



Universität Zürich



Unternehmenskaufverträge I

Hans-Ueli Vogt

27. April 2018



Grundlagen des Unternehmenskaufs (I/III)



- Begriff des Unternehmens
- Unternehmen als Kaufgegenstand in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht
- "Mergers & Acquisitions" als wirtschaftliches Phänomen
 - Zusammenschluss
 - Unternehmenskauf
 - Spaltung
 - Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture)



- rechtliche Strukturen für einen Unternehmenskauf
 - Kauf der Gesellschaftsanteile, insbesondere Aktienkauf ("*share deal*")
 - Gesellschaftsanteile/Beteiligungsrechte als Kaufgegenstand
 - Kauf aller Anteile, einer Mehrheit oder eines Pakets, das die Kontrolle über die Gesellschaft verschafft
 - öffentliches Kaufangebot als Sonderform mit besonderen gesetzlichen Vorschriften (Art. 125 ff. FinfraG)
 - Kauf der Aktiven, Passiven, Vertragsverhältnisse etc. ("*asset deal*")
 - Kauf der einzelnen Vermögenswerte, Übertragung gemäss den anwendbaren Übertragungsformen im Wege der Singularsukzession (vgl. Art. 181 OR)
 - Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG)



- Exkurs: rechtliche Strukturen für einen Zusammenschluss
 - Fusion (Art. 3 ff. FusG)
 - Kauf der Gesellschaftsanteile, insbesondere die Quasifusion
 - Kauf der Aktiven, Passiven, Vertragsverhältnisse etc., insbesondere die unechte Fusion
 - Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture; vertraglich strukturiert oder eine gemeinsam geführte Gesellschaft)



Sachverhalt (I/II)

- B. AG übertrug 1995 durch Geschäftsübernahmevertrag den Nachtclub "Club D." der C. AG. Gemäss Vertrag veräusserte die B. AG die gesamte Raumausstattung, sämtliches Mobiliar, den Goodwill, den Kundenstamm, das Recht auf die Enseigne und das Recht, in den Mietvertrag einzutreten.
- Der "Club D." befand sich in einem Gebäude, das der Immobiliengesellschaft E. gehörte. B. AG und C. AG hatten vereinbart, dass C. AG den Mietvertrag mit E. übernehmen würde, was dann auch geschah.
- Der Übernahmepreis betrug Fr. 1'050'000.



Sachverhalt (II/II)

- Vorgeschichte: 1966 gab es einen Brand im "Club D.". Die Räume wurden daraufhin mit Asbest (als Brandschutzmassnahme) behandelt. B. AG wusste darum. Es ist jedoch nicht bewiesen, dass B. AG die C. AG vor Vertragsschluss über diesen Umstand informiert hatte.
- 1998 erhielt C. AG einen Bericht eines Instituts für Betriebsgesundheit, wonach die Räume wegen des Asbests sanierungsbedürftig seien. C. AG machte gegenüber B. AG folgende Forderung geltend: Fr. 198'355 (Sanierungsarbeiten [gemäss Kostenvoranschlag]), Fr. 197'941 (erwartete Gewinneinbusse wegen Betriebsschliessung), Fr. 60'000 (Abwanderung von Kunden).
- Der Vertrag enthielt keine Zusicherungen bezüglich der gemieteten Räume.



Entscheid des Bundesgerichts (I/II)

- Da die Übertragung des Geschäftes aus verschiedenen Leistungen besteht (Übertragung von Mobiliar und Anlagen, von Kunden, der Geschäftsbezeichnung, des Rechts auf Eintritt in den Mietvertrag usw.), liegt ein Vertrag *sui generis* (Geschäftsübernahmevertrag) vor und nicht ein Kaufvertrag.
- Es sind die je nach Leistungspflicht sachgerechten Regeln anzuwenden.
- Weil ein Kaufvertrag auf die endgültige und vollständige Übertragung eines Gutes abzielt, dies bei der Miete von Räumen jedoch nicht der Fall ist, begründet Asbest in der Decke der übertragenen Mieträume keinen Sachmangel im Sinne von Art. 197 OR.



Entscheid des Bundesgerichts (II/II)

- Der Mangel, der die Mietsache betraf (Asbest), hätte auch zu einem Mangel der Kaufsachen (vor allem Inneneinrichtung des Nachtclubs) führen können. Das war aber nicht der Fall, und der Betrieb des Clubs war infolge des Mangels nicht beeinträchtigt.
- Keine Haftung des Veräusserers des Geschäfts, der den Mietvertrag überträgt, für die Gebrauchstauglichkeit der gemieteten Räume – keine vertraglichen Zusicherungen zum Zustand der Räume
- Die Frist für Anfechtung wegen Willensmängeln (absichtliche Täuschung, Art. 28 OR) war abgelaufen (Art. 31 OR).
- Schadenersatz nach Art. 97 oder 41 OR: kein Schaden, da nur ein Kostenvoranschlag vorliegt (keine Verminderung der Aktiven oder Erhöhung der Passiven) bzw. ein Umsatzrückgang – wenn überhaupt – erst in Zukunft eintreten würde (kein entgangener Gewinn)



Sachverhalt (vereinfacht)

- Die Ibelo AG handelt mit Feuerwerkskörpern.
- Mit Vertrag vom 20. Dezember 1977 verkaufte Neumann alle Aktien der Ibelo AG für Fr. 250'000 an Grüninger.
- Die Parteien vereinbarten, dass der Kaufpreis "sich in genauer Höhe aus der Substanz des Warenlagers und dem Zeitwert des Inventars" vom 30. September 1977 ergebe und "dem inneren Wert" entspreche.
- Der Vertrag enthielt keine Zusicherungen bezüglich des Warenlagers.
- Im Juni 1978 verlangte Grüninger eine Herabsetzung des Kaufpreises, weil das Warenlager zahlreiche Ladenhüter umfasse und in der Übernahmebilanz krass überwertet worden sei, was er erst nachträglich erfahren habe.



Entscheid des Bundesgerichts (I/III)

- Der Käufer hat die Wahl zwischen Gewährleistung (Art. 197 ff. OR), Schadenersatz nach Art. 97 ff. OR oder Anfechtung wegen Willensmängeln (Art. 23 ff. OR).
- Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche unterliegen in Bezug auf Verjährung, Prüfung der Ware und Mängelrüge den gleichen Vorschriften (Art. 201 und 210 OR), während namentlich die Anfechtung wegen Irrtums nicht von den besonderen Voraussetzungen der Sachgewährleistung abhängt.
- Der Aktienkauf ist ein Fahrniskauf (Art. 187 OR), ungeachtet davon, ob die Aktien als Wertpapiere verbrieft sind.



Entscheid des Bundesgerichts (II/III)

- Da beim Aktienkauf Aktien der Kaufgegenstand sind, bezieht sich die Sachgewährleistung – selbst beim Kauf aller Aktien – bloss auf Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte, auf den wirtschaftlichen Wert der Aktien (das Unternehmen) hingegen nur, wenn
 - der Verkäufer besondere Zusicherungen abgegeben und
 - der Käufer die Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Art. 201 OR) erfüllt hat (*in casu* nicht gegeben).



Entscheid des Bundesgerichts (III/III)

- Ob der Verkäufer Zusicherungen abgegeben hatte, konnte offenbleiben, da der Käufer die Rügefrist nach Art. 201 OR nicht eingehalten hatte.
- Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) wegen wesentlicher Mängel des Unternehmens (z.B. betreffend den Wert von Waren oder die finanzielle Lage der Gesellschaft)
- Teilunverbindlichkeit des Vertrages mit entsprechender Reduktion des Kaufpreises analog zu Art. 20 Abs. 2 OR (hypothetischer Parteiwille)



Überblick über die Rechtsbehelfe des Käufers



Verzug und Nichterfüllung	Rechtsgewährleistung	Sachgewährleistung	Schadenersatz nach OR 41 oder 97	Anfechtung wegen Willensmängeln
<ul style="list-style-type: none">• Haftung des Verkäufers, der nicht liefert oder verspätet liefert• Haftung bei nachträglicher, zu vertretender Unmöglichkeit (OR 97)• Rücktritt vom Vertrag (OR 190 bzw. 102 ff.)• Schadenersatz nach der Differenzregel (OR 191 bzw. 107 II)	<ul style="list-style-type: none">• Haftung des Verkäufers, wenn ein Dritter dem Käufer den Kaufgegenstand gestützt auf ein besseres Recht entzieht (OR 192 ff.)	<ul style="list-style-type: none">• Haftung des Verkäufers, wenn der Kaufgegenstand die vorausgesetzten oder zugesicherten Eigenschaften nicht hat (OR 197)• Klage auf Wandelung oder Minderung (OR 205)• Schadenersatz (OR 208 II und III)	<ul style="list-style-type: none">• Konkurrierend neben Sachmängelhaftung• Es gelten die gleichen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten und Verjährungsfristen wie bei der Haftung für Sachmängel	<ul style="list-style-type: none">• Namentlich bei Grundlagenirrtum (OR 24 I Ziff. 4) und Täuschung (OR 28)• Prüfungs- und Rügeobliegenheiten und Verjährungsfristen des Kaufrechts gelten nicht



Einleitung zur Sachgewährleistung



- "Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern." (Art. 197 OR)
- Abweichung zwischen Ist- und Soll-Beschaffenheit
- Soll-Beschaffenheit kann sich nach objektiven oder nach subjektiven Kriterien bestimmen:
 - Keine Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern (objektives Kriterium)
 - Vorhandensein der Eigenschaften, die der Verkäufer zugesichert hat (subjektives Kriterium)
 - Zusicherungen sind nicht an eine bestimmte Form gebunden
 - Zusicherungen können auch konkludent abgegeben werden



Vertragliche Zusicherungen (I/II)



- Unternehmenskaufverträge enthalten meist einen ausführlichen Katalog von Gewährleistungen. Sie sind rechtlich in der Regel Zusicherungen.
- Beispiele (gemäss separatem Musterkaufvertrag):
 - Ziffer 4.2.3: "Die in der Jahresrechnung enthaltene Bilanz ist gemäss den auf sie anwendbaren Rechnungslegungsnormen vollständig und richtig."
 - Ziffer 4.2.6: "Gegen die Gesellschaft sind weder Zivil-, Straf- noch Verwaltungsverfahren anhängig gemacht worden, noch sind der Gesellschaft solche Verfahren in irgendeiner Weise angedroht worden."
 - Ziffer 4.2.8: "Sämtliche eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Steuererklärungen sowie sämtliche Abrechnungen betreffend Sozialversicherungsbeiträge sind fristgemäss, vollständig und richtig eingereicht."



Vertragliche Zusicherungen (II/II)



- Abschliessende Liste der Zusicherungen bzw. Beschränkung der Gewährspflicht:
 - Mustervertrag, Ziffer 4: "Abgesehen von den nachfolgenden Zusicherungen leisten die Verkäufer keine Gewähr."



- Zuordnung des Risikos einer nachträglichen, von keiner Partei zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit
- Gesetzliche Regelung des Gefahrenübergangs
 - Haftung des Verkäufers nur, wenn der Mangel bei Gefahrenübergang vorliegt:
 - "Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über." (Art. 185 Abs. 1 OR).
 - Falls eine aufschiebende Bedingung vereinbart ist, geht die Gefahr erst mit Eintritt der Bedingung über (Art. 185 Abs. 3 OR).
 - Ist der Mangel erst nach Gefahrenübergang entstanden, haftet der Verkäufer nicht.



Gefahrtragung (II/II)



- Vertragliche Regelung:
 - Mustervertrag?
 - Andere Regelung: "Die Verkäufer geben der Käuferin die nachfolgenden Zusicherungen jeweils per Datum der Vertragsunterzeichnung und des Vertragsvollzugs ab."



➤ Gesetzliche Regelung

- Garantie: unabhängiges, selbständiges Leistungsversprechen
- Begriffliche Abgrenzung der Zusicherung gegenüber der Garantie
 - Eine Garantie liegt namentlich vor, wenn es um künftige Eigenschaften des Kaufgegenstandes geht, die über seine vertragsgemässe Beschaffenheit hinausgehen, oder um einen künftigen Erfolg, der ausserhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegt (vgl. BGE 122 III 426, 428 f.).
- Rechtliche Bedeutung der Unterscheidung
 - Für selbständige Garantien gelten die Rügeobliegenheit (Art. 201 OR) und die kurze Verjährung (Art. 210 OR) nicht.
 - Rechtsfolge bei Nichterbringung der garantierten Leistung: Schadenersatz (nicht Wandelung oder Minderung)
- Ob eine Garantie oder eine Zusicherung vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen.



➤ Vertragliche Regelung

- Vereinbarung von sog. Schadloshaltungen für bestimmte künftige Ereignisse
 - Zum Beispiel für Zahlungspflichten aufgrund laufender Verfahren oder der Veranlagung von Steuern
- Beispiel: "Die Verkäufer halten die Käufer solidarisch vollumfänglich für alle Aufwendungen, Kosten und Zahlungen schadlos, die der X. AG [deren Aktien verkauft werden] aus oder im Zusammenhang mit dem Patentnichtigkeitsprozess anfallen, der derzeit vor dem Handelsgericht Zürich unter der Verfahrensnummer HG/2009/432 hängig ist."



- Art. 201 OR:
 - ¹ "Der Käufer soll, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen."
 - ² "Versäumt dieses der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, ..."
- Umfang und Intensität der Prüfung ergeben sich aus Verkehrssitte und Usanzen
- Sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist: zwei Wochen, um Aktiven des Unternehmens zu prüfen (20. Dezember bis anfangs Januar) (BGE 107 II 419, 422)
- Ohne Prüfung und Rüge wird die Genehmigung der Kaufsache fingiert, "soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren." (Art. 201 Abs. 2 OR).
- Genehmigungsfiktion entfällt bei absichtlicher Täuschung (Art. 203 OR).



- Die gesetzlichen Prüfungs- und Rügeobligationen werden fast immer vollständig wegbedungen und durch eine vertragliche Regelung ersetzt.
- Mustervertrag:
 - Ziffer 5.1: "Die Ansprüche aus Verletzung von Zusicherungen gemäss Ziff. 4 verirken nach Ablauf von 12 Monaten seit dem Zeitpunkt des Vertragsvollzugs."
 - Prüfungsobligationen?
- Ausdrückliche Wegbedingung der gesetzlichen Regelung:
 - "Die Fristen und Obliegenheiten gemäss Art. 201 OR werden vollumfänglich wegbedungen und durch die Bestimmungen dieses Vertrags ersetzt."
- Vertragliche Regelung der Rügefrist:
 - "Die Käufer müssen dem Verkäufer einen Mangel innert 40 Tagen, nachdem sie davon Kenntnis erlangt haben, mittels schriftlicher Mitteilung anzeigen."



- Folgen, wenn eine Rügefrist verpasst wird:
 - "Wenn es der Käufer versäumt, die Mängelrüge innerhalb der vereinbarten Zeit zu erstatten, ... ":
 - Variante 1: "verwirkt die Haftung des Verkäufers für den betreffenden Mangel."
 - Variante 2: "entfällt die Haftung des Verkäufers nicht; allerdings ist der Verkäufer nicht haftbar für allen Schaden, der bei einer rechtzeitigen Mängelrüge hätte vermieden werden können."
 - Variante 3: "entfällt die Haftung des Verkäufers, es sei denn, der Käufer könne beweisen, dass der Schaden auch bei einer fristgerecht erstatteten Mängelrüge in der gleichen Höhe angefallen wäre."



- Gesetzliche Regelung:
 - "Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat." (Art. 210 Abs. 1 OR).
 - Kann auf maximal 10 Jahre verlängert werden (BGE 99 II 185 ff.; bestätigt in BGE 132 III 226 ff.)



- Mustervertrag:
 - Ziffer 5.1: "Die Ansprüche aus Verletzung von Zusicherungen gemäss Ziff. 4 verirken nach Ablauf von 12 Monaten seit dem Zeitpunkt des Vertragsvollzugs. Ansprüche aus Zusicherungen, wie sie in Ziff. 4.2.8 (Steuern und Sozialversicherungsbeiträge) abgegeben werden, verirken sechs Monate nach Ablauf der für die entsprechenden Ansprüche der Behörden geltenden gesetzlichen Verjährungsfristen."
 - "Die Fristen gemäss Art. 210 OR werden vollumfänglich wegbedungen und durch die Bestimmungen dieses Vertrages ersetzt."
- Schranken einer vertraglichen Verkürzung der Verjährungsfrist (Art. 210 Abs. 4 OR)



- Wissen über Mängel (Art. 200 OR):
 - ¹ "Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat."
 - ² "Für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat."



- Mustervertrag:
 - Ziffer 4: "Die Käuferin führte eine Due Diligence durch, in deren Rahmen sie uneingeschränkten Zutritt zur Geschäftsführung, zu den Anlagen und den Geschäftsbüchern (insbesondere auch zum nicht revidierten Zwischenabschluss der Gesellschaft per 30. Juni 2016) erhielt. Dessen ungeachtet geben die Verkäufer der Käuferin die nachfolgenden Zusicherungen ab."
- Andere Regelung, auf der Grundlage einer Mängelliste:

"Die Verkäufer sind nicht haftbar, sofern und soweit der anspruchsbegründende Sachverhalt in der Mängelliste schriftlich, konkret und in einem Detaillierungsgrad, der die Beurteilung der konkreten Risiken erlaubt, zur Kenntnis der Verkäufer gebracht worden ist. Im Übrigen wird Art. 200 OR vollumfänglich wegbedungen."



- Durch Offenlegung werden Mängel dem Käufer zur Kenntnis gebracht und von ihm akzeptiert – Berücksichtigung im Kaufpreis
 - Falls dies nicht erwünscht ist: Schadloshaltung oder Garantie
 - Beispiel: Der Verkäufer verpflichtet sich, für die Kosten der Altlasten-Sanierung eines Grundstücks aufzukommen.



- Wandelung (Art. 208 OR)
 - Rückgabe des Kaufgegenstandes (zusammen mit bezogenem Nutzen)
 - Rückerstattung des Kaufpreises mit Zinsen
 - Verschuldensunabhängiger Schadenersatz, bei Verschulden auch Haftung für "weiteren Schaden"
- Minderung des Kaufpreises (Art. 205 OR)
 - Der Kaufpreis wird im Verhältnis Ist-Wert : Soll-Wert herabgesetzt (sog. relative Methode).
 - Beispiel: Wert (mängelfrei) = 100, Kaufpreis = 80, Wert (mangelhaft) = 60
 - $X = (80 \times 60) / 100 = 48$
 - Der geminderte Preis beträgt 48, die Minderung (80-48) beträgt 32
 - Schadenersatz nach Art. 97 OR



- Beschränkung der Haftung grundsätzlich zulässig (Art. 199 OR):
 - "Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat."
- Art. 199 OR als *lex specialis* zu Art. 100 OR (umstritten)
 - Haftung des Verkäufers kann eingeschränkt oder im Rahmen von Art. 199 OR ganz ausgeschlossen werden
 - Arglist: Die Wegbedingung ist unwirksam, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat
 - Wird nur angenommen, wenn eine Aufklärungspflicht besteht



- Ausschluss der Wandelung bzw. des Rücktritts
 - Mustervertrag:
Ziffer 5.2: "Der Rücktritt vom Kaufvertrag nach dessen Vollzug ist ausgeschlossen."
 - Rückabwicklung eines Aktienkaufvertrages (Rückgabe von Aktien)?
Vgl. BGer 4A_581/2012

- Nach Vollzug nurmehr Schadenersatz
 - Vgl. zur relativen Methode beim Unternehmenskauf
BGer 4C.33/2004, E. 2.4
 - Mustervertrag:
Ziffer 5.2: "Bei Verletzung einer Zusicherung kann die Partei, die die Verletzung nicht zu verantworten hat, Schadenersatz fordern."



- Offene Schadenersatzklausel
 - "Im Falle einer Verletzung von Zusicherungen und Gewährleistungen kann die Käuferin vom Verkäufer verschuldensunabhängig Ersatz des Minderwertes, des Schadens der Käuferin sowie der Zielgesellschaft und/oder Herstellung des zugesicherten Zustandes verlangen."
- Summenmässige Begrenzung der Haftung
 - Mustervertrag:
Ziffer 5.2: "Die Höhe der Schadenersatzzahlung ist in jedem Fall auf 80% der Höhe des Kaufpreises beschränkt. Diese Beschränkung gilt nicht bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit."
- Ausschluss von bestimmten Schadensarten:
 - Keine Haftung für mittelbaren Schaden oder entgangenen Gewinn



- Ausschluss der Haftung für kleinere Schadensfälle
 - Mustervertrag:
Ziffer 5.2: "Bei Verletzung einer Zusicherung kann die Partei, die die Verletzung nicht zu verantworten hat, Schadenersatz fordern, wobei ein solcher nur geltend gemacht werden kann, wenn der frankenmässige Wert der verletzten Zusicherung(en) CHF 300'000 übersteigt (in diesem Falle aber für den gesamten Betrag)."
- Regelung, ob dieser Minimalbetrag ein Selbstbehalt oder ein Schwellenwert ist:
 - "in diesem Falle aber für den gesamten Betrag" = Schwellenwert
 - "Beträgt der Schaden mehr als CHF 300'000, so können die Ansprüche in dem Umfang eingefordert werden, in dem diese CHF 300'000 überschreiten" = Selbstbehalt



- Anfechtung wegen Willensmängeln
 - alternativ neben den übrigen Rechtsbehelfen möglich
(siehe Folien 9 und 12)
 - Ausschluss der Gewährspflicht schliesst Grundlagenirrtum betreffend Eigenschaften des Kaufgegenstandes aus (BGE 91 II 275, 279)
- Vertraglicher Ausschluss der Anfechtung wegen Willensmängeln
 - Ziel: Beschränkung der Haftung auf den vertraglich vereinbarten Rahmen
- Ausschluss von Rechtsbehelfen, die diesen Rahmen aushebeln könnten:
 - "Die Parteien schliessen hiermit ausdrücklich die Anfechtung und Aufhebung des Vertrages gestützt auf Art. 23 OR aus."
- Gültigkeit dieser Klausel?
 - Bei Art. 23 ff. OR insoweit, als sich der anspruchsbegründende Sachverhalt zugleich auf eine Verletzung der Zusicherungen und Gewährleistungen stützt