sind. Dies ermöglicht es dem Kläger, Sachverhalte und Vorgänge, die seine Ansprüche begründen können, genau zu analysieren und auch Beweismittel zu identifizieren. Bei diesen Abklärungen kann der Käufer auch mit den Personen sprechen, die er als Zeugen aufrufen will, soweit dies zur Sachverhaltsabklärung dient. Allerdings darf der Käufer bzw. sein Rechtsvertreter bei derartigen Gesprächen nicht die Zeugenaussage beeinflussen, sondern nur den Sachverhalt aufnehmen[86].

Ein in M&A-Transaktionen bewanderter Käufer wird die oben dargestellten Vorteile ausnützen und nach dem Vollzug des Kaufvertrages ein aktives Claims Management institutionalisieren, um Ansprüche zu identifizieren. Das Management Information System und die Risikomanagementprozesse des gekauften Unternehmens werden in diesem Rahmen gezielt dafür eingesetzt, um Probleme, die unter Zusicherungen fallen oder Garantien auslösen können, früh zu erfassen. Überdies wird ein derartiger Käufer in den für mögliche Ansprüche kritischen Gebieten auch gezielte Abklärungen machen, um allfällige Ansprüche schnell zu entdecken. Aus diesem Grund nehmen professionell beratene Käufer meist schon sehr rasch nach dem Vollzug des Kaufs mit Steuer- und Umweltschutzbehörden Kontakt auf, um Revisionen und Analysen herbeizuführen, damit allfällige Probleme noch während der vertraglichen Verjährungsfristen sichtbar werden.

Wenn der Käufer sich entschliesst, Ansprüche durchzusetzen und eine Klage vorzubereiten, so kann er durch geeignete Massnahmen auch sicherstellen, dass für den Beklagten möglichst wenige Informationen zugänglich sind. Dies kann der Kläger erreichen, indem er die entsprechenden Dokumente und Unterlagen im Unternehmen streng vertraulich be-

[86] ZR 106, Nr. 81; ZR 95 Nr. 43; im konkreten Fall ist es allerdings schwierig, die Grenze zwischen Sachverhaltsaufnahme und Zeugenbeeinflussung zu ziehen; die Erfahrung zeigt, dass Zeugen, die einer Partei nahe stehen, gerade bei Schiedsverfahren vom Käufer häufig vollumfänglich instruiert und präpariert werden, bevor sie ihre Zeugenaussage machen. Dies wird wie oben dargestellt in der Beweiswürdigung aber berücksichtigt.

handelt und Arbeitnehmern, die das gekaufte Unternehmen verlassen, in entsprechenden Aufhebungsvereinbarungen eine Geheimhaltungspflicht auferlegt.

3.2 Konkrete Prozessführungssituation bei Ansprüchen aus Unternehmenskäufen

3.2.1 Ansprüche aus Garantien/Leistungsversprechen

Bei Garantien bzw. selbständigen Leistungsversprechen ist die Prozessführung normalerweise relativ einfach, da nur substantiiert behauptet und nachgewiesen werden muss, dass die Voraussetzungen, welche die Leistungspflicht auslösen, tatsächlich eingetreten sind. Wenn der Verkäufer im Vertrag z.B. die Verpflichtung übernommen hat, das Ergebnis seines Passivprozesses oder die Kosten der Sanierung einer bestehenden Altlast zu übernehmen, so genügt es, den Prozessverlust bzw. die Sanierungspflicht und die entsprechenden Kosten mit Urteilen oder Verfügungen und Zahlungsbelegen nachzuweisen, um den Anspruch zu begründen. In diesen Fällen, in denen der Verkäufer verspricht, die angefallenen Kosten zu bezahlen, ist die Höhe des Anspruches normalerweise ebenfalls kein Problem, da die Zahlung der betreffenden Kosten relativ einfach bewiesen werden kann[87].

3.2.2 Zusicherungen

Bei Ansprüchen aus Zusicherungen ist die Prozessführung für den Kläger bereits wesentlich anspruchsvoller. Normalerweise muss er folgende Sachverhaltselemente behaupten und beweisen:

- Abweichung von der zugesicherten Eigenschaft
  Substantiierung und Beweis dieses Sachverhaltselementes können in einzelnen Fällen relativ einfach sein. Wenn die Zusicherung klar formuliert worden ist und die Abweichung vom zugesicherten Zustand mess- bzw. feststellbar ist, so fällt es leicht, eine Abweichung substantiiert zu behaupten und nachzuweisen. Zu dieser Situation kommt es

[87] In diesem Rahmen sind Substantiierung und Beweis wesentlich einfacher als bei Schadenersatz, da keine Vermögensverminderung, sondern nur eine Zahlung nachgewiesen werden muss.

beispielsweise, wenn der Verkäufer zugesichert hat, dass die Gesellschaft bestimmte Bewilligungen hat oder dass den Steuerbehörden immer richtige Angaben gemacht worden sind und die betreffenden Bewilligungen nicht vorliegen oder die Steuerbehörden erfolgreich ein Nachsteuerverfahren wegen unrichtiger Angaben in der Steuererklärung durchgeführt haben.

Problematisch ist die Prozessführung allerdings, wenn die Frage, ob eine Abweichung von einer Zusicherung vorliegt, von subjektiven Einschätzungen beeinflusst wird. Zu einer derartigen Situation kommt es immer dann, wenn der von der Zusicherung erfasste Sachverhalt sich nicht auf direkt messbare Fakten bezieht. Gerade im Bereich des Rechnungswesens kommt es häufig zu solchen Situationen. Macht z.B. der Käufer eine im Vertrag enthaltene Zusicherung betreffend die Bilanz geltend, weil einzelne Aktiven in der Bilanz überbewertet oder aber die Rückstellungen nicht in genügender Höhe ausgewiesen worden sind, so gibt es kein mathematisch klares Verfahren zur Festlegung dieser Grössen. Diese Bewertungen unterliegen vielmehr immer einem gewissen Ermessensspielraum, da der Betrag notwendiger Rückstellungen und die Höhe der zulässigen Aktivierung nicht direkt messbar sind, sondern letztlich nur geschätzt werden können[88]. Das Gleiche gilt auch für die Frage, ob eine Pensionskasse eine Unterdeckung aufweist bzw. wie gross eine Unterdeckung ist, da diese Frage ganz entscheidend von den Annahmen, auf denen die Bewertung beruht, beeinflusst wird. Ähnliche Probleme entstehen aber auch bei der oft verwendeten Zusicherung, dass sich das betriebliche Anlagevermögen in einem seinem Alter entsprechenden guten Zustand befindet und funktionstüchtig ist, da diese Begriffe nicht auf messbare Grössen verweisen, sondern relativ breit definiert sind. Die Erfahrung zeigt, dass der Kläger die Probleme bei der Substantiierung derartiger Ansprüche faktisch nur dann bewältigen kann, wenn er schon vor der Einleitung eines Prozesses ein Gutachten eines Sachverständigen einholt, da ihm dieses mindestens die substantiierte Argumentation erlaubt. Zur korrekten Substantiierung seines Anspruches muss der Kläger nämlich alle Elemente nachweisen, die zeigen, dass die Annahmen und Schlüsse, die bei der Bewertung von Aktiven bzw. der Bemessung von Rückstellungen und Deckungslücken gemacht wurden, aufgrund der im Zeitpunkt der Bilanzerstellung erkennbaren Umstände unrichtig waren und der Verkäufer bzw. die verkaufte Gesellschaft den vorhandenen Ermessensspielraum überschritten haben. Die Praxis zeigt, dass gerade in diesem Punkt viele Kläger häufig nur aufgrund der späteren Entwicklung, die zu einem Abschreibungsbedarf bei Aktiven bzw. zu Schäden führte, die von den tatsächlich vorhandenen Rückstellungen nicht gedeckt waren, auf eine falsche Bilanzierung bzw. Wertberechnung schliessen. Damit werden diese Kläger ihrer Substantiierungspflicht nicht gerecht, da sie substantiiert behaupten und bei entsprechender Bestreitung nachweisen müssten, dass die entsprechende Bewertung im Zeitpunkt der Bilanzerstellung aufgrund der damals erkennbaren Umstände unrichtig war.

[88] Die Beurteilung, ob das Ermessen richtig ausgeübt worden ist, wird in diesen Fällen noch dadurch erschwert, als die Ausübung des Ermessens aufgrund im Zeitpunkt der Bilanzerstellung erkennbarer Fakten beurteilt werden muss.

- Höhe des Minderwertes und des Minderungsanspruches

  Beim Minderwert sind Substantiierung und Beweisführung häufig wesentlich problematischer als bei der Abweichung vom zugesicherten Zustand. Im Sinne der vorne dargestellten bundesgerichtlichen Praxis muss der Kläger substantiiert darstellen und im Falle der Bestreitung beweisen, wie hoch die Kosten für die Wiederherstellung des zusicherungskonformen Zustandes sind. Diese Kosten können in den Fällen relativ einfach nachgewiesen werden, in denen einzelne, klar definierte Handlungen notwendig sind, um den zusicherungskonformen Zustand herbeizuführen. Dies trifft beispielsweise zu, wenn eine Bewilligung fehlt, die mit einfachen Mitteln eingeholt werden kann; in diesem Fall entspricht der Minderungsanspruch den Kosten, die für die Einholung der betreffenden Bewilligung anfallen.

  Problematischer ist die Berechnung des Minderungsanspruches, wenn der zusicherungskonforme Zustand nicht wiederhergestellt werden kann. In diesen Fällen muss nachgewiesen werden, dass das Unternehmen aufgrund der betreffenden Abweichung tatsächlich einen tieferen Wert hat. Es genügt dabei nicht, nur pauschal darauf hinzuweisen, dass der Preis des gekauften Unternehmens ohne die Abweichung von der Zusicherung tiefer gewesen wäre. Es muss vielmehr dargelegt werden, dass die Abweichung für die Bewertung des gekauften Unternehmens relevant ist und im konkreten Fall tatsächlich auf die Bewertung bzw. den Preis einen quantitativen Einfluss hatte. Für diesen Nachweis kann der Käufer nicht einfach die Bewertungsmethode verwenden, die er selber zur Evaluation des Kaufpreises verwendet hat, da diese nur seinen eigenen subjektiven Massstab zeigt. Da die Praxis des Bundesgerichts bei der Berechnung des Mindestwertes aber

von einem objektiven Wert ausgeht[89], muss der Kläger nachweisen, dass der Mangel nach den für Unternehmen der gekauften Art normalerweise verwendeten Bewertungsmethoden zu einer tieferen Bewertung führt. Dabei eignen sich aufgrund ihrer breiten Akzeptanz insbesondere die Discounted Cashflow-Methode oder Multiples-Methoden, die auf den nachhaltigen Gewinn bzw. Cashflow abstellen. Auch in diesem Bereich empfiehlt es sich, mindestens in komplexeren Fällen, vorgängig ein Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, um so die substantiierte Argumentation sicherzustellen, da nicht nur die konkrete Berechnung der Bewertung wesentlich ist, sondern vor allem auch die Begründung, weshalb die verwendeten Methoden für das gekaufte Unternehmen angemessen sind und üblicherweise verwendet werden.

Bei einer Unternehmensbewertung zeigt sich zum Teil aber auch, dass gewisse Abweichungen vom zugesicherten Zustand keinerlei Einfluss auf den Wert eines Unternehmens haben. Zu einer derartigen Situation kann es kommen, wenn der Vertrag die Zusicherung enthält, dass die Bilanz einem bestimmten Bilanzierungsstandard entspricht und sich nachher herausstellt, dass einzelne Gegenstände des betrieblichen Anlagevermögens wie z.B. Maschinen oder ein Goodwill aus einer früheren Akquisition gemäss diesem Massstab überbewertet sind. Bei der Anwendung der Discounted Cashflow-Methode oder einer Multiple-Methode zeigt sich nämlich, dass eine derartige Abweichung keinen Einfluss auf den Unternehmenswert hat, da bei betrieblichen Aktiven allein der Nutzwert bzw. die Dauer der betrieblichen Nutzung entscheidend ist[90] und die Höhe des Goodwills überhaupt keinen Einfluss auf die betriebliche Leistung und zukünftige Geldflüsse hat[91].

Wie vorne dargestellt wird, stellt die bundesgerichtliche Praxis zur Feststellung des Minderungsanspruches primär auf die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des Unternehmens ohne Mangel und dem

89 BGE 111 II 162; im Einzelnen Fn 38 vorne mit weiteren Verweisen.

90 Will der Kläger in derartigen Situationen einen Minderungsanspruch geltend machen, so muss er nachweisen, dass die notwendige Abschreibung der Aktiven wegen einer verminderten Nutzungsdauer notwendig ist und er deshalb schneller zum Ersatz der betriebsnotwendigen Aktiven gezwungen ist.

91 Da die Werthaltigkeit des Goodwill einer früheren Akquisition ohnehin aufgrund der erwarteten zukünftigen Erträge des betreffenden Geschäftes beurteilt wird, kann ein Anspruch nur dann geltend gemacht werden, wenn die Aktiven, die zur Erzielung dieser Gewinne notwendig sind, nicht vorhanden oder in schlechtem Zustand sind und dies eine spezifische Zusicherung verletzt. Die Tatsache, dass ein Goodwill nicht zu hoch eingebucht wurde, hat im Übrigen aber keinen Einfluss auf die Bewertung.

tatsächlichen Wert des Unternehmens mit Mangel ab. Nur für den Fall, dass diese Wertdifferenz nicht nachgewiesen werden kann, geht das Bundesgericht im Sinne einer Vermutung davon aus, dass dieser Minderwert den Kosten zur Wiederherstellung des zusicherungskonformen Zustandes entspricht[92]. Daher können diese Kosten nicht eingefordert werden, wenn sie die Wertminderung übersteigen. Fehlt beispielsweise eine Bewilligung, die nur mit hohen Kosten eingeholt werden kann, da die Erteilung der betreffenden Bewilligung grosse Änderungen an Gebäuden und Einrichtungen voraussetzt, so können diese Kosten nicht eingefordert werden, wenn die Bewilligung bereits durch kleine betriebliche Änderungen unnötig wird[93]. In diesem Fall kann der Kläger nur die Werteinbusse, die durch diese Änderung entsteht, als Minderungsanspruch geltend machen.

3.2.3 Willensmängel

Macht der Kläger Willensmängel geltend, muss er alle für eine Täuschung bzw. einen Grundlagenirrtum notwendigen Sachverhaltselemente substantiiert behaupten und beweisen.

Beim Grundlagenirrtum muss der Kläger primär die Abweichung vom vernünftigerweise zu erwartenden Normalzustand des Unternehmens nachweisen, wobei sich bezüglich dieser Abweichung die gleichen Probleme stellen wie bei der Abweichung von Zusicherungen. Während sich bei Zusicherung der Normalzustand allerdings aus der Zusicherung selbst ergibt, muss der Kläger beim Grundlagenirrtum den vernünftigerweise zu erwartenden "Normalzustand" des Unternehmens substantiiert behaupten, damit das Gericht einen Standard zur Beurteilung der Abweichung hat. Obwohl es letztlich eine Rechtsfrage ist, ob ein bestimmter Standard des Unternehmens erwartet werden kann und deshalb Massstab für die Frage einer Abweichung ist, empfiehlt es sich dennoch, den behaupteten Standard durch entsprechende Literatur und gegebenenfalls auch durch ein betriebswirtschaftlich orientiertes Gutachten nachzuweisen. Die Frage, ob die behauptete Abweichung ein Ausmass erreicht bzw. einen Sachverhalt betrifft, der nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr Grundlage der Transaktion ist, stellt ebenfalls eine Rechtsfrage dar. Damit die rechtliche

92 BGE 111 II 163; BGE vom 10.12.1986 in SJ 1987, S. 181; vgl. zur Berechnung des Schadenersatzes im Detail SCHENKER, Risikoallokation, 258 ff.

93 Dieser Fall kann beispielsweise eintreten, wenn in einem Betriebsgebäude die Bewilligung für den Betrieb einer tatsächlich betriebenen Kantine fehlt, diese aber an einen Ort verlegt werden kann, wo keine Bewilligungsprobleme bestehen.

Beurteilung zu seinen Gunsten ausfällt, muss der Kläger aber doch substantiiert behaupten und im Bestreitungsfall nachweisen, dass die Abweichung eine entsprechende Grössenordnung erreicht und dass diese für ihn selbst Basis für den Abschluss des Vertrages bzw. die Gestaltung der Vertragsbedingungen und insbesondere des Preises war; der Kläger muss dementsprechend im Rahmen seiner Behauptungen die Abweichung quantifizieren und diesen Betrag auch nachweisen.

Bei der Täuschung muss die Täuschungshandlung sowie die Abweichung zwischen dem tatsächlichen Zustand des Unternehmens und dem im Rahmen der Täuschung vorgespielten Zustand substantiiert behauptet und nachgewiesen werden. Überdies muss der Kläger auch substantiiert behaupten und nachweisen, dass die Täuschung Ursache für den Abschluss des Vertrages bzw. für die Festlegung der Vertragsbedingungen war. Da die Kausalität bezüglich des Vertragsabschlusses bzw. des Vertragsinhaltes aber eine beim Käufer aufgetretene innere Tatsache darstellt, ist sie einem direkten Beweis nicht zugänglich. Dementsprechend muss der Kläger in der Praxis substantiiert behaupten, dass die betreffende Abweichung im normalen Geschäftsverkehr ein bewertungsrelevanter Faktor ist.

Wie vorne dargestellt, zeigt die bundesgerichtliche Praxis, dass Grundlagenirrtum und Täuschung durch Verschweigen normalerweise nur zur Anwendung kommen, wenn der Käufer dem Verkäufer in Bezug auf Sachverstand und wirtschaftlicher Erfahrung unterlegen ist. Zwischen geschäftserfahrenen Parteien, die bei den Verhandlungen sachkundig vertreten worden sind, sind derartige Ansprüche wesentlich schwerer durchzusetzen. Im Normalfall kann davon ausgegangen werden, dass sie die entsprechenden Risiken bewusst eingegangen sind bzw. im Preis bereits berücksichtigt haben, wenn sie diese nicht im Rahmen von Zusicherungen und vertraglichen Leistungsversprechungen geregelt haben. Um dem Argument auszuweichen, dass Risiken bewusst in Kauf genommen worden sind, sollte der Kläger daher substantiiert darlegen und nachweisen, dass die im Rahmen der Täuschung bzw. des Grundlagenirrtums geltend gemachte Abweichung ausserhalb derjenigen Risiken liegt, die vernünftigerweise unter geschäftserfahrenen Parteien erwartet werden und dass diese Risiken daher nicht in Kauf genommen wurden.

3.3 Stellung des Verkäufers als Beklagter

3.3.1 Die Bestreitung der vom Kläger behaupteten Tatsachen

Dem Beklagten obliegt es, die Behauptungen des Klägers zu bestreiten. Nur Behauptungen des Klägers, die der Beklagte bestritten hat, müssen vom Kläger bewiesen werden; alle anderen Behauptungen gelten dagegen als anerkannt und bilden – soweit rechtlich anerkannt – damit Grundlage des gerichtlichen Urteils[94].

Die Bestreitung des Beklagten muss nicht substantiiert sein, d.h. der Beklagte muss nicht darstellen, wie sich ein bestimmter Sachverhalt in Wahrheit zugetragen hat, weshalb er auch dann die vom Kläger behaupteten Sachverhaltselemente bestreiten kann, wenn er keine Kenntnisse über den tatsächlichen Vorgang hat[95]. Er muss aber die vom Kläger vorgetragenen Behauptungen detailliert bestreiten, d.h. bei jeder einzelnen Behauptung festhalten, dass er diese bestreitet; eine allgemeine Bestreitung, wie sie häufig zu Beginn einer Rechtsschrift zu finden ist, genügt nicht zur Bestreitung der klägerischen Behauptungen[96]. Insbesondere muss beim Schadenersatz jede einzelne Position bzw. die Grundlagen des Schadenersatzes im Einzelnen bestritten werden; es genügt nicht, die Berechnung des Schadenersatzes gesamthaft zu bestreiten bzw. als falsch zu bezeichnen[97].

In der Praxis ist es allerdings empfehlenswert, dass der Beklagte sich nicht auf diese passive Bestreitung zurückzieht, sondern den aus seiner Sicht richtigen Sachverhalt darstellt, da eine plausible Darstellung des Sachverhaltes für das Gericht wesentlich glaubwürdiger ist als die blosse Bestreitung. Die blosse Bestreitung ohne eigene Sachverhaltsdarstellung, d.h. das "Bestreiten mit Nichtwissen", trägt bei einer entsprechenden Bestreitung durch den Kläger auch die Beweislast[98] und sollte auf Fälle beschränkt werden, in denen der Beklagte vom wirklichen Vorgang tatsächlich keine Kenntnis haben kann. Dieser Fall kann beispielsweise eintreten, wenn der Kläger seine internen Entscheidungsmechanismen dar-

94 GULDENER, 160; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, 1267.

95 In dieser Situation befindet sich der Beklagte immer dann, wenn der Kläger Tatsachen behauptet, die sich innerhalb des gekauften Unternehmens oder beim Kläger selbst zugetragen haben.

96 BGE 117 II 113; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4 zu Art. 113 ZPO; ZR 52 Nr. 52; ZR 58 Nr. 89; ZR 67 Nr. 26; ZR 79 Nr. 130; GULDENER, 262.

97 BGE 105 II 146; ZR 53 Nr. 50; ZR 77 Nr. 173; SJZ 1973, 329.

98 VOGEL/SPÜHLER, 265.

stellt, um bei einem Grundlagenirrtum oder einer Täuschung den Kausalzusammenhang zwischen Abweichung und Vertragsabschluss darzulegen.

3.3.2 Behauptungs- und Beweislast des Beklagten

Der Beklagte muss die rechtsaufhebenden Tatsachen behaupten, die zu einem Wegfall der geltend gemachten Ansprüche führen[99]. Die Ausführungen zur Substantiierungspflicht sowie zur Behauptungs- und Beweislast des Klägers gelten in diesem Bereich auch für den Beklagten. In diesem Sinne muss er beispielsweise substantiiert behaupten und belegen, dass der Käufer vertragliche oder gesetzliche Rüge- und Untersuchungspflichten verletzt hat, Fristen verpasst hat oder dass ihm die im Rahmen einer Täuschung oder eines Grundlagenirrtums geltend gemachten Abweichungen des Unternehmens vom Normalzustand beim Abschluss des Kaufvertrages bekannt waren.

Im Übrigen hat der Beklagte aber auch immer die Möglichkeit des Gegenbeweises bezüglich der vom Kläger behaupteten Tatsachen[100]. Das Gericht muss dementsprechend Beweise des Beklagten in diesem Bereich abnehmen, falls er die betreffenden Tatsachen bestritten hat, und diese Beweise in seine Beweiswürdigung einbeziehen.

3.3.3 Probleme des Beklagten bezüglich Sachverhaltsermittlung und Beweismittelbeschaffung

Nach dem Verkauf hat der Verkäufer keinen Zugriff mehr auf die Unterlagen und Arbeitnehmer des verkauften Unternehmens. Dies erschwert eine substantiierte und glaubwürdige Bestreitung der Behauptungen des Klägers und auch die Vorlage von Gegenbeweisen. Dieses Problem stellt sich vor allem, wenn sich in einem Prozess Fragen stellen, die sich auf das Rechnungswesen der verkauften Gesellschaft beziehen, da es in diesem Bereich meistens schon gar nicht möglich ist, die Behauptung des Klägers spezifisch zu bestreiten, wenn der Beklagte nicht selber Einblick in das Rechnungswesen hat. Die Möglichkeit, die Edition von Belegen zu verlangen, stellt nur eine ungenügende Hilfe für den Beklagten dar, da es oft

[99] BGE 128 III 261; BGE 111 II 55; BasK-SCHMID, N 56 zu Art. 8 ZGB.

[100] BGE 120 II 393; 115 II 305; dabei kann der Beklagte entweder Beweise vorbringen, die zeigen, dass sich Tatsachen anders verhalten als vom Kläger behauptet (Beweis des Gegenteils) oder aber Beweise vorlegen, welche die Glaubwürdigkeit der vom Kläger eingereichten Beweismittel erschüttern.

sehr schwierig ist, die betreffenden Urkunden genügend genau zu definieren und ein Editionsbegehren, das die betreffenden Urkunden nicht spezifisch bezeichnet, vom Gericht nicht zugelassen wird[101]. Im Übrigen ergibt sich aus dem Recht zur Edition auch keine Hilfe bei der Formulierung spezifischer Bestreitungen, da die Edition erst im Beweisverfahren, d.h. nach Abschluss des Behauptungsverfahrens erfolgt.

Ein Verkäufer sollte daher darauf achten, dass er sich bereits beim Vertragsabschluss alle relevanten Akten sichert und insbesondere Kopien sämtlicher in der Due Diligence vorgelegten Unterlagen zurückbehält. Zusätzlich sollte der Verkäufer aber auch Kopien von Protokollen der Sitzungen des Verwaltungsrates sowie anderer wesentlicher Gremien der verkauften Gesellschaft behalten und auch alle Unterlagen bezüglich Rechnungswesen, Management Information System und Risikomanagement in Kopie aufbewahren. Die Idee, sich für den Prozessfall den Zugang zu Unterlagen und Rechnungswesen vertraglich auszubedingen, erscheint in der Theorie zwar vielversprechend, ist in der Praxis aber äusserst schwierig umzusetzen. Der Zugang muss auch wieder gerichtlich erkämpft werden, wenn der Kläger diesen nicht freiwillig gewährt, was dazu führt, dass die betreffenden Informationen und Unterlagen für das Verfahren nicht zeitgerecht beschafft werden können.

3.3.4 Die konkrete Situation des Verkäufers als Beklagter im Prozess

3.3.4.1 Vertragliche Leistungsversprechen

Bei vertraglichen Leistungsversprechen bzw. Garantien muss der Beklagte den Eintritt der Sachverhaltselemente bestreiten, welche die betreffende Leistungspflicht auslösen und die Höhe der geltend gemachten Leistung in Abrede stellen. Zum Teil ist es auch möglich, im Sinne einer rechtsaufhebenden Tatsache zu behaupten und nachzuweisen, dass der Käufer durch eigene Handlungen den betreffenden Betrag erhöht hat und dass deshalb die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 44 OR wegen Selbstverschulden wegfällt bzw. reduziert wird[102]. Zu einer derartigen Situation kann es z.B. kommen, wenn der Verkäufer die Verpflichtung übernommen hat, die Kosten für Garantieleistungen bei den vor dem Vollzugstermin des Unternehmensverkaufs ausgelieferten Waren abzudecken und

[101] ZR 95 Nr. 72; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 3 zu Art. 183 ZPO.

[102] Eine analoge Argumentation kann sich auch aus Art. 156 OR ergeben.

dann feststellen muss, dass der Käufer ohne rechtliche Verpflichtungen im Sinne einer Werbemassnahme unter dem Titel von "Garantien" allen Kunden Leistungen erbracht hat. Das Gleiche gilt auch, wenn bei Leistungsversprechen zur Abdeckung von umweltschutzrechtlichen Sanierungsverpflichtungen "Luxussanierungen" durchgeführt werden oder wenn der Käufer bei der Lösung von Steuerproblemen den Steuerbehörden weiter entgegenkommt, als dies nach der Rechtslage notwendig wäre, um so bei den betreffenden Behörden Goodwill zu schaffen und um neue Probleme, die der Käufer selbst zu verantworten hat, einfacher zu lösen.

3.3.4.2 Zusicherungen

Bei Zusicherungen muss der Beklagte die geltend gemachten Abweichungen und Minderwerte bestreiten und kann diesbezüglich auch Gegenbeweise vorbringen. Als rechtsaufhebende Tatsachen kann der Beklagte in diesem Bereich vor allem Fristversäumnisse sowie Versäumnisse bezüglich der gesetzlichen bzw. einer allfälligen vertraglichen Rüge- und Mitteilungsfrist geltend machen. Oft ist es aber auch möglich, als rechtsaufhebende Tatsache ein Selbstverschulden des Käufers durch Verschlimmerung der betreffenden Zustände zu behaupten und zu beweisen. Zu dieser Situation kommt es immer dann, wenn der Käufer im Bewusstsein, dass der Verkäufer für bestimmte Probleme einstehen muss, diese nicht sachgerecht behandelt oder die Zahlungspflicht des Käufers sogar ausnützt, um selbst Dritten Leistungen zu erbringen und so Goodwill für die weitere geschäftliche Zusammenarbeit mit dem betreffenden Dritten zu schaffen.

Für den Beklagten ist häufig auch die Bestreitung erfolgsversprechend, dass die vom Kläger behauptete Abweichung von einer Zusicherung keinen Einfluss auf den Wert des Unternehmens hat bzw. der Wert des Unternehmens wesentlich weniger reduziert als die vom Kläger geltend gemachten Kosten für die Wiederherstellung des zusicherungskonformen Zustandes. Will der Beklagte dies geltend machen, so genügt allerdings die blosse Bestreitung nicht, da das Bundesgericht – wie vorne dargestellt – von der Vermutung ausgeht, dass die Wiederherstellungskosten der Werteinbusse entsprechen. Daher hat der Beklagte bei dieser Verteidigungsstrategie eine substantiierte Behauptung aufzustellen und diese zu beweisen.

Im Sinne einer rechtsaufhebenden Tatsache kann der Beklagte auch substantiiert behaupten und beweisen, dass dem Käufer beim Vertragsabschluss die betreffenden Mängel bekannt waren und diese auch im Kaufpreis berücksichtigt worden sind, da dies als Genehmigung gilt.

3.4 Grundlagenirrtum und Täuschung

Macht der Kläger Willensmängel geltend, so obliegt es dem Beklagten zu bestreiten, dass beim Grundlagenirrtum eine Differenz zwischen dem normalerweise erwarteten Zustand des Unternehmens und dem tatsächlichen Zustand bestand und dass eine allfällig vorhandene Differenz nicht eine Grössenordnung erreicht, die nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr Grundlage einer Transaktion ist. Obwohl, wie oben dargestellt, die Frage, ob eine bestimmte Abweichung tatsächlich nach Treu und Glauben Grundlage einer Transaktion ist, eine Rechtsfrage darstellt, empfiehlt es sich immer, den Gegenbeweis anzutreten, um mittels Bewertungsgutachten nachzuweisen, dass die betreffende Abweichung keine nennenswerten Auswirkungen auf die Bewertung hatte.

Wird Täuschung geltend gemacht, so müssen Täuschungshandlung und Kausalität bestritten werden, wobei es sich auch bei der Täuschung lohnt, mit entsprechenden Gutachten nachzuweisen, dass die betreffende Abweichung keinen Einfluss auf den Wert des verkauften Unternehmens hat. Im Sinne einer rechtsaufhebenden Tatsache kann der Beklagte aber auch behaupten, dass der Kläger von den Abweichungen, die er im Rahmen eines Grundlagenirrtums bzw. einer Täuschung geltend macht, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgrund der Due Diligence oder aufgrund von Mitteilungen des Verkäufers Kenntnis hatte. In diesem Bereich trägt allerdings der Beklagte sowohl die Behauptungs- wie auch die Beweislast.

4. Prozessverfahren verhindern

Die Führung von Prozessen zur Problemlösung bei Unternehmenskäufen ist mindestens in der Gesamtsicht aller derartigen Prozesse betrachtet wirtschaftlich nicht positiv. Prozesse binden bei beiden Parteien Management- und Personalkapazität und führen oft zu weiteren hohen Ausgaben für Rechtsvertretung und Beratung im Bereich des Rechnungswesens oder anderen mit dem Prozess verbundenen Spezialfragen. Die Unsicherheit über den Prozessausgang zwingt die Parteien auch Rückstellungen zu

bilden bzw. zu Contingency-Plänen, falls es wegen eines Prozessverlustes zum Abfluss von Mitteln kommt[103]. Aus ökonomischer Sicht sollten daher die Parteien Anstrengungen unternehmen, um Prozesse als Problemlösungsmittel zu vermeiden. Dabei sind insbesondere folgende Massnahmen erfolgsversprechend:

- Sorgfältige Durchführung einer Due Diligence

  Die Durchführung einer Due Diligence ermöglicht es den Parteien, viele Risiken vor Vertragsabschluss durch die richtige Formulierung von Leistungsversprechen, Vollzugsbedingungen oder auch durch eine Preisreduktion anzugehen[104]. Auf den ersten Blick scheint dies den Käufer zu bevorteilen, da er mit derartigen Vertragsbestimmungen Risiken auf den Verkäufer abwälzen kann. Die Due Diligence hat aber auch für den Verkäufer wesentliche Vorteile, da sämtliche Probleme, die offengelegt werden, nicht mehr Grundlage von Ansprüchen wegen Täuschung oder Grundlagenirrtum sein können. Erfahrungsgemäss führt eine Due Diligence auch dazu, dass Zusicherungen insofern eingeschränkt werden können, als die in der Due Diligence offengelegten Probleme ausgeschlossen werden.

- Klare vertragliche Regelung der Risikoallokation und der Rechtsfolgen

  Die Parteien sollten sich auf der Grundlage der bekannten Risiken und Probleme des Unternehmens bemühen, im Vertrag eine möglichst klare Risikoallokation durch Leistungsversprechen und Zusicherungen vorzusehen[105]. Je klarer die vertragliche Regelung und insbesondere auch die Berechnung der Ersatzansprüche sind, desto einfacher können die Parteien die finanziellen Folgen eines nach dem Vertragsabschluss auftretenden Problems voraussehen. Lassen sich diese Folgen aber klar abschätzen, so verzichten die Parteien normalerweise auf ein Prozessverfahren und regeln die gegenseitigen Zahlungspflichten direkt.

[103] Zum Teil können schwebende Prozesse auch die Aufnahme von Eigen- oder Fremdkapital verhindern, da Investoren bzw. Kreditgeber nicht bereit sind, die entsprechenden Risiken einzugehen.

[104] Im Einzelnen dazu SCHENKER, Due Diligence, 209 ff.

[105] TSCHÄNI/WOLF, 93 ff.

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ, THERESE: Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, ST 2002.

BÖCKLI, PETER: Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: TSCHÄNI, RUDOLF (Hrsg.): Mergers & Acquisitions I, Zürich 1998, 59.

BRÖNNIMANN, JÜRGEN C.: Die Behauptungs- und Substantiierungslast im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989.

BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, SABINE: Die Substanziierungslast insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, AJP 2007, 1263.

FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

FRANK, RICHARD/STRÄULI, HANS/MESSMER, GEORG: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997.

GAUCH, PETER: Sachgewährleistungen und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, Recht 2001.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 7. Aufl., Zürich 1998.

GIGER, HANS (BK-GIGER): Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Teilband, 1. Abschnitt (Art. 184-215 OR), Bern 1979.

GMÜNDER, MARCEL: Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmensübernahme, Diss., St. Gallen 1992.

GUHL, THEO/KOLLER, ALFRED/SCHNYDER, ANTON/DRUEY, JEAN NICOLAS: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.

GULDENER, MAX: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979.

HABSCHEID, WALTHER: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1990.

HOHL, FABIENNE: Le Degré de la Preuve, in: FS Vogel, Freiburg 1991, 125.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456), Basel 2006.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529), Basel/Genf/München 2003.

ISLER, PETER: Escrow Vertrag bei Unternehmensübernahmen, in: TSCHÄNI, RUDOLF (Hrsg.): Mergers & Acquisitions II, Zürich 2001, 181.

KELLER, MAX/SIEHR, KURT: Kaufrecht, Zürich 1995.

LÖRTSCHER, THOMAS: Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, ZvglR Wiss (83) 1984, 70.

LUGINBÜHL, JÜRG: Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993.

MEIER, ISAAK: Das Beweismass – Ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, 57.

MERZ, HANS (BK-MERZ): Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I (Art. 1-10 ZGB), Bern 1966.

SCHENKER, URS (Due Diligence): Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: TSCHÄNI, RUDOLF (Hrsg.): Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 209.
SCHENKER, URS (Risikoallokation): Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: TSCHÄNI, RUDOLF (Hrsg.): Mergers & Acquisitions VII, Zürich 2005, 239.
SCHMIDLIN, BRUNO (BK-SCHMIDLIN): Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1b (Art. 23-31), Bern 1995.
TERCIER, PIERRE: Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, SJZ 99 (2003).
TSCHÄNI, RUDOLF: M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003.
TSCHÄNI, RUDOLF/WOLF, MATTHIAS: Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – typische Vertragsklauseln, in: TSCHÄNI, RUDOLF (Hrsg.): Mergers & Acquisitions VIII, Zürich 2006, 93.
VISCHER, MARKUS (Due Diligence): Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 96 (2000).
VISCHER, MARKUS (Geschäftsübertragungsvertrag): Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SJZ 2003.
VOGEL, OSCAR/SPÜHLER, KARL: Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2006.
WAHRENBERGER, ANDRÉ: Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht, Zürich 1991.
WATTER, ROLF: Unternehmensübernahmen, Zürich 1990.