



HERAUSGEBER: RUDOLF TSCHÄNI

Mergers & Acquisitions

SCHULTESS POLYGRAPHISCHER VERLAG ZÜRICH 1998

Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen

von
Peter Böckli*

Inhalt

- I. Einführung
- II. Gesetzliche Gewährleistung bei Unternehmenskäufen
 - 1. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für vorausgesetzte Eigenschaften des Unternehmens
 - a) Das Unternehmen als wirtschaftlicher Kaufgegenstand
 - b) Abgrenzung zum reinen Anteilskauf
 - 2. Für welche Eigenschaften des übertragenden Unternehmens leistet der Käufer von Gesetzes wegen Gewähr?
 - a) "Vorausgesetzte Eigenschaften" des gekauften Unternehmens
 - b) Tragweite des Schutzes aus dem Konzept der "zugesicherten Eigenschaften"
 - aa) Ordnungsmässigkeit der Übernahmebilanz
 - bb) Ordnungsmässigkeit der Betriebsführung und Rechtseinhaltung im Unternehmen
 - cc) Abwesenheit von erheblichen betriebsrelevanten Mängeln im Unternehmen
 - 3. Die Prüfungs- und Rügefrist
 - 4. Beschränkte Leistungsfähigkeit des gesetzlichen Schutzes unter dem Titel der vorausgesetzten Eigenschaften
 - a) Die Problematik
 - aa) Tatbestand
 - bb) Voraussetzungen für die Rechtsfolgen
 - b) Ausweichen auf andere Schutzmechanismen
 - aa) Schadensersatz aus Art. 97
 - bb) Grundlagenirrtum
 - cc) Culpa in contrahendo
 - dd) Deliktische Ansprüche

* Herrn Kollegen Prof. Dr. ERNST A. KRAMER, Universität Basel, ist der Verfasser überaus dankbar für ein Kolloquium über gewisse dogmatische Kernfragen des Gewährleistungsrechtes im Unternehmenskauf. Herrn Dr. LUKAS MORSCHER, Advokat, und Herrn lic.iur. CHRISTOPH B. BÜHLER ist zu danken für Ihre Mitwirkung bei der Aufbereitung des Materials und der Korrektur sowie für wertvolle Vorschläge. Mehrere Hinweise sind ausserdem Frau Dr. MELANIE FREY zu verdanken. - Literaturübersicht am Schluss.

5. Anwendung der Rechtsfolge "Wandelung" oder "Minderung des Kaufpreises"

- a) Wandelung
- b) Minderung
 - aa) Die Methode der virtuellen Verhandlungssituation
 - bb) Verbleibende Probleme
 - cc) Die Frage der Verrechnung von Mehr- mit Minderwert

III. Vertragliche Schutznormen für den Käufer

1. Vertragliche Zusicherungen
 - a) Abgrenzung der echten "Zusicherungen" von den blossen "Angaben" einerseits und den Garantieabreden andererseits
 - b) Echte Zusicherungen
 - aa) Rechtliche Funktion der Zusicherung
 - bb) Ergänzende Funktionen der Zusicherungen des Verkäufers
 - c) Beispiele für den Zusicherungskatalog in Unternehmenskaufverträgen
 - d) Zusammenspiel von Zusicherungen und vorausgesetzten Eigenschaften
 - e) Stillschweigende Zusicherungen
2. Selbständige Garantieabreden zugunsten des Käufers
 - a) Von der Mängelgewährleistung losgelöste bedingte Zahlungs- oder Leistungsversprechen des Verkäufers
 - b) Die Abgrenzung und ihre Folgen
3. Weitere vertragliche Festlegungen beim Unternehmenskauf
 - a) Vorrangige Nachbesserung durch den Verkäufer
 - b) Mängelfeststellung
 - c) Berechnungsformel für die Preisminderung
 - d) Der "cap" oder die absolute Begrenzung des Minderungsbetrages
 - aa) Die Funktion des "cap" im Unternehmenskaufvertrag
 - bb) Die Frage der Freizeichnung für grobfahrlässige Fehler
 - cc) Die Frage der Wirksamkeit der Haftungsmittele bei echten Garantieabreden
 - dd) Ergebnis
 - e) Vereinbarungen über vom Gesetz abweichende zeitliche Begrenzungen
 - aa) Verjährung
 - bb) Prüfungs- und Rügefrist
 - f) An den Zusicherungskatalog angeknüpfte Suspensivbedingungen für den Vollzug ("conditions precedent to closing")
 - aa) Die aufschiebende Bedingung für das Wirksamwerden des Vertrages "per Vollzugstag"
 - bb) Vertragliches Rücktrittsrecht des Käufers am Vollzugstag
 - cc) Potestative Bedingung
 - dd) Auflösende Bedingungen nach dem Vollzug
4. Überschüssender Ersatz für den Käufer

IV. Schlusswort

Literatur

I. Einführung

Entdeckt der Käufer eines Unternehmens nach dem Vertragsvollzug, dem "Closing", dass wichtige Elemente des Unternehmens, dessen finanzielle Verfassung oder die Ertragskraft nicht den Vorstellungen entsprechen, welche er im Augenblick seines Kaufentschlusses hatte, so stellt sich die Frage nach den Rechtsbehelfen gegenüber dem Verkäufer.

Fast immer wird ein *schriftlicher Vertrag* mit mehr oder weniger genauen Bestimmungen über die vom Käufer verlangte und vom Verkäufer zugesicherte Beschaffenheit des Unternehmens vorliegen. Mit diesem Normalfall gilt es sich noch auseinanderzusetzen; dennoch ist es methodisch notwendig, zur Aufgleisung der hier zu besprechenden Rechtsfragen zuerst die dogmatischen Grundfragen unter der Prämisse anzugehen, es liege *kein* schriftlicher Unternehmenskaufvertrag oder nur eine rudimentäre Vereinbarung vor. Weiter wird unterstellt, es werde die Beherrschung über ein Unternehmen dadurch übertragen, dass die Stimmenmehrheit oder -gesamtheit der Kapitalgesellschaft, welche Rechtsträgerin des Unternehmens ist, an den Käufer verkauft wird¹; vorausgesetzt wird, es gehe um eine Aktiengesellschaft. Folgende Fragen sollen als Leitlinie dienen:

1. *Muss der Verkäufer, der dem Käufer durch Aktienübertragung die Beherrschung eines Unternehmens verschafft, von Gesetzes wegen für die vorausgesetzten Eigenschaften des Unternehmens einstehen?*
2. *Welche Merkmale des Unternehmens sind nach der Verkehrsübung vorausgesetzte Eigenschaften und werden damit gewissermassen "automatisch" gewährleistet?*
3. *Was vermag das dispositive gesetzliche Gewährleistungsrecht zu leisten? Auf was für alternative Behelfe kann der Käufer ausweichen?*
4. *Wie sind die Rechtsfolgen - Minderung oder Wandelung - im Falle einer gestörten Unternehmensübernahme praktisch anzuwenden?*
5. *Wodurch unterscheiden sich die Garantieabreden von der Gewährleistung?*
6. *Was vermögen die weiteren vertraglichen Abreden dem Käufer zu bieten?*

1 Es geht genauer eingegrenzt, um den "Share Purchase" (ausserhalb eines öffentlichen Kaufangebots nach Börsengesetz). In der weit überwiegenden Mehrzahl aller praktisch vorkommenden Unternehmensakquisitionen in der Schweiz ist Trägerin des Unternehmens eine *Aktiengesellschaft*. Kaufrechtlich verhalten sich die Dinge im übrigen gleich, wenn es um eine GmbH geht. Der Fall des Kaufs eines beherrschenden Anteils an einer *Personenfirma* (Personengesellschaft oder Einzelfirma) sowie der Sonderfall des "Asset Deal" (Kauf von Aktiven und Passiven) können hier nicht behandelt werden.

7. *Wie ist es zu halten, wenn die vertraglichen Mechanismen dem Käufer als Endergebnis einen deutlich überschüssenden Ersatz zukommen lassen?*

Dabei werden auch gewisse Sonderfragen gestreift, wie das Problem der sog. "after-tax"-Klausel im Minderungsmechanismus und das Problem des Verhältnisses der Mängelgewährleistung zur Anfechtung wegen *Grundlagenirrtums*. Kein Raum bleibt für das an sich fesselnde Thema der Einordnung des anglo-amerikanischen "due diligence audit" (Sorgfaltsprüfung) in unser Kaufrecht² sowie für die Behandlung des treuhänderischen Sperrdepots eigener Art, des sog. "escrow"³.

II. Gesetzliche Gewährleistung bei Unternehmenskäufen

1. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für vorausgesetzte Eigenschaften des Unternehmens

a) *Das Unternehmen als wirtschaftlicher Kaufgegenstand*

In dem dogmatisch wegleitenden Fall, dass es an besonderen vertraglichen Zusicherungen und Garantien fehlt, hat der Unternehmensverkäufer für die vorausgesetzten, d.h. die nach guter Praxis im Unternehmenskontrollmarkt als selbstverständlich zu erwartenden, wirtschaftlich relevanten Eigenschaften des Unternehmens kraft dispositiv-gesetzlicher Sachmängelgewährleistung⁴ dem Käufer einzustehen. Diese These wird hier in Abweichung von der älteren Schweizer Lehre⁵ und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶, und in Übereinstimmung mit dem neueren Schrifttum vertreten. Sie entspricht auch der vorherrschenden Rechtsauffassung in Deutschland⁷ - einer Rechtstradition, die sich ebenfalls am römischen

Kaufrecht orientiert⁸, doch in manchen Einzelheiten von der unseren abweicht⁹; darauf ist noch einzugehen.

Das *Bundesgericht* sieht im Kauf der beherrschenden Stimmenmehrheit oder der Gesamtheit der Aktien eines Unternehmensträgers einen blossen Wertpapierkauf, bei dem es ausserhalb besonderer Zusicherungen im Vertrag keine gesetzliche Gewährleistung für die Eigenschaften des übertragenen Unternehmens gibt. Indessen hat sich heute eine starke Lehrmeinung herausgebildet¹⁰, welche den herkömmlichen Standpunkt des Bundesgerichts als zu formalistisch verwirft. Denn die Feststellung drängt sich gebieterisch auf, dass ein Kaufvertrag, durch den sämtliche Anteile - im Normalfall Aktien - eines Unternehmensträgers übertragen werden, essentiell auf die Verschaffung der *Verfügmacht über ein Unternehmen*, einen im Markt werbend tätigen "going-concern", abzielt. Das Unternehmen definiert sich dabei (i) durch den planmässigen Einsatz von Kapital, Arbeit und immateriellen Werten, (ii) mit betriebswirtschaftlichen Zielen und Methoden, (iii) zur nachhaltigen Erbringung von marktfähigen Leistungen, (iv) in einem bestimmten Markt und einer bestimmten Marktposition¹¹. Es wäre geradezu ein überspitzter Formalismus, nur gerade die Anteilsrechte (bzw. die Wertpapiere, die diese verkörpern) als Gegenstand des Erwerbswillens des Käufers und des Veräusserungswillens des Verkäufers zu bezeichnen. In Tat und Wahrheit ist die Übergabe dieser Anteile unübersehbar nur Mittel zum Zweck; sie vermitteln dem Käufer rechtlich die *angestrebte Verfügmacht über das Unternehmen und die Nutzungsrechte daran*¹². Jede andere Interpretation des Parteivillens erschiene als wirklichkeitsfremd. Denn auch dem Verkäufer ist in den Verkaufsverhandlungen klar bewusst, dass Gegenstand der Gespräche, Mass für die Preisbestimmung und Ziel der ganzen

8 Die Gewährleistung beim Marktkauf einer beweglichen Sache wurde von den *Aedilen* als Marktaufsehern im Sinne einer gegenüber dem ordentlichen Prozess vereinfachten und vor allem griffigeren Problemlösung entwickelt. Die Bruchstelle zum ordentlichen Prozess hat sich bis heute erhalten, hinten Ziff. II.4.b).

9 Im Gegensatz dazu sieht das anglo-amerikanische Recht, das insbesondere wegen der ausgeprägten Orientierung am Grundsatz "caveat emptor" und dem Abstellen auf den exakten Vertragswortlaut erheblich verkäuferfreundlicher eingestellt ist. Vgl. HANNO MERKT (1995) 1041 und 1045.

10 HANS GIGER (1979) Art. 197 N 47 und N 85-89; PETER BALDI (1975) 139 ff.; THOMAS LORTSCHER (1984) 71; ROLF WÄTTER (1990) 150 ff.; RUDOLF TSCHÄNI (1991) 115/116 (immerhin offenbar abweichend N 59); JÜRGE ALEXANDER LUGNBÜHL (1993) 171 ff.; wohl auch HEINRICH HONSELL (1996) Art. 197 N 4. Ohne eindeutige Stellungnahme HEINRICH HONSELL (1997) 28.

11 Vgl. die Definition bei JÜRGE ALEXANDER LUGNBÜHL (1993) 7 f.

12 Diese Betrachtungsweise geht ursprünglich auf PETER HOMMELHOFF (1975) 20 ff. zurück. Hier wird auch die *Nutzungsbeugs* erwähnt, weil der Beherrscher eines Unternehmens einen qualitativ stärkeren Zugriff auf Vermögen und Ertrag hat als ein blosser Anteilseigner.

2 Vgl. dazu, aus deutscher Sicht, HANNO MERKT (1995) 1041 ff.

3 "Escrow" ist normannisches Französisch des 11./12. Jahrhunderts: "escroig" entspricht dem modernen "écrou" und bedeutet "Riegel" oder eben Verriegelung, Sperrdepot.

4 Art. 197 ff. OR.

5 PIERRE CAVIN (1977) 78; GUHL/MERZ/KUMMER (1991) 354.

6 BGE 79 II 155 i.S. *Frick c. von Arx* (auf S. 159 praktisch ohne nachvollziehbare Herleitung der These der Unanwendbarkeit der Haftung des Verkäufers für den vorausgesetzten wirtschaftlichen Wert des Unternehmens); BGE 107 II 419 i.S. *Griminger c. Neumann* (mit einer blossen Verweisung auf den Vorentscheid als "ständige Rechtsprechung").

7 Übersieht bei JÜRGE ALEXANDER LUGNBÜHL (1993) 166 ff.

käuferischen Initiative nichts anderes als das bisher vom Verkäufer beherrschte Unternehmen ist.

b) *Abgrenzung zum reinen Anteilskauf*

Es versteht sich, dass der klarste Fall im Kauf von *allen* (oder praktisch allen) *Anteilen* der Unternehmensträgerin vorliegt. Die Abgrenzung zwischen einem Unternehmenskauf und einem Kauf einzelner Anteile darf dabei jedoch nicht im Erfordernis von genau 100 % gesucht werden¹³, sondern im Kriterium des Übergangs der *Beherrschung* vom Verkäufer auf den Käufer¹⁴. Nach Schweizer Recht wird die vollkommene Beherrschung auf jeden Fall¹⁵ durch die Abtretung von 66,7 % der Stimmrechte (normalerweise eben der Aktienstimmen¹⁶) vermittelt. Aber je nach Parteiwillen genügt schon die *absolute Mehrheit* der Stimmrechte¹⁷, weil die Generalversammlungsbeschlüsse, welche das Gesetz dem Erfordernis der 2/3-Mehrheit unterstellt¹⁸, im "courant normal" eines Firmendaseins selten eine Rolle spielen; jedenfalls vermag ihr Nichtzustandekommen den Gang der Geschäfte nur in Ausnahmefällen entscheidend zu behindern¹⁹.

Bestimmend für den wirklichen Vertragsgegenstand ist, ob der Verkäufer *vorher* die Beherrschung innehatte - er verkauft nur, was er hat. Verkauf der Verkäufer nichts anderes als seine Minderheitsanteile von z.B. 10,1 %, so geht es, selbst wenn der Käufer vorher schon 40 % der Anteile hielt und durch die 10,1 % des Verkäufers nun zur Beherrschung gelangt, nur um einen Anteilskauf; der Verkäufer

13 Anders im *deutschen Recht*, wo gerade so abgegrenzt wird. Eine Beherrschungsbetragung mit 75,1 % der Stimmen soll dort nicht die Gewährleistung für das gekaufte Unternehmen auslösen. Der Bundesgerichtshof anerkennt einen Anteil von etwa 0,25 % als in diesem Sinne unschädlich, hat aber im übrigen offengelassen, ob die Grenze bei 10 % oder bei 25 % liegen soll (BGHZ 65, 246 = NSW 1976, 236). Vgl. dazu VOLKER TRIEBEL (1998) 2; PETER HOMMELHOFF (1982) 366 ff. und ders. (1976) 283 ff. und HARV PETER WESTERMANN (1995) § 433 N 14-16.

14 Vgl. RUDOLF TSCHÄNI (1991) 116; JÜRGEN ALEXANDER LUGNBÜHL (1993) 110 f.

15 Vorbehältlich ganz ungewöhnlicher Statutenbestimmungen.

16 Art. 704 Abs. 1 OR. Bei der GmbH braucht der Käufer nach geltendem Recht eine stärkere Mehrheit, in einer Zwei- oder Dreipersonen-GmbH können 100 % der Stimmen nötig sein. Art. 791 OR.

17 Die Hälfte plus eine bei gerader, die Hälfte plus eine halbe bei ungerader Gesamtzahl.

18 Art. 704 Abs. 1 OR.

19 Insbesondere ist die "orthodoxe" Kapitalerhöhung - d.h. jene nach dem ordentlichen Verfahren des Art. 650 OR, gegen Bareinlage und ohne Ausschluss des Bezugsrechtes der Aktionäre - mit der *absoluten Mehrheit* des Art. 703 OR durchführbar, und im Gegensatz zum deutschen (3/4-Mehrheit) und französischen Recht (2/3-Mehrheit) genügt nach Schweizer Recht für alle Statutenänderungen ausser jenen des Art. 704 OR die absolute Mehrheit. Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 24 N 28 ff.; PETER BÖCKLI (1996) Rz 166 f.

haftet in diesem Fall zu Recht nach der Bundesgerichtspraxis²⁰ nur für die Güte und "gute Lieferung" der abgetretenen Aktien als solchen²¹.

2. Für welche Eigenschaften des übertragenden Unternehmens leistet der Käufer von Gesetzes wegen Gewähr?

a) "Vorausgesetzte Eigenschaften" des gekauften Unternehmens

Gemäss der vorläufigen Annahme - es gebe *keine* besonderen vertraglichen Zusicherungen und Garantien - haftet der Verkäufer kraft dispositiv-gesetzlicher Gewährleistung ohne weiteres für das Vorhandensein der *vorausgesetzten Eigenschaften* des Kaufgegenstandes²². Dabei ist für das Schweizer Recht zu beachten, dass dieser Kurzausdruck "vorausgesetzte Eigenschaften" keineswegs genau dem Wortlaut des Art. 197 Abs. 1 OR entspricht. Nach der dortigen Formel haftet der Verkäufer nämlich dafür,

"dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern."²³

Es geht also um die Abwesenheit von zweierlei Mängeln, nämlich erheblich wertmindernden oder solchen, welche den Gebrauch erheblich behindern. Dabei ist die Kennzeichnung als "körperliche Mängel" nicht als Beschränkung auf im engeren Sinn "körperliche" Fehler, sondern als umfassende Alternative zum Sonderfall der Rechtsmängel zu verstehen. Die Formel umfasst auch die sog. *wirtschaftlichen* Mängel des Unternehmens²⁴, welche nicht in einem engeren Sinne als "körperlich" bezeichnet werden können²⁵.

Im deutschen Recht stellen sich da Probleme: Zwar zögern dort die Gerichte nicht, die Normen über die Sachmängelgewährleistung auf den Unternehmenskauf durch Erwerb sämtlicher Anteile anzuwenden. Doch verursacht der Gedanke, dass nach dem BGB die Gewährleistung sich stets nur auf "Eigenschaften der Kaufsache"

20 BGE 79 II 159; 107 II 419; vgl. JÜRGEN ALEXANDER LUGNBÜHL (1993) 164 f.

21 Immer unter der Prämisse hier, es gebe *keine* Zusicherungen und Garantien.

22 Dazu HANS GIGER (1979) Art. 197 N 51 ff.

23 Hervorhebungen beigelegt.

24 So an sich schon BGE 45 II 445.

25 So die herrschende Lehre, vom Fn 11. Das *Bundesgericht* wendet die Sachgewährleistungsvorschriften bei Fehlen von zugesicherten Eigenschaften nur an, wenn zum Unternehmensvermögen gehörende Gegenstände, über die einzeln verfügt werden kann, mangelhaft sind, sowie beim praktisch kaum bedeutsamen Fall, dass die in Wertpapieren verbrieften Aktien selbst mangelhaft sind. Vgl. BGE 79 II 158, 91 f 354.

bezieht²⁶, einiges Stirnrunden. In der Tat kann man einen semantischen Streit darüber führen - und in Deutschland wird er eifrig geführt -, ob eine bestimmte feststellbare Tatsache in einem Unternehmen (z.B. die Tatsache, dass eine bestehende, schwebende Steuerschuld nicht im Fremdkapital der Bilanz als Rückstellung eigenkapitalmindernd ausgewiesen ist, oder dass eine Betriebsbewilligung fehlt) wirklich eine "Eigenschaft der Kaufsache" sei²⁷. Der deutsche Bundesgerichtshof verlangt stark einschränkend für die Annahme eines Unternehmensmangels, dass durch das Fehlen des einzelnen Gegenstandes die Tauglichkeit des Unternehmens *als Ganzes* nicht mehr gegeben, also seine wirtschaftliche Grundlage durch den Mangel erschüttert ist²⁸. Im Schweizer Recht spielt diese Abgrenzung eine geringere Rolle. Jeder Mangel, d.h. jede substantielle Abweichung von einem ordnungsmässigen Zustand, der den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit erheblich mindert, ist für die Gewährleistung relevant, falls dessen Nichtvorliegen vom Käufer vorausgesetzt werden dürfte²⁹.

Entscheidend zur Abgrenzung dessen, was bei einem Unternehmenskauf vorausgesetzt zu werden pflegt, ist die sog. *Verkehrsrübung*³⁰. Darunter ist in heutiger Sprache die im Unternehmenskontrollmarkt effektiv vorherrschende gute Praxis zu verstehen. Nach der hier vertretenen These setzt der Käufer im Geschäftsverkehr voraus, dass (positiv ausgedrückt) das Unternehmen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in durchschnittlich gutem Zustand ist, und das Unternehmen den Anforderungen einer ordnungsmässigen Betriebsführung entspricht, und (negativ ausgedrückt), dass erheblich wertmindernde oder den Unternehmensbetrieb erheblich behindernde Mängel nicht vorhanden sind.

b) *Tragweite des Schutzes aus dem Konzept der "zugesicherten Eigenschaften"*

aa) *Ordnungsmässigkeit der Übernahmebilanz*

Aus dem Grundsatz, dass Grundvoraussetzung eines Unternehmenskaufs der *Standard der guten Praxis* sein muss und der Verkäufer somit das Unternehmen in einem ordnungsgemässen Zustand zu verkaufen hat, ergibt sich - entgegen einem Teil der Lehre, vor allem der in Deutschland vorherrschenden einengenden Lehre

26 Vgl. §§ 459 ff. BGE.

27 Dazu PETER HOMMELHOFF (1975) 19 ff.; vgl. den Hinweis bei VOLKER TRIEBEL (1998) 4.

28 BGH NJW 1970, 556 und BGH NJW 1979, 33. Vgl. HARM PETER WESTERMANN (1995) § 459 N 44.

29 Ebenso JÜRGEN ALEXANDER LUGNBUHL (1993) 171/172.

30 BGE 53 II 309 f., 50 II 17 f.; 47 II 160 ff.; 34 II 640.

und Rechtsprechung³¹ - eine erste wichtige Feststellung: Der Käufer setzt ohne jede besondere Zusicherung im Vertrag bei jedem Unternehmenskauf vor allem voraus, dass die *Übernahmebilanz* den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung³² entspricht³³.

Dies ist bei Lichte betrachtet das gesetzliche *Minimum der Pflichterfüllung* durch die bisherige Unternehmensträgerin. Deren Verhalten wurde bislang allein durch den Verkäufer bestimmt, und dieser kann nicht anders als hinnehmen, dass der Käufer die Rechteinhaltung ("legal compliance") voraussetzt. Und vor allem kann der Verkäufer nicht etwa gegebenenfalls aus der im eigenen Herrschaftsbereich aufgetretenen Regelverletzung etwas gegen den Käufer ableiten. Die ordnungsmässige Rechnungslegung verlangt aber auch, dass die Ermittlung des *Jahresgewinns* bis zum Bilanzstichtag diesen minimalen Anforderungen gerecht wird, weshalb der Verkäufer für die richtige oder nach den anwendbaren Prinzipien mindestens *vertretbare* Darstellung der Ertragslage bis zum Übernahmestichtag von Gesetzes wegen (d.h. auch ohne entsprechende Zusicherung im Vertrag) Gewähr leistet³⁴. Dies gilt selbstverständlich nur, wenn die rechtlichen Kriterien für einen Unternehmenskauf und nicht einen blossen Anteilskauf erfüllt sind.

Dieses Einsteigen für Ordnungsmässigkeit der Jahresrechnung hat weitreichende Folgen, weil die Bilanz vor allem auch die bestehenden *Eventualverbindlichkeiten* durch ausreichende Rückstellungen und gegebenenfalls durch einen Vermerk im Anhang ausweisen muss³⁵. Unbekannte Verbindlichkeiten, die später zum Vorschein kommen und nach den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung unbedingt hätten ausgewiesen oder zurückgestellt werden müssen, werden damit von der gesetzlichen Gewähr des Verkäufers erfasst.

31 Vgl. hierzu zusammenfassend ROLF WATTER (1990) 173, Fn 558.

32 Art. 662 ff. OR in der Fassung vom 4. Oktober 1991; dazu BOTSCHAFT DES BUNDESRAATES vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745, Ziff. 209; PETER BÖCKLI (1996) Rz 813 ff. Denkbar ist, dass der Unternehmensträger, normalerweise eine AG, in ihren Erläuterungen zum Jahresabschluss sich *anderen Grundsätzen der Rechnungslegung* unterstellt, z.B. den Schweizer Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (FER) oder den International Accounting Standards (IAS).

33 THOMAS LORTSCHER (1984) 56; ROLF WATTER (1990) 173; HEINRICH HONSEL (1997) 69. Ein deutlicher Hinweis, wenn auch nicht eine klare Bestätigung, für diese Sicht der Dinge findet sich in BGE 107 II 426 (überbewertetes Warenlager).

34 JOHANNES STAINER (1993) 46 ff. für das österreichische Recht.

35 Anderer Ansicht ist ROLF WATTER (1990) 248.

Natürlich vermag nur ein *erheblicher* Mangel der Rechnungslegung zur gesetzlichen Gewährleistung zu führen³⁶, und nur wenn der Mangel nicht nur *geeignet* ist, einen *Minderwert des Unternehmens* zu bewirken, sondern dies auch effektiv tut.

bb) Ordnungsmässigkeit der Betriebsführung und Rechteinhaltung im Unternehmen

Der Käufer kann auch davon ausgehen, dass der Verkäufer das Unternehmen in einer Weise geführt hat oder hat führen lassen, welche den zwingenden Normen des öffentlichen Rechts entspricht und mit den Schutznormen des Privatrechts (z.B. Vertragsrecht), wenn vielleicht nicht in allen Details, so doch in allen wichtigen Punkten im Einklang steht ("*legal compliance*").

Diese Ausprägung der gesetzlichen Schutzwirkung des Kaufrechtes geht in der heutigen Zeit recht weit, da darunter auch die Einhaltung der Umweltschutznormen und der Normen der Produkthaftung fällt. Der Verkäufer kann Mängel in diesem Bereich nicht verschweigen, in der Hoffnung, das Gericht werde - wie es im deutschen Recht tendenziell aussteht - im Zweifel das Vorliegen der Begriffsmerkmale einer "vorausgesetzten Eigenschaft" verneinen. Will er nicht haften, so muss er den als erheblich einzuschätzenden Mangel offenlegen und, um sich zu sichern, die Offenlegung im Vertrag (oder in einem Vertragsanhang über die "*disclosures*") festhalten.

cc) Abwesenheit von erheblichen betriebsrelevanten Mängeln im Unternehmen

Die gesetzliche Gewähr, die - in der Sicht der herrschenden Lehre - der Verkäufer kraft des Konzeptes der "*vorausgesetzten Eigenschaft*" ohne weiteres leistet³⁷, erfasst über die Ordnungsmässigkeit hinaus alle jene Einzelpunkte des *Ist-Zustandes* des Unternehmens, ohne die der Betrieb nicht erfolgreich weitergeführt werden kann³⁸. Sie erfasst auch diejenigen Punkte, die, wenn sie bekannt gewesen wären, nach der Geschäftserfahrung den Verkäufer als erhebliche Mängel alarmiert und zur Aushandlung eines niedrigeren Kaufpreises veranlasst hätten.

36 Bei der Beurteilung der "*Erheblichkeit*" sind die gesamten Umstände des konkreten Falles zu beachten. Vgl. HANS GIGER (1979) Art. 197 N 68; JÜRGEN ALEXANDER LUGENBÜHL (1993) 162 und HANNO MERKT (1995) 1045.

37 Zur Frage, ob diese Gewähr vertraglich wegbedungen werden kann sowie zu den Fällen der groben Fahrlässigkeit oder Absicht nachfolgend Ziffer III.3.d) nach Fn 150.

38 Vgl. JÜRGEN ALEXANDER LUGENBÜHL (1993) 132, der den Mangel im Grundsatz als "Abweichung von der Ist- zur Sollbeschaffenheit" definiert.

(i) *Isolierte Mängel* "*ohne Beeinträchtigung der Unternehmensfunktion*": Es wird gesagt³⁹, unbeachtlich seien - obwohl sie zu definierbaren Verlusten führen - *isolierte Mängel* an Sachen und Rechten des Unternehmens, solange sie den Betrieb in seinem Funktionieren nicht gefährden. Ein solcher Raster wäre indessen allzu weit. Für die Haftung des Verkäufers ist es durchaus relevant, wenn z.B. als isolierter Mangel einer der vier im Anlagenverzeichnis aufgeführten Sattelschlepper gar nicht existiert, auch wenn sonst alles in Ordnung ist. Die wichtigste Haftungsvoraussetzung liegt aber - in Abwesenheit vertraglich vereinbarter Zusicherungen - stets im Nachweis des Käufers, dass der Mangel im Gesamtzusammenhang des Unternehmenskaufs *erheblich* ist. Der Käufer muss ausserdem aufzeigen, *wie* der Kaufpreis sachgemäss ausgehandelt worden *wäre*, hätte der Käufer von dem Mangel gewusst. In dieser Sicht kann auch der isolierte Mangel ein Gewährleistungsfall sein⁴⁰, doch ist im Prozess um die Gewährleistung wegen vorausgesetzter Eigenschaften fast immer mit einem argumentativen Gerangel zu rechnen - was die Parteien umso mehr zu klaren vertraglichen Regelungen veranlassen muss.

(ii) "*Zentrale Mängel*": Einigkeit besteht darüber, dass die Haftung von Gesetzes wegen unter dem Titel der "vorausgesetzten Eigenschaften" eintritt, wenn immer der Mangel ein sog. *zentrales Aktivum* betrifft⁴¹ oder der Mangel die erfolgreiche Fortführung des Betriebs verhindert oder erheblich behindert (so, wenn eine Betriebslizenz fehlt und nicht mehr neu erlangt werden kann oder wenn das Patent, von dem der Betrieb abhängt, gar nicht gültig ist).

3. Die Prüfungs- und Rügefrist

Ist der Befund im Bereich der sachlichen Voraussetzungen einer Haftung dem Käufer nach Schweizer Recht durchaus günstig, jedenfalls günstiger als nach deutschem Recht, so liegen die Dinge anders im Bereich der prozeduralen Voraussetzungen. Die Vorstellung, dass der Käufer nach der Entgegennahme der gekauften Sache nur noch eine *ganz kurze Zeitspanne* für eine gültige Mängelrüge haben soll, geht weit zurück in die frühmittelalterlichen Rechtsbräuche. So gestand die

39 In diese Richtung tendiert ROLF WATTER (1990) 145/46.

40 Im Grundsatz bejaht von ROLF WATTER (1990) 146.

41 So ROLF WATTER (1990) 146.

Lex Bauvariorum dem Käufer nur gerade "drei Nächte" für die Prüfung der gekauften Sache und die Mängelrüge zu⁴².

Die heute geltende Schweizer Regelung (Art. 201 OR) steht mit ihrem Gebot der Prüfung "sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist" und der "sofortigen" Anzeige noch deutlich in dieser Tradition. Aus der Bundesgerichtspraxis⁴³ ist z.B. zu entnehmen, dass bei einer Unternehmensübertragung am 20. Dezember die Prüfung und Mängelrüge spätestens "Anfang Januar" hätte erfolgen müssen, was dem Käufer über die Festtage kaum mehr als 7 volle Werk-tage für seinen "post-closing due diligence audit"⁴⁴ einräumt. Die Rechtsregel der "engen" Prüfungs- und Rügefrist⁴⁵ stützt sich aber auf Fakten, die im modernen Unternehmenskauf in keiner Weise mehr gegeben sind⁴⁶:

- (i) relativ leichte äussere Überprüfbarkeit des Kaufgegenstandes (*kognitives Element*);
- (ii) relativ einfacher Ablauf der Mängelprüfung durch Anwendung der natürlichen Sinne des Käufers und eine einfache Funktionsprüfung (*methodisches Element*);
- (iii) akute Gefahr für den Verkäufer, dass ihm die aus der Zeit nach der Übergabe stammenden Beschädigungen und Funktionsstörungen als echte Sachmängel aus der Zeit der Übergabe, für die er einzustehen hat, unterschoben werden (*visikallokatives Element*).

Im Unternehmenskauf liegen die Dinge gerade umgekehrt. In den allermeisten Fällen sind die folgenreichsten Mängel nicht auf den ersten Blick und überhaupt erst nach Ablauf einer beträchtlichen Zeit zu erkennen, ihre Feststellung verlangt methodisches und ziemlich zeitraubendes professionelles Vorgehen, und eine Fehlzuordnung eines vom Käufer zu verantwortenden Mangels auf die Zeit vor dem Vollzug der Übernahme tritt in der Gesamtschau möglicher Probleme weit in den

Hintergrund. Solange das heutige Kaufrecht in Art. 201 Abs. 1 OR auf den komplexen Unternehmenskauf gleich anwendbar ist wie auf den Kauf eines einfachen beweglichen Gegenstandes, ist in dieser Situation die Lösung in drei Ansätzen zu suchen:

- (i) das *zeitliche Element* ("nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich") muss dem Gegenstand entsprechend ausgelegt werden, wobei die 10 Kalendertage des BGE 107 II 422 niemals ausreichen können. Die Zeit, welche eine "post-closing" angeordnete Sorgfaltsprüfung beansprucht, müsste in sachgerechter Auslegung als ein absolutes Minimum verstanden werden, wobei die Frist sich aber mindestens über *einen* Monatsabschluss und die für dessen Aufstellung nötige Zeitspanne erstrecken muss, damit der Käufer überhaupt erstmals mit den Ist-Zahlen des Unternehmens konfrontiert wird. Man kommt damit zum Ergebnis, dass im Falle eines Unternehmenskaufs die "Tunlichkeit im üblichen Geschäftsgang" praktisch zu einer Zeitspanne von *mindestens zwei Monaten* nach dem Vollzugstag führt;
- (ii) sodann muss eher als bei einer gewöhnlichen beweglichen Sache der Mangel als "versteckt" (oder "geheim") angesehen werden, immer dann nämlich, wenn er nicht geradezu offensichtlich ist⁴⁷;
- (iii) das Erfordernis der "sofortigen" Anzeige nach dem späteren Entdecken eines geheimen Mangels darf nicht so streng ausgelegt werden wie bei den einfachen beweglichen Sachen.

Auf diese Weise lässt sich - immer in der Annahme, es fehle an einer besonderen vertraglichen Regelung der Fristen für Prüfung und Mängelrüge - das aus dem Jahre 1881 stammende Gesetz einigermassen zeitgemäss anwenden⁴⁸.

4. Beschränkte Leistungsfähigkeit des gesetzlichen Schutzes unter dem Titel der vorausgesetzten Eigenschaften

a) Die Problematik

Obwohl in dieser Sicht der Schutz, der für den Unternehmenskäufer direkt aus der Haftung für vorausgesetzte Eigenschaften ableitbar ist, wesentlich weiter geht, als dies schon behauptet worden ist (und vor allem ungleich weiter als in Deutsch-

42 EUGEN HUBER, Schweizerisches Privatrecht, Basel 1893, Bd. IV, 853, Fn 12: "Si autem venditor dixerit vitium, stet emptio. Si autem non dixerit, [emptor] mutare potest; si plus de tribus noctibus habuerit, postea se non potest mutare." Im Lateinverständnis des Verfassers heisst das: "Wenn der Verkäufer den Mangel offengelegt hat, hat der Kauf Bestand. Wenn er ihn aber nicht offengelegt hat, kann er [der Käufer] wandeln; wenn dieser mehr als drei Nächte [die gekaufte Sache in seinen Händen] gehabt hat, kann er nicht mehr wandeln." Lex Bauvariorum, XV, 9 (8. Jahrhundert n. Chr.).

43 BGE 107 II 422.

44 Vgl. zum Begriff VOLKER TRIBEL (1998) 4.

45 BGE 107 II 422. In BGE 81 II 59 ff. hat das Bundesgericht immerhin festgehalten, dass die Prüfungsfrist "je nach der Natur des Kaufgegenstandes und nach der Art des in Frage stehenden Mangels von verschiedener Dauer" sein kann.

46 So grundsätzlich auch JÜRGEN ALEXANDER LUGNIBÜHL (1993) 29.

47 Freilich schneidet die dispositive gesetzliche Regelung auch gegenüber *geheimen* Mängeln die Rechtsbehelfe von Minderung und Wandelung nach *einem* Jahr ab, siehe hinten Ziff. III.3.e).

48 Und zwar durchaus im Sinne des Bundesgerichts, das in BGE 81 II 59 ff. festgehalten hat, die Prüfungsfrist könne "je nach der Natur des Kaufgegenstandes und nach der Art des in Frage stehenden Mangels von verschiedener Dauer sein".

land⁴⁹), bleibt die Wirksamkeit der direkt anwendbaren gesetzlichen Schutznormen in vielen Hinsichten doch *unbefriedigend*. Zuerst und vor allem ist immer noch ungewiss, ob das Bundesgericht seine Praxis ändern wird und bereit ist, im Sinne der Lehre die Normen der Sachmängelgewährleistung auf den Unternehmenskauf durch Aktienübertragung anzuwenden. Doch selbst wenn dies geschieht, verbleiben Schwierigkeiten sowohl auf der Seite des Tatbestandes wie der Rechtsfolge.

aa) Tatbestand

Beim *Normtatbestand*, der die Verkäuferhaftung von Gesetzes wegen auslöst, ist zu beachten, dass dem Käufer der Nachweis obliegt,

- (i) dass der von ihm behauptete Mangel überhaupt *vorliegt*,
- (ii) dass der Mangel im Lichte der "Verkehrsübung" eine *vorausgesetzte Eigenschaft* im oben dargelegten Sinn betrifft, und
- (iii) dass der Mangel eine *erhebliche Wertminderung* oder *Gebrauchsbehinderung* zur Folge hat.
- (iv) Eine vierte Hürde für den Käufer liegt darin, dass nach Art. 200 OR der Verkäufer zu seiner Entlastung den Nachweis führen kann, der Käufer habe den Mangel gekannt oder hätte ihn bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit *kennen sollen*⁵⁰.

Der Käufer hat zwar im Streit um diese vier Punkte den Vorteil, dass er das Objekt, in dem der Mangel nachweisbar sein muss, nun schon selbst beherrscht; er hat vollen Zugriff auf alle Zahlen und Fakten sowie auf die Aussagen des Personals. Dennoch droht der Käufer, wenn es nicht um einen geradezu zerstörerischen, zentralen Mangel geht, an einer der vier Hürden zu straucheln: es könnte sein, dass der schon als Beispiel herangezogene Sattelschlepper, wenn er nicht ausnahmsweise im Unternehmenskauf ein "zentrales Aktivum" war, für die Festlegung der Wertäquivalenz zwischen den Parteien gar nicht oder nur in geringem Masse kausal war - weil nämlich die Parteien den Preis vor allem nach der Marktposition des Unternehmens und dem "diskontierten freien cash-flow" festgelegt haben, und nur in ganz bescheidenem Umfang mit Blick auf die Bilanz, d.h. das Eigenkapital und bestimmte Positionen des Anlagevermögens. Vielleicht erscheint dem Gericht dann auch das Fehlen des bewussten Sattelschleppers als so augenfällig, dass der

49 Zur Rechtslage in Deutschland vorn Fn 28 und hinten Fn 77.

50 Die Gleichstellung des "Kennen-Sollens" mit dem "Kennen" gilt nicht, wenn der Verkäufer das Nichtvorhandensein des Mangels zugesichert hat, Art. 200 Abs. 2 OR.

Verkäufer einer Haftung noch ganz am Schluss mit der "hätte-kennen-sollen"-Formel zu entrichten vermag.

Auch im Bereich der *Finanzkennzahlen* vermag der gesetzliche Ansatzpunkt der "vorausgesetzten Eigenschaften" keineswegs die Wirksamkeit von ausgeklügelten vertraglichen Zusicherungen herzugeben. Was die Übernahmebilanz betrifft, ist der Kläger ohne spezifische Zusicherungen nur gerade hinsichtlich der allgemeinen Ordnungsmässigkeit geschützt; das Konzept der vorausgesetzten Eigenschaften vermag niemals Ersatz zu leisten für spezifische finanzielle Zusicherungen oder eine besondere Garantieabrede über jene prospektiven Schätzungszahlen, welche in der Verhandlung auf den Tisch gekommen waren, oder gar eine exakt umschriebene Garantie des Inhalts, dass der Verkäufer die von ihm vorgelegten Umsatz- und Renditezahlen⁵¹ aus der Zeit vor dem Übernahmestichtag auch für eine bestimmte Zeitspanne *danach* als Mindestwerte garantiert⁵².

bb) Voraussetzungen für die Rechtsfolgen

Nicht minder hindernisreich ist der Weg für den Käufer auf der Seite der Voraussetzungen für die *Rechtsfolgen*.

- (i) Er muss zuerst, wie schon dargelegt, nach dem strengen Gesetz und der noch strengeren Rechtsprechung die Obliegenheit der *sofortigen Prüfung und Mängelrüge* erfüllen⁵³. Falls er nicht vorbringen kann, es handle sich um einen verdeckten Mangel des Unternehmens⁵⁴, ist die Regel hart. Die zehn Kalendertage bzw. sieben vollen Werktage von BGE 107 II 422 erscheinen in einem komplexeren Unternehmenskauf, vor allem, wenn das gekaufte Unternehmen noch zahlreiche Konzernuntergesellschaften im Ausland umfasst, als eine vollends unrealistische Zeitvorstellung; aber niemand weiss, ob das Bundesgericht seine Praxis zu ändern bereit ist. Dazu kommt, dass bei der späteren Entdeckung geheimer Mängel, wie schon kurz erwähnt, eine noch

51 Eine Garantie für eine *Mindestrendite* nach *Vollzug des Kontrollwechsels* kommt nahe an einen sog. "earn-out" heran und bietet daher grosse Regelungsschwierigkeiten wegen der späteren Auswirkungen der käuferischen Geschäftsentwürfe und der objektiven Veränderung der Marktumstände auf die Ertragslage. In einem etwas verminderten Mass gilt das auch für eine *Umsatzgarantie "nach Vollzug"*. Garantien für die Zukunft machen daher genaue Vertragsbestimmungen notwendig, die gewissermassen ein "Modellunternehmen" schaffen, an dem die relevanten Zahlen, unter Ausklammerung der käuferischen Geschäftseingriffe und gewisser objektiver Änderungen der Umstände, deren Folgen richtigerweise den Käufer und nicht den Verkäufer treffen müssen, so gemessen werden, wie wenn das Unternehmen während des Bemessungszeitraums im "courant normal" mehr oder weniger unverändert weitergeführt würde.

52 THOMAS LÖRTSCHER (1984) 56 und ihm folgend ROLF WATTER (1990) 173.

53 Art. 201 Abs. 1 OR; BGE 107 II 422 E.2; HANS GIGER (1979) Art. 201, N 4 ff.

54 Diese sind gemäss Art. 201 Abs. 3 OR sofort nach der Entdeckung zu rügen.

