

Sonderdruck

M & A
Recht und Wirtschaft in der Praxis
Liber amicorum für Rudolf Tschäni

Herausgegeben von
Matthias Oertle Matthias Wolf
Stefan Breitenstein Hans-Jakob Diem

ROLF WATTER

CHARLOTTE WIESER

**Gedanken zur Minderwert-
und Schadensberechnung
bei Unternehmenskaufverträgen**



2010. Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-03751-265-4

Leistungsstörungen

Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen

ROLF WATTER / CHARLOTTE WIESER

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Einleitung | 150 |
| II. | Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf | 151 |
| | A. Qualifikation des Unternehmenskaufvertrages | 151 |
| | 1. Asset Deal | 151 |
| | 2. Share Deal | 152 |
| | B. Voraussetzungen der Haftung aus Sachgewährleistung | 154 |
| | 1. Grundlagen | 154 |
| | 2. Mangel am Unternehmen | 155 |
| | 3. Erheblichkeit des Mangels | 156 |
| | 4. Wandelung des Unternehmenskaufvertrages? | 157 |
| | C. Berechnung des Minderwertes | 158 |
| | 1. Relative Methode | 158 |
| | 2. Relative Methode und Unternehmenskauf | 159 |
| | a) Fehlender «richtiger» Unternehmenswert | 159 |
| | b) Hypothetischer Kaufpreis als Referenzwert | 161 |
| | 3. Anrechnung von Vorteilen? | 162 |
| | D. Schadenersatz gemäss Art. 208 OR | 164 |
| | 1. Abgrenzung von Art. 208 Abs. 2 und Abs. 3 OR | 164 |
| | 2. Anwendung von Art. 208 OR auf Minderungsansprüche | 164 |
| | E. Zusammenfassung | 165 |
| III. | Analyse ausgewählter Fallgruppen | 166 |
| | A. Beispielfall | 166 |
| | B. Fallgruppe 1: Mangel am Unternehmen | 167 |
| | 1. Sachverhalt | 167 |
| | 2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht | 167 |
| | 3. Vertragliche Regelung | 168 |
| | C. Fallgruppe 2: Durchschlagen des Mangels (Betriebsteil) und unmittelbarer Folgeschaden | 169 |
| | 1. Sachverhalt | 169 |
| | 2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht | 169 |
| | 3. Vertragliche Regelung | 170 |
| | D. Fallgruppe 3: Berechnung des Minderwertes | 171 |
| | 1. Sachverhalt | 171 |
| | | 149 |

| | |
|---|-----|
| 2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht | 171 |
| 3. Vertragliche Regelung | 172 |
| E. Fallgruppe 4: Mittelbarer Mangelfolgeschaden | 172 |
| 1. Sachverhalt | 172 |
| 2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht | 173 |
| 3. Vertragliche Regelung | 173 |
| IV. Folgen für die Vertragsgestaltung | 174 |

I. Einleitung

In diesem Beitrag soll ein Thema beleuchtet werden, das der Jubilar sowohl in seiner Tätigkeit als M&A-Anwalt, als auch als Schiedsrichter immer wieder angetroffen hat, nämlich die Frage der Schadensberechnung bei Verletzung einer Gewährleistung, wie sie sich in einem typischen Unternehmenskaufvertrag findet, sei dieser nun als Asset oder Share Deal strukturiert. RUEDI TSCHÄNI hat sich zu diesem Thema in der Vergangenheit (zu Recht) kritisch dahingehend geäußert, dass die im allgemeinen Kaufrecht angewandte relative Methode des Bundesgerichts¹ «bei Unternehmenskäufen nicht praktikabel» ist, «da es den objektiven Wert eines Unternehmens praktisch nicht gibt».²

Nachfolgend wird zunächst kurz auf die Qualifikation des Unternehmenskaufvertrags und deren Folgen auf die Sachgewährleistung eingegangen. Danach werden die Voraussetzungen für einen Anspruch aus Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf dargestellt und auf die – nicht nur nach dem Jubilar, sondern auch u.E. nicht anzuwendende – relative Methode des Bundesgerichts zur Minderwertberechnung eingegangen. Im zweiten Teil wird sodann anhand von Beispielfällen dargestellt, welche Ansprüche gemäss dispositivem Gesetzesrecht bestehen und im abschliessenden Kapitel, wie die Parteien vertraglich am besten mit der gegenwärtigen Rechtslage umgehen.³

¹ Siehe dazu hinten, 158 ff.

² RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 171.

³ Nachfolgend nicht behandelt werden die Rechtsgewährleistung, Fragen der rechtzeitigen und rechtsgenügenden Geltendmachung der Sachmängel, des Verhältnisses von Art. 192 ff. OR zu anderen Bestimmungen oder die Folgen der Durchführung einer Due Diligence, d.h. die möglichen Folgen der Kenntnis oder des Kennenmüssens eines Mangels.

II. Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf

A. Qualifikation des Unternehmenskaufvertrages⁴

1. Asset Deal

Bei einem als Asset Deal strukturierten Unternehmenskauf ist der Wille der Vertragsparteien meist – wie beim Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung an einem Unternehmen⁵ – auf die Übertragung des gesamten Unternehmens gerichtet, dessen Vermögenswerte erworben werden⁶, kann sich aber auch nur auf einen Unternehmens- bzw. Betriebsteil beziehen oder gar nur auf einzelne Vermögenswerte eines Unternehmens. Zur Übertragung der Vermögenswerte, d.h. für den Vollzug des Verpflichtungsgeschäftes, sind die auf die einzelnen Vermögenswerte anwendbaren Regelungen für die dingliche bzw. obligatorische Übereignung zu beachten.⁷

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Qualifikation des Kaufvertrages beim Asset Deal festgehalten, dass es sich um einen Vertrag *sui generis* handle, der nicht mit einem Kaufvertrag gemäss Art. 184 ff. OR gleichzusetzen sei.⁸ Vielmehr sei der Wille

⁴ CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 280; URS SCHENKER, *Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf*, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VII*, Zürich 2005, 251 ff.; MARKUS VISCHER, *Qualifikation des Geschäftsübernahmevertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen*, SZW 75 (2003), 335 ff.; MARC AMSTUTZ, *Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf*, ST 2002, 1109 ff.; PETER BÖCKLI, *Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskäufen*, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions*, Zürich 1998, 62 ff.; JÜRIG LUGINBÜHL, *Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf*, Diss. Zürich 1993, 176 ff.; RUDOLF TSCHÄNI, *Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1991, § 7 N 58; TSCHÄNI (FN 2), 160; ROLF WATTER, *Unternehmensübernahmen*, Zürich 1990, N 325; HANS GIGER, in: Hans Giger (Hrsg.), *Berner Kommentar VI/2/1/1: Obligationenrecht Art. 184–215*, Bern 1980, Art. 197 OR N 87 ff.

⁵ Zum Begriff des Unternehmens BERND HAUCK, *Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf*, Diss. Basel 2008, 5 ff.

⁶ Gründe, von einem Share Deal abzusehen, auch wenn alle Vermögenswerte einer AG übertragen werden, können im steuerlichen Bereich liegen, oder beispielsweise darin, dass nicht mehr alle Aktien vorhanden sind und sich in der Due Diligence herausstellt, dass die damalige Übertragungshandlung nicht korrekt ausgeführt wurde, d.h. der Verkäufer aufgrund der fehlenden Berechtigung kein Gesuch um Kraftloserklärung stellen kann.

⁷ Bei Fahrnis Besitzübertragung (evtl. mittels Besitzsurrogat), bei Forderungen Zession, bei Passiven Übergang gemäss Art. 181 OR, bei Grundstücken öffentlich beurkundeter Kaufvertrag und Eintrag im Grundbuch usw.; im Falle des Übergangs mittels Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) kann die Übertragung gesamthaft mittels Eintragung im Handelsregister erfolgen.

⁸ BGE 129 III 18, 21. Im konkreten Fall hatte das Bundesgericht den Kauf eines Nachtlokals zu beurteilen, bei welchem die Übertragung von Fahrnis und von Goodwill sowie der Eintritt in den bestehenden Mietvertrag Gegenstand des Vertrages bildeten. Das Bundesgericht hat fest-

der Vertragsparteien auf die Übertragung einer Vielzahl von unterschiedlichen Vermögenswerten (Fahrnis, Forderungen, Grundstücke, Verträge etc.) gerichtet, die nicht als Fahrnis zu qualifizieren seien, wie es für einen Kaufvertrag gemäss Art. 184 OR erforderlich wäre.⁹

Demgegenüber qualifiziert die herrschende Lehre das Rechtsgeschäft zu Recht als Kauf des Unternehmens als Ganzes und nicht als die Summe einzelner Vermögenswerte. Die Betrachtung des Unternehmens als Kaufgegenstand ergibt sich daraus, dass nicht nur der Wille der Parteien auf die Übertragung des Unternehmens, bzw. dessen Vermögenswerte gerichtet ist, sondern (und vor allem) auch der Kaufpreis nicht der Summe der Vermögenswerte entspricht, die übertragen werden, sondern höher (im Einzelfall auch tiefer) zu liegen kommt, da die Parteien die Ertragskraft des Unternehmens einbeziehen (je nach Wahl der Bewertungsmethode in höherem oder geringerem Masse). Des Weiteren wird für diese u.E. richtige Ansicht argumentiert, dass Art. 184 OR auch andere Vermögenswerte als Sachen zum Gegenstand haben, somit ein Unternehmen als Gesamtheit von Vermögenswerten Kaufgegenstand i.S.v. Art. 184 ff. OR bilden könne. Selbst wenn im Rahmen eines Asset Deals z.B. Forderungen übertragen werden und Ansprüche des Käufers zu beurteilen sind, kommen daher nicht Art. 171 ff. OR, sondern Art. 197 ff. OR für die Prüfung allfälliger Ansprüche zur Anwendung.¹⁰

2. Share Deal

Im Falle des Verkaufs eines Unternehmens mittels eines Share Deals wird das Unternehmen indirekt verkauft, da die Kontrolle am Unternehmen übertragen wird, das Unternehmen bzw. dessen Vermögenswerte (und deren direkter Eigentümer) jedoch unverändert bestehen bleiben.¹¹ Hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der das Anteilsrecht verkörpernden Urkunde (zumeist in Form einer Aktie) finden gemäss Rechtsprechung¹² und Lehre¹³ die Bestimmungen über den Fahrniskauf ohne Weiteres Anwendung.

gehalten (E. 2.2): *«Il est vrai que la vente ne porte pas nécessairement sur une chose, mais peut aussi avoir pour objet une créance, un droit immatériel, ou un avantage comme la clientèle (...). Il convient cependant d'observer que lorsque la vente ne porte pas sur une chose, mais sur une créance, la doctrine majoritaire considère qu'il faut pas appliquer l'art. 197 OR (invoqué par le recourant), mais les art. 171 à 173 CO.»* Ferner BGE 79 II 155, 158; 107 II 419, 422.

⁹ BGE 129 III 18, 21.

¹⁰ VISCHER (FN 6), 338; SCHENKER (FN 4), 247 f.

¹¹ Werden nicht 100% der Anteile veräussert, ist das Unternehmen dann Kaufgegenstand, wenn die Kontrolle und damit gemäss Willen der Parteien wiederum das Unternehmen veräussert wird. TSCHÄNI (FN 2), 165 f.; SCHENKER (FN 4), 251.

¹² BGE 79 II 155, 158; KGer Wallis ZWR/RVJ 1999, 292.

Demgegenüber untersteht der Kauf der hinter dem Wertpapier stehenden Vermögenswerte, d.h. des Unternehmens an sich, gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und unter Zustimmung eines (kleinen) Teils der Lehre nicht ohne Weiteres den Sachgewährleistungsbestimmungen der Art. 197 ff. OR. Selbst beim Kauf sämtlicher Anteile an einem Unternehmen sei nicht dieses Kaufgegenstand, sondern seien dies lediglich die einzelnen Anteilsrechte; eine Sachgewährleistung komme somit – mangels vertraglicher Zusicherungen des Verkäufers – nur zur Anwendung, wenn z.B. das Aktienzertifikat befleckt oder zerrissen sei (wobei schleierhaft bleibt, worin in dieser Konstellation ein monetär relevanter Schaden bestehen soll).¹⁴

Die überwiegende Mehrheit der Lehre erachtet die Rechtsprechung des Bundesgerichts als formalistisch, überholt und nicht im Einklang mit der wirtschaftlichen Realität stehend.¹⁵ Der Wille der Parteien sei wie beim Kauf eines gesamten Unternehmens mittels eines Asset Deals offensichtlich auf die Übertragung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit gerichtet und die Übertragung der Kontrolle (in Form der Übertragung der Aktien) sei für die Parteien eher Formsache, denn Kern dessen, was sie tatsächlich vereinbaren.¹⁶ Die h.L. geht somit zu Recht davon aus, dass auch im Falle eines Unternehmenskaufes mittels eines Share Deals die Gewährleistungsbestimmungen von Art. 197 ff. OR bei Mängeln am Unternehmen zur Anwendung gelangen. Anzumerken ist, dass diese Frage praktisch nicht sehr relevant ist, stellt sie sich doch nur, wenn Zusicherungen zum Unternehmen entweder gar nicht (und nicht einmal stillschweigend) abgegeben wurden oder lückenhaft sind, was in der Realität nur selten mehr vorkommt.¹⁷

¹³ TSCHÄNI (FN 2), 162 f.; JÜRIG HIGLI, in: Jürg Higi/Herbert Schönle/Beat Gut (Hrsg.), Zürcher Kommentar V/2a: Art. 192–204 OR, Zürich 2008, Art. 197 OR, N 32; GIGER (FN 4), Art. 197 OR, N 85; HAUCK (FN 5), 499.

¹⁴ BGE 79 II 155, 158; 107 II 419, 422; ZK-HIGLI (FN 13), Art. 197 OR, N 61.

¹⁵ Statt vieler URS SCHENKER, Post Closing Litigation, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, 81; HAUCK (FN 13), 506 f.; TSCHÄNI (FN 2), 166; WATTER (FN 4), N 316 ff. Hinzuweisen ist darauf, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Zulassung einer umfassenden Berufung auf Willensmängel korrigiert wird. MARKUS VISCHER, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 106 (2010), 130; WATTER (FN 4), N 329 ff.

¹⁶ So bereits WATTER (FN 4), N 325.

¹⁷ Vgl. dazu hinten, 154 ff. Kaufrecht gilt sicher dann, wenn Zusicherungen abgegeben werden, die das Unternehmen betreffen. Im Einzelfall können «Zusicherungen» auch als selbstständige Garantieverprechen verstanden werden, was für den Käufer den Nachteil hat, dass die Haftung – da auf vertraglicher Basis fussend – letztlich verschuldensabhängig ist, vgl. hierzu HAUCK (FN 13), 174 ff.

B. Voraussetzungen der Haftung aus Sachgewährleistung

1. Grundlagen

Eine Haftung aus Art. 197 Abs. 1 OR setzt das Vorliegen eines Mangels an einer Sache voraus, der den Wert des Kaufgegenstandes bzw. seine Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert, oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft.¹⁸ Ein Mangel liegt nach allgemeinem Verständnis dann vor, wenn die Ist- von der Sollbeschaffenheit abweicht. Ist dies der Fall (und sind die weiteren nachfolgend noch zu nennenden Voraussetzungen eines Anspruchs erfüllt), hat der Käufer gemäss Art. 205 Abs. 1 OR grundsätzlich die Wahl, ob er Wandelung oder Minderung verlangen will.¹⁹

In der Praxis werden sowohl beim Asset als auch beim Share Deal i.d.R. diverse Zusicherungen des Verkäufers verlangt, die sich auf das Unternehmen und auf die zu erwerbenden Vermögenswerte beziehen.²⁰ Diese derogieren die dispositive Bestimmung, wonach der Verkäufer nur für einen Mangel einzustehen hat, wenn dieser den Wert der Sache oder deren Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert.²¹ In Bezug auf den Unternehmenskauf gilt dabei, dass der ökonomische Wert des Unternehmens für sich keine von Art. 197 OR geschützte und somit keine zusicherungsfähige Eigenschaft darstellt; hingegen können z.B. der historische Ertrag oder der Umsatz eines Unternehmens Gegenstand einer Zusicherung sein und diesen Wert indirekt absichern.²² Künftige Erträge oder der künftige Umsatz (die oft die eigentlich wertbestimmenden Parameter sind) können zwar technisch nicht als Zusicherung ausgestaltet werden, aber durch andere Vertragskonstruktionen, wie beispielsweise durch einen Earn-out berücksichtigt werden und so den Wert des Unternehmens schützen, indem bei Verfehlen gewisser Ziele und Vorgaben Preiskorrekturen vereinbart werden.

¹⁸ Zum Begriff des Unternehmensmangels WATTER (FN 4), N 303 ff.

¹⁹ HUGUENIN (FN 4), N 318; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 205, N 1; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 42, N 35.

²⁰ VISCHER (FN 15), 130.

²¹ Vgl. dazu hinten, 156 f.

²² WATTER (FN 4), N 358. Ferner zur Sachgewährleistung HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsel/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Basel 2003, Art. 197 OR, N 2; GIGER (FN 4), Art. 197 OR, N 36 f.; Zu den Begriffen der «Zusicherungen»/«Angaben» und «Garantieabreden» und ihre Abgrenzung zueinander BÖCKLI (FN 4), 59 ff., 87.

2. Mangel am Unternehmen

Wie dargelegt, geht die überwiegende Lehre sowohl beim Share Deal als auch beim Asset Deal davon aus, dass das Unternehmen als solches Kaufgegenstand ist. Folglich ist im Rahmen der Sachgewährleistung das Unternehmen zu betrachten und ist – soweit nicht direkt die Verletzung einer Zusicherung geltend gemacht werden kann – zu fragen, ob das Unternehmen selbst mangelhaft ist, der Mangel somit auf dieses «durchschlägt». Dabei kann ein Unternehmen nur bedingt mit einem (wenn auch komplexen) einzelnen Kaufgegenstand gleichgesetzt werden und es stellen sich tiefgreifende Probleme, wenn es um die Feststellung des Mangels geht. Der angeführte Ist-Soll-Vergleich wie er zur Feststellung der Abweichung verlangt wird, ist bei einem Unternehmen schwierig bzw. teilweise gar unmöglich, da es im konkret zu beurteilenden Fall oft keinen Soll-Zustand gibt, vor allem weil Vergleichswerte (d.h. andere, praktisch identische Unternehmen) fehlen.

Zur Frage, wann ein Unternehmen mangelhaft im Sinne von Art. 197 ff. OR sein könnte, wird von einigen Autoren vertreten, dass ein Mangel dann vorliegt, wenn mit dem erworbenen Unternehmen der beabsichtigte Unternehmenszweck nicht mehr umgesetzt werden kann²³; wie weit die Beeinträchtigung der Umsetzung des Unternehmenszweckes gehen muss, wird dabei offengelassen. Überwiegend wird jedoch verlangt, dass von einem Mangel i.S.v. Art. 197 ff. OR auszugehen ist, wenn das Funktionieren des Betriebes beeinträchtigt wird.²⁴ Etwas weniger weitgehend wird vorgeschlagen, dann von einem ersatzpflichtigen Mangel zu sprechen, wenn dieser im Gesamtzusammenhang des Geschäftes als erheblich erscheint (womit das Erfordernis der eigentlichen Beeinträchtigung der Unternehmensfunktion entfällt²⁵), oder, wenn der Sollzustand des Unternehmens nicht dem entspricht, was der Käufer objektiv erwarten durfte.²⁶ U.E. ist davon auszugehen, dass ein Unternehmen nur dann mangelhaft ist, wenn die Unternehmenstätigkeit durch den Mangel beeinträchtigt wird. Folglich wäre etwa der Ausfall einer grösseren Zahl Debitoren kein Mangel, wohl aber das der Produktion entgegenstehende Immaterialgüterrecht eines Dritten oder das Fehlen einer notwendigen Betriebsbewilligung.

Das Bundesgericht hat sich noch nie ausführlich zur Frage des Unternehmensmangels geäußert. Im Entscheid 129 III 18, in welchem das Bundesgericht die Qualifikation des Asset Deals als Kaufvertrag verneinte, wurde jedoch festgehalten, dass eine Gewährleistung ohnehin nicht bestehe, da sich der Mangel nicht auf den Betrieb

²³ TSCHÄNI (FN 2), 160. Selbstredend gibt der statutarische Zweck wenig Auskunft darüber, ob Vermögenswert x oder y des Unternehmens zur Erreichung des Zweckes erforderlich ist.

²⁴ HAUCK (FN 5), 154 ff.; WATTER (FN 4), N 309. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird ein Durchschlagen auf das Unternehmen angenommen, wenn das wirtschaftliche Gefüge des Unternehmens erschüttert wird.

²⁵ BÖCKLI (FN 4), 69.

²⁶ SCHENKER (FN 4), 248 f.

ausgewirkt habe.²⁷ Diese (u.E. richtige) Feststellung überrascht im Entscheid, da gemäss Bundesgericht beim Asset Deal (wie gesehen) nicht das Unternehmen, sondern die einzelnen Vermögenswerte Kaufgegenstand sind, sodass folgerichtig hätte vertreten werden müssen, dass ein Anspruch aus Sachgewährleistung (sofern es sich um einen Mangel an einer Fahrnis handelt, der zur Anwendung von Art. 197 ff. OR führt) bereits dann gegeben ist, wenn der Mangel nur eine isolierte Sache betrifft, auch wenn dieser nicht auf das Unternehmen durchschlägt. Konsequent weitergedacht könnte der Käufer dann sogar in Bezug auf einzelne mangelhafte Sachen Wandelung verlangen.²⁸

3. Erheblichkeit des Mangels

Ist davon auszugehen, dass das Unternehmen Kaufgegenstand und damit Gegenstand der Gewährleistung ist, muss der Mangel am Unternehmen sodann (auch hier nur relevant, wenn Zusicherungen fehlen²⁹) dergestalt sein, dass er den Gesamtbetrieb des Unternehmens *in erheblichem Masse* beeinträchtigt.

Im Rahmen der Feststellung der Erheblichkeit wird von jenen Autoren, die sich dazu äussern, eine Berufung auf Minderung nur zugelassen, wenn nachgewiesen werden kann, dass eine Beeinträchtigung von ca. 1–2% eingetreten wäre.³⁰ Unklar ist, worauf sich die Beeinträchtigung beziehen muss: Geht man davon aus, dass die relative Methode durch die Ermittlung des von den Parteien in Kenntnis des Mangels hypothetisch vereinbarten Kaufpreises zu ersetzen ist³¹, bezieht sich der angegebene Wert auf diese Differenz, müssten somit vereinbarter Kaufpreis und hypothetischer Kaufpreis 1–2% auseinander liegen³²; ein Mangel am Unternehmen kann somit dann nicht erheblich sein, wenn der Käufer, hätte er vom Mangel gewusst, keinen anderen Preis vereinbart hätte. Folgt man zur Bestimmung des Minderwertes jedoch der relativen Methode und wird somit der objektive Unternehmenswert ohne und mit Mangel verglichen, muss sich der angegebene Wert auf den tieferen Unterneh-

²⁷ BGE 129 III 18, E. 2.3: «Il n'y a pas de raison de le penser puisque le défaut allégué ne réside pas dans ces biens et qu'il n'a pas été constaté que l'exploitation du commerce aurait été entravée ou que le chiffre d'affaires aurait été diminué; (...)»

²⁸ Vgl. jedoch zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wandelung hinten, 157 f.

²⁹ Zusicherungen können auch stillschweigend abgegeben werden (im allgemeinen Kaufrecht anders vorgesehen für den Viehkauf, Art. 198 OR), vgl. WATTER (FN 4), N 360 f. Kann bei Vorliegen eines Mangels gezeigt werden, dass für die Mängelfreiheit im fraglichen Bereich eine stillschweigende Zusicherung vorliegt, entfällt das Erfordernis der Erheblichkeit.

³⁰ BÖCKLI (FN 4), 82 f.; SCHENKER (FN 4), 251.

³¹ Vgl. dazu hinten, 161 ff.

³² So SCHENKER (FN 4), 250 f.; HAUCK (FN 5), 154 f.

menswert des mangelhaften Unternehmens beziehen.³³ So oder anders scheint eine Spannweite von 1–2% zu gering: Schwankungen von 1–2% z.B. auf Stufe Umsatz, EBIT oder Gewinn (die typischerweise mit einem Multiplikator auf den Unternehmenswert durchschlagen³⁴) kommen in einem Unternehmen regelmässig vor, auch wenn es absolut mängelfrei ist. U.E. kann man von Erheblichkeit erst sprechen, wenn das Delta 5% und mehr beträgt.

4. Wandelung des Unternehmenskaufvertrages?

Ob das Recht des Käufers, Wandelung zu verlangen, beim Unternehmenskauf zum Zuge kommen kann, ist umstritten. In jedem Fall würde die Durchführung der Wandelung – sofern diese nicht, wie in der Praxis üblich, vertraglich ausgeschlossen worden ist³⁵ – zu weitreichenden juristischen und praktischen Problemen führen.³⁶

Eine Wandelung wird aber auch ohne anderslautende Vereinbarungen der Parteien zumeist aus zwei Gründen scheitern³⁷: Zum einen kann der Richter die Wandelung ablehnen, wenn es die Umstände nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen; dies wird im Falle der Rückabwicklung eines Unternehmenskaufes oftmals

³³ Vgl. das Beispiel bei BÖCKLI (FN 4), 83. Hierbei ist zu beachten, dass nicht nur der Unternehmenswert, sondern auch die so berechnete Abweichung anders ausfallen, je nachdem, welche Bewertungsmethode angewandt wird.

³⁴ Wie gross diese Faktoren sind, hängt u.a. von der im Unternehmen erzielten Marge ab. Im Einzelfall kann es beispielsweise sein, dass der Wert eines Unternehmens (vor Schulden) dem doppelten Umsatz, dem Sechsfachen des EBIT und dem Zehnfachen des Gewinnes entspricht. Welche Grösse die Parteien als relevant betrachten, ob sie historische oder geschätzte künftige Grössen heranziehen wollen und welcher Faktor zur Anwendung kommt, ist Verhandlungssache.

³⁵ Aufgrund des dispositiven Charakters der Sachgewährleistungsbestimmungen kann die Wandelung vertraglich ausgeschlossen werden, was i.d.R. geschieht. Daher ist die Bedeutung der Wandelung im Kontext von Unternehmenskäufen gering. TSCHÄNI (FN 2), 170; MARKUS VISCHER, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 97 (2001), 361 f. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Asset Deal würde hier eine weitere Grenze finden, da Forderungen – sind auf diese Art. 171 ff. OR anwendbar – der Wandelung nicht zugänglich wären. Kritisch auch TSCHÄNI (FN 2), 161 f. Anzumerken ist, dass bei einer erfolgreichen Berufung auf Willensmängel auch eine Wandelung eintritt, die vertraglich zumindest für den Fall absichtlicher Täuschung wohl auch nicht ausgeschlossen werden kann; bemerkenswert ist aber, dass das Bundesgericht bei Irrtumstatbeständen schon eine Art Teilnichtigkeit und damit ökonomisch eine Minderung angeordnet hat, vgl. WATTER (FN 4), N 332 f.

³⁶ ZK-HIGI (FN 13), Art. 197 OR, N 60; BÖCKLI (FN 4), 81; WATTER (FN 4), N 368 ff.; SCHENKER (FN 15), 83.

³⁷ Anders das Bundesgericht in BGE 4A_42/2009, E. 6.3, in welchem dem Käufer eine Wandelung des Aktienkaufvertrages zugestanden worden wäre, da die Pensionskasse entgegen den Zusicherungen der Verkäufer eine Unterdeckung aufwies.

der Fall sein.³⁸ Des Weiteren wird einer Wandlung auch Art. 207 Abs. 3 OR entgegenstehen, da der Käufer in der Regel nach Vollzug des Kaufvertrages gestaltend in das Unternehmen eingreift, womit eine Wandelung ebenfalls ausgeschlossen ist.³⁹

Zum Teil wird beim Unternehmenskauf die Meinung vertreten, dass der Käufer Wandelung nur in Bezug auf eine einzelne mangelhafte Sache geltend machen könne, soweit die Fortführung des Unternehmens immer noch möglich sei. Damit wird auf das Erfordernis des Durchschlagens des Mangels auf das Unternehmen verzichtet und bei der Prüfung, ob Gewährleistungsansprüche gegeben sind (die zu Minderung oder Wandelung führen können) der wesentlichste Schritt, die Prüfung des Mangels am Unternehmen (das Kaufgegenstand bildet) und dessen Erheblichkeit, ausser Acht gelassen. Auch das Bundesgericht dürfte – selbst bei einem Asset Deal – in der Regel keine Teilwandelung zulassen, da sie gemäss Rechtsprechung ausgeschlossen wird, wenn der Wert der Sachmehrheit (d.h. die Summe der einzelnen Vermögenswerte und damit für den vorliegenden Kontext der Wert des Unternehmens) höher ist, als die Summe der zusammengezählten einzelnen Vermögenswerte; dies ist beim Unternehmenskauf wie dargelegt meist der Fall.⁴⁰

C. Berechnung des Minderwertes

1. Relative Methode

Für die Berechnung des Minderwerts ist gemäss Art. 185 OR der Zeitpunkt des Gefahrübergangs massgebend, somit im Falle des Unternehmenskaufes der Zeitpunkt des Vollzugs (*Closing*), sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.⁴¹ Daher können finanzielle Entwicklungen, die nach dem Closing eintreten, jedoch auf einem schon dazumal bestehenden Mangel beruhen, zu einem Anspruch aus Sachgewährleistung führen.

Lehre und Rechtsprechung haben zur Berechnung des Minderwerts die sogenannte relative Berechnungsmethode entwickelt.⁴² Gemäss dieser Methode ist der Kauf-

³⁸ Art. 205 Abs. 2 OR. BÖCKLI (FN 4), 80 f.; SCHENKER (FN 4), 257; WATTER (FN 4), N 369; HAUCK (FN 5), 157 ff.

³⁹ SCHENKER (FN 4), 257; BÖCKLI (FN 4), 80; TSCHÄNI (FN 2), 170.

⁴⁰ 4C.152/2003, E. 2.2: «Entscheidend ist somit, dass die gesamthaft verkauften Waren zusammengehören und auch bei einer Wandelung nicht getrennt werden sollen, weil der Gesamtwert der Sachmehrheit höher ist als die Summe der aufaddierten Teilwerte (z.B. der Wert einer umfassenden Sammlung oder einer Einrichtungsgesamtheit).» HAUCK (FN 5), 166 ff.

⁴¹ Der Unternehmenskauf fällt unter die «besonderen Verhältnisse», WATTER (FN 4), N 284 ff.; ferner KREN KOSTKIEWICZ (FN 19), Art. 205, N 8; GIGER (FN 4), Art. 205 OR, N 27.

⁴² BGE 81 II 207, 210; 88 II 410, 413; 111 II 162, 163; GIGER (FN 4), Art. 205 OR, N 17 ff.; BSK-HONSELL (FN 22), Art. 205 OR, N 8; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Be-

preis in jenem Verhältnis zu mindern, in welchem der objektive Wert der mängelfreien Kaufsache zum objektiven Wert des mangelhaften Kaufobjekts steht⁴³. Dadurch soll das Verhältnis zwischen ausgehandeltem Preis und objektivem Wert des Kaufobjekts erhalten bleiben und ein allfälliges Verhandlungsgeschick einer Partei berücksichtigt werden. Mathematisch wird diese Berechnungsweise regelmässig folgendermassen dargestellt:⁴⁴

$$\frac{\text{objektiver Wert der mängelfreien Sache}}{\text{ursprünglich vereinbarter Kaufpreis}} = \frac{\text{objektiver Wert der mangelhaften Sache}}{\text{geminderter Kaufpreis}}$$

Die Praktikabilität dieser Berechnungsmethode stösst aber dort an ihre Grenzen, wo der objektive Wert einer Kaufsache nicht oder nur sehr ungenau zu bestimmen ist, somit die erforderlichen Werte auf der oberen Linie der Formel fehlen. Wo keine Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen, wird deshalb alternativ davon ausgegangen, dass der Minderwert der Kaufsache den Kosten für die Behebung des Mangels entspricht, was beim Unternehmenskauf dann aber ausser Betracht fällt, wenn der Mangel einen (langfristigen) Verlust von Kunden bewirkt und damit die Ertragskraft des Unternehmens mindert.⁴⁵

2. Relative Methode und Unternehmenskauf

a) Fehlender «richtiger» Unternehmenswert

Stösst die relative Berechnungsmethode bereits bei einem einfachen Kaufgegenstand an ihre Grenzen, vervielfachen sich diese Schwierigkeiten exponentiell, wenn ein Unternehmen Kaufgegenstand ist, wobei zusätzlich zu beachten ist, dass die Feststellung des Wertes (sofern objektiv überhaupt möglich) erhebliche Ressourcen nicht nur auf Seiten des oder der Experten, sondern auch des Unternehmens selbst (das

sonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, 103 ff.; PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich 2003, N 782 ff.; MARKUS VISCHER, *Qualifikation des Geschäftsübernahmevertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen*, SZW 75 (2003), 362; VISCHER (FN 15), 131; MAX KELLER/KURT SIEHR, *Kaufrecht*, 3. Aufl., Zürich 1995, 92 f.

⁴³ Der objektive Wert eines Unternehmens und die konkret anzuwendende Bewertungsmethode sind Rechtsfragen und vom Bundesgericht frei überprüfbar. Vgl. VISCHER (FN 15), 135.

⁴⁴ TERCIER (FN 42), N 783; HONSELL (FN 42), 105; ausführlich SILVIO VENTURI, *La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose*, Diss. Fribourg 1993.

⁴⁵ BSK-HONSELL (FN 22), Art. 205 OR, N 8; GIGER (FN 4), Art. 205 OR, N 17 ff.; KREN KOSTKIEWICZ (FN 19), Art. 205, N 8. Hat der Käufer zur Festlegung des Kaufpreises eine gewisse Methode angewandt, ist diese für die Berechnung der Minderung mittels relativer Methode anzuwenden. VISCHER (FN 15), 133 f.

entsprechende Informationen zusammenstellen muss) in Anspruch nimmt, d.h. hohe Kosten verursacht.

Vordergründig unproblematisch ist die Berechnung des Anspruches gestützt auf die ersatzweise angeführte Vermutung, wonach die Kosten für die Mängelbeseitigung dem Minderungsanspruch entsprechen, wenn ein Aktivum fehlt, und dieser Mangel keinen Einfluss auf die Aktivität des Unternehmens hat,⁴⁶ weil beispielsweise die Produktion oder Auslieferung nicht verzögert oder sonstwie nachteilig beeinflusst wird; der Minderwert beläuft sich dann auf die Ersatzkosten für das fehlende Aktivum. Bei der generellen Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf (d.h. losgelöst von der Verletzung einer Zusicherung) kann diese Methode aber kaum Anwendung finden, da ein isolierter Mangel das Unternehmen als Kaufgegenstand gerade nicht beeinträchtigen wird.⁴⁷

Ist ein Mangel gegeben, der auf das Unternehmen durchschlägt, so erachtet das Bundesgericht den objektiven Wert eines Unternehmens als den «[...] Gesamtwert unter Einschluss von Substanz- und Ertragswert unter der Annahme der Fortführung des Unternehmens».⁴⁸ So einfach dies klingen mag, die Feststellung des objektiven Wertes eines Unternehmens, sei dies basierend auf Substanzwert, Ertragswert, einer Kombination derselben oder anderen Grundlagen, ist bekanntermassen schwierig, um nicht zu sagen unmöglich, wie es der Jubilar im eingangs erwähnten Zitat zu Recht festgestellt hat. Den objektiv richtigen Unternehmenswert gibt es nicht, da auch die Vielzahl von anerkannten Bewertungsmethoden schon durch geringe Anpassung der zugrundeliegenden Annahmen (Parameter) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu unterschiedlichen Werten führen werden.⁴⁹ Oder anders formuliert: Das einzig Sichere bei der Unternehmensbewertung ist, dass man 10 Experten engagieren kann und jeder zu einem anderen Ergebnis gelangen wird.

Scheitern wird die vom Bundesgericht geforderte Bewertung mittels der relativen Methode in der Regel auch daran, dass der Käufer nach Übernahme des Unternehmens zumeist Veränderungen vornimmt, z.B. Geschäftsleitungsmitglieder ersetzt, die Organisationsstruktur ändert oder andere Konzepte einführt. Dies kann positive oder auch negative Auswirkungen auf den Unternehmenswert haben, die der Experte the-

⁴⁶ Vgl. die Beispiele bei WATTER (FN 4), N 305 (z.B. Fehlen eines Lastwagens, wobei die anderen Fahrzeuge die erforderlichen Transporte ohne Weiteres ausführen können).

⁴⁷ Vgl. zum Erfordernis des Durchschlagens Beispiel 2, 169 ff.

⁴⁸ BGer 4C.33/2004 E. 2.4; 120 II 259, 261.

⁴⁹ Bereits eine marginale Anpassung des Discount-Faktors im Rahmen der Bewertung eines Unternehmens gemäss DCF-Methode kann zu wesentlichen Veränderungen des Unternehmenswertes führen. Zur Unternehmensbewertung statt vieler RUDOLF VOLKART, *Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition*, 3. Aufl., Zürich 2007; RICHARD A. BREALEY/STUART MYERS/FRANKLIN ALLEN, *Principles of Corporate Finance*, New York 2006. Zum sog. Methodenpluralismus des Bundesgerichts 4C.363/2000, E. 3b; WATTER (FN 4), N 388. Ferner zur relativen Methode SCHENKER (FN 15), 83 ff.; BÖCKLI (FN 4), 81 ff.; SCHENKER (FN 4), 250 f.; TSCHÄNI (FN 2), 171; GIGER (FN 4), Art. 205 OR, N 23; VISCHER (FN 15), 132 f.; WATTER (FN 4), N 391.

oretisch vernachlässigen bzw. «herausrechnen» müsste, das praktisch aber kaum machen kann; überhaupt ist es eine komplexe Aufgabe, ein Unternehmen nicht per heute, sondern zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt zu bewerten, da die tatsächlich eingetretenen Veränderungen (ob durch Eingriffe des Käufers, durch den Mangel oder die generelle Wirtschaftsentwicklung verursacht) gegenüber einem hypothetischen Verlauf ohne Einfluss dieser Faktoren zumeist überbewertet werden.

b) Hypothetischer Kaufpreis als Referenzwert

Die angeführten Probleme, den objektiven Unternehmenswert zu bestimmen, führten in der Lehre dazu, alternative Ansatzpunkte für den Fall des Unternehmenskaufes zu suchen.⁵⁰ Folgt man dem vom Bundesgericht mit der relativen Methode richtigerweise vorgegebenen Ziel der Leistungsäquivalenz zwischen Käufer und Verkäufer, ist die Alternative, dass sich die Bestimmung des Minderwertes nach dem Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses richtet, sofern dieser eruierbar ist, dies in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR.⁵¹ Konkret bedeutet dies, dass zu bestimmen ist, welchen Kaufpreis die Parteien in guten Treuen in Kenntnis des Mangels vereinbart hätten und insbesondere, welchen Preis der Käufer in diesem Fall zu zahlen bereit gewesen wäre (und welcher der Verkäufer akzeptiert hätte).⁵² Die Formel zur Bestimmung des vom Verkäufer zu leistenden Minderwertes lautet somit:

$$\text{Minderung} = \text{Kaufpreis (ohne Kenntnis Mängel)} - \text{hypothetischer Kaufpreis (mit Kenntnis Mängel)}$$

Da das Erfordernis der Erheblichkeit des Mangels, der auf das Unternehmen durchschlagen muss, auch bei dieser Formel zu gelten hat, sofern es nicht um die Verletzung von Zusicherungen geht, ist eine Sachgewährleistung des Verkäufers nur gegeben, wenn die Abweichung mindestens 5% des vereinbarten Kaufpreises ausmacht.⁵³

Im Rahmen der Feststellung, welchen Preis die Parteien hypothetisch vereinbart hätten, ist zu prüfen, wie die Parteien, hätten sie vom Mangel gewusst, diesen bewertet hätten.⁵⁴ Wurde die einzige Produktionsanlage, die das Unternehmen betreibt,

⁵⁰ Vgl. zur Problematik generell und zur Unmöglichkeit, «pfannenfertige Rezepte» aufzustellen WATTER (FN 4), N 388 ff.

⁵¹ BÖCKLI (FN 4), 82; WATTER (FN 4), N 392 f.; VISCHER (FN 15), 134. Haben die Parteien zur Bestimmung des Kaufpreises eine Bewertungsmethode gewählt, ist diese für die Bestimmung des hypothetischen Kaufpreises heranzuziehen. Unwesentlich ist die Frage, ob die Parteien den Vertrag zu diesem Preis tatsächlich abgeschlossen hätten, da es nur um die Bestimmung des Minderwertes geht.

⁵² BÖCKLI (FN 4), 82 ff.; WATTER (FN 4), N 392; VISCHER (FN 15), 135.

⁵³ Vgl. vorne, 156 f.; a.A. in Bezug auf die Höhe der Abweichung BÖCKLI (FN 4), 69; SCHENKER (FN 4), 250 f.

⁵⁴ Vgl. zu verschiedenen Vermutungen in diesem Bereich WATTER (FN 4), N 393 ff. und 397 ff.

nicht korrekt gewartet und könnte dies zu einem Produktionsausfall führen⁵⁵, hätte sich der Käufer in Kenntnis der mangelhaften Wartung vielleicht folgende Überlegungen zur allfälligen Reduktion des Kaufpreises gemacht⁵⁶: (1) Welche zusätzlichen (jährlichen) Kosten habe ich, wenn die Wartung ab sofort ordnungsgemäss erfolgt (vielleicht sind zusätzliche Arbeitnehmer erforderlich) und welche Einmalkosten entstehen, um die Fehler aus der Vergangenheit zu korrigieren? (2) Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass die mangelhafte Wartung vor den Korrekturmassnahmen zu einem Ausfall der Anlage führt und welchen Schaden könnte dies potentiell verursachen (Kosten für die Behebung des Mangels, Folgen des Produktionsausfalls)?

Während der Käufer sicher sein wird, dass er künftig Kosten haben wird, die der bisherige Unternehmer scheute, wird er nur selten annehmen, dass aus der mangelnden Wartung mit Sicherheit ein Schaden resultiert. Denkbar ist, dass ein getreuer Käufer im Beispielsfall annehmen könnte, dass nach einer sofortigen Überholung der Anlage (Kosten, inklusive Produktionsausfall während einer Woche, angenommene CHF 200'000, plus ab sofort entstehende jährliche Kosten von CHF 100'000) mit einer Wahrscheinlichkeit von 60% gar nichts mehr passiert, mit einer Wahrscheinlichkeit von 20% ein Stillstand mit einem Schadenspotential von CHF 1 Mio. eintritt, und mit einer Wahrscheinlichkeit von 20% ein Schaden von CHF 10 Mio. resultiert. Der gewichtete Schaden, den der Käufer zur Darlegung des hypothetisch vereinbarten Kaufpreises geltend machen könnte, wäre damit CHF 200'000 Einmalkosten, die kapitalisierten jährlichen Aufwendungen von CHF 100'000/Jahr und CHF 2'200'000 für das Produktionsausfallrisiko.

3. Anrechnung von Vorteilen?

Im Bereich der Prüfung des Anspruches des Käufers gegen den Verkäufer stellt sich die weitergehende Frage, inwiefern Vorteile, die der Käufer aufgrund des Mangels erzielt, anzurechnen sind. Als Beispiel wird oftmals ein positiver Steuereffekt angeführt: Behebt der Käufer (oder die Zielgesellschaft bei einem Share Deal) einen Mangel, kann dieser Aufwand i.d.R. steuerlich abgesetzt werden.⁵⁷ Ein Vorteil stellt etwa auch eine Versicherungsleistung dar, oder der Umstand, dass der Käufer (wenn die Produktion im gekauften Unternehmen ausfällt) seine eigenen Verkäufe im bisher von ihm gehaltenen Unternehmen steigern kann.

Vereinzelt wird dagegen vorgebracht, dass solche Vorteile erst nach Gefahrübergang entstehen und damit nicht zu ersetzen sind, doch ist zu beachten, dass sie sich

⁵⁵ Vgl. Beispielsfall 3, 171.

⁵⁶ Anzumerken ist, dass die Parteien, hätten sie den Mangel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gekannt, diese Problematik auch durch eine Pflicht des Verkäufers, den Mangel vor Closing zu beheben, oder für etwaige Folgen einzustehen lösen können, vgl. SCHENKER (FN 15), 78.

⁵⁷ Offengelassen bei Böckli (FN 4), 83 ff.

nur aufgrund des bereits bei Gefahrübergang bestehenden Mangels materialisieren⁵⁸, weshalb u.E. die Steuerersparnis oder die anderen genannten Vorteile, die sich aus einem Mangel ergeben, anzurechnen sind, ausser der Eintritt der Ersparnis sei sehr unsicher, z.B. weil der Käufer und/oder die Zielgesellschaft noch in absehbarer Zeit Verluste erzielen werden, somit ohnehin keine Ertragssteuern zahlen.

Weitergehend stellt sich die Frage, ob das Argument, wonach es sich beim Unternehmenskauf um einen Chancen- und Risikokauf handle und dem Käufer daher sowohl Vor- als auch Nachteile zukommen (womit die Anrechnung von Vorteilen ausgeschlossen würde) dann Geltung beanspruchen kann, wenn der Käufer, wie zu vermuten ist, seinem Entscheid eine eigene Bewertung zugrundegelegt und dabei bereits gewisse künftige Investitionen berücksichtigt hat, die entgegen der Zusicherung des Verkäufers dann aber früher anfallen, als angenommen. Hat der Käufer, wie im Beispielfall 2 hinten dargestellt⁵⁹, beispielsweise angenommen, dass im Jahre X nach Closing gewisse Kosten für den Erhalt der Substanz anfallen (z.B. Instandhaltung der Gebäude) und dies bei der Berechnung des Unternehmenswertes und damit auch des Kaufpreises entsprechend berücksichtigt, fallen diese Kosten nun aber früher an, wäre es u.E. unbillig, dem Käufer einen Anspruch Minderung = Kosten für die Behebung des Mangels zuzusprechen; vielmehr wäre der Anspruch des Käufers dann (angenommen der Käufer hat die DCF-Methode verwendet) zwingend entsprechend um die Differenz des diskontierten Betrags, der für Jahr X berücksichtigt wurde, zu reduzieren (bzw. hat diese Berechnung in den Vergleich des vereinbarten Kaufpreises und des hypothetischen Kaufpreises einzufließen).⁶⁰ Andernfalls hätte der Verkäufer den Schaden zwar nicht doppelt, aber in wesentlich höherem Masse zu ersetzen, als dies in guten Treuen handelnde Parteien im Voraus vereinbaren würden.⁶¹

⁵⁸ HAUCK (FN 5), 170 ff.

⁵⁹ Vgl. Beispielfall 2, 169 ff.

⁶⁰ Beziehungsweise um denjenigen Betrag, den der Käufer bei der Berechnung des Kaufpreises, den diskontierten Betrag zugrundlegend, in Abzug gebracht hat. Der Käufer wird den angenommenen Cash-Flow im Jahr X entsprechend um die erwartenden Aufwendungen reduzieren und den daraus resultierenden Cash-Flow im Rahmen der DCF-Methode diskontieren. Vgl. zu einer Beispielrechnung Beispielfall 2, 169 ff.

⁶¹ Hat der Käufer wie in Beispielfall 2 dargelegt, z.B. den Kaufpreis um CHF 665'000 reduziert, da er mit einer Sanierung im Jahre 8 nach Closing rechnete, hat der Verkäufer bereits ein Minus von CHF 665'000. Muss der Verkäufer kurz nach Closing das Flachdach für CHF 1 Mio. sanieren (bzw. für diese Kosten aufkommen, da angenommen wird, dass die Minderung den Kosten für die Mängelbehebung entspricht) und erhält damit der Käufer ein neues Flachdach, das er nach seiner Berechnung im Jahre 8 ohnehin saniert hätte, hat der Verkäufer ein Minus von CHF 1,665 Mio.

D. Schadenersatz gemäss Art. 208 OR

1. Abgrenzung von Art. 208 Abs. 2 und Abs. 3 OR

Nicht unwesentlich im Bereich des Gewährleistungsrechts ist die Bestimmung von Art. 208 OR, welche die Leistung von Schadenersatz regelt. Dabei unterscheidet die – grundsätzlich – für die Wandelung vorgesehene Bestimmung in Abs. 2 und 3 zwischen Schaden, der dem Käufer durch die Lieferung der fehlerhaften Sache unmittelbar entstanden ist (Abs. 2) und weiterem Schaden (Abs. 3), wobei letzterer nur zu ersetzen ist, wenn der Verkäufer nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft.

Im sogenannten «Papageienfall»⁶² hat sich das Bundesgericht mit der Abgrenzung des verschuldensunabhängigen, unmittelbaren Schadens nach Art. 208 Abs. 2 OR vom verschuldensabhängigen, mittelbaren Schaden gemäss Abs. 3 desselben Artikels auseinandergesetzt. Bereits vor dieser Entscheidung wurde in der Lehre für die Unterscheidung der Ansprüche auf die Nähe und Intensität des Kausalzusammenhangs zwischen Schadensursache und Schaden abgestellt und festgehalten, dass ein mittelbarer Schaden erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen entstehe.⁶³ Das Bundesgericht hat diese Konzeption bestätigt und in der Konsequenz auch einen Mangelfolgeschaden, eine ausreichende Intensität des Kausalzusammenhangs zwischen Schadensursache und eingetretenem Schaden vorausgesetzt, als unmittelbaren Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR qualifiziert, somit eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers bejaht.⁶⁴

2. Anwendung von Art. 208 OR auf Minderungsansprüche

Art. 208 OR bezieht sich gemäss dessen Wortlaut ausdrücklich auf Ansprüche im Zusammenhang mit einer Wandelung. Das Bundesgericht hat bislang die analoge Anwendung von Art. 208 OR im Falle der Minderung stets abgelehnt und den Käufer auf die Verschuldenshaftung nach Art. 97 OR verwiesen, womit eine verschuldens-

⁶² Für einen Überblick über die dogmatische Diskussion in der Lehre, insb. auch der kritischen Stimmen, BGE 133 II 257, 261.

⁶³ CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007, Jusletter 13. Oktober 2008, 4; THOMAS COENDET, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht 2008, 24; HEINRICH HONSELL, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts, recht 2007, 154 ff.

⁶⁴ Im konkreten Sachverhalt war einer der sechs erworbenen Papageien mit einem Virus infiziert, was dazu führte, dass alle erworbenen Papageien und fast der gesamte weitere Zuchtbestand des Käufers verendeten. Das Bundesgericht hat erkannt, dass keine weitere Schadensursache hinzutreten, sondern der Mangelfolgeschaden in direkter Folge des infizierten Papageis entstanden sei.

unabhängige Haftung des Verkäufers – über die Preisreduktion hinaus – im Falle der Minderung entfällt.⁶⁵

Diese Rechtsprechung wird von einem überwiegenden Teil der Lehre zu Recht kritisiert, welcher Art. 208 Abs. 2 und Abs. 3 OR in Analogie zur Wandelung auch für den Fall der Minderung zulassen möchte.⁶⁶ Gerade bei einem Unternehmenskauf kann ein Mangel am Kaufobjekt selbst, der eine Wandelung noch nicht rechtfertigen würde⁶⁷, aber zu einem Anspruch aus Sachgewährleistung führt, einen beträchtlichen (zusätzlichen) Schaden auf Seiten des Käufers nach sich ziehen. Ist für den Bereich des Unternehmenskaufs davon auszugehen, dass eine Wandelung zumeist ausscheidet, ist nicht einzusehen, weshalb der Käufer bei Geltendmachung des Minderungsanspruches für diejenigen Elemente, die durch die Minderung nicht abgedeckt sind, auf die Verschuldenshaftung von Art. 97 OR verwiesen wird. Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Unterscheidung zwischen Abs. 2 und Abs. 3 von Art. 208 OR kann Mangelfolgeschaden im Falle eines Minderungsanspruches daher im Unterschied zu Art. 97 OR ohne Exkulpationsmöglichkeit des Verkäufers geltend gemacht werden, sofern es sich um einen unmittelbaren Schaden handelt.

E. Zusammenfassung

In Einklang mit der überwiegenden Lehre ist sowohl beim Asset als auch beim Share Deal das Unternehmen Kaufgegenstand und es kommen in beiden Fällen Art. 184 ff. und Art. 197 ff. OR bei Mängeln im Unternehmen, zur Anwendung. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach beim Share Deal nur Mängel an den Wertpapieren Anlass zu einer Sachgewährleistung geben können und es sich beim Asset Deal um einen Vertrag *sui generis* handelt, ist abzulehnen und beim Asset Deal in sich unschlüssig, wenn das Bundesgericht obiter dictum dann doch verlangt, dass sich der Mangel auf das Unternehmen auswirken müsse.

Stellt der Käufer nach Erwerb des Unternehmens einen Mangel fest, der im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits bestanden hat, kann er diesen gegenüber dem Verkäufer auch ohne spezifische Zusicherungen (und bei Unmöglichkeit, stillschweigende Zusicherungen aufzuzeigen) geltend machen, wenn der Mangel auf das Unternehmen durchschlägt, d.h. den Betrieb des Unternehmens erheblich beeinträchtigt, was durch eine Mindestgrenze von (u.E.) 5% des Kaufpreises konkretisiert wird. Der Käufer kann dann im Rahmen der Minderung (eine Wandelung wird i.d.R. aus-

⁶⁵ BGE 133 III 335, 337; 107 II 161, 165; 95 II 119, 125. VISCHER (FN 15), 131 f. Im Grundsatz zustimmend BSK-HONSELL (FN 22), Art. 208, N 7.

⁶⁶ KELLER/SIEHR (FN 42), 94; TERCIER (FN 42), N 792 ff.; KREN KOSTKIEWICZ (FN 19), Art. 208, N 7; HAUCK (FN 5), 172 f.; a.M. TSCHÄNI (FN 2), 171 f.

⁶⁷ Deren Zulässigkeit beim Unternehmenskauf vorausgesetzt.

ser Betracht fallen) eine Kaufpreisreduktion verlangen, die sich aus einer Gegenüberstellung von bezahltem Kaufpreis und hypothetisch vereinbarten Kaufpreis ergibt, dies insbesondere dann, wenn der Minderwert nicht durch den Preis einer Ersatzanschaffung (oder der Bezahlung einer Schuld) ermittelt werden kann. Hat der Käufer den Mangel im Rahmen der vor Abschluss des Kaufvertrages vorgenommenen Bewertung bereits für einen späteren Zeitpunkt eingesetzt und den Kaufpreis entsprechend reduziert, ist dies im Rahmen des hypothetischen Kaufpreises zu berücksichtigen und dem Verkäufer nicht der gesamte Ersatz der Kosten für die Mängelbehebung aufzuerlegen, da dies zu einer Bevorteilung des Käufers führen würde.

Führt der festgestellte Mangel am Unternehmen zu weiterem Schaden (sei dies im gekauften Unternehmen oder beim Käufer), kommen nach der hier vertretenen Auffassung Art. 208 Abs. 2 und 3 OR auch im Falle der Minderung zur Anwendung und es ist zu bestimmen, ob aufgrund der Intensität der Kausalkette ein unmittelbarer Schaden (Abs. 2) oder ein mittelbarer Schaden (Abs. 3) vorliegt. Ist der Mangelfolgeschaden in jenem Zeitpunkt, in welchem der Käufer den eigentlichen Mangel geltend macht, bereits bekannt und bemisst sich der Minderwert nach einem Vergleich des bezahlten und des hypothetisch vereinbarten Kaufpreises, kann der Mangelfolgeschaden in der Berechnung des hypothetischen Kaufpreises insoweit einberechnet werden, als anzunehmen ist, der Käufer hätte den (später tatsächlich eingetretenen) Kausalverlauf vorausgesehen und mit einer Preisreduktion berücksichtigt.⁶⁸ Oft wird der Käufer aber nur von einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines Fehlers ausgegangen sein und den potentiellen Schaden (der allerdings auch viel grösser sein kann als der tatsächlich eingetretene) nur teilweise berücksichtigen. Klar ist, dass falls der tatsächliche Schaden durch die Bestimmung des hypothetisch vereinbarten Kaufpreises abgedeckt ist, dieser nicht noch einmal unter dem Titel von Art. 208 OR eingefordert werden kann.

III. Analyse ausgewählter Fallgruppen⁶⁹

A. Beispielfall

Unternehmen A ist in der Herstellung von speziellen Druckmaschinen tätig, die in einer eigenen Produktionshalle hergestellt werden. In einem mit der Produktionsstät-

⁶⁸ Dadurch wird jene Lehrmeinung berücksichtigt, die davon ausgeht, dass im Rahmen der Minderung auch ein allfälliger Mangelfolgeschaden bereits berücksichtigt wird, da das Unternehmen Kaufgegenstand ist (und nicht eine einzelne Sache).

⁶⁹ Nachfolgend wird im Rahmen der Darstellung der Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht von der Auffassung der h.L. ausgegangen, wonach sowohl beim Asset als auch beim Share Deal das Unternehmen Kaufgegenstand ist.

te direkt verbundenen Gebäude vermietet das Unternehmen A zudem Büroräumlichkeiten. B erwirbt das Unternehmen A und damit sowohl das Produktions- als auch das anliegende Bürogebäude.

B legt der eigenen Berechnung des Unternehmenswertes die DCF-Methode zugrunde, was dem Verkäufer bekannt ist, und geht vor Abschluss des Kaufvertrages davon aus, dass das Produktions- und Bürogebäude im Jahre 8 nach Closing zu sanieren sind, insbesondere das Flachdach, und setzt im Rahmen der DCF-Methode für die Komplettsanierung des Flachdaches Aufwendungen von CHF 1 Mio. ein.

B. Fallgruppe 1: Mangel am Unternehmen

1. Sachverhalt

Nach Closing stellt sich zunächst heraus, dass gegen Unternehmen A eine Klage hängig ist und Unternehmen A wird sechs Monate nach Verkauf zu einer Zahlung von CHF 1 Mio. verurteilt und muss Gerichts-, eigene und fremde Anwaltskosten von CHF 200'000 tragen. Im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung rechnete der Anwalt des Unternehmens A mit einem 70%igen Risiko, den Prozess komplett zu verlieren; Rückstellungen wurden dennoch keine gebildet (womit allenfalls auch noch Buchführungsregeln verletzt wurden). Im Kaufvertrag finden sich entweder keine spezifischen Zusicherungen (dazu Ziff. 2) oder es wurde vertraglich zugesichert, dass keine angedrohten oder hängigen Prozesse bestehen (Ziff. 3).

2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht

Im vorliegenden Beispielfall muss B als neuer Eigentümer des Unternehmens A total CHF 1,2 Mio. bezahlen, wobei er von dieser (zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs potenziellen) Verpflichtung von Unternehmen A keine Kenntnis hatte.

Zu prüfen ist bei einem Fehlen spezifischer Zusicherungen, ob es sich um einen Mangel handelt, der den Kaufgegenstand, das Unternehmen A, als Gesamtheit betrifft, somit dessen Betrieb erheblich beeinträchtigt und damit der Mangel auf Unternehmen A durchschlägt. Dem ist vorliegend nicht so, hindert die Zahlung der CHF 1,2 Mio. das in der Produktion tätige Unternehmen doch nicht an der Verfolgung des Unternehmenszweckes und hat der «Mangel» keine erhebliche Auswirkung auf den Betrieb.

Ein gesetzlicher Anspruch aus Sachgewährleistung scheidet, mangels spezieller vertraglicher Vereinbarungen, daher bereits am Nachweis des Mangels (sowohl als Beeinträchtigung des Betriebes als auch im Rahmen der Erheblichkeit); anders gesagt kann ein singulärer Mangel, der keinen Einfluss auf den Betrieb hat, beim Unternehmenskauf ohne vertraglichen Zusicherungen zu keiner Ersatzpflicht führen.

3. Vertragliche Regelung

Wie schon ausgeführt, enthalten Unternehmenskaufverträge fast immer Zusicherungen des Verkäufers und Regelungen, dass dieser bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft haftet. Damit bedingen die Parteien stillschweigend das Erfordernis, dass sich der Mangel in erheblichem Masse auf das Gesamtunternehmen auswirken muss, weg. Sichert der Verkäufer somit z.B. zu, dass im Zeitpunkt des Gefahrübergangs keine hängigen Prozesse bestehen (oder ihm keine solchen bekannt sind) und sieht der Kaufvertrag für den Fall eines Verstosses gegen diesbezügliche Zusicherungen eine Ersatzpflicht des Verkäufers vor, kann der Käufer den bei ihm entstandenen Schaden einfordern, sollte die Zusicherung wie im vorliegenden Fall unzutreffend sein.

Die für die Berechnung dieses Anspruches naheliegendste Lösung wäre nun, dass die für die Behebung des Mangels erforderlichen Aufwendungen ersetzt werden, d.h. im vorliegenden Fall der Verkäufer dem Käufer CHF 1,2 Mio. zu zahlen hat.⁷⁰ Da aber im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Verpflichtung noch nicht mit Sicherheit feststand, wird der Verkäufer argumentieren, dass die Parteien einen geringen Abschlag vereinbart hätten, hätte der Käufer gewusst, dass mit einer Wahrscheinlichkeit von 70% eine Verurteilung zu einer Zahlung von CHF 1 Mio. erfolgen würde und ferner Gerichts- und Anwaltskosten zu übernehmen wären. Kann der Verkäufer dies plausibel – z.B. anhand der Vertragsentstehungsgeschichte – aufzeigen, ist daraus zu folgern, dass im Falle von potentiellen Verbindlichkeiten (und wenn der Vertrag zur Schadenberechnung keine explizite Regel enthält) nicht einfach die Kosten für die Behebung des Mangels zu erstatten sind (d.h. eine Kaufpreisminderung, die den ganzen Prozessverlust ausgleicht), sondern nur ein allfällig geringeres Delta zum hypothetisch vereinbarten Kaufpreis zu berücksichtigen ist. Gelingt dem Verkäufer der Nachweis, dass der Käufer die Risiken gestützt auf Wahrscheinlichkeiten gewichtet hat (was er eventuell aufgrund anderer, diskutierter Probleme machen kann), wäre der Minderwert dann nur CHF 840'000.⁷¹ Wollen die Parteien die Unsicherheit vermeiden, wäre vertraglich für die Festlegung der Berechnung des Anspruches des Käufers vorzusehen, dass der Verkäufer für jeden Minderwert haftet und auch für allfällig höhere Kosten, die sich aus der vollständigen Behebung des Mangels ergeben.⁷²

⁷⁰ Vgl. zu solchen Vermutungen WATTER (FN 4), N 393 f. und 400.

⁷¹ Denkbar ist aber, dass (vom Käufer) gezeigt werden kann, dass sich in der konkreten Konstellation die Parteien nicht auf einen geringeren Kaufpreis, sondern darauf geeinigt hätten, dass der Verkäufer am Schluss die konkreten Kosten zu ersetzen hat, also die CHF 1,2 Mio.

⁷² Vgl. zu den im Vertrag vorzusehenden Alternativen in Bezug auf die Berechnung hinten, 174.

C. Fallgruppe 2: Durchschlagen des Mangels (Betriebsteil) und unmittelbarer Folgeschaden

1. Sachverhalt⁷³

Kurz nach Vollzug des Kaufvertrages stellt sich ferner heraus, dass das Flachdach, das beide Gebäude bedeckt, undicht ist (und schon bei Gefahrenübergang undicht war) und komplett saniert werden muss. Während der Reparatur des Flachdaches kann der Betrieb in der Produktionshalle fortgesetzt werden, während der Wassereinbruch in die vermieteten Büroräumlichkeiten eine Beeinträchtigung der Nutzung zur Folge hat und damit Ansprüche des Mieters von total CHF 100'000 auslöst (Fall A) oder der Mieter gar auszieht und das Gebäude für längere Zeit leer steht (Fall B), was zu Verlusten (Einnahmeausfall) von CHF 500'000 führt; die Reparatur des Flachdaches kostet CHF 1 Mio.

2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht

Falls keine vertraglichen Zusicherungen abgegeben wurden, gilt der Mangel, der die Produktionshalle betrifft, nicht als Mangel am Unternehmen, da keine Beeinträchtigung desselben vorliegt. In Bezug auf die Büroräumlichkeiten, die durch den Mangel am Flachdach in ihrer Nutzung beeinträchtigt werden, schlägt dieser Mangel zwar durch, jedoch nur auf den Betriebsteil «Büronutzung». Hier stellt sich die in der Lehre bisher weitgehend offengelassene Frage, ob bei Kauf eines Unternehmens die einzelnen Betriebsteile (verstanden als organisatorisch selbstständige Einheiten) eines Unternehmens im Rahmen der Sachgewährleistung bei Prüfung des Durchschlagens massgebend sein können, d.h. ob vorliegend ein Mangel am Unternehmen deshalb anzunehmen ist, da ein solcher in einem der zwei Betriebsteile vorliegt (wobei noch zusätzlich zu fragen ist, ob das bloss Vermieten von Büros ein «Betrieb» ist). Grundsätzlich erachten wir das Durchschlagen eines Mangels auf einen Teilbetrieb als genügend, um zu einem Anspruch aus Sachgewährleistung zu führen; vorliegend kann von einem erheblichen, das Teilunternehmen erfassenden Mangel aber nur im Fall B ausgegangen werden.⁷⁴

⁷³ Sachverhalt entnommen Urteil des OLG Köln vom 29. Januar 2009 (abrufbar unter www.rws-verlag.de/hauptnavigation/aktuell/newsdetailswirtschaftsrecht/article/268/OLG-Koeln-Zur-Mangelhaftung-beim-Unternehmenskauf.html).

⁷⁴ Das OLG Köln hat angenommen, dass der Mangel, der auf den Betriebsteil Bürogebäude durchschlägt, auch auf das Unternehmen als solches durchschlägt. Vgl. Urteil OLG Köln vom 29. Januar 2009 (FN 73).

3. Vertragliche Regelung

Hat der Verkäufer vertraglich zugesichert, dass sich die Gebäude in voll funktionsmässigem Zustand befinden, wäre die naheliegendste Lösung, für die Berechnung des Minderwertes auf die Aufwendungen für die Behebung des Mangels, also der Reparatur des Flachdaches, abzustellen.⁷⁵ Würde dieser Auffassung gefolgt, hätte der Käufer einen Anspruch von CHF 1 Mio. gegenüber dem Verkäufer und «erhält» im Jahre 1 nach Closing ein neu saniertes Flachdach.⁷⁶

Der Verkäufer könnte diesem Anspruch u.E. zu Recht entgegenhalten, dass der Käufer die Sanierung in die Berechnung des Kaufpreises einbezogen (Jahr 8 nach Closing), somit den Kaufpreis bereits entsprechend herabgesetzt hat und die Zugrundelegung der Kosten für die Preisminderung zu unbilligen Ergebnissen führen würde, da der Käufer wusste, dass das Flachdach einst komplett zu sanieren ist, dies aber erst für das Jahr 8 nach Closing berücksichtigt hat (was durchaus richtig war, da der Käufer nicht wusste, dass das Flachdach bereits bei Closing sich nicht in demjenigen Zustand befand, von dem er ausgehen durfte).

Ist belegt, dass der Käufer (was im Rahmen der Unternehmensbewertung die Regel sein müsste), zukünftige Investitionen in den Erhalt des Unternehmens berücksichtigt hat, scheint es unbillig, ihm CHF 1 Mio. zuzusprechen für eine Reparatur, die er später ohnehin einkalkuliert (und bei seiner eigenen Berechnung des Kaufpreises berücksichtigt) hat bzw. ihm nochmals eine hypothetisch «volle» Reduktion des Kaufpreises um CHF 1 Mio. zuzubilligen. Im Falle von Mängeln, die dem Käufer zwar nicht bekannt waren, aber in dessen Kaufpreisberechnung bereits eingeflossen sind, ist damit u.E. zu prüfen, ob der Anspruch des Käufers, der den «Mangel» für einen späteren Zeitpunkt einkalkuliert hat, nicht in der Differenz zwischen den diskontierten angenommenen Kosten (CHF 1 Mio. im Jahre 8 nach Closing, diskontiert mit dem vom Käufer zugrundegelegten Diskontsatz von 6% = CHF 665'000⁷⁷) und den effektiven Kosten liegen müsste, was im Beispielfall zu einem zu ersetzenden Betrag von CHF 335'000 führen würde.⁷⁸

⁷⁵ Es darf angenommen werden, dass in guten Treuen verhandelnde Parteien bei Kenntnis des Mangels die Kosten der Reparatur vom Kaufpreis abgezogen hätten (allenfalls über eine Anpassungsklausel); vgl. immerhin zum ähnlichen Fall der mangelnden Wartung hinten, 171 f.

⁷⁶ Vgl. zu den im Vertrag vorzusehenden Alternativen in Bezug auf die Berechnung hinten, 174.

⁷⁷ Angenommen, der Käufer rechnet mit einem Cash-Flow im Jahre 8 in Höhe von CHF 10 Mio., so wird er diesen um CHF 1 Mio. reduzieren und für Jahr 8 nur einen Cash-Flow von CHF 9 Mio. einsetzen. Bei einem angenommenen Diskontsatz von 6% setzt der Käufer dann effektiv rund CHF 665'000 für die Sanierung im Jahre 8 ein (diskontierte CHF 10 Mio. = CHF 6,65 Mio. abzüglich diskontierte CHF 9 Mio. = CHF 5,985 Mio.).

⁷⁸ Annehmend, dass der Käufer den gesamten diskontierten Betrag bei der Bemessung des Kaufpreises in Abzug gebracht hat, andernfalls um denjenigen Betrag, den der Käufer tatsächlich abgezogen hat.

Zusätzlich kann der Käufer den Einkommensausfall als Mangelfolgeschaden geltend machen, der sich daraus ergibt, dass entweder der Mieter Gegenansprüche hat (Fall A) oder die Büroräumlichkeiten während einer gewissen Zeit nicht vermietet werden konnten (Fall B). Aufgrund der Nähe der Kausalkette, somit des Fehlens weiterer hinzutretender Schadensursachen, ist für Fall A von einem unmittelbaren Mangelfolgeschaden gestützt auf Art. 208 Abs. 2 OR auszugehen, der unabhängig vom Verschulden des Verkäufers zu ersetzen ist; Fall B scheint uns dagegen (da auch noch ein Entscheid des Mieters nötig ist) ein Fall von Abs. 3 zu sein, weshalb hier eine Ersatzpflicht (eine andere Abmachung vorbehalten) einen Verschuldensnachweis erfordert,⁷⁹ wobei u.E. ein Verschulden im unklaren (z.B. des Produktionsleiters) Verhältnis zuerkannt werden muss.

D. Fallgruppe 3: Berechnung des Minderwertes

1. Sachverhalt

Aufgrund eines mangelnden Unterhaltes fällt kurz nach Closing eine wichtige Komponente der (einzigen) Produktionsstrasse aus, was zu einem zweimonatigen Produktionsausfall führt, der nicht versichert ist. Die Zielgesellschaft verliert dadurch an Umsatz (und damit auch an EBIT und Gewinn, da viele Kosten weiterlaufen).

2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht

Der Ausfall der einzigen Produktionsstrasse aufgrund eines im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehenden Mangels ist ein klassisches Beispiel für einen Mangel, der auf das Unternehmen durchschlägt, da der Betrieb während einer gewissen Zeit überhaupt nicht fortgeführt werden kann.⁸⁰ Da die Erheblichkeit des Mangels auch gegeben sein dürfte, steht dem Käufer grundsätzlich ein Anspruch aus Sachgewährleistung zu, auch wenn keine Zusicherungen abgegeben wurden.

Die Schadensberechnung muss hier auch Ertragsэлеmente miteinbeziehen und wieder fragt sich, wie in guten Treuen verhandelnde Parteien den Kaufpreis im Wissen um den Mangel bestimmt hätten: Hat der Käufer, wie angenommen, das Unternehmen anhand der DCF-Methode bewertet, kann die hypothetische Kaufpreisbestimmung gestützt auf diese Methode vorgenommen und der Minderwert so berech-

⁷⁹ Diese Zusatzschäden können im Einzelfall auch über den hypothetischen Verkaufspreis erfasst werden, nur dürfte die Rechnung dann sehr kompliziert und spekulativ werden, etwa weil sich der Käufer wird sagen müssen, es besteht ein Risiko von X%, dass ein Schaden von Y entsteht, und ein vielleicht halb so grosses Risiko, dass der Schaden viermal so gross sein wird.

⁸⁰ Vgl. zu dieser Art von Mängeln WATTER (FN 4), N 306 f.

net werden. Dieser bestimmt sich hier (a) in künftigen Aufwendungen, die sich aus einer adäquaten Wartung ergeben⁸¹ und (b) den Ausfällen, die sich aus verminderten Cash-Flows während der Zeit des Produktionsausfalls, aber vielleicht auch höheren Cash-Flows danach ergeben, sofern die Kunden an ihren Bestellungen festhalten und entsprechende Kapazität besteht. Denkbar ist natürlich auch, dass die Auswirkungen sehr lange andauern, z.B. weil sich Kunden während der Zeit des Ausfalls anders orientieren müssen und dann nicht mehr zurückkehren (vgl. dazu Fall 4 sogleich). Anzumerken ist, dass sich der DCF-Ansatz dann besser eignet, wo nicht lediglich ein zweimonatiger, sondern ein langfristiger Ertragsausfall vorliegt. Für kurzfristige Ausfälle wie sie im Beispielsfall vorliegen oder wo die Anwendung einer Bewertungsmethode nicht wie vorstehend geschildert erfolgen kann, kann der hypothetisch vereinbarte Kaufpreis auch anders bestimmt werden, z.B. wiederum anhand von Risikoüberlegungen.⁸² Anders wäre die Lösung dann, wenn sich der Käufer kurzfristig eine Ersatzproduktionsanlage beschaffen oder die Produktion für die Übergangszeit auslagern kann; dann sind nur diese Kosten zu ersetzen.

3. Vertragliche Regelung

Die Rechtslage ist im Beispielsfall gleich, wenn eine Zusicherung für adäquate Wartung abgegeben wurde. Wiederum zeigt sich, dass wegen der Unsicherheiten in der Berechnung des Minderwertes eine vertragliche Regelung angezeigt sein kann.⁸³

E. Fallgruppe 4: Mittelbarer Mangelfolgeschaden⁸⁴

1. Sachverhalt

Sachverhalt wie in der Konstellation von Ziff. D; zusätzlich wechselt wegen des Ausfalls der wichtigste Kunde der Zielgesellschaft (wozu ihn der Vertrag bei Ausfall be-

⁸¹ Vgl. vorne, 161.

⁸² Vgl. vorne, 161 f.

⁸³ Vgl. hinten, 174.

⁸⁴ Weiteres Beispiel für mittelbaren Folgeschaden ist der Reputationsverlust infolge Mängeln am Kaufgegenstand. Dazu möge folgendes Praxisbeispiel dienen: Bank A kauft Bank B. Entgegen einer Zusicherung der Verkäuferin stellt sich heraus, dass in der Bank B schwerwiegende Verletzungen der Sorgfaltspflicht bei der Annahme von Geldern begangen wurden, d.h. gegen Vorschriften des Geldwäschereigesetzes verstossen wurde. Aufgrund dieser Verletzungen müssen fünf Kundenbeziehungen beendet werden, was einen Schaden von CHF 300'000/Jahr verursacht (Mangel, da zugesicherte Eigenschaft fehlt). Die Presse berichtet nun ausführlich vom Versäumnis der Bank B (nunmehr im Eigentum der Bank A), was auch die Bank A in Bedrängnis bringt. Zusätzlich zu den fünf Kundenbeziehungen verliert die Bank A ihrerseits Kunden, was einen zusätzlichen Schaden von CHF 1,5 Mio./Jahr verursacht.

rechtigt) und es entfällt damit für die Zeit nach Wiederaufnahme ein Umsatzanteil von CHF 2 Mio. pro Jahr (mit überproportionaler Auswirkung auf den EBIT und den Gewinn).⁸⁵

2. Ansprüche nach dispositivem Gesetzesrecht

Der überwiegenden Lehrmeinung folgend ist davon auszugehen, dass auch im Falle der Minderung Art. 208 OR zur Anwendung gelangt und der Käufer unmittelbaren (Abs. 2) oder mittelbaren (Abs. 3) Folgeschaden geltend machen kann. Im vorliegenden Beispiel ist von einem mittelbaren Mangelfolgeschaden auszugehen, da eine zusätzliche Schadensursache, der Entschluss des Kunden, den Produzenten zu wechseln, hinzugetreten und der Umsatzausfall nicht unmittelbar Folge des Produktionsausfalls ist. Dem Käufer käme somit grundsätzlich ein Ersatzanspruch für den Umsatzausfall zu, wobei dem Verkäufer der Nachweis offensteht, dass ihn kein Verschulden am Mangel trifft. Für die Berechnung des Folgeschadens stellen sich dabei die genau gleichen Fragen, die sich bei der Bestimmung des Minderwertes ergeben.⁸⁶

Entsteht dem Käufer aufgrund des Mangels am erworbenen Unternehmen selbst ein Schaden, weil er beispielsweise Verträge mit eigenen Kunden gekündigt hat, davon ausgehend, dass das erworbene Unternehmen nun diese Dienstleistungen erbringen kann, würde dies zu einem zusätzlichen Anspruch aus Art. 208 Abs. 3 OR führen.⁸⁷

3. Vertragliche Regelung

Bei Abgabe von Zusicherungen ist die Rechtslage vorliegend gleich wie sie nach dispositivem Gesetzesrecht besteht, wobei sich empfehlen würde, in Bezug auf Ansprüche aus Mangelfolgeschaden im Vertrag zu regeln, ob bei unmittelbarem und mittelbarem Schaden dieselben Voraussetzungen zu beachten sind, bzw. ein Anspruch aus Art. 208 Abs. 3 OR ebenfalls verschuldensunabhängig geschuldet ist (womit der wesentliche Unterschied zwischen Abs. 2 und 3 wegbedungen wäre und Diskussionen darüber, ob die Kausalkette nahe genug ist oder nicht, entfallen).

Für die Berechnung des Mangelfolgeschadens kann, falls eine explizite vertragliche Regelung fehlt ebenso vorgegangen werden, wie bei der Minderung, d.h. es ist da-

⁸⁵ Mittelbarer Mangelfolgeschaden ist ferner gegeben, wenn der Käufer darauf vertraute, eine moderne und funktionstüchtige Anlage zu erwerben, auf der zudem noch erhebliche Kapazität besteht und nach Closing die eigene Fabrik schliesst. Vier Monate später kommt es zum Totalausfall wegen der mangelnden Wartung. Hier verliert der Käufer zusätzlich zum Umsatz der Zielgesellschaft noch CHF 15 Mio. eigenen Umsatz im Jahr nach Closing.

⁸⁶ Vgl. vorne, 158 ff.

⁸⁷ WATTER (FN 4), N 402.

nach zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, hätten sie vom Schaden (inkl. den möglichen Folgen daraus) gewusst.

IV. Folgen für die Vertragsgestaltung

Die Beispielfälle machen klar, dass die Parteien im Kaufvertrag regeln sollten, wie sich ein Schaden als Folge von Sachgewährleistung berechnet. Betrachtet man die ausführlichen Kataloge von Zusicherungen, ist erstaunlich, dass die Folgen des Fehlens dieser zugesicherten Eigenschaften oftmals nur marginal oder überhaupt nicht geregelt werden. In der Praxis finden sich nun mehr und mehr Verträge, die Regelungen für die Berechnung des Schadens/Minderwertes enthalten. Diese sehen für die Berechnung des Anspruches des Käufers alternativ folgende Möglichkeiten der Schadensberechnung vor⁸⁸:

- a. Kosten für die Herstellung des vertragsgemässen Zustandes (teilweise auch als eine Art Nachbesserungsrecht des Verkäufers ausgestaltet), inklusive Ersatz aller Mängelfolgeschäden;
- b. Differenz zwischen bezahltem Kaufpreis und jenem Kaufpreis, den die Parteien in guten Treuen vereinbart hätten, hätten sie den Mangel gekannt (*«the difference between the purchase price and the price the parties, acting reasonably, would have agreed if they had known about the incorrectness or the breach at the time of signing of the agreement»*);
- c. Einsetzen des «Fehlers» in eine Bewertungsformel oder ein Schema.

Für Variante c. ist erforderlich, dass die Parteien im Vertrag die Bewertungsformel bzw. das Schema festlegen und auch für Variante b. empfiehlt es sich, dass die Parteien vereinbaren, gemäss welcher Bewertungsmethode der Schaden zu berechnen ist und wie die massgeblichen Parameter ausgestaltet sind, die für die Berechnung des Minderwertes Anwendung finden; damit wird späteren Diskussionen darüber, wie der Minderwert zu berechnen ist, zumindest diesbezüglich vorgebeugt.

Des Weiteren sollten die Parteien, was oftmals auch geschieht, vereinbaren, ob Mängelfolgeschäden (unmittelbare und mittelbare) zu ersetzen sind und ferner, ob auch mittelbare Mängelfolgeschäden verschuldensunabhängig geschuldet sind, da die Abgrenzung von unmittelbaren und mittelbaren Mängelfolgeschäden schwierig ist.

⁸⁸ Teilweise wird dabei dem Käufer vertraglich das Recht eingeräumt, die für ihn günstigste Variante zu wählen. Wie erwähnt, kann die freie Wahl des Käufers bei Mängeln, die der Käufer für einen späteren Zeitpunkt bereits in seine Kalkulation einbezogen hat, zu einer erheblichen Benachteiligung des Verkäufers führen. Je nachdem, welche Partei vertreten wird, wären somit z.B. (im Falle der Vertretung des Verkäufers) unter lit. a Ansprüche ausdrücklich auszuschliessen, die der Käufer bereits nachgewiesenermassen in seine eigene Bewertung einbezogen hat.