Due diligence bei Unternehmenskäufen

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt (Zürich)

Der vorliegende Artikel befasst sich mit der due diligence bei Unternehmenskäufen. Insbesondere behandelt er die vorvertragliche Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über das zu verkaufende Unternehmen und seine vorangehende Untersuchungspflicht sowie die vorvertragliche Obliegenheit bzw. Pflicht des Käufers zur Untersuchung des zu kaufenden Unternehmens und seine nachgehende Aufklärungspflicht.

L'auteur examine les devoirs des parties lors de la conclusion du contrat portant sur la vente d'une entreprise. Il s'agit de savoir dans quelle mesure le vendeur est obligé de renseigner l'acheteur et ce que ce dernier doit vérifier. Hj. P.

A. Einleitung

1. Begriff und Bedeutung der due diligence

Es ist eine Tatsache, dass bei Unternehmenskäufen anglo-amerikanische Konzepte oder zumindest Ausdrücke im Rechtsalltag auch in der Schweiz aus den verschiedensten Gründen weit verbreitet sind[1].

Aus der anglo-amerikanischen Rechtspraxis stammt auch der Begriff der due diligence, für welchen Begriff in der deutschen Sprache keine brauchbare Übersetzung existiert[2]. Am ehesten ist der Begriff übersetzbar mit «gebührender Sorgfalt»[3].

Unter dem Begriff der due diligence bei Unternehmenskäufen versteht man in der Regel die kaufvorbereitende Überprüfung des zu kaufenden Unternehmens (oder Unternehmensteils) durch den Käufer[4].

Eine kaufvorbereitende due diligence findet bei Unternehmenskäufen aber oft auch auf seiten des Verkäufers statt (sogenannte vendor's due diligence)[5].

Weiter findet bei Unternehmenskäufen auf seiten des Käufers eine due diligence oft nicht nur pre-acquisition, also kaufvorbereitend vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrages, statt, sondern auch post-signing, also nach Abschluss des Unternehmenskaufvertrages, oder post closing, also nach Vollzug des Unternehmenskaufvertrages, wenn signing und closing[6] zeitlich auseinanderfallen[7].

Nachstehend wird der Begriff due diligence nur noch für die kaufvorbereitende due diligence des Käufers verwendet.

Heute findet bei Unternehmenskäufen in aller Regel eine due diligence in irgendeiner Form statt[8].

Rechtlich ist allerdings die Bedeutung der due diligence weitgehend ungeklärt[9].

Immerhin wird die rechtliche Bedeutung der due diligence oft im Unternehmenskaufvertrag mindestens in Ansätzen geklärt[10].

Geprägt wird die due diligence durch die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über das zu verkaufende Unternehmen und seiner vorangehenden Untersuchungspflicht einerseits und die Obliegenheit bzw. Pflicht des Käufers zur Untersuchung des zu kaufenden Unternehmens und seiner

---

1 Deutschland, vgl. z.B. *Volker Triebel:* Anglo-amerikanischer Einfluss auf Unternehmenskaufverträge in Deutschland – eine Gefahr für die Rechtssicherheit, Recht der Internationalen Wirtschaft (Heidelberg 1998) 1 ff., *Hanno Merkt:* Internationaler Unternehmenskauf (Köln 1997) Rn 997 ff.

2 *Volker Triebel* (zit. Anm. 1) 3.

3 *Ancillo Canepa:* Die Due Diligence im M & A-Prozess, Management Weiterbildung Universität Zürich, Heft 15 (Bern 1998), 8, *Hanno Merkt* (zit. Anm.1) Rn 1042.

4 Z.B. *Volker Triebel* (zit. Anm. 1) 3 f., *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 594 f., 602 ff., 1045 ff.

5 Vgl. auch nachstehend Ziff. C.7.

6 Zum Begriff im allgemeinen z.B. *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1112 ff.

7 *Ancillo Canepa* (zit. Anm. 3) 8 f., *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 616.

8 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 628.

9 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 602.

10 Vgl. nachstehend Ziff. B.2.

nachgehenden Aufklärungspflicht andererseits[11].

2. Ziel der due diligence

Ziel der due diligence ist das Beschaffen oder Überprüfen derjenigen Informationen über das zu kaufende Unternehmen (oder den zu kaufenden Unternehmensteil) durch den Käufer, die der Käufer für Entscheide betreffend der Vertragsverhandlungen, der Konditionen des Kaufs, insbesondere des Kaufpreises und der Gewährleistungen, der post-acquisition-Strategie usw. benötigt[12]. Im Vordergrund der due diligence steht meist das Erkennen und Abschätzen von Risiken des zu kaufenden Unternehmens bzw. Unternehmensteils[13].

3. Durchführung der due diligence

In der Regel erstreckt sich die due diligence auf kommerzielle, buchhalterische, rechtliche, steuerliche und weitere Bereiche[14].

Entsprechend den zu prüfenden Gebieten bedient sich der Käufer oft des Sachverstandes Dritter, wie Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Umweltexperten, Liegenschaftenschätzer, usw.[15].

Die due diligence wird wegen des Umfangs und der Komplexität der Prüfung oft im Team durchgeführt und erstreckt sich über einen gewissen Zeitraum, weshalb man oft von due diligence procedure spricht[16].

Thematisch orientiert sich die due diligence in der Praxis regelmässig an due-diligence-Listen, die die wesentlichen Prüfungspunkte enthalten[17]. Solche Listen werden dem Verkäufer in der Praxis oft zu Beginn der due-diligence vom Käufer als due-diligence-request-Listen zwecks Zusammenstellung von Unterlagen und Informationen zum Kaufobjekt überlassen.

Regelmässig werden vom Käufer bzw. seinen Beratern vor allem am Ende der due diligence sogenannte due diligence reports erstellt, die die Resultate der durchgeführten due diligence festhalten[18].

B. Abreden über die due diligence

1. Abreden in Vorfeldvereinbarungen

Die due diligence ist oft Gegenstand von Vorfeldvereinbarungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer.

Vorfeldvereinbarungen sind Abreden über spezifische Rechte und Pflichten der Parteien im Verhandlungsstadium[19]. Oft sind sie in einem sogenannten letter of intent enthalten[20].

Häufige Vorfeldvereinbarungen sind Geheimhaltungsabreden, d.h. Abreden, wonach der Käufer die ihm zwecks Durchführung der due diligence zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen Dritten nicht offenlegen und solche Unterlagen nach Abschluss oder Scheitern der Vertragsverhandlungen zurückgeben muss[21]. Solche Vorfeldvereinbarungen werden in der Regel schriftlich festgehalten.

Ebenfalls häufig sind Vorfeldvereinbarungen, die dem Käufer ein Recht auf die Durchführung einer due diligence einräumen und die Durchführung der due diligence in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht regeln[22]. Solche Vorfeldvereinbarungen werden vor allem dann schriftlich festgehalten, wenn der Verkäufer die due diligence procedure[23] kontrolliert und beispielsweise für mehrere Kaufinteressenten einen data room eingerichtet hat[24].

Eher selten sind Vorfeldvereinbarungen, welche die rechtliche Bedeutung der due diligence regeln. Meist handelt es sich bei solchen Vorfeldvereinbarungen um Abreden über die Wegbedingung der Haftung des Verkäufers für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dem Käufer zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen. Sie kommen in schriftlicher Form vor allem dann vor, wenn der Verkäufer die due diligence procedure[25] kontrolliert.

2. Abreden im Unternehmenskaufvertrag

Dagegen finden sich im Unternehmenskaufvertrag oft spezifische Abreden über die Bedeutung der

11 Vgl. nachstehend Ziff. C. und D.

12 *Ancillo Canepa* (zit. Anm. 3) 9 ff., *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 610 ff.

13 *Michael Whalley/Thomas Heyman* (ed.): International Business Acquisitions, Major Legal Issues and Due Diligence (London 1996) 322, auch *Ancillo Canepa* (zit. Anm. 3) 20 ff.

14 *Ancillo Canepa* (zit. Anm. 3) 12 ff., *Volker Triebel* (zit. Anm. 1) 3, *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 607.

15 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 608.

16 *Ancillo Canepa* (zit. Anm. 3) 22 ff., *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 606.

17 *Ancillo Canepa* (zit. Anm. 3) 24 f., *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 608, 1043 ff.

18 *Ancillo Canepa* (zit. Anm. 3) 25 f., *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 609, 1055 ff.

19 BK-*Kramer,* N 60 zu Art. 22 OR.

20 *Rudolf Tschäni:* Unternehmens-Übernahmen nach Schweizer Recht (2. A., Basel 1991) § 2, Rn 10, zum Begriff des letter of intent z.B. derselbe, § 2, Rn 8 ff.

21 BK-*Kramer* N 61 zu Art. 22 OR, *Michael Whalley/Thomas Heyman* (ed.), (zit. Anm. 13) 270, *Rudolf Tschäni* (zit. Anm. 20) § 2, Rn 10.

22 BK-*Kramer,* N 61 zu Art. 22 OR, *Michael Whalley/Thomas Heyman* (ed.), (zit. Anm. 13) 270.

23 Vgl. zum Begriff vorstehend Ziff. A.3.

24 Zum data room im allgemeinen z.B. *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1043 ff.

25 Vgl. zum Begriff vorstehende Ziff. A.3.

durchgeführten due diligence[26], was angesichts der fehlenden Klärung der rechtlichen Bedeutung der due diligence[27] nicht erstaunt.

C. Vorvertragliche Pflichten des Verkäufers

1. Vorvertragliche Pflichten im allgemeinen

Während des Verhandlungsstadiums, also hier vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrages, stehen die Parteien in einer Sonderverbindung[28], die auch als Vertragsverhandlungsverhältnis bezeichnet wird[29].

Zum Inhalt dieses Verhältnisses gehört eine vorvertragliche Pflicht beider Parteien zu einem Verhalten nach Treu und Glauben[30].

2. Vorvertragliche Aufklärungspflicht im allgemeinen

Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben beinhaltet die Pflicht, den Verhandlungspartner loyal und sorgfältig über vertragswesentliche Umstände zu informieren[31].

In welchem Mass eine vorvertragliche Aufklärungspflicht besteht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, namentlich der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten[32].

Eine umfassende, allgemeine vorvertragliche Aufklärungspflicht existiert allerdings nicht[33].

3. Vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers im allgemeinen

Im Kaufrecht besteht im Regelfall vertraglich insoweit eine Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung, als bei Nichtaufklärung der Vertragszweck direkt oder indirekt vereitelt, in erheblichem Masse eingeschränkt oder in erheblichem Masse gestört würde[34]. Eine umfassende, allgemeine vertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht aber nicht[35].

Die vertragliche Aufklärungspflicht kann vom Inhalt her nicht anders sein als die vorvertragliche Aufklärungspflicht[36]. Es besteht deshalb auch vorvertraglich keine umfassende, allgemeine Aufklärungspflicht des Verkäufers, aber doch im Regelfall eine Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung insoweit, als bei Nichtaufklärung der Vertragszweck direkt oder indirekt vereitelt, in erheblichem Masse eingeschränkt oder in erheblichem Masse gestört würde.

4. Vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers bei Unternehmenskäufen

Vor Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages hat deshalb der Verkäufer den Käufer im Regelfall über alle entscheidungsrelevanten Tatsachen aufzuklären. Das bedeutet im Regelfall insbesondere[37] eine Aufklärung über alle Mängel des Kaufobjekts, das heisst des Unternehmens (bzw. Unternehmensteils), welche den Zweck des abzuschliessenden Unternehmenskaufvertrages direkt oder indirekt vereiteln, in erheblichem Masse einschränken oder in erheblichem Masse stören würden. Dies ist auch beim Aktienkaufvertrag (mindestens betreffend einer Mehrheitsbeteiligung), also beim sogenannten share deal[38] der Fall, da auch hier das Kaufobjekt nicht die Aktien, sondern das Unternehmen ist[39].

Dies sind diejenigen Mängel, deren Abwesenheit der Käufer nach Art. 197 Abs. 1 OR voraussetzen darf, wie Mängel bezüglich des uneingeschränkten Eigentums des Verkäufers an den Aktien beim Aktienkauf, Mängel bezüglich der rechtlichen Existenz des Unternehmens, erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der relevanten Bilanzen, erhebliche

---

26 Vgl. nachstehend Ziff. C.11., D.5. und 6.

27 Vgl. vorstehend Ziff. A.1.

28 BK-*Kramer,* N 8 zu Art. 22 OR.

29 Z.B. *Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey,* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I (7. A., Zürich 1998) Rn 947, m.w.H.

30 BGE 121 III 354, 116 II 698, 105 II 79, *Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey* (zit. Anm. 29) Rn 947 f., m.w.H., BK-*Kramer,* N 8 zu Art. 22 OR.

31 BGE 105 II 80, *André Wahrenberger:* Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts) (Diss. Zürich 1992) 65, mit einer Definition der vorvertraglichen Aufklärungspflicht, BK-*Kramer,* N 19 zu Art. 22 OR.

32 BGE 105 II 80, *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 64 ff., 81 ff., m.w.N., *Rainer Gonzenbach:* Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht (Diss. Bern 1987) 106 ff, mit dem Versuch einer Systematisierung der relevanten Umstände.

33 *Peter Böckli:* Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in Merger & Acquisitions, Herausgeber Rudolf Tschäni (Zürich 1998) 78, *Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey* (zit. Anm. 29) Rn 956 ff. m.w.H., *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 63 f. m.w.H., BK-*Kramer,* N 21 ff. zu Art. 22 OR.

34 BK-*Giger,* N 113 zu Art. 184 OR.

35 BK-*Giger,* N 52 zu Art. 184 OR.

36 Zum Verhältnis der vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflicht z.B. *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 109 ff., 141 ff., auch *Jürg Luginbühl,* Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (Diss. Zürich 1993) 30.

37 *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 94 ff.

38 Zum Begriff z.B. *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 15.

39 *Peter Böckli* (zit. Anm. 33) 62, a.M. Bundesgericht in BGE 79 II 159, 107 II 422, ausführlich zur Qualifikation des Kaufobjekts bei Unternehmenskäufen und zu den Mängeln von Unternehmen z.B. *Jürg Luginbühl* (zit. Anm. 36) 47 ff., 124 ff.

Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der Betriebsführung und Rechtseinhaltung im Unternehmen und erhebliche betriebsrelevante Mängel im Unternehmen[40]. Es ist dabei unerheblich, ob es sich um Rechts- oder Sachmängel handelt.

Vgl. als Anwendungsbeispiel z. B. Entscheid des Kantonsgerichts GR in PKG 1989 7, in welchem das Gericht bei einem share deal eine (vorvertragliche) Aufklärungspflicht des Verkäufers über ein limitiertes Vorkaufsrecht am Hauptaktivum der verkauften Aktiengesellschaft bejaht hat.

Im Einzelfall kann die vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers bei Unternehmenskäufen weiter gehen. Dies ist oft gerade in den Fällen, in denen eine due diligence durchgeführt wird, der Fall, weil durch die due diligence eine besonders enge Beziehung zwischen Verkäufer und Käufer entsteht[41]. Eine ausgedehntere vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers ist entsprechend beispielsweise dann zu bejahen, wenn der Verkäufer z. B. nach Überlassen einer due-diligence-request-Liste[42], Unterlagen zum Kaufobjekt zusammenstellt oder dem Käufer im Rahmen der due diligence Fragen zum Kaufobjekt beantwortet[43]. Die Unterlagen müssen grundsätzlich vollständig zusammengestellt und die Fragen richtig beantwortet werden[44].

Generell ist angesichts des komplexen Gebildes, das das Kaufobjekt beim Unternehmensverkauf darstellt, nämlich dem Unternehmen (bzw. Unternehmensteil), ein strenger Massstab an die vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers anzulegen[45].

5. Kenntnis des Verkäufers und Kenntniszurechnung

Eine vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers kann vor allem dann bestehen, wenn der Verkäufer entscheidungsrelevante Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, tatsächlich kennt. Dem Verkäufer ist dabei nicht nur sein Wissen bzw. das Wissen seiner Organe, wenn der Verkäufer eine juristische Person ist, zuzurechnen[46], sondern auch das Wissen von Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Schuldpflicht bedient[47]. Solche Hilfspersonen sind Arbeitnehmer, Berater und weitere Dritte, die der Verkäufer im Verhandlungsstadium beizieht, aber auch solche Arbeitnehmer, Berater und Dritte, die der Verkäufer im Bereich der Überwachung des zu verkaufenden Unternehmens (bzw. Unternehmensteils) eingesetzt hat[48].

6. Vorvertragliche Untersuchungspflicht des Verkäufers im allgemeinen

Eine vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers kann aber unter Umständen auch dann bestehen, wenn der Verkäufer entscheidungsrelevante Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, zwar nicht tatsächlich kennt[49], aber kennen sollte[50], weil er die ihn treffende (vorvertragliche) Pflicht zur Untersuchung des Kaufobjekts verletzt hat.

Das Ausmass dieser vorvertraglichen Untersuchungspflicht des Verkäufers richtet sich, analog der Untersuchungspflicht (bzw. eigentlich -obliegenheit) des Käufers gemäss Art. 201 OR[51] und analog der vertraglichen Untersuchungspflicht der Verkäufers, nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten[52].

Eine umfassende, allgemeine, der vorvertraglichen Aufklärungspflicht vorangehende, vorvertragliche Untersuchungspflicht existiert allerdings nicht.

7. Vorvertragliche Untersuchungspflicht des Verkäufers bei Unternehmenskäufen

Bei Unternehmenskaufverträgen bedeutet diese vorvertragliche Untersuchungspflicht, dass der Verkäufer sich vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrages unter Umständen mittels geeigneter Massnahmen über das Vorhandensein bzw. Nichtvorhanden-

40 Vgl. demgegenüber *Giger,* der unter Berufung auf § 444 BGB eine umfassendere Aufklärungspflicht des Verkäufers in bezug auf Rechtsmängel als in bezug auf Sachmängel anzunehmen scheint, BK-*Giger,* N 53 zu Art. 192 OR, N 14 zu Art. 200 OR.

41 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 645.

42 Vgl. zum Begriff vorstehend Ziff. A.3.

43 *Peter Böckli* (zit. Anm. 33) 78, BK-*Giger,* N 118 zu Art. 184 OR und N 39 zu Art. 199 OR.

44 BK-*Kramer,* N 31 zu Art. 22 OR, vgl. allgemein zur Pflicht, Ratschläge sorgfältig zu erteilen, z.B. *Rainer Gonzenbach* (zit. Anm. 32) 117 ff., auch BGE 111 II 474.

45 *Rudolf Tschäni,* (zit. Anm. 20) § 2, Rn 4, a.M. wohl *Jürg Luginbühl* (zit. Anm. 36) 30, der vorvertragliche «Treuepflichten» nicht überbewertet haben will.

46 Vgl. Art. 55 ZGB.

47 Hilfspersonen, Art. 101 OR.

48 Ähnlich *Peter Gauch:* Der Werkvertrag, (4. A., Zürich 1996 Rn 2096 ff., bezüglich des Werkvertrags, *Otto Palandt,* Bürgerliches Gesetzbuch (58. A., München 1999), N 17 zu § 278 BGB, bezüglich des deutschen Rechts. Vgl. auch zur allgemeinen Kontroverse in bezug auf die Anwendung von Art. 101 OR im Rahmen der culpa-in-contrahendo-Haftung z.B. *Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey* (zit. Anm. 29) N 973 f.

49 Zur Wissenszurechnung vorstehend Ziff. C.5.

50 BK-*Giger,* N 116 zu Art. 184 OR.

51 Dazu z.B. OR-*Honsell,* N 1 zu Art. 201 ff. OR, BK-*Giger,* N 1 ff. zu Art. 201 OR.

52 OR-*Honsell,* N 9 und 10 zu Art. 208 OR, BK-*Giger,* N 50 zu Art. 208 OR.

sein von Mängeln, deren Abwesenheit der Käufer nach Art. 197 Abs. 1 OR voraussetzen darf[53] ins Bild zu setzen hat, also diesbezüglich eine vendor's due diligence[54] durchzuführen hat.

8. Besonderheiten beim share deal

Verkäufer und zu verkaufende juristische Person beim share deal[55] sind grundsätzlich verschiedene Personen.

Das bedeutet, dass entsprechend den Ausführungen unter vorstehender Ziff. C.5. beim share deal[56] das Wissen dieser juristischen Person nicht einfach dem Verkäufer zugerechnet werden darf (selbst wenn der Verkäufer Organ dieser juristischen Person ist), es sei denn, diese juristische Person kooperiere mittels ihrer Organe mit dem Verkäufer, beispielsweise beim Zusammenstellen von Unterlagen oder beim Beantworten von Fragen des Käufers im Rahmen der due diligence.

Das bedeutet weiter, dass die vorvertragliche Untersuchungspflicht des Verkäufers gemäss vorstehender Ziff. C.7. beim share deal[57] auf diejenigen Unterlagen und Informationen beschränkt ist, die der Verkäufer auf Grund seiner gesellschaftsrechtlichen Informationsrechte[58] erhältlich machen kann, es sei denn, diese juristische Person kooperiere mittels ihrer Organe darüber hinaus mit dem Verkäufer.

Die Organe der zu verkaufenden juristischen Person dürfen über die Erfüllung der gesellschaftsrechtlichen Informationsrechte des Verkäufers hinaus nur dann mit dem Verkäufer kooperieren, wenn keine absoluten, sondern nur relative Geschäftsgeheimnisse der zu verkaufenden juristischen Person betroffen sind und eine Interessenabwägung für die Kooperation mit dem Verkäufer spricht[59]. Das kann dann der Fall sein, wenn das Zustandekommen des Unternehmensverkaufs im Interesse der zu verkaufenden juristischen Person liegt. Meist dürfte eine Kooperation mit dem Verkäufer nur in Frage kommen, wenn eine Geheimhaltungsvereinbarung vorliegt, in der auch die juristische Person Partei ist[60].

9. Schranken der vorvertraglichen Aufklärungs- und Untersuchungspflicht des Verkäufers

Die vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht in Anlehnung an Art. 192 Abs. 2 OR und Art. 200 Abs. 1 OR nicht in bezug auf entscheidungsrelevante Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, welche der Käufer kennt[61]. Dabei spielt es keine Rolle, aus welchem Grund der Käufer Kenntnis der entscheidungsrelevanten Tatsachen, insbesondere des Mangels des Kaufobjekts, erlangt hat. Der Grundsatz kommt damit auch für Mängel zur Anwendung, die der Käufer auf Grund der due diligence erkennt. Das führt zum an sich paradoxen Resultat, dass der Käufer, der eine due diligence durchgeführt hat, in bezug auf die Aufklärungspflicht des Verkäufers u.U. schlechter gestellt ist als derjenige, der keine oder eine weniger extensive due diligence durchgeführt hat[62].

Die vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht in Anlehnung an Art. 200 Abs. 2 OR auch nicht in bezug auf entscheidungsrelevante Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, welche der Käufer kennen sollte[63]. Sie besteht damit nicht in bezug auf entscheidungsrelevante Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, bezüglich welcher den Käufer eine vorvertragliche Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht trifft[64], es sei denn, es liege eine absichtliche Täuschung des Verkäufers vor[65].

Besteht bei einer vorvertraglichen Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers (ausser im Fall der absichtlichen Täuschung durch den Verkäufer) keine vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers, so besteht in diesem Fall auch keine vorvertragliche Untersuchungspflicht des Verkäufers. Für ihn besteht damit keine vorvertragliche Untersuchungspflicht in bezug auf diejenigen entscheidungsrelevanten Tatsachen, insbesondere Mängel, bezüglich welcher den Käufer eine vorvertragliche Untersuchungspflicht trifft[66].

10. Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungs- und Untersuchungspflicht des Verkäufers

Eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten bzw. der vorangehenden vorvertraglichen Untersuchungspflicht des Verkäufers kann

---

53 Vgl. vorstehend Ziff. C.4.
54 Vgl. zum Begriff vorstehend Ziff. A.1.
55 Vgl. zum Begriff vorstehend Ziff. C.4.
56 Vgl. zum Begriff vorstehend Ziff. C.4.
57 Vgl. zum Begriff vorstehend Ziff. C.4.
58 Dazu bezüglich der Aktiengesellschaft z.B. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel:* Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 40 N 146 ff.
59 Dazu bezüglich der Aktiengesellschaft z.B. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel* (zit. Anm. 58) § 40 N 175 ff.
60 Zur Problematik im allgemeinen *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 650 ff., 1060 ff.
61 *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 101 f.
62 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 622.
63 BGE 102 II 84, auch BGE 106 II 42, 108 II 313, SJZ 1976 360 N 107 bezüglich einem Unternehmenskauf, *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 102 f. m.w.H.
64 Vgl. dazu nachstehend Ziff. D.2.
65 BGE 66 II 139, *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 103 f.
66 Vgl. dazu nachstehend Ziff. D.2.

darin liegen, dass der Verkäufer nicht oder nicht richtig oder nicht vollständig aufklärt.

Eine fahrlässige oder absichtliche Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten bzw. der vorangehenden vorvertraglichen Untersuchungspflicht des Verkäufers führt zu einer Haftung des Verkäufers aus culpa in contrahendo[67], unabhängig davon, ob der Kaufvertrag abgeschlossen wurde oder nicht.

Unter Umständen stehen dem Käufer neben den Rechtsbehelfen aus culpa in contrahendo nach abgeschlossenem Kaufvertrag weitere Rechtsbehelfe zur Verfügung, insbesondere aus Art. 28 OR bei absichtlicher Täuschung und aus Art. 23 OR bei Irrtum[68] und aus Sach- und Rechtsgewährleistung, insbesondere dann, wenn falsche vorvertragliche Angaben des Verkäufers zum Kaufobjekt als Mängel des Kaufobjekts zu qualifizieren sind[69]. Unter Umständen kann der Käufer sich nach abgeschlossenem Kaufvertrag auch auf Art. 97 OR berufen, insbesondere dann, wenn auch eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Verkäufers vorliegt[70].

Eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht bzw. der vorangehenden vorvertraglichen Untersuchungspflicht des Verkäufers hat oft auch weitere rechtliche Bedeutung[71].

11. Abreden im Unternehmenskaufvertrag

Oft sichert der Käufer die Erfüllung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Verkäufers dadurch ab, dass er sich im Unternehmenskaufvertrag neben spezifischen Zusicherungen vom Verkäufer auch Zusicherungen bezüglich der Vollständigkeit und Korrektheit bestimmter Unterlagen und bestimmter Informationen oder sogar die Zusicherung, den Käufer über alle wesentlichen Umstände aufgeklärt zu haben, geben lässt[72]. Oft gelingt es dem Verkäufer aber, jede diesbezügliche Haftung im Unternehmenskaufvertrag wegzubedingen, was im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Schranken, insbesondere von Art. 100 OR und Art. 199 OR[73] zulässig ist.

Die vorvertragliche Untersuchungspflicht des Verkäufers ist oft ein Thema, wenn der Verkäufer alle oder bestimmte Zusicherungen im Unternehmenskaufvertrag mit der Klausel «to the best knowledge of the seller», der Klausel «nach bestem Wissen des Verkäufers» oder ähnlichen Klauseln einzuschränken wünscht[74]. Man tut in solchen Fällen gut daran, zu definieren, was damit gemeint ist[75].

D. Vorvertragliche Obliegenheiten bzw. Pflichten des Käufers

1. Vorvertragliche Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers im allgemeinen

Nach Art. 200 Abs. 2 OR und m.E. auch nach Art. 192 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer nicht für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, es sei denn, er hat deren Nichtvorhandensein zugesichert[76].

Gewöhnliche Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 200 Abs. 2 OR (und m.E. auch Art. 192 Abs. 2 OR), verlangt in der Regel nicht, dass der Käufer das Kaufobjekt vor oder beim Vertragsabschluss[77] überhaupt oder in bestimmter Art und Weise untersucht[78].

Anders würde es sich nur verhalten, wenn die Parteien sich in einer Vorfeldvereinbarung[79] auf eine Obliegenheit oder sogar Pflicht des Käufers zur Untersuchung des Kaufobjekts durch den Käufer geeinigt haben, besondere Umstände im Einzelfall es dem Käufer zur Obliegenheit oder sogar zur Pflicht machen, das Kaufobjekt zu untersuchen oder eine Verkehrssitte bzw. Handelsusanz vorliegen würde, die es dem Käufer zur Obliegenheit oder sogar Pflicht macht, dies zu tun[80].

Generell nimmt das Bundesgericht relativ schnell eine vorvertrag-

67 *Rudolf Tschäni* (zit. Anm. 20) § 2, Rn 1, 5, 7, im allgemeinen z.B. *Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey* (zit. Anm. 29) Rn 962a ff., m.w.H., BK-*Kramer,* N 39 ff. zu Art. 22 OR.

68 Z.B. *Rudolf Tschäni* (zit. Anm. 20) § 2, Rn 6.

69 Dazu z.B. *Jürg Luginbühl* (zit. Anm. 36) 153.

70 *Jürg Luginbühl* (zit. Anm. 36) 27 und 121 f. Ausführlich zu den Rechtsfolgen bei Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Verkäufers, insbesondere auch zum Verhältnis der verschiedenen Rechtsbehelfe, z.B. *André Wahrenberger* (zit. Anm. 31) 73 ff., 113 ff., 157 ff. m.w.N., zum Verhältnis der verschiedenen Rechtsbehelfe bei falschen Angaben und Zusicherungen über die Kaufsache auch BGE 114 II 131.

71 Z.B. Art. 192 Abs. 3 OR, Art. 199 OR, Art. 210 Abs. 3 OR.

72 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1104.

73 Zur Kontroverse über die Anwendbarkeit von Art. 100 neben Art. 199 OR z.B. OR-*Honsell,* N 1 zu Art. 199 OR m.w.N.

74 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1104.

75 Tatsächliches Wissen oder auch ein Wissen-Müssen nach der Vornahme welcher Untersuchungshandlungen und Wissen bzw. Wissen-Müssen von welchen Personen, *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1105 f.

76 A.M. bezüglich Rechtsmängel h.L., vgl. Nachweise in OR-*Honsell,* N 5 zu Art. 192 OR.

77 Als massgeblichem Zeitpunkt im Rahmen von Art. 200 OR, BGE 117 II 262 f.

78 BK-*Giger,* N 16 zu Art. 200 OR, anders nach Empfang des Kaufobjekts: Art. 201 OR, dazu z.B. OR-*Honsell,* N 1 ff. zu Art. 201 OR.

79 Vgl. zum Begriff vorstehende Ziff. B.1.

80 BK-*Giger,* N 16 zu Art. 200.

liche Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers an, ohne dies allerdings in den meisten Fällen ausführlich zu begründen[81].

2. Vorvertragliche Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers bei Unternehmenskäufen

Vorfeldvereinbarungen über die Durchführung der due diligence geben dem Käufer in der Regel bei Unternehmenskäufen nur ein Recht, eine due diligence durchzuführen. Selten machen sie ihm die Durchführung einer solchen bzw. die Durchführung einer due diligence in einer bestimmten Art und Weise zur Obliegenheit oder sogar zur Pflicht.

Besondere Umstände im Einzelfall machen es dem Käufer bei Unternehmenskäufen z.B. dann zur Obliegenheit oder sogar zur Pflicht, eine due diligence durchzuführen bzw. eine due diligence in einer bestimmten Art und Weise durchzuführen, wenn konkrete Hinweise auf Mängel bestehen[82] wie z.B. nach Hinweisen des Verkäufers oder auf Grund der bisherigen due diligence.

Man wird noch nicht sagen können, es bestehe in der Schweiz eine Verkehrssitte bzw. Handelsusanz, die es jedem Käufer vor dem Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages zur Obliegenheit oder sogar zur Pflicht macht, das Kaufobjekt zu untersuchen. Denn obwohl eine due diligence in irgendeiner Form bei Unternehmenskäufen heute die Regel ist[83], ist die Art und Weise der Durchführung der due diligence in der Praxis zu unterschiedlich, um eine diesbezügliche Verkehrssitte oder Handelsusanz anzunehmen[84]. Immerhin ist bei grösseren Unternehmenskäufen eine solche Verkehrssitte bzw. Handelsusanz mindestens in einem Kernbereich, nämlich im Bereich des Überprüfens des zu kaufenden Unternehmens (bzw. Unternehmensteils) auf elementare Mängel (wie Mängel bezüglich des uneingeschränkten Eigentums des Verkäufers an den Aktien beim share deal, Mängel bezüglich der rechtlichen Existenz des Unternehmens, erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der relevanten Bilanzen, erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der Betriebsführung und Rechtseinhaltung im Unternehmen und erhebliche betriebsrelevante Mängel im Unternehmen), durchaus zu bejahen.

3. Schranke der vorvertraglichen Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers

Im Falle einer absichtlichen Täuschung durch den Verkäufer besteht keine vorvertragliche Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers[85].

4. Verletzung der vorvertraglichen Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers

Eine Verletzung der vorvertraglichen Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers führt dazu, dass dem Käufer die Rechtsbehelfe aus Rechts- und Sachgewährleistung nicht mehr zur Verfügung stehen.

Eine Verletzung der vorvertraglichen Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht bedeutet weiter, dass der Käufer keine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht und der vorangehenden vorvertraglichen Untersuchungspflicht des Verkäufers geltend machen kann[86].

Eine Verletzung der vorvertraglichen Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht des Käufers kann aber auch weitere rechtliche Bedeutung haben, indem sie z.B. zur Annahme des Reduktionsgrundes des Mitverschuldens bei einer Schadenersatzklage des Käufers gegen den Verkäufer führt[87].

5. Abreden im Unternehmenskaufvertrag

Nachdem Art. 200 OR (und m.E. auch Art. 192 Abs. 2 OR) dispositiver Natur ist[88], wird Art. 200 Abs. 2 OR im Unternehmenskaufvertrag oft zugunsten des Käufers wegbedungen. Auch Art. 200 Abs. 1 OR wird zum Teil im Unternehmenskaufvertrag zugunsten des Käufers wegbedungen oder die Anwendung dieser Bestimmung auf bestimmte, im Unternehmskaufvertrag, beispielsweise in einem sogenannten disclosure letter[89] oder in Anhängen zum Unternehmenskaufvertrag[90], abschliessend aufgelistete Mängel beschränkt[91], wobei als Grundlage für das Erstellen dieses disclosure letter oder dieser Anhänge manchmal die vom Käufer erstellten due diligence reports[92] dienen[93]. Eine andere

---

81 Vgl. in vorstehender Ziff. C.9. zitierte Entscheide.

82 *Otto Palandt* (zit. Anm. 48) N 12 zu § 460 BGB.

83 Vgl. vorstehende Ziff. A.1.

84 Vgl. *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 628, mit der gleichen Schlussfolgerung bezüglich Deutschland.

85 Vgl. vorstehend Ziff. C.9.

86 Vgl. vorstehend Ziff. C.9.

87 *Otto Palandt* (zit. Anm. 48) N 17 zu § 254 BGB, mit Hinweis auf die Fälle, dass u.a. derjenige im Sinne von § 254 BGB schuldhaft handelt, welcher sich bei einem Unternehmenskauf keine Bilanz vorlegen lässt oder Angaben vertraut, die mit der Bilanz offensichtlich unvereinbar sind.

88 OR-*Honsell,* N 5 zu Art. 200 OR.

89 Dazu im allgemeinen z.B. *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1079 ff.

90 Z.B. *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1079.

91 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 624.

92 Vgl. zum Begriff im allgemeinen Ziff. A.3.

93 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 1059.

in der Praxis bei Kenntnis des Käufers von bestimmten Mängeln gewählte Variante ist, dass der Verkäufer dem Käufer im Unternehmenskaufvertrag spezielle Garantien im Sinne von Art. 111 OR gibt[94].

6. Vorvertragliche Aufklärungspflicht des Käufers bei Unternehmenskäufen

Wie ausgeführt gehört zu den vorvertraglichen Pflichten die Pflicht, den Verhandlungspartner loyal und sorgfältig über vertragswesentliche Umstände zu informieren[95].

Sicher existiert keine vorvertragliche Pflicht des Käufers, den Verkäufer bei Unternehmenskäufen umfassend und allgemein über im Rahmen der due diligence entdeckte wichtige Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, aufzuklären. Unter Umständen kann aber eine solche Pflicht beispielsweise in bezug auf elementare Mängel des Kaufobjekts durchaus bestehen.

Eine Verletzung dieser Pflicht kann dazu führen, dass der Käufer dem Verkäufer aus culpa in contrahendo haftet bzw. dem Verkäufer nach abgeschlossenem Kaufvertrag die Rechtsbehelfe aus Art. 28 OR zur Verfügung stehen. Eine mögliche Folge der Verletzung dieser Pflicht ist auch, dass eine Wegbedingung von Art. 200 Abs. 1 OR bzw. eine Berufung des Käufers auf die Rechtsbehelfe bei Mängeln des Kaufobjekts rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 ZGB wird.

Oft sichert der Verkäufer die Erfüllung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Käufers dadurch ab, dass er den Käufer in einer Vorfeldvereinbarung oder im Unternehmenskaufvertrag z.B. zwecks Nachführen eines disclosure letters[96] zwischen signing und closing[97] verpflichtet, ihm die due diligence reports des Käufers[98] zur Verfügung zu stellen.

E. Zusammenfassung

Heute findet bei Unternehmenskäufen in aller Regel eine kaufvorbereitende due diligence des Käufers statt. Diese bewegt sich im Spannungsfeld der Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über das zu verkaufende Unternehmen und seiner vorangehenden Untersuchungspflicht einerseits und der Obliegenheit bzw. Pflicht des Käufers zur Untersuchung des zu kaufenden Unternehmens und seiner nachgehenden Aufklärungspflicht andererseits.

Es besteht heute (noch) keine Pflicht des Käufers, das zu kaufende Unternehmen umfassend zu untersuchen. Die Rechtsprechung nimmt allerdings in Teilbereichen relativ rasch eine solche Pflicht an. Bei grösseren Unternehmenskäufen ist eine solche Pflicht mindestens im Bereich der Überprüfung von elementaren Mängeln des Unternehmens zu bejahen.

Soweit keine Untersuchungspflicht des Käufers besteht, besteht allenfalls eine Aufklärungspflicht des Verkäufers. Diese ist mindestens im Bereich von elementaren Mängeln des Unternehmens zu bejahen.

Die Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht unter Umständen nicht nur, wenn er etwas tatsächlich weiss, sondern auch, wenn er etwas wissen sollte. Das führt unter Umständen zu einer der Aufklärungspflicht vorangehenden Untersuchungspflicht des Verkäufers. Eine solche ist mindestens im Bereich von elementaren Mängeln des Unternehmens zu bejahen.

---

94 *Hanno Merkt* (zit. Anm. 1) Rn 623.

95 Vgl. vorstehend Ziff. C.2.

96 Vgl. dazu bereits vorstehende Ziff. D.5.

97 Vgl. zu diesen Begriffen vorstehend Ziff. A.1.

98 Vgl. zum Begriff vorstehend Ziff. A.3.