Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt (Zürich)

1. Einleitung

In Kaufverträgen betreffend Unternehmen[1] nimmt die Abhandlung der Sachgewährleistungsproblematik jeweils grossen Raum ein. Die Parteien sind sich damit der grossen Bedeutung der Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen bewusst. Dennoch fehlt bei der Ausformulierung der entsprechenden Vertragsklauseln oft die Einbettung ins gesetzliche Umfeld, gerade auch, weil viele Vertragsmuster angloamerikanisch geprägt sind und vor einem anderen gesetzlichen Hintergrund entworfen wurden[2].

Im Folgenden sollen die Rechtsbehelfe bei der Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen näher beleuchtet werden. Nicht behandelt werden damit die Voraussetzungen der Sachgewährleistungen.

Im Vordergrund stehen dabei die Rechtsbehelfe bei der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR, nach Art. 97 OR, nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR und Art. 28 OR und nach Art. 111 OR. Nicht behandelt werden die Rechtsbehelfe bei der Sachgewährleistung aufgrund anderer Grundlagen, wie der clausula rebus sic stantibus[3], oder der culpa in contrahendo[4], oder Art. 41 ff. OR, usw.

2. Rechtsbehelfe nach Art. 197 ff. OR: Wandelung, Minderung und Nachbesserung

2.1 Wandelung

Nach Art. 205 Abs. 1 OR hat der Käufer das Recht, im Gewährleistungsfall u.U. die Rückgängigmachung des Kaufes, d.h. Wandelung zu fordern.

Regelmässig wird im Unternehmenskaufvertrag die Wandelung als Rechtsbehelf bei Sachmängeln wegbedungen, was angesichts der dispositiven Natur der Regeln über die Sachgewährleistung[5] innerhalb der Schranken des Gesetzes, insbesondere

Der Beitrag legt Bedürfnis und Chancen dar, die Rechtsbehelfe bei Verträgen über Unternehmenskäufe zu konkretisieren und aufeinander abzustimmen. Im Zentrum stehen die Möglichkeiten eines vertraglich geregelten, einheitlichen Nachteilausgleichs bei Minderung, Nachbesserung und Schadenersatz. Zi.

Traitant de la garantie en raison des défauts lors de l'acquisition d'une entreprise, l'auteur étudie notamment les art. 197 ss, 97, 23 s. et 28 CO. Ces dispositions permettraient en général d'aboutir à des résultats similaires, même si la détermination de la moins-value dans le cadre de l'action minutoire reste toujours délicate. Hj. P.

[1] Zum Begriff des Unternehmens z.B. *Etienne Schön,* Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht, Zürich, 2000, 11; *Marcel Gmünder,* Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmensübernahme, Bern, Stuttgart und Wien, 1992, 22 ff.; *Rolf Watter* Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, N 127 ff.; *Peter Baldi,* Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Zürich, 1975, 94 ff.

[2] Z.B. *Markus Vischer,* Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ *2000* 229, zur Verbreitung von angloamerikanischen Konzepten und Ausdrücken im Bereich der Unternehmenskäufe.

[3] Z.B. *Rolf Watter* (zit. Anm. 1) N 326 ff.

[4] Z.B. *Peter Böckli,* Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers & Acquisitions, Herausgeber *Rudolf Tschäni,* Zürich, 1998, 77 ff.; *Watter* (zit. Anm.1) N 340 ff.; *Thomas Lörtscher,* Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, ZvglR*Wiss 1984* 64 ff.; *Peter Hommelhoff/Martin Schwab,* Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf – systematische Folgerichtigkeit contra interessengerechte Ergebnisse?, in: Umbruch und Wandel, Herausforderungen zur Jahrhundertwende, Festschrift für *Carl Zimmerer,* München, Wien, 1997, 283 ff., für das deutsche Recht, in welchem die culpa in contrahendo bei Unternehmenskäufen eine viel grössere Rolle spielt als in der Schweiz; siehe immerhin auch nachstehende Ziff. IV.

[5] Z.B. BGE 126 III 66; 91 II 348; *Watter* (zit. Anm. 1) N 384 ff.

von Art. 199 OR[6], zulässig ist. Die Bedeutung der Wandelung bei Unternehmenskäufen ist deshalb gering.

Selbst wenn die Wandelung im Unternehmenskaufvertrag nicht ausgeschlossen wurde, steht die Wandelung dem Käufer regelmässig nicht zur Verfügung. Oft wird nämlich ein Anwendungsfall von Art. 207 Abs. 3 OR vorliegen, weil der Kaufgegenstand, d.h. sowohl beim so genannten asset deal[7] als auch beim so genannten share deal[8] das Unternehmen[9], nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags, dem Closing[10], vom Käufer umgestaltet wurde, oder weil sonst ein Anwendungsfall von Art. 205 Abs. 2 OR vorliegt, nachdem die Rückabwicklung eines Unternehmenskaufvertrags regelmässig fast unüberbrückbare Schwierigkeiten verursacht[11].

2.2 Minderung

Nach Art. 205 Abs. 1 OR hat der Käufer das Recht, im Gewährleistungsfall u.U. den Ersatz des Minderwerts des Kaufgegenstandes, d.h. Minderung, zu fordern.

Eigentlich entgegen dem Wortlaut von Art. 205 Abs. 1 OR werden aufgrund des Verständnisses, dass Minderung gleich Preisminderung ist, allgemein und auch bei Unternehmenskäufen zwei Hauptmethoden zur Durchführung der Minderung diskutiert, die beide darauf ausgerichtet sind, die dem Käufer bei Minderung zustehende Summe in Relation zu dem von ihm gezahlten Preis zu bringen und dadurch den Umfang der Preisreduktion zu ermitteln:

Bei der absoluten Methode entspricht die Preisreduktion (= R) der Differenz zwischen dem objektiven Wert des mangelhaften Kaufgegenstands (= v) und dem objektiven Wert des mängelfreien Kaufgegenstands (= V), d.h. dem Minderwert, also: R = V - v[12]. Diese Methode wird auch abstrakte Methode genannt[13].

Bei der relativen Methode entspricht die Preisreduktion (= R) dem Kaufpreis (= P) multipliziert mit dem Minderwert (= Differenz zwischen dem objektiven Wert des mangelhaften Kaufgegenstands = v, und dem objektiven Wert des mängelfreien Kaufgegenstands, = V) geteilt durch den objektiven Wert des mängelfreien Kaufgegenstands (= V), also: R = P x (V - v) ./. V[14].

Die überwiegende Lehrmeinung und die Rechtsprechung folgen im Allgemeinen der relativen Methode[15]. Diese Methode wird aber mit überzeugenden Argumenten u.a. von *Venturi* kritisiert, der nicht zuletzt aufgrund des Wortlauts von Art. 205 Abs. 1 OR[16] für die absolute Methode eintritt[17].

Der objektive oder besser der objektivierte[18] Wert des Kaufgegenstandes, des Unternehmens, ist in Anwendung derjenigen Bewertungsmethode zu ermitteln, welche die Parteien als vernünftig und korrekt handelnde Personen unter den gegebenen Umständen vereinbart hätten[19]. In der Regel werden den Ertragswertüberlegungen bei der

6 Dazu z.B. BGE 126 III 67.

7 D.h. dem direkten Kauf des Unternehmens, auch purchase of assets genannt, dazu z.B. *Rudolf Tschäni,* Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2. A., Basel und Frankfurt am Main, 1991, 20 ff.

8 D.h. dem indirekten Kauf des Unternehmens über den Kauf von Anteilen an einer juristischen Person, auch purchase of shares genannt, dazu z.B. *Tschäni* (zit. Anm. 7) 45 ff.

9 Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind damit beim share deal nicht die gekauften Anteile, in der Regel Aktien, Kaufgegenstand (BGE 107 II 422; 79 II 158 f.), mindestens dann, wenn es um den Kauf aller Anteile bzw. so vieler Anteile geht, dass der Käufer anschliessend das Unternehmen kontrolliert (z.B. *Schön,* zit. Anm. 1, 182; *Vischer,* zit. Anm. 2, 231; *Böckli,* zit. Anm. 4, 62 ff.; *Jürg Luginbühl,* Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich, 1993, 64 ff.; *Tschäni,* zit. Anm. 7, 115 f.; *Watter,* zit. Anm. 1, N 278, 303, 317 ff.; BK-*Giger,* N 87 f. zu Art. 197 OR; *Baldi,* zit. Anm. 1, 139 ff.; je mit weiteren Nachweisen; siehe auch RVJ *1999* 295.). Entscheidend ist der übereinstimmende Parteiwille oder, wenn kein solcher vorliegt, die Verkehrsauffassung. Entsprechend bestimmt der übereinstimmende Parteiwille bzw. die Verkehrsauffassung, ab welcher Anzahl von Anteilen nicht die Anteile, sondern das Unternehmen selber Kaufgegenstand ist (BK-*Giger,* N 88 zu Art. 197 OR). So wird beispielsweise bei einem Kauf von Aktien, die 66,7 % der Stimmrechte vermitteln, der übereinstimmende Parteiwille in der Regel darauf ausgerichtet sein, dass das Unternehmen selber Kaufgegenstand ist.

10 Zum Begriff des Closing z.B. *Hanno Merkt,* Internationaler Unternehmenskauf, Köln, 1997, N 222 ff., 1112 ff.; *Luginbühl* (zit. Anm. 9) 114 ff.; *Tschäni* (zit. Anm. 7) 102 ff.

11 *Böckli* (zit. Anm. 4) 81; *Tschäni* (zit. Anm. 7) 117; *Watter* (zit. Anm. 1) N 328, 368 ff.

12 Dazu im Detail z.B. *Silvio Venturi,* La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Freiburg, 1994, N 985 ff.

13 Z.B. *Schön* (zit. Anm. 1) 184; BK-*Giger,* N 18 zu Art. 205 OR.

14 Dazu im Detail z.B. *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1002 ff.

15 *Schön* (zit. Anm.1) 185; *Max Keller/Kurt Siehr,* Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 92; je mit weiteren Nachweisen.

16 A.M. *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 92.

17 *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1097 ff.

18 Z.B. *Schön* (zit. Anm. 1) 9 f., 187; siehe auch: *Böckli* (zit. Anm. 4) 82; *Tschäni* (zit. Anm. 7) 117; *Carl Helbling,* Unternehmensbewertung und Steuern, 9. A., Düsseldorf, 1998, 43 ff.; *Marion Kraus-Grünewald,* Gibt es einen objektiven Unternehmenswert?, Betriebs-Berater *1995* 1839; *Kurt Kiethe,* Der Schaden beim Unternehmenskauf, DStR *1995* 1759 f.: «objektive Einschätzung von subjektiven Kriterien».

19 *Birgit Puck,* Der Unternehmenskauf, Wien 1996, 85, für das österreichische Recht.

Unternehmensbewertung im Vordergrund stehen[20].

Massgebender Zeitpunkt für die Bestimmung des objektiven Werts des mangelhaften bzw. des mängelfreien Kaufgegenstands, des Unternehmens, ist der Zeitpunkt, in dem Nutzen und Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer übergeht[21], also beim Unternehmenskauf in der Regel das Closing, oder, in analoger Anwendung der Regel im Schadenersatzrecht[22], nach Wahl des Klägers der Tag der Urteilsfällung.

Bei der Bestimmung des objektiven Werts des Unternehmens ohne Mängel spielen allfällige Mehrwerte infolge nicht «vorausgesetzten» oder nicht zugesicherten Eigenschaften keine Rolle[23]. Bei der Bestimmung des Werts des Unternehmens mit Mängel findet eine Anrechnung von Vorteilen insoweit statt, als diese Vorteile[24] bei der gewählten Bewertungsmethode auf einen Parameter[25] einen Einfluss haben[26].

Wegen der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des objektiven Werts des mangelhaften bzw. des mängelfreien Kaufgegenstands gerade bei Unternehmenskäufen[27] bedient sich die Praxis oft verschiedener Vermutungen. Sie setzt beispielsweise den objektiven Wert des mängelfreien Kaufgegenstands vermutungsweise mit dem Kaufpreis gleich, womit eine Subjektivierung erreicht wird[28] und womit kein Unterschied zwischen relativer und absoluter Methode mehr besteht[29], oder sie setzt den Minderwert vermutungsweise mit den Kosten der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands[30] gleich. Letztere Vermutung erscheint beim Unternehmenskauf nur dann als angemessen, wenn die Wahl einer mindestens massgeblich auf dem Substanzwert beruhenden Bewertungsformel für die Bestimmung des objektiven Werts des Unternehmens mit bzw. ohne Mängel angezeigt erscheint[31].

Beim share deal, bei dem nicht alle Anteile verkauft werden, sind die quotalen Unternehmenswerte in die Formeln der absoluten oder der relativen Methode einzusetzen, wenn es um den Kauf so vieler Anteile geht, dass der Käufer anschliessend das Unternehmen kontrolliert. Wenn es dagegen um den Kauf von Anteilen geht, die nicht die Kontrolle über das Unternehmen vermitteln, sind diejenigen Werte einzusetzen, die sich aus einer selbstständigen Bewertung der Anteile ergeben[32].

Spezielle Probleme ergeben sich, wenn verschiedene Personen auf der Verkäuferseite sind[33].

Die Bewertungsschwierigkeiten, aber auch weitere Schwierigkeiten bei der Minderung können vermieden werden, wenn die Parteien im Unternehmenskaufvertrag vertragliche Regelungen treffen, also sich neben der Wahl der Methode z.B. auf eine Bewertungsformel zur Bestimmung des objektiven Werts des Unternehmens mit und ohne Mängel einigen[34]. Dies ist angesichts der dispositiven Natur der Regeln über die Sachgewährleistung des OR innerhalb der Schranken des Gesetzes, insbesondere von Art. 199 OR, ohne weiteres möglich.

Die Parteien können sich zur Bestimmung des objektiven Werts des Unternehmens mit und ohne Mängel beispielsweise auf die Bewertungsformel einigen, mit der sie den Kaufpreis festgelegt haben. Es steht dann eine Grösse schon fest, nämlich der objektive Wert des Unternehmens ohne Mängel, der dem Kaufpreis entspricht.

Sie können sich aber zur Bestimmung des objektiven Werts des Unternehmens mit und ohne Mängel auch auf diejenige Bewertungsformel einigen, die sie für ein allfälliges post closing adjustment[35] gewählt haben. Üblich sind in diesem Zusammenhang wegen ihrer einfacheren Handhabung[36] vielfach auf dem Substanz-

---

20 Zu den Methoden der Unternehmensbewertung im Allgemeinen z.B. *Schön* (zit. Anm. 1) 20 ff.; *Helbling* (zit. Anm. 18) 25 ff.; *Gerhard Picot,* Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2. A., München 1998, 43 ff.; *Helmut Fischer,* Bewertung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, in: Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 3. A., Köln 1992, herausgeben von *Wolfgang Hölters,* 65 ff.; *Watter* (zit. Anm. 1) N 205 ff.

21 Z.B. BGE 117 II 552; *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 93; *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1075 ff.

22 Nachstehende Ziff. III.

23 *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1057.

24 Wie z.B. eine reduzierte Steuerlast.

25 Wie z.B. einen zukünftigen Ertrag.

26 Teilweise a.M. *Böckli* (zit. Anm. 4) 85 f.; *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1061; *Watter* (zit. Anm. 1) N 395 f.; siehe aber *Böckli* (zit. Anm. 4) 84 f.

27 Z.B. *Schön* (zit. Anm. 1) 187; *Puck* (zit. Anm. 19) 84 f.

28 Im Allgemeinen z.B. OR-*Honsell,* N 9 zu Art. 205 OR; *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1066 ff.; je mit weiteren Nachweisen, u.a. auf BGE 111 II 163.

29 Z.B. *Puck* (zit. Anm. 19) 85; *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1177.

30 Im Allgemeinen z.B. *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1070, mit weiteren Nachweisen, u.a. auf BGE 111 II 164; *Watter* (zit. Anm. 1) N 394.

31 Dazu auch *Böckli* (zit. Anm. 4) 83.

32 Z.B. *Helbling* (zit. Anm. 18) 530 ff.; *Fischer* (zit. Anm. 20) 158 ff.

33 *Christopher Martin,* Die Ausgestaltung von Gewährleistungsrechten beim Unternehmenskauf durch Anteilserwerb von einer Mehrheit von Veräusserern, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, *1999* 583 ff., für das deutsche Recht.

34 *Schön* (zit. Anm. 1) 189; *Böckli* (zit. Anm. 4) 97; *Tschäni* (zit. Anm. 7) 117; *Watter* (zit. Anm. 1) N 404.

35 Dazu im Allgemeinen z.B. *Watter* (zit. Anm. 1) N 261, 490 ff.

36 *Puck* (zit. Anm. 19) 86.

wert beruhende Berechnungsformeln, auch wenn der Kaufpreis anders berechnet wurde. Eine solche Wahl hat den Vorteil, dass die in der Praxis in Unternehmenskaufverträgen oft nicht abgestimmten Regelungen eines post closing adjustments und der Sachgewährleistung harmonisiert werden.

Durch solche Bestimmungen werden die objektiven zu subjektiven Methoden, welche *Böckli* im Bereich der Unternehmenskäufe per se, d.h. unabhängig davon, ob die Parteien sie gewählt haben oder nicht, propagiert[37].

Die Vertragsparteien können, was in der Praxis relativ häufig ist, im Unternehmenskaufvertrag vereinbaren, dass nicht der Minderwert des Unternehmens als Ganzes selbst massgeblich sein soll, sondern, eventuell nach Wahl des Käufers, der Minderwert der vom schädigenden Ereignis unmittelbar betroffenen Sache[38]. Dadurch wird im Resultat meist einer Bewertung des Unternehmens gestützt auf den Substanzwert der Vorzug gegeben, mindestens bei vereinbarter Leistung dieses Minderwerts an den Käufer. Die Parteien können bei einem share deal auch Leistung dieses Minderwerts an die verkaufte Gesellschaft selbst vereinbaren, wodurch die entsprechende Abrede den Charakter eines Vertrages zugunsten Dritter[39] erhält. In diesem Fall ist zu regeln, ob die verkaufte Gesellschaft ein direktes Forderungsrecht gegen den Verkäufer haben soll oder nicht[40]. Werden bei einem solchen share deal nicht alle Anteile verkauft, ist allerdings Leistung an die verkaufte Gesellschaft selbst u.U. für den Verkäufer weniger vorteilhaft als andere Lösungen[41].

Es empfiehlt sich, im Unternehmenskaufvertrag die üblichen Beschränkungen der Erstattungspflicht[42] so zu formulieren, dass sie nicht nur für den Rechtsbehelf des Schadenersatzes, sondern auch für die Minderung passen.

Die Minderung bringt dem Käufer nicht immer den vollen Ausgleich für die von ihm erlittenen Nachteile[43]. Die Sachgewährleistungsvorschriften sehen jedoch nur bei der Wandelung, nicht aber bei der Minderung, Schadenersatzansprüche vor. Nach Meinung des Bundesgerichts kommen nur Schadenersatzansprüche nach Art. 97 OR in Frage[44]. Das ist jedenfalls bei Gutheissung der absoluten Methode richtig. Eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR[45] und damit eine Kausalhaftung des Verkäufers für den unmittelbaren Schaden bringt in diesem Fall dem Käufer nichts, da der nach der absoluten Methode zu ersetzende Minderwert nichts anderes als der unmittelbare Schaden ist[46] und die Durchführung der Minderung mindestens nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unabhängig vom Verschulden des Käufers ist[47]. Anders verhält es sich dagegen bei Gutheissung der relativen Methode[48]. In diesem Fall ergibt eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR durchaus Sinn.

2.3 Nachbesserung

Die Regeln über die Sachgewährleistung im Kaufrecht sehen anders als die Regeln im Werkvertragsrecht[49] kein Nachbesserungsrecht des Käufers vor. Nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung ist ein gesetzliches Nachbesserungsrecht des Käufers zu verneinen[50]. Der Käufer hat damit nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung nach der Lieferung eines mangelhaften Kaufgegenstandes keinen Anspruch auf Realerfüllung mehr[51].

Angesichts der dispositiven Natur des Gewährleistungsrechts ist es ohne weiteres möglich, im Unternehmenskaufvertrag ein Nachbesserungsrecht und damit auch nach dem Closing einen Anspruch des Käufers auf Realerfüllung zu statuieren[52]. Es ist auch möglich, allenfalls zusätzlich zum Nachbesserungsrecht des Käufers ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers zu vereinbaren[53]. Die Statuierung

37 *Böckli* (zit. Anm. 4) 81 f.; siehe auch *Schön* (zit. Anm. 1) 187; *Watter* (zit. Anm. 1) N 388 ff.; *Puck* (zit. Anm. 19) 85, für das österreichische Recht; *Hommelhoff/Schwab* (zit. Anm. 4) 286, für das deutsche Recht.

38 *Watter* (zit. Anm. 1) N 400; *Christian Roschmann,* Haftungsklauseln in Unternehmenskaufverträgen, ZIP, *1998* 1946, für das deutsche Recht; *Puck* (zit. Anm. 19) 86, für das österreichische Recht.

39 Art. 112 OR.

40 Art. 112 Abs. 2 OR.

41 Dazu auch Beispiel bei *Böckli* (zit. Anm. 4) 108.

42 Wie caps, floors, baskets, thresholds, de-minimis-Regeln, dazu z.B. *Böckli* (zit. Anm. 4) 98; *Roschmann* (zit. Anm. 38) 1947.

43 Z.B. BGE 122 III 423; *Watter* (zit. Anm. 1) N 402.

44 BGE 95 II 125 f.; 82 II 139; auch nachstehende Ziff. III.

45 Z.B. *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 93 f., mit weiteren Nachweisen; *Watter* (zit. Anm. 1) N 402.

46 Nachstehende Ziff. III.

47 BGE 85 II 193 f.; dazu im Detail z.B. *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1206, mit weiteren Nachweisen.

48 *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1596 i.V. mit N 1137 ff.

49 Art. 368 Abs. 2 OR.

50 Z.B. *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 96, mit weiteren Nachweisen; BGE 95 II 125 f.; 91 II 348.

51 *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 103 f.

52 *Böckli* (zit. Anm. 4) 96, dazu auch BGE 124 III 460 und 91 II 348.

53 Zum Unterschied z.B. *Andreas Käser,* Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Zürich 2000, 48 f.

eines Nachbesserungsrechts des Käufers und/oder eines Nachbesserungsrechts des Verkäufers wird in aller Regel sinnvoll sein, nicht zuletzt deshalb, weil damit Probleme bei der Durchführung der Minderung[54] bzw. beim Schadenersatz[55] vermieden werden können[56]. Beim share deal wird die Nachbesserung oft Leistung an die verkaufte Gesellschaft selbst sein, wodurch die entsprechende Abrede den Charakter eines Vertrages zugunsten Dritter[57] erhält. Werden beim share deal nicht alle Anteile verkauft, ist allerdings die Nachbesserung bei Leistung an die verkaufte Gesellschaft selbst u.U. für den Verkäufer weniger vorteilhaft als andere Lösungen[58].

Die Parteien tun gut daran, bei Einführung eines Nachbesserungsrechts bzw. einer Nachbesserungspflicht des Käufers im Unternehmenskaufvertrag das Anwendungsfeld und die Modalitäten und vor allem das Verhältnis der Nachbesserung zu den anderen Rechtsbehelfen wie insbesondere zur Minderung und zum Schadenersatz genau zu beschreiben und zu regeln[59].

Es empfiehlt sich auch, im Unternehmenskaufvertrag die üblichen Beschränkungen der Erstattungspflicht[60] so zu formulieren, dass sie nicht nur für den Rechtsbehelf des Schadenersatzes, sondern auch für die Nachbesserung passen.

3. Rechtsbehelfe nach Art. 97 OR: Schadenersatz

Nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung sind die Rechtsbehelfe aus Sachgewährleistung und wegen nicht gehöriger Erfüllung nach Art. 97 OR konkurrierend anwendbar, allerdings nur, wenn der Käufer auch bei den Rechtsbehelfen nach Art. 97 OR die Mängelrügeobliegenheiten nach Art. 201 erfüllt und die kurze Verjährungsfrist nach Art. 210 OR einhält[61]. Entsprechend kann der Käufer bei Lieferung eines mangelhaften Kaufgegenstands, d.h. des Unternehmens, aufgrund der Schlechterfüllung durch den Verkäufer Ersatz des ihm entstandenen Schadens nach Art. 97 OR verlangen.

Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung berechnet den Schaden nach der Differenztheorie[62]. Der Schaden entspricht damit der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte[63]. Aufgrund dieser Formel ist es klar, dass in gewissem Umfang eine Vorteilsanrechnung stattfindet[64].

Nach Art des Schadens wird unterschieden zwischen Personenschaden, Sachschaden und sonstigem Vermögensschaden[65]. Im Kaufrecht wird zudem unterschieden zwischen dem unmittelbaren Schaden und dem weiteren oder mittelbaren Schaden[66]. Nach einer, m.E. überzeugenden Lehrmeinung ist der unmittelbare Schaden der Schaden am Kaufgegenstand selber, und der weitere oder mittelbare Schaden der Mangelfolgeschaden[67].

Der unmittelbare Schaden am Kaufgegenstand, d.h. am Unternehmen, ist dementsprechend der Minderwert des Unternehmens[68]. In der Praxis wird er vermutungsweise oft den Wiederherstellungskosten gleichgestellt[69].

Massgebender Zeitpunkt für die Schadensberechnung ist der Zeitpunkt, in dem der Schuldner hätte erfüllen sollen, also beim Unternehmenskauf in der Regel das Closing, oder nach Wahl des Klägers der Tag der Urteilsfällung[70].

Bei Unternehmenskäufen ist vor allem die Bestimmung des unmittelbaren Schadens, des Minderwertes des Unternehmens, schwierig. Es ergeben sich die gleichen Schwierigkeiten wie bei der Minderung[71].

Diese Schwierigkeiten können vermieden werden, wenn sich die Parteien im Unternehmenskaufvertrag auf Bewertungsformeln einigen[72]. Dies ist angesichts der dispositiven Natur von Art. 97 OR innerhalb der Schran-

54 Vorstehende Ziff. II.B.
55 Nachstehende Ziff. III.
56 *Schön* (zit. Anm. 1) 284.
57 Art. 112 OR.
58 Vorstehende Ziff. II.B. bezüglich der Minderung.
59 *Schön* (zit. Anm. 1) 283 f.; *Böckli* (zit. Anm. 4) 96.
60 Wie caps, floors, baskets, thresholds, de-minimis-Regeln.
61 *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 105 f., mit weiteren Nachweisen; z.B. BGE 114 II 134; 108 II 104; 107 II 165 f.; 107 II 421 f.
62 *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., 1998, N 2625, mit weiteren Nachweisen.
63 BGE 127 III 76; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 2624 ff., mit weiteren Nachweisen.
64 Z.B. *Schön* (zit. Anm. 1) 191; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 2794, mit weiteren Nachweisen.
65 Z.B. BGE 127 III 76.
66 Z.B. Art. 208 OR.
67 Z.B. *Böckli* (zit. Anm. 4) 76; *Harm Peter Westermann,* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil 1, 3. A., München 1995, N 42 zu § 463 BGB, für das deutsche Recht; siehe auch *Peter Gauch,* Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N 1864, für das Werkvertragsrecht.
68 Im Allgemeinen BGE 127 III 76.
69 Im Allgemeinen BGE 127 III 76; auch vorstehende Ziff. II.B.
70 Im Allgemeinen *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 2627 ff., mit weiteren Nachweisen.
71 Vorstehende Ziff. II.B.
72 *Böckli* (zit. Anm. 4) 97.

ken des Gesetzes, insbesondere von Art. 100 OR, ohne weiteres möglich[73].

Sie können sich, was in der Praxis relativ häufig ist, im Unternehmenskaufvertrag auch darauf einigen, dass nicht der im Minderwert des Unternehmens als Ganzes selbst liegende Schaden massgeblich sein soll, sondern, eventuell nach Wahl des Käufers, der im Minderwert der vom schädigenden Ereignis unmittelbar betroffenen Sache liegende Schaden[74]. Dadurch wird im Resultat einer Bewertung des Unternehmens gestützt auf den Substanzwert den Vorzug gegeben, mindestens bei vereinbarter Leistung dieses Minderwerts an den Käufer. Die Parteien können beim share deal auch Leistung dieses Minderwerts an die verkaufte Gesellschaft selbst vereinbaren, wodurch die entsprechende Abrede den Charakter eines Vertrages zugunsten Dritter[75] erhält. In diesem Fall ist zu regeln, ob die verkaufte Gesellschaft ein direktes Forderungsrecht gegen den Verkäufer haben soll oder nicht[76]. Werden beim share deal nicht alle Anteile verkauft, ist allerdings Leistung an die verkaufte Gesellschaft selbst u.U. für den Verkäufer weniger vorteilhaft als andere Lösungen[77].

Die Parteien tun auch gut daran, die Bedeutung eines allfälligen Verschuldens der Verkäufers bzw. des Käufers beim Schadenersatz zu regeln und das Verhältnis von Minderung und Schadenersatz zu klären. Einigen die Parteien sich darauf, dass z.B. der unmittelbare Schaden beim Schadenersatz unabhängig vom Verschulden zu ersetzen ist[78], so erübrigt es sich an sich, den Rechtsbehelf der Minderung vorzusehen, mindestens dann, wenn die Minderung nach der absoluten Methode durchgeführt werden soll. Bei Wegbedingung der Wandelung[79] ist der Schadenersatz dann neben der eher selten vorgesehenen Nachbesserung[80] der einzige Rechtsbehelf des Käufers im Rahmen der Sachgewährleistung. Dies ist in Unternehmenskaufverträgen unter dem angloamerikanischen Einfluss[81] relativ häufig der Fall, nachdem die Minderung dem angloamerikanischen Recht an sich fremd ist[82].

Allenfalls ist im Unternehmenskaufvertrag auch die Bedeutung einer allfälligen Konventionalstrafe[83] oder einer Schadenspauschale zu regeln.

4. Rechtsbehelfe bei Grundlagenirrtum und absichtlicher Täuschung

Nach wohl überwiegender Lehre und Rechtsprechung sind die Rechtsbehelfe aus Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR und bei Grundlagenirrtum und absichtlicher Täuschung nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR und Art. 28 OR konkurrierend anwendbar[84], wobei letztere Rechtsbehelfe dem Käufer auch dann zustehen, wenn der Käufer die Mängelrügeobliegenheiten nach Art. 201 OR nicht erfüllt und die kurze Verjährungsfrist nach Art. 210 OR nicht einhält[85]. Entsprechend kann der Käufer sich nach dieser Meinung bei einem Irrtum bzw. absichtlicher Täuschung über Eigenschaften des Kaufgegenstandes, d.h. des Unternehmens, grundsätzlich (auch) auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR und Art. 28 OR berufen.

Eine Berufung auf diese Bestimmungen ist allerdings ausgeschlossen, wenn der Irrtum bzw. die Täuschung eine Eigenschaft des Unternehmens betrifft, die nach Art. 197 Abs. 1 OR weder vorausgesetzt werden darf noch im Unternehmenskaufvertrag zugesichert wurde, oder eine Eigenschaft des Unternehmens betrifft, für welche die Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR im Unternehmenskaufvertrag zulässigerweise wegbedungen wurde[86]. Ein entsprechender Irrtum ist nicht wesentlich[87] und kaum kausal für die Eingehung des Unternehmenskaufvertrages[88].

Eine der Rechtsfolgen eines Grundlagenirrtums oder einer absichtlichen Täuschung beim Unternehmenskauf ist nach Art. 23 bzw. 28 OR die Unverbindlichkeit des Unternehmenskaufvertrages oder, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in analoger

73 *Schön* (zit. Anm. 1) 191; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 2801 ff.; je mit weiteren Nachweisen.

74 Dazu auch BGE 127 III 76, nach welchem Entscheid diese Schadensberechnung auch ohne Einigung der Parteien zulässig sein soll.

75 Art. 112 OR.

76 Art. 112 Abs. 2 OR.

77 Vorstehende Ziff. II.B. bezüglich der Minderung und Ziff. II.C bezüglich der Nachbesserung.

78 Was sich empfiehlt, da sonst die Haftung doch sehr beschränkt ist, siehe z.B. *Watter* (zit. Anm. 1) N 338.

79 Vorstehende Ziff. II.A.

80 Vorstehende Ziff. II.C.

81 Vorstehende Ziff. I.

82 *Venturi* (zit. Anm. 12) N 1236.

83 Dazu im Allgemeinen auch BGE 122 III 420 ff.

84 Z.B. z.B. OR-*Schwenzer,* N 9 zu Vorbemerkungen zu Art. 23–31 OR; BK-*Schmidlin,* N 249 ff. ad Art. 23/24 OR; *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 108, je mit weiteren Nachweisen; BGE 127 III 85; 114 II 134 ff.; 109 II 322; 108 II 104; 107 II 421; 106 II 33 f.

85 Z.B. BGE 114 II 134.

86 Bez. Grundlagenirrtum BGE 126 III 66; 91 II 279; *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 111 f.; *Watter* (zit. Anm. 1) N 386.

87 Zur Voraussetzung der Wesentlichkeit beim Grundlagenirrtum z.B. OR-*Schwenzer,* N 20 ff. zu Art. 24 OR.

88 Zur Voraussetzung der Kausalität bei der absichtlichen Täuschung z.B. OR-*Schwenzer,* N 14 zu Art. 28 OR.

Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR, Teilnichtigkeit bzw. modifizierte Teilnichtigkeit des Unternehmenskaufvertrages[89].

Eine blosse Teilnichtigkeit ist nach Art. 20 Abs. 2 OR anzunehmen, wenn der Mangel bloss einzelne Teile des Unternehmenskaufvertrages betrifft und nicht anzunehmen ist, dass er nach dem hypothetischen Parteiwillen ohne die nichtigen Teile überhaupt nicht geschlossen worden wäre[90]. Eine modifizierte Teilnichtigkeit ist anzunehmen, wenn der Unternehmenskaufvertrag trotz Teilmangel gilt und zwar mit der Ersatzregel für den an sich nichtigen Teil, welche dem hypothetischen Parteiwillen entspricht[91]. Beim hypothetischen Parteiwillen kommt es darauf an, was die Parteien als vernünftig und korrekt handelnde Personen unter den gegebenen Umständen vereinbart hätten[92].

Diese Regeln über die modifizierte Teilnichtigkeit erlauben bei einem Irrtum bzw. absichtlicher Täuschung über Eigenschaften des Unternehmens eine Herabsetzung des Kaufpreises auf den Preis, der dem hypothetischen Parteiwillen entspricht. Dies ist nichts anderes als eine Minderung[93].

Art. 20 Abs. 2 OR hat dispositiven Charakter. Die Parteien können im Rahmen der Rechtsordnung[94] im Unternehmenskaufvertrag vereinbaren, wie sich ein Teilmangel auswirken soll. Sie können insbesondere die Ersatzregel bestimmen, in welchem Fall ein Vorgehen nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens entfällt[95].

Bei einem Irrtum bzw. absichtlicher Täuschung über Eigenschaften des Unternehmens kann der Käufer nach den Regeln der culpa in contrahendo[96] Schadenersatz vom Verkäufer verlangen, m.E. auch dann, wenn der Kaufpreis unter Anwendung der Regeln über die modifizierte Teilnichtigkeit herabgesetzt wurde. Denn wie bei der Minderung im Sachgewährleistungsrecht nach Art. 197 ff. OR bringt diese Herabsetzung dem Käufer nicht immer den vollen Ausgleich der von ihm erlittenen Nachteile[97].

Bei Unternehmenskäufen beschäftigen sich die Parteien in aller Regel nicht explizit mit der Problematik eines Irrtums bzw. einer absichtlichen Täuschung über Eigenschaften des Unternehmens. Sie beschäftigen sich aber meist eingehend mit der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR und Art. 97 OR. Diese Regeln haben jedoch, abgesehen von den vorstehend geschilderten Ausnahmen, nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung keinen Einfluss auf die Problematik eines Irrtums bzw. einer absichtlichen Täuschung über Eigenschaften des Unternehmens[98], wobei sich schon die Frage stellt, ob dies mit Art. 25 OR vereinbar ist. Es dürfte sich aber oft rechtfertigten, diese Regeln im Rahmen einer modifizierten Teilnichtigkeit als dem hypothetischen Parteiwillen entsprechende Ersatzregeln heranzuziehen, mit der Folge, dass Vereinbarungen über die Berechnung des Minderwerts, über Beschränkungen durch caps, floors, baskets, thresholds, de-minimis-Regeln usw. im Rahmen der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR und Art. 97 OR auch im Falle eines Irrtums bzw. einer absichtlichen Täuschung über Eigenschaften des Kaufgegenstands bzw. eines Vorgehens des Käufers nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR und Art. 28 OR relevant werden.

Um diesbezügliche Unsicherheiten zu vermeiden, tun die Parteien aber gut daran, im Unternehmenskaufvertrag explizit die Folgen eines Irrtums bzw. einer absichtlichen Täuschung über Eigenschaften des Unternehmens zu regeln. Sie sollten entsprechend über die übliche «invalidity and omission»-Klausel bzw. salvatorische Klausel hinaus festhalten, dass ein solcher Irrtum bzw. eine solche Täuschung nicht zur Ganznichtigkeit, sondern nur zu einer Teilnichtigkeit, und zwar einer modifizierten Teilnichtigkeit führt. Sie sollten weiter die im Rahmen dieser modifizierten Teilnichtigkeit zum Zuge kommende Ersatzregel bestimmen. Diese kann auch Schadenersatzregeln beinhalten, in

---

89 Im Allgemeinen z.B. BGE 116 II 687; 107 II 424 f.; 107 II 148; OR-*Schwenzer,* N 11 zu Art. 23 OR.

90 Im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 689 ff., mit weiteren Nachweisen.

91 Im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 702 ff., mit weiteren Nachweisen.

92 Im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 700 ff.; leicht abweichend z.B. OR-*Huguenin Jacobs,* N 63 ff. zu Art. 19/20 OR mit grösserer Betonung des mutmasslichen subjektiven Willens der Parteien; ausführlich zu den in der Lehre vorgenommenen Nuancen der Objektivierung *Gmünder* (zit. Anm. 1) 146 ff.; siehe auch vorstehende Ziff. II.B. zum sogenannt objektiven Unternehmenswert.

93 Im Allgemeinen z.B. OR-*Schwenzer,* N 11 zu Art. 23 OR.

94 Z.B. Art. 27 ZGB, dazu z.B. *Watter* (zit. Anm. 1) N 416.

95 Z.B. OR-*Huguenin Jacobs,* N 68 zu Art. 19/20 OR.

96 Im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 62) N 962a ff., mit weiteren Nachweisen.

97 Vorstehende Ziff. II.B.

98 Im Allgemeinen BGE 91 II 279; *Keller/Siehr* (zit. Anm. 15) 112; dazu auch BGE 127 III 86, wonach der Käufer sich nicht mehr auf Grundlagenirrtum und absichtliche Täuschung berufen kann, wenn er kaufrechtliche Sachgewährleistungsrechte geltend macht.

welchem Fall die gesetzliche culpa-in-contrahendo-Haftung durch die vertragliche Haftung verdrängt wird. Die Ersatzregel kann auch durch Verweis auf die Vereinbarungen im Unternehmenskaufvertrag über die Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR und Art. 97 OR geschaffen werden.

5. Rechtsbehelfe aufgrund selbstständiger Garantieabreden

In Unternehmensverträgen finden sich oft selbstständige Garantieabreden im Sinne von Art. 111 OR. Die Parteien bedienen sich solcher Garantieabreden z.B. für Zusicherungen des Verkäufers für Ereignisse nach dem Closing, d.h. für zukünftige Ereignisse[99], bezüglich welcher grundsätzlich keine Zusicherungen nach Art. 197 Abs. 1 OR möglich sind[100]. Sie bedienen sich solcher Garantieabreden auch für Bereiche, die durchaus auch einer modifizierten Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR oder Art. 97 OR zugänglich wären, also z.B. für Zusicherungen des Verkäufers, die sie nicht durch Art. 200 OR eingeschränkt haben wollen, oder für Zusicherungen des Verkäufers, für die dieser unabhängig vom Verschulden haften soll.

Die Parteien sollten im Unternehmenskaufvertrag solche selbstständigen Garantieabreden klar als solche bezeichnen und im Detail die Ansprüche des Käufers daraus und die Ausübungsmodalitäten regeln[101]. Unterlassen sie dies, stellt sich neben der schwierigen Frage, ob überhaupt eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR vorliegt[102], beispielsweise die Frage, ob die Ansprüche des Käufers aus der Garantie auf Realerfüllung, also quasi auf Nachbesserung[103], auf Bezahlung einer bestimmten Summe oder auf Schadenersatz gehen, ob sie beim share deal auf Leistung an die verkaufte Gesellschaft selbst oder den Käufer gehen[104], ob sie von der Beachtung von Prüfungs- und Rügepflichten und der Einhaltung der Verjährungsfristen abhängig sind, ob sie durch caps, floors, baskets, thresholds, de-minimis-Regeln usw. beschränkt sind[105] usw.

6. Schlussbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die verschiedenen Rechtsbehelfe der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR, nach Art. 97 OR, nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR und Art. 28 OR und nach Art. 111 OR bei Unternehmenskäufen zu einem recht grossen Teil zum gleichen Resultat führen, gerade wenn man sich bemüht, eine einheitliche Auslegung zu erreichen[106]. Sie haben aber auch gezeigt, dass die verschiedenen Rechtsbehelfe in vielen Punkten unklar sind, gerade auch was ihr Verhältnis zueinander betrifft, und dass die Parteien deshalb im Unternehmenskaufvertrag gut daran tun, selber vertraglich Recht zu setzen[107] mit dem Ziel, zu einem möglichst einheitlichen Rechtsbehelf des Nachteilsausgleichs zu kommen[108].

99 Z.B. *Watter* (zit. Anm. 1) N 347.

100 Z.B. BGE 122 III 428, 430; *Watter* (zit. Anm. 1) N 359; BK-*Giger,* N 39 zu Art. 197 OR.

101 *Böckli* (zit. Anm. 4) 94 f.

102 Dazu z.B. *Watter* (zit. Anm. 1) N 345 ff.

103 *Wilhelm Beisel/Hans-Hermann Klumpp,* Der Unternehmenskauf, 3. A., 1996, N 971.

104 Wodurch die entsprechende Abrede Elemente eines Vertrages zugunsten Dritter nach Art. 112 OR aufweist.

105 *Böckli* (zit. Anm. 4) 100.

106 Siehe auch *Watter* (zit. Anm. 1) N 347, mit weiteren Hinweisen, zum Postulat eines einheitlichen Rechtsbehelfs bei der Nichterfüllung.

107 Z.B. *Luginbühl* (zit. Anm. 9) 211; *Watter* (zit. Anm. 1) N 348, 388.

108 Zu den Möglichkeiten dieser Vertragsgestaltung im Detail z.B. *Schön* (zit. Anm. 1) 281 ff.; *Günther,* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 2, Handels- und Wirtschaftsrecht, 4. A., München 1997, 73 ff.