

HOMBURGER

15. März 2010
Flavio Romerio

Vertragsgestaltung und Kaufverträge



Disco-Fall (BGE 129 III 18 ff., Pra 2003 Nr. 30)

Sachverhalt

- B. verkauft 1995 den Nachtclub "Club D" der C. Laut Vertrag veräusserte die B. die gesamte Raumausstattung, den Goodwill, den Kundenstamm, das Recht auf die Enseigne (*Asset Deal*)
- Der Club befand sich in einem Gebäude, das der Immobiliengesellschaft E. gehörte. B. und C. hatten vereinbart, dass C. den Mietvertrag mit E. übernahm (OR 263)
- Der Übernahmepreis betrug CHF 1'050'000
- Vorgeschichte: 1966 Brand im "Club D". Räume wurden daraufhin mit Asbest (als Brandschutzmassnahme) behandelt. Die B. hatte Kenntnis davon. Es ist jedoch nicht bewiesen, dass die B. die C. vor Vertragsschluss über diesen Umstand informiert hatte
- 1998 erhielt C. einen Bericht eines Instituts für Betriebsgesundheit, dass die Räume sanierungsbedürftig seien. Sie machte folgende Forderung geltend: CHF 198'355 (Kostenvoranschlag für Sanierung), CHF 197'941 (erwartete Gewinneinbusse wegen Betriebsschliessung), CHF 60'000 (Abwanderung von Kunden)
- Der Kauvertrag enthielt keine Zusicherungen bez. den Mieträumlichkeiten

Disco-Fall (BGE 129 III 18 ff., Pra 2003 Nr. 30)

Entscheid des Bundesgerichts

- Da die Übertragung des Geschäftes aus verschiedenen Leistungen besteht (Mobiliar, Anlagen, Eintritt in den Mietvertrag, Kunden, Geschäftsbezeichnung usw.), liegt ein **Vertrag sui generis** vor
- Dieser Vertrag untersteht nicht ohne weiteres den Regeln des Fahniskaufs. Vielmehr ist
 - je nach umstrittener Leistungspflicht - nach der sachgerechtesten Regel zu suchen
- Weil der Verkauf auf die endgültige und vollständige Übertragung einer Sache abzielt, dies bei Mieträumen aber nicht vorliege, begründet Asbest in der Decke der übertragenen Mieträume keinen Sachmangel im Sinne von OR 197
- Der Mangel, welcher die Mietsache betraf, hätte auch zu einem Mangel der Kaufsache (Disco) führen können, wenn der Betrieb infolge des Mangels beeinträchtigt gewesen wäre. Dies war aber von der Vorinstanz nicht festgestellt worden
- Keine vertraglich Vereinbarungen über die Gewährleistung bezüglich Zustand der Räume
- Frist für Anfechtung wegen Willensmangel verpasst (OR 31)
- Kein Schaden, da nur Kostenvoranschläge vorliegen

Feuerwerks-Fall (BGE 107 II 419 ff.)

Sachverhalt (vereinfacht)

- Die Ibelo AG in Zürich handelt mit Feuerwerkskörpern
- Mit Vertrag vom **20. Dezember 1977** verkaufte Ferdinand Neumann alle Aktien der Ibelo AG für CHF 250'000 an Willy Grüninger (*Share Deal*)
- Unter Ziff. II des Vertrages erklärten die Parteien, 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 sah keine Zusicherungen bez. dem Warenlager vor
- 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

Feuerwerks-Fall (BGE 107 II 419 ff.)

Entscheid des Bundesgerichts

- Käufer hat die Wahl zwischen Gewährleistung, Schadenersatz nach OR 97 ff. oder der Anfechtung wegen Willensmängeln
- Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche unterliegen dabei in Bezug auf Verjährung, Prüfung der Ware und Mängelrüge den gleichen Vorschriften (OR 201, 210)
- Da beim *Share Deal* Aktien Kaufgegenstand sind, kommt eine Sachmängelhaftung des Verkäufers nur für Mängel der Urkunde in Betracht, nicht hingegen für Mängel des Unternehmens
 - Für den wirtschaftlichen Wert haftet der Verkäufer nur, wenn er Zusicherungen abgegeben hat
 - *In casu* aber keine rechtzeitige Rüge (OR 201)
- Weist das Unternehmen beim Aktienkauf wesentliche Mängel auf, kann ein Grundlagenirrtum geltend gemacht werden (OR 24 I Ziff. 4):
 - "Unter diesen Umständen muss ein Irrtum über den Wert der Warenvorräte, die nach Auffassung des Klägers nur etwa einen Drittel des angegebenen Betrages ausmachen, nicht nur als wesentlich, sondern auch als kausal für den Vertragsabschluss angesehen werden."

Überblick über Rechtsbehelfe

Verzug und Nichterfüllung	Rechtsgewähr	Haftung für Sachmängel	Schadenersatz nach OR 41 und 97	Anfechtung wegen Willensmängeln
<ul style="list-style-type: none">• Haftung des Verkäufers, der nicht liefert oder verspätet liefert bzw. Käufer, der nicht zahlt• Haftung richtet sich nach OR 214 und 215• Rücktritt vom Vertrag• Schadenersatz im kaufmännischen Verkehr nach Differenzregel	<ul style="list-style-type: none">• Haftung des Verkäufers, wenn ein Dritter dem Käufer den Kaufgegenstand gestützt auf eine besseres Recht entzieht• OR 192 - 196	<ul style="list-style-type: none">• Haftung, wenn Kaufobjekt die vorausgesetzten oder zugesicherten Eigenschaften nicht hat• Klage auf Wandelung oder Minderung• Verschuldensunabhängige Haftung	<ul style="list-style-type: none">• Konkurrierend neben Sachmängelhaftung• Es gelten die gleichen Formalien und Verjährungsfristen wie bei der Haftung für Sachmängel	<ul style="list-style-type: none">• Bei Grundlagenirrtum und Täuschung• Formalien und Verjährungsfristen des Kaufrechts gelten nicht

Einleitung zur Sachgewähr

- "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." (OR 197)
- Abweichung von Ist- zur Soll-Beschaffenheit
- Soll-Beschaffenheit kann sich nach objektiven oder nach subjektiven Kriterien bestimmen
 - Abwesenheit von Mängeln, die Wert oder Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern (objektives Kriterium)
 - Vorhandensein von Eigenschaften, die der Verkäufer zugesichert hat (subjektives Kriterium)
 - Zusicherungen sind nicht an Form gebunden
 - Zusicherungen können auch konkludent abgegeben werden

Vertragliche Zusicherungen

- Unternehmenskaufverträge sehen i.d.R. einen ausführlichen Katalog von Gewährleistungen vor
 - Rechtstechnisch gelten diese als "Zusicherungen"
- Beispiele aus dem Mustervertrag:
 - 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."
- Abschliessende Liste der Zusicherungen:
 - Ziffer 4: "Abgesehen von den nachfolgenden Zusicherungen leisten die Verkäufer keine Gewähr."

Zeitpunkt des Gefahrenübergangs

- Gesetzliche Regelung des Gefahrenübergangs
 - Haftung des Verkäufers nur, wenn 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" (OR 185 I)
 - Falls aufschiebende Bedingung vereinbart, dann geht Gefahr erst mit Eintritt der Bedingung über (OR 185 III)
 - Ist Mangel erst nach Gefahrenübergang entstanden, haftet der Verkäufer wegen OR 185 nicht
- Vertragliche Regelung:
 - Mustervertrag?
 - Andere Regelung: "Die Verkäufer geben der Käuferin die nachfolgenden Zusicherungen jeweils per Datum der Vertragsunterzeichnung und des Vertragsvollzugs ab"

Abgrenzung zu den Garantien

- Gesetzliche Regelung:
 - Von der Zusicherung zu unterscheiden ist die selbständige Garantie
 - Sie liegt namentlich vor, wenn es um **künftige** Eigenschaften des Kaufobjekts geht
 - Für sie gelten die Rügeobliegenheit (OR 201) und die kurze Verjährung (OR 210) nicht
 - Ob eine Garantie vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls
- Vertragliche Regelung:
 - Vereinbarung von sog. Schadlos-Haltungen für bestimmte künftige Ereignisse
 - Zum Beispiel laufende Verfahren oder die Veranlagung von Steuern
 - Beispiel: "Die Verkäufer halten die Käufer solidarisch vollumfänglich für alle Aufwendungen, Kosten und Zahlungen schadlos, die der X. aus oder im Zusammenhang mit dem Patentnichtigkeitsprozess anfallen, der derzeit vor dem Handelsgericht Zürich unter der Verfahrensnummer HG/2009/432 hängig ist. [...]"

Prüfungs- und Rügeobliegenheiten

Gesetzliche Regelung

- OR 201: "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:
 - BGE 107 II 422: zwei Wochen, um Aktiven des Unternehmens zu prüfen
- Versteckte Mängel bleiben ausser Betracht:
 - "soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren." (OR 201 II)
- Genehmigungsfiktion entfällt bei absichtlicher Täuschung (OR 203)

Prüfungs- und Rügeobligationen

Vertragliche Regelung (1|2)

- Die gesetzlichen Prüfungs- und Rügeobligationen werden fast immer vollständig wegbedungen und durch eine parteiautonome 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"
- Parteiautonome Regelung der Rügefrist:
 - "Die Käufer müssen dem Verkäufer einen Mangel innert 40 Tagen, nachdem sie davon Kenntnis erlangt haben, mittels schriftlicher Mitteilung anzeigen."

Prüfungs- und Rügeobliegenheiten

Vertragliche Regelung (2|2)

- 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 eingereichten Mängelrüge in der gleichen Höhe angefallen wäre."

Verjährung

- Gesetzliche Regelung:
 - "Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf eines Jahres 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."
 - Kann auf max. 10 Jahre verlängert werden (BGE 99 II 185; bestätigt in BGE 132 II 225)
- Vertrag (Mustervertrag Ziff. 5.1)
 - "Die Ansprüche aus Verletzung von Zusicherungen gemäss Ziff. 4 verwirken 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, verwirken 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 Vertrags ersetzt"

Vom Käufer gekannte Mängel

Gesetzliche Regelung

- Wissen über Mängel (OR 200)
 - "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."
- OR 200 I beschränkt die Haftung des Verkäufers für Mängel, die der Käufer bei **Vertragsschluss** gekannt hat
- OR 200 II beschränkt Haftung für Mängel, die der Käufer bei "gewöhnlicher Aufmerksamkeit" hätte erkennen können, ausser Verkäufer hat Mangelfreiheit zugesichert

Vom Käufer gekannte Mängel

Vertragliche Regelung (1|2)

- Mustervertrag Ziff.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 2009) erhielt. Dessen ungeachtet geben die Verkäufer der Käuferin die nachfolgenden Zusicherungen ab."

- Regelung der Rechtsfolgen im Mustervertrag?

- Beispiel:

- "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."

Vom Käufer gekannte Mängel

Vertragliche Regelung (2|2)

- Durch Offenlegung wird Mangel dem Käufer überbürdet – Berücksichtigung im Kaufpreis
 - Falls dies nicht erwünscht ist, wird der Sachverhalt durch eine Schadloshaltung geregelt
 - Garantie i.S.v. OR 111
- Beispiel: Verkäufer verpflichtet sich, für die Kosten der Altlasten-Sanierung eines Grundstücks aufzukommen

Sachmängelansprüche

Gesetzliche Regelung

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

Haftungsbeschränkung

Gesetzliche Regeln

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

Haftungsbeschränkungen

Vertragliche Regelungen (1|3)

- Ausschluss der Wandelung
 - Mustervertrag Ziff. 5.2:
 - "Der Rücktritt vom Kaufvertrag nach dessen Vollzug ist ausgeschlossen."
- Nach Vollzug nurmehr Schadenersatz
 - Relative Methode beim Unternehmenskauf nicht praktikabel
 - Mustervertrag Ziff. 5.2
 - "Bei Verletzung einer Zusicherung kann die Partei, die die Verletzung nicht zu verantworten hat, Schadenersatz fordern"
- Offene Schadenersatz-Klausel
 - "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."

Haftungsbeschränkungen

Vertragliche Regelungen (2|3)

- Summenmässige Begrenzung der Haftung
 - Mustervertrag Ziff. 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 Schadenstypen:
 - Haftung für mittelbaren Schaden oder entgangenen Gewinn

Haftungsbeschränkungen

Vertragliche Regelungen (3|3)

- Ausschluss der Haftung für kleinere Schadensfälle
 - Mustervertrag Ziff. 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" = kein Selbstbehalt
 - "Beträgt der Schaden mehr als CHF 300'000, so können die Ansprüche in dem Umfang eingefordert werden, in dem diese CHF 300'000 überschreiten"

Ausschluss der übrigen Rechtsbehelfe

- Dispositive Regelung:
 - Anfechtung wegen Willensmängel ist alternativ möglich
- Vertraglicher Ausschluss der Anfechtung wegen Willensmängeln
 - Kanalisierung 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 Vertrags gestützt auf Art. 23 OR aus."
- Gültigkeit dieser Klausel?
 - Bei OR 23 ff. insoweit, wie sich der anspruchsbegründende Sachverhalt zugleich auf eine Verletzung der Zusicherungen und Gewährleistungen stützt