

GillesBenedick/MarkusVischer

VertraglicheModifikationderVerjährungsregelnimGewährleistungsrechtbeimUnternehmenskauf

DieAusgestaltungderHaftungsmodalitätennimmtinUnternehmenskaufverträgengrossenRaumein.DieParteienempfindeninsbesonderediegesetzlichenVerjährungsregelndesGewährleistungsregimesalsnichtzweckmässig.ShareundAssetDealsenthaltendennoftmalsVereinbarungen,mitdenendieParteienvondengesetzlichvorgesehenenVerjährungsfristenabweichenundmitdenensiedieModalitätenderVerjährungsunterbrechungabändern.DernachstehendeBeitragbeschäftigtsichmitderZulässigkeitundReichweitesolcherVereinbarungenunduntersuchtfernerdieMöglichkeitderModifikationderVerjährungsfristjenerRechtsbehelfe,dienebenderSach-undRechtsgewährleistungkonkurrierendzurAnwendungkommen.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. VerjährungbeiderGewährleistung
 - 1. ImAllgemeinen
 - 2. GesetzlicheRegelung
 - a) Beginn derVerjährungsfrist
 - b) Dauer derVerjährungsfrist
 - c) Wahrung derVerjährungsfristen
 - 3. VertraglicheModifikationen
 - a) AllgemeineSchranken
 - b) Tragweite von Art. 129OR
 - c) Verlängerung
 - d) Verkürzung
 - e) Verschiebung desBeginns derVerjährung
 - f) Unterschiedlich lange Fristen, verschiedene «Beginne»
 - g) Erweiterung bzw. Reduktion der gesetzlichen Unterbrechungshandlungen, Regelung der Rechtsfolge einer Unterbrechung
 - h) Vereinbarung einer Verwirkungsfrist
 - i) Vereinbarungeines einheitlichen Regimes bezüglich Rechts- und Sachgewährleistung
- III. Verjährung bei positiver Vertragsverletzung und vertragliche Modifikation
- IV. Verjährung bei culpa in contrahendo und vertragliche Modifikation
- V. Verjährung bei unerlaubter Handlung und vertragliche Modifikation
- VI. Verwirkung bei Willensmängeln und vertragliche Modifikation
- VII. Verjährung bei Garantien und vertragliche Modifikation

I. Einleitung[^]

[Rz1] Ein Unternehmenskauf wird als Share oder Asset Deal durchgeführt. Share Deals sind Transaktionen, bei denen das Unternehmen indirekt über die Veräusserung der Anteile der das Unternehmen haltenden Gesellschaft veräussert wird. Asset Deals sind dagegen Transaktionen, bei denen die das Unternehmen bildenden Aktiven und Passiven den Erwerbsgegenstand bilden ¹.

[Rz2] Sowohl der Share als auch der Asset Deal können traditionell durchgeführt werden, indem Sinne, dass die Shares bzw. Assets mittels Singularsukzession übertragen werden.

[Rz3] Diesetraditionellen Formen des Share und Asset Deals wurden mit In-Kraft-Treten des Fusionsgesetzes um zwei Varianten erweitert: Es besteht nunmehr die Möglichkeit, den Share oder Asset Deal in der Form einer Vermögensübertragung im Sinne von Art. 69 FusG sowie in der Form einer Spaltung nach Art. 29 ff. FusG durchzuführen ².

[Rz4] Besteht die Gegenleistung in Geld so ist auf dies traditionell oder mittels Vermögensübertragung abgewickelten Share und Asset Deals Kaufrecht anwendbar⁴. Da es sich beim Unternehmenskauf um einen Fahrniskauf handelt, kommt einheitlich das kaufrechtliche Gewährleistungsregime von Art. 192ff. OR bezüglich Rechtsmängel und Art. 197ff. OR bezüglich Sach- (und Rechts-) Mängel zur Anwendung⁶.

[Rz5] Die Parteien verlassen sich in Kaufverträgen betreffend Unternehmen nur in seltenen Ausnahmefällen auf die gesetzliche Regelung⁷. Das gilt auch bezüglich der Verjährungsregel des Gewährleistungsregimes, wobei unter dies sämtliche Regeln zu verstehen sind, welche die Verjährung betreffen.

[Rz6] Verjährung ist die Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf. Die Entkräftung besteht darin, dass der Schuldner das Recht erhält, die Erbringung der eingeklagten Leistung durch Einrede zu verweigern⁸. Die Verjährung betrifft also nicht den Bestand der Forderung, sondern nur (aber immerhin) deren Durchsetzbarkeit⁹. Anzuführen bleibt, dass auch eine verjährte (Gewährleistungs-) Forderung zur Verrechnung gebracht werden kann, wenn sie zur Zeit, da sie mit der anderen Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (Art. 120 Abs. 3 OR). Voraussetzung hierfür ist, dass der Käufer die Voraussetzungen von Art. 201 OR erfüllt hat (Art. 210 Abs. 2 OR)

II. Verjährung beider Gewährleistung^

1. Im Allgemeinen^

[Rz7] Von der Verjährung von Ansprüchen zu unterscheiden, ist deren Verwirkung. Diese führt als Erlöschensgrund zum völligen Untergang des betreffenden Rechts¹¹. Die Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen tritt insbesondere ein, wenn die Genehmigungsfiktion von Art. 201 Abs. 2 OR greift. Gemäss Art. 201 Abs. 1 OR hat der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang unlich ist, das Kaufobjekt zu prüfen («Prüfungsobliegenheit») und dem Verkäufer einen allfälligen entdeckten Mangel sofort anzuzeigen («Anzeige- oder Rügeobliegenheit»). Prüfungs- und Anzeigeobliegenheiten sind – sofern vertraglich nicht wegbedungen – auch bei Unternehmenskäufen zu beachten¹². Die Rechtsfolgen der unterlassenen Untersuchung bzw. Rüge ist der Verlust der Sachgewährleistungsansprüche des Käufers (Art. 201 Abs. 2 OR)¹³.

2. Gesetzliche Regelung^

a) Beginn der Verjährungsfrist^

[Rz8] Nach Art. 210 Abs. 1 OR beginnt die Verjährungsfrist bei der Sachgewährleistung nicht erst mit der Entdeckung des Mangels, sondern bereits mit der Ablieferung der Kaufsache, d.h. mit der Übertragung der Verfügungsmacht auf den Käufer, zu laufen¹⁴. Auch bei geheimen Mängeln, die während der einjährigen Verjährungsfrist gar nicht entdeckt werden konnten, beginnt die Verjährungsfrist mit der Ablieferung¹⁵. In der Praxis des Unternehmenskaufs ist das Vollzugsdatum («Closing») als massgeblicher Zeitpunkt anzusehen¹⁶.

[Rz9] Bei der Rechtsgewährleistung ist umstritten, wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt: Gemäss der einen Ansicht ist dies erst im Moment der Entwehrung der Fall¹⁷. Die Gegenansicht fixiert den Beginn des Fristenlaufs bereits auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Übergabe des Kaufgegenstandes an den Käufer, ohne sich jedoch für ein in dieser Zeitpunkte zu entscheiden¹⁸. Sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben, beginnt die Verjährungsfrist beim Unternehmenskauf richtiger Ansicht nach mit der Ablieferung der Kaufsache, d.h. im Zeitpunkt des «Closing», zu laufen.

b) Dauer der Verjährungsfrist^

[Rz10] Gemäss Art. 210 OR verjähren Ansprüche aus Sachmängeln mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Sache an den Käufer, selbst wenn dieser den Mangel erst später entdeckt¹⁹. Die Verjährung tritt somit auch ein, wenn der Käufer den Mangel gar nicht entdecken konnte²⁰.

[Rz11] Bei arglistig verschwiegenen Mängeln kann dem Käufer nach Art. 210 Abs. 3 OR die einjährige

Verjährungsfristnichtentgegengehaltenwerden.DamitsindnichtnurTäuschungengemeint,diedenKäufervonder rechtzeitigenGeltendmachungderSachgewährleistungsansprücheabgehaltenhaben,sondernalleTäuschungen, die sichaufdieBeschaffenheitderSachebeziehen²¹.AnwendbaristalsdanndiezehnjährigeVerjährungsfristvonArt. 127OR²².

[Rz12]DiekurzeVerjährungdesArt.210ORgiltfürSachmängel,nichtauchfürdieAnsprücheaus Rechtsgewährleistung²³.DieVerjährungletztereristgesetzlichnichtgeregelt.EsbestehtjedochEinigkeitdarüber, dassfürRechtsmängeldieordentlichezehnjährigeVerjährungsfristvonArt.127ORmassgeblichist²⁴.

c)WahrungderVerjährungsfristen^

[Rz13]DemdrohendenVerjährungseintrittkannderKäuferdadurchbegegnen,dasserdie UnterbrechungshandlungenimSinnevonArt.135Ziff.2OR(Schuldbetreibung,KlageoderEinredevoreinem GerichtoderSchiedsgericht,EingabeimKonkurs,LadungzueinemamtlichenSühneversuch)vornimmt. RechtsfolgenderUnterbrechungshandlungistgemässArt.137Abs.1ORderNeubeginnderVerjährung.Im NormalfallistdieneueVerjährungsfristvongleicherDauerwiedieunterbrochene²⁵.WurdedieVerjährungsfrist vertraglichabgeändert,sodauertdienachderUnterbrechungneulaufendeFristgleichlangwiediealte,abgeänderte Verjährungsfrist²⁶.

[Rz14]DieUnterbrechungderVerjährungeinesGewährleistungsanspruchs bewirkt auch die Unterbrechung der Verjährung der anderen Gewährleistungsansprüche²⁷.Sowird durch Erhebung der Wandelungsklage hinsichtlich des geltend gemachten Mangels auch die Verjährung des Minderungs- und Schadenersatzanspruchs unterbrochen²⁸.

3.VertraglicheModifikationen^

a)AllgemeineSchranken^

[Rz15]AlsHaftungsbeschränkung gilt jede Vereinbarung, wonach die Haftungslage der geschädigten Partei in irgendeiner Hinsicht verschlechtert wird²⁹.Die Lehre unterscheidet zwischen unmittelbaren Haftungsbeschränkungen, worunter Klauseln zu verstehen sind, welche die Haftung unmittelbar zum Gegenstand haben, und mittelbaren Haftungsbeschränkungen, welche die Haftung durch die besondere Ausgestaltung gewisser Vertragspunkte zu Ungunsten des Gläubigers beeinflussen oder dem Gläubiger die Geltendmachung der Ansprüche erschweren³⁰.

[Rz16]Haftungsbeschränkungen sind nicht in beliebigem Umfang zulässig, wobei mittelbaren Haftungsbeschränkungen denselben gesetzlichen Schranken unterliegen, die auch für unmittelbare vertragliche Beschränkungen der Haftung gelten³¹.Haftungsbeschränkungen sind nur innerhalb der allgemeinen Vertragsschranken³², der Schranken von Art. 100f. OR und der besonderen Schranken für bestimmte Haftungsfälle zulässig³³.Im Kaufrecht sind die Schranken von Art. 192 Abs. 3, 199 und 210 Abs. 3 zu beachten³⁴.

[Rz17]Einetypisch mittelbare Haftungsbeschränkung ist etwa die vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist, dahier beide Rechte des Gläubigers in zeitlicher Hinsicht begrenzt werden. Als mittelbare Haftungsbeschränkung anzusehen sind auch die Vorverschiebung des Beginns der Verjährungsfrist oder der Ausschluss gewisser gesetzlicher Unterbrechungshandlungen³⁵.

[Rz18]Rechtsfolge von unzulässigen Haftungsbeschränkungen ist normalerweise die (modifizierte) Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR³⁶.Verstösst die vertragliche Haftungsbeschränkung gegen Art. 192 Abs. 3 oder Art. 199 OR, sind trotz der Beschränkungsvereinbarung die Voraussetzungen und die Rechtsfolge der gesetzlichen Gewährleistung massgebend³⁷.Bei absichtlicher Täuschung des Käufers über Mängel der Kaufsache findet schliesslich die Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR keine Anwendung (Art. 210 Abs. 3 OR).

b)TragweitevonArt.129OR^

[Rz19]Art.129OR verbietet sowohl eine vertragliche Verlängerung als auch eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist und macht solche Vereinbarungen unwirksam³⁸.Die Tragweite dieser Bestimmung ist in

zweifacherHinsichtzurelativieren.

[Rz20]ErstensgiltArt.129ORnachseinemWortlautnurfürdie«indiesemTitelaufgestellten Verjährungsfristen».DurchUmkehrschlusswirddarausabgeleitet,dassdieausserhalbvonArt.127und128OR aufgestelltenFristenabgeändertwerdenkönnen,soferndiebetreffendeFristbestimmungnichtihremWesennach zwingenderNaturist³⁹.WelcheFristendeskaufrechtlichenGewährleistungsrechtsundderkonkurrierend anwendbarenRechtsbehelfevonArt.129ORerfasstwerden,wirdbeideneinzelnenvertraglichenModifikationen untersucht.

[Rz21]VonArt.129ORgrundsätzlichunangestastetbleibtzweitensdieMöglichkeiteinervertraglichenBefristung vonForderungen⁴⁰.Art.129ORschliesstodannnichtaus,dasseineForderungvoneinerResolutivbedingung abhängiggemachtwird⁴¹.ZulässigistetwadieVereinbarung,wonachdieForderungerlösensolle,wenn der Gläubigernichtinnerhalb einerFristdieForderungaussergerichtlichbeimSchuldneranmeldet⁴².EineBedingung, wonachderGläubigerseineForderungbinnenbestimmterFristgerichtlichgeltendmachenmuss,verstösst demgegenübergemässBundesgerichtgegenArt.129ORundistdeswegenunwirksam⁴³.

[Rz22]AndieserStelleistzuerwähnen,dassdasdeutscheRecht schonvorderSchuldrechtsmodernisierungin§ 225aFBGBdieVerkürzungderVerjährungsfristzuliess.HingegenuntersagteesweitgehendderVerlängerung. InfolgeunabweisbarerpraktischerNotwendigkeitenbehalfmansichmitmittelbarenVerlängerungenderFrist,etwa durchStundung,Fälligkeitsaufschuboderpactumdenonpetendo⁴⁴.MitEinführungdesneuen§202BGB,derdem GrundsatzderPrivatautonomieRechnungträgt,dürfenheutedieParteienVereinbarungentreffen,mitdenenvonden gesetzlichenVerjährungsregelnabgewichenwird⁴⁵.AuchmitBlickaufdasschweizerischeRechtistzupostulieren, dassArt.129ORgeändertbzw.dessenzwingendeNatur⁴⁶aufgegebenwird,anstattesichmitUmgehungdieser Regelungzubegnügen.

c)Verlängerung^

[Rz23]AusArt.210Abs.1ORgehtausdrücklichhervor,dasseinevertraglicheVerlängerungdereinjährigen VerjährungsfristfürSachgewährleistungsansprüchezulässigist.GemässherrschenderLehreundkonstanter RechtsprechungdesBundesgerichtsstatuiertArt.127OREineMaximalfrist,sodassdievertraglicheVerlängerung derVerjährungsfristdiezehnjährigeFristdesArt.127ORnichtübersteigendarf⁴⁷.Einedarüberhinausgehende VereinbarungistdemnachindemUmfangunwirksam,alssiedieerlaubteZehn-Jahres-Fristübersteigt(Art.20Abs. 2OR).

[Rz24]DiekurzeVerjährungsfrististfürdenUnternehmenskaufnichtangemessen.VerschiedeneMängelwerden erstbeidenRevisionsarbeitenzunächstenJahresabschlussgefundenundProblemeimBereichderSteuernoder desUmweltschutzeszeigensichtypischerweiseerstineinemwesentlichspäterenZeitpunkt⁴⁸.Umsicherzustellen, dassderKäufervorAblaufderFristeinennormalenJahresabschlussstellenundprüfenlassenkann,wirddeshalb beiUnternehmenskäufendieVerjährungsfristfürAnsprücheausSachgewährleistungmeistensverlängert⁴⁹.

[Rz25]EineVerlängerungderzehnjährigenVerjährungsfristfürRechtsgewährleistungistausgeschlossen,da gemässBundesgerichtArt.127ORwieausgeführteineMaximalfriststatuiert.

[Rz26]UnseresErachtensistaberArt.129ORimBereichderkaufrechtlichenGewährleistungimAllgemeinen nichtanwendbar⁵⁰,sodasseineVerlängerungüberdieZehnjahresfristvonArt.127ORhinauszulässigist⁵¹.Das ergibt sichindirektschonausArt.192Abs.3ORfürdieRechtsgewährleistungundArt.199und210Abs.1ORfür dieSachgewährleistung,welchedieGrenzenderVertragsfreiheitaufzeichnen.Estrifftzwarzu,dasseineendlose EinstandspflichtdesSchuldners abzulehnenist.AndererseitswirdzuRecht daraufhingewiesen,dassdie Zehnjahresfristnichtausnahmslosgelte⁵²unddassderGläubigerbereitsmitdemBetreibungsbegehrendie Möglichkeitthat,dieVerjährungbeliebigoftzuunterbrechen,ohnedieDurchsetzungseinerAnsprücheanzustreben⁵³. Fernerwirdvorgebracht,dassdieZeitinallerRegelnichtgegen denSchuldner,sondernvielmehregenden beweispflichtigenGläubigerspiele⁵⁴.ImBereichdesUnternehmenskaufesbestehtschliesslichinsbesonderebei Steuer-,Umweltschutz-undRechtsgewährleistungsfrageneinpraktischesInteresseaneinerlängeren Verjährungsfrist.

d) Verkürzung[^]

[Rz27] Vorauszuschicken ist, dass die Verkürzung der Verjährungsdauer eine mittelbare Haftungsbeschränkung darstellt und deshalb den hier für geltenden Grenzen unterliegt.

[Rz28] Obwohl Art. 210 Abs. 1 OR lediglich die Verlängerung der Verjährungsfrist von Sachgewährleistungsansprüchen ausdrücklich vorsieht, ist unbestritten ermassen auch die Verkürzung zulässig⁵⁵. Die Rechtsprechung beschränkt die Verkürzung der Verjährungsfrist insofern, als sie dem Gläubiger die Ausübung der Rechten nicht in unbilliger Weise erschwerend darf⁵⁶.

[Rz29] In der Literatur kaum beachtet ist das problematische Verhältnis der Verjährungsfrist für Rechtsgewährleistungsansprüche zu Art. 129 OR. Es wurde bereits ausgeführt, dass für Ansprüche aus Rechtsgewährleistung die ordentliche zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR massgeblich ist. Es stellt sich deshalb erneut die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 129 OR. Unseres Erachtens hat Art. 129 OR wie ausgeführt im Bereich der kaufrechtlichen Gewährleistung im Allgemeinen und der Rechtsgewährleistung im Besonderen keine Geltung, und es steht den Parteien frei, die Verjährungsfrist für Rechtsgewährleistungsansprüche zu verkürzen.

[Rz30] Die Bedeutung der Streitfrage hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Verjährungsfrist für Rechtsgewährleistungsansprüche und Art. 129 OR relativiert sich, wenn man erkennt, dass der Begriff des Sachmangels den Rechtsmangel einschliesst⁵⁷. Der Käufer kann also dann bei Vorliegen eines Rechtsmangels bei gegebenen Voraussetzungen wahlweise die Rechtsbehelfe von Art. 195 f. OR oder aber Wandelung, Minderung oder Ersatzleistung und Schadenersatz geltend machen⁵⁸. Entscheidet sich der Käufer auch bei Vorliegen eines Rechtsmangels für ein Vorgehen nach den Regeln der Sachgewährleistung, richtet sich die Verjährungsdauer und die Zulässigkeit einer Abänderung nach den Sachgewährleistungsregeln (Art. 210 Abs. 1 OR).

e) Verschiebung des Beginns der Verjährung[^]

[Rz31] Die mittelbare Beeinflussung anderer Modalitäten des Verjährungsganges, wie etwa des Beginns der Verjährung, stellt eine Umgehung des Verbots der Fristveränderung dar und verstösst eben falls gegen Art. 129 OR. Art. 129 OR ist jedoch im Bereich der Sach- und Rechtsgewährleistung nicht anwendbar, sodass die Parteien den Beginn der Verjährungsfrist frei bestimmen können⁶⁰.⁵⁹

[Rz32] Die Parteien können vereinbaren, dass dem Verkäufer die Einrede der Verjährung durch Hinausschieben des Beginns der Verjährung beschränkt wird⁶¹. Beispielsweise kann vertraglich vereinbart werden, dass die Verjährung erst mit Eintritt eines bestimmten zukünftigen Ereignisses zu laufen beginnt⁶². Umgekehrt ist auch ein Vorverschieben des Fristenlaufs zulässig, wobei diese Abrede eine mittelbare Haftungsbeschränkung darstellt und den obendargestellten Schranken für solche Klauseln unterliegt.

[Rz33] Regelmässig wird in Unternehmenskaufverträgen der Beginn der Verjährungsfrist einheitlich auf das Vollzugsdatum («Closing») festgesetzt. Essind aber auch andere Regelungen denkbar und zulässig. Aufgrund der obendargestellten Unsicherheit hinsichtlich des Beginns der Frist bei der Rechtsgewährleistung, empfiehlt sich, den Zeitpunkt im Vertrag ausdrücklich zu regeln.

f) Unterschiedlich lange Fristen, verschiedene «Beginne»[^]

[Rz34] Die vertragliche Modifikation der Länge der Verjährungsfrist bzw. der «Beginne» hängen vom Willen der Parteien ab. Diese können Modifikation für sämtliche oder nur für einzelne Mängel vorsehen⁶³.

[Rz35] Die Parteien vereinbaren in der Regel Verjährungsfristen zwischen einem und fünf Jahren⁶⁴. Oft werden für die Bereiche des Umweltschutzes und der Steuern aber noch längere Gewährleistungsfristen vereinbart (z.B. beim Umweltschutz zehn Jahre und bei den Steuern die anwendbaren steuerlichen Verjährungsfristen plus sechs Monate⁶⁵ oder einheitlich fünf Jahre), um den langen Latenzzeit dieser Probleme Rechnung zu tragen⁶⁶. Auch hinsichtlich der Rechtsgewährleistung werden regelmässig separate, längere Fristen vereinbart (in der Regel zehn Jahre)⁶⁷.

[Rz36] Häufig enthalten Unternehmenskaufverträge die Bestimmung, dass der Verkäufer nur dann in die Pflicht genommen werden kann, wenn die Ansprüche des Käufers einen bestimmten Mindestbetrag überschreiten («de-minimis-Rule»)⁶⁸. Sofern die Parteien ausserdem unterschiedliche Verjährungsfristen vereinbart haben, ist fraglich, ob bereits verjährte Ansprüche bei der Bestimmung des Mindestbetrages entfallen oder trotz der Verjährung einzubeziehend sind. Dies ist eine Frage der Vertragsauslegung, welche sich zunächst nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien richtet. Sofern sich dies nicht feststellen lässt, muss durch objektivierte Auslegung der Vertragswillen ermittelt werden, den die Parteien mutmasslich gehabt haben⁶⁹. Im Regelfall gilt, dass verjährte Forderungen bei der Berechnung des Mindestbetrages einzubeziehend sind. Eine gleiche Fragestellung stellt sich bei der Vereinbarung eines bestimmten Haftungsmaximalbetrages («cap»)⁷⁰.

[Rz37] Sofern die Parteien unterschiedliche Verjährungsfristen für bestimmte Sach- und Rechtsmängel vereinbart haben, ist die Qualifikation des geltend gemachten Mangels und die Subsumtion unter eine bestimmte Gewährleistungsbestimmung von grosser Bedeutung⁷¹. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich insbesondere, weil in vielen Unternehmenskaufverträgen nicht geregelt wird, ob ein bestimmter Sachverhalt eine Gewährleistung verletzen kann oder mehrere; als das Verhältnis der verschiedenen Gewährleistungsbestimmungen nicht definiert ist und die allgemeine Auslegungsregel «lex specialis derogat legi generali» wenig hergibt. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich z. B. auch infolge der Schwierigkeit der Abgrenzung der Rechtsmängel von den Sachmängeln rechtlicher Natur⁷². Heikel ist namentlich die Rechtslage bei der Übertragung von Patentrechten⁷³.

g) Erweiterung bzw. Reduktion der gesetzlichen Unterbrechungshandlungen, Regelung der Rechtsfolge einer Unterbrechung[^]

[Rz38] Share oder Asset Deals beinhalten manchmal die Vereinbarung, dass die Verjährung durch Geltendmachung der Forderung mit eingeschriebenem Brief unterbrochen wird (Erweiterung der Unterbrechungshandlungen von Art. 135 OR). Umgekehrt wird im Vertrag teilweise vorgesehen, dass eine bestimmte Frist nur mittels Klage unterbrochen werden kann (Einschränkung der Unterbrechungshandlungen von Art. 135 OR). Schliesslich sehen Unternehmenskaufverträge manchmal vor, dass nach der Vornahme einer Unterbrechungshandlung die Dauer der neuen Frist nicht der Dauer der alten Frist entspricht (Abänderung von Art. 137 OR). Wir sind der Ansicht, dass solche Parteienvereinbarungen im Bereich des Gewährleistungsrechts zulässig sind.

[Rz39] Zur Erweiterung der Unterbrechungshandlungen von Art. 135 OR: Gemäss einem unpublizierten Bundesgerichtsentscheid ist es zumindest für Verjährungsfristen ausserhalb des dritten Titels des OR zulässig, durch Vertragsabrede weitere Unterbrechungshandlungen zu vereinbaren⁷⁴. Im genannten Entscheid erklärte das Bundesgericht, Unterbrechungshandlungen im Sinne von Art. 135 OR hätten zwar nicht stattgefunden. In objektivierender Auslegung des Vertrages nahm es aber an, dass «die... der Beklagten zugestellten Rechnungen im Ergebnis als verjährungsunterbrechende Parteierklärungen» zu qualifizieren seien⁷⁵. Gemäss Bundesgericht ist somit nicht in einem ausdrücklichen Vereinbarungszusätzlicher Unterbrechungshandlungen notwendig, sondern es reicht aus, wenn sich ein entsprechender Wille der Parteien aus dem Zusammenhang ergibt⁷⁶.

[Rz40] In der Literatur wird die Meinung vertreten, diese Rechtsprechung müsse auch für die Verjährungsfrist des dritten Titels des OR gelten⁷⁷. Insbesondere wird geltend gemacht, dass es nicht konsequent sei, einerseits die Einführung neuer Unterbrechungsgründe nicht zuzulassen, weil sie einer Verlängerung der Verjährungsdauer gleichkomme und somit einen Verstoß gegen Art. 129 OR darstelle, andererseits aber die vertragliche Stundungsabrede zuzulassen, welche faktischebenfalls einer Modifizierung der Verjährungsfrist gleichkomme⁷⁸. Obwohl für diese Ansicht gute Gründe sprechen und unseres Erachtens die Vertragsfreiheit im Bereich der Verjährungsfristen zu postulieren ist, hat das Bundesgericht deutlich festgehalten, dass Art. 129 OR eine zwingende Norm ist und dass eine Regelung, die im Anwendungsbereich von Art. 129 OR einer Abänderung der Verjährungsfrist gleichkomme, als unzulässig erachtet⁷⁹. Somit muss davon ausgegangen werden, dass eine Erweiterung der Unterbrechungshandlungen lediglich für Verjährungsfristen ausserhalb des dritten Titels des OR zulässig ist.

[Rz41] Die Parteien könnten im Unternehmenskaufvertrag mit vereinbaren, dass die Mängelrüge des Käufers in einer bestimmten Form, z. B. mit eingeschriebenem Brief, die Verjährung unterbricht⁸⁰. Letzteres ist in der Praxis häufig, auch weil meist die Verjährungsfrist mit der Prüfungs- und Rügefrist gleichgesetzt wird und innerhalb der Verjährungsfrist eine jederzeitige Rüge möglich ist. Oft ist in Unternehmenskaufverträgen nämlich nicht klar

geregelt, ob die Frist zur Geltendmachung von Mängeln, also zur Erhebung der Mängelrüge, eine Verjährungsfrist oder ein Prüfungs- und Rügefrist und damit Verwirkungsfrist oder beides ist.

[Rz42] Zur Einschränkung der Unterbrechungshandlungen von Art. 135 OR: Nicht selten sind in der Praxis auch Vertragsbestimmungen, welche die Unterbrechungshandlungen einschränken, etwa dadurch, dass eine bestimmte Frist nur noch mittels Klage unterbrochen werden kann. Solche Klauseln entspringen dem Bedürfnis der schuldnerischen Partei, nicht endlos betrieblen zu werden.

[Rz43] Die herrschende Lehre achtet es als unstreitig, dass der Katalog von Art. 135 OR insofern zwingend ist, als die Partei durch Vertragsabrede keine gesetzliche Unterbrechungshandlung ausschliessen dürfen⁸¹. Es ist jedoch nicht konsequent, zusätzliche Unterbrechungshandlungen zuzulassen, aber nicht zuzulassen, dass die gesetzlichen Unterbrechungshandlungen reduziert werden. In BGE 132 III 285 hat das Bundesgericht eine Bedingung, wonach eine Forderung binnen bestimmter Frist gerichtlich geltend zu machen sei, als Verstoß gegen Art. 129 OR taxiert. Da Art. 129 OR nur für Verjährungsfristen des dritten Titels Geltung hat, gilt contrarium, dass eine solche Bedingung für andere Fristen zulässig ist. Wenn aber die Parteien für Verjährungsfristen ausserhalb des dritten Titels des OR vereinbaren dürfen, dass ein Anspruch nur durch gerichtliche Geltendmachung zu wahren ist, dann dürfen sie zweifellos auch die Unterbrechungshandlungen von Art. 135 OR einschränken, indem etwa vereinbart wird, dass die Schuldbeitreibung keine verjährungsunterbrechende Wirkung hat. Zum Schutz des Gläubigers rechtfertigt sich, die Einschränkung von Unterbrechungshandlungen nur insofern zuzulassen, als sie dem Gläubiger die Ausübung seiner Rechte nicht in unbilliger Weise erschwert⁸².

[Rz44] Da auf die Verjährungsfristen von Sach- und Rechtsgewährleistung Art. 129 OR nicht anwendbar ist, ist eine Einschränkung der Unterbrechungshandlungen von Art. 135 OR im genannten Umfang zulässig.

[Rz45] Zur Abänderung von Art. 137 OR: Das Bundesgericht hat schon länger festgehalten, dass sich die neue Unterbrechungshandlung neulaufende Frist im Sinne von Art. 137 OR auch dann nach der alten Verjährungsfrist richtet, wenn dies durch Parteiabrede abgeändert wurde⁸³. Den Parteien steht es somit frei, durch Modifikation der Verjährungsfrist auch die Dauer der Unterbrechung neulaufende Frist zu bestimmen. Es muss ihnen deshalb auch erlaubt sein, unmittelbar die Dauer der Unterbrechung laufende Frist selber zu bestimmen⁸⁴.

[Rz46] Die Partei eines Share oder Asset Deals kann es somit zulässigerweise vereinbaren, dass die neue Unterbrechung laufende Frist von unterschiedlicher Dauer wie die ursprüngliche Frist ist. So wird in der Praxis beispielsweise vereinbart, dass die ursprüngliche Gewährleistungsfrist von zwei Jahren nach der Unterbrechung noch sechs Monate weiterläuft.

[Rz47] Die Partei darf eine Kombination der verschiedenen Modifikationen vorsehen, etwa die Vereinbarung von unterschiedlichen Unterbrechungshandlungen für unterschiedliche Fristen. Beispielsweise können die Parteien übereinkommen, eine erste Verjährungsfrist könne durch Mängelrüge unterbrochen werden, womit eine neue kürzere Frist von sechs Monaten zu laufen beginnt, welche noch durch Klage unterbrechbar sei.

h) Vereinbarung einer Verwirkungsfrist[^]

[Rz48] Die Verwirkung ist ein Erlöschensgrund und führt zum völligen Untergang des betreffenden Rechts, wenn der Ansprecher nicht in der vorgeschriebenen Frist die erforderlichen rechtserhaltenden Handlungen vornimmt⁸⁵. Die Verwirkung kann im Gegensatz zu einer Verjährungsfrist nicht unterbrochen werden⁸⁶.

[Rz49] Die Parteien können im Unternehmenskaufvertrag klarstellen, dass eine vertragliche Frist als Verwirkungsfrist zu verstehen ist, welche nur durch Klageerhebung gewahrt werden kann⁸⁷. Im Ergebnis wird damit das Gleiche erreicht wie mit der Reduktion der Unterbrechungsgründe bei einer Verjährungsfrist auf die Klageerhebung⁸⁸. Nachdem Letzteres zulässig ist, ist damit auch die Vereinbarung einer solchen Verwirkungsfrist zulässig.

[Rz50] Der Unternehmenskaufvertrag sollte festhalten, ob es sich bei einer vereinbarten Frist um eine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist handelt. Wenn nicht ausdrücklich anders vereinbart, ist es im Vertrag statuierte Frist in der Regel als Verjährungsfrist aufzufassen.

i) Vereinbarungeines einheitlichen Regimes bezüglich Rechts- und Sachgewährleistung[^]

[Rz51] In der Praxis wird in vielen Unternehmenskaufverträgen nicht zwischen Rechts- und Sachgewährleistung unterschieden. Vielmehr werden einheitliche Zusicherungen gegeben und einheitliche Rechtsfolgen statuiert im Bestreben, zu einem möglichst einheitlichen Gewährleistungsrecht im Unternehmenskaufvertrag zu kommen⁸⁹. Dies geschieht in der Praxis dadurch, dass auch für die Fälle der Rechtsgewährleistung die Rechtsbehelfe für die Sachgewährleistung vorgesehen werden und für die Modalitäten der Geltendmachung auf die Regel der Sachgewährleistung verwiesen wird⁹⁰. Diese Statuierung eines einheitlichen Gewährleistungsregimes ist zulässig⁹¹.

III. Verjährung bei positiver Vertragsverletzung und vertragliche Modifikation[^]

[Rz52] Das Bundesgericht bejaht die konkurrierende Anwendung von Sachgewährleistungsansprüchen und Ansprüchen wegen positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 ff. OR⁹². Solche Ansprüche unterstehen grundsätzlich⁹³ ebenfalls den kaufrechtlichen Haftungsvoraussetzungen, insbesondere der kurzen Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR⁹⁴.

[Rz53] Konsequenterweise hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach bei einem Vorgehen nach Art. 97 ff. OR dies spezifischen kaufrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen, auch dann Geltung, wenn die Modalitäten der Gewährleistung – namentlich die Verjährungsfrist – vertraglich modifiziert wurden. Die vertragliche Modifikation der Verjährungsfrist von Art. 210 OR für Gewährleistungsansprüche wirkt sich dann auch auf die Verjährung von Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung aus⁹⁵.

[Rz54] Auch neben der Rechtsgewährleistung gewährt das Bundesgericht dem Käuferwahlweise die Ansprüche aus Art. 97 ff. OR⁹⁶. Wie bei der Sachgewährleistung muss auch bei der Rechtsgewährleistung ein Vorgehen nach Art. 97 ff. OR den spezifischen kaufrechtlichen Haftungsvoraussetzungen unterstehen. Eine vertragliche Modifikation der Verjährungsfrist für Rechtsgewährleistungsansprüche erstreckt sich deshalb ebenfalls auf die Ansprüche aus Art. 97 ff. OR.

[Rz55] Sofern die Partei eines Share oder Asset Deals die Verjährungsfrist für Ansprüche aus Sach- bzw. Rechtsgewährleistung modifiziert haben, verjähren die konkurrierenden Ansprüche nach Art. 97 ff. OR ebenfalls gemäss diesen Modifikationen.

IV. Verjährung bei culpa in contrahendo und vertragliche Modifikation[^]

[Rz56] Bei Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch den Verkäufer kann der Käufer eine Haftung aus culpa in contrahendo geltend machen⁹⁷, unabhängig davon, ob der Kaufvertrag abgeschlossen wurde oder nicht⁹⁸. Sofern der Verkäufer den Käufer über Eigenschaften der Kaufsache unrichtig oder unvollständig informiert hat, muss der Käufer die kurze Verjährungsfrist des Art. 210 OR beachten⁹⁹. Hat der Verkäufer beim Unternehmenskauf beispielsweise fahrlässig unrichtige Angaben über den Umsatz gemacht, so verjährt sein Schadenersatzanspruch nach Art. 210 OR, gleich ob der Käufer seinen Anspruch auf Gewährleistungsrecht oder auf die Haftung des Verkäufers aus culpa in contrahendo stützt.

[Rz57] Ebenso kann der Käufer neben der Rechts- (und Sach-¹⁰⁰) Gewährleistung alternativ Ansprüche aus culpa in contrahendo geltend machen, sofern der Verkäufer seine Aufklärungspflicht hinsichtlich Rechtsmängel verletzt hat.

[Rz58] Richtet sich die Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo nach den kaufrechtlichen Sonderbestimmungen, so wirkt sich die vertragliche Modifikation der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche auch auf die Verjährungsfrist für Ansprüche aus culpa in contrahendo aus.

V. Verjährung bei unerlaubter Handlung und vertragliche Modifikation[^]

[Rz59] Gemäss Rechtsprechung stehend dem Käufer, dem durch die Lieferung einer mit Mängeln behafteten Sache ein Schaden erwachsen ist, nicht nur die vertraglichen Ansprüche aus Art. 97 ff. und Art. 197 ff. OR zu, sondern er kann sich auch auf die Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) berufen¹⁰¹. Die alternative Berufung steht dem Käufer auch in den Fällen zu, in denen die Rechtsgewährleistung mit Ansprüchen aus unerlaubter Handlung konkurriert, etwa wegen einer absichtlichen Täuschung¹⁰².

[Rz60] Die wohl herrschende Lehre verneint die Anwendbarkeit der kaufrechtsspezifischen Verjährungsfrist von Art. 210 OR für Deliktsansprüche nach Art. 41 ff. OR¹⁰³. Dasselbe behält für die Verjährungsfrist von Rechtsgewährleistungsansprüchen zu gelten. Die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung richtet sich sowohl bei der Sachgewährleistung als auch bei der Rechtsgewährleistung einheitlich nach Art. 60 OR.

[Rz61] Da Art. 129 OR nur für die im Dritten Titel des OR aufgestellten Verjährungsfristengilt, steht diese Bestimmung einer vertraglichen Modifikation der Verjährungsfrist von Art. 60 OR nicht entgegen. Das Bundesgericht lässt sodann eine vertragliche Haftungsbeschränkung auch für ausservertragliche Haftungsgründe gelten¹⁰⁴. Obsch die Freizeichnungsklausel auch auf ausservertragliche Schadenersatzansprüche erstreckt, ist aber durch Auslegung zu ermitteln¹⁰⁵.

[Rz62] Eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist für die Deliktshaftung ist somit ohne weiteres möglich, hat sie doch eine Besserstellung des Gläubigers zur Folge. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist, welche die Durchsetzung der Ansprüche des Gläubigers erschwert, stellt hingegen ein mittelbare Haftungsbeschränkung dar, welche den oben dargestellten Schranken unterliegt. In der Regel erstreckt sich die Haftungsbeschränkung aus dem Vertragsverhältnis auch auf den Anspruch aus unerlaubter Handlung¹⁰⁷. Es empfiehlt sich aber, eine solche Vereinbarung in jedem Fall klar und eindeutig zu formulieren¹⁰⁸.

106,

VI. Verwirkung bei Willensmängeln und vertragliche Modifikation[^]

[Rz63] Das Bundesgericht lässt in konstanter Praxis alternativ zur Geltendmachung der Gewährleistung die Berufung auf einen Grundlagensirrtum bzw. auf eine absichtliche Täuschung zu¹⁰⁹. Diese Rechtsprechung ist auch auf den Unternehmenskauf anwendbar¹¹⁰.

[Rz64] Der Irrtumbzw. Getäuschte hat den Vertrag innerhalb eines Jahres seit Kenntnis des Irrtums bzw. der Täuschung anzufechten (Art. 31 Abs. 1 OR). Es handelt sich bei dieser Frist nicht um eine Verjährungsfrist, sondern um eine Verwirkungsfrist¹¹¹. Sie beginnt erst mit der Entdeckung des Willensmangels zu laufen¹¹², weshalb die Berufung auf Grundlagensirrtum selbst dann noch zulässig ist, wenn die Verjährungsfrist für Gewährleistungen schon abgelaufen ist¹¹³. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die relative einjährige Frist nicht durch eine absolute Frist begrenzt, weshalb eine Anfechtung auch nach über zehn Jahren möglich ist¹¹⁴.

[Rz65] Fraglich ist, ob die Parteien die Modalitäten der Anfechtung – etwa durch die Vereinbarung einer kürzeren Anfechtungsfrist oder der durch Verschieben des Beginns der Anfechtungsfrist – abändern können. Derim Voraus erklärte Verzicht, sich auf eine absichtliche Täuschung zu berufen, verstösst gegen Art. 20 OR und ist daher nichtig¹¹⁵. Aus diesem Grund ist auch eine Vereinbarung ungültig, welche die Anfechtungsfrist von Art. 31 Abs. 1 OR in Fällen der absichtlichen Täuschung verkürzt oder welchen den Beginn der Anfechtungsfrist vorverschieben will. Der Besserstellung des Anfechtungsberechtigten (z. B. durch Verlängerung der Anfechtungsfrist) steht hingegen nichts entgegen.

[Rz66] Die Irrtumsregeln sind hingegen dispositives Recht, weshalb eine Vereinbarung, welche die Anfechtung des Vertrages wegen Grundlagensirrtums ausschliesst, zulässig ist.¹¹⁶ «E maiore minus» ist somit sowohl die Vereinbarung einer kürzeren Anfechtungsfrist als auch das Vorverschieben des Beginns der Anfechtungsfrist zulässig.

[Rz67] Fraglich ist, ob die Modifikation der Verjährungsregeln für Gewährleistungsansprüche auch auf die Modalitäten der Anfechtung gemäss Art. 31 Abs. 1 OR durchschlägt. Die Bestimmung von Inhalt und Umfang von vertraglichen Bestimmungen erfolgt durch Auslegung der Parteierklärungen nach dem Vertrauensprinzip¹¹⁷. Das Bundesgericht ist bei einer Übertragung von vertraglichen Vereinbarungen betreffend das Gewährleistungsrecht auf

die Irrtumsregel vorsichtig. Es ist somit davon auszugehen, dass ohne ausdrücklichen Verweis die vertraglich abgeänderten Verjährungsregeln des Gewährleistungsregimes nicht auch die Modalitäten der Irrtumsanfechtung beschlagen. Die Parteien eines Unternehmenskaufvertrages laufen somit Gefahr, dass die detaillierte vertragliche Ausgestaltung des Verjährungsregimes für Gewährleistungsansprüche durch die Berufung auf einen Willensmangel unterlaufen wird. Um dies zu vermeiden, tun sie gut daran, im Unternehmenskaufvertrag explizit den Beginn und die Dauer der Anfechtungsfrist im Sinne von Art. 31 Abs. 1 OR festzulegen¹¹⁹ bzw. die Verjährungsregeln des Gewährleistungsrechts ausdrücklich auch für die Irrtumsanfechtung für anwendbar zu erklären.

VII. Verjährung bei Garantien und vertragliche Modifikation[^]

[Rz68] Nach schweizerischem Recht ist zu unterscheiden zwischen eigentlichen Zusicherungen im Sinne von Art. 197 OR, unselbständigen und selbständigen Garantien. Eigentliche Zusicherungen im Sinne von Art. 197 OR bezieht sich auf Eigenschaften der Kaufsache (grundsätzlich) im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, während unselbständige Garantien Haltbarkeits- und Zuverlässigkeitssicherungen sind, mit denen das Vorhandensein von Eigenschaften der Kaufsache für eine bestimmte Dauer in der Zukunft zugesichert wird¹²⁰. Eine selbständige Garantie liegt demgegenüber vor, wenn der Verkäufer einen künftigen Erfolg verspricht, welcher über die vertragsgemässe Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht, weil er wesentlich noch von anderen künftigen Faktoren abhängt, welche von den Sacheigenschaften unabhängig sind und ausserhalb der Einflussmöglichkeit des Verkäufers liegen¹²¹. Beim Unternehmenskauf stellen Angaben über den bisherigen Ertrag Zusicherungen dar. In der (nicht üblichen) Zusicherung eines künftigen Umsatzes oder Ertrages kann gegebenfalls eine selbständige Garantie zusehen sein¹²². Der Abschluss eines selbständigen Garantievertrages ist auch im Bereich der Rechtsgewährleistung möglich.

[Rz69] Die rechtliche Bedeutung des selbständigen Garantievertrages liegt darin, dass der Käufer, wenn der in Aussicht gestellte, garantierte Erfolg nicht eintritt, nicht Wandelung oder Minderung bzw. die Rechtsbehelfe nach Art. 195 f. OR verlangen kann, sondern einen Erfüllungsanspruch auf Schadenersatz erhält, dersich den Regeln über die Mängelhaftung, namentlich den Bestimmungen über Prüfungs- und Rügepflicht sowie Verjährung, entzieht

123.

[Rz70] Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der Kaufvertraglichen Verjährungsfrist unterstehen (insbesondere der kurzen Frist von Art. 210 Abs. 1 OR), verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren¹²⁴. Auf die Verjährungsfrist aus selbständigem Garantievertrag findet Art. 129 OR Anwendung¹²⁵, weshalb gemäss Bundesgerichte eine vertragliche Abänderung der Verjährungsfrist unzulässig ist. Ebenfalls ausgeschlossen ist eine Erweiterung bzw. Einschränkung der Unterbrechungshandlungen im Sinne von Art. 135 OR¹²⁶.

[Rz71] Die Parteien benutzen in Unternehmenskaufverträgen Garantieabreden im Sinne von Art. 111 OR auch für Bereiche, die durchaus auch in einer modifizierten Sach- bzw. Rechtsgewährleistung zugänglich wären¹²⁷. Gründe hierfür sind die Vermeidung der Prüfungs- und Rügefristen, die zu kurzen Gewährleistungsfristen, die «de-minimis-Rules» und «Caps» sowie vor allem der Einwendung gemäss Art. 200 OR. Oft werden diese Punkte bei den Garantien modifiziert, sodass auch hier eine Konvergenz in Richtung eines einheitlichen Rechtsbehelfs stattfindet. Die Parteien müssen sich aber bewusst sein, dass bei Vorliegen eines selbständigen Garantievertrages eine Modifizierung der zehnjährigen Verjährungsfrist bzw. eine Erweiterung oder Einschränkung der Unterbrechungshandlungen aufgrund von Art. 129 OR unzulässig ist. Auf diese Einschränkung der Vertragsfreiheit ist ganz besonders hinzuweisen, das sich in der Praxis des Unternehmenskaufes häufig als selbständige Garantien ausgestaltete Klauseln finden, die namentlich eine von Art. 127 OR abweichende Verjährungsfrist festlegen.

[Rz72] Sofern ein Unternehmenskaufvertrag Zusicherungen und Garantien enthält, ist es notwendig, diese Garantien klar als selbständige Leistungsversprechen im Sinne von Art. 111 OR zu bezeichnen, um zu vermeiden, dass Streitigkeiten über die Verjährung entstehen¹²⁸. Schwierigkeiten können sich auch ergeben, wenn die Parteien im Unternehmenskaufvertrag die englischen Begriffe «Representations», «Warranties» und «Indemnities» benutzen, da die Einordnung in die Kategorien der Zusicherungen im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR oder der unselbständigen bzw. selbständigen Garantien schwierig ist¹²⁹. Das gleiche Problem stellt sich beim Gebrauch des Wortes «Schadloshaltungen». In diesen Fällen ist eine klare Bezeichnung der rechtlichen Folgen zu empfehlen.

Dr.MarkusVischer,LL.M.,istPartnerbeiderAnwaltskanzleiWalderWyss&Partner,Zürich.

Lic.iur.GillesBenedick,Rechtsanwalt,warSubstitutinderAnwaltskanzleiWalderWyss&Partner,Zürich,und absolviertderzeiteinenForschungsaufenthaltamMax-Planck-Institutfürausländischesundinternationales Privatrecht.

- ¹ UrsSchenker ,RisikoallokationundGewährleistungbeimUnternehmenskauf,in:Mergers&AcquisitionsVII, RudolfTschäni(Hrsg.),Zürich2005,239ff.,246f.(zitiert Schenker,M&AVII); RudolfTschäni, M&A-TransaktionennachSchweizerRecht,Zürich2003,45(zitiert: Tschäni,M&A-Transaktionen); Markus Vischer,AuswirkungendesFusionsgesetzesaufShareundAssetDeals–zugleicheinBeitragzur Vermögensübertragung,in:Mergers&AcquisitionsVII,RudolfTschäni(Hrsg.),Zürich2005,211ff.,212 (zitiert: Vischer,M&AVII).
- ² ZurumstrittenenFragederZulässigkeitdestraditionellenShareundAssetDealsnebender VermögensübertragungundderSpaltungz.B. Vischer,M&AVII (Fn1),214f.
- ³ DieDurchführungeinerSpaltunggegenGeldistausgeschlossen,dadieGegenleistungbeiderSpaltung zwingendausAnteils-undMitgliedschaftsrechtenderübernehmendenGesellschaftbestehenmuss(Art.29,31 und69Abs.1FusG;BotschaftFusG,BBl20004337,4430f.).EineSqueeze-outSpaltungistimGesetznicht vorgesehen;eingehendBSK- Watter/Büchi,Art.31FusGN5,dieaufdieMöglichkeiteeines«teilweisen» Squeeze-outshinweisen.
- ⁴ BGE129III18E.2.2=Pra2003,150ff.; ChristophHurni ,DerÜbertragungsvertragnachArt.70FusGals Verfügungsvertrag,in:Jusletter7.Juni2004,Rz.14; Vischer,M&AVII (Fn1),218; MarkusVischer ,Übergang vonNutzenundGefahrbeimUnternehmenskaufvertrag,in:Jusletter27.Juli2004,Rz.14;vgl.auchZK- Beretta ,Art.70FusGN27undArt.71FusGN35.
- ⁵ MarkusVischer ,RechtsgewährleistungbeimUnternehmenskauf,SJZ101(2005)233ff.,235(zitiert: Vischer, Rechtsgewährleistung).
- ⁶ PhilippeSpitz/ChristianOetiker ,VerjährungundRechtsbehelfebeiUnternehmenskaufverträgen,SJZ101 (2005)465ff.,465; Schenker,M&AVII (Fn1),246ff.; Tschäni,M&A-Transaktionen (Fn1),151; Vischer, Rechtsgewährleistung(Fn5),234; Vischer,M&AVII (Fn1),218und221;a.A.BGE129III18=Pra2003,150 ff.:DanachistderAssetDealeinVertragsuigeneris,aufdennichtohne weiterePrüfungdieBestimmungen überdenFahrniskaufanwendbarsind.AufinternationaleVerhältnisseistbeimAssetDealunterUmständendas UN-Kaufrecht(CISG,WienerKaufrecht)anwendbar;eingehend ChristophBrunner ,Kommentarzum UN-Kaufrecht-CISG,Bern2004,Art.2CISGN5.
- ⁷ Vgl. Tschäni,M&A-Transaktionen (Fn1),176f.; RudolfTschäni ,Post-ClosingDisputesonRepresentations andWarranties,in:ArbitrationofMergerandAcquisitionDisputes,GabrielleKaufmann-Kohler/Alexandra Johnson(Hrsg.),ASASpecialSeriesNo.24,Basel2005,67ff.,67(zitiert: Tschäni,Post-ClosingDisputes); RudolfTschäni/MatthiasWolf ,VertraglicheGewährleistungundGarantien–TypischeVertragsklauseln,in: Mergers&AcquisitionsVIII,RudolfTschäni(Hrsg.),Zürich2006,93ff.,94f.
- ⁸ PeterGauch/WalterR.Schlupe/JörgSchmid/HeinzRey ,SchweizerischesObligationenrechtAllgemeinerTeil, BandII,Zürich2003,N3455ff.(zitiert: Gauch/Schlupe/Rey); IngeborgSchwenzer ,Obligationenrecht AllgemeinerTeil,3.Auflage,Bern2003,N83.01; KarlSpiro ,DieBegrenzungprivaterRechtedurch Verjährungs-,Verwirkungs-undFatalfristen,BandIundII,Bern1975,458.
- ⁹ Gauch/Schlupe/Rey(Fn8),N3551ff.; FranzJosephKessler ,DerVerjährungsverzichtimSchweizerischen Privatrecht,Diss.,Zürich2000,5; Schwenzer(Fn8),N83.04; Spiro(Fn8),507ff.
- ¹⁰ BGE91II213;BK- Giger,Art.210ORN65ff.;BSK- Honsell,Art.210ORN6; TheoGuhl/Alfred Koller/AntonK.Schnyder/JeanNicolasDruey ,DasSchweizerischeObligationenrecht,9.Auflage,Zürich2000, §42N60(zitiert: Guhl/Koller).
- ¹¹ BSK-Däppen,Art.127ORN3; Gauch/Schlupe/Rey(Fn8),N3574; Tschäni/Wolf(Fn7),115; Spiro(Fn8), 1006f.
- ¹²

- BGE107II421E.1.
- ¹³ DieRechtsgewährleistungsetztimGegensatzdazukeinePrüfungderSachebzw.AnzeigedesMangelsvoraus. VertraglichkannjedochhinsichtlichderModalitätenderGeltendmachungaufdieRegelnder Sachgewährleistungverwiesenwerden;vgl.dazu *Spitz/Oetiker*(Fn6),234; *Vischer,Rechtsgewährleistung* (Fn 5),237.
- ¹⁴ BGE102II97E.2b;96II181E.3a=Pra1970,518ff.;89II405E.2;BK- *Giger*,Art.210ORN36;BSK- *Honsell*,Art.210N4;CO- *Venturi*,Art.210ORN4.
- ¹⁵ BGE104II357E.4=Pra1979,2;90II86E.1;89II405E.2;BK- *Giger*,Art.210ORN14,36;BSK- *Honsell*,Art.201ORN4;CO- *Venturi*,Art.210ORN4.
- ¹⁶ *PeterBöckli* ‚GewährleistungenundGarantieninUnternehmenskaufverträgen,in: *Mergers&Acquisitions*, RudolfTschäni(Hrsg.),Zürich1998,59ff.,74Fn58;zumBegriffdes«Closings»vgl. *Tschäni, M&A-Transaktionen* (Fn1),46; *RolfWatter* ‚Unternehmensübernahmen,Zürich1990,N260.
- ¹⁷ BK-*Giger*,Art.192ORN83;ZK- *Schönle/Higi*,Art.192ORN67.
- ¹⁸ BSK-*Honsell*,Art.192ORN11undCO- *Venturi*,Art.192ORN3,wonachdieFrageimHinblickaufdiefünf- bzw.zehnjährigeErsatzungsfristvonArt.728bzw.661ZGBkaumpraktischeBedeutunghabe.
- ¹⁹ BGE104II357E.4=Pra1979,2;PKG1989,7.
- ²⁰ BGE89II405.
- ²¹ BGE81II138E.3f.;BK- *Giger*,Art.210ORN72; *MaxKeller/KurtSiehr* ‚Kaufrecht,3.Auflage,Zürich 1995,103.
- ²² BGE116II431E.3;107II231E.3;81II138E.3f.;BJM1993,300ff.;PKG1989,7;BK- *Giger*,Art.210 ORN73;BSK- *Honsell*,Art.210ORN3;CO- *Venturi*,Art.210ORN14; *Schenker,M&AVII* (Fn1),256; ZK-*Oser/Schönenberger*,Art.210ORN9.
- ²³ Kritischdazu *Spiro*(Fn8),699Fn22sowieZK- *Schönle/Higi*,Art.195ORN26und38f.
- ²⁴ BK-*Giger*,Art.192ORN83;BSK- *Honsell*,Art.192ORN11;CO- *Venturi*,Art.192ORN3; *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn5),236,wonachauchbeiRechtsmängelninVorgehennachdenVorschriftender Sachgewährleistungzulässigsei.
- ²⁵ BGE69II102E.4;BSK- *Däppen*,Art.137ORN2ff.; *Gauch/Schluemp/Rey*(Fn8),N3547f.; *Guhl/Koller*(Fn 10),§39N36;vgl.aberArt.137Ziff.2OR.
- ²⁶ BGE108II194E.4.
- ²⁷ BGE96II181E.3=Pra1970,518ff.;BSK- *Däppen*,Art.137ORN2;CO- *Venturi*,Art.210ORN5; *Gauch/Schluemp/Rey*(Fn8),N3581.
- ²⁸ BK-*Giger*,Art.210ORN15;vgl.auchBGE96II181E.3=Pra1970,518ff.
- ²⁹ BK-*Weber*,Art.100ORN15; *MartinaBuol* ‚BeschränkungderVertragshaftungdurchVereinbarung,Diss., Zürich1996,N21ff.und619; *JörgSchmid* ‚Freizeichnungsklauseln,in:HeinrichHonsell/Wolfgang Portmann/RogerZäch/DieterZobl(Hrsg.),AktuelleAspektedesSchuld-undSachenrechts,Festschriftfür HeinzReyzum60.Geburtstag,Zürich2003,307ff.,310(zitiert: *Schmid,Freizeichnungsklauseln*).
- ³⁰ *Schmid,Freizeichnungsklauseln* (Fn29),309f.
- ³¹ *KatjaBähler* ‚DasVerhältnisvonSachgewährleistungs-undallgemeinemLeistungsstörungsrecht,Diss.,Basel 2005,154;BK- *Weber*,Art.100ORN15; *Keller/Siehr*(Fn21),102und112ff.; *Schmid, Freizeichnungsklauseln*(Fn29),311.
- ³² NichtigsindnamentlichHaftungsbeschränkungen,diegegendiegutenSittenverstossen:BK- *Giger*,Art.199 ORN5;BK- *Weber*,Art.100ORN136ff.; *Buol*(Fn29),N321ff.
- ³³ *Buol* (Fn29),N237ff.
- ³⁴ *Buol* (Fn29),N372ff.;zumumstrittenenFrage,obdieVorschriftvonArt.100Abs.1ORAuchim Gewährleistungsrechtanwendbarist,vgl.zurSachgewährleistung:BK- *Giger*,Art.199ORN6;BSK- *Honsell*, Art.199ORN1;ZK- *Schönle/Higi*,Art.199ORN27ff.;zurRechtsgewährleistung:BK- *Giger*,Art.192ORN 75;BSK- *Honsell*,Art.192ORN8;ZK- *Schönle/Higi*,Art.192ORN68ff.;allgemein:BK- *Weber*,Art.100 ORN38f.
- ³⁵ ZurZulässigkeitsolcherVereinbarungen,siehesogleichII.3.e)und3.g).
- ³⁶

- Vgl. BK- *Weber*, Art. 100 ORN 156 ff.; BSK- *Wiegand*, Art. 100 ORN 4; *Buol*, N 501 ff.; *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn 8), N 2808 f.
- 37 BK- *Giger*, Art. 192 ORN 73; *Buol* (Fn 29), N 375 und 385; ZK- *Schönle/Higi*, Art. 192 ORN 65 und Art. 199 ORN 20.
- 38 BSK- *Däppen*, Art. 129 ORN 6; *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn 8), N 3566; ZK- *Berti*, Art. 129/141 Abs. 1 ORN 16; Zweck dieser Norm ist die Sicherstellung einer gewissen Rechtssicherheit zu Gunsten des Schuldners, vgl. BGE 132 III 226 E. 3.3.1.
- 39 BGE 112 II 231 E. 3; 99 III 185 E. 2; *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn 8), N 3569; *Kessler* (Fn 9), 40 f.; *Schwenzer* (Fn 8), N 84.12; ZK- *Berti*, Art. 129/141 Abs. 1 ORN 12.
- 40 BGE 74 II 97 im Versicherungsrecht; BSK- *Däppen*, Art. 129 ORN 5; *Tschäni, M&A-Transaktionen* (Fn 1), 169.
- 41 BGE 132 III 285 E. 2; *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn 8), N 3568; *Spiro* (Fn 8), 867; *Tschäni, M&A-Transaktionen* (Fn 1), 169.
- 42 CO- *Pichonnaz*, Art. 129 ORN 6; *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn 8), N 3568.
- 43 BGE 132 III 285 E. 2; *Guhl/Koller* (Fn 10), § 39 N 15.
- 44 *Helmut Grothe*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 a, Allgemeiner Teil (Auszug), 4. Auflage, München 2003, § 202 BGB N 1 (zitiert: *MünchK-Grothe*); *Panajotta Lakkis*, in: *Juris Praxis Kommentar, BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, Klaus Vieweg (Hrsg.)*, 2. Auflage, Saarbrücken 2005, § 202 BGB N 1 (zitiert *juris PK-Lakkis*).
- 45 *Juris PK-Lakkis* (Fn 44), § 202 BGB N 3; *Frank Peters*, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin 2004, § 202 BGB N 1 (zitiert: *Staudinger/Peters*).
- 46 BGE 132 III 285 E. 2.
- 47 BGE 99 III 185 E. 2; 56 II 424; BK- *Giger*, Art. 210 ORN 43; *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn 8), N 3569; *Kessler* (Fn 9), 112 f.; *Schwenzer* (Fn 8), N 84.11 f.; ZK- *Berti*, Art. 129/141 Abs. 1 ORN 23; offengelassen in BGE 122 III 10 E. 5 b; a. A. *Heinrich Honsell*, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 8. Auflage, Bern 2006, 92.
- 48 *Urs Schenker*, *Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag*, in: *Mergers & Acquisitions VI*, Rudolf Tschäni (Hrsg.), Zürich 2004, 109 ff., 154 (zitiert: *Schenker, M&AVI*); *Schenker, M&AVI* (Fn 1), 255 f.
- 49 *Schenker, M&AVI* (Fn 48), 153 f.; *Watter* (Fn 16), N 558.
- 50 Siehe schon II.3.b).
- 51 Vgl. auch ZK- *Schönle/Higi*, Art. 192 ORN 67, wonach die Partei die Verjährungsdauer der Rechtsgewährleistung verlängern können.
- 52 *Honsell* (Fn 47), 92; vgl. auch BGE 122 III 10 E. 5 b, wonach die Vereinbarung einer längeren Verjährungsfrist dort zulässig ist, wo das Gesetz eine solche Möglichkeit ausdrücklich vorsieht; kritisch zur verjährungsfreundlichen Tendenz in der Schweiz auch *Eugen Bucher*, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 444 f.
- 53 *Frédéric Krauskopf*, *Aktuelle Fragen zur Verjährungsunterbrechung*, *Baurecht* 2004, 131 ff., 133.
- 54 *Krauskopf* (Fn 53), 133.
- 55 *Bähler* (Fn 31), 154; BK- *Giger*, Art. 210 ORN 44; BSK- *Honsell*, Art. 210 ORN 5; CO- *Venturi*, Art. 210 ORN 8; *Kessler* (Fn 9), 129 f.
- 56 BGE 108 II 194 E. 4 b betreffend Art. 371 Abs. 2 OR; vgl. auch BGE 99 III 185; BSK- *Däppen*, Art. 129 ORN 3; *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn 8), N 3569; *Guhl/Koller* (Fn 10), § 39 N 15; kritisch BK- *Giger*, Art. 210 ORN 45; CO- *Venturi*, Art. 210 ORN 8; ZK- *Berti*, Art. 129/141 Abs. 1 ORN 24.
- 57 *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn 5), 235.
- 58 *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn 5), 236.
- 59 ZK- *Berti*, Art. 129/141 Abs. 1 ORN 15.
- 60 BK- *Giger*, Art. 210 ORN 37; ZK- *Schönle/Higi*, Art. 192 ORN 67.
- 61

- 62 BK-*Giger*, Art. 210 ORN 37; *Spiro* (Fn 8), 857f.; ZK- *Schönle/Higi*, Art. 192 ORN 67 und Art. 199 ORN 15.
- 63 BK-*Giger*, Art. 210 ORN 47.
- 64 CO-*Venturi*, Art. 210 ORN 14; *Tschäni, M&A-Transaktionen* (Fn 1), 148.
- 65 *Schenker, M&AVII* (Fn 1), 280; *Tschäni, Post-Closing Disputes* (Fn 7), 75; *Tschäni/Wolf* (Fn 7), 115.
- 66 Sofern aber die mit einer solchen Abrede vereinbarte Verjährungsdauer über zehn Jahre beträgt, ist sie gemäss Bundesgericht in dem Umfang ungültig, als sie die Zehn-Jahres-Frist übersteigt; vgl. dazu die Ausführungen in 3.c).
- 67 *Schenker, M&AVI* (Fn 48), *Schenker, M&AVII* (Fn 1), 256; 154; *Tschäni/Wolf* (Fn 7), 102 und 118.
- 68 *Tschäni/Wolf* (Fn 7), 115; *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn 5), 237.
- 69 *Schenker, M&AVI* (Fn 48), 152; *Tschäni, M&A-Transaktionen* (Fn 1), 148; *Tschäni, Post-Closing Disputes* (Fn 7), 78.
- 70 BGE 129 III 118 E. 2.4; 128 III 419 E. 2.2; 126 III 375 E. 2e; 125 III 305 E. 2b; 125 III 263 E. 4a; *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2003, N 1200f. (zitiert *Gauch/Schluep/Schmid*).
- 71 Zum Begriff des «Cap» vgl. *Böckli* (Fn 16), 98; *Tschäni, M&A-Transaktionen* (Fn 1), 148; *Tschäni, Post-Closing Disputes* (Fn 7), 78.
- 72 Von Bedeutung ist die Abgrenzung aber auch wegen oft unterschiedlicher «de-minimis-Rules», «Caps» und anderer Modalitäten der Gewährleistung.
- 73 BSK-*Honsell*, Vorbemerkungen zu Art. 192-210 ORN 5; CO- *Venturi*, Intro. Art. 197-210 ORN 23 und Art. 197 ORN 5; *Keller/Siehr* (Fn 21), 78; die Bedeutung der Abgrenzung relativiert sich indes, wenn davon ausgegangen wird, dass jeder Rechtsmangel auch ein Sachmangel ist; vgl. *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn 5), 235.
- 74 BGE 111 III 455 E. 2; 110 II 239 = Pra 1984, 656ff.; BK- *Giger*, Art. 192 ORN 24ff.; *Spitz/Oetiker* (Fn 6), 467f.; ZK- *Schönle/Higi*, Art. 192 ORN 42ff.
- 75 Urteiles des Bundesgerichts 4C.9/1998 vom 14. Mai 1998, rapportiert von *Christophe Leuenberger*, Verjährungsverzicht und Verlängerung der Verjährungsfrist, ZBJV 1998, 583ff.; CO- *Pichonnaz*, Art. 135 ORN 6; *Kessler* (Fn 9), 126; *Thomas Koller*, Verjährt oder nicht verjährt?, AJP 9 (2000) 243ff., 247f.; *Krauskopf* (Fn 53), 132; *Guhl/Koller* (Fn 10), § 39 N 45f.; *Spitz/Oetiker* (Fn 6), 466f.; den Bundesgerichtsentscheid anders auslegend: ZK- *Berti*, Art. 135 ORN 180; vgl. auch BSK- *Däppen*, Art. 135 ORN 1.
- 76 Urteiles des Bundesgerichts 4C.9/1998 E. 4c vom 14. Mai 1998, zitiert bei *Krauskopf* (Fn 53), 131.
- 77 *Krauskopf* (Fn 53), 132; *Spitz/Oetiker* (Fn 6), 467.
- 78 *Krauskopf* (Fn 53), 132.
- 79 *Krauskopf* (Fn 53), 132; vorder Schuldrechtsmodernisierung, bestand auch in Deutschland ein Vernehmen darüber, dass die Verjährung mittelbarer Schwertwerdendurft, beispielsweise durch Stundung, Fälligkeitsschub oder pactum de non petendo; *MünchK-Grothe* (Fn 44), § 202 BGB N 1.
- 80 BGE 132 III 285 E. 2; vgl. auch CO- *Pichonnaz*, Art. 129 ORN 5; ZK- *Berti*, Art. 129/141 Abs. 1 ORN 15.
- 81 *Koller* (Fn 74), 248; *Krauskopf* (Fn 53), 133f.
- 82 *Krauskopf* (Fn 53), 132; *Spiro* (Fn 8), 1010ff.
- 83 Vgl. die Rechtsprechung zur Verkürzung der Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR: BGE 108 II 194 E. 4b.
- 84 BGE 108 II 194 E. 4, wo die Parteien in Abweichung der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR eine Frist von zwei Jahren vorgesehen haben. Die Unterbrechung dieser Frist bewirkt, dass eine neue Zwei-Jahres-Frist zu laufen beginnt.
- 85 Das Bundesgericht anerkennt neuerdings den Grundsatz der Vertragsfreiheit bei einem Verjährungsverzicht, indem es erwoh, dass sich die Dauer eines nach Abschluss des Vertrages ausgesprochenen Verjährungsverzichts nach dem Parteiwillen richtet; BGE 132 III 226 E. 3.3.8 unter Hinweis auf *Gauch/Schluep/Rey* (Fn 8), N 3573 und CO- *Pichonnaz*, Art. 141 ORN 4.
- 86 *Gauch/Schluep/Rey* (Fn 8), N 3574; *Tschäni/Wolf* (Fn 7), 115; *Spiro* (Fn 8), 1006f.
- 87 BGE 119 II 429 E. 3b; 116 V 218 E. 6a; 109 II 159 E. 2a; 104 II 357 E. 4a = Pra 1979, 2; ausgeschlossen ist ebenfalls der Stillstand der Verwirkungsfrist.

- 88 *Böckli* (Fn16),103; *Tschäni/Wolf* (Fn7),115.
- 89 SiehedazuII.3.g).
- 90 *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn5),237; *MarkusVischer* ‚SachgewährleistungbeiUnternehmenskäufen,SJZ 97(2001)361ff.,368(zitiert: *Vischer, Sachgewährleistung*).
- 91 *Spitz/Oetiker* (Fn6),234; *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn5),237.
- 92 Vgl.BSK- *Honsell*,VorbemerkungenzuArt.197-210ORN4;CO- *Venturi*,Intro.Art.192-196ORN7und Art.192ORN8; *Spitz/Oetiker* (Fn6),468; *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn5),238.
- 93 BGE108II102E.2a;107II421E.1.
- 94 DiekurzenkaufrechtlichenVerjährungsfristengeltennachderbundesgerichtlichenRechtsprechungabernicht fürdieAnsprücheausderVerletzungsonstigerVertragspflichten,wenn dieSachesebstmängelfreistund damitdiePflichtverletzungnichtmitdemSachmangelineinemZusammenhangsteht;alsdannverjährtder AnspruchnachArt.127ORinzehnJahren:BGE96II115; *Gauch/Schluemp/Rey*(Fn8),N3581;kritisch *Petra Ginter*,VerhältniserderSachgewährleistungnachArt.197ff.ORzudenRechtsbehelfeninArt.97ff.OR,Diss., Zürich2005,152,wonachalleFällevonVerletzungvertraglicherVerhaltenspflichtennachArt.97ff.ORzu beurteilenunddiekurzeVerjährungsfristvonArt.210ORanzuwendensei;vgl.auch *Bähler*(Fn31),225ff.
- 95 BGE114II131;108II102;107II419;107II161; *Tschäni,M&A-Transaktionen* (Fn1),176;eingehend *Bähler*(Fn31),213ff.sowie *Ginter*(Fn93),91;vgl.auchdieKritikbeiBK- *Giger*,VorbemerkungenzuArt. 197-210ORN26ff.; *Böckli*(Fn16),76,unterscheidethingegendanach,obeindirekterSchadendesKäufers auseinemMangeldesKaufgegenstandesentstandenistoderobderKäufereineüberdenMinderwert hinausgehendeVermögenseinbusseodereinenindirektenSchadenbzw.Folgeschadeneinklagt.Nurimersten FallgeltedieVerjährungsfristvonArt.210OR.
- 96 DiesgiltabernurfürjeneFälle,indeneneinVorgehennachArt.97ff.ORdenformellenErfordernissendes kaufrechtlichenGewährleistungsrecht(insbesondereArt.201und210OR)unterstelltist.IndenübrigenFällen richtetsichdieVerjährungderAnsprücheauspositiverVertragsverletzungnachArt.127OR.
- 97 BGE110II239E.1d=Pra1984,656;zustimmend:BK- *Giger*,Art.192ORN9f.; *Keller/Siehr*(Fn21),70 ablehnend:BSK- *Honsell*,Vorbem.zuArt.192-210ORN6;CO- *Venturi*,Intro.Art.192-196ORN9; *Guhl/Koller*(Fn10),§42N62; *Honsell*(Fn47),73.
- 98 BeiVerletzungeinervertraglichenAufklärungspflichtkommthingegeineinAnspruchausculpaincontrahendo nichtinBetracht.DieNichtbeachtungeinersolchenPflichtstellteinepositiveVertragsverletzungimSinnevon Art.97ff.ORdar.
- 99 DieseAnsichtentsprichtderwohlherrschendenLehre: *Bähler* (Fn31),65ff.;ZK- *Schönle/Higi*,Art.197ORN 156ff.; *MarkusVischer* ‚DueDiligencebeiUnternehmenskäufen,SJZ96(2000)229ff.,234;vgl.aber einschränkendUrteildesBundesgerichtsvom8.Juni1998,Semjud121(1999)113ff.,116und *Stephan Hartmann*,DievorvertraglichenInformationspflichtenundihreVerletzung,Diss.,Zürich2001,N334ff.
- 100 *Bähler*(Fn31),168;ZK- *Schönle/Higi*,Art.197ORN166;derKäufermüssebenfallsdieformellen ErfordernissedesArt.201ORerfüllen.BeziehtsichdievorvertraglicheSorgfaltspflichtverletzungindesnicht aufEigenschaftenderKaufsache,sounerliegenauchdieAnsprüchewegenculpaincontrahendonichtder VerjährungnachArt.210Abs.1OR;Bähler(Fn31),72und157ff.;ZK- *Schönle/Higi*,Art.197ORN144f. und167;ZK- *Schönle*,Art.184ORN184f.mitVerweisenaufdiedeutscheRechtsprechungvorder Schuldrechtsmodernisierung;alsdannverjährenAnsprücheausculpaincontrahendogemässRechtsprechung desBundesgerichtsnachArt.60OR;UrteildesBundesgerichts4C.354/2004vom9.November2005;BGE108 II419;101II266.
- 101 *Vischer, Rechtsgewährleistung* (Fn5),235.
- 102 BGE107II161E.8;90II86E.2;64II257E.3.
- 103 Vgl.BSK- *Honsell*,Vorbem.zuArt.197-210OR,wonachDeliktsansprüchestetsmitvertraglichenkonkurrieren können.
- 104 Vgl.dieLiteraturübersichtbeiBSK- *Honsell*,Art.210ORN3undZK- *Schönle/Higi*,Art.197ORN270i.V.m. 254;dasBundesgerichtthatdieAnwendbarkeitvonArt.201ORbejaht,jenevonArt.210ORjedochoffen gelassen,BGE90II89;114II131.

- BGE120II58E.3;107II161E.8;vgl.aberUrteildesBundesgerichts,SJZ12(1934/35)186ff.,187sowie UrteildesBundesgerichts,Semjud103(1981)431ff.,438, wonacheineBeschränkungderDeliktshaftung nichtigimSinnevonArt.20ORsei;kritischetwaauch *Buol*(Fn29),N574ff.;dieHaftungfür Personenschädenkannabernichtrechtsgültigausgeschlossenwerden:BK- *Kramer*,Art.19-20ORN212;BSK- *Huguenin*,Art.27ZGBN12undArt.19/20ORN44; *Buol*(Fn29),N569; *Schmid*,*Freizeichnungsklauseln* (Fn29),316.
- ¹⁰⁵ BK-*Weber*,Art.100ORN49; *Buol* (Fn29),N580; *JörgSchmid* ,DieGewährleistungbeimGrundstückkauf, ZBGR81(2000)353ff.,384;ZK- *Schönle/Higi*,Art.199ORN14.
- ¹⁰⁶ Vgl.dieAusführungeninII.3.a).
- ¹⁰⁷ BGE120II58E.3;107II161E.8;BK- *Weber*,Art.100ORN49;differenzierendBK- *Giger*,Art.199ORN 24.
- ¹⁰⁸ ZumdeutschenRecht *Staudinger/Peters* (Fn45),§202BGBN8.
- ¹⁰⁹ BetreffendKonkurrenzzurSachgewährleistung:BGE127III83E.1b;114II131E.1a;109II319E.2;108II 102E.2a;107II419E.1; *ChristophBrunner/MarkusVischer* ,DieRechtsprechungdesBundesgerichtszum KaufvertragsrechtimJahr2005–«unpublizierte»und«publizierte»Entscheide,in:Jusletter19.Juni2006,Rz 43;betreffendKonkurrenzzurRechtsgewährleistung:BGE109II319E.2;vgl.auchBK- *Giger*Art.192ORN 11; *Honsell*(Fn47),74.
- ¹¹⁰ BGE108II102;107II419;97II43; *Böckli*(Fn16),77.
- ¹¹¹ BGE114II131E.2b.DiegesetzlichenUnterbrechungsgründedesVerjährungsrechtssindsomitnicht anwendbar,vgl.II.2.h).
- ¹¹² BGE114II131E.2b;BGE107II419E.1.
- ¹¹³ BSK-*Honsell*,Art.210ORN3; *Tschäni*,*Post-ClosingDisputes* (Fn7),79.
- ¹¹⁴ BGE114II131E.2b.
- ¹¹⁵ BK-*Schmidlin*,Art.31ORN123;BSK- *Schwenzer*,Art.28ORN24;CO- *Schmidli*,Art.31ORN40; *Watter* (Fn16),N416.
- ¹¹⁶ BK-*Schmidlin*,Art.31ORN124ff.mitVerweisenaufabweichendeAnsichten;BSK- *Schwenzer*,Art.24ORN 33;CO- *Schmidli*,Art.31ORN40; *Tschäni*,*Post-ClosingDisputes* (Fn7),81; *Tschäni/Wolf*(Fn7),119f., wonachdieZulässigkeitdesAusschlussesausderRechtsprechungfolge,wonachdieBerufungaufeinen GrundlagenirrtumüberEigenschaftendesKaufgegenstandesnichtzulässigist,wenndieHaftungfürdiese EigenschafteninzulässigerWeiseausgeschlossenwurde,vgl.BGE126III59=Pra2000,694f.; *Vischer*, *Sachgewährleistung*(Fn89),366.
- ¹¹⁷ BGE123III165E.3a;BK- *Giger*,Art.199ORN10; *Gauch/Schluop/Schmid*(Fn69),N1200f.; *Schwenzer* (Fn8),N33.01f.
- ¹¹⁸ Vgl.dieRechtsprechungdesBundesgerichtszurZulässigkeitderBerufungaufGrundlagenirrtumbeiVorliegen einerFreizeichnungsklausel:BGE126III59E.5a=Pra2000,694f.;109II24E.4; *Vischer*, *Sachgewährleistung*(Fn89),367.
- ¹¹⁹ Ebenfallsempfehltesich,dieRechtsfolgenbeiAnfechtungwegeneinesIrrtumsüberEigenschaftendes Unternehmenszuregeln;eingehend: *Vischer*,*Sachgewährleistung* (Fn89),367.
- ¹²⁰ UrteildesBundesgerichts4C.260/2001vom4.Januar2002,E.3.
- ¹²¹ BGE122III426E.4;UrteildesBundesgerichts4C.260/2001vom4.Januar2002,E.3;BK- *Giger*,Art.197 ORN20;BSK- *Honsell*,Art.197ORN17; *Tschäni*,M&A-Transaktionen(Fn1),167.
- ¹²² CourdeJusticeCivileGE,Semjud75(1953)214ff.;BSK- *Honsell*,Art.197ORN17; *Honsell* (Fn47),83; *Kessler* (Fn9),131f.; *Tschäni*,*M&A-Transaktionen* (Fn1),169.
- ¹²³ ZK-*Schönle/Higi*,Art.197ORN106;vgl.fernerBK- *Weber*,Art.111ORN146;BSK- *Pestalozzi*,Art.111OR N12ff.; *Guhl/Koller* (Fn10),§22N28.
- ¹²⁴ BGE122III426E.5c;BGE4C.260/2001E.3; *Böckli*(Fn16),95;BSK- *Däppen*,Art.127ORN9;BSK- *Honsell*,Art.197N17; *Schenker*,*M&AVI* (Fn48),157; *Schenker*,*M&AVII* (Fn1),275; *Tschäni*, *M&A-Transaktionen*(Fn1),167;beimVorliegeneinerselbständigenGarantieentfälltusserdemdiePrüfungs- undRügeobliegenheit.
- ¹²⁵ BSK-*Däppen*,Art.127ORN9.
- ¹²⁶

BGE132III285E.2.

¹²⁷ *Vischer, Sachgewährleistung* (Fn89),368.

¹²⁸ *Schenker, M&AVI* (Fn48),157; *Schenker, M&AVII* (Fn1),276; *Vischer, Sachgewährleistung* (Fn89),368.

¹²⁹ *Tschäni, M&A-Transaktionen* (Fn1),167; *Tschäni/Wolf* (Fn7),101; zum deutschen Recht vgl. *Volker Triebel*, *Anglo-amerikanischer Einfluss auf Unternehmenskaufverträge in Deutschland – eine Gefahr für die Rechtsklarheit?*, RIW44(1998)1ff.,4.

Rechtsgebiet: Kaufvertrag/CISG

Erschienen in: Jusletter4.September2006

Zitervorschlag: GillesBenedick/MarkusVischer,VertraglicheModifikationderVerjährungsregelnimGewährleistungsrechtbeimUnternehmenskauf,in:Jusletter4.September2006

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4963>