Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

I. Einleitung

Unternehmenskäufe werden entweder in der Form von Asset oder Share Deals abgewickelt. Asset Deals, auch Asset Purchases genannt[1], sind direkte Käufe des Unternehmens, während Share Deals, auch Share Purchases genannt[2], indirekte Käufe des Unternehmens über den Kauf der Anteile der das Unternehmen haltenden juristischen Person sind[3]. In beiden Fällen besteht die Gegenleistung begriffsnotwendig in Geld[4].

Unternehmen sind wirtschaftliche Organismen, in denen Kapital und Arbeitskraft planmässig zum Zweck der Leistungserstellung zusammenwirken[5].

II. Gegenstand des Unternehmenskaufs

Gegenstand des Unternehmenskaufs ist nach der mittlerweile herrschenden Lehre sowohl beim Asset als auch beim Share Deal das Unternehmen, beim Share Deal mindestens dann, wenn der Parteiwille auf den Kauf der Kontrolle des Unternehmens ausgerichtet ist[6].

Der Autor erläutert die Bestimmungen über Rechts- und Sachgewährleistung im Kaufrecht und erkennt, dass der Begriff des Sachmangels den Rechtsmangel einschliesst. Daraus folgert er, dass der Käufer bei Rechtsmängeln im Sinne von Art. 192 ff. und 197 ff. OR wahlweise die Rechtsbehelfe von Art. 195, Art. 196 OR oder aber Wandelung, Minderung oder Ersatzleistung und Schadenersatz geltend machen kann. Im Wiener Kaufrecht und im deutschen Recht werden Rechtsbehelfe bei Rechtsmängeln nicht mehr gesondert von denjenigen der Sachmängel geregelt. In der Praxis wird beim Unternehmenskauf das angestrebte Gewährleistungsrecht durch einheitliche Zusicherungen und einheitliche Rechtsfolgen realisiert, und auf eine Unterscheidung von Rechts- und Sachmangel wird in der Regel verzichtet. ***Zi.***

L'auteur analyse les dispositions relatives à la garantie pour les défauts et contre l'éviction dans la vente. Il constate que la notion de défaut de la chose inclut les cas d'éviction. Il en conclut qu'en cas d'éviction au sens des arts 192 ss et 197 ss CO, l'acheteur peut choisir soit d'invoquer les droits des art. 195 et 196 CO soit de faire valoir la résiliation de la vente, la réduction du prix, le remplacement de la chose ou le versement de dommages-intérêts. Dans la CVIM et en droit allemand, les moyens de droit à disposition en cas d'éviction ne sont plus réglés séparément de ceux prévus en cas de garantie pour les défauts. En pratique, lors de la vente d'une entreprise, la réalisation d'un tel droit de garantie est obtenu par des garanties unifiées et des conséquences juridiques uniformes. On renonce ainsi à distinguer entre garantie pour les défauts et garantie contre l'éviction. ***P.P.***

---

1 Z.B. *Rudolf Tschäni,* M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich, Basel, Genf 2003, 3/1.

2 *Tschäni* (zit. Fn. 1).

3 Z.B. *Urs Schenker,* Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag, in: Mergers & Acquisitions VI, herausgegeben von *Rudolf Tschäni,* Zürich 2004, 110 f.; *Claire Huguenin,* Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2004, N 87 f.; *Markus Vischer,* Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW *2003,* 336, Rn. 13 f. (zitiert: *Vischer,* Qualifikation); *Markus Vischer,* Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ *2001,* 362, Fn. 7 und 8 (zitiert: *Vischer,* Sachgewährleistung).

4 Z.B. OR-*Koller,* Art. 184 OR N 19 ff.; zu Share und Asset Deals, die sich als Sacheinlageverträge präsentieren, bei denen die Gegenleistung also Shares sind, z.B. *Markus Vischer,* Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ *2004,* 105 ff.

5 Z.B. *Markus Reich,* Der Betriebsbegriff im Umstrukturierungssteuerrecht, Der Schweizer Treuhänder 2004, 950; siehe auch *Peter Böckli,* Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers & Acquisitions, herausgegeben von *Rudolf Tschäni,* Zürich 1998, 63; ZK-*Higi,* Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (Art. 275–305 [OR]) N 98.

6 *Urs Schenker,* Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Mergers & Acquisitions VII, herausgegeben von *Rudolf Tschäni,* Zürich 2005, 251 f.; *Markus Vischer,* Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 26. Juli 2004, Rz. 12 f. (zitiert: *Vischer,* Übergang); *Vischer,* Qualifikation (zit. Fn. 3), 337, N 16; *Tschäni* (zit. Fn. 1), 4/77; unklar 3/2; *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 362, insb. Fn. 9; *Raphael Lanz,* Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht, ZBJV 2001, 9 f.; *Etienne Schön,* Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht, Zürich 2000, 182; *Markus Vischer,* Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ *2000,* 231

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre vertreten beim Share Deal eine andere Auffassung. Nach dieser Auffassung bilden die Anteile, über welche das Unternehmen verkauft wird, den Kaufgegenstand[7]. Immerhin wird das Unternehmen insoweit selbst als Kaufgegenstand betrachtet, als dass das Unternehmen betreffende Zusicherungen abgegeben werden können[8].

III. Qualifikation des Unternehmenskaufvertrages

Nach der mittlerweile herrschenden Lehre ist der Unternehmenskaufvertrag sowohl beim Asset als auch Share Deal als Fahrniskaufvertrag zu qualifizieren, unabhängig davon, ob der Asset Deal traditionell oder in der Form der Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz abgewickelt wird[9].

Das Bundesgericht vertritt neuerdings beim (traditionellen) Asset Deal eine andere Auffassung. Nach dieser Auffassung ist der dem (traditionellen) Asset Deal zugrundeliegende Vertrag als Vertrag sui generis zu qualifizieren[10].

IV. Einheitliche Anwendung von Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR

Nach richtiger Auffassung ist auf den Unternehmenskaufvertrag, unabhängig davon, ob es sich um einen (traditionell oder in der Form der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz abgewickelten) Asset oder einen Share Deal handelt, einheitlich Art. 192 ff. OR bezüglich Rechtsgewährleistung und Art. 197 ff. OR bezüglich Sachgewährleistung anzuwenden[11].

Keine Anwendung finden damit Art. 171–173 OR. Das gilt beim Share Deal, wenn die Anteile nicht in Wertpapieren verbrieft sind[12]. Das gilt aber auch dann, wenn der Mangel eine Forderung betrifft, welche Teil des gekauften Unternehmens ist[13].

Keine Anwendung findet auch Art. 219 OR, wenn der Mangel ein Grundstück betrifft, welches Teil des gekauften Unternehmens ist[14].

V. Abgrenzung der Rechtsgewährleistung von der Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR

A. Im Allgemeinen

Nach herrschender Lehre umfasst die Rechtsgewährleistung nach Art. 192 ff. OR die Gewährleistung für bestimmte Rechtsmängel, nämlich Mängel, die darin bestehen, dass einem Dritten am Kaufgegenstand ein subjektives Recht zusteht, das dem Recht des Käufers vorgeht[15]. Solche vorgehen-

(zitiert: *Vischer,* Due Diligence); *Böckli* (zit. Fn. 5), 62 ff.; *Jürg Luginbühl,* Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 64 ff.; *Rolf Watter,* Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, N 278, 303, 317 ff.; *Thomas Lörtscher,* Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, ZvglR*Wiss* 1984, 70 f.; BK-*Giger,* Art. 197 OR N 87 f.; *Peter Baldi,* Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Zürich 1975, 139 ff.; *Kantonsgericht Wallis,* in: ZWR *1999,* 295.

7 BGE 107 II 419, 79 II 158 f.; z.B. CO-*Venturi,* Art. 197 CO N 22 f.; *Cavin,* SPR VII/1, 78; *Alfred Koller,* in: *Theo Guhl,* Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 14 N 12.

8 *Vischer,* Qualifikation (zit. Fn. 3), Fn. 16.

9 *Schenker* (zit. Fn. 6), 248 f.; *Markus Vischer,* Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung, in: Mergers & Acquisitons VII, herausgegeben von *Rudolf Tschäni,* Zürich 2005, 217 f.; *Vischer,* Übergang (zit. Fn. 6), Rz. 14; *Vischer,* Qualifikation (zit. Fn. 3), 336 f., N 15 f.; siehe auch OR-*Koller,* Art. 187 OR N 1, wonach ein Kaufvertrag, abgesehen vom Fall des gemischten Vertrages, entweder ein Fahrnis- oder ein Grundstückkauf ist; a.M. als *Koller* z.B. ZK-*Schönle,* Art. 187 OR N 2, 8 ff.

10 BGE 129 III 18 unter Berufung auf seinen Entscheid C.294/1986 vom 10. Dezember 1986, publiziert in SJ *1987,* 179 ff.; dem Bundesgericht zustimmend *Wolfgang Wiegand,* Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, ZBJV *2004,* 861, *Pascal Pichonnaz,* Baurecht 2003, 74 und wohl auch CO-*Venturi,* Art. 184 CO N 11; kritisch gegenüber dem Bundesgericht *Pierre Tercier,* Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ *2003,* 303; siehe auch *Marcel Gmünder,* Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmensübernahme, Bern, Stuttgart, Wien 1992, 59 ff., insbesondere 266 ff., der den dem (traditionellen) Asset Deal zugrundliegenden Vertrag als gemischtes Vertragsverhältnis qualifiziert; demgegenüber noch BGE 91 II 353 (Verkauf eines Modegeschäfts), 88 II 410 (Verkauf einer Metzgerei), 63 II 77 (Verkauf einer [Gast-]Wirtschaft) mit der Qualifikation des dem [traditionellen] Asset Deal zugrundeliegenden Vertrages als Kaufvertrag).

11 *Schenker* (zit. Fn. 6), 246, 248, 251; *Vischer* (zit. Fn. 9), 218, 221; *Vischer,* Qualifikation (zit. Fn. 3), 337, N 18 ff.

12 *Vischer,* Qualifikation (zit. Fn. 3), 338, N 20; *Watter* (zit. Fn. 6), N 315.

13 *Vischer,* Qualifikation (zit. Fn. 3), 338, N 20; offen gelassen in BGE 130 III 21 f.

14 *Vischer,* Qualifikation (zit. Fn. 3), 21; a.M. für Grundstücke und andere Gegenstände umfassende Kaufverträge im Allgemeinen OR-*Koller,* Art. 187 OR N 9; ZK-*Schönle,* Art. 184 OR N 53; BK-*Giger,* Art. 187 OR N 35.

15 OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 2; *Max Keller/Kurt Siehr,* Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte A., Zürich 1995, 48; BK-*Giger,* Art. 192 OR N 23, 63, Art. 197 OR N 64 f.

den subjektiven Rechten[16] können Eigentumsrechte[17], beschränkte dingliche Rechte[18], realobligatorische Rechte[19], Immaterialgüterrechte[20], Persönlichkeits- und Namensrechte[21] und obligatorische Rechte[22] sein.

Nach herrschender Lehre umfasst die Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR dagegen die Gewährleistung für alle Mängel des Kaufgegenstandes, die nicht Rechtsmängel sind, also die Gewährleistung für körperliche und rechtliche Mängel[23], soweit letztere nicht Rechtsmängel sind[24].

Nach der herrschenden Lehre kommen damit entweder die Bestimmungen der Rechts- oder der Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. bzw. Art. 197 ff. OR zur Anwendung[25].

Es ist aber nicht zu übersehen, dass auch die Rechtsmängel im definierten Sinne Mängel sind, die den Wert des Kaufgegenstandes bzw. die Tauglichkeit des Kaufgegenstandes zum vorausgesetzten (bzw. voraussetzbaren[26]) Gebrauch im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR aufheben oder mindern. Ihre Abwesenheit ist zudem zusicherungsfähig[27]. Rechtsmängel im definierten Sinne sind damit immer auch Sachmängel[28]. In diesem Sinne ist der herrschenden Lehre betreffend Definition von Sachmängeln nicht zu folgen, was umso gerechtfertigter scheint, als Art. 197 Abs. 1 OR rechtliche Mängel explizit erwähnt und die Ausklammerung der Rechtsmängel im definierten Sinne vom Wortlaut nicht gedeckt ist[29].

Dem kann m.E. nicht entgegengehalten werden, das Fehlen von Rechtsmängeln im definierten Sinne sei keine Eigenschaft des Kaufgegenstandes. Es ist m.E. von einem weiten Eigenschaftsbegriff auszugehen[30]. Es verhält sich diesbezüglich nicht anders als bezüglich der Rendite, des Ertrags, des Umsatzes, ja auch des Wertes des Kaufgegenstandes, die m.E. ebenfalls Eigenschaften des Kaufgegenstandes sind[31].

Das führt dazu, dass bei Vorliegen von Rechtsmängeln im definierten Sinne der Käufer die Wahl hat, nach den Rechtsgewährleistungsbestimmungen gemäss Art. 192 ff. OR oder nach den Sachgewährleistungsbestimmungen gemäss Art. 197 ff. OR vorzugehen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Rechts- bzw. der Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. bzw. Art. 197 ff. OR gegeben sind.

Bei der Sachgewährleistung bedeutet dies u.a., dass ausser bei Zusicherungen ein erheblicher Mangel vorliegen muss[32]. Bei der Rechtsgewährleistung ist dagegen die Erheblichkeit des Rechtsmangels nicht Voraussetzung. Jeder Rechtsmangel ist damit quasi erheblich.

Bei der Sachgewährleistung bedeutet dies weiter, dass der Mangel im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr (noch) vorhanden sein muss[33], während er bei der Rechtsgewährleistung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden haben muss[34].

16 Zum Begriff des subjektiven Rechts im Allgemeinen z.B. *Markus Vischer,* Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, 73 ff.

17 *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 230; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 2; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 48.

18 *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 230; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 2; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 48.

19 *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 230; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 2; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 48.

20 BGE 110 II 242; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 230; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 2; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 48.

21 *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 230.

22 *Jörg Schmid,* Die Gewährleistung beim Grundstückkauf, ZBGR *2000,* 356; a.M. OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 2.

23 Zu den so genannten wirtschaftlichen Mängeln, z.B. *Rainer Schumacher/Erich Rüegg,* Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: *Alfred Koller,* Der Grundstückkauf, Bern 2001, § 5 N 219 ff.

24 *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 49; siehe auch OR-*Honsell,* Vorbemerkungen zu Art. 192–210 OR N 5, Art. 192 OR N 2 und Art. 197 OR N 2.

25 Siehe auch CO-*Venturi,* Introduction art. 197–210 CO N 22.

26 Z.B. BGE 114 III 244; *Schumacher/Rüegg* (zit. Fn. 23), § 5 N 180 ff.

27 Siehe auch Art. 192 Abs. 2 OR.

28 Siehe auch *Luginbühl* (zit. Fn. 6), 194 f., insb. Fn. 120, wonach ein Rechtsmangel durchaus ein Sachmangel sein kann; siehe schon *Vischer,* Due Diligence (zit. Fn. 6), 231 f., wo Mängel bezüglich des unbeschränkten Eigentums an den Aktien beim Aktienkauf als Sachmängel qualifiziert wurden; siehe auch zum gewagteren Sprung von einem Teil der Lehre, wonach aliud-Lieferungen mit Sachmängeln behaftete Lieferungen sind, z.B. *Ingeborg Schwenzer,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete A., 49 f.; *Koller* (zit. Fn. 7), 361; so im Ansatz auch BGE 94 II 34 f.; ablehnend z.B. OR-*Honsell,* Art. 206 OR N 2 f.

29 Zur diesbezüglichen (anderslautenden) Meinung des Gesetzgebers z.B. *Schmid* (zit. Fn. 22), 365; BK-*Giger,* Art. 192 OR N 20.

30 So im Allgemeinen bezüglich Unternehmen als Kaufgegenstand *Böckli* (zit. Fn. 5), 65 f.

31 Bezüglich Rendite, Ertrag, Umsatz z.B. OR-*Honsell,* Art. 197 OR N 4; a.M. z.B. *Schumacher/Rüegg* (zit. Fn. 23), § 5 N 221; bezüglich Wert z.B. *Vischer* (zit. Fn. 4), 109, insb. Fn. 52; a.M. z.B. BGE 92 II 353 ff.; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 277; *Therese Amstutz,* Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, Der Schweizer Treuhänder 2002, 1110; *Böckli* (zit. Fn. 5), 93.

32 Art. 197 Abs. 1 OR; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 267, 275 ff.; OR-*Honsell,* Art. 197 OR N 13.

33 Z.B. *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 281; OR-*Honsell,* Art. 197 OR N 11.

34 Art. 192 Abs. 1 OR; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 231; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 4; kritisch *Schenker* (zit. Fn. 3), 142.

Bei der Sachgewährleistung bedeutet dies weiter, dass der Käufer den Mangel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch bei expliziter Zusicherung nicht gekannt haben darf[35], während bei der Rechtsgewährleistung das Wissen um den Mangel (bzw., nach anderer Terminologie, Kennen des Mangels) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem Käufer bei expliziter Zusicherung nicht schadet[36].

Bei der Sachgewährleistung bedeutet dies weiter, dass dem Käufer bei expliziter Zusicherung Wissenmüssen um den Mangel (bzw., nach anderer Terminologie, Kennensollen des Mangels), also fahrlässige Unkenntnis des Mangels, nicht schadet[37], während bei der Rechtsgewährleistung Wissenmüssen um den Mangel auch ohne Vorliegen einer expliziten Zusicherung nicht schadet[38].

Bei der Sachgewährleistung bedeutet dies weiter, dass der Käufer ausser bei absichtlicher Täuschung[39] rechtzeitig gerügt haben muss[40] und die Verjährungsfrist von einem Jahr nicht abgelaufen sein darf[41], während bei der Rechtsgewährleistung Übergabe des Kaufgegenstandes[42], Entwehrung bzw. teilweise Entwehrung[43] und Nichtablauf der Verjährungsfrist von 10 Jahren[44] Voraussetzung der Geltendmachung der Ansprüche ist.

Die nach Wahl des Käufers alternative Anwendung der Bestimmungen der Rechts- bzw. Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. bzw. Art. 197 ff. OR bei Rechtsmängeln bei gegebenen Voraussetzungen bedeutet, dass der Käufer bei Rechtsmängeln bei gegebenen Voraussetzungen entweder die Rechtsbehelfe von Art. 195 oder Art. 196 OR oder Wandelung, Minderung oder Ersatzleistung und Schadenersatz geltend machen kann.

Vielleicht (im Lichte der herrschenden Lehre) etwas überraschend ist damit eine gewisse Konvergenz von Rechts- und Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR festzustellen.

Diese besteht aber auch bei der Rechts- und Sachgewährleistung im weiteren Sinne, also der Rechts- und Sachgewährleistung über Art. 97 ff. OR oder Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR und Art. 28 OR[45]. Bei diesen Rechtsbehelfen wird nicht unterschieden, ob ein Rechts- oder Sachmangel vorliegt.

Nachzutragen ist, dass im (moderneren) Mietrecht nicht mehr zwischen Sach- und Rechtsmängeln unterschieden wird[46]. Es gibt allerdings die Sondernorm von Art. 259f OR (Übernahme des Rechtsstreits bei Ansprachen Dritter auf die Mietsache), doch wird darin der Begriff Rechtsmangel[47] nicht verwendet.

Nachzutragen ist weiter, dass im deutschen Recht die Rechtsmängelhaftung im neuen Sachmängelrecht der §§ 434 BGB aufgegangen ist[48], obwohl die Begriffe Sach- und Rechtsmängel in den §§ 434 und 435 beibehalten wurden.

Nachzutragen ist ferner, dass im Wiener Kaufrecht zwar noch zwischen Rechts- und Sachmängeln unterschieden wird, dass aber die Rechtsbehelfe bei Rechtsmängeln nicht gesondert von den Rechtsbehelfen bei Sachmängeln geregelt sind[49]. Im Einzelfall wird dann aber kontrovers diskutiert, ob gewisse Rechtsbehelfe[50] nur bei der Sach- und nicht bei der Rechtsgewährleistung zur Verfügung stehen[51].

Eine andere Frage ist, ob es dem Käufer bei Rechtsmängeln bei gegebenen Voraussetzungen etwas bringt, nach den Bestimmungen der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR (anstatt nach den Bestimmungen der Rechtsgewährleistung gemäss Art.

35 Art. 200 Abs. 1 OR; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 283.

36 Art. 192 Abs. 2 OR; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 232; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 5; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 52 f.

37 Art. 200 Abs. 2 OR; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 284 f.; OR-*Honsell,* Art. 197 OR N 4.

38 Art. 192 Abs. 2 OR; z.B. *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 232; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 5.

39 Art. 199 OR, Art. 203 OR, Art. 210 Abs. 3 OR.

40 Art. 201 OR.

41 Art. 210 OR.

42 *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 233; OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 4; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 52.

43 Art. 192 Abs. 1 OR; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 236; OR-*Honsell,* Art. 192 N 6; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 53.

44 CO-*Venturi,* art. 192 CO N 3; *Schmid* (zit. Fn. 22), 362; BK-*Giger,* Art. 192 OR N 82 f.

45 Zur alternativen bzw. z.T. kumulativen Anwendung dieser Rechtsbehelfe neben den Rechtsbehelfen gemäss Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR z.B. BGE 127 III 85, 114 II 134 ff., 109 II 322, 108 II 104, 107 II 421, 106 II 33 f.; siehe Nachweise bei *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 251 und 355 ff., 361 ff.; OR-*Honsell,* Vorbemerkungen zu Art. 192–210 OR N 6 f. und Vorbemerkungen zu Art. 197– 210 OR N 6, 9 ff. Zur Möglichkeit der Berufung auf Grundlagenirrtum bei einem Rechtsmangel z.B. BGE 109 II 319 ff.; *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 238; *Keller/Siehr* (zit. Fn. 15), 53.

46 Z.B. ZK-*Higi,* Art. 258 OR N 33: «Rechtsmängel werden vom Gesetz grundsätzlich wie Sachmängel behandelt …»; ZK-*Higi,* Art. 259f OR N 5: «Der Begriff des Rechtsmangels im Sinne der Norm weicht … nicht vom allgemeinen Begriff des Mangels ab …».

47 Entgegen dem Eindruck gemäss der in Fn. 46 zitierten Passage von *Higi.*

48 OR-*Honsell,* Vorbemerkungen zu Art. 192–210 OR N 10.

49 OR-*Honsell,* Art. 192 OR N 9.

50 Ersatzlieferung nach Art. 46 Abs. 2 CISG, Nachbesserung nach Art. 46 Abs. 3 CISG und Minderung nach Art. 50 CISG.

51 Z.B. *Ingeborg Schwenzer,* in: *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer,* Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. A., München 2004, Art. 41 CISG N 20 f., Art. 42 CSIG/N 25 f.; *Markus Müller-Chen,* in: *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer,* Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. A., München 2004, Art. 46 CISG N 22, Art. 46 CISG Fn. 88, Art. 50 CISG N 5, je mit weiteren Hinweisen.

192 ff. OR) vorzugehen. In der Regel wird dies infolge der strengeren formellen Voraussetzungen, also insbesondere den Regelungen in Art. 201 OR (Mängelrüge) und Art. 210 OR (Verjährung), zu verneinen sein. In bestimmten Konstellationen hat aber das Vorgehen nach den Bestimmungen der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR auch Vorteile, z.B. dann, wenn der Käufer Ersatzlieferung nach Art. 206 OR möchte (und die Voraussetzungen von Art. 213 OR gegeben sind). Es wird auch Konstellationen geben, in denen bei Rechtsmängeln die Voraussetzungen von Art. 197 ff., nicht aber von Art. 192 ff. OR gegeben sind, z.B. dann, wenn ein Rechtsmangel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bestand, sondern erst im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

B. Beim Unternehmenskauf

Keine Schwierigkeiten bereitet die Anwendung des vorstehend Ausgeführten auf den Asset Deal. Liegt bezüglich den einzelnen Aktiven (im weiteren Sinne), die Gegenstand des Asset Deals bilden, ein Rechtsmangel vor, macht ein Dritter also daran ein subjektives Recht geltend, so kann der Käufer bei gegebenen Voraussetzungen wahlweise nach den Bestimmungen der Rechts- oder der Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR vorgehen.

Gleich verhält es sich auch beim Share Deal. Nachdem das Unternehmen Kaufgegenstand ist, kann der Käufer bei gegebenen Voraussetzungen nicht nur bei Rechtsmängeln, die den gekauften Anteilen anhaften, sondern auch bei Rechtsmängeln, welche die einzelnen Aktiven des Unternehmens betreffen, nach den Bestimmungen der Rechtsgewährleistung gemäss Art. 192 ff. OR vorgehen. Wird also bei einer Aktiengesellschaft, die ein Transportunternehmen betreibt, ein dieser Aktiengesellschaft gehörender Lastwagen entwehrt, so kann der Käufer bei gegebenen Voraussetzungen nach den Bestimmungen der Rechtsgewährleistung gemäss Art. 192 ff. OR vorgehen. Es liegt eine teilweise Entwehrung des Kaufgegenstandes im Sinne von Art. 192 Abs. 1 und 196 OR vor. Gleichzeitig kann der Käufer bei gegebenen Voraussetzungen nach den Bestimmungen der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR vorgehen[52]. Die Entwehrung des Lastwagens ist grundsätzlich ein Sachmangel, der den Wert des Transportunternehmens bzw. die Tauglichkeit des Transportunternehmens zum vorausgesetzten Gebrauch im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR aufhebt oder mindert und auch zusicherungsfähig ist.

C. Praxis

In der Praxis wurde an sich erkannt, dass Rechtsmängel im Sinne der Rechtsgewährleistung gemäss Art. 192 ff. OR immer auch Sachmängel im Sinne der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR sind. Entsprechend wird in der Praxis in vielen Unternehmenskaufverträgen nicht zwischen Rechts- und Sachgewährleistung unterschieden, genauso wie selten zwischen Rechts- und Sachgewährleistung nach Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, nach Art. 97 ff. OR, nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR und Art. 28 OR, nach Art. 111 OR usw.[53] unterschieden wird. Vielmehr werden einheitliche Zusicherungen gegeben und einheitliche Rechtsfolgen statuiert mit dem Ziel, zu einem möglichst einheitlichen Gewährleistungsrecht im Unternehmenskaufvertrag zu kommen[54].

Die Statuierung einheitlicher Rechtsfolgen geschieht in der Praxis in der Regel dadurch, dass auch für die eigentliche Rechtsgewährleistung die Rechtsbehelfe für die (klassische) Sachgewährleistung, also primär Minderung und/oder Schadenersatz, vorgesehen werden und für die Modalitäten der Geltendmachung und die Rolle des Wissens bzw. Wissenmüssens auf die Regeln der Sachgewährleistung verwiesen bzw. bei den vertraglichen Regelungen von ihnen ausgegangen wird. Das bietet keine (speziellen) Probleme. Insbesondere wirft der Rechtsbehelf der Minderung bei Rechtsmängeln keine (speziellen) Probleme auf[55].

Immerhin werden in der Praxis bei den eigentlichen Rechtsgewährleistungen angesichts des grossen Schadenspotenzials oft andere (nämlich längere) Fristen zu Geltendmachung und andere (nämlich aus Sicht des Käufers günstigere) Haftungsbeschränkungen vereinbart. Nachdem die Minderung immer eine Beschränkung der Haftung auf den Kaufpreis beinhaltet[56], wird in der Praxis zudem

---

[52] *A.M. Schenker* (zit. Fn. 3), 144 f.; *Luginbühl* (zit. Fn. 6), 194 f., insb. Fn. 120 und *Watter* (zit. Fn. 6), N 297 ff., Fn. 451 und 453, wonach in diesem Fall nur nach den Bestimmungen der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR vorgegangen werden kann.

[53] Zu den weiteren möglichen Grundlagen der Rechts- und Sachgewährleistung z.B. *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 361; *Böckli* (zit. Fn. 5), 75 ff.; *Watter* (zit. Fn. 6), N 311 ff.

[54] Dazu z.B. *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 368.

[55] Zu den anwendbaren Regeln z.B. *Schenker* (zit. Fn. 6), 257 f.; *Schenker* (zit. Fn. 3), 150 f.; *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 362 ff.

[56] Z.B. *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 364.

bei den eigentlichen Rechtsgewährleistungen angesichts des Schadenspotenzials oft nicht nur Minderung, sondern auch oder nur Schadenersatz und manchmal sogar die Wandelung vorgesehen. Bei Vorsehen nur des Rechtsbehelfs des Schadenersatzes ist die Rolle des Verschuldens des Verkäufers zu klären. Will der Käufer keine Verschlechterung gegenüber den gesetzlichen Regelungen von Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR hinnehmen, so sollte er auf der Festschreibung mindestens einer Kausalhaftung für den unmittelbaren Schaden[57] bestehen. Die genannten Nuancierungen bzw. Probleme bewegen sich aber im üblichen Rahmen und sind auch in anderen Bereichen, z.B. im Steuer- oder Umweltrechtsbereich, anzutreffen.

Terminologisch fehlt allerdings in vielen Unternehmenskaufverträgen die letzte Präzision, z.B. dann, wenn generell die Wandelung wegbedungen wird, was beim Unternehmenskauf in der Regel (auch bezüglich den eigentlichen Rechtsgewährleistungen) der Fall ist[58]. Es stellt sich in diesem Fall die Frage, ob bei Rechtsmängeln auch die Aufhebung des Kaufvertrages gemäss Art. 195 OR wegbedungen wurde. Davon ist im Regelfall auszugehen[59], genauso wie die vereinbarten Regelungen betreffend Rechts- und Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR (und gemäss Art. 97 ff. OR) im Regelfall analog auf die Irrtumsanfechtung anzuwenden sind, selbst wenn dies explizit nicht so vorgesehen wird[60].

Da sowohl die Bestimmungen von Art. 192 ff. OR als auch die Bestimmungen von Art. 197 ff. OR dispositives Recht darstellen[61], ist die Statuierung von einheitlichen Zusicherungen und einheitlichen Rechtsfolgen ohne weiteres zulässig.

Allerdings sind dabei die üblichen Schranken, also insbesondere diejenigen von Art. 192 Abs. 3, Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 3 OR zu beachten[62].

In der Praxis der Unternehmenskäufe ist die festgestellte Konvergenz von Rechts- und Sachgewährleistung gemäss Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR damit bereits Realität.

VI. Häufigstes Rechtsgewährleistungsproblem beim Unternehmenskauf

Das beim Unternehmenskauf, genauer beim Share Deal mittels nicht börsenkotierter Aktien, am häufigsten auftretende Problem ist, dass bei in Wertpapieren verbrieften Namenaktien eine lückenlose Indossamenten- bzw. Zessionskette[63] bzw. bei unverbrieften Aktien oder Rectaaktien eine lückenlose Zessionskette jeweils bis hin zum Erstberechtigten fehlt.

Damit ist unklar, ob der Verkäufer Eigentümer der betreffenden Aktien ist. Ein originärer Erwerb der Aktien ist nicht möglich, da ein gutgläubiger Erwerb bei in Wertpapieren verbrieften (nicht börsenkotierten) Namenaktien eine lückenlose Indossamentenkette voraussetzt[64] und bei in Wertpapieren verbrieften oder unverbrieften Aktien oder Rectaaktien, die durch Zession übertragen werden[65], ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich ist[66].

Das Problem wird vom Käufer in der Due Diligence[67] in der Regel erkannt, weil die Due Diligence den wichtigen Bereich des Eigentums an den zu kaufenden Aktien in der Regel erfasst und, mindestens bei grösseren Transaktionen, auch erfassen muss, ansonsten der Käufer Rechtsnachteile zu vergegenwärtigen hat[68].

Manchmal kann das Problem vor Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrages mittels Nachholen der Übertragungen gelöst werden[69].

---

57 Zum Begriff z.B. *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 364 ff.

58 Im Allgemeinen z.B. *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 361 f.

59 A.M. *Bezirksgericht Affoltern a.A.* bei einem Autokauf, in: SJZ *1972,* 358.

60 *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 367; a.M. z.B. BGE 91 II 279; im Allgemeinen z.B. CO-*Venturi,* Introduction art. 197–210 CO N 40; *Ruth Arnet,* Besprechung von BGE 126 III 59, AJP *2000,* 1165 f.

61 Z.B. CO-*Venturi,* Introduction art. 192–196 CO N 7, Art. 192 CO N 8; bezüglich Rechtsgewährleistung z.B. BGE 114 III 245 und OR-*Honsell,* Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR, N 4 bezüglich Sachgewährleistung.

62 Zur umstrittenen Frage, ob auch die von Art. 100 OR gesetzte Schranke zu beachten ist z.B. *Huguenin* (zit. Fn. 3), N 310 ff.; *Schumacher/Rüegg* (zit. Fn. 23), § 5 N 336 f.

63 Nach der Rechtspraxis ist auch bei in Wertpapieren verbrieften Namenaktien eine Übertragung mittels Zession zulässig, z.B. OR-*Baudenbacher,* Art. 622 OR N 13.

64 Art. 1152 i.V. Art. 1006 OR; z.B. *Arthur Meier-Hayoz/Hans Caspar* von der Crone, Wertpapierrecht, 2. A., Bern 2000, § 19 N 21.

65 Bezüglich Rectaaktien z.B. *Meier-Hayoz/von der Crone* (zit. Fn. 64), § 19 N 59.

66 Bezüglich Zession und Gutglaubensschutz z.B. *Meier-Hayoz/von der Crone* (zit. Fn. 64), § 2 N 28 ff.; bezüglich Rectaaktien und Gutglaubensschutz z.B. *Meier-Hayoz/von der Crone* (zit. Fn. 64), § 19 N 60; bezüglich Zustimmungen zu vinkulierten nicht börsenkotierten Namenaktien z.B. *Meier-Hayoz/von der Crone* (zit. Fn. 64), § 19 N 39 ff.

67 Dazu im Allgemeinen *Vischer,* Due Diligence (zit. Fn. 6), 229 ff.

68 *Vischer,* Due Diligence (zit. Fn. 6), 235 (D.2 und D.4).

69 Nicht gelöst werden kann es dagegen entgegen einer verbreiteten Praxis durch Einziehen und Vernichten der alten Aktien (urkunden) und Ausgabe neuer Aktien(urkunden), weil bei Aktien kein Gutglaubens- bzw. Verkehrsschutz in Bezug auf die Wirksamkeit der Begebung besteht: z.B. *Meier-Hayoz/von der Crone* (zit. Fn. 64), § 19 N 23.

Oft kann das Problem nur mittels Gewährleistungen im Sinne expliziter Zusicherungen bzw. sogar mittels selbstständiger Garantieabreden[70] im Unternehmenskaufvertrag adressiert, nicht aber gelöst, werden. In diesem Zusammenhang kommt es oft zu den erwähnten[71] Verlängerungen der Gewährleistungsfristen und aus Sicht des Käufers günstigeren Haftungsbeschränkungen. Zu beachten ist, dass Art. 200 Abs. 1 OR für den diskutierten Gewährleistungsfall wegzubedingen ist[72]. Beziehungsweise ist bei der Regelung, wonach Kenntnis des Mangels und, bei Abweichung von der Regelung in Art. 200 Abs. 2 OR auch Kennenmüssen, dem Käufer schadet, der diskutierte Gewährleistungsfall auszuklammern. Geschieht dies nicht, besteht die Gefahr, dass der Käufer seiner Rechte verlustig geht. Allerdings liesse sich mangels einer klaren anderslautenden Vertragsregelung argumentieren, dass in diesem Fall Art. 192 Abs. 2 OR Art. 200 Abs. 1 OR vorgeht, die Kenntnis des Mangels also dem Käufer infolge der (eingangs angenommenen) expliziten Zusicherung nicht schadet.

VII. Zusammenfassung

Rechtsmängel beim Unternehmenskauf können beim Asset und beim Share Deal die einzelnen Aktiven des Unternehmens und beim Share Deal zudem die gekauften Anteile betreffen. In all diesen Fällen stehen dem Käufer nach der vorstehend vertretenen Auffassung bei gegebenen Voraussetzungen die Rechtsbehelfe der Rechtsgewährleistung gemäss Art. 192 ff. OR und die Rechtsbehelfe der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR zur Verfügung. Demgegenüber stehen dem Käufer in diesen Fällen nach der herrschenden Lehre bei gegebenen Voraussetzungen nur die Rechtsbehelfe der Rechtsgewährleistung gemäss Art. 192 ff. OR zur Verfügung, ausser bei einzelne Aktiven des Unternehmens betreffenden Rechtsmängeln beim Share Deal. In diesen Fällen sollen nur die Bestimmungen der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR zur Anwendung kommen.

Beim Unternehmenskauf verliert das Erwähnte allerdings an Bedeutung, weil die Parteien im Unternehmenskaufvertrag bis auf Nuancierungen in der Regel nicht zwischen Rechts- und Sachmängeln bzw. Rechts- und Sachgewährleistung unterscheiden und einheitliche Rechtsbehelfe vorsehen. Diese Rechtsbehelfe sind oft die Rechtsbehelfe der (klassischen) Sachgewährleistung, also in der Regel Minderung und/oder Schadenersatz, was keine (speziellen) Probleme bietet.

[70] Dazu z.B. *Vischer,* Sachgewährleistung (zit. Fn. 3), 368.

[71] Siehe schon Rz. 32.

[72] Was zulässig ist, z.B. *Vischer,* Due Diligence (zit. Fn. 6), 235.