Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf

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

I. Einleitung

A. Bundesgerichtlicher Entscheid im Papageienfall

Kürzlich hat das Bundesgericht in einem viel beachteten Entscheid aufgrund einer grammatikalischen, historischen und systematischen Auslegung entschieden, es komme bei der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR auf die Nähe bzw. Intensität des Kausalzusammenhangs zwischen der Schadensursache und dem eingetretenen Schaden an, weshalb Mangelfolgeschaden u. U. ebenfalls unmittelbarer Schaden sein könne[1]. In diesem Fall ging es um den Schaden eines Käufers, den dieser dadurch erlitten hatte, dass die von ihm gekauften sechs Papageien und die von diesen angesteckten eigenen Vögel an einer Krankheit starben.

B. Kritik am bundesgerichtlichen Entscheid im Papageienfall

Dieser Entscheid wurde von diversen Autoren zu Recht kritisiert: Nach diesen Autoren ist Mangelfolgeschaden (im Papageienfall u. a. die Kosten der Wiederbeschaffung von den eigenen toten Vögeln entsprechenden Vögeln) immer mittelbarer Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR[2].

Unmittelbarer Schaden ist dagegen nach richtiger Ansicht neben den mit der Wandelung verbundenen Kosten, wofür Art. 208 Abs. 2 OR mit den Prozesskosten ein Beispiel nennt, und den Verwendungen, welche in Art. 208 Abs. 2 OR ebenfalls genannt werden[3], nur der Schaden am Kaufobjekt selbst, d. h. die Kosten für die Wiederbeschaffung oder Reparatur der mangelhaften Sache[4], welcher Schaden allerdings bei der Wandelung infolge der Rückgabe der mangelhaften Sache irrelevant und entsprechend dem Käufer nicht zu ersetzen ist[5].

Ausgehend von einem kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid analysiert der Autor den Begriff des Verschuldens im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht; der Focus liegt auf dem Unternehmenskauf. Er untersucht die Zulässigkeit der Wahl eines einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelfs bei Mängeln im Unternehmenskauf und zeigt auf, dass sich die Parteien bei der Wahl von Schadenersatz als Modifikation der Gewährleistungsregeln Klarheit über die Rolle des Verschuldens verschaffen sollten. Es wird namentlich empfohlen, die Schadenersatzregelung verschuldensunabhängig auszugestalten. Zi.

En partant d'une décision récente du Tribunal fédéral, l'auteur analyse la notion de faute en matière de garantie pour les défauts dans la vente, en particulier dans la vente d'une entreprise. Il examine la validité du choix d'un moyen de droit unique en cas de défaut de l'entreprise vendue. Il montre ainsi que si les parties modifient les règles sur la garantie pour les défauts au profit d'une unique action en dommages-intérêts, elles devraient définir clairement le rôle de la faute. Il recommande en particulier de concevoir les dispositions relatives aux dommages-intérêts de manière à ce que ceux-ci soient indépendants de toute faute. P.P.

[1] BGE 133 III 257: Papageienfall.

[2] Z. B. *Christoph Brunner/Markus Vischer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007, «unpublizierte« und «publizierte» Entscheide, Jusletter 13.10.2008, N 13 ff.; *Alfred Koller*, Der Papageienfall, Ein alternativer Lösungsverschlag zu BGE 133 III 257, in: Leistungsstörungen, Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, herausgegeben von Alfred Koller, St. Gallen 2008, 1 ff.; *Thomas Coendet*, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht *2008* 15 ff.; *Heinrich Honsell*, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – Papageienfall des Bundesgerichts, recht *2007* 154 ff.; *Roland Keller*, Abgrenzung unmittelbarer und mittelbarer Schaden nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR, AJP *2007* 780 ff.

[3] Zu den mit der Wandelung verbundenen Kosten, insbesondere den Prozesskosten, und den Verwendungen z. B. *Koller* (Fn. 2) 6 f.; *Honsell* (Fn. 2) 155 f.; *Max Keller/Kurt Siehr*, Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 90 i.V. 64; s. auch *Bernd Hauck*, Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und schweizerischen Rechts, Basel 2006, 163 ff. m.N.

[4] Z. B. *Brunner/Vischer* (Fn. 2) N 18 f.; *Honsell* (Fn. 2) 155.

[5] *Honsell* (Fn. 2) 156.

C. Bedeutung des Verschuldens im Rahmen von Art. 208 OR

Die Abgrenzung von unmittelbarem Schaden und mittelbarem Schaden ist deshalb so bedeutsam, weil der Ersatz des unmittelbaren Schadens verschuldensunabhängig, der Ersatz des mittelbaren Schadens dagegen nur bei Verschulden des Verkäufers erfolgt[6].

Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden wirft die (vom Bundesgericht im Papageienfall nicht diskutierte) Frage auf, was denn im Rahmen von Art. 208 Abs. 3 OR ein Verschulden des Verkäufers an einem Mangel darstellt.

D. Bedeutung des Verschuldens über Art. 208 OR hinaus

Die Frage hat Bedeutung über den Fall der Wandelung hinaus. Denn die Bestimmungen von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR sollen nach der herrschenden Lehre nicht nur zur Anwendung kommen, wenn der Käufer Wandelung verlangt, sondern (analog) auch dann, wenn er Minderung nach Art. 205 OR oder Nachlieferung nach Art. 206 OR oder eine vertraglich vereinbarte Nachbesserung verlangt, oder wenn der Richter nach Art. 205 Abs. 2 OR statt auf Wandelung auf Minderung erkennt[7].

Das Bundesgericht lehnt allerdings eine analoge Anwendung bei den genannten anderen Rechtsbehelfen ab und befürwortet stattdessen an Stelle des Schadenersatzanspruchs nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR[8].

Die entsprechende Kontroverse führt bezüglich Minderung, abgesehen von den mit der Minderung verbundenen Kosten und den Verwendungen[9], nur dann zu einem anderen Resultat, wenn man den Minderwert nicht mit der absoluten Berechnungsmethode oder mit der relativen Berechnungsmethode unter Gleichsetzung des Wertes des Kaufobjekts und des Kaufpreises berechnet[10]. Denn berechnet man den Minderwert derart, entspricht der (verschuldensunabhängig geschuldete) Minderwert dem unmittelbaren Schaden, und anderer Schaden, ob nach Art. 208 Abs. 3 OR oder Art. 97 OR, ist (wiederum abgesehen von den mit der Minderung verbundenen Kosten und den Verwendungen) nur bei Verschulden des Verkäufers geschuldet[11].

Die Frage nach der Definition des Verschuldens stellt sich auch im Rechtsgewährleistungsrecht im engeren Sinn, d. h. dem Rechtsgewährleistungsrecht gemäss Art. 192 ff. OR, im Rahmen von Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 OR. Denn auch da wird zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden unterschieden und statuiert, dass ein Ersatz des unmittelbaren Schadens verschuldensunabhängig, der Ersatz des mittelbaren Schadens dagegen nur bei Verschulden des Verkäufers erfolgt. Im engeren Sinn wird das Rechtsgewährleistungsrecht gemäss Art. 192 ff. OR deshalb genannt, weil der Käufer bei einem Rechtsmangel (bei gegebenen weiteren Voraussetzungen) die Wahl hat, alternativ nach den Regeln der Rechtsgewährleistung im engeren Sinn (Art. 192 ff. OR) oder nach den Regeln der Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) vorzugehen. Denn ein Rechtsmangel im Sinne von Art. 192 ff. OR ist immer auch ein Sachmangel im Sinne von Art. 197 ff. OR[12].

Der Frage nach der Definition des Verschuldens kommt auch im Gewährleistungsrecht im weiteren Sinn, d. h. der Gewährleistung gestützt auf Art. 97 ff. OR, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i. V. Art. 23 OR (Grundlagenirrtum), Art. 28 OR (absichtliche Täuschung), culpa in contrahendo, Art. 41 ff. OR (unerlaubte Handlung), Art. 111 OR (selbständige Garantie), usw. eine wichtige Rolle zu, weil auch bei diesen Rechtsbehelfen Schadenersatz nur bei Verschulden des Verkäufers geschuldet ist.

Umgekehrt spielt das Verschulden des Verkäufers ausserhalb der Bestimmungen von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR und Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 OR (mit Lückenfüllung des Bundesgerichts im Bereich des Schadenersatzrechts durch Art. 97 OR) innerhalb des Gewährleistungsrechts im engeren Sinn, d. h. dem Gewährleistungsrecht gemäss Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt im Bereich des

6 S. Art. 208 Abs. 2 und 3 OR.

7 Z. B. *Alfred Koller*, Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachmägelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung, AJP *2007* 1188; *Brunner/Vischer* (Fn. 2) 6; *Katja Bähler*, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungsrecht, Basel, Genf, München, 2005, 135 ff.; CR-CO I-*Venturi*, Art. 208 OR N 13.

8 Z. B. BGE 133 III 338 f.

9 Zu diesen Kosten bei der Wandelung vorstehend Ziff. I. B.

10 S. *Hauck* (Fn. 3) 168 ff. bezüglich absoluter Berechnungsmethode und relativer Berechnungsmethode unter Gleichsetzung des Wertes des Kaufobjekts und des Kaufpreises.

11 *Markus Vischer*, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ *2001* 364; ähnlich BSK-OR I-*Honsell*, Art. 208 OR N 7; *Theo Guhl/Alfred Koller*, in: Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 42 N 46 und 40.

12 *Markus Vischer*, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ *2005* 235; so jetzt auch *Corinne Zellweger-Gutknecht*, Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit als Anspruchgrundlage zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung, Bern 2007, N 243; a.M. herrschende Lehre, z. B. CR-CO I-*Venturi*, Intro art. 197–210 OR N 22.

Schadenersatzrechts gemäss dem Bundesgericht durch Art. 97 OR, auch kaufrechtliches Gewährleistungsrecht genannt, keine Rolle, weil die Sach- und Rechtsgewährleistung, abgesehen von den Durchbrechungen in diesen Bestimmungen, eine verschuldensunabhängige Erfolgs- bzw. Garantiehaftung ist[13].

E. Verschulden und Hilfspersonenhaftung

Dem Verschulden des Verkäufers gleichgestellt ist die Verantwortlichkeit des Verkäufers für Hilfspersonen nach Art. 101 OR.

II. Begriff des Verschuldens im Vertragsrecht im Allgemeinen

A. Fehlende Legaldefinition

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition des Verschuldens. Allgemein wird darunter ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten des Schädigers verstanden[14].

B. Verschulden als Vertrauensverletzung

An sich ist ein Verhalten nur schuldhaft, wenn es dem Schädiger persönlich zum Vorwurf gereicht, der Schädiger also in der gegebenen Situation hätte anders handeln sollen und auch können[15]. Verschulden ist damit an sich ein Willensfehler[16]. Infolge der Objektivierung des Verschuldensbegriffs[17] tritt aber im Vertragsrecht der Wille hinter das objektive erweckte Vertrauen zurück, sodass die Rechtsfolge nicht mehr dem Willen, sondern dem Verhalten folgt, das auf einen bestimmt gearteten Willen schliessen lässt[18].

C. Vertrauensverletzung als Verletzung von Verhaltenspflichten

Damit wird im Vertragsrecht ein Verhalten schuldhaft, das vom unter den Umständen aufgrund des Vertrauensprinzips erwarteten Durchschnittsverhalten abweicht[19], weil im Regelfall[20] ein Durchschnittsverhalten erwartet werden kann. Die subjektive Komponente des Verschuldens wird auf die Frage der Zurechnungs- bzw. Urteilsfähigkeit reduziert[21].

Das unter den Umständen erwartete Verhalten, im Regelfall das Durchschnittsverhalten, ist entsprechend stark vom Prinzip des Vertrauensschutzes diktiert.

Damit handelt objektiv schuldhaft, wer eine aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes fliessende (Verhaltens-) Pflicht verletzt[22].

D. Vorvertragliche und vertragliche Verhaltenspflichten

Diese (Verhaltens-)Pflichten sind, nimmt man den Kaufvertrag als Bezugspunkt, entweder vorvertragliche oder vertragliche Pflichten. Im Vordergrund stehen vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten und Schutzpflichten[23].

Vorvertragliche Pflichten entstehen vor allem aus Vorfeldvereinbarungen[24] (und sind dann Pflichten vertraglicher Natur, aber, nimmt man den Kaufvertrag als Bezugspunkt, eben doch vorvertragliche Pflichten) und aus culpa in contrahendo bzw. dem Vertrauensprinzip[25].

Vertragliche Pflichten entstehen (mit dem Abschluss des Kaufvertrags) dann, wenn die Gefahr ausnahmsweise nicht bei Vertragsabschluss übergeht, sondern später. Denn dann ist die Frage, ob (Sach-)Mängel[26] vorhanden sind oder nicht, nicht per

---

13 Z. B. BSK-OR I-*Honsell*, Vor Art. 192–210 OR N 1 und Vor Art. 197–210 OR N 1; s. schon vorstehend Ziff. I. D. bezüglich Minderung.

14 *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. A., Zürich 2008, N 2963.

15 *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. A., München 1987, 276.

16 BK-*Fellmann/Müller*, Art. 538 OR N 30.

17 Z. B. BK-*Weber*, Art. 99 OR N 35 ff.

18 *Hans Peter Walter*, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: Haftung aus Vertrag, herausgegeben von Alfred Koller, St. Gallen 1998, 60.

19 *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 14) N 2963.

20 Aber nicht immer, s. z. B. BK-*Fellmann*, Art. 398 OR N 490–492.

21 BK-*Weber*, Art. 99 OR N 31; s. auch BK-*Fellmann*, Art. 398 OR N 476, der vorschlägt, statt von Urteilsfähigkeit von Verschuldensfähigkeit zu sprechen.

22 S. auch *Coendet* (Fn. 2) 24, wonach die Haftung von Art. 208 Abs. 3 OR im Unterschied zur Haftung nach Art. 208 Abs. 2 OR «am Leistungsverhalten des Schuldners» anknüpft und entsteht, «wenn individuelles Vertrauen gewährt und in Anspruch genommen wird».

23 Z. B. *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 14) N 957 ff und N 961 f. bezüglich vorvertraglichen Pflichten, N 2643 ff. bezüglich vertraglichen Pflichten; s. auch *Stephan Hartmann*, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg 2001, 3 ff., und *André Wahrensberger*, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Zürich 1992, 15 ff. zu den vorvertraglichen Aufklärungspflichten und *Petra Ginter*, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Zürich/Basel/Genf 2005, 125 ff. zu den vertraglichen Verhaltenspflichten.

24 Zu Vorfeldvereinbarung im Allgemeinen z. B. *Markus Vischer*, Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ *2000* 230.

25 BGE 125 III 89 m.w.N.

26 Wobei Rechtsmängel immer auch Sachmängel sind, s. vorstehend Ziff. I. D.

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beantworten, sondern per späterem Zeitpunkt des Gefahrübergangs[27]. In diesen Fall kommen ab Vertragsabschluss zu den bis dann bestehenden vorvertraglichen Pflichten vertragliche Pflichten hinzu.

Die Verletzung der (aus culpa in contrahendo bzw. dem Vertrauensprinzip entstehenden) vorvertragliche Pflichten begründet bei gegebenen weiteren Voraussetzungen eine Haftung aus culpa in contrahendo[28] bzw. eine Vertrauenshaftung[29], die, bei gegebenen weiteren Voraussetzungen für eine Haftung aus Gewährleistung, konkurrierend neben dieser steht[30].

Die Verletzung der vertraglichen Pflichten begründet bei gegebenen weiteren Voraussetzungen eine vertragliche Haftung.

III. Begriff des Verschuldens im kaufrechtlichen Gewährleistungrecht im Allgemeinen

A. Verschulden primär als Kontrahierungsverschulden

Bucher vertritt die Auffassung, kaufrechtliche Mängel seien vom Verkäufer verschuldet, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag abschliesst, obwohl er wusste oder hätte wissen müssen, dass die Mängel bei Vertragsabschluss vorhanden waren[31]. Das Verschulden sei damit ein Kontrahierungsverschulden[32]. Ein auf das Kaufobjekt bezogenes Verschulden sei nur in den Fällen zu berücksichtigen, bei denen der Verkäufer die mangelhafte Sache erst nach Vertragsabschluss im Hinblick auf die Vertragserfüllung herstellt bzw. herstellen lässt[33].

Keller/Siehr vertreten demgegenüber die Auffassung, jedes auf das Kaufobjekt bezogene Verschulden, also jedes vorwerfbare Verhalten, welches Mängel am Kaufobjekt bewirke, wie etwa bei Nichtbeachtung der Regeln der Technik bei der Entwicklung und Fertigung, ungenügende Qualitätskontrollen, Produktebeobachtung, Gebrauchs- und Warenhinweise oder unsachgemässe Lagerung, begründe, gleich zu welcher Zeit es erfolge, ein Verschulden des Verkäufers[34].

Das Bundesgericht hat in BGE 107 II 167 E. 7b a.E. sinngemäss ausgeführt, dass ungenügender Unterhalt einer Liegenschaft lange vor dem Verkauf der Liegenschaft, der zu einem Mangel führte, kaufrechtlich per se kein Verschulden des Verkäufers am Mangel begründe, sondern nur dann ein Verschulden des Verkäufers am Mangel vorliegt, wenn der Verkäufer bei Vertragsabschluss um den Mangel wusste und ihn dem Käufer verschwieg. Nur am Rande sei erwähnt, dass das Bundesgericht in BGE 107 II 167 E. 7c inkonsequenterweise dann doch prüfte, ob der ungenügende Unterhalt grob fahrlässig war, was *Bucher* zu Recht kritisiert[35].

Damit liegt das Bundesgericht grundsätzlich auf der Linie von *Bucher*[36].

Bucher ist aber insoweit zu korrigieren, als ein auf das Kaufobjekt bezogenes Verschulden nicht nur relevant ist, wenn es nach Vertragsabschluss entsteht, sondern auch, wenn es vor Vertragsabschluss entsteht, soweit es eine Verletzung einer vorvertraglichen Schutzpflicht darstellt oder in der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht liegt. Insoweit ist *Keller/Siehr* Recht zu geben.

---

[27] *Markus Vischer*, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 26.7.2004, N 16; bezüglich Rechtsmängel ist bei einem Vorgehen nach Art. 192 ff. OR gemäss Art. 192 Abs. 1 OR allerdings der Zeitpunkt des Vertragsabschluss massgeblich, s. auch *Vischer* (Fn. 12) 235.

[28] Z. B. *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 14) N 962a ff.

[29] Z. B. *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 14) N 982a ff.

[30] *Christoph Hehli*, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, Unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus culpa in contrahendo, Zürich 2008, N 447 ff.; *Gilles Benedick/Markus Vischer*, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 4.9.2006, N 56 ff.; *Vischer* (Fn. 24) 234; *Wahrenberger* (Fn. 23) 137 f.; a.M. die herrschende Meinung, z. B. *Oliver Blum*, Rechtliche Bedeutung der Due Diligence, in Mergers & Acquisitions VIII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2006, 194 f.; *Hartmann* (Fn. 23) N 333 ff.; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 178 ff. m.N.

[31] *Eugen Bucher,* Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 103; gl.M. *Alfred Koller,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. A., Bern 2009, § 47 N 27; *Claire Huguenin,* Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2008, N 359; BSK-OR I-*Honsell;* Vor Art. 197-210 OR N 6; BK-*Giger,* Art. 208 OR N 48 ff.

[32] *Bucher* (Fn. 31) 103; siehe auch *Koller* (Fn. 31) § 47 N 27, der die Nähe des Kontrahierungsverschuldens zum sogenannten Übernahmeverschulden aufzeigt. In Tat und Wahrheit ist es wahrscheinlich so, dass das Kontrahierungsverschulden nichts anderes als ein Übernahmeverschulden ist.

[33] *Bucher* (Fn. 31) 104.

[34] *Keller/Kurt Siehr* (Fn. 3) 91; gl.M. wohl *Rolf Doerig*, Ersatz sogenannter «Mangelfolgeschäden» aus Kaufvertrag (Art. 208 OR), Zürich 1985, 160 ff.

[35] *Bucher* (Fn. 31) 106.

[36] S. auch BGE 82 II 141, wo das Bundesgericht bei der Zusprechung von Schadenersatz nach Art. 97 OR das Verschulden des Verkäufers darin sah, dass dieser vielleicht nicht tatsächlich wusste, aber hätte wissen müssen, dass das Kaufobjekt mangelhaft war.

Bucher ist zudem auch insoweit zu korrigieren, als eine Aufklärungspflicht nicht nur in Bezug auf Mängel besteht, von denen der Verkäufer wusste oder hätte wissen müssen, dass die Mängel bei Vertragsabschluss vorhanden waren, sondern auch in Bezug auf Mängel, von denen er wusste oder hätte wissen müssen, dass sie nicht bei Vertragsabschluss vorhanden sind, aber im Zeitpunkt des Gefahrübergangs am Kaufobjekt[37] vorhanden sein werden.

Objektiv schuldhaft im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR und Art. 195 Abs. 2 OR bzw. Art. 97 Abs. 1 OR handelt damit der Verkäufer dann, wenn er eine vorvertragliche oder vertragliche Aufklärungspflicht oder Schutzpflicht verletzt. Subjektiv schuldhaft handelt er dann, wenn er zurechnungs- bzw. urteilsfähig ist.

Im Resultat führt das (im Regelfall des Gefahrübergangs bei Vertragsabschluss[38]) dazu, dass bei der Beantwortung der Frage, ob ein Verschulden nach Art. 208 Abs. 3 OR, Art. 195 Abs. 2 OR oder Art. 97 Abs. 1 OR vorliegt, etwas paradoxerweise nicht auf das Verhalten nach Vertragsabschluss, sondern auf das Verhalten des Verkäufers vor bzw. bei Vertragsabschluss abzustellen ist[39].

Gleich verhält sich es sich beim Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 OR, der nachträglichen unverschuldeten Unmöglichkeit (beim Regelfall des Übergangs von Nutzen und Gefahr mit Vertragsabschluss): Ein Verschulden kann entweder darin liegen, dass der Schuldner nach Vertragsabschluss die Unmöglichkeit selber zu vertreten hat, oder aber, dass er bei Vertragsabschluss um die später eintretende Unmöglichkeit weiss oder hätte wissen müssen[40].

Das (massgebliche) Abstellen auf ein Verschulden vor oder bei Vertragsabschluss für eine vertragliche Haftung mag logisch nicht völlig befriedigen, gerade was zu ersetzende Schäden betrifft, die nicht dem negativen Interesse[41] zuzuordnen sind[42], was entgegen einer verbreiteten Lehrmeinung selbst bei der Entwehrung und der Wandelung der Fall sein kann[43]. De lege lata ist dies aber so, weil der Gesetzgeber auch im Gewährleistungsrecht im engeren Sinn im Bereich des Schadenersatzrechts für den mittelbaren Schaden am Verschuldensprinzip festgehalten hat[44].

B. Verschulden im Papageienfall

Im eingangs erwähnten Papageienfall musste das Bundesgericht nicht entscheiden, ob den Verkäufer ein Verschulden am Mangel (d. h. der Krankheit der bewussten sechs Papageien) traf oder nicht. Dies lässt sich aufgrund des im Bundesgerichtsentscheid gekürzt dargestellen Sachverhalts auch nicht abschliessend beurteilen. Es scheint, dass den Verkäufer kein Verschulden traf. Denn grundsätzlich gibt es im Kaufrecht keine allgemeine vorvertragliche Pflicht des Verkäufers zur Untersuchung des Kaufobjekts[45]. Besondere Umstände, die eine Untersuchung nahe gelegt hätten, scheinen nicht vorgelegen zu haben. Es war im Gegenteil so, dass der Verkäufer die von ihm selbst von einem Dritten ge-

[37] Falls dieser Zeitpunkt später ist, s. vorstehend Ziff. II. D.

[38] S. vorstehend Ziff. II. D.

[39] *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Erste Lieferung, 3. A., Zürich 1974, 192 f.

[40] *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 14) N 2534 f.; BGE 111 II 354; zur Abgrenzung von Gefahrregeln und Sachgewährleistungsregeln z. B. *Vischer* (Fn. 27) N 16.

[41] Zum Begriff z. B. *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 14) N 2899, die auch darauf hinweisen, dass das negative Interesse auch Vertrauensschaden genannt wird.

[42] So *Corinne Zellweger-Gutknecht*, Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung, ZBJV *2007* 771, unter Berufung auf *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos, in: Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Eugen Bucher, Claus-Wilhelm Canaris, Heinrich Honsell, Thomas Koller, Bern, München, 2005, 238, der das Problem (für das deutsche Recht) gerade aber bezüglich Mängelhaftung nicht sieht, wie *Zellweger-Gutknecht* selbst zugesteht.

[43] Z. B. *Keller/Siehr* (Fn. 3) 64 m. N.; a.M. z. B. ZK-*Schönle/Higi*, Art. 195 OR N 90 ff., wonach der weitere Schaden im Sinne von Art. 195 Abs. 2 OR (und Art. 208 Abs. 3 OR) nie mehr als weitere Elemente des negativen Interesses sein kann.

[44] S. auch *Zellweger-Gutknecht* (Fn. 12) 251 ff. mit dem Postulat des konsequenten Ablösens des Zuordnungskriteriums des Verschuldens durch das Zuordnungskriterium der Risikoverantwortlichkeit im Gewährleistungsrecht im engeren Sinn.

[45] *Vischer* (Fn. 24) 232; BK-*Giger*, Art. 208 OR N 49 ff.; a.M. *Bucher* (Fn. 31) 104; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 386 f. m.N.; s. auch (zu weitgehend) das Bundesgericht in BGE 121 IV 15 ff. (Hebebühnefall), wo das Bundesgericht im Bereich des Strafrechts eine Untersuchungspflicht des Verkäufers bejahte, in JDT *1986* I 571 (Klappstuhlfall), wo das Bundesgericht im Bereich des Haftpflichtrechts eine Untersuchungspflicht des verkaufenden Importeurs bejahte, und in BGE 82 II 141 (Hydraulische Pressen-Fall), wo das Bundesgericht in Abwesenheit besonderer Umstände im Bereich des Kaufrechts eine Untersuchungspflicht des verkaufenden Zwischenhändlers im Werk des Herstellers bejahte; siehe auch BGE 110 II 463 f. (Schachtrahmenfall), wo das Bundesgericht im Bereich des Haftpflichtrechts neben einer Pflicht zu einer zweckmässigen Arbeitsorganisation (so schon BGE 90 II 90 im Thermostatfall) eine Pflicht des Herstellers zu einer Endkontrolle der hergestellten und anschliessend verkauften Produkte bejahte.

kauften bewussten sechs Papageien vor dem Verkauf in Quarantäne setzte und er deshalb nicht mit einer Krankheit im Zeitpunkt des (Weiter-)Verkaufs rechnen musste[46]. Entsprechend wusste der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht um den Mangel und musste auch nicht um ihn wissen, weshalb er grundsätzlich keine Aufklärungspflicht verletzt hat. Auch die Verletzung einer anderen vorvertraglichen Pflicht, d. h. insbesondere einer Schutzpflicht, ist nicht erkennbar, hat der Verkäufer die bewussten sechs Papageien doch in Quarantäne gesetzt[47].

IV. Begriff des Verschuldens im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf

A. Gesetzliche Regelung

a) Einheitliche Anwendung von Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR

Vorausgeschickt sei, dass der Unternehmenskaufvertrag sowohl beim share deal[48] als auch beim asset deal[49] in der Tat ein Kaufvertrag ist und sich die Gewährleistung im engeren Sinn[50] sowohl beim share deal wie auch beim asset deal einheitlich nach Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt im Bereich des Schadenersatzrechts gemäss dem Bundesgericht durch Art. 97 OR, richtet[51]. Das gilt auch für das Verpflichtungsgeschäft bei gemäss FusG durchgeführten Unternehmenskäufen[52], selbst wenn man die entsprechenden Verträge, d. h. insbesondere den Vermögensübertragungsvertrag, nach der heute wohl herrschenden Lehre als reinen Verfügungsvertrag qualifiziert[53]. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre vertreten beim («traditionell», also nicht nach FusG, durchgeführten) asset deal eine andere Auffassung. Nach dieser Auffassung ist der entsprechende Vertrag ein Innominatkontrakt und kommen u. U. die Gewährleistungsregeln bei der Zession bzw. dem Grundstückkauf zur Anwendung[54].

b) Unternehmen als Kaufobjekt des Unternehmenskaufvertrags

Vorausgeschickt sei weiter, dass das Kaufobjekt beim Unternehmenskauf (soweit das Verpflichtungsgeschäft betroffen ist) nach der mittlerweise herrschenden Lehre sowohl beim asset deal als auch beim share deal (ob «traditionell» oder gemäss FusG durchgeführt) das Unternehmen selbst ist, beim share deal mindestens dann, wenn der Parteiwille auf den Verkauf-/Kauf der Kontrolle des Unternehmens gerichtet ist[55]. Etwas anderes gilt bezüglich Verfügungsgeschäft, das natürlich beim asset deal und share deal verschieden ist. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre vertreten beim share deal eine andere Auffassung. Nach dieser Auffassung bilden (auch beim Verpflichtungsgeschäft) die Anteile, über welche das Unternehmen verkauft wird, das Kaufobjekt. Immerhin wird das Unternehmen insoweit selbst als Kaufobjekt betrachtet, als dass betreffend das Unternehmen selbst Zusicherungen abgegeben werden können[56].

c) Verschulden des Verkäufers bei Verletzung von Aufklärungs- und Schutzpflichten

Enthält der Unternehmenskaufvertrag bezüglich des Verschuldens beim Rechtsbehelf des Schadenersatzes keine Regelung, gilt die allgemeine Regel, wonach der Verkäufer objektiv schuldhaft im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR und Art. 195 Abs. 2 OR bzw.

[46] Ganz abgesehen davon, dass unklar zu sein scheint, ob man die Krankheit mit einer (veterinärärztlichen) Untersuchung überhaupt hätte entdecken können.

[47] Gl.M. *Honsell* (Fn. 2) 158 m.w.N.

[48] Zum Begriff z. B. *Hauck* (Fn. 3) 29.

[49] Zum Begriff z. B. *Hauck* (Fn. 3) 15.

[50] S. vorstehend Ziff. I.D.

[51] Z. B. CHK-M. *Müller-Chen*, Art. 197 OR N 6; *Benedick/Vischer* (Fn. 30) N 4; *Vischer* (Fn. 12) 234 m.w.N.; *Urs Schenker*, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Mergers & Acquisitions VII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2005, 247 f.; *Markus Vischer*, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ *2004* 109; *Markus Vischer*, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheid des Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A., Kläger und Beschwerdeführer, gegen B. AG , Beklagte und Beschwerdegegnerin), SZW *2003* 338 m.w.N.

[52] Z. B. *Benedick/Vischer* (Fn. 30) N 4; *Vischer* (Fn. 24) 234; *Markus Vischer*, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Betrag zur Vermögensübertragung, in: Mergers & Acquisitions VII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2005, 218; *Vischer* (Fn. 51) SJZ *2004* 109.

[53] So insbesondere *Christoph Hurni*, Kreditsicherheiten im Handelsregister, Reprax 2/3 *2008* 127 f. m.w.N., insbesondere auch auf *Christoph Hurni*, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich 2008, 187 ff.; a.M. *Vischer* (Fn. 52) 216 f.; *Vischer* (Fn. 51) SJZ *2004* 105 m.w.N.

[54] Z. B. *Vischer* (Fn. 12) 234 m.N.; *Vischer* (Fn. 51) SZW *2003* 338 m.N.; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 49 ff., 145 ff. m.N.

[55] Z. B. *Blum* (Fn. 30) 187 f.; *Vischer* (Fn. 12) 233; *Schenker* (Fn. 51) 251 f.; *Vischer* (Fn. 51) SZW *2003* 337 f.; *Peter Böckli*, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers & Acquisitions, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 1998, 62 ff.; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 148, 498 ff. m.N.; s. auch Kantonsgericht Wallis, in: ZWR *1999* 295.

[56] Z. B. *Vischer* (Fn. 12) 234 m.N.

Art. 97 Abs. 1 OR handelt, wenn er eine vorvertragliche oder vertragliche Aufklärungspflicht oder Schutzpflicht verletzt. Subjektiv schuldhaft handelt er dann, wenn er zurechnungs- bzw. urteilsfähig ist.

d) Tragweite der Aufklärungs- und Untersuchungspflicht des Verkäufers

Es gibt im Kaufrecht und damit auch im Unternehmenskaufrecht, keine allgemeine vorvertragliche Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung. Weiss der Verkäufer aber um wesentliche Mängel des Kaufobjekts (und der Käufer nicht), so hat er den Käufer darüber aufzuklären[57].

Eine der Aufklärungspflicht vorangehende allgemeine Pflicht des Verkäufers zur Untersuchung des Kaufobjekts gibt es wie ausgeführt nicht[58]. Dies gilt auch dann, wenn das Kaufobjekt ein Unternehmen ist. Eine vorvertragliche Pflicht zur Untersuchung des Unternehmens, also die Pflicht zur Durchführung einer vendor's due diligence[59], ist nur unter besonderen Umständen zu bejahen[60].

Parallel dazu verhält es sich mit den vertraglichen Pflichten zur Aufklärung und zu einer vorangehenden Untersuchung[61].

Klärt der Verkäufer allerdings auf, sei es auf eigenen Antrieb oder auf Anfrage des Käufers, gilt eine absolute Wahrheitspflicht, auch was die Vollständigkeit der Angaben angeht. Geht es anschliessend um Mängel, so liegt bei der Verletzung dieser Wahrheitspflicht durch den Verkäufer nicht nur ein im Rahmen von Art. 192 Abs. 2 und Art. 208 Abs. 3 OR bzw. Art. 97 OR relevantes Verschulden, sondern auch eine absichtliche Täuschung des Verkäufers mit Relevanz z. B. im Rahmen von 192 Abs. 3, 199, 203 und 210 Abs. 3 OR vor.

e) Grenzen der Aufklärungs- und Untersuchungspflicht des Verkäufers

Die vorvertraglichen und vertraglichen Pflichten des Verkäufers zur Aufklärung und zu einer vorangehenden Untersuchung des Kaufobjekts finden in analoger Anwendung des in Art. 192 Abs. 2 OR und Art. 200 OR ausdifferenzierten Grundsatzes caveat emptor je nach Art der Mängel bzw. nach Vorgehensart (Mängel bezüglich zugesicherten Eigenschaften oder Mängel bezüglich vorausgesetzten Eigenschaften; Rechtsmängel oder Sachmängel bzw. Vorgehen nach Art. 192 ff. OR oder Art. 197 ff. OR[62]) ihre Schranke in Bezug auf Tatsachen, die der Käufer[63] weiss und/oder um die er hätte wissen müssen, es sei denn, es liege eine absichtliche Täuschung des Verkäufers vor[64].

f) Untersuchungspflicht des Käufers?

Diesbezüglich hat man sich zu vergegenwärtigen, dass den Käufer bei grösseren Unternehmenskäufen infolge einer Verkehrssitte in Bezug auf elementare Eigenschaften des Unternehmens (wie uneingeschränktes Eigentum des Verkäufers an den Aktien bzw. Stammanteilen beim share deal, rechtliche Existenz des Unternehmens, grundsätzliche Ordnungsmässigkeit der Bilanzen, grundsätzliche Rechtseinhaltung und grundsätzliche betriebsrelevante Eigenschaften) eine Pflicht zur vorvertraglichen Untersuchung des Kaufobjekts, d. h. zu einer purchaser's due diligence[65], trifft, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, also z. B. der Verkäufer keine Untersuchung zulässt[66] oder die Parteien eine post signing due diligence[67] vereinbaren.

Das ist aber nur bezüglich grösserer Unternehmenskäufe und nur in Bezug auf elementare Eigenschaften des Unternehmens der Fall. Bezüglich der kleineren Unternehmenskäufe kann angesichts der sehr unterschiedlichen

[57] BGE 4C.16/2005, E.1.1, zusammengefasst und kurz kommentiert in *Christoph Brunner/Markus Vischer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 19. Juni 2006, N 21 ff.; BGE 4C.26/2000, E.2a/bb, zusammengefasst in *Angela Geisselhardt*, Das Kaufvertragsrecht in den «unpublizierten Entscheiden» des Bundesgerichts (2000–2003), Jusletter vom 18.10.2004, N 65 f.; *Daniel Hänni*, Due Diligence im Spannungsverhältnis, Rechtliche Aspekte der Informationsversorgung bei Käufen von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht, Masterarbeit Bern 2008, 21; *Blum* (Fn. 30) 193 f.; *Vischer* (Fn. 24) 231 f.; wohl auch *Böckli* (Fn. 55) 78 f.

[58] S. vorstehend Ziff. III. B.

[59] Zum Begriff z. B. *Vischer* (Fn. 24) 229; zur Verbreitung einer solchen in der Praxis z. B. *Blum* (Fn. 30) 181 f.

[60] *Vischer* (Fn. 24) 232 f.; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 386 ff. m.N.

[61] *Vischer* (Fn. 24) 231.

[62] Zur entsprechenden Wahlmöglichkeit bei Rechtsmängeln s. vorstehend Ziff. I. D.

[63] Und dessen Hilfspersonen, *Schenker* (Fn. 51) 254; zur Zurechnung der Hilfspersonen des Verkäufers zum Verkäufer im Allgemeinen s. vorstehend Ziff. I.E.

[64] *Vischer* (Fn. 24) 233; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 393 i.V. 386 ff. m.N.

[65] Zum Begriff im Allgemeinen z. B. *Vischer* (Fn. 24) 229.

[66] S. z. B. *Hänni* (Fn. 57) 1 ff., 24 ff., zu den Rechten und Pflichten des Verwaltungsrats einer AG bezüglich Zulassung einer purchaser's due diligence, insbesondere auch bei einer kotierten AG.

[67] Zum Begriff im Allgemeinen z. B. *Vischer* (Fn. 24) 229.

Verhältnisse in der Praxis kein Kernbestand an Untersuchungspflichten und damit keine Verkehrssitte bezüglich Durchführung einer purchaser's due diligence ausgemacht werden[68]. Es bleibt diesbezüglich, ausser bei Vorliegen besonderer Umstände (z. B. bei Vorliegen besonderer Verdachtsmomente), bei der Regelung in Art. 201 OR, wonach das Kaufobjekt durch den Käufer erst nach dessen Ablieferung zu untersuchen ist.

Die Frage nach dem Vorliegen einer kaufrechtlichen Untersuchungspflicht des Käufers darf nicht verwechselt werden mit der Frage, ob die Organe des Käufers im Innenverhältnis, z. B. aufgrund von Art. 717 Abs. 1 OR, verpflichtet sind, eine due diligence durchzuführen oder nicht[69].

g) Rekapitulation

Zur Rekapitulation: Besteht keine vorvertragliche oder vertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers, z. B. weil der Käufer um den Mangel weiss und keine absichtliche Täuschung des Verkäufers vorliegt[70], so liegt (diesbezüglich) kein Verschulden des Verkäufers i.S. von Art. 208 Abs. 3 OR, Art. 195 Abs. 2 OR oder Art. 97 Abs. 1 OR vor[71].

B. Vertragliche Regelungen

a) Einheitlicher vertraglicher Rechtsbehelf

Vorausgeschickt sei, dass die Parteien im Unternehmenskaufvertrag üblicherweise (mittels einer impliziten oder sogar expliziten sogenannten sole-remedy-Klausel) einen einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf bei Mängeln vorsehen[72]. Der Grund liegt in den zahlreichen Kontroversen im Zusammenhang mit der Gewährleistung im engeren Sinn, d. h. der Gewährleistung gestützt auf Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt im Bereich des Schadenersatzrechts gemäss dem Bundesgericht durch Art. 97 OR, aber auch im Zusammenhang mit der Gewährleistung im weiteren Sinn, d. h. der Gewährleistung gestützt auf Art. 97 ff. OR, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. Art. 23 OR (Grundlagenirrtum), Art. 28 OR (absichtliche Täuschung), culpa in contrahendo[73], Art. 41 ff. OR (unerlaubte Handlung), Art. 111 OR (selbständige Garantie), usw.[74], insbesondere auch was das Verhältnis der entsprechenden Rechtsbehelfe anbetrifft[75].

b) Zulässigkeit des einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelfs

Inwieweit ein einheitlicher vertraglicher Rechtsbehelf zulässig ist, hängt von den Gewährleistungsregeln im weiteren Sinn ab, die modifiziert werden sollen.

Grundsätzlich bewegt man sich im Bereich des Gewährleistungsrechts im weiteren Sinn im Bereich des dispositiven Rechts.

Es gibt aber Ausnahmen (ausserhalb des Gewährleistungsrechts im engeren Sinn, das insgesamt dispositives Recht ist[76]): So ist ein im Voraus erklärter Verzicht auf eine Berufung auf absichtliche Täuschung nach herrschender Lehre nichtig[77]. Zulässig ist aber eine vertragliche Modifikation der Rechtsfolgen einer Berufung auf absichtliche Täuschung[78].

Fraglich ist, inwieweit bei selbständigen Garantien nach Art. 111 OR[79] eine Verkürzung der an sich nach Art. 127 OR anwendbaren Verjährungsfrist von zehn Jahren[80] zulässig ist. Nach Art. 129 OR wäre eine solche Verkürzung an sich unzulässig[81]. Es

[68] Zum Ganzen *Hänni* (Fn. 57) 41 ff.; *Blum* (Fn. 30) 183; *Vischer* (Fn. 51) SZW *2003* 339; *Vischer* (Fn. 24) 235; a.M. *Schenker* (Fn. 51) 255; unklar *Rudolf Tschäni*, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 2. Kapitel N 18; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 387 f. m.N.; s. zum Meinungsstand in Deutschland z. B. *Klaus J. Müller*, Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW *2004* 2197 f., der selber das Bestehen einer Verkehrssitte in Deutschland insgesamt verneint.

[69] Im Grundsatz bejahend z. B. *Blum* (Fn. 30) 186 f.

[70] S. vorstehend Ziff. IV. A.e).

[71] S. vorstehend Ziff. IV. A.c).

[72] Z.B. *Wolfgang Zürcher,* Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, Mergers & Acquisitions IX, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2007, 168; *Rudolf Tschäni/Matthias Wolf,* Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in Mergers & Acquisitions VIII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2006, 119 f.; *Vischer* (Fn. 12) 237 f.; *Vischer* (Fn. 11) 368.

[73] S. dazu schon vorstehend Ziff. II. D.

[74] S. schon vorstehend Ziff. I. D.

[75] Dazu z. B. *Hehli* (Fn. 30) N 1 ff.; BSK-OR I-*Honsell*, vor Art. 197–210 OR N 6 ff.; ZK-*Schönle/Higi*, Art. 197 ff. OR N 127 ff.; *Vischer* (Fn. 11) 365 ff.; *Böckli* (Fn. 55) 75 ff.; *Jürg Luginbühl*, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 201 ff.; *Koller* (Fn. 7) 1183 ff. und *Ginter* (Fn. 23) 1 ff., zum Verhältnis von Art. 97 und Art. 197 ff. OR im Besonderen.

[76] Z. B. CR-CO I-*Venturi*, Intro art. 192–196 OR N 7 und Intro art.197–210 OR N 27 ff.

[77] Z. B. *Benedick/Vischer* (Fn. 30) N 65, m.N.; *Zürcher* (Fn. 72) 168 Fn. 62, m.N.

[78] Z. B. *Benedick/Vischer* (Fn. 30) N 65.

[79] Zur Abgrenzung der selbständigen Garantie nach Art. 111 OR von den sogenannten unselbständigen Garantien, auch Haltbarkeits- oder Zuverlässigkeitsgarantien genannt, z. B. *Hauck* (Fn. 3) 175 f. m.N.

[80] Z. B. *Benedick/Vischer* (Fn. 30) N 70; BK-*Giger*, Art. 197 OR N 20; BGE 122 III 431; s. auch *Hauck* (Fn. 3) 459 m.N.; s. allerdings die anderslautende Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs zu § 195 BGB in der früheren Fassung, zitiert bei *Böckli* (Fn. 55) 95 Fn. 136, wonach für Ansprüche aus einer Garantie bezüglich Mängeln die Verjährungsfristen des Gewährleistungsrechts gelten.

[81] *Benedick/Vischer* (Fn. 30) N 71.

spricht aber nichts dagegen, in der anscheinenden Verkürzung der Verjährungsfrist eine (zulässige[82]) Umschreibung des Garantiefalls zu sehen, in dem Sinne, dass nur für Mängel gehaftet wird, die innerhalb einer bestimmten Frist gerügt werden[83].

Entsprechend ist das Vorsehen eines einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelfs im Regelfall und insbesondere auch bei einer absichtlichen Täuschung und bei einer anscheinenden Verkürzung der Verjährungsfrist bei der selbständigen Garantie zulässig.

c) *Auslegung und Lückenfüllung beim einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf*

Oft gehen die Parteien, wenn sie einen einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf vorsehen, davon aus, dass es sich dabei um eine vertragliche Modifikation der Gewährleistungsregeln im engeren Sinn, also um eine vertragliche Modifikation von Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt im Bereich des Schadenersatzrechts gemäss dem Bundesgericht durch Art. 97 OR, handelt. Oder sie gehen davon aus, dass es sich um eine vertragliche Modifikation nur von Art. 197 ff. OR handelt.

Das ergibt sich oft aus der Verwendung von Begriffen aus dem Gewährleistungsrecht im engeren Sinn (z. B. Wandelung) oder aus dem Hinweis auf Bestimmungen des Gewährleistungsrechts im engeren Sinn (z. B. auf Art. 200, 201 oder 210 OR), wobei der Hinweis auch in der Wegbedingung einer solchen Bestimmung liegen kann.

Entsprechend sind bei der Auslegung und der Lückenfüllung im Zusammenhang mit einem einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf oft Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt im Bereich des Schadenersatzrechts gemäss dem Bundesgericht durch Art. 97 OR, bzw. Art. 197 ff. OR heranzuziehen[84].

Selbstverständlich ist dies nicht immer der Fall, da es um die Frage der Vertragsauslegung geht, die für jeden Einzelfall gesondert vorzunehmen ist. Wie immer bei der Auslegung hat man sich zu hüten, aus der Verwendung von Begriffen allzuviel abzuleiten. So bedeutet die Verwendung von Begriffen wie indemnity oder Schadloshaltung für sich allein keineswegs, dass die Parteien ihren einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf als selbständige Garantie verstanden haben wollten, auch wenn diese Begriffe in diese Richtung deuten[85].

Unzulässig ist es auch, allein aus der Tatsache, dass eine Eigenschaft in einem anderen Zeitpunkt als dem Gefahrübergang zugesichert wurde, automatisch auf eine selbständige Garantie zu schliessen[86]. Denn auch solche Eigenschaften können die Parteien durchaus den von ihnen modifizierten Gewährleistungsregeln im engeren Sinn erfasst haben wollen. Genauso unzulässig ist es umgekehrt, allein aus der Tatsache, dass eine Eigenschaft im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zugesichert wurde, automatisch auf eine Gewährleistung und Zusicherung im Sinne von Art. 197 ff. OR zu schliessen[87]. Denn die Parteien können auch solche Eigenschaften durchaus den Regeln der selbständigen Garantie unterstellt haben wollen.

d) *Schadenersatz als einheitlicher vertraglicher Rechtsbehelf*

Der von den Parteien im Unternehmenskaufvertrag gewählte einheitliche vertragliche Rechtsbehelf ist unter dem auch schweizerische M&A-Transaktionen prägenden Einfluss des anglo-amerikanischen Rechts[88] oft Schadenersatz[89], wobei die Parteien in der Praxis im Unternehmenskaufvertrag immer häufiger zusätzlich vorsehen, dass der Verkäufer vorgängig ein Nachbesserungsrecht oder sogar eine Nachbesserungspflicht hat[90].

Die anderen Rechtsbehelfe, insbesondere diejenigen Rechtsbehelfe, welche eine Vertragsauflösung zur Folge hätten (wie z. B. die Wandelung) werden in diesem Fall wegbedungen[91].

---

82 Zum grundsätzlich dispositiven Charakter von Art. 111 OR z. B. BSK-OR I-*Pestalozzi*, Art. 111 OR N 18.

83 Im Resultat noch anders *Benedick/Vischer* (Fn. 30) N 71.

84 Im Resultat gl.M. *Tschäni/Wolf* (Fn. 72) 119; *Rolf Watter*, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, N 347.

85 S. *Blum* (Fn. 30) 180 zur indemnity im englischen Recht.

86 So aber wohl das Bundesgericht in BGE 122 III 426 ff.

87 So aber wohl das Bundesgericht in Entscheid 4C.260/2001 (= Pra *2002* 405 ff.), zusammengefasst in *Geisselhardt* (Fn. 57) Fn 24 ff.

88 Z. B. *Blum* (Fn. 30) 183; CR-CO I-*Venturi*, Art. 197 OR N 22; *Vischer* (Fn. 24) 229; *Watter* (Fn. 84) N 38; grundsätzlicher *Wolfgang Wiegand*, Die Rezeption amerikanischen Rechts, in: Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, herausgegeben von Guido Jenny und Walter Kälin, Bern 1988, 229 ff.

89 *Zürcher* (Fn. 72) 163; *Tschäni/Wolf* (Fn. 72) 117; *Vischer* (Fn. 12) 237 f.; CR-CO I-*Venturi*, Art. 197 OR N 22.

90 Dazu z. B. *Zürcher* (Fn. 72) 163; *Tschäni/Wolf* (Fn. 72) 116 F.; *Vischer* (Fn. 11) 364 f.; *Böckli* (Fn. 55) 96; im Allgemeinen *Huguenin*, Obligationenrecht, Besonderer Teil, N 350 ff.

91 Z. B. *Vischer* (Fn. 11) 361 f.; s. allerdings bezüglich Rechtsgewährleistung auch *Vischer* (Fn. 12) 237 f.; s. auch *Tschäni/Wolf* (Fn. 72) 116.

e) Problem des Schadenersatzes

Gehen die Parteien wie im Regelfall davon aus, dass es sich beim einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf des Schadenersatzes um eine vertragliche Modifikation der Gewährleistungsregeln im engeren Sinn, bzw. von Art. 197 ff. OR handelt[92], so wird käuferseitig oft übersehen, dass nach Schweizerischem Recht Voraussetzung für eine Zusprechung von Schadenersatz nach Art. 195 Abs. 2 OR und Art. 208 Abs. 3 OR bzw. Art. 97 OR ein Verschulden des Verkäufers ist, soweit mittelbarer Schaden zur Diskussion steht.

Im anglo-amerikanischen Recht ist dies anders: Dort ist der Schadenersatz grundsätzlich verschuldensunabhängig geschuldet und damit die Rechts- und Sachgewährleistung grundsätzlich ohne Durchbrechungen eine verschuldensunabhängige Erfolgs- bzw. Garantiehaftung[93].

f) Lösung durch Wegbedingung des Verschuldenserfordernisses

Es kommt vor, dass die Parteien des Unternehmenskaufvertrags das Problem des Schadenersatzes erkennen und bezüglich einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf statuieren, dass der Schadenersatz verschuldensunabhängig geschuldet ist[94]. Oder sie halten im Unternehmenskaufvertrag fest, dass mindestens der unmittelbare Schaden verschuldensunabhängig geschuldet ist. Allerdings ist letztere Regelung angesichts der auch nach dem bundesgerichtlichen Entscheid im Papageienfall verbleibenden Unsicherheiten bei der Abgrenzung des unmittelbaren Schadens vom mittelbaren Schaden nicht unbedingt zu empfehlen.

Damit nähert sich die Gewährleistung im engeren Sinn der selbständigen Garantie an. Denn bei der selbständigen Garantie nach Art. 111 OR spielt das Verschulden des Verkäufers[95] keine Rolle, weil der Verkäufer im Garantiefall (d.h. der Verletzung einer Gewährleistung und Zusicherung) eine eigene Schuldpflicht erfüllt. Er zahlt keinen Schadenersatz, der sich aus der Nichterfüllung eines Vertrags durch ihn herleitet. Seine Leistung ist nur auf den Käufer bezogen eine Schadenersatzleistung[96].

Das schliesst nicht aus, dass die Parteien, allenfalls nur bezüglich gewisser Gewährleistungen und Zusicherungen, sich im Unternehmenskaufvertrag in weiterer Modifikation der gesetzlichen Gewährleistungsregeln im engeren Sinn weitere «Vorteile» der selbständigen Garantie nach Art. 111 OR sichern, z.B. indem sie Art. 192 Abs. 2 OR bzw. Art. 200 OR oder Art. 201 OR wegbedingen, was durchaus zulässig ist[97] oder eine 10-jährige Verjährungsfrist vereinbaren[98].

g) Lösung durch Ergänzung des einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelfs durch die Minderung

Oft adressieren die Parteien das Problem des Schadenersatzes auch dadurch, dass sie nebst dem Rechtsbehelf des Schadenersatzes dem Käufer auch die Möglichkeit geben, Minderung geltend zu machen. Das führt dazu, dass der unmittelbare Schaden verschuldensunabhängig geschuldet ist, weil der Minderwert bei Anwendung der absoluten Berechnungsmethode oder bei der Anwendung der relativen Berechnungsmethode unter Gleichsetzung des Wertes des Kaufobjekts und des Kaufpreises (abgesehen von der mit der Minderung verbundenen Kosten und den Verwendungen) dem unmittelbaren Schaden entspricht[99].

Das Vorsehen der Minderung funktioniert auch bei der Rechtsgewährleistung, selbst wenn es sich um einen share deal handelt[100], wobei allerdings zuzugestehen ist, dass in diesem Fall die in der Praxis oft angetroffene (steuerlich allerdings oft nachteilige) Regelung, wonach der Schadenersatz bzw. Minderwert (im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter) an die Gesellschaft zu zahlen ist[101], wenig Sinn macht. Beim «Worst Case» entspricht in diesem Fall (in vertraglicher Derogation des Grundsatzes in Art. 205 Abs. 3 OR) der Minderwert dem gesamten Kaufpreis.

h) Rolle von knowledge qualifier

Oft adressieren die Parteien die Rolle des Verschuldens nicht direkt beim Rechtsbehelf, der Rechtsfolge, sondern[102] bei den Gewährleistungen selbst, dem Tatbestand, in dem sie gewisse Gewährleistungen, wiederum

92 S. vorstehend Ziff. IV. B. c).

93 Z.B. *Ginter* (Fn. 23) 38; *Larenz* (Fn. 15) 277 f.; bezüglich Schweizer Recht s. vorstehend Ziff. I. D.

94 *Zürcher* (Fn. 72) 163; *Tschäni/Wolf* (Fn. 72) 117; *Vischer* (Fn. 12) 238.

95 Wie grundsätzlich bezüglich Gewährleistungen und Zusicherungen im anglo-amerikanischen Recht, s. vorstehend Ziff. IV. B. e).

96 Z.B. *Markus Vischer*, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP *2003* N 46 bezüglich Schadloshaltung im Auftragsrecht.

97 Z.B. *Vischer* (Fn. 24) 235 bezüglich Art. 200 OR.

98 So oft bezüglich Rechtsgewährleistung *Vischer* (Fn. 12) 239.

99 S. vorstehend Ziff. I. D.

100 *Vischer* (Fn. 12) 237.

101 Z.B. *Zürcher* (Fn. 72) 163; *Vischer* (Fn. 11) 366.

102 Vertragstechnisch unsauber.

anglo-amerikanischer Praxis folgend, durch Klauseln wie «nach bestem Wissen des Verkäufers» u.ä., d.h. sogenannte knowledge qualifier, qualifizieren[103]. Damit fügen die Parteien bei der entsprechenden Gewährleistung ein Verschuldenselement ein.

Die Tragweite von solchen knowledge qualifier bleibt aber oft unklar, zumindest dann, wenn die Parteien nicht klären, ob nur tatsächliches Wissen oder auch Wissen-Müssen und nur das Wissen bzw. Wissen-Müssen des Verkäufers oder auch gewisser Hilfs- und anderer Personen gemeint ist[104] und wer bezüglich Wissen bzw. Wissen-Müssen die Beweislast trägt.

Ist diesbezüglich nichts geregelt, sind knowledge qualifier vor dem Hintergrund der vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten des Verkäufers[105] auszulegen.

Das bedeutet, dass im Regelfall davon auszugehen ist, dass dem Verkäufer eigenes tatsächliches Wissen, aber auch tatsächliches Wissen seiner Hilfspersonen, nicht aber weiterer Personen, zum Nachteil gereicht, es sei denn, es gehe um Tatsachen, die der Käufer weiss und/oder um die er hätte wissen müssen und es liege keine absichtliche Täuschung des Verkäufers vor[106]. Nicht zum Nachteil gereicht dem Verkäufer dagegen im Regelfall eigenes Wissen-Müssen und Wissen-Müssen seiner Hilfspersonen und weiterer Personen. Denn den Verkäufer trifft im Regelfall keine der Aufklärungspflicht vorangehende Untersuchungspflicht[107].

Das bedeutet weiter, dass im Regelfall davon auszugehen ist, dass der Verkäufer die Beweislast trägt, die betreffende Tatsache nicht gekannt zu haben, dies selbst dann, wenn bezüglich Rechtsfolge ein verschuldensunabhängiger Schadenersatz oder Minderung vorgesehen wird.

Unklar bleibt umgekehrt oft auch, wie es sich bei den nicht mit knowledge qualifier versehenen Gewährleistungen verhält. Im Regelfall wird nicht davon auszugehen sein, dass bei solchen Gewährleistungen jedes Verschuldenselement wegfällt. Vielmehr bleibt es diesbezüglich im Regelfall bei den allgemeinen Grundsätzen.

i) Rolle von covenants

Oft adressieren die Parteien die Rolle des Verschuldens nur sehr indirekt, indem sie, wenn signing und closing auseinanderfallen, vertragliche Verhaltenspflichten, u.U. auch Aufklärungspflichten des Verkäufers zwischen dem signing und dem closing statuieren. Solche sogenannten covenants beschlagen die Führung des Unternehmens zwischen signing und closing, z.B. dadurch, dass der Verkäufer dem Käufer verspricht, das Unternehmen im Rahmen des bis jetzt üblichen Geschäftsgangs weiter zu führen oder gewisse Geschäfte nicht oder nur mit Zustimmung des Käufers zu tätigen[108]. Da in diesen Fällen die Gefahr meist am closing übergeht, sei es infolge der Vereinbarung von closing conditions[109] oder sei es, weil die Gewährleistungen und Zusicherungen auch per closing abgegeben werden[110], oder sei es aufgrund anderer vertraglicher Regelungen[111], stellen diese vertraglichen Verhaltenspflichten vertragliche Pflichten dar, dessen Verletzung ein Verschulden darstellt, wenn dadurch ein Mangel entsteht[112].

j) Rolle von Offenlegungsgewährleistungen

Oft adressieren die Parteien die Rolle des Verschuldens weiter nur sehr indirekt, indem sie eine Offenlegungsgewährleistung (disclosure representation) vorsehen. Mit ihr gewährleistet der Verkäufer dem Käufer, dass er dem Käufer alles offengelegt hat, was nach Treu und Glauben für seinen Entscheid, den Unternehmenskaufvertrag zu den vereinbarten Konditionen abzuschliessen, von Bedeutung sein könnte[113].

Die Tragweite solcher Offenlegungsgewährleistungen ist oft unklar. Im Regelfall stellen sie vertragliche Normierungen der vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten des Verkäufers statt, die bei Unklarheiten vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung in Bezug auf die vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten[114] auszulegen sind.

Ist explizit nichts anderes statuiert, bedeutet dies im Regelfall, dass nur Tatsachen unter die Offengewährleistung fallen, die der Verkäufer kennt und nicht auch solche Tatsachen, die

[103] Z.B. *Zürcher* (Fn. 72) 160 f.; *Tschäni/Wolf* (Fn. 72) 110 ff.

[104] Zur Problematik der Zurechnung des Wissens und Wissen-Müssens Dritter zum Verkäufer, insbesondere beim share deal z.B. *Zürcher* (Fn. 72) 160; *Tschäni/Wolf* (Fn. 72) 111 f.; *Vischer* (Fn. 24) 233; *Böckli* (Fn. 55) 76; *Watter* (Fn. 84) N 419; s. auch im Allgemeinen vorstehend Ziff. I.E.

[105] S. vorstehend Ziff. IV. A.d).

[106] S. vorstehend Ziff. IV. A.e).

[107] S. vorstehend Ziff. IV. A.d).

[108] Dazu im Allgemeinen z.B. *Zürcher* (Fn. 72) 169 f.

[109] Dazu im Allgemeinen z.B. *Zürcher* (Fn. 72) 152 ff.; *Böckli* (Fn. 55) 104 ff. mit Erläuterung der verschiedenen Erscheinungsformen.

[110] *Zürcher* (Fn. 72) 159 f.

[111] *Vischer* (Fn. 27) N 22 ff.

[112] Zur Bedeutung von vertraglichen Pflichten im Allgemeinen s. vorstehend Ziff. II. D.

[113] Z.B. *Zürcher* (Fn. 72) 162 und *Tschäni/Wolf* [Fn. 72] 108, auch zur Gefährlichkeit solcher catch-all-Gewährleistungen für den Verkäufer.

[114] S. vorstehend Ziff. IV. A. d).

der Verkäufer kennen sollte. Denn ihn trifft im Regelfall keine der Aufklärungspflicht vorangehende Untersuchungspflicht[115].

Ist explizit nichts anderes statuiert, bedeutet dies im Regelfall weiter, dass die Offenlegungsgewährleistung, die als Sachgewährleistung zu qualifizieren ist, in Bezug auf Tatsachen nicht greift, die der Käufer weiss, es sei denn, es liege eine absichtliche Täuschung des Verkäufers vor[116].

Eine Verletzung der Offenlegungsgewährleistung ist vor dem vorstehend genannten Hintergrund gleichzeitig ein Verschulden im Sinne von Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt im Bereich des Schadenersatzrechts gemäss dem Bundesgericht durch Art. 97 OR.

V. Zusammenfassung

Oft sind sich die Parteien des Unternehmenskaufvertrags der Rolle des Verschuldens zu wenig bewusst, wenn sie darin den einheitlichen vertraglichen Rechtsbehelf des Schadenersatzes vorsehen und diesen als Modifikation der Gewährleistungsregeln von Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, ergänzt im Bereich des Schadenersatzrechts gemäss dem Bundesgericht durch Art. 97 OR, bzw. Art. 197 ff. OR betrachten.

In diesem Fall tun die Parteien gut daran, die Rolle des Verschuldens zu klären, also z. B. den Rechtsbehelf des Schadenersatzes verschuldensunabhängig auszugestalten.

In diesem Fall und überhaupt immer, wenn sie verschuldensunabhängige Rechtsbehelfe vorsehen, also z. B. auch bei selbständigen Garantien, müssen sich die Parteien bewusst sein, dass sie mit knowledge qualifier für gewisse Gewährleistungen und Zusicherungen ein Verschuldenskriterium vorsehen und mit einem verschuldensunabhängigen Rechtsbehelf widersprechendes Vertragsrecht schaffen, wenn sie nicht statuieren, dass dieser Rechtsbehelf nur insoweit vorschuldensunabhängig ist, als bezüglich einzelner Gewährleistungen und Zusicherungen mit einem knowledge qualifier nichts anders statuiert wurde.

Umgekehrt sollten die Parteien, wenn sie keine verschuldensunabhängigen Rechtsbehelfe vorsehen, im Unternehmenskaufvertrag klären, was bezüglich Gewährleistungen und Zusicherungen gilt, die keinen knowledge qualifer aufweisen.

Die Parteien sollten sich auch bewusst sein, dass sie mit covenants und Offenlegungsgewährleistungen auf die Frage des Verschuldens Einfluss nehmen.

[115] S. vorstehend Ziff. IV. A. d).
[116] S. vorstehend Ziff. IV. A. e).