Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. [Kläger und Beschwerdeführer] gegen B. AG [Beklagte und Beschwerdegegnerin])

Mit Bemerkungen von Dr. Markus Vischer, Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Natur des Geschäftsübertragungsvertrages

B. Anwendbarkeit von Art. 197 OR

III. Bemerkungen

A. Natur des Geschäftsübertragungsvertrages

B. Anwendbarkeit von Art. 197 ff. OR (und von Art. 192 ff. OR)

C. Weitere Bemerkungen

a. Vorliegen eines Unternehmensmangels?
b. Rechtzeitige Mängelrüge?
c. Mängelrechte?
d. Berufung auf Sachgewährleistung und absichtliche Täuschung?
e. Berufung auf Art. 41 und 97 OR

IV. Fazit

I. Sachverhalt

1. Mit Geschäftsübertragungsvertrag vom 1. September 1995 veräusserte die B. AG (Beklagte) der C. AG, vertreten durch A. (Kläger), einen Nachtclub, d.h. die Gesamtheit der Einrichtungen, des Mobiliars, des Materials und der Anlagen des Nachtclubs in den von diesem gemieteten Räumlichkeiten und die Kunden, die Geschäftsbezeichnung und den Mietvertrag des Nachtclubs. Der Preis betrug CHF 1 050 000.–, zahlbar im Umfang von CHF 600 000.– durch die C. AG und im Restumfang von CHF 450 000.– durch A., zu welchem Zweck die B. AG und A. einen Darlehensvertrag mit einer Maximaldauer von drei Jahren aufsetzten.

2. Am 15. September 1998 setzte die B. AG A. bezüglich der Rückzahlung des Darlehens in Verzug und betrieb ihn schliesslich, nachdem A. Verrechnung geltend gemacht hatte. Am 2. Februar 1999 wurde der B. AG provisorische Rechtsöffnung erteilt.

3. Am 5. März 1999 reichte A. gegen die B. AG bei den Genfer Gerichten die Aberkennungsklage ein.

4. Die von A. geltend gemachte Verrechnungsforderung beruht auf folgendem Sachverhalt: 1966 wurde im Nachgang zu einem Feuer die Decke der Geschäftsräumlichkeiten des Nachtclubs mit Asbest behandelt, was damals als geeignete Massnahme gegen Feuersbrünste betrachtet wurde. Die B. AG wusste, dass dieses Material, das bald als gefährlich galt, vorhanden war. Es ist nicht bewiesen, dass die B. AG die C. AG beim Vertragsabschluss darüber informierte. Im März 1998 erhielt A. als Betreiber des Nachtclubs einen Bericht des «Institut Universitaire Romand de Santé au Travail», welches die Sanierung der Geschäftsräumlichkeiten für notwendig hielt. In einem von Unternehmen F. abgegebenen Kostenvoranschlag vom 3. September 1999 wurden die Kosten der Sanierung auf CHF 198 355.– und die Dauer der Sanierungsarbeiten auf 32 Werktage geschätzt. Die Revisionsgesellschaft der C. AG schätzte zudem, dass die Sanierung einen Gewinnausfall von CHF 197 941.– und den mit ca. CHF 60 000.– zu bewertenden Verlust von Kunden bewirke. Am 18. Februar 1999 trat die C. AG ihre Forderung auf Kaufpreisreduktion und ihre Forderung auf Mängelfolgeschaden an A. ab.

5. Mit Urteil vom 10. Mai 2001 hiess das Tribunal de première instance du canton de Genève die Aberkennungsklage teilweise gut. Auf Berufung von A. und Anschlussberufung der B. AG hob die Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève mit Entscheid vom 10. April 2002 den erstinstanzlichen Entscheid auf und wies die Aberkennungsklage ab. Auf Nichtigkeitsbeschwerde von A. hin bestätigte das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

6. Das Bundesgericht prüfte insbesondere die Natur des Geschäftsübertragungsvertrages (A.), und dann die Anwendbarkeit von Art. 197 OR (B.).

A. Natur des Geschäftsübertragungsvertrages

7. Unter Berufung auf seinen Entscheid C.294/1986 vom 10. Dezember 1986, publiziert in SJ 1987, 179 ff., E. 2a, qualifizierte das Bundesgericht den Geschäftsübertragungsvertrag als Vertrag sui generis. Es könne angesichts der Verschiedenartigkeit der Leistungen nicht ohne weiteres ein Fahrniskauf angenommen werden.

B. Anwendbarkeit von Art. 197 OR

8. Das Bundesgericht führte aus, dass auf einen Forderungskauf nach herrschender Lehre Art. 197 OR keine Anwendung finde, sondern Art. 171 bis 173 OR.

9. Art. 197 OR könne aber so oder so keine Anwendung finden. Denn Art. 197 OR komme nur bei

einer definitiven, nicht aber bei einer bloss vorübergehenden Übertragung eines Gegenstands zum Zuge. Im zu beurteilenden Fall liege der Mangel nicht in einem definitiv übertragenen Gegenstand (wie bei der vom Vormieter installierten und dem Nachmieter definitiv abgetretenen Sauna beim Präjudiz C.294/1986 vom 10. Dezember 1986), sondern in der Decke der Mieträumlichkeiten, deren Gebrauch durch die C. AG infolge des abgetretenen Mietvertrags nur vorübergehend sei.

III. Bemerkungen

A. Natur des Geschäftsübertragungsvertrages

10. Gegenstand des Fahrniskaufs können nicht nur Sachen im sachenrechtlichen Sinne bilden, sondern auch Rechtsobjekte, die nach der Verkehrsauffassung oder nach dem Parteiwillen als Fahrnis gelten[1].

11. Unternehmen, verstanden als wirtschaftliche Einheit, als reale Vereinigung von Arbeitskraft (Personal), Kapital (Anlagen, Material), alten Rechtsbeziehungen (insbesondere Kundenstamm), aktuellen Rechtsbeziehungen (aus Verträgen, u.a. auch über Verwertungs- bzw. Gebrauchsrechte wie Lizenzen oder Mietrechte, Marken etc.) sowie Wissen bzw. Können (Geschäftsgeheimnisse, Know-how, Goodwill)[2], also insbesondere auch inklusive Unternehmenspassiven, können von den Parteien deshalb ohne weiteres zum Gegenstand eines Fahrniskaufs gemacht werden[3].

12. Keine Rolle spielt dabei, dass dem entsprechenden Verpflichtungsgeschäft[4] unter Umständen kein einheitliches Verfügungsgeschäft[5], insbesondere kein einheitliches sachenrechtliches Verfügungsgeschäft, gegenübersteht, sondern dass unter Umständen verschiedene Verfügungsgeschäfte zwecks Erfüllung des einen Verpflichtungsgeschäfts nötig sind[6].

13. So müssen beim sogenannten asset deal[7], also beim direkten Verkauf eines Unternehmens, (nach heute noch geltendem Recht) für jedes Aktivum (im weiteren Sinne, also für Sachen, Rechte, Verträge etc.) die spezifischen rechtlichen Voraussetzungen der Übertragung nach den Regeln der Singularsukzession erfüllt werden, während sich die Übertragung der Passiven nach Art. 181 OR richtet[8].

14. Beim sogenannten share deal[9], also beim indirekten Verkauf eines Unternehmens durch Veräusserung der Anteile der das Unternehmen haltenden Gesellschaft, müssen dagegen lediglich die für die Anteile geltenden spezifischen rechtlichen Voraussetzungen der Übertragung erfüllt werden[10].

15. Dass ein Unternehmen von den Parteien zum Gegenstand eines Fahrniskaufs gemacht werden kann, anerkennt grundsätzlich auch das Bundesgericht im besprochenen Entscheid, wenn es bemerkt, dass der (einem asset deal zugrundeliegende) Kauf beispielsweise ein Hotel oder eine Pension betreffen könne[11]. Es gibt deshalb keinen Grund, den (einem

1 *Jürg Luginbühl,* Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 89 f.; BK-*Giger,* Art. 187 OR N 26.

2 Z.B. ZK-*Higi,* Vorbemerkungen zum 8. Titel bis (Art. 275–304 [OR]) N 98.

3 Z.B. *Pierre Tercier,* Les contrats spéciaux, 3. Auflage, Zürich 2003, N 445; *Max Keller/Kurt Siehr,* Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich 1995, 9; ZK-*Schönle,* Art. 184 OR N 68; BK-*Giger,* Art. 184 OR N 21; *Cavin,* SPR VII/1, 11; unklar *Therese Amstutz,* Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, in: Der Schweizer Treuhänder 12/2002, 1109, bezüglich Unternehmenspassiven.

4 Dazu im Allgemeinen *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Zürich 1998, N 136.

5 Dazu im Allgemeinen *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* [zit. Fn 4], N 137 ff.

6 ZK-*Schönle,* Art. 184 OR N 53 und 68.

7 Zum Begriff z.B. *Hanno Merkt,* Internationaler Unternehmenskauf, 2. neubearbeitete Auflage, Köln 2003, N 13 ff; *Hans-Joachim Holzapfel/Reinhard Pöllath,* Unternehmenskauf in Recht und Praxis,10. neu bearbeitete Auflage, Köln 2001, N 131; auch asset purchase genannt: z.B. *Rudolf Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 68; *Rudolf Tschäni,*Übernahme- und Zusammenschlussformen, in: Mergers & Acquisitions, herausgegeben von *Rudolf Tschäni,* Zürich 1998, 4.

8 Z.B. *Raffael Büchi,* Spin-off, Bern 2001, 93 ff.; *Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht [zit. Fn 7], 69 ff.; *Tschäni,* Übernahme- und Zusammenschlussformen [zit. Fn 7], 5 ff.

9 Zum Begriff z.B. *Merkt* [zit. Fn 7], N 13 ff; *Holzapfel/Pöllath* [zit. Fn 7], N 131; auch share purchase genannt: z.B. *Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht [zit. Fn 7], 46; *Tschäni,* Übernahme- und Zusammenschlussformen [zit. Fn 7], 17.

10 Z.B. *Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht [zit. Fn 7], 47 ff.;*Tschäni,* Übernahme- und Zusammenschlussformen [zit. Fn 7], 18 ff.

11 Siehe aber z.B. BGE 91 II 353 (Verkauf eines Modegeschäfts), 88 II 410 (Verkauf einer Metzgerei), 63 II 77 (Verkauf einer [Gast-]Wirtschaft), welche Entscheide aufzeigen, dass das Bundesgericht das in Frage stehende

asset deal zugrundeliegenden) Geschäftsübertragungsvertrag oder besser Unternehmensübertragungsvertrag wie das Bundesgericht als Vertrag sui generis und nicht als (Fahrnis-)Kaufvertrag zu qualifizieren[12] (wenn die Gegenleistung Geld ist[13]).

16. Das gilt nicht nur für den dem asset deal zugrundeliegenden Unternehmensübertragungsvertrag, sondern auch für den dem share deal zugrundeliegenden Vertrag, unabhängig davon, ob die Gesellschaftsanteile in einem Wertpapier verbrieft sind oder nicht. Auch bei diesem (Fahrnis-)Kaufvertrag[14] ist in Abweichung von der (meist) älteren Schweizer Lehre[15] und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts[16] nach dem Parteiwillen in aller Regel das Unternehmen selbst der Kaufgegenstand, mindestens dann, wenn es um den Verkauf aller Gesellschaftsanteile oder so vieler Gesellschaftsanteile geht, dass der Käufer anschliessend das Unternehmen kontrolliert[17].

17. Letztlich darf die Frage der Qualifikation des dem asset deal und auch des dem share deal zugrundeliegenden Vertrages aber nicht überbewertet werden. Viel wichtiger ist die Frage, welche Normen, insbesondere welche Sach- (und Rechts-)Gewährleistungsbestimmungen man (im Rahmen des Vertrages sui generis oder des Kaufvertrages) zur Anwendung bringt[18].

B. Anwendbarkeit von Art. 197 ff. OR (und von Art. 192 ff. OR)

18. Nachdem Gegenstand des Fahrniskaufs nicht nur Sachen im sachenrechtlichen Sinne sein können, sondern auch Rechtsobjekte, die nach der Verkehrsauffassung oder nach dem Parteiwillen als Fahrnis gelten, mithin also auch Unternehmen, wäre es nicht

Unternehmen nur insoweit als Kaufgegenstand betrachtete, als nach Art. 197 OR bezüglich des Unternehmens Zusicherungen abgegeben wurden. Wurden keine solchen Zusicherungen abgegeben, betrachtete das Bundesgericht nicht das in Frage stehende Unternehmen, sondern die einzelnen dazu gehörenden Sachen im sachenrechtlichen Sinne als Kaufgegenstand. Entsprechend wandte es Art. 197 OR nur bei Mängeln an, die den zum Unternehmen gehörenden einzelnen Sachen und nicht dem Unternehmen selbst anhafteten; gl.M. bezüglich bundesgerichtlicher Rechtsprechung *Luginbühl* [zit. Fn 1], 124 ff.

12 Gl.M. in Fn 3 zitierte Autoren und auch *Heinrich Honsell,* Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. überarbeitete Auflage, Bern 2001, der (zu Recht) nur den «Kauf» eines Unternehmens zu einem negativen «Kaufpreis» als Vertrag sui generis betrachtet; auch BGE 91 II 353 (Verkauf eines Modegeschäfts), 88 II 410 (Verkauf einer Metzgerei) und 63 II 77 (Verkauf einer (Gast-)Wirtschaft), in welchen Entscheiden das Bundesgericht von einem Kaufvertrag und nicht einem Vertrag sui generis ausging; kritisch zu BGE 129 III 18 auch *Pierre Tercier,* Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2003, 303: «... la décision paraît peu tenir compte du fait que, même s'il vise des objets très différents, le contrat de remise a aussi un caractère globale, …»; a.M. *Pascal Pichonnaz,* Baurecht 2003, 74, der BGE 129 III 18 bezüglich Qualifikation des (einem asset deal zugrundeliegenden) Unternehmensübertragungsvertrages explizit zustimmt; gl.M. wie *Pichonnaz* wohl auch CR CO I-*Venturi,* art. 184 CO N 11; a.M. auch *Marcel Gmünder,* Teilanfechtung aus Irrtum bei der Unternehmensübernahme, Bern, Stuttgart und Wien 1992, 59 ff., insbesondere 266 ff., der den Unternehmensübertragungsvertrag als gemischtes Vertragsverhältnis qualifiziert.

13 Besteht die Gegenleistung nicht in Geld, sondern z.B. in Aktien, liegt ein Tausch i.S. von Art. 237 ff. OR vor; so z.B. *Büchi* [zit. Fn 8], Fn 525.

14 BGE 107 II 422; *Rolf Watter,* Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, N 314.

15 Z.B. CR CO I-*Venturi,* art.197 CO N 22, 23; *Cavin,* SPR VII/1, 78; *Theo Guhl,* Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, bearbeitet von *Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey,* § 14 N 12.

16 BGE 107 II 419 und 79 II 158 f, wobei das Bundesgericht (wie beim asset deal, Fn 11) das in Frage stehende Unternehmen immerhin insoweit als Kaufgegenstand betrachtete, als nach Art. 197 OR bezüglich des Unternehmens Zusicherungen abgegeben wurden.

17 *Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht [zit. Fn 7], 46, 160; *Markus Vischer,* Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001, Nr. 16/17, 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, Nr. 10, 231; *Peter Böckli,* Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers & Acquisitions, Herausgeber *Rudolf Tschäni,* Zürich 1998, 62 ff.; *Luginbühl* [zit. Fn 1], 64 ff; *Watter* [zit. Fn 14], N 278, 303, 317 ff.; *Thomas Lörtscher,* Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, ZvglRWiss 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.; siehe auch Kantonsgericht Wallis, in: ZWR 1999, 295; siehe auch Pra 2002, 1011, in welchem Entscheid das Bundesgericht bei einem share deal implizite das verkaufte Unternehmen als Kaufgegenstand betrachtete, ansonsten es nach dem Konkurs des verkauften Unternehmens beim zu beurteilenden Sukzessivlieferungsvertrag kaum den Grundsatz «periculum est emptoris» gemäss Art. 185 Abs. 1 OR hätte anwenden können.

18 Ähnlich OR-*Koller,* Art. 184 OR N 12.

logisch, den Begriff der Sache in Art. 197 OR eng auszulegen und darunter nur eine Sache im sachenrechtlichen Sinne zu verstehen. Entsprechend sind auch Unternehmen Sachen im Sinne von Art. 197 OR[19].

19. Art. 197 OR findet damit auch auf den Unternehmenskaufvertrag Anwendung (unabhängig davon, ob es sich um einen asset oder einen share deal handelt).

20. Keine Anwendung finden dagegen die Bestimmungen von Art. 171–173 OR. Dies gilt auch beim share deal, bei dem die Gesellschaftsanteile nicht in Wertpapieren verbrieft sind[20]. Dies gilt auch dann, wenn der Mangel eine Forderung betrifft, welche Teil des gekauften Unternehmens ist. Denn auch in diesem Fall liegt kein Forderungskaufvertrag, bei dem nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und der herrschenden Lehre Art. 197 ff. OR durch Art. 171–173 OR verdrängt wird[21], (und weitere Kaufverträge über weitere Unternehmensteile), sondern ein (einheitlicher) Unternehmenskaufvertrag vor[22].

21. Keine Anwendung findet aus den gleichen Gründen auch die Bestimmung von Art. 219 OR, auch wenn ein Grundstück Teil des gekauften Unternehmens ist[23].

22. Entsprechend richtet sich die Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf, insbesondere auch beim asset deal, einheitlich nach Art. 197 ff. OR[24]. Gleiches gilt auch für die Rechtsgewährleistung, die sich einheitlich nach Art. 192 ff. OR richtet[25].

23. Dies gilt auch, wenn der Mangel wie im vom Bundesgericht beurteilten Fall im Zusammenhang mit einem Mietvertrag steht, welcher Teil des verkauften Unternehmens ist.

24. Erstens ist es entgegen der vom Bundesgericht im besprochenen Entscheid vertretenen Meinung nicht so, dass die Übertragung eines Mietvertrages im Rahmen eines Unternehmensverkaufs eine nur vorübergehende Übertragung darstellt. Vielmehr liegt, was dem Wesen des Verkaufs entspricht, (bei Einhaltung der für die Übertragung eines Mietvertrages geltenden spezifischen rechtlichen Voraussetzungen nach Art. 263 OR) im Verhältnis Verkäufer – Käufer eine definitive Übertragung des Mietvertrages und damit der entsprechenden Gebrauchsrechte vor, auch wenn der Mietvertrag bzw. die entsprechenden Gebrauchsrechte im Verhältnis Käufer – Vermieter zeitlich befristet sind.

25. Zweitens ist es entgegen der vom Bundesgericht im besprochenen Entscheid im Einklang mit seiner Rechtsprechung[26] im Resultat vertretenen Meinung nicht so, dass (mangels Zusicherungen) nur Unternehmensmängel relevant sind, die den zum Unternehmen gehörenden (mit dem Unternehmen verkauften) einzelnen Sachen im sachenrechtlichen Sinne anhaften. Vielmehr sind auch Unternehmensmängel relevant, die den anderen zum Unternehmen gehörenden Aktiven wie z.B. einem (mit dem Unternehmen verkauften) Mietvertrag und damit (den in der Tat nicht verkauften) Mieträumlichkeiten zuzuordnen sind.

26. Wenn ein Mietvertrag Teil des verkauften Unternehmens ist, kann ein Mangel der Mieträumlichkeiten dementsprechend entgegen dem Bundesgericht durchaus ein Unternehmensmangel sein.

C. Weitere Bemerkungen

a. Vorliegen eines Unternehmensmangels?

27. Fehlen Zusicherungen, haftet der Verkäufer nach Art. 197 Abs. 1 OR für diejenigen Mängel des Unternehmens, deren Abwesenheit der Käufer nach der Verkehrsübung voraussetzen darf, wie erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der relevanten Bilanzen, erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der Betriebsführung und

[19] *Luginbühl* [zit. Fn 1], 182 ff.; siehe auch OR-*Honsell,* Art. 197 OR N 4.

[20] *Watter* [zit. Fn 14], N 315.

[21] Z.B. BGE 90 II 499; OR-*Girsberger,* Vorbemerkungen zu Art. 171–173 OR N 2; ZK-*Schönle,* Art. 184 OR N 61; je mit weiteren Nachweisen.

[22] Im Allgemeinen *Cavin,* SPR VII/1, 11; bei Sachgesamtheiten ZK-*Schönle,* Art. 184 OR N 53.

[23] A.M. bei Sachgesamtheiten ZK-*Schönle,* Art. 184 OR N 53; widersprüchlich BK-*Giger,* Art. 187 OR N 35.

[24] *Amstutz* [zit. Fn 3], 1110; OR-*Honsell,* Art. 197 OR N 1; *Luginbühl* [zit. Fn 1], 180 ff.; a.M. *Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht [zit. Fn 7], 162, der davon ausgeht, dass je nach Gegenstand unterschiedliche Gewährleistungsvorschriften bestehen, was für ihn allerdings ein «nicht befriedigende[s] Resultat» ist, siehe aber 160: «Obschon die Sachgewährleistungsvorschriften auf den Kauf einzelner Sachen ausgerichtet sind, ist ihre Anwendbarkeit auf den Unternehmenskauf praktisch unumstritten.»

[25] *Luginbühl* [zit. Fn 1], 193 ff.; a.M. *Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht [zit. Fn 7], 157 f.

[26] Siehe Fn 11 und Fn 16.

Rechtseinhaltung im Unternehmen und erhebliche betriebsrelevante Mängel im Unternehmen[27].

28. Im vom Bundesgericht beurteilten Fall musste es nicht entscheiden, ob ein solcher Mangel vorlag, weil es die Anwendbarkeit von Art. 197 OR verneinte. Die Frage kann angesichts der spärlichen Fakten im besprochenen Entscheid nicht abschliessend beantwortet werden, doch dürfte ein Unternehmensmangel vorgelegen haben[28].

b. Rechtzeitige Mängelrüge?

29. Nicht abschliessend beurteilt werden kann aufgrund der spärlichen Fakten im besprochenen Entscheid auch, ob der Käufer den Mangel gemäss Art. 201 OR rechtzeitig gerügt hat bzw. ob eine absichtliche Täuschung des Käufers nach Art. 203 OR vorlag.

30. Wiederum musste das Bundesgericht die Frage nicht entscheiden, weil es die Anwendbarkeit von Art. 197 OR verneinte. Doch dürfte (wie beim Präjudiz C.294/1986 vom 10. Dezember 1986) eine absichtliche Täuschung vorgelegen haben, wusste der Verkäufer doch um den Mangel und teilte er ihn offenbar dem Käufer nicht mit, obwohl eine entsprechende Aufklärungspflicht wohl zu bejahen ist. Zwar findet diese Aufklärungspflicht des Verkäufers seine Schranke in der Untersuchungspflicht des Käufers, die mindestens bei grösseren Unternehmenskäufen nach der Verkehrssitte bzw. Handelsusanz anzunehmen ist. Doch erstreckt sich diese Untersuchungspflicht des Käufers nach der Verkehrssitte bzw. Handelsusanz kaum auf die Prüfung der Materialien in der Decke der vom Unternehmen gemieteten Räumlichkeiten[29].

c. Mängelrechte?

31. Aufgrund der wiedergegebenen spärlichen Fakten kann schlecht beurteilt werden, ob dem Käufer der Rechtsbehelf der Minderung oder des Schadenersatzes zur Verfügung gestanden wäre. Wiederum musste die Frage vom Bundesgericht nicht entschieden werden.

32. Angesichts der Tatsache, dass dem Mieter bei schwerwiegenden Mängeln der Mietsache z.T. unverzichtbare Ansprüche gegen den Vermieter zustehen[30], ist es zweifelhaft, ob das Unternehmen einen Minderwert aufwies bzw. ob der Käufer infolge des Mangels einen Schaden erlitt.

33. So oder so bleibt offen, warum im vom Bundesgericht beurteilten Fall der Käufer sich nicht an den Vermieter hielt, sondern den Verkäufer haftbar zu machen versuchte[31].

d. Berufung auf Sachgewährleistung und absichtliche Täuschung?

34. In Bezug auf die absichtliche Täuschung bestätigt das Bundesgericht im besprochenen Entscheid seine Rechtsprechung, wonach die Geltendmachung von kaufrechtlichen Sachgewährleistungsrechten als Genehmigung des Vertrages gilt und eine Berufung auf absichtliche Täuschung ausschliesst[32].

35. Diese Meinung ist nicht falsch, doch muss es dem Käufer möglich sein, im Hauptstandpunkt absichtliche Täuschung und im Eventualstandpunkt Sachgewährleistung, z.B. Minderung, geltend zu machen[33]. In diesem Fall übt der Käufer die entsprechenden Rechte, die zum Teil als Gestaltungsrechte qualifiziert werden[34], unter der Bedingung aus, dass der Richter den Hauptstandpunkt verwirft[35].

e. Berufung auf Art. 41 und 97 OR

36. Das Bundesgericht hat im beurteilten Fall einen Schaden verneint und damit dem Käufer bzw. A. die Berufung auf Art. 41 und 97 OR verwehrt.

37. Angesichts der zu spärlichen Fakten ist eine Beurteilung nicht möglich, ob tatsächlich ein Schaden vorlag oder nicht. Immerhin kann entgegen dem Bundesgericht keine Rolle spielen, ob die Sanierung

27 *Vischer* [zit. Fn 17], 231 f.; siehe auch *Amstutz* [zit. Fn 3], 1110; *Peter Böckli* [zit. Fn 17], 65 f.; BK-*Giger,* Art. 197 OR N 84.

28 Gl.M. wohl *Tercier* [zit. Fn 12], 303.

29 Zum Ganzen im Allgemeinen *Vischer* [zit. Fn 17], 231 ff.

30 Art. 258 OR bzw. Art. 259a ff. OR.

31 Siehe auch *Tercier* [zit. Fn 12], 303 mit der gleichen Fragestellung.

32 Siehe schon BGE 127 III 85 f. mit weiteren Verweisen.

33 BGE 108 II 104.

34 BGE 108 II 104; siehe auch *Bettina Hürlimann-Kaup,* Art. 28 OR und kaufrechtliche Sachgewährleistung bei absichtlicher Täuschung des Käufers, ZBJV 2002, Fn 41; zur umstrittenen Rechtsnatur der Wandelung und der Minderung z.B. OR-*Honsell,* Art. 205 OR N 1.

35 Siehe zu den bedingten Gestaltungsgeschäften z.B. auch *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* [zit. Fn 4], N 4117.

bereits durchgeführt worden ist oder nicht. Mit anderen Worten setzt die Geltendmachung von Schadenersatz (und auch eines Minderwerts im Rahmen der Minderung) nicht voraus, dass der Mangel schon behoben wurde. Immerhin mögen aber die Mängelbehebungskosten nach durchgeführter Mängelbehebung (wie beim Präjudiz C.294/1986 vom 10. Dezember 1986) eine brauchbare Faustregel zur Ermittlung des Schadens (bzw. des Minderwerts) bilden[36].

IV. Fazit

38. Der (dem asset deal zugrundeliegende) Unternehmensübernahmevertrag ist entgegen dem Bundesgericht nicht als Vertrag sui generis, sondern (wenn die Gegenleistung in Geld besteht) als Fahrniskaufvertrag zu qualifizieren. Gleiches gilt für den dem share deal zugrundeliegenden Vertrag.

39. Auf den (dem asset oder dem share deal zugrundeliegenden) Unternehmenskaufvertrag sind einheitlich die Sachgewährleistungsregeln von Art. 197 ff. OR (und die Rechtsgewährleistungsregeln von Art. 192 ff. OR) anwendbar. Dies gilt auch dann, wenn eine Forderung, welche Teil des verkauften Unternehmens bildet, von einem Mangel betroffen ist. Auch in diesem Fall kommen Art. 197 ff. OR und nicht Art. 171–173 OR zur Anwendung. Gleiches gilt, wenn ein Mietvertrag, welcher Teil des verkauften Unternehmens bildet, von einem Mangel betroffen ist.

40. Eine Fülle weiterer dogmatisch interessanter Fragen wie die Frage, was bei fehlenden Zusicherungen Unternehmensmängel sind und ob es bei einem share deal bei fehlenden Zusicherungen überhaupt Unternehmensmängel gibt, musste vom Bundesgericht im besprochenen Entscheid nicht entschieden werden. Entsprechend harren diese Fragen weiter einer höchstrichterlichen Behandlung.

[36] Dazu z.B. auch *Vischer* [zit. Fn 17], 363 und 365.