

Autohändler Tanner

Weber ist Alleinaktionär der Autohandels AG, die mit direkt importierten Fahrzeugen aus Amerika handelt. Tanner will von Weber alle Aktien der Autohandels AG erwerben.

Für den Erwerb aller Aktien der Autohandels AG fehlt Tanner vorderhand das Geld. Weber kommt ihm aber entgegen. Sie vereinbaren am 31. Dezember 2008 einen Aktienkauf aller 300 Inhaberaktien, ausführbar in drei Tranchen zu je 100 bar zu bezahlenden Aktien, fällig am 1. Januar 2009, am 1. Juli 2009 und am 31. Dezember 2009. Die ersten Fr. 1.2 Mio. bezahlt Tanner am 1. Januar 2009 und erhält dafür die ersten 100 Aktien. Im Aktienkaufvertrag halten sie fest, dass sich der Kaufpreis für die Aktien aus dem Zeitwert des Fahrzeugparks vom 31. Dezember 2008 ergebe und dem inneren Wert entspreche. Gemäss der Bilanz im Vertragsanhang bestehen die Aktiven praktisch ausschliesslich aus Fahrzeugen im Wert von Fr. 3.6 Mio., was zugleich den Kaufpreis ergibt.

Gegen Ende Juni 2009 merkt Tanner bei einer Inventarisierung, dass der Fahrzeugpark zum grössten Teil aus Geländewagen mit hohem Benzinverbrauch besteht, die schon seit geraumer Zeit aufgrund ökologischer Trends, der bereits 2008 drohenden Insolvenz der US-Hersteller GM und Chrysler und des Benzinpreisschocks im Sommer/Herbst 2008 nur mit beträchtlichen Rabatten verkäuflich sind. All diese Fakten sind in der Bewertung der Fahrzeuge gemäss Bilanz nicht berücksichtigt worden. Eine realistische Bewertung des Fahrzeugparks wäre um einen Drittel tiefer ausgefallen. Tanner verlangt von Weber noch im Juni 2009 die Herabsetzung der nächsten beiden Kaufpreistranchen um je Fr. 600'000.

1. Wie ist die Rechtslage im Juni 2009? Lösen Sie den Fall anhand des aktuellen Rechts.

Weber und Tanner einigen sich freundschaftlich über dieses Problem. Am 12. August 2009 muss die Autohandels AG wegen der speziell im Sommer 2009 dramatisch zurückgegangenen Autoverkäufe Konkurs anmelden, dessen Abwicklung derzeit noch läuft, bald aber abgeschlossen sein dürfte. Weber verlangt heute von Tanner die restlichen Fr. 1.2 Mio., Zug um Zug gegen Übergabe der letzten 100 Aktien.

2. Wie ist die Rechtslage im September 2009, gemäss aktuellem Recht?

Lösungsvorschlag

1. Wie ist die Rechtslage im Juni 2009? Lösen Sie den Fall anhand des aktuellen Rechts.

Tanner vs Weber: Minderung des Kaufpreises um Fr. 1.2 Mio. (Art. 205 OR)

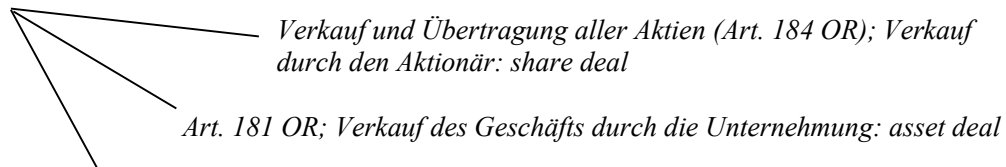
Tanner verlangt die Herabsetzung der kommenden zwei Kaufpreistranchen um je Fr. 600'000. Dies lässt sich als Wahl der Minderung im Sinne von Art. 205 Abs. 1 OR verstehen.

Die erste Voraussetzung für das Vorliegen eines Minderwerts ist ein Mangel, der schon im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bestanden haben muss. Der allenfalls tiefer als erwartet liegende *Wert der Aktien* stellt jedoch keinen Mangel dar. Aktien bilden vorliegend die Kaufsache (*share deal*), nicht das Unternehmen als solches (*asset deal*). Das Bundesgericht hat hiezu festgehalten, dass der Verkäufer für den Wert der Aktien nur dann haftet, wenn er entsprechende Zusicherungen abgegeben hat.¹ Auch diese Zusicherungen beziehen sich nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der allfällig vorhandene Mangel muss im Zeitpunkt des Gefahrenüber-

¹ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 422 (wörtliches Zitat in Fn. 19); vgl. BGE 79 II 155 ff., 158 f.; vgl. Hauck Bernd, Mängel des Unternehmens beim Unternehmungs- und Beteiligungskauf, S. 501 f. und die Kritik dazu auf S. 506 ff.; vgl. aber BK-Giger, OR 197 N 88, der eine Gewährleistungspflicht auch für das Unternehmen beim Verkauf aller Aktien oder einer Aktienmehrheit bejaht.

gangs bestanden haben.² Dies wäre so, weil er sich schon im erstmöglichen Termin des Vertragsschlusses aus der falschen Bilanz ergibt.

Exkurs: Wie kann man ein Unternehmen verkaufen und übertragen?



Art. 69 FusG: Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, Investmentgesellschaften mit variablem Kapital und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen können ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen.

Es stellt sich die Frage, ob die Erklärungen Webers zur Kaufpreisberechnung Zusicherungen zum Wert der Aktien darstellen. Die Aussage, wonach sich der Kaufpreis aus dem Zeitwert des Fahrzeugparks vom 31. Dezember 2008 ergebe und dem inneren Wert entspreche, lässt konkrete, überprüfbare Erwartungen zu – immerhin ist sogar die Bilanz im Vertragsanhang dabei. Es handelt sich dabei um eine Zusicherung, die nach h.L. und Rechtsprechung als *Wissenserklärung* aufzufassen ist.³ Nach Treu und Glauben darf man einer Bilanz Vertrauen schenken, weil deren Erstellung nach den Grundsätzen der Bilanzwahrheit und -klarheit zu erfolgen hat (Art. 959 OR). Den schwer verkäuflichen Geländewagen hat die Autohandels AG im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges einen zu hohen Wert zugeordnet (vgl. Art. 960 Abs. 2 OR). Die Rechtsprechung verlangt überdies, dass die Zusicherung den Entscheid beeinflusst hat, die Sache überhaupt oder zu diesen Bedingungen zu kaufen.⁴ Diese Kausalität wird zwar meist vermutet,⁵ ergibt sich vorliegend aber durch die Preisbestimmung anhand des Wertes des Fahrzeugparks ganz offensichtlich.

Art. 201 Abs. 1 OR sieht die Prüfung der Kaufsache und die Rüge allfällig gefundener Mängel vor. Die Prüfung ist auch bei zugesicherten Eigenschaften notwendig.⁶ Gemäss Sachverhalt erfolgte die Mängelrüge Ende Juni 2009 anlässlich einer Inventarisierung, die Rüge „noch im Juni“, was je nach Datum noch durchgehen könnte (vgl. Art. 201 Abs. 1 OR – „sofort Anzeige machen“; normalerweise innert der Faustregel von sieben Tagen; in einem neueren Entscheid aufgrund besonderer Umstände⁷ maximal elf Tage). Die Prüfung der Kaufsache hat jedenfalls zu spät stattgefunden. Der Fahrzeugpark war das wichtigste Aktivum der Gesellschaft. Das Bundesgericht lässt nur eine kurze Frist zur Prüfung der Eigenschaften zu (in BGE 107 II 419 ff., 422 f. nur zwei Wochen). Die Säumnis Tanners bliebe lediglich bei Vorliegen einer absichtlichen Täuschung gemäss Art. 203 OR ohne Folgen.⁸ Der Sachverhalt enthält jedoch keine Indizien, wonach eine absichtliche Täuschung durch den Verkäufer vorgelegen hat – vielleicht weiss Weber von der zu hohen Bewertung gar nichts, weil er lediglich Aktionär ist. Aufgrund der verspäteten Prüfung hat Tanner keinen Anspruch auf Minderung oder Wandlung der Kaufsache. Die Kaufsache gilt folglich als genehmigt (vgl. Art. 201 Abs. 2 OR).

² Vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 197 N 29.

³ Vgl. BGE 4A_480/2007, E. 3.1: „Eine Zusicherung liegt nicht nur dann vor, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft ausdrücklich „zusichert“ oder „garantiert“. Vielmehr genügt jede Erklärung, wonach die Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist, wenn der Käufer nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf (...). Demgegenüber fallen unverbindliche, reklamehafte Anpreisungen nicht unter den Begriff der Zusicherung (...).“

⁴ Vgl. BGE 87 II 244 ff., 245; vgl. BGE 71 II 239 ff., 240 f.; vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 323 f.; vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 95.

⁵ Vgl. BGE 71 II 239 ff., 240 f. – die Kausalitätsvermutung greift, wenn die Zusicherung nach der Lebenserfahrung geeignet ist, den Käufer zum Kauf oder zum Kauf zu den konkreten Bedingungen zu beeinflussen; vgl. Urteil BGE 4A_417/2007, E. 5.5.

⁶ Vgl. BSK-Honsell, OR 201 N 3; vgl. BK-Giger, OR 201 N 18; vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 201 N 16; vgl. BGE 81 II 56 ff., 57.

⁷ BGE, 4A_399/2018, 8.2.2019, E. 3.2.

⁸ Der Gesetzestext erwähnt nur die versäumte Anzeige (vgl. Art. 203 OR) – gemeint sind jedoch die verspätete Prüfung und/oder Anzeige, vgl. BSK-Honsell, OR 203 N 2 und CHK-Müller-Chen, OR 203 N 1 f.

Dadurch entfällt gleichzeitig der alternative Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR – das Bundesgericht wendet die Spezifika der Sachgewährleistung (Prüfung, Rüge, Verjährung) auch auf den allgemeinen Schadenersatzanspruch an.⁹

Tanner vs Weber: Kondiktion von Fr. 1.2 Mio. aus Art. 62 Abs. 2, 63 Abs. 1 OR

In BGE 107 II 419 ff., 423 f. hat das Bundesgericht eine Teilanfechtung zugelassen. Dies ist nur möglich, wenn man in der Erklärung Tanners nicht schon die Wahl der Kaufpreisminderung sieht. Hat er nämlich die Sachgewährleistung gewählt, so ist Anfechtung aufgrund eines Grundlagenirrtums durch Genehmigung ausgeschlossen. In der Anrufung der Sachgewährleistung, die einen gültigen Vertrag voraussetzt, liegt eine Genehmigung des Vertrages.¹⁰ Nun hat Tanner jedoch nur die „Herabsetzung des Kaufpreises“ verlangt, was ebenso gut der Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR analog entsprechen könnte.¹¹

Die von Tanner gekauften Aktien verkörpern einen erheblich geringeren Wert als angenommen. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR als Erklärungsirrtum ist deshalb nicht anwendbar.¹² Zu prüfen ist das Vorliegen eines Grundlagenirrtums im Sinne des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Tanner irrt vorliegend über die Zusammensetzung, die Verkäuflichkeit und die Bewertung des Fahrzeugparks. Das Geschäft ist deshalb Fr. 1.2 Mio. weniger wert. Die Richtigkeit der Bewertung des Fahrzeugparks ist nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine wesentliche Grundlage beim Aktienkauf, insbesondere wenn es sich um das einzige Aktivum handelt.¹³ Tanner hätte im Wissen um den wirklichen Wert des Fahrzeugparks den Aktienkauf zu diesen Konditionen kaum unterschrieben – nach allgemeiner Verkehrsanschauung hätte dies niemand getan. Damit ist die Wesentlichkeit des Irrtums gegeben, in *objektiver und subjektiver* Hinsicht.¹⁴ Die Bedeutung dieses Sachverhalts ist auch für Weber *erkennbar (strittige Voraussetzung)*, denn im Kaufvertrag wurde extra darauf hingewiesen, dass dem Fahrzeugpark dieser Wert zukomme.¹⁵

⁹ Vgl. BGE 133 III 335 ff., 337.

¹⁰ Vgl. BGer 4C.296/2000, E. 3b: „Ein Vertrag wird nicht nur dann genehmigt, wenn die irrende Partei die einjährige Anfechtungsfrist von Art. 31 Abs. 1 OR unbenutzt ablaufen lässt, sondern auch dann, wenn sie innerhalb dieser Frist der Gegenpartei zu erkennen gibt, dass sie den Vertrag halten will. Diese Äusserung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (...). Konkludente Genehmigung liegt insbesondere vor, wenn die irrende Partei in Kenntnis des Irrtums die Erfüllung des Vertrages verlangt oder Ansprüche aus Sachgewährleistung geltend macht (...).“

¹¹ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 423 f.: „Sie [d.h. die Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR] ist nach ständiger Rechtsprechung sinngemäss auch anzuwenden, wenn nur einzelne Klauseln unter einem Willensmangel zustande gekommen sind und der Vertrag teilbar ist. Dies trifft zu, wenn die vereinbarten Leistungen und Gegenleistungen durch die Beschränkung der Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit auf einen Teil des Vertrages miteinander in das zulässige Gleichgewicht gebracht werden können (...).“; vgl. die Kritik dazu bei Hauck Bernd, Mängel des Unternehmens beim Unternehmungs- und Beteiligungskauf, S. 506 f.

¹² Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 15: „Kein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn sich ein Vertragspartner lediglich über den Wert der Leistung oder Gegenleistung irrt, z.B. Irrtum einer AG über den wirklichen Wert der von ihr bei einem Erbgang übernommenen Aktien (...).“; vgl. BGE 110 II 293 ff., 302 f.: „a) Unrichtig ist zunächst die Auffassung des Handelsgerichts, die Beklagte sei einem Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR unterlegen. Das wäre nur dann der Fall gewesen, wenn die Beklagte sich eine falsche Vorstellung über die Ausdruckskraft ihres Erklärungsverhaltens gemacht hätte (...). b) Grundlagenirrtum ist ebenfalls zu verneinen. Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr objektiverweise nicht davon ausgehen, ein Maximalwert von höchstens Fr. 6'800.- pro Aktie sei eine notwendige Grundlage ihrer Erklärung gewesen. Die Abwägung der Interessen der Beteiligten ergibt, dass die Beklagte das Risiko der Folgen einer falschen Vorstellung über den wirklichen Wert der Aktien zu tragen hat. Sie überblickte die Grundlagen für die Berechnung des Aktienwerts von allem Anfang an besser als die Erben, die in der Regel nicht erkennen, dass die Gesellschaft subjektiv einen bestimmten Aktienwert als notwendige Grundlage der Erklärung betrachtet, womit es am Merkmal der Erkennbarkeit der Grundlage durch die Gegenpartei fehlt (...).“

¹³ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 426: „Ein solcher Irrtum kann sich nach der Rechtsprechung insbesondere auf Waren beziehen, die zum Wiederverkauf bestimmt sind (BGE 79 II 217 E. 5), oder die finanzielle Lage einer Gesellschaft betreffen, wenn deren Aktien verkauft werden (BGE 97 II 46 /47). Im vorliegenden Fall bestanden die Aktiven der Gesellschaft vor allem aus solchen Waren, die in der Zwischenbilanz für Ende September 1977 auf Fr. 306'773.30 geschätzt wurden. Gemäss Ziff. II des Vertrages entsprach diese Summe nicht nur dem „Zeitwert“, sondern auch „dem inneren Wert“ des Inventars. Besondere Umstände, die beim Käufer zum vornherein hätten Misstrauen erwecken müssen, sind nicht zu ersehen und auch nicht geltend gemacht; der Kläger durfte in guten Treuen vielmehr davon ausgehen, dass die Gesellschaft sich bei der Schätzung des Warenlagers an die Bilanzvorschriften der Art. 666 und 960 Abs. 2 OR gehalten hatte. Unter diesen Umständen muss ein Irrtum über den Wert der Warenvorräte, die nach Auffassung des Klägers nur etwa einen Drittel des angegebenen Betrages ausmachten, nicht nur als wesentlich, sondern auch als kausal für den Vertragsabschluss angesehen werden.“

¹⁴ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 23 N 4.

¹⁵ Zur Erkennbarkeit BSK-Schwenzer, OR 24 N 23 und BGE 110 II 293 ff., 303 (Zitat in FN 12).

Die Rechtsfolge der Vertragsanfechtung wäre die Unverbindlichkeit des ganzen Geschäfts (Art. 23 OR). Gemäss Sachverhalt will Tanner lediglich eine Reduktion des Kaufpreises um Fr. 1.2 Mio. Bei der vorliegenden Teilanfechtung ist auf den mutmasslichen Parteiwillen abzustellen: Hätten Tanner und Weber den Vertrag über den Aktienkauf auch für Fr. 2.4 Mio. geschlossen? Da sich Weber und Tanner von der Bilanz zur Feststellung des Kaufpreises leiten liessen, hätten sie den Kaufpreis der Aktien bei richtiger Einschätzung des Warenlagers so festgesetzt. Somit lässt sich auch durch die Teilanfechtung eine Kaufpreisminderung erzielen.¹⁶

Tanner muss folglich innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums die Teilanfechtung des Vertrags wegen Grundlagenirrtums anzeigen (Art. 31 Abs. 1 OR). Die nicht rechtzeitige erfolgte Prüfung schadet bei der Irrtumsanfechtung nicht. Ausser der bereicherungsrechtlichen Rückzahlung von Fr. 1.2 Mio. (bzw. der Kürzung aller Raten um je Fr. 400'000 oder der beiden letzten Raten um je Fr. 600'000) ergeben sich keine weiteren Ansprüche.

2. Wie ist die Rechtslage im September 2009, gemäss aktuellem Recht?

Weber vs Tanner: Bezahlung von Fr. 1.2 Mio. gegen Übergabe der Aktien

Die Leistungen Tanners wären ohne Zweifel fällig – er hätte die beiden ausstehenden Kaufpreistranchen aufgrund des Verfalltages längst bezahlen müssen. Es stellt sich primär die Frage, ob man mit Aktien einer konkursiten Gesellschaft noch erfüllen kann. Für diese Analyse muss man in einem ersten Schritt feststellen, *was beim vorliegenden Kauf eigentlich geschuldet ist.*

Vorliegend geht es um Inhaberaktien. Diese stellen ein Wertpapier dar und verkörpern ein Recht, den Anteil an der Gesellschaft. Der Kaufgegenstand ist folglich der Gesellschaftsanteil in seiner verbrieften Form.¹⁷ Das Bundesgericht hielt in BGE 107 II 419 ff., 422 folgendes fest: „Die gesetzliche Gewährleistung bezieht sich aber nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern ist auch bei einem Verkauf aller Aktien bloss für den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben.“ Es handelt sich um einen Fahrniskauf – dies unabhängig davon, ob die Rechte in einer Aktie verbrieft sind.¹⁸ Vorliegend soll auf diese Weise *das ganze Unternehmen* verkauft werden. Dennoch ist dieses nur mittelbar Kaufgegenstand.¹⁹ Der Kauf aller Aktien einer Unternehmung ist immer Stückkauf²⁰ – da alle Aktien geschuldet sind, kann nicht mit irgendwelchen anderen Aktien gleicher Kategorie erfüllt werden.

Vorliegend ist die Aktiengesellschaft in Konkurs gefallen. Der Konkurs ist noch nicht vollständig abgewickelt. Es stellt sich jetzt die Frage, ob dieses Faktum auf das Ergebnis einen Einfluss hat. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass auch nach Eintritt des Konkurses die Aktie und die darin verbrieften Mitgliedschaftsrechte weiterbestehen.²¹ Die Eröffnung des Konkurses bewirkt die Auflösung der Gesellschaft, vgl. Art. 736 Ziff. 3 OR.

¹⁶ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 23 N 11.

¹⁷ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 93.

¹⁸ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 422: „Ein solches Rechtsgeschäft ist nach den Bestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR) zu beurteilen, selbst wenn die Aktien nicht herausgegeben, folglich auch nicht in Wertpapieren verbrieft worden sind; Art. 187 Abs. 1 OR beschränkt den Gegenstand des Kaufes nicht auf verurkundete Rechte oder körperliche Sachen (GIGER, N. 23/24 zu Art. 187 OR).“

¹⁹ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 94 f.; vgl. BGE 107 II 419 ff., 422: „Die gesetzliche Gewährleistung bezieht sich aber nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern ist auch bei einem Verkauf aller Aktien bloss für den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien haftet der Verkäufer gemäss Art. 197 OR nur dann, wenn er dafür besondere Zusicherungen abgegeben hat und der Käufer sich seinerseits an die Vorschriften des Art. 201 OR hält. Liegt über die Vermögenswerte der Gesellschaft ein Irrtum vor, so kann der Erwerber den Aktienkauf dagegen wegen des Willensmangels anfechten (BGE 79 II 159 ff.). Diese Auffassung wird von CAVIN (a.a.O. S. 78/79) und GUHL/MERZ/KUMMER (OR S. 342) geteilt, von GIGER (N. 85-89 zu Art. 197 OR) aber als zu weitgehend abgelehnt; er möchte bei Verkauf sämtlicher Aktien vom Erfordernis besonderer Zusicherungen abgesehen wissen, weil der Käufer diesfalls die Herrschaft über ein Unternehmen erlangen wolle, das durch die Aktien repräsentiert werde.“

²⁰ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 101 f.

²¹ Vgl. BGer 4C.336/2000, E. 5: „A ce sujet, on observera simplement que, durant la phase de liquidation, les droits sociaux incorporés dans une action, si l'action elle-même n'a peu ou plus de valeur économique, continuent à exister, et peuvent être transférés; ce n'est qu'après la disparition de la personne morale qu'ils s'éteignent définitivement. A partir de ce moment-là, on

Bis zum wirklichen Ende der Gesellschaft ist noch ein weiter Weg – dieses tritt erst mit der Löschung im Handelsregister ein (Art. 746 OR). Die Mitgliedschaftsrechte und die Organe bestehen bis zu diesem Zeitpunkt noch.²² Das Bundesgericht erachtete die Übertragung der Aktien der konkursiten, aber noch nicht gelöschten AG als unproblematisch und erwähnte dennoch die Gefahrtragungsregeln.²³ Stellt aber die Übertragung der Aktien einer konkursiten Gesellschaft eine richtige Erfüllung dar, kann es auf die Gefahrtragungsregeln nicht ankommen.²⁴ Problematisch wäre dann im vorliegenden Fall einzig die Zahlungsverweigerung Tanners. Das Bundesgericht scheint von diesem Lösungsansatz auszugehen – es übersieht dabei aber, dass sich die Qualität des Rechts massgeblich verändert hat. Die Mitgliedschaftsrechte beschränken sich noch auf das Recht, im Rahmen einer Generalversammlung Gläubigerbeschlüsse über die Aktivenverwertung und einen Beschluss zur Anfechtung einer Verfügung der Konkursverwaltung zu fassen.²⁵ In vermögensrechtlicher Hinsicht ist es lediglich noch ein Anteil am Liquidationsergebnis (Art. 660 Abs. 2 OR).²⁶

Diese verkürzten Rechte könnten unter die Kategorie der Mängel in Art. 197 Abs. 1 OR fallen, genauer unter den *rechtlichen Mangel*. Dieser hebt die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch weitestgehend auf (Art. 197 Abs. 1 OR).²⁷ Es bedarf also keiner Zusicherung. Dieser Mangel, d.h. der Konkursgrund, muss jedoch schon im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bestanden haben.²⁸ Dazu muss der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bestimmt werden. Beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft handelt es sich um einen Stückkauf.²⁹ Beim Kauf einer bestimmten Sache geht die Gefahr schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf den Käufer über (Art. 185 Abs. 1 OR). Ob der Konkursgrund im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bestanden hat, lässt sich aus dem Sachverhalt nicht einwandfrei feststellen. Immerhin sind seit Abschluss des Kaufvertrags mehrere Monate vergangen. Erwähnt sind im Sachverhalt speziell die im Sommer 2009 rapide zurückgegangenen Autoverkäufe, was das Bestehen eines Konkursgrundes im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (31. Dezember 2008) eher unwahrscheinlich macht.

Fraglich ist, ob *besondere Verhältnisse* im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR bestehen, die die Gefahr erst später auf den Käufer übergehen lassen. Diese könnten aufgrund des Vorliegens eines *Sukzessivlieferungsvertrages* gesehen werden. Immerhin behält der bisherige Eigentümer die Kontrolle über die Aktien bis zur Übergabe – dem Erwerber stehen keine Möglichkeiten offen, einen allfälligen Schaden abzuwenden.³⁰ Im vorliegenden Fall ist dies aber bei einer Analyse der Interessenlage nicht angezeigt, denn der Sachverhalt erwähnt, dass die Aufteilung der Aktienlieferungen in drei Tranchen nur aufgrund der beschränkten finanziellen Mittel Tanners erfolgt ist, also im Interesse Tanners gelegen hat.³¹

accordera au demandeur que l'action n'a plus que la valeur, négligeable, de son support de papier (ou, au mieux, celle d'un objet de collection), si bien qu'on doit admettre qu'on est en présence d'un aliud.“

²² Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 112 f.; vgl. BGE 99 Ia 10 ff., 18: „*Deren Organe bleiben während des Konkursverfahrens weiterbestehen und haben auch noch in diesem Stadium das Recht und die Pflicht, die Interessen der AG nach Möglichkeit zu wahren (Art. 740 Abs. 5 OR; F. V. STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 3. A., S. 322). Die Konkursverwaltung vertritt nur das mit Beschlagnahmegerichtete Vermögen, d.h. die Konkursmasse, und ihre Befugnisse gehen nicht weiter, als es zur Durchführung des Konkurses notwendig ist. Ob der eröffnete Konkurs zu Ende geführt oder widerrufen werden soll, ist nicht von der Konkursverwaltung zu entscheiden, sondern hängt unmittelbar vom Willen der Gläubiger und des Schuldners ab.*“

²³ Vgl. BGer 4C.336/2000, E. 4a.

²⁴ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 110.

²⁵ Vgl. BGE 88 III 28 ff., 34-46.

²⁶ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 115.

²⁷ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 118.

²⁸ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 119; vgl. CHK-Hrubesch-Millaud, OR 197 N 29; vgl. BGE 122 III 426 ff., 428.

²⁹ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 101.

³⁰ Dieser Gedanke bei BSK-Koller, OR 185 N 38.

³¹ Vgl. BGer 4C.336/2000, E. 4c: „*L'art. 185 al. 1 CO consacre une règle prévue à l'origine pour les ventes sur les marchés; les exceptions aménagées avaient pour objets les cas où la séparation temporelle entre l'acte obligationnel et l'acte de disposition intervenait non pas dans l'intérêt de l'acheteur, mais seulement ou de manière prépondérante dans celui du vendeur. Les exceptions reconnues jusqu'ici semblent se situer toutes sur cette ligne.*“ und E. 4d: „*Le demandeur invoque le fait que le contrat prévoyait des livraisons successives, sur près de deux ans et demi. A elle seule, cette circonstance ne constitue toutefois pas une raison suffisante pour faire exception en l'espèce à la règle "periculum est emptoris". Les livraisons différées n'ont en effet pas été prévues dans l'intérêt du vendeur, mais bien dans celui des acheteurs. Selon les constatations souveraines de la cour cantonale (art. 63 al. 2 OJ), le demandeur et ses associés ne disposaient pas des moyens financiers nécessaires pour fonder leur société, et c'est le défendeur qui a fourni l'intégralité du capital social. La thèse du prêt, soutenue en première instance par le défendeur - qui aurait possédé une partie des actions à titre de gage - vient d'ailleurs corroborer cette analyse des rapports entre les parties.*“

Somit schuldet Tanner die letzte Kaufpreistranche in der Höhe von Fr. 1.2 Mio. Gemäss Vertrag war diese am 31. Dezember 2009 fällig. Es handelt sich dabei um einen Verfalltag gemäss Art. 102 Abs. 2 OR, was eine Mahnung überflüssig macht. Es stehen ihm nach Ansetzung einer Nachfrist die Wahlrechte des Art. 107 Abs. 2 OR zu. Auch ohne diese kann er nach wie vor die Erfüllung mit Schadenersatz wegen Verspätung gemäss Art. 103 OR verlangen.

Die Anfechtung des Kaufvertrags steht in diesem Fall nicht offen. Der Sachverhalt erwähnt, dass sich der Konkurs aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtsituation ereignet hat. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses konnte sich Tanner darüber nicht irren, weil diese Fakten nicht voraussehbar und schon gar nicht sicher waren. Der ansonsten denkbare Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt steht folglich nicht offen.

Alternative: Denkbar und naheliegend wäre es auch, dieses Problem über die Teilunmöglichkeit zu lösen. Es ist nicht mehr möglich, Aktien zu liefern, die die vorausgesetzten Rechte vollumfänglich vermitteln können.³² Die Unmöglichkeit ist in Art. 119 Abs. 1 OR erfasst. Eigentlich würde Tanner frei, weil aber die Gefahr bereits übergegangen ist, schuldet er die letzte Kaufpreisrate dennoch (Art. 119 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 185 Abs. 1 OR).

Zusatzfragen zur Vertiefung

Quid, wenn bei Frage 2 Weber irgendwelche 100 Aktien einer bestimmten Aktiengesellschaft, deren Aktienkapital total aus 10'000 Aktien bestehen würde, geschuldet hätte?

Diesfalls hätte es sich um eine Gattungsschuld gehandelt, es sei denn, es wäre dem Käufer wichtig gewesen, genau diejenigen Aktien des Verkäufers zu erhalten, damit dieser nicht mehr Aktionär ist.³³ Die Gefahr geht bei Gattungsschulden erst im Zeitpunkt der Aussonderung über (Art. 185 Abs. 2 OR). Es kommt folglich darauf an, ob der Konkursgrund als Mangel schon im Zeitpunkt der Aussonderung gegeben war. Da der Konkurs als Mangel jedoch alle Aktien betrifft, ist die Aussonderung als Auslöser des Gefahrenüberganges untauglich.³⁴ Es ist folglich auf Art. 185 Abs. 1 OR abzustellen. Wiederum musste der Konkursgrund schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden haben, was nicht anzunehmen ist.

ERNST sieht dies anders. Er betrachtet die Gattungs-Lieferung von Aktien der konkursiten Gesellschaft als *aliud*, nicht als *peius*.³⁵ Da niemand mehr „richtige“ Aktien liefern kann, ist Art. 119 Abs. 1 OR anwendbar. Art. 185 Abs. 2 OR ist nicht anwendbar, wenn die ganze Gattung untergegangen ist – auf die Aussonderung kann es nicht mehr ankommen.³⁶ Die Gefahr ist somit bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses übergegangen (Art. 185 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 119 Abs. 3 OR).

ERNST sieht eine weitere Ausnahme für den Fall, dass der Verkäufer gar keinen Verlust erlitten hat, weil er als *Leerverkäufer* agiert hat, d.h. Aktien verkauft hat, die er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht in seinem Eigentum hatte. Diesfalls befürwortet ERNST die Anwendung von Art. 119 Abs. 2 OR – Käufer und Verkäufer wären frei.³⁷ Ob dies noch dem Parteiwillen entspricht, ist fraglich. Denkbar wäre es, dass jemand bei einem Termingeschäft auf die Wertdifferenz – unabhängig von einem allfälligen Konkurs – spekuliert. Für den Fall des Leerverkaufes sollte dieselbe Lösung wie beim gewöhnlichen Verkauf gelten.

Dans la mesure où ce sont le demandeur et ses associés qui ont fondé leur société et exploité celle-ci, le défendeur apparaît comme un pur bailleur de fonds et non un entrepreneur, même s'il était propriétaire économique de la société. Encore que cela n'ait pas été soutenu par les parties, on pourrait même se demander si l'on n'est pas en présence d'un acte fiduciaire, dans lequel le demandeur et ses associés comme fiduciaires représentés indirectement, supporteraient le risque économique de l'affaiblissement ou de la perte de l'affaire, pour autant que - ce qui doit être exclu ici - le défendeur ne puisse être tenu pour responsable de la déconfiture."

³² Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 110 Fn. 58.

³³ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 101.

³⁴ Vgl. ZK-Schönle, OR 185 N 26.

³⁵ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 120 ff.

³⁶ Vgl. ZK-Schönle, OR 185 N 26.

³⁷ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 121.

Quid, wenn bei Frage 2 der Konkurs schon abgewickelt und die Autohandels AG im Handelsregister gelöscht wäre?

In diesem Falle kann keine Mitgliedschaft mehr übertragen werden. Die Aktie existiert nicht mehr als Wertpapier, sondern bloss noch *als ein Stück Papier*.³⁸ Es geht nicht mehr um eine Verschlechterung der Rechte, sondern um eine Unmöglichkeit. Es besteht folglich eine Unmöglichkeit gemäss Art. 119 Abs. 1 OR. In dieser Situation wäre die Gefahr jedoch bereits auf den Käufer übergegangen (Art. 119 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 185 Abs. 1 OR).³⁹ Auch hier muss der Käufer den Kaufpreis bezahlen.

Quid, wenn bei Frage 2 der Konkurs auf einem Verschulden Webers basieren würde?

Diesfalls kommt eine Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR in Frage. Auch wenn die Gefahr bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf Tanner übergegangen ist – und er folglich den Mangel selber zu tragen hätte – ist bei späteren, verschuldeten Mängeln das Regime der *positiven Vertragsverletzung* (Art. 97 Abs. 1 OR) anwendbar.⁴⁰ ERNST bejaht ein Verschulden im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR bei Vorliegen eines Verantwortlichkeitsanspruches.⁴¹ Dies zeigt die grundsätzliche Richtigkeit der Anwendung des Sachgewährleistungsrechts – ein Anspruch würde auch hier nicht bestehen, wenn die Übertragung der Aktien der konkursiten Gesellschaft eine einwandfreie Erfüllung darstellen würde.⁴²

³⁸ Vgl. BGer 4C.336/2000, E. 5: „*A ce sujet, on observera simplement que, durant la phase de liquidation, les droits sociaux incorporés dans une action, si l'action elle-même n'a peu ou plus de valeur économique, continuent à exister, et peuvent être transférés; ce n'est qu'après la disparition de la personne morale qu'ils s'éteignent définitivement. A partir de ce moment-là, on accordera au demandeur que l'action n'a plus que la valeur, négligeable, de son support de papier (ou, au mieux, celle d'un objet de collection), si bien qu'on doit admettre qu'on est en présence d'un aliud.*“; vgl. Ernst, FS Bucher, S. 122.

³⁹ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 122 f., der jedoch die Konkursöffnung als überzeugenderen Zeitpunkt für die Annahme der Unmöglichkeit befürwortet.

⁴⁰ Vgl. BSK-Honsell, OR 197 N 11; CHK-Müller-Chen, OR 197 N 29.

⁴¹ Vgl. Ernst, FS Bucher, S. 125 f.

⁴² Dieser Gedanke bei Ernst, FS Bucher, S. 125 f. und 127; so gehandhabt im BGer 4C.49/2004, E. 4. Das Bundesgericht hat sich nicht mit dem Verschulden beim „Untergang“ auseinandergesetzt – es betrachtete die Übertragung der Aktien der konkursiten Gesellschaft als gehörige Erfüllung.