Dr. Markus Vischer

Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag

Unternehmenskaufverträge enthalten in der Praxis meist nur rudimentäre Vorschriften über den Übergang von Nutzen und Gefahr. Der Autor beschäftigt sich in seinem Beitrag zuerst mit der Frage, ob Art. 185 OR überhaupt auf Unternehmenskaufverträge anwendbar ist, ob sie nun als Share oder Asset Deal, «traditionell» oder in der Form der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz abgewickelt werden. Er weist auf die Wichtigkeit einer vertraglichen Regelung hin und zeigt auch, mit welchen übrigen Klauseln im Unternehmenskaufvertrag eine solche Klausel zu harmonisieren ist. Schliesslich analysiert er auch die Bedeutung von Klauseln über einen «rückwirkenden» Verkauf oder über eine «rückwirkende» Inkraftsetzung des Unternehmenskaufvertrages.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 185 Abs. 1 OR auf Unternehmenskaufverträge
III. Besondere Verhältnisse
IV. Abweichende Parteivereinbarungen
A. Explizite Vereinbarungen über den Übergang von Nutzen und Gefahr
B. Explizite Vereinbarungen über einzelne Elemente des Themas Übergang von Nutzen und Gefahr
V. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

[Rz 1] Das Kaufvertragsrecht enthält in Art. 185 Abs. 1 OR die Regel, dass die Gefahr der Kaufsache mit dem Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht. Diese Regel ist eine (in Art. 119 Abs. 3 OR vorbehaltene) Ausnahme von den Regeln in Art. 119 Abs. 1 und 2 OR. Art. 185 Abs. 1 OR wird denn auch vielfach kritisiert [1]. Entstehungsgeschichtlich ist die Bestimmung ein Kompromiss zwischen den deutsch- und westschweizerischen Juristen[2]. Im Ergebnis entspricht Art. 185 Abs. 1 OR mit der Wiedergabe des römisch-rechtlichen periculum est emptoris-Prinzips dem Pandektenrecht[3].

[Rz 2] Gefahr i.S. von Art. 185 Abs. 1 OR ist der zufällige Untergang [4], aber auch die zufällige Verschlechterung der Kaufsache[5], wobei der Untergang oder die Verschlechterung nicht auf einen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Mangel zurückzuführen sein darf[6]. Zufällig ist der Untergang oder die Verschlechterung dann, wenn diesbezüglich weder ein Verschulden des Verkäufers noch des Käufers (oder einer ihrer Hilfspersonen) vorliegt [7].

[Rz 3] Art. 185 Abs. 1 OR überbindet dem Käufer damit die Gefahr, den Kaufpreis auch dann bezahlen zu müssen, wenn die Kaufsache sich nach Vertragsabschluss verschlechtert oder ganz untergeht [8].

[Rz 4] Art. 185 Abs. 1 OR setzt voraus, dass der Kaufvertrag abgeschlossen, die Kaufsache aber noch nicht übereignet wurde, der Verkäufer mithin also noch nicht erfüllt hat[9]. Art. 185 Abs. 1 OR ist damit, soweit es darin um den Gefahrübergang geht, eine Nichterfüllungsregel.

[Rz 5] Zum Vornherein nicht zum Zug kommt Art. 185 Abs. 1 OR dementsprechend, wenn es um die Tragung der Gefahr der Kaufsache vor Abschluss des Kaufvertrages geht. Nach der Regel casus sentit dominus bzw. res perit suo domino[10] trägt diese Gefahr der Verkäufer[11]. Er haftet dem Käufer (nach Abschluss des Kaufvertrages) ausser im Falle der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit[12] nach den Nichterfüllungsregeln, also bei Verschlechterung der Sache vor dem Vertragsabschluss vor allem nach den Sachgewährleistungsregeln gemäss Art. 197 ff. OR [13].

[Rz 6] Ebenfalls nicht zum Zuge kommt Art. 185 Abs. 1 OR, wenn es um die Tragung der Gefahr der Sache nach der Übereignung der Kaufsache geht. Nach der Regel casus sentit dominus bzw. res perit suo domino [14] trägt diese Gefahr der Käufer[15].

[Rz 7] Art. 185 Abs. 3 OR verdeutlicht [16], dass der in Art. 185 Abs. 1 OR genannte Vertragsabschluss ein Abschluss ohne (aufschiebende[17]) Bedingungen sein muss. Erfolgt der Vertragsabschluss unter Suspensivbedingungen, geht die Gefahr erst mit dem Eintritt der Bedingungen über.

[Rz 8] Art. 185 Abs. 1 OR statuiert damit (wie erwähnt) den Grundsatz periculum est emptoris [18]. Dieser Grundsatz kommt aber nur zum Tragen, wenn nicht besondere Verhältnisse oder abweichende Vereinbarungen vorliegen.

[Rz 9] Vorbehältlich besonderer Verhältnisse oder abweichender Vereinbarungen geht der Nutzen der Kaufsache im gleichen Zeitpunkt wie die Gefahr (und die Lasten der Kaufsache [19]) über. Unter Nutzen ist die Gesamtheit der auf den Käufer übergehenden Vorteile der Kaufsache zu verstehen, insbesondere Dividenden und Zinsen [20].

II. Grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 185 Abs. 1 OR auf Unternehmenskaufverträge

[Rz 10] Art. 185 Abs. 1 OR ist gemäss seinem Wortlaut nur auf Sachen anwendbar.

[Rz 11] Als Sachen im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR gelten aber nicht nur Sachen im sachenrechtlichen Sinne, sondern wie beim Fahrniskauf nach Art. 187 OR generell auch Rechtsobjekte, die nach der Verkaufsauffassung oder nach dem Parteiwillen als Fahrnis gelten [21].

[Rz 12] Unternehmen, verstanden als wirtschaftliche Einheit, als reale Vereinigung von Arbeitskraft (Personal), Kapital (Anlagen, Material), alten Rechtsbeziehungen (insbesondere Kundenstamm), aktuellen Rechtsbeziehungen (aus Verträgen) sowie Wissen bzw. Können (Geschäftsgeheimnisse, Know-how, Goodwill) [22], also insbesondere auch inklusive Unternehmenspassiven, können von den Parteien ohne weiteres zum Gegenstand eines Fahrniskaufs bzw. eines Fahrniskaufvertrages gemacht werden [23].

[Rz 13] Das gilt nun nicht nur für den sogenannten (traditionellen) Asset Deal [24] bzw. Asset Purchase [25], sondern auch für den sogenannten Share Deal [26] bzw. Share Purchase [27]. Auch bei diesem ist nach dem Parteiwillen in aller Regel das Unternehmen der Kaufgegenstand, mindestens dann, wenn es um den Verkauf aller Gesellschaftsanteile oder so vieler Gesellschaftsanteile geht, dass der Käufer anschliessend das Unternehmen kontrolliert [28].

[Rz 14] Das gilt aber auch für in der Form der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG abgewickelte Asset und Share Deals. Auch auf diese ist, soweit die Gegenleistung eine Geldleistung ist, einheitlich Kaufsrecht und damit Art. 185 Abs. 1 OR anzuwenden [29], auch wenn die Natur des Vermögensübertragungsvertrages nach FusG umstritten ist[30].

[Rz 15] Art. 185 Abs. 1 OR ist deshalb grundsätzlich auch auf den Unternehmenskauf anwendbar [31], unabhängig davon, ob dieser in der Form eines (traditionellen oder als Vermögensübertragung nach FusG durchgeführten) Asset Deal oder Share Deal abgewickelt wird [32].

[Rz 16] Dafür spricht auch die Konsequenz und zeitliche Interdependenz von Gefahrübergang und Sachgewährleistung[33]. Hier wie dort ist der Begriff der Sache (gleich) weit auszulegen und kommen sowohl im Fall des Asset Deal wie des Share Deal einheitliche Rechtsnormen zur Anwendung, im Falle der Sachgewährleistung also Art. 197 ff. OR [34]. Die zeitliche Interdependenz besteht darin, dass die Sachgewährleistung sich auf im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehende Sachmängel bezieht und nicht zum Zuge kommt, wenn die Sachmängel nach dem Gefahrübergang eintreten [35]. In diesem Fall kommt vielmehr Art. 185 Abs. 1 OR zum Zuge, soweit die Sachmängel zufällig auftreten [36].

[Rz 17] Damit trägt grundsätzlich der Käufer die Gefahr, dass das Unternehmen nach dem Signing, aber vor dem Closing[37], infolge eines zufälligen (und nicht auf einen Rechtsmangel zurückzuführenden) Ereignisses sich verschlechtert oder untergeht. Solche Ereignisse können z.B. der Konkurs des Unternehmens sein [38] oder Sachmängel des Unternehmens wie der Verlust einer wichtigen Bewilligung, die Kündigung eines wichtigen Vertrages, Streiks, Veränderung der Rohstoffpreise, Veränderung der Wechselkurse, Brand des Fabrikgebäudes, etc. sein.

[Rz 18] Der Käufer erhält grundsätzlich auch den ab Signing entstehenden Nutzen, also beim Asset Deal primär den

Cash Flow des Unternehmens und beim Share Deal primär die Dividenden und weitere Ausschüttungen des Unternehmens[39].

III. Besondere Verhältnisse

[Rz 19] Watter vertritt die Auffassung, dass beim Unternehmenskaufvertrag, bei dem Signing und Closing auseinander fallen, per se besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR vorliegen, und demzufolge Nutzen und Gefahr erst im Zeitpunkt des Closing übergehen [40].

[Rz 20] Besondere Verhältnisse dürfen aber nicht leichthin angenommen werden [41]. Bei allem Verständnis für die Position von Watter ist deshalb nicht davon auszugehen, dass bei Unternehmenskaufverträgen per se besondere Verhältnisse vorliegen.

[Rz 21] Gleicher Meinung ist auch das Bundesgericht [42]. Immerhin liess es im beurteilten Fall eines Share Deal offen, ob besondere Verhältnisse vorgelegen hätten, wäre das Aufschieben des Closing nicht wie im beurteilten Fall im Interesse des Käufers, sondern im Interesse des Verkäufers gewesen [43].

IV. Abweichende Parteivereinbarungen

A. Explizite Vereinbarungen über den Übergang von Nutzen und Gefahr

[Rz 22] Relativ selten, aber doch ab und zu, vereinbaren die Parteien im Unternehmenskaufvertrag explizit, in welchem Zeitpunkt Nutzen und Gefahr übergehen sollen.

[Rz 23] Typischerweise vereinbaren sie, dass Nutzen und Gefahr per Closing übergehen sollen. Das macht Sinn, tritt doch die rechtsgestaltende Wirkung, also z.B. die dingliche Wirkung bei der Übertragung von Aktien, am Closing ein.

[Rz 24] Logisch an sich nicht möglich ist eine Vereinbarung der Parteien, dass Nutzen und Gefahr rückwirkend, also in einem vor dem Closing oder sogar vor dem Signing liegenden Zeitpunkt, übergehen sollen [44]. Denn Parteien können durch einen Vertrag, den sie heute schliessen, den Rechtszustand für die Zukunft ändern, aber nicht bewirken, dass der von ihnen gewünschte Rechtszustand schon gestern existiert hat [45]. Genauso wenig können sie an sich dieses Ziel erreichen, indem sie vereinbaren, das Unternehmen rückwirkend zu übertragen oder indem sie den Unternehmenskaufvertrag rückwirkend in Kraft setzen [46].

[Rz 25] Die Parteien können aber vereinbaren, einander bezüglich Nutzen und/oder Gefahr so zu stellen, wie wenn der gewünschte Rechtszustand schon in einem früheren Zeitpunkt bestanden hätte [47]. So können sie z.B. vereinbaren, dass Gewinn oder Verlust seit dem letzten Bilanzstichtag zugunsten bzw. zulasten des Käufers gehen [48].

[Rz 26] Keine solche Vereinbarung liegt in der blossen Verwendung von Dokumenten für den Unternehmenskauf, wie z.B. rechnungslegerische Dokumente wie das Inventar gemäss Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG [49], die auf vor dem Signing zurückliegenden Zeitpunkten basieren. Die Verwendung solcher (demzufolge nicht «aktueller») Dokumente ist weitgehend unvermeidbar[50].

[Rz 27] Vereinbarungen über den Übergang von Nutzen und Gefahr sind sinnvoll. Sie sind aber mit den anderen Regelungen im Unternehmenskaufvertrag zu koordinieren. So verträgt sich die (unqualifizierte) Bestimmung, dass die Gefahr am Closing übergehen soll, nicht mit der Bestimmung, dass einzelne oder alle Gewährleistungen nur per Signing abgegeben werden, oder mit einer Earn-out Klausel [51]. Weiter verträgt sich die (unqualifizierte) Bestimmung, dass die Gefahr am Signing übergehen soll, nicht mit der Bestimmung, dass einzelne oder alle Gewährleistungen per Closing abgegeben werden, oder mit einer Kaufpreisanpassung per Closing [52] oder einer Earn out-Klausel. Immerhin könnte das Problem des Auseinanderklaffens des Zeitpunkts des Übergangs von Nutzen und Gefahr und des (späteren) Zeitpunkts der Abgabe der Gewährleistungen zivilrechtlich allenfalls durch die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag (bis zu diesem späteren Zeitpunkt) gelöst werden, wobei die kaufrechtliche [53]

Gewährleistung in eine Umschreibung der Schlechterfüllung des Geschäftsführers uminterpretiert würde .

B. Explizite Vereinbarungen über einzelne Elemente des Themas Übergang von Nutzen und Gefahr

[Rz 28] Vielfach vereinbaren die Parteien im Unternehmenskaufvertrag explizit nur einzelne Elemente des Themas Übergang von Nutzen und Gefahr.

a) MAC-Klauseln

[Rz 29] MAC-Klauseln sind Klauseln über die Tragung des Risikos von «material adverse changes», also von wesentlichen Verschlechterungen, bezüglich des fraglichen Unternehmens [54]. Sie decken in der Regel auch zufällige Verschlechterungen des Unternehmens ab [55]. Sie sind in der Regel als Closing Condition (im Sinne von aufschiebenden Bedingungen) und/oder als Gewährleistung ausgestaltet [56].

[Rz 30] Mit MAC-Klauseln wird der Gefahrübergang bezüglich der von ihr erfassten Tatbestände auf den Zeitpunkt des Closing verlagert [57]. Bezüglich der von ihnen nicht erfassten Tatbestände bleibt es bei den allgemeinen Gefahrregeln.

[Rz 31] Auch solche Klauseln sind mit den anderen Regelungen im Unternehmenskaufvertrag zu koordinieren.

b) Verabredungen über den Zeitpunkt der Gewährleistung

[Rz 32] Im Unternehmenskaufvertrag vereinbaren die Parteien üblicherweise, auf welchen Zeitpunkt der Verkäufer seine Gewährleistungen [58] abgibt. Im Regelfall vereinbaren sie eine Abgabe sowohl per Signing als auch per Closing [59]. Oft untermauern sie letztere Abrede dadurch, dass sie die Einhaltung der Gewährleistungen zur Closing Condition machen [60].

[Rz 33] Mit einer solchen Vereinbarung wird bezüglich der von den Gewährleistungen erfassten Tatbestände der Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr festgelegt [61]. Das Mass der Gefahrtragung ergibt sich aus den vereinbarten Rechtsbehelfen bzw. der gesetzlichen Regelung, beispielsweise vereinbarten Haftungsbeschränkungen [62]. Bezüglich der von den Gewährleistungen nicht erfassten Tatbestände bleibt es bei den allgemeinen Gefahrregeln [63].

[Rz 34] Erneut sind solche Vereinbarungen mit den anderen Regelungen im Unternehmenskaufvertrag zu koordinieren [64].

c) Vereinbarung von Closing Conditions

[Rz 35] Im Unternehmenskaufvertrag vereinbaren die Parteien üblicherweise Closing Conditions [65]. Closing Conditions sind Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit das Closing stattfinden kann [66]. Closing Conditions sind in aller Regel als aufschiebende Bedingungen im Sinne von Art. 151 ff. OR und nicht als auflösende Bedingungen im Sinne von Art. 154 OR formuliert [67].

[Rz 36] Closing Conditions im Unternehmenskaufvertrag machen ihn zum bedingten Kaufvertrag [68]. Wie ausgeführt gehen beim (aufschiebend) bedingten Kaufvertrag Nutzen und Gefahr bei Eintritt der Bedingungen über.

[Rz 37] Mit der Vereinbarung von Closing Conditions wird also der Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorbehältlich anderer Abreden vom Signing auf den Zeitpunkt des Eintritts der (letzten) Bedingung verschoben [69].

[Rz 38] In aller Regel ist dieser Zeitpunkt nicht mit dem Zeitpunkt des Closing identisch, weil die Parteien meist vereinbaren, dass das Closing nicht am Tage des Eintritts der (letzten) Bedingung, sondern innerhalb einer kurzen Frist nach Eintritt der (letzten) Bedingung stattfinden soll [70].

d) Verschiedene Vereinbarungen über den Übergang von Nutzen und den Übergang der Gefahr

[Rz 39] Aus spezifischen Vereinbarungen über den Übergang des Nutzens kann per se nichts über den Übergang der Gefahr abgeleitet werden[71]. Ebenso wenig kann aus spezifischen Vereinbarungen über den Übergang der Gefahr per se etwas über den Übergang des Nutzens abgeleitet werden.

V. Schlussfolgerungen

[Rz 40] Nach der allgemeinen Regel in Art. 185 Abs. 1 OR gehen Nutzen und Gefahr auch beim Unternehmenskaufvertrag im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, bzw., wenn Closing Conditions vereinbart wurden, nach der die Regel von Art. 185 Abs. 1 OR konkretisierenden Regel von Art. 185 Abs. 3 OR im Zeitpunkt des Eintritts der Closing Conditions über.

[Rz 41] Anders verhält es sich nur, wenn im Unternehmenskaufvertrag besondere Vereinbarungen getroffen wurden. Die Meinung, dass beim Unternehmenskaufvertrag regelmässig besondere Verhältnisse vorliegen und Nutzen und Gefahr generell beim Closing übergehen, ist abzulehnen.

[Rz 42] Tendenziell ist es sinnvoll, im Unternehmenskaufvertrag vorzusehen, dass Nutzen und Gefahr im Zeitpunkt des Closing übergehen. Möglich ist aber, Nutzen und Gefahr im Zeitpunkt des Signing oder sogar «rückwirkend» auf ein früheres Datum, z.B. den Stichtag der Bilanz, aufgrund dessen der Kaufpreis bestimmt wurde, übergehen zu lassen. Im letzten Fall liegt allerdings keine richtige Rückwirkung vor. Vielmehr vereinbaren die Parteien, einander so zu stellen, wie wenn Nutzen und Gefahr im (vor dem Signing liegenden) vereinbarten Zeitpunkt übergegangen wären.

[Rz 43] Bei den genannten Formulierungen im Unternehmenskaufvertrag ist darauf zu achten, dass nicht widersprüchliche Aussagen zum Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr gemacht werden. Dabei hat man sich insbesondere bewusst zu sein, dass mit den Gewährleistungsregeln und insbesondere der Festlegung des Zeitpunkts der Gewährleistung, Aussagen zum Thema Gefahrübergang bezüglich der von der Gewährleistung erfassten Tatbestände gemacht werden.

Der Autor, Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss & Partner in Zürich.

---

1 Z.B. *Eugen Bucher*, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, 79.

2 Z.B. *Bucher* [zit. Fn 1], 79; *Oreste Cortesi*, Die Kaufpreisgefahr, Zürich 1996, 11 ff.

3 Z.B. *Bucher* [zit. Fn 1], 79; *Cortesi* [zit. Fn 2], 13.

4 Bzw. überhaupt jeder Fall der zufälligen nachträglich Unmöglichkeit und Teilunmöglichkeit, z.B. OR- *Koller*, Art. 185 OR N 4 f.; CO- *Venturi*, Art. 185 OR N 7 ff, 30.

5 Z.B. *Rudolf Tschäni*, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 4/18; OR- *Koller*, Art. 185 OR N 6; *Cortesi* [zit. Fn 2], 4 f.; *Liliane Sieber*, Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993, 7 f.

6 Bezüglich Rechtsmängel z.B. *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Bern 2001.

7 Z.B. OR-*Venturi*, Art. 185 OR N 11; *Cortesi* [zit. Fn 2], Fn 9; *Pascal Schmutz*, Die Gefahrentragung beim Kaufvertrag nach Schweizerischem und Uncitral-Kaufrecht, Basel 1983, 37 ff.

8 Kaufpreisgefahr, dazu z.B. *Cortesi* [zit. Fn 2], 5.

9 Z.B. 128 III 372 = Pra 2002, 1013.

10 Auch BGE 128 III 372 = Pra 2002, 1013.

11 Z.B. CO-*Venturi*, Art. 185 OR N 1; *Cortesi* [zit. Fn 2], Fn 8; Sieber [zit. Fn 5], 15.

12

Dazu z.B. im Allgemeinen z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey* , Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich 2003, N 634; *Urs Schenker*, Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag, Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, 137 f.

13 Z.B. CO-*Venturi*, Art. 185 OR N 30; *Cortesi* [zit. Fn 2], Fn 12; ZK-*Schönle*, Art. 185 OR N 126; *Rolf Watter*, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, N 283.

14 Auch BGE 128 III 372 = Pra 2002, 1013.

15 Z.B. *Cortesi* [zit. Fn 2], Fn 8; ZK-*Schönle*, Art. 185 OR N 126; *Sieber* [zit. Fn 5], 15.

16 Siehe auch *Cortesi* [zit. Fn 2], 110 ff.; BK-*Giger*, Art. 185 OR N 48.

17 Z.B. *Cortesi* [zit. Fn 2], 110 ff.

18 Z.B. 128 III 371 f. = Pra 2002, 1012; *Cortesi* [zit. Fn 2], 5; siehe schon Rz 1.

19 Z.B. *Cortesi* [zit. Fn 2], 65 f.; BK-*Giger*, Art. 185 OR N 67.

20 Z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/18; *Cortesi* [zit. Fn 2], 65; ZK-*Schönle*, Art. 185 OR N 5 f.; *Sieber* [zit. Fn 5], 10.

21 A.M. wohl ZK-*Schönle*, Art. 185 OR N 9 f., 136; bezüglich Art. 187 OR z.B. *Markus Vischer*, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, Nr. 6, 336; *Jürg Luginbühl*, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 89 f.; BK- *Giger*, Art. 187 OR N 26.

22 Z.B. ZK-*Higi*, Vorbemerkungen zum 8. Titel bis (Art. 275 – 204 [OR] N 98; *Watter* [zit. Fn 13], N 128.

23 *Vischer* [zit. Fn 21], 336 f.; a.M. BGE 129 III 18 mit der Qualifikation des (traditionellen) Asset Deal (zum Begriff nachstehend) als Vertrag sui generis.

24 Zum Begriff z.B. *Schenker* [zit. Fn 12], 110 f.

25 Zum Begriff z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 3/51 ff.

26 Zum Begriff z.B. *Schenker* [zit. Fn 12], 111.

27 Zum Begriff z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 3/2 ff.

28 *Vischer* [zit. Fn 21], 337.

29 Gl.M. bezüglich Leistungsstörungen im Allgemeinen *Christoph Hurni*, Der Übertragungsvertrag nach Art. 70 FusG als Verfügungsvertrag, in: Jusletter 7. Juni 2004, Rz 14; siehe auch *Markus Vischer*, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, Nr. 5, 107 mit der Qualifikation des Vermögensübertragungsvertrages nach FusG als Tauschvertrag, sofern die Gegenleistung nicht eine Geld-, sondern eine Sachleistung ist.

30 Dazu z.B. *Hurni* [zit. Fn 29], Rz 1 ff.

31 A.M. möglicherweise *Schenker* [zit. Fn 12], der Art. 185 OR im Zusammenhang mit der nachträglichen Unmöglichkeit beim Unternehmenskauf nicht erwähnt.

32 Gl.M. bezüglich Share Deal BGE 128 III 370 ff. = Pra 2002, 1011 ff., ein Fall, wo (m. E. richtigerweise) Art. 185 OR angewandt wurde, obwohl offenbar im Beurteilungszeitpunkt «nur» das Unternehmen, aber noch nicht die Aktien infolge Konkurseröffnung untergegangen waren. Der Entscheid wurde deswegen (m.E. zu Unrecht) kritisiert, siehe z.B. *P. Pichonnaz*, BR 2004, 82; siehe auch *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/25 mit dem richtigen Hinweis, dass beim Share Deal die Frage dank vertraglicher Regelungen oft nicht beantwortet werden muss, ob Nutzen und Gefahr bloss die Aktien oder das Unternehmen selber betreffen; ebenso *Patrick Schleiffer*, No Material Adverse Change, Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, 56 f. bezüglich MAC-Klauseln.

33 *Watter* [zit. Fn 13], N 285; siehe schon Rz 4 zum Charakter von Art. 185 Abs. 1 OR als Nichterfüllungsregel.

34 Z.B. *Vischer* [zit. Fn 21], 337 f.; zur Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen im Allgemeinen auch *Markus Vischer*, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, Nr. 16/17, 361 ff.

35 Z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/18.

36 Z.B. *Cortesi* [zit. Fn 2], Fn 12.

37 Zu den Begriffen z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 3/ 4; *Watter* [zit. Fn 13], N 259 f.

38 Zu einem solchen Fall BGE 128 III 370 ff. = Pra 2002, 1011 ff.

39 Z.B. *Schenker* [zit. Fn 12], 119, im Zusammenhang mit einer Frage der Schadensersatzbemessung.

40

Watter [zit. Fn 13], N 286; siehe auch *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/22, 26, und *Schleiffer* [zit. Fn 32], 57.

41 Z.B. *Sieber* [zit. Fn 5], 75; *Schmutz* [zit. Fn 7], 36.

42 BGE 128 III 370 ff. = Pra 2002, 1011 ff.

43 BGE 128 III 374 f. = Pra 2002, 1015 f.

44 A.M. offenbar OR-*Koller*, Art. 185 OR N 41: «Der Zeitpunkt der Gefahrtragung durch den Käufer kann vorverlegt ... werden.»

45 Z.B. im Allgemeinen *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 3. Auflage, Zürich 1974, 153; Bundesgericht in Pra 1974, 246).

46 Siehe auch *Christian Meier-Schatz*, Die «Rückwirkung» bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SZW 1997, Nr. 1, 1 ff., der zum Schluss kommt, dass eine echte Rückwirkung bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen nicht möglich ist.

47 Z.B. im Allgemeinen *von Tuhr/Peter* [zit. Fn 45], 153 f.; Bundesgericht in Pra 1974, 246; siehe auch *Urs Bertschinger*, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Zürich 2003, 372, der davon spricht, dass bei der Vermögensübertragung im Innenverhältnis die Wirksamkeit auf einen Zeitpunkt vor dem Handelsregistereintrag vorbezogen werden kann.

48 Z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/23; *Watter* [zit. Fn 13], N 264.

49 Bei in Form der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG abgewickelten Asset Deals.

50 Siehe auch *Meier-Schatz* [zit. Fn 46], 1 ff., der dieses Thema vielleicht etwas verwirrend unter dem Titel «unechte Rückwirkung» abhandelt; siehe auch *Watter* [zit. Fn 13], N 257 zum Datum des letzten Buchabschlusses.

51 Z.B. *Rolf Watter/Matthias Gstoehl*, Preisanpassungsklauseln, Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, 35 f., 48 ff.; *Markus Vischer*, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, Nr. 21, 509 ff.

52 Dazu z.B. *Watter/Gstoehl* [zit. Fn 51], 35 f., 46 ff.

53 So *Watter* [zit. Fn 13], N 265 und insbesondere Fn 390.

54 Ausführlich zu solchen Klauseln *Schleiffer* [zit. Fn 32], 53 ff.; auch *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/24.

55 *Schleiffer* [zit. Fn 32], 57.

56 *Schleiffer* [zit. Fn 32], 68 ff.

57 *Schleiffer* [zit. Fn 32], 56.

58 Z.B. auch eine MAC-Gewährleistung, dazu z.B. *Schleiffer* [zit. Fn 32], 70.

59 Z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/28.

60 Z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/23; zum Begriff der Closing Condition nachstehend Rz 35.

61 Gl.M. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/23.

62 Dazu im Allgemeinen z.B. *Peter Böckli*, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 59 ff.; *Vischer* [zit. Fn 34], 361 ff.

63 Z.B. *Cortesi* [zit. Fn 5], 125 f.; *Schmutz* [zit. Fn 7], 35.

64 Siehe schon Rz 27, 31

65 *Schleiffer* [zit. Fn 32], 68.

66 Z.B. Erteilung gewisser behördlicher Bewilligungen, verkäuferseitige Reorganisation des fraglichen Unternehmens, Gremiumvorbehalte auf Verkäufer- oder Käuferseite, z.B. *Böckli* [zit. Fn 62], 105; *Watter* [zit. Fn 13], N 572 f.

67 Z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/21; *Böckli* [zit. Fn 62], 104 f.

68 *Böckli* [zit. Fn 62], 104 f.

69 *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/20.

70 Z.B. *Tschäni* [zit. Fn 5], 4/22.

71 Z.B. im Allgemeinen *Cortesi* [zit. Fn 2], 126; *Sieber* [zit. Fn 5], 10 f., 87.

Rechtsgebiet:	Kaufvertrag / CISG
Erschienen in:	Jusletter 26. Juli 2004
Zitiervorschlag:	Markus Vischer, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, in: Jusletter 26. Juli 2004
Internetadresse:	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3280