

Sonderdruck

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

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

HAROLD FREY

DOMINIQUE MÜLLER

**Preisanpassungsstreitigkeiten
bei Unternehmenskäufen**
Unter besonderer Berücksichtigung
des Schiedsgutachterverfahrens



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

Preisanpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskäufen

Unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachterverfahrens

HAROLD FREY / DOMINIQUE MÜLLER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	192
II.	Kaufpreisbestimmung anhand von Preisanpassungsklauseln	193
	A. Gründe für die Vereinbarung einer Preisanpassung	193
	B. Arten von Preisanpassungsklauseln	194
III.	Konfliktpotential bei der Preisanpassung	195
	A. Gründe für Preisanpassungsstreitigkeiten	195
	B. Strittige Bewertungs- und Rechtsfragen bei der Anwendung von Preisanpassungsklauseln	196
	C. Abgrenzung von Preisanpassungsstreitigkeiten und Gewährleistungsansprüchen	197
IV.	Preisanpassung und Widerspruch	199
	A. Berechnung der Kaufpreisanpassung	199
	1. Aufgabenverteilung bei der Berechnung der Kaufpreisanpassung	199
	2. Einfluss auf die Parteirollenverteilung und Beweislast	200
	B. Die <i>Notice of Objection</i>	200
	1. Die Funktion der <i>Notice of Objection</i>	200
	2. Anforderungen an den Detaillierungsgrad der <i>Notice of Objection</i>	201
	C. Einigungsverhandlungen	203
	1. Funktionen der Verhandlungsphase	203
	2. Strukturierung von Einigungsverhandlungen	204
	D. Zugang zu Informationen und Büchern des Zielunternehmens	205
V.	Das Schiedsgutachten als Instrument zur Beilegung von Preisanpassungsstreitigkeiten	206
	A. Definition und Abgrenzung des Schiedsgutachtens	206
	B. Vereinbarung eines Schiedsgutachtens für Preisanpassungsstreitigkeiten	208
	1. Beweggründe für die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens	208
	2. Redaktion von Schiedsgutachterklauseln für Preisanpassungsstreitigkeiten	209
	C. Gegenstand des Schiedsgutachtens bei Preisanpassungsstreitigkeiten	211
	1. Definition des Aufgabenbereichs des Schiedsgutachters	211
	2. Sach- und Rechtsfragen als Gegenstand des Schiedsgutachtens	212
		191

D. Auswahl des Schiedsgutachters	215
1. Die Person des Schiedsgutachters	215
2. Ernennung des Schiedsgutachters	217
E. Der Schiedsgutachtensauftrag (<i>Terms of Engagement</i>)	218
F. Das Verfahren vor dem Schiedsgutachter	219
1. Aspekte der Verfahrensgestaltung	219
2. Gestaltungsmöglichkeiten eines Schriftenwechsels	221
3. Sachverhaltsermittlung durch den Schiedsgutachter	223
4. Zeitliche Aspekte des Schiedsgutachterverfahrens	225
5. Form und Begründung des Schiedsgutachtens	226
G. Überprüfung und Anfechtung des Schiedsgutachtens	226

I. Einleitung

M&A-Streitigkeiten haben im Lauf der letzten Jahre an Bedeutung und in ihrer Anzahl deutlich zugenommen.¹ Dabei handelt es sich insbesondere um streitige Auseinandersetzungen nach vollzogener Transaktion und dort speziell um solche im Bereich der Preisanpassung. In einigen Fällen mag diese Entwicklung damit erklärt werden, dass der Käufer tatsächlich überzahlte – oder zumindest diesen Eindruck hatte – und dies erst nach eingehender Prüfung der übernommenen Gesellschaft feststellte.² Es gibt allerdings vermehrt auch Fälle, in denen der Käufer nach Vertragsunterschrift (bzw. Vollzug der Transaktion) schlicht versucht, den Kaufpreis weiter zu verhandeln. Schnell war für diese Entwicklung eine Redewendung gefunden: «*Nach der Unterschrift ist vor dem Prozess*».

Die Gründe dafür, dass Streitigkeiten bei komplexen M&A-Transaktionen im Allgemeinen und Preisanpassungsstreitigkeiten im Besonderen oft mit Vorteil nicht vor staatliche Gerichte gebracht, sondern durch Schiedsgerichte oder Schiedsgutachter entschieden werden, sind hinlänglich bekannt. Hervorgehoben seien an dieser Stelle das spezifische Fachwissen von Schiedsrichtern und Schiedsgutachtern und ihre praktische Erfahrung mit komplexen Transaktionen (bzw. die Möglichkeit, sie danach

¹ Gemäss einer Statistik der Schweizer Handelskammern handelte es sich bei 9% aller von dieser Institution im Jahr 2009 administrierten Schiedsfälle um Streitigkeiten aus einem Aktienkaufvertrag (nicht eingeschlossen darin sind also *asset deals*), vgl. Newsletter 1/2010 des Swiss Chambers' Court of Arbitration. Bei der ICC waren es in der Berichtsperiode 2007 ebenfalls knapp 9%, vgl. 2007 Statistical Report, in: ICC Bulletin, Vol. 19, No. 1–2008, 12 (ab 2008 sind die Arten von Vertragsstreitigkeiten nicht mehr separat ausgewiesen, vgl. 2008 Statistical Report, in: ICC Bulletin, Vol. 20, No. 1–2009, 13). Im Zürcher Büro des Jubilars betrug der Anteil der M&A-(Schieds-)Streitigkeiten rund 20% der Gesamtanzahl streitiger Verfahren, davon rund ein Viertel Preisanpassungsstreitigkeiten (Schieds- bzw. Schiedsgutachterverfahren).

² Das heutige wirtschaftliche Umfeld mag dazu beitragen (gerade etwa wenn es um Übernahmen im Finanzdienstleistungsbereich geht, wo Bilanzpositionen grossen Wertschwankungen ausgesetzt oder schwierig zu bewerten sind).

auszuwählen).³ Hierfür ist der Jubilar mit seiner langjährigen Erfahrung als M&A-Anwalt sowie als Schiedsrichter beispielhaft.

Im folgenden Beitrag setzen wir uns mit einigen praktischen Fragen bei der Erledigung von Preis Anpassungsstreitigkeiten auseinander und wollen einen Aspekt besonders beleuchten, der in der Praxis zwar von erheblicher Bedeutung ist, aber in der Literatur – vor allem was den verfahrenstechnischen Ablauf betrifft – bislang nur wenig Beachtung fand: das Schiedsgutachterverfahren. Dabei werden wir soweit als möglich verfahrenschronologisch vorgehen – also die Aspekte in der Reihenfolge behandeln, wie sie typischerweise im Rahmen der Auseinandersetzung über eine Preis Anpassung auftreten.

Diese Diskussion geht von einem praktischen Fallbeispiel aus, auf welches wir bei passender Gelegenheit jeweils zurückkommen. Das Fallbeispiel ist angelehnt an eine vor kurzer Zeit vollzogene Transaktion, bei welcher die Kanzlei des Jubilars den Verkäufer beraten hat. Nach dem *Closing* entstand zwischen dem Käufer und dem Verkäufer Streit über die vereinbarte Preis Anpassung bzw. einzelne Positionen in der dafür massgeblichen Übergangsstichtagsbilanz (*Closing Balance Sheet*). Zu Beginn dieses Jahres konnte diese Preis Anpassungsstreitigkeit durch ein Schiedsgutachten beigelegt werden.

II. Kaufpreisbestimmung anhand von Preis Anpassungsklauseln

A. Gründe für die Vereinbarung einer Preis Anpassung

Es gehört bei Unternehmenskäufen zur üblichen Praxis, im Kaufvertrag nur einen vorläufigen Preis zu vereinbaren und sich für die endgültige Preisfestlegung einen Preis Anpassungsmechanismus vorzubehalten. Die Grundlagen einer solchen Preis Anpassung erfahren dabei eine eingehende Regelung im Kaufvertrag.⁴

Die Gründe für die Vereinbarung einer Preis Anpassung sind vielfältig. Es kann vorerst darum gehen, Gewinne oder Verluste während einer unter Umständen recht langen (z.B. durch wettbewerbsrechtliche oder andere Genehmigungserfordernisse bedingten) Zeitperiode zwischen *Signing* und *Closing* dem Verkäufer zuzuweisen: Der Verkäufer soll in dieser Zeit einen Anreiz für eine erfolgreiche Unternehmensführung haben und deren Früchte ernten, während der Käufer nicht Verluste und eine Wert-

³ Auch der Effizienz der Streiterledigung kommt (v.a. beim Schiedsgutachterverfahren) besondere Bedeutung zu; vgl. V.B.1.

⁴ Vgl. RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 138.

verminderung vor der Übernahme des Unternehmens tragen will.⁵ Hinzu kommt, dass die Rechnungsabschlüsse, auf denen ein vereinbarter vorläufiger Preis häufig beruht, oft einige Zeit vor dem *Signing* und jedenfalls lange vor dem *Closing* erstellt wurden. Eine Preisanpassung soll in diesem Fall den je nach Branche und Konjunkturverlauf erheblichen Veränderungen des Unternehmenswerts bis zum *Closing* Rechnung tragen.⁶ Zuweilen wird argumentiert, es könne bei einer Preisanpassung auch darum gehen, dem Käufer eine genauere Prüfung des Unternehmenswerts nach der Übernahme zu ermöglichen, das heisst also nicht nur Wertschwankungen zwischen *Signing* und *Closing*, sondern auch unrichtige Bewertungen im Zeitpunkt des *Signing* auszugleichen. Dies entspricht indes wohl nicht dem Regelfall und kann Abgrenzungsfragen zu Gewährleistungsansprüchen aufwerfen.⁷

Eine weitere Form der Preisanpassung – der sogenannte *Earn-out* – ist nicht auf den Unternehmenswert bei *Closing*, sondern auf die Zukunft ausgerichtet, indem der endgültige Kaufpreis vom Ertrag des Unternehmens nach der Übernahme oder anderen zukünftigen Entwicklungen abhängig gemacht wird.⁸ Der Verkäufer soll dadurch über das *Closing* hinaus am Gewinn oder Verlust des Unternehmens teilnehmen.

B. Arten von Preisanpassungsklauseln

Wie die verschiedenen Gründe für die Vereinbarung einer Preisanpassung ist auch die Ausgestaltung der jeweiligen Vertragsklauseln vielfältig und spezifisch auf einen bestimmten Unternehmenskauf zugeschnitten. Dabei wird unter anderem zwischen ertrags- und bilanzorientierten Preisanpassungsklauseln unterschieden.⁹ Zu den ersten gehören insbesondere *Earn-out* Klauseln, welche die Teilnahme des Verkäufers an einem zukünftigen Gewinn (oder Verlust) regeln. Bilanzorientierte Klauseln stellen dagegen auf einen Stichtag, häufig das *Closing*, ab und sehen eine Preisanpassung z.B. aufgrund von Veränderungen der Nettoverschuldung oder des Nettovermögens vor.¹⁰

Neben der konkreten Ausgestaltung des Anpassungsmechanismus enthält der Kaufvertrag regelmässig auch detaillierte Bestimmungen darüber, anhand welcher Rechnungslegungs- und Bewertungsgrundsätze die für die Preisanpassung massge-

⁵ Vgl. ROLF WATTER/MATTHIAS GSTOEHL, Preisanpassungsklauseln, in: *Mergers & Acquisitions VI*, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich 2004, 34 f.; WOLFGANG PETER, *Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Arbitrations*, in: *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, hrsg. von Gabrielle Kaufmann-Kohler/Alexandra Johnson, ASA Special Series No. 24, Basel 2005, 58 f.

⁶ Vgl. PETER (FN 5), 59.

⁷ Vgl. dazu hinten III.C.

⁸ Vgl. TSCHÄNI (FN 4), 139; WATTER/GSTOEHL (FN 5), 35; PETER (FN 5), 59.

⁹ Vgl. WATTER/GSTOEHL (FN 5), 36.

¹⁰ Vgl. dazu TSCHÄNI (FN 4), 138; WATTER/GSTOEHL (FN 5), 38 ff.

bende Erfolgsrechnung und/oder Bilanz erstellt werden soll. Einer Regelung bedarf sodann, welche Partei für die Erstellung dieser Abschlüsse verantwortlich ist.¹¹

Es geht in diesem Beitrag nicht darum, die Ausgestaltung und Redaktion von Preisanpassungsklauseln und Bewertungsvorschriften zu diskutieren.¹² Ziel ist es vielmehr, die prozessualen Aspekte einer Preisanpassungsstreitigkeit zu beleuchten und zu zeigen, welche Fragen sich im Zusammenhang mit der strittigen Auslegung und Anwendung solcher Klauseln ergeben können. Ausgegangen wird dabei vom erwähnten Fallbeispiel, in welchem die Preisanpassung vom Nettovermögen¹³ der Zielgesellschaft bei *Closing* (*Closing NAV*) abhing, welches aufgrund einer vom Käufer zu erstellenden Übergangstichtagsbilanz (*Closing Balance Sheet*) zu bestimmen war.

III. Konfliktpotential bei der Preisanpassung

A. Gründe für Preisanpassungsstreitigkeiten

Preisanpassungen bei Unternehmenskäufen bergen erhebliches Konfliktpotential nur schon deshalb, weil sie eine potentielle Erhöhung bzw. Reduktion des im Kaufvertrag vereinbarten provisorischen Kaufpreises zulassen und die Parteien diesbezüglich offensichtlich divergierende Interessen haben. Streitigkeiten ergeben sich vor allem daraus, dass Preisanpassungsklauseln unter Umständen die Möglichkeit eröffnen können, einen nach dem *Signing* aus irgendwelchen Gründen als unangemessen empfundenen Kaufpreis «nachzuverhandeln».

Eine solche Möglichkeit besteht insbesondere für diejenige Partei, welcher die Erstellung der massgeblichen Übergangstichtagsbilanz zufällt. Im Fallbeispiel ist das der Käufer, der nach dem *Closing* das *Closing Balance Sheet* erstellt. Er hat die Möglichkeit, durch Ausnutzung des Ermessensspielraums in der Anwendung der Rechnungslegungsstandards bzw. der vereinbarten Bewertungsvorschriften die Preisanpassung in seinem Sinn zu beeinflussen, das heisst das ausgewiesene Nettovermögen der Zielgesellschaft und damit den endgültigen Kaufpreis möglichst tief anzusetzen.

Streitigkeiten über die Preisanpassung bzw. ihre buchhalterischen Grundlagen können sich aber auch daraus ergeben, dass eine Partei über die Ausnutzung von Ermessensspielräumen hinaus Einfluss auf das Management der Zielgesellschaft

¹¹ Vgl. dazu TSCHÄNI (FN 4), 138 sowie hinten IV.A.2.

¹² Vgl. dazu PETER (FN 5), 57 f., 60 ff., mit Beispielen von Vertragsklauseln; vgl. auch WATTER/GSTOEHL (FN 5), 35 f.

¹³ *Net Asset Value*, abgekürzt NAV.

nimmt und diese zu wertverändernden Transaktionen bis hin zu eigentlichen Manipulationen veranlasst.¹⁴

B. Strittige Bewertungs- und Rechtsfragen bei der Anwendung von Preisanpassungsklauseln

Ziel bei der Redaktion von Unternehmenskaufverträgen ist es in der Regel, das Konfliktpotential bei der Preisanpassung so weit als möglich zu verringern.¹⁵ Diese Aufgabe kommt insbesondere den von den Parteien häufig vereinbarten Bewertungsvorschriften zu. Sie sollen Streitigkeiten über die korrekte Erstellung der Übergangsstichtagsbilanz verhindern, die als Grundlage für die Preisanpassung dient. Solche Bewertungsvorschriften können Preisanpassungsstreitigkeiten jedoch nie vollständig ausschliessen, lassen doch auch noch so detaillierte Bestimmungen in der konkreten Anwendung einen erheblichen Ermessensspielraum, der zur Beeinflussung der Preisanpassung genutzt werden kann.

Bewertungsstreitigkeiten ergeben sich in der Praxis¹⁶ insbesondere mit Bezug auf die konkrete Anwendung der massgebenden Rechnungslegungsstandards sowie hinsichtlich des Verhältnisses der bisherigen Rechnungslegungspraxis des Zielunternehmens zu abweichenden, von den Parteien im Unternehmenskaufvertrag vereinbarten Bewertungsvorschriften. Strittig sind sodann etwa die Quantifizierung des Abschreibungs- oder Rückstellungsbedarfs sowie die Berücksichtigung und Berechnung von latenten Steuerlasten und Verlustvorträgen. Auch aus dem Umstand, dass eine Bilanz auf ein unterjähriges *Closing* Datum zu erstellen ist, können sich konfliktträchtige Fragen betreffend die Abgrenzung eines Periodenerfolgs bzw. die Zuweisung von Ertrags- und Aufwandpositionen an den Käufer oder Verkäufer ergeben.

Meinungsverschiedenheiten entzünden sich aber vielfach nicht erst bei der konkreten Bewertung von Aktiven und Passiven, sondern bereits daran, dass sich die Parteien bei der Preisanpassung nicht einig sind, ob und worauf sie sich in den Bewertungsvorschriften geeinigt haben bzw. wie diese auszulegen sind. Grund dafür mögen oft die von verschiedenen Rechnungslegungsstandards geprägten Bewertungsansichten der Parteien sein.¹⁷ Preisanpassungsstreitigkeiten ergeben sich häufig

¹⁴ Vgl. dazu PETER (FN 5), 59 f.

¹⁵ Dies schliesst indes nicht aus, dass die Parteien zuweilen ungenaue Regelungen und Unklarheiten durchaus in Kauf nehmen, sei es, um die Verhandlungen nicht zusätzlich zu belasten, oder sogar, um sich für die Preisanpassung die Möglichkeit einer «Nachverhandlung» zumindest einzelner Kaufpreiselemente vorzubehalten.

¹⁶ Diese beispielhafte Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit; vgl. für weitere Beispiele PETER (FN 5), 60, 64.

¹⁷ Vgl. PETER (FN 5), 60.

aber auch daraus, dass eine Bewertungsvorschrift unklar formuliert ist, die Parteien sich nur vermeintlich auf eine bestimmte Behandlung oder Bewertung geeinigt haben bzw. darunter etwas anderes verstehen, oder aber die fragliche Bestimmung eine konkrete Frage gar nicht regelt. Auch solche Fälle erscheinen vordergründig als Bewertungs- und Rechnungslegungsstreitigkeiten. Tatsächlich geht es dabei jedoch nicht selten um Rechtsfragen bzw. die Auslegung und allenfalls Ergänzung von Parteivereinbarungen.

Auslegungs- und nicht Bewertungsfragen stehen auch im Vordergrund, wenn es darum geht, ob der Käufer nach den Bestimmungen des Kaufvertrages berechtigt ist, eine vollständige Neubewertung aller Aktiven und Passiven vorzunehmen und gestützt darauf eine Preisreduktion zu verlangen.¹⁸ Wie erwähnt ist dies häufig nicht der Zweck von Preisanpassungsklauseln. Entsprechend ist unseres Erachtens nicht leichthin von der Möglichkeit einer Neubewertung nach dem *Closing* (die nicht lediglich durch Entwicklungen zwischen *Signing* und *Closing* begründet ist) auszugehen, soweit sich eine solche nicht aus dem Vertrag oder den vereinbarten Bewertungsvorschriften ergibt. Auslegungs- und damit Rechtsfrage ist sodann grundsätzlich auch, ob sich die von einem Käufer nach dem *Closing* erstellte Übergangsstichtagsbilanz nur auf Tatsachen abstützen darf, die im Zeitpunkt des *Closing* existierten, oder ob auch nachträgliche Entwicklungen, wie z.B. ein neu entstandener Abschreibungsbedarf, im *Closing Balance Sheet* berücksichtigt werden dürfen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Preisanpassungsstreitigkeiten nur zu einem Teil auf strittige Bewertungsfragen zurückzuführen sind. In vielen Fällen beruhen sie dagegen auf strittigen Rechtsfragen über die Auslegung von Vertragsklauseln und Bewertungsvorschriften.¹⁹

C. Abgrenzung von Preisanpassungsstreitigkeiten und Gewährleistungsansprüchen

Auseinandersetzungen über die Kaufpreisanpassung sind nur eine Art von Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit einem abgeschlossenen Unternehmenskauf ergeben können.²⁰ Nicht selten kommt es nach dem *Closing* auch zu Streitigkeiten

¹⁸ Vgl. als Beispiel für eine Preisanpassungsstreitigkeit, bei der Rechtsfragen vorrangige Bedeutung zukommt, auch den bei PETER (FN 5), 64 f., erwähnten Fall, in welchem ein Bieter in einem Auktionsprozess den Zuschlag erhielt und nachträglich eine Preisreduktion aufgrund von angeblich falsch angewandten Rechnungslegungsgrundsätzen geltend machte, obwohl er davon Kenntnis hatte.

¹⁹ Vgl. dazu hinten V.C.2.

²⁰ Für eine Auslegeordnung über die möglichen M&A-Streitigkeiten verweisen wir auf den Beitrag von RUDOLF TSCHÄNI anlässlich der ASA-Tagung vom Januar 2008 (der in Kürze im ASA Special Bulletin erscheinen wird). Darin grenzt er M&A-Streitigkeiten im engeren Sinn zunächst ab von

über Gewährleistungs- und Garantieansprüche (*Representations and Warranties*)²¹. Diese beiden Arten von *post-Closing* Streitigkeiten lassen sich zumindest theoretisch einfach auseinanderhalten: Mit Gewährleistungsansprüchen macht der Käufer vereinfacht ausgedrückt geltend, der Verkäufer habe seine Zusicherungen über das Unternehmen²² im Zeitpunkt des *Signing* bzw. auf den Zeitpunkt des *Closing* nicht eingehalten.²³ Bei der Preisanpassung geht es demgegenüber darum, von den Parteien antizipierten Wertveränderungen bis zum *Closing* oder darüber hinaus Rechnung zu tragen.

In der Praxis ergeben sich indes häufig Überschneidungen und Abgrenzungsfragen.²⁴ So kann die Bewertung derselben Aktiven und Passiven sowohl für Gewährleistungsansprüche wie auch als Grundlage für die Preisanpassung strittig sein. Zudem kann sich die Frage stellen, ob eine bestimmte Veränderung des Unternehmenswerts Anlass zu einer Preisanpassung oder zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gibt.²⁵ Zurückzukommen ist dabei auf den Fall, in dem der Käufer im Rahmen einer Preisanpassung eine vollständige Neubewertung des Unternehmens vornehmen will. Soweit eine solche Neubewertung nicht nur den Wertveränderungen zwischen *Signing* und *Closing* Rechnung trägt, sondern auch von der

den Klagen aus dem Gesellschaftsrecht einerseits und den Klagen in den Bereichen Aktionärbindungsvertrag und Joint Venture andererseits. Bei M&A-Streitigkeiten im engeren Sinn unterscheidet er sodann nach der Art der Transaktion (private Transaktionen, öffentliche Übernahmeangebote oder Auktionsverfahren), sinnvollerweise aber auch nach dem Zeitpunkt zu dem es zum Streit kommen kann: (a) vor der Unterzeichnung (*pre-Signing*) (Verhandlungsabbruch; Verletzung von Vertraulichkeits- oder Exklusivitätsverpflichtungen), (b) vor dem Vollzug (*pre-Closing*) (Nichterfüllung von *pre-Closing* Bedingungen oder Nichteinhaltung von covenants; endgültige Kaufpreisfestsetzung) oder (c) nach dem Vollzug (*post-Closing*) (v.a. Preisanpassung und Gewährleistungen/Garantien).

- ²¹ In der Folge der Einfachheit halber als «Gewährleistungsansprüche» bezeichnet.
- ²² Solche Zusicherungen sind in der Regel auch für den im Kaufvertrag vereinbarten provisorischen Kaufpreis von Bedeutung, insbesondere wenn sie die ordnungsgemässe Buchführung bzw. Erstellung der für die Festlegung des provisorischen Kaufpreises massgebenden Grundlagen gewährleisten.
- ²³ Vgl. RUDOLF TSCHÄNI, *Post-Closing Disputes on Representations and Warranties*, in: *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, hrsg. von Gabrielle Kaufmann-Kohler/Alexandra Johnson, ASA Special Series No. 24, Basel 2005, 68 f.; vgl. auch WOLFGANG PETER, *Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Disputes*, in: *Arbitration International*, Vol. 19, Issue 4, London 2003, 491 f.
- ²⁴ Vgl. RUDOLF TSCHÄNI/MATTHIAS WOLF, *Vertragliche Gewährleistung und Garantien – Typische Vertragsklauseln*, in: *Mergers & Acquisitions VIII*, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich 2006, 99 f.; vgl. auch WATTER/GSTOEHL (FN 5), 45, 48, die auf Situationen hinweisen, in denen Gewährleistungen dem Käufer einen besseren Schutz bieten als eine Preisanpassung.
- ²⁵ Vgl. TSCHÄNI (FN 23), 83, der darauf hinweist, dass Unternehmenskaufverträge, welche eine Preisanpassung vorsehen, üblicherweise festhalten, dass Positionen, welche bei der Preisanpassung berücksichtigt wurden, nicht noch als Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können; vgl. auch TSCHÄNI/WOLF (FN 24), 100.

Bewertung des Zielunternehmens als Grundlage für die Berechnung des provisorischen Kaufpreises abweicht, handelt es sich wohl eher um die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen denn eine Preisanpassung, was dem Verkäufer als Argument gegen eine so begründete Preisanpassung dienen mag. In der Folge beschäftigt sich dieser Beitrag ausschliesslich mit den prozessualen Aspekten von Preisanpassungsstreitigkeiten.

IV. Preisanpassung und Widerspruch

A. Berechnung der Kaufpreisanpassung

1. Aufgabenverteilung bei der Berechnung der Kaufpreisanpassung

Jede Preisanpassungsstreitigkeit nimmt ihren Anfang in der Berechnung der Preisanpassung. Diese setzt die Vorbereitung der gemäss Kaufvertrag massgeblichen Buchhaltungsabschlüsse voraus. In der Folge wird dafür wiederum vom Beispiel einer Übergangsstichtagsbilanz (*Closing Balance Sheet*) ausgegangen.

Ein Unternehmenskaufvertrag sollte in jedem Fall regeln, welche Partei bzw. unter der Kontrolle welcher Partei die Zielgesellschaft für die Erstellung dieses Abschlusses verantwortlich ist. Meist sind es praktische Aspekte, welche diese Aufgabenverteilung bestimmen. In der Regel fällt diese Aufgabe derjenigen Partei zu, welche im relevanten Zeitpunkt die Zielgesellschaft und ihre Bücher kontrolliert. In der Praxis ist dies bei einer Preisanpassung, die auf Bilanzpositionen per *Closing* abstellt, meist der Käufer.²⁶ Es ist jedoch auch denkbar, diese Rolle dem Verkäufer zu übertragen, indem die Preisanpassung entweder auf kurz vor dem *Closing* erstellten Grundlagen beruht oder aber der Verkäufer, ausgestattet mit einem umfangreichen Einsichts- und Informationsrecht²⁷, diese nach dem *Closing* erstellt.

Neben dem Stichtag geben Preisanpassungsklauseln oft den Zeitraum vor, innerhalb dessen die zuständige Partei diese Grundlagen zu erstellen und der Gegenseite die Berechnung der Preisanpassung zu präsentieren hat. Gerade wenn es der Käufer ist, welcher das *Closing Balance Sheet* zu erarbeiten hat, kann dies einige Zeit in Anspruch nehmen, da er und seine Berater das Zielunternehmen und seine Buchhaltungspraxis erst im Detail kennenlernen müssen.

²⁶ Vgl. PETER (FN 5), 60.

²⁷ Vgl. dazu hinten IV.D.

2. Einfluss auf die Parteirollenverteilung und Beweislast

Die Aufgabenverteilung bei der Erstellung der Grundlagen für die Preisanpassung kann einen Einfluss auf die Rollenverteilung im Streitfall haben, indem sie den Ablauf der Auseinandersetzung vorbestimmt: Bereitet wie im Fallbeispiel der Käufer das *Closing Balance Sheet* vor und präsentiert er dem Verkäufer die Berechnung der Preisanpassung, so fällt letzterem die Rolle zu, das Ergebnis der Preisberechnung und ihre Grundlage zu bestreiten. Damit kommt dem Verkäufer in einem nachfolgenden streitigen Verfahren (regelmässig beginnend mit der *Notice of Objection*²⁸) gewissermassen die Rolle des Klägers zu.

Von dieser Rollenverteilung unberührt bleibt dagegen die Verteilung der Beweislast. Im schweizerischen Zivilprozessrecht bestimmt sich die Beweislast nicht nach der Parteirolle, sondern nach dem anwendbaren materiellen Recht.²⁹ Dabei ist in erster Linie auf die Ausgestaltung des im Kaufvertrag vereinbarten Preisanpassungsmechanismus abzustellen. Diejenige Partei, die nach diesen Bestimmungen die Anpassung des provisorischen Kaufpreises verlangt, sollte auch die Beweislast für die einen solchen Anspruch begründenden Tatsachen tragen. Die Verteilung der Beweislast ist jedoch zumindest im Rahmen eines Schiedsgutachterverfahrens regelmässig von geringer praktischer Bedeutung.³⁰

B. Die *Notice of Objection*³¹

1. Die Funktion der *Notice of Objection*

Unternehmenskaufverträge sehen regelmässig vor, dass diejenige Partei, welche mit der Berechnung der Preisanpassung bzw. den ihr zugrundeliegenden Buchhaltungs-

²⁸ Vgl. dazu sogleich IV.B.

²⁹ Vgl. MICHAEL SCHNEIDER, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton Schnyder/Stephen Berti, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 184 N 11 m.w.H. Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) trägt der Gläubiger die Beweis- und Substantiierungslast sowie die Folgen der Beweislosigkeit für Tatsachen, aus welchen sich das behauptete Forderungsrecht ableitet. Diese Beweislastverteilung gilt etwa auch im negativen Feststellungsprozess, bei welchem der Gläubiger in der Beklagtenrolle ist, vgl. MAX KUMMER, in: Berner Kommentar zum ZGB, hrsg. von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1962, Art. 8 N 215. RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 59 N 24.

³⁰ Vgl. dazu hinten V.F.3.

³¹ «Notice of Objection» lässt sich wohl am ehesten mit «Widerspruchsanzeige» übersetzen; z.T. wird dieser Begriff jedoch auch als «Mängelrüge» übersetzt (vgl. z.B. ZR 108 [2009] Nr. 42, 168). Weil diese Übersetzung zu Verwechslungen mit der Mängelrüge im Gewährleistungsrecht führen kann, wird hier der in der M&A-Praxis übliche Begriff *Notice of Objection* verwendet.

abschlüssen nicht einverstanden ist, dies der Gegenseite innerhalb einer bestimmten Frist in einer sogenannten *Notice of Objection* mitteilen muss.³²

Der *Notice of Objection* kommt, neben der Mitteilung des Widerspruchs gegen die Berechnung der Preisanpassung, insbesondere die Aufgabe zu, die Gegenpartei über die Gründe dieser Ablehnung in Kenntnis zu setzen. Der Käufer soll aufgrund der *Notice of Objection* erkennen können, welche Elemente seiner Preisberechnung bzw. welche Positionen seines *Closing Balance Sheet* vom Verkäufer bestritten werden. Die *Notice of Objection* ermöglicht es ihm zudem, die Stärken und Schwächen seiner eigenen (Rechts-)Position sowie derjenigen des Verkäufers einzuschätzen.³³ Dies ist insbesondere im Hinblick auf Einigungsverhandlungen von Bedeutung, welche die Parteien in Unternehmenskaufverträgen für den Fall von Preisanpassungsstreitigkeiten regelmässig vereinbaren.³⁴

Indem die *Notice of Objection* die strittigen (Bilanz-)Positionen festlegt, bildet sie nicht nur die Grundlage für diese Einigungsverhandlungen, sondern definiert und begrenzt den Streitgegenstand oft bereits in diesem frühen Stadium auch für die nachfolgenden Verfahren. Je nach Ausgestaltung der Preisanpassungsklauseln bzw. der entsprechenden Streitbeilegungsvereinbarungen gelten (Bilanz-)Positionen, die nicht Gegenstand der *Notice of Objection* sind, als anerkannt und können in der Folge grundsätzlich nicht mehr zum Gegenstand eines Schiedsgutachtens gemacht werden. Umgekehrt wird die Position derjenigen Partei, welche die Übergangsstichtagsbilanz erstellt, durch diese ebenfalls fixiert und sie kann später nicht ohne Weiteres darauf zurückkommen, auch wenn sich herausstellt, dass einzelne (Bilanz-)Positionen zu einem für sie günstigeren Wert einzusetzen gewesen wären.

2. Anforderungen an den Detaillierungsgrad der *Notice of Objection*

In der Praxis stellt sich für diejenige Partei, welche die Berechnung einer Preisanpassung bestreiten will, die Frage, wie detailliert eine *Notice of Objection* verfasst werden soll bzw. muss. Erscheint eine Einigung möglich, spricht einiges dafür, in der *Notice of Objection* die Gründe für die Ablehnung der Preisberechnung im Einzelnen darzutun und unter Umständen mit einer umfangreichen Dokumentation zu belegen. Sind die Positionen dagegen wie z.B. im Fall von Manipulationsvorwürfen bereits in

³² Eine entsprechende Klausel kann z.B. wie folgt lauten: «Ist der Verkäufer mit der Übergangsstichtagsbilanz und/oder der Berechnung der Kaufpreisanpassung nicht einverstanden, so stellt er dem Käufer innerhalb von 20 Werktagen seit Erhalt der Übergangsstichtagsbilanz und der Berechnung der Preisanpassung eine Widerspruchsanzeige zu, in welcher er schriftlich und in angemessenem Detaillierungsgrad die Gründe für seinen Widerspruch angibt.» Vgl. für ein weiteres Beispiel PETER (FN 5), 64; vgl. auch FN 35.

³³ Vgl. ZR 108 (2009) Nr. 42, 170.

³⁴ Vgl. auch die Preisanpassungsklausel im Sachverhalt, welcher der in ZR 108 (2009) Nr. 42 publizierten Entscheidung zugrunde lag.

diesem Stadium verhärtet und erscheint eine Verhandlungslösung unwahrscheinlich, kann der Verkäufer aus taktischen Gründen Informationen zurückhalten und die *Notice of Objection* so knapp wie möglich formulieren wollen.

Die Anforderungen an den Detaillierungsgrad der *Notice of Objection* ergeben sich aus den entsprechenden Vereinbarungen im Kaufvertrag. Wie in der dargestellten Klausel ist jedoch oft nur in sehr allgemeiner Form von einem «*angemessenem Detaillierungsgrad*» oder einer «*Notice of Objection in reasonable detail*» die Rede. Um die konkreten Anforderungen zu bestimmen, ist eine solche Bestimmung insbesondere mit Blick auf die Funktion der *Notice of Objection* auszulegen.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hatte kürzlich Gelegenheit, sich zu den Anforderungen an eine *Notice of Objection* zu äussern, die sich aus einer solchen Bestimmung ergeben.³⁵ Anlass dazu war eine Klage, mit welcher die Klägerin die Einsetzung des zur Beilegung der Preisanpassungsstreitigkeit vereinbarten Schiedsgutachters durch das Handelsgericht verlangte, was die Beklagte mit dem Argument verweigert hatte, aufgrund der mangelnden Substantiierung der *Notice of Objection* der Klägerin sei diese nicht wirksam erfolgt.³⁶ Mit Blick auf die Funktion der *Notice of Objection* legte das Handelsgericht die entsprechende Vereinbarung³⁷ so aus, «*dass der Detaillierungsgrad der Notice of Objection so hoch sein sollte, dass die [Parteien, welche den angepassten Kaufpreis berechnet hatten] die Aussichten der gegen sie erhobenen Vorwürfe einer Prüfung unterziehen und hinsichtlich der zu führenden Einigungsgespräche einschätzen konnten*»³⁸. Die Klägerin durfte sich nach Ansicht des Handelsgerichts «*somit nicht damit begnügen, in ihrer Notice of Objection lediglich die Beweggründe für ihre Ablehnung des Proposed Purchase Price [des angepassten Kaufpreises] anzugeben, sondern musste diese – soweit es ihr möglich war – auch materiell dartun*»³⁹. Weil die *Notice of Objection* diese vertraglichen Anforderungen nicht erfüllte, wies das Handelsgericht die Klage auf Einsetzung des Schiedsgutachters ab.

Neben der Auslegung der konkreten Anforderungen zeigt dieser Fall, welche Risiken eine ungenügende *Notice of Objection* nach dieser Rechtsprechung mit sich bringen kann: Sie kann als unwirksam beurteilt werden, was zur Folge hat, dass die Berechnung der Preisanpassung (oder einzelne ihrer Elemente) als anerkannt gelten

³⁵ Vgl. ZR 108 (2009) Nr. 42, 169, wo die entsprechende Vertragsbestimmung (in der Übersetzung) wie folgt lautete: «*Sofern die Käuferin den Verkäuferinnen nicht innerhalb von 30 Werktagen ab Erhalt des Proposed Purchase Price mitteilt, dass sie mit dem Proposed Purchase Price oder einer Komponente davon nicht einverstanden ist, wobei sie die Gründe für die Ablehnung in angemessener Weise detailliert [in reasonable detail] angibt, wird der Proposed Purchase Price für die Parteien in jeder Hinsicht endgültig und verbindlich.*»

³⁶ ZR 108 (2009) Nr. 42, 169.

³⁷ Vgl. FN 35.

³⁸ ZR 108 (2009) Nr. 42, 170.

³⁹ ZR 108 (2009) Nr. 42, 170.

und die Ernennung des vereinbarten Schiedsgutachters deshalb verweigert wird.⁴⁰ Das Argument der ungenügenden *Notice of Objection* wird aus diesem Grund häufig geltend gemacht. Im Zweifelsfall ist einer Partei deshalb zu empfehlen, die *Notice of Objection* so detailliert zu verfassen, wie dies mit den zur Verfügung stehenden Informationen innerhalb der vereinbarten Zeitperiode möglich ist.

C. Einigungsverhandlungen

1. Funktionen der Verhandlungsphase

Im Nachgang zur *Notice of Objection* finden zwischen den Parteien in den meisten Fällen Einigungsverhandlungen statt, bevor die Preisanpassungsstreitigkeit zum Gegenstand eines formellen Verfahrens wird. Wie erwähnt schreiben Unternehmenskaufverträge solche Einigungsverhandlungen regelmässig vor.

Ziel einer solchen Verhandlungsphase ist es, den Parteien eine einvernehmliche Regelung der Preisanpassungsstreitigkeit zu ermöglichen und dadurch die Einleitung eines formellen Verfahrens zu verhindern. Gleichzeitig erhalten die Parteien Gelegenheit, den mit der *Notice of Objection* eingeleiteten Informationsaustausch über die strittigen Positionen fortzusetzen. In diesem Stadium kommt es oftmals nicht nur zu direkten Gesprächen zwischen den Parteien (bzw. deren Beratern), sondern auch zum Austausch weiterer, im Kaufvertrag nicht unbedingt vorgesehener schriftlicher Stellungnahmen, mit denen die Gegenseite von der eigenen Position überzeugt werden soll.

Insbesondere diejenige Partei, welche die Berechnung der Preisanpassung vorgenommen hat, kann sich im Rahmen von Einigungsverhandlungen zu einer schriftlichen Stellungnahme zur *Notice of Objection* veranlasst sehen. Eine solche Stellungnahme hat oft nicht (nur) die Überzeugung der Gegenseite bzw. eine Einigung zum Ziel, sondern kann durchaus auch (prozess-)taktisch motiviert sein: Gerade wenn unklar ist, wie die Sachverhaltsfeststellung im Fall eines an die Einigungsverhandlungen anschliessenden Schiedsgutachtens ablaufen wird und ob vor dem Schiedsgut-

⁴⁰ Anders als in dem vom Handelsgericht beurteilten Fall enthalten heute eine zunehmende Anzahl von Unternehmenskaufverträgen (selbst solche zwischen inländischen Parteien) eine Schiedsklausel zur Erledigung sämtlicher Streitigkeiten aus dem Vertrag (mit Ausnahme etwa der Preisanpassung). Somit wäre in solchen Fällen wohl auch für die klageweise Durchsetzung der Einsetzung eines Schiedsgutachters ausschliesslich das vereinbarte Schiedsgericht zuständig. Obschon es sich bei den vom Handelsgericht im besagten Entscheid erwähnten Anforderungen an die *Notice of Objection* um materielle rechtliche (bzw. vertragliche) Voraussetzungen handelt, an welche ein Schiedsgericht gleichfalls gebunden wäre, ist die Frage berechtigt, ob ein Schiedsgericht in einem ähnlich gelagerten Fall gleich entscheiden (d.h. gleich strenge Substantiierungsanforderungen anwenden) würde.

achter Gelegenheit zu einer ausführlichen schriftlichen Stellungnahme besteht⁴¹, kann es sich aufdrängen, mit einer schriftlichen Beantwortung der in der *Notice of Objection* vorgetragene Argumente der Gegenseite eine bessere Ausgangslage für das Schiedsgutachterverfahren zu schaffen. Vor allem wenn die *Notice of Objection* sehr ausführlich und detailliert ist und der Kaufvertrag für das Schiedsgutachten nur eine kurze, keine umfangreichen Stellungnahmen erlaubende Frist vorgibt, kann es einem legitimen Bedürfnis dieser Partei entsprechen, dadurch «Waffengleichheit» sicherzustellen.⁴²

2. Strukturierung von Einigungsverhandlungen

Die Regelung in Unternehmenskaufverträgen für Einigungsverhandlungen über eine strittige Preisanpassung beschränkt sich meist darauf, dass sie hierfür einen bestimmten Zeitraum definiert. Nach dessen Ablauf sind die Parteien frei, die (schieds-)gerichtliche Auseinandersetzung einzuleiten bzw. die vereinbarte Einsetzung eines Schiedsgutachters zu verlangen. Bei der Vereinbarung dieses Zeitraums sollten sich die Parteien davon leiten lassen, wie sie die Verhandlungsphase gestalten wollen. Ist die Berechnung der Preisanpassung komplex und beabsichtigen die Parteien während den Einigungsverhandlungen den Austausch schriftlicher Positionspapiere, kann eine Zeitperiode von weniger als einem Monat meist zu knapp sein. Selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, im Streitfall eine von beiden Parteien als zu kurz beurteilte Verhandlungsperiode einvernehmlich zu verlängern.

Ohnehin scheint es uns angezeigt, die konkrete Strukturierung von Einigungsverhandlungen über eine erste Fristbestimmung hinaus nicht im Unternehmenskaufvertrag, sondern erst dann zu regeln, wenn sie sich konkret abzeichnen. Um sinnvolle und möglichst zielführende Vergleichsverhandlungen zu führen, kann es sich dabei aufdrängen, vor Beginn der Einigungsgespräche zu vereinbaren, dass diese (bzw. die dabei eingenommenen Standpunkte und Eingeständnisse) unpräjudiziell sind und deren Inhalte in späteren Verfahren nicht verwendet werden dürfen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass solche Vereinbarungen im Hinblick auf ein nachgelagertes formelles Verfahren nicht unproblematisch sind und die Parteien in ihrer Argumentation behindern können.⁴³ Sie sollten daher hinsichtlich Gegenstand und Reichweite klar definiert werden. Insbesondere wo gleichzeitig vertragliche Informations- und

⁴¹ Vgl. dazu hinten V.F.1.

⁴² Wie aber hinten zu zeigen sein wird (vgl. V.F.), erhalten die Parteien im Rahmen des Schiedsgutachterverfahrens regelmässig die Möglichkeit, ihre Positionen vorzutragen.

⁴³ Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn es um konkrete – die massgeblichen (Bilanz-) Positionen betreffende – Tatsachen geht, die erstmals im Rahmen der Einigungsgespräche erwähnt werden. Nicht unproblematisch ist auch, wenn sich eine Partei in ihren Schriftsätzen mit Bezug auf die Auslegung von vertraglichen Bewertungsvorschriften auf eine Argumentation stützen will, die im Rahmen der Einigungsgespräche entwickelt und besprochen wurde.

Editionsansprüche geltend gemacht werden können⁴⁴, sollte klar gestellt werden, dass dadurch erlangte Dokumente und Informationen auch im Rahmen eines künftigen (Schieds-)Gerichtsverfahrens oder vor dem Schiedsgutachter verwendet werden dürfen.

D. Zugang zu Informationen und Büchern des Zielunternehmens

Sowohl für die Berechnung der Preisanpassung wie auch für die Substantiierung des Widerspruchs gegen diese Berechnung und ihre buchhalterischen Grundlagen ist der Zugang zu Informationen und Geschäftsbüchern der Zielgesellschaft von zentraler Bedeutung. Es ist deshalb für diejenige Partei, welche die Zielgesellschaft im Zeitpunkt der endgültigen Preisberechnung nicht (mehr) kontrolliert, unerlässlich, sich dafür bereits im Unternehmenskaufvertrag Informations- und Editionsrechte auszubedingen. Ohne einen angemessenen Informationszugang, zu welchem auch die Möglichkeit einer Befragung des Managements der Zielgesellschaft gehören sollte, dürfte es in vielen Fällen nicht möglich sein, die Berechnung der Preisanpassung durch die Gegenseite angemessen zu prüfen und gegebenenfalls eine hinreichend substantiierte *Notice of Objection* zu verfassen.

Die Ausübung solcher Informations-, Editions- und Befragungsrechte kann die Geschäftstätigkeit der Zielgesellschaft unter Umständen erheblich belasten. Aus diesem Grund sowie aus taktischen Überlegungen ist diejenige Partei, welche die Zielgesellschaft kontrolliert und deshalb selber über einen umfassenden Informationszugang verfügt, eher bestrebt, Informationsbegehren der Gegenseite (in ihrem Umfang oder zeitlich) zu begrenzen, zu verzögern oder sogar zu vereiteln. Es ist deshalb entscheidend, dass diese Rechte in den Preisanpassungsklauseln des Unternehmenskaufvertrages klar und ausdrücklich geregelt werden. So ist – durchaus auch im Interesse der beherrschenden Partei – in sachlicher Hinsicht klarzustellen, ob diese Rechte nur Informationen und Unterlagen des Zielunternehmens oder auch solche der Parteien betreffen. Unterliegt das Zielunternehmen wie z.B. eine Bank gesetzlichen Geheimhaltungspflichten, kann sich zudem ein entsprechender Vorbehalt aufdrängen. In zeitlicher Hinsicht ist sodann zu regeln, ob die Informationsrechte nur während des für die Erarbeitung der *Notice of Objection* vorgesehenen Zeitraums oder auch während der Einigungsphase bzw. in einem nachgelagerten Verfahren vor einem Schiedsgutachter geltend gemacht werden können. In persönlicher Hinsicht sollte schliesslich geregelt sein, ob die Informationsrechte nur der Gegenpartei oder

⁴⁴ Vgl. dazu sogleich IV.D.

auch einem Schiedsgutachter (bzw. nach Bestellung des Schiedsgutachters nur noch diesem) zukommen.⁴⁵

V. Das Schiedsgutachten als Instrument zur Beilegung von Preisanpassungsstreitigkeiten

Für den Fall, dass sich die Parteien nicht auf die Preisanpassung einigen können, sehen Unternehmenskaufverträge häufig die Einsetzung eines Schiedsgutachters vor.⁴⁶ Nachfolgend befassen wir uns mit dem Schiedsgutachten als Instrument zur Beilegung solcher Streitigkeiten und gehen dabei insbesondere auf die praktische Ausgestaltung eines Schiedsgutachterverfahrens ein.

A. Definition und Abgrenzung des Schiedsgutachtens

Vorab ist das Institut des Schiedsgutachtens im schweizerischem Privat- und Prozessrecht einzuordnen und insbesondere von der Schiedsgerichtsbarkeit abzugrenzen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird mit einem Schiedsgutachtervertrag ein Dritter beauftragt, *«für die Parteien eines Rechtsverhältnisses verbindlich bestimmte tatsächliche Feststellungen zu treffen oder bestimmte Rechtsfragen zu beantworten»*⁴⁷. Wesensmerkmal eines Schiedsgutachtens ist demnach, dass es die Parteien, und für ein späteres Verfahren auch ein (Schieds-)Gericht, mit Bezug auf die darin getroffenen Tatsachenfeststellungen und entschiedenen Rechtsfragen⁴⁸ bindet.⁴⁹ Während in der Literatur umstritten geblieben ist, ob es sich beim Schiedsgutachten um ein Institut des materiellen Privatrechts oder des Prozessrechts handelt, hat es das Bundesgericht stets als Institut des materiellen Bundeszivilrechts verstanden.⁵⁰ Das Schiedsgutachten ist in der Schweiz mit Ausnahme von § 258 der Zivilprozessord-

⁴⁵ Vgl. dazu auch hinten V.F.3.

⁴⁶ Vgl. TSCHÄNI (FN 4), 139; vgl. auch PETER (FN 23), 500.

⁴⁷ BGE 129 III 535 (537) E. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, E. 3.2.1; vgl. dazu BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, 54 N 138; MICHAEL SCHÖLL, Das Schiedsgutachten im Schweizer Recht – Grundriss und Praxisfragen, in: Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit, hrsg. von Karl-Heinz Böckstiegel/Klaus Peter Berger/Jens Bredow, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 21, Köln 2007, 27.

⁴⁸ Vgl. dazu hinten V.C.2 und FN 89.

⁴⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 56 N 145.

⁵⁰ Vgl. BGE 129 III 535 (537 f.) E. 2; SCHÖLL (FN 47), 33 f. m.w.H. auf die Bundesgerichtspraxis und Literatur.

nung des Kantons Zürich nicht gesetzlich geregelt, was sich jedoch mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung⁵¹ ändern wird, die in Art. 189 eine Regelung betreffend das Schiedsgutachten enthält.⁵²

Abzugrenzen ist das verbindliche Schiedsgutachten zunächst vom Sachverständigengutachten. Letzteres wird von einer Partei oder von einem (Schieds-)Gericht in Auftrag gegeben und dient in einem Prozess als blosses Beweismittel, das der freien Beweiswürdigung unterliegt und weder die Parteien noch das (Schieds-)Gericht zu binden vermag.⁵³ Als Instrument zur Streitbeilegung ist das Schiedsgutachten sodann von der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist in der Praxis zum Teil nicht ganz einfach. Konzeptuell liegt der Unterschied zwischen den beiden Streiterledigungsformen insbesondere darin, dass die Schiedsgerichtsbarkeit zu einem formell und materiell rechtskräftigen Entscheid führt, der mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann, während das Schiedsgutachten – obwohl es ebenfalls verbindlich über Tat- oder Rechtsfragen entscheidet – nicht zu einem vollstreckbaren Titel führt und nur im Rahmen eines ordentlichen Prozesses unter qualifizierten Voraussetzungen angefochten bzw. für unverbindlich erklärt werden kann.⁵⁴ Für diese Unterscheidung, die im Einzelfall insbesondere auf die Vereinbarung der Parteien⁵⁵ sowie die Aufgabe der eingesetzten Drittperson abstellen sollte, haben Rechtsprechung und Literatur beispielhafte Kriterien entwickelt, auf welche hier verwiesen werden kann.⁵⁶

⁵¹ Vgl. AS 2010 1739 ff.; gemäss Bundesratsbeschluss vom 31.3.2010 wird die Schweizerische Zivilprozessordnung am 1.1.2011 in Kraft treten.

⁵² Gemäss Art. 189 Abs. 1 ZPO können die Parteien vereinbaren, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Nach Art. 189 Abs. 2 ZPO muss eine solche Vereinbarung in der gleichen Form wie eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen werden, d.h. sie muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht. Art. 189 Abs. 3 ZPO bestimmt schliesslich, dass das Schiedsgutachten das Gericht hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen bindet, wenn (a) die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können, (b) gegen die beauftragte Person kein Ausstandsgrund vorlag, und (c) das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und nicht offensichtlich unrichtig ist.

⁵³ Vgl. SCHÖLL (FN 47), 29; BERGER/KELLERHALS (FN 47), 57 N 148; vgl. auch PETER (FN 23), 501.

⁵⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts vom 14.12.2006, 4P.299/2006, E. 3; BGE 117 Ia 365 (367 ff.) E. 5.b und 6. = Pra 81 (1992) Nr. 153, 563 f.; SCHÖLL (FN 47), 30 ff.

⁵⁵ Während BGE 117 Ia 365 (367 ff.) E. 5.b = Pra 81 (1992) Nr. 153, 563 sowie SCHÖLL (FN 47), 32, u.E. zu Recht darauf hinweisen, dass nicht die von den Parteien verwendete Bezeichnung, sondern ihr tatsächlicher Wille für die Unterscheidung zwischen Schiedsabrede und Schiedsgutachten entscheidend ist, spricht die neuere Bundesgerichtspraxis zumindest missverständlich davon, dass sich die Unterscheidung an den von den Parteien in ihrer Vereinbarung verwendeten Begriffen zu orientieren habe, vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, E. 3.2.1.

⁵⁶ Vgl. BGE 117 Ia 365 (368 f.) E. 6. = Pra 81 (1992) Nr. 153, 563 f.; SCHÖLL (FN 47), 31 f.

Schiedsgutachten und Schiedsgerichtsbarkeit schliessen sich aber nicht gegenseitig aus.⁵⁷ Gerade in Unternehmenskaufverträgen findet sich denn auch häufig eine Kombination der beiden Streitbeilegungsinstrumente.⁵⁸ Dabei wird oft die verbindliche Entscheidung über die massgebliche Übergangstichtagsbilanz und damit die Bestimmung der Höhe der Preisanpassung einem Schiedsgutachter vorbehalten, wohingegen alle anderen Streitigkeiten, unter anderem auch die Durchsetzung der aus der Preisanpassung resultierenden endgültigen Kaufpreisforderung, Gegenstand eines Schiedsverfahrens sind.⁵⁹

B. Vereinbarung eines Schiedsgutachtens für Preisanpassungsstreitigkeiten

1. Beweggründe für die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens

Es gibt verschiedene Gründe, weshalb es für die Parteien eines Unternehmenskaufvertrages angezeigt sein kann, zur Beilegung einer Preisanpassungsstreitigkeit ein Schiedsgutachten zu vereinbaren. Einerseits wollen die Parteien sicherstellen, dass der Entscheidungsträger die nötige Erfahrung und das Fachwissen hat, die zur Beurteilung der streitrelevanten Fragen im Rahmen der Preisanpassung erforderlich sind.⁶⁰ Mit der Expertise des Schiedsgutachters ist andererseits jedoch oft nicht nur die Erwartung einer sachgerechten und praxisbezogenen – und damit für beide Seiten annehmbaren – Entscheidung verbunden, sondern auch der Wunsch nach einer raschen Beilegung der Preisanpassungsstreitigkeit in einem einfachen und unkomplizierten Verfahren ohne Anrufung eines (Schieds-)Gerichts.⁶¹ Letzteres kann sich insbesondere darin ausdrücken, dass die Parteien im Kaufvertrag eine relativ kurz bemessene Frist für die Erstellung des Schiedsgutachtens vereinbaren. Einen entsprechenden Willen der Parteien gilt es sowohl bei der Ausgestaltung des konkreten Schiedsgutachterverfahrens⁶² als auch bei der Bestimmung des Gegenstandes des Schiedsgutachtens⁶³ zu berücksichtigen.

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, E. 3.2.1.

⁵⁸ Vgl. PETER (FN 23), 501.

⁵⁹ Vgl. dazu V.C.2.

⁶⁰ Vgl. dazu V.D.1.

⁶¹ Vgl. ANKE SESSLER/CORINA LEIMERT, The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law, in: *Arbitration International*, Vol. 20, Issue 2, London 2004, 152 f.

⁶² Vgl. dazu V.F.1.

⁶³ Vgl. dazu V.C.1, V.F.4.

2. Redaktion von Schiedsgutachterklauseln für Preisanpassungsstreitigkeiten

Obwohl für die Gültigkeit einer Schiedsgutachterklausel⁶⁴ noch bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung⁶⁵ kein Formerfordernis besteht⁶⁶, empfiehlt es sich selbstredend, die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens zur Beilegung von Preisanpassungsstreitigkeiten schriftlich im Kaufvertrag selbst festzuhalten. Bei der Redaktion einer solchen Klausel ist darauf zu achten, dass daraus unmissverständlich hervorgeht, dass sich die Parteien auf die Einsetzung eines Schiedsgutachters und nicht eines Schiedsrichters oder eines blossen Sachverständigen geeinigt haben.⁶⁷ Neben der Verwendung des Begriffs «Schiedsgutachter»⁶⁸ bzw. «Schiedsgutachten»⁶⁹ kann dies dadurch erfolgen, dass die Vereinbarung ausdrücklich auf eine gesetzliche Regelung des Schiedsgutachtens⁷⁰ Bezug nimmt.⁷¹ Festgehalten werden sollte auch, dass die Feststellungen im Schiedsgutachten für die Parteien endgültig und verbindlich sind.⁷² Da sich die Abgrenzung zwischen Schiedsgutachter und Schiedsrichter insbesondere nach dem ihnen übertragenen Auftrag bestimmt, ist diese Abgrenzung bei der Formulierung der Aufgabenstellung zwingend zu berücksichtigen.⁷³ Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Unternehmenskaufvertrag sowohl ein Schiedsgutachten für Preisanpassungsstreitigkeiten wie auch eine Schiedsklausel für die Erledigung aller übrigen Streitigkeiten vorsieht.⁷⁴

⁶⁴ Die Vereinbarung der Parteien, einen Dritten als Schiedsgutachter zu bestellen, wird häufig auch als «Schiedsgutachtens-Vertrag» (in Abgrenzung zum «Schiedsgutachter-Vertrag» oder «Schiedsgutachtensauftrag» als Vereinbarung zwischen den Parteien und dem Schiedsgutachter, vgl. dazu hinten V.E.) bezeichnet; vgl. SCHÖLL (FN 47), 27, 41.

⁶⁵ Vgl. Art. 189 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 17 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu vorne FN 52.

⁶⁶ Vgl. SCHÖLL (FN 47), 28.

⁶⁷ Vgl. PETER (FN 23), 500 f.; BERGER/KELLERHALS (FN 47), 55 f. N 142; SCHÖLL (FN 47), 33; vgl. auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 157.

⁶⁸ Auch «Schiedsmann», «Schiedsexperte», «Appraiser».

⁶⁹ Auch «Expert Determination», «Appraiser Determination», «Expertise-arbitrage».

⁷⁰ Vgl. § 258 ZPO ZH und neu Art. 189 der Schweizerischen ZPO.

⁷¹ Vgl. auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 157.

⁷² Es ist wie erwähnt ein Wesensmerkmal des Schiedsgutachtens, dass es für die Parteien und in einem späteren (Schieds-)Gerichtsverfahren «endgültig und verbindlich» (*final and binding*) sein soll. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass dessen Ungültigkeit nicht auf dem Klageweg oder allenfalls einredeweise geltend gemacht werden kann (vgl. dazu hinten V.G.). Die Formulierung, wonach der Entscheid endgültig und verbindlich sein soll, findet sich (in Schiedsklauseln und verschiedenen Schiedsordnungen) aber oft auch in Bezug auf Entscheidungen eines Schiedsgerichts und taugt deshalb für sich alleine nur beschränkt als Abgrenzungsmerkmal.

⁷³ Vgl. PETER (FN 23), 500 f.; vgl. dazu V.C.1, V.E.

⁷⁴ Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Anwendungsbereich der Schiedsgutachterklausel und die Abgrenzung zur allgemeinen Streiterledigungsklausel klar aus dem Kaufvertrag hervorgehen. Häufig wird die Schiedsgutachterklausel im Abschnitt zur Kaufpreisbestimmung

Im Weiteren stellt sich bei der Redaktion einer Schiedsgutachterklausel im Zusammenhang mit der Preisanpassung die Frage, welche Bestimmungen über das Schiedsgutachten bereits in den Unternehmenskaufvertrag aufzunehmen sind. Dabei ist einerseits zu bedenken, dass eine fehlende Regelung in der Schiedsgutachterklausel einer Partei im Streitfall die Möglichkeit eröffnen kann, die Bestellung des Schiedsgutachters (und schliesslich die Erstellung des Schiedsgutachtens selbst) zu vereiteln oder zumindest zu verzögern.⁷⁵ Andererseits ist eine detaillierte Regelung betreffend die Person des Schiedsgutachters sowie die Ausgestaltung des Schiedsgutachterverfahrens im Zeitpunkt der Kaufvertragsredaktion in der Regel weder möglich noch sinnvoll, da die streitrelevanten (Bilanz-)Positionen (und das für deren Beurteilung erforderliche Fachwissen) nicht vorhergesehen werden können (oder die Parteien sich diesbezüglich noch nicht festlegen möchten). Nach unserer Auffassung sollten in jedem Fall mindestens die folgenden Punkte bereits in der Schiedsgutachterklausel des Kaufvertrages geregelt werden⁷⁶:

- Gegenstand der verbindlichen Beurteilung durch den Schiedsgutachter⁷⁷;
- Vereinbarung einer Ernennungsbehörde für den Schiedsgutachter für den Fall, dass sich die Parteien nicht einigen können oder eine Partei die Mitwirkung bei der Ernennung verweigert⁷⁸;
- Unter Umständen der Zeitraum für die Erstellung des Schiedsgutachtens⁷⁹;
- Informations-, Editions- und Befragungsrechte des Schiedsgutachters⁸⁰;
- Kostentragung⁸¹.

Schliesslich statuiert der Kaufvertrag häufig auch die fachlichen Kriterien für die Auswahl des Schiedsgutachters.⁸² Bei der Vereinbarung solcher Kriterien ist allerdings

enthalten und die allgemeine Streiterledigungsklausel Gegenstand eines separaten Abschnittes (typischerweise am Vertragsende) sein.

⁷⁵ Vgl. SESSLER/LEIMERT (FN 61), 159, die deshalb vorschlagen, alle Punkte für welche keine Zustimmung oder Kooperation des Schiedsgutachters erforderlich ist, bereits in der Schiedsgutachterklausel zu regeln.

⁷⁶ Vgl. auch die Liste zu definierender Punkte bei DANIEL HOCHSTRASSER/MARC BLESSING, Einleitung zum Zwölften Kapitel: Grundlagen der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton Schnyder/Stephen Berti, 2. Aufl., Basel 2007, N 297, die sich jedoch eher auf die Formulierung des Schiedsgutachtensauftrages (vgl. dazu hinten V.E.) bezieht.

⁷⁷ Vgl. dazu sogleich V.C.

⁷⁸ Vgl. dazu V.D.2; vgl. auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 157.

⁷⁹ Vgl. dazu V.F.4.

⁸⁰ Vgl. dazu IV.D., V.F.3.

⁸¹ Vgl. dazu V.E.

darauf zu achten, dass dadurch die Suche nach geeigneten Kandidaten nicht unnötig erschwert oder gar verunmöglicht wird. In jedem Fall sollten die Kriterien objektiv und einfach bestimmbar sein.⁸³

C. Gegenstand des Schiedsgutachtens bei Preisanpassungsstreitigkeiten

1. Definition des Aufgabenbereichs des Schiedsgutachters

Wenn die Parteien eine allfällige Preisanpassungsstreitigkeit der Entscheidung eines Schiedsgutachters zuweisen, sollte die Parteivereinbarung den Gegenstand und Umfang des Schiedsgutachtens klar regeln. Dies ist nicht nur für die Abgrenzung zur Schiedsabrede von Bedeutung⁸⁴, sondern allgemein deshalb, weil die Definition des Aufgabenbereichs die dem Schiedsgutachter übertragene Zuständigkeit zur verbindlichen Entscheidung bestimmter Fragen begrenzt.⁸⁵ Trifft der Schiedsgutachter tatsächliche oder rechtliche Feststellungen, die über seinen Aufgabenbereich hinausgehen, so vermögen diese weder die Parteien noch ein (Schieds-)Gericht in einem nachgelagerten Verfahren zu binden.⁸⁶

Für Preisanpassungsstreitigkeiten kann der Aufgabenbereich des Schiedsgutachters im Unternehmenskaufvertrag häufig dadurch sachgerecht definiert werden, dass er auf die in der *Notice of Objection* bestrittenen Elemente der Preisberechnung bzw. des *Closing Balance Sheet* beschränkt wird. Alle nicht bestrittenen Elemente sind damit der Zuständigkeit des Schiedsgutachters entzogen, und er ist nicht berechtigt, die entsprechenden Positionen des *Closing Balance Sheet* einer Überprüfung zu unterziehen.⁸⁷ Dies bedeutet grundsätzlich auch, dass diejenige Partei, welche das *Closing Balance Sheet* erstellt hat, nicht auf unbestritten gebliebene Bilanzpositionen zurückkommen kann bzw. der Schiedsgutachter seine Zuständigkeit überschreiten würde, wenn er sie dennoch in seine Beurteilung einbezieht.

⁸² Vgl. dazu V.D.1; vgl. dazu auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 158, welche die Festlegung von professionellen Qualifikationen als unbedingt erforderlich erachten, weil die Fachkunde des Schiedsgutachters der entscheidende Vorteil gegenüber Gerichtsverfahren sei.

⁸³ Oft wird hierfür eine «international anerkannte Revisionsgesellschaft» vorgeschlagen. Schwierig bestimmbar ist jedoch, ob ein allgemeines Kriterium wie z.B. «Erfahrung» erfüllt ist.

⁸⁴ Vgl. dazu vorne V.A.

⁸⁵ Vgl. ZR 93 (1994) Nr. 34, 131.

⁸⁶ Vgl. ZR 93 (1994) Nr. 34, 131; vgl. auch FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 6 a).

⁸⁷ Vgl. dazu auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 160, welche dringend empfehlen, den Aufgabenbereich des Schiedsgutachters von Anfang an auf die zwischen den Parteien strittigen Punkte zu beschränken.

Auch bei einer solchen Definition des Aufgabenbereichs können sich aber immer noch Abgrenzungsfragen stellen: So kann z.B. die Streitfrage aufkommen, ob die *Notice of Objection* die Zuständigkeit des Schiedsgutachters lediglich im Hinblick auf die zu beurteilenden Bilanzpositionen als solche eingrenzt (der Schiedsgutachter aber in der Bestimmung des Wertes einer Bilanzposition frei ist), oder aber ob die sich aus dem *Closing Balance Sheet* bzw. der *Notice of Objection* ergebenden strittigen Positionen der Parteien die Zuständigkeit des Schiedsgutachters auch auf eine betragsmässige Bandbreite beschränken (und der Schiedsrichter den konkreten Wert einer strittigen Bilanzposition nicht ausserhalb dieser Bandbreite festsetzen darf). Im Interesse der Klarheit über die strittigen Positionen sowie einer raschen Streitbeilegung ist grundsätzlich wohl von letzterem auszugehen. Die Parteien sollen im Rahmen eines Schiedsgutachterverfahrens nicht auf ihre früheren (etwa bereits im Rahmen des *Closing Balance Sheet* bzw. der *Notice of Objection* gemachten) Zugeständnisse zurückkommen und (z.B. im Zuge einer nachträglichen Neubewertung) weitere Anpassungen einer strittigen Bilanzposition verlangen können.

2. Sach- und Rechtsfragen als Gegenstand des Schiedsgutachtens

Wie bereits erwähnt, beruhen Preisanpassungsstreitigkeiten in der Praxis nur zu einem Teil auf strittigen Bewertungsfragen. Oft stehen auch Rechtsfragen etwa im Zusammenhang mit der Auslegung von Vertragsklauseln bzw. Bewertungsvorschriften im Vordergrund.⁸⁸ Bei der Redaktion und Auslegung einer Schiedsgutachterklausel für Preisanpassungsstreitigkeiten stellt sich häufig die Frage, in welchem Umfang der Schiedsgutachter zur Beurteilung solcher Rechtsfragen zuständig sein soll oder ob diese in die Entscheidungskompetenz des (Schieds-)Gerichtes fallen, welches für sämtliche übrigen Streitfragen aus dem Kaufvertrag zuständig ist.

Auch wenn heute weitgehend unbestritten ist, dass auch Rechtsfragen – zumindest vorfrageweise oder als Einzelfragen – Gegenstand eines Schiedsgutachtens sein können⁸⁹, geht die wohl herrschende Lehre nach wie vor davon aus, dass ein Schiedsgutachter in erster Linie über (rechtserhebliche) Tatsachen zu befinden hat.⁹⁰

⁸⁸ Vgl. dazu vorne III.B.

⁸⁹ Vgl. BGE 117 Ia 365 (367 f.) E. 5.b = Pra 81 (1992) Nr. 153, 563; SCHÖLL (FN 47), 27 m.w.H.; BERGER/KELLERHALS (FN 47), 55 N 141; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 2, welche dafürhalten, den Anwendungsbereich des Schiedsgutachtens eher weit zu fassen und ihm auch Rechtsfragen (wie z.B. Vertragsergänzung und -abänderung) zuzuweisen; vgl. für das deutsche Recht die Hinweise bei SESSLER/LEIMERT (FN 61), 156, 160; restriktiver dagegen offenbar PETER (FN 23), 501, unter Verweis auf THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, 22, wonach «[d]ie Entscheidung reiner Rechtsfragen ... nicht mehr in den Aufgabenbereich eines Schiedsgutachters» falle.

⁹⁰ Vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 55 N 141; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 2; vgl. auch Art. 189 Abs. 1 der Schweizerischen ZPO wonach die Parteien ein Schiedsgutachten «über streitige Tatsachen» einholen können.

Ob nur Sachverhaltsfragen oder auch die Vertragsauslegung betreffende Rechtsfragen zu entscheiden sind, hat das Bundesgericht zudem verschiedentlich zum Abgrenzungskriterium zwischen Schiedsgutachten und Schiedsgerichtsbarkeit erhoben und dabei die Übertragung der Beurteilung von Rechtsfragen zum Anlass genommen, die Vereinbarung eines Schiedsgerichts anzunehmen.⁹¹ Für den Fall eines Kommissionsvertrags, welcher zur Verifizierung der Kommissionsabrechnungen die Einsetzung eines Schiedsgutachters, für Vertragsstreitigkeiten aber die Einsetzung eines Schiedsgerichts vorsah, hat es unter anderem aus diesem Grund für die Beurteilung der Auslegungsfrage, ob bestimmte Verkäufe gemäss Vertrag kommissionspflichtig waren, das Schiedsgericht als zuständig erklärt.⁹²

Ausgehend von der Unterscheidung zwischen Sachverhalts- und Rechtsfragen vertritt PETER für Preisanpassungsstreitigkeiten die Auffassung, dass ein hierfür eingesetzter Schiedsgutachter nur über Tatsachen befinden und Bewertungen in Anwendung der vereinbarten Kriterien vornehmen dürfe, reine Rechtsfragen indes der Beurteilung eines im Kaufvertrag vereinbarten Schiedsgerichts vorbehalten seien, wenn sich die Parteien diesbezüglich nicht einigen können.⁹³ In der Praxis sei es ein häufiges Verhalten einer Partei⁹⁴, während eines Schiedsgutachterverfahrens vorzubringen, bei einer bestimmten Frage handle es sich um eine vorgängig zu klärende Rechtsfrage⁹⁵, worauf ein Schiedsgericht zur Beurteilung dieser Frage konstituiert werden müsse, bevor der Schiedsgutachter seinen Auftrag erfüllen könne.⁹⁶

Vorab ist PETER zuzustimmen, dass es sich bei der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Schiedsgutachter und Schiedsgerichts um eine der schwierigsten Fragen bei Preisanpassungsstreitigkeiten handelt.⁹⁷ Sie ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil eine solche Konstellation ein erhebliches Obstruktionspotential mit sich bringt.⁹⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung ist für die Abgrenzung der Zuständigkeit jedoch nicht primär auf die Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsfrage abzustellen. Massgeblich für die Zuweisung einer Streitfrage an den Schiedsgutachter

⁹¹ Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, E. 3.2.2.2; BGE 117 Ia 365 (369) E. 6 = Pra 81 (1992) Nr. 153, 564.

⁹² Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, E. 3; dabei ist indes zu beachten, dass sich der eingesetzte Schiedsgutachter selbst für die Beurteilung dieser Rechtsfrage als unzuständig erklärt und die Parteien aufgefordert hatte, sich entweder zu einigen oder die Frage einem Schiedsgericht zu unterbreiten.

⁹³ PETER (FN 23), 501.

⁹⁴ Wie der dem Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, zugrundeliegende Sachverhalt zeigt, kann dieser Anstoss auch vom Schiedsgutachter selbst ausgehen; vgl. FN 92.

⁹⁵ Z.B. die Auslegung des Vertrages und/oder von Rechnungslegungsprinzipien oder die Bestimmung des anwendbaren Rechts.

⁹⁶ PETER (FN 23), 501.

⁹⁷ Vgl. PETER (FN 23), 501.

⁹⁸ Vgl. SESSLER/LEIMERT (FN 61), 154.

oder das Schiedsgericht ist vielmehr der (mutmassliche) Parteiwille. Grundsätzlich spricht nichts dagegen, dem Schiedsgutachter auch Rechts- oder Auslegungsfragen zuzuweisen, die sich im Rahmen einer Preisanpassungsstreitigkeit stellen können, sofern diese Zuweisung vom Parteiwillen getragen wird. Die praktische Schwierigkeit besteht jedoch darin, den diesbezüglichen Parteiwillen festzustellen. Die Schiedsgutachterklausel selbst wird hierzu oft wenig Anhaltspunkte geben.⁹⁹ Die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfragen mag zwar hierzu als Auslegungsmittel herangezogen werden. Wesentlich scheinen uns aber in diesem Zusammenhang vor allem die Komplexität der sich stellenden Rechts- bzw. Auslegungsfragen und die Frage, durch wen (und in welchem Verfahren) diese am besten und effizientesten entschieden werden können. Stellt sich etwa in Bezug auf eine vertraglich vereinbarte Bewertungsvorschrift die Frage, wie diese von den Parteien verstanden wurde und lässt sich das (tatsächliche oder objektivierte) Parteiverständnis diesbezüglich nur im Rahmen eines eigentlichen Beweisverfahrens (etwa unter Berücksichtigung der Vertragshistorie oder sogar mittels Zeugenbeweis) feststellen, so kann (und sollte nach dem mutmasslichen Parteiwillen in Bezug auf die Streiterledigungsklauseln) diese Frage wohl dem vertraglich vereinbarten (Schieds-)Gericht vorgelegt werden.¹⁰⁰ In vielen Fällen wird aber der Schiedsgutachter aufgrund seiner praktischen Erfahrung (und gestützt auf die Sachverhaltsdarstellungen der Parteien und die von ihnen vorgelegten Dokumente) in der Lage sein, auch rechtliche bzw. Auslegungsfragen zu entscheiden, die sich im Rahmen seines Prüfungsauftrags stellen. Dies trifft insbesondere auf Fragen des Rechnungslegungsrechts zu.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass einer der Hauptgründe für die Einsetzung eines Schiedsgutachters darin besteht, einen möglichst raschen, unkomplizierten und meist auch kostengünstigeren Streitbelegungsmechanismus zu wählen¹⁰², welchem die parallele oder nachge-

⁹⁹ Es ist grundsätzlich auch nicht empfehlenswert, diese Abgrenzungsfrage bereits in der Schiedsgutachterklausel regeln zu wollen. Die streitrelevanten Fragen können in diesem Zeitpunkt meist nicht genügend identifiziert werden, geschweige denn die sich in diesem Zusammenhang stellenden (rechtlichen) Vorfragen. Selbst eine vertragliche Regelung in diesem Punkt (vor allem wenn sie allgemein gehalten werden muss) könnte aber das Problem der Zuständigkeitsabgrenzung kaum abschliessend lösen.

¹⁰⁰ Vgl. auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 159 f., mit weiteren Beispielen von Rechtsfragen, die nach dem mutmasslichen Parteiwillen einem (Schieds-)Gericht und nicht einem Schiedsgutachter zu unterbreiten sind.

¹⁰¹ Oftmals muss der Schiedsgutachter auch nur feststellen, dass von den Parteien vorgetragene (rechtliche) Argumente in Bezug auf die streitigen Hauptfragen irrelevant (oder offensichtlich falsch) sind. Würde hierzu jeweils sofort ein separates Schiedsverfahren eingeleitet, wäre dies weder effizient noch zielführend.

¹⁰² Vgl. dazu vorne V.B.1; vgl. auch FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 2, welche auf die bedeutende Rolle des Schiedsgutachters für die Prozessverhinderung und -vereinfachung hinweisen; vgl. auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 159, welche den mutmasslichen Willen der Parteien, im Schiedsgutachterverfahren eine rasche und pragmatische Entscheidung zu erhalten, als Ar-

lagerte Führung von Schiedsgutachter- und Schiedsverfahren zur Klärung einzelner rechtlicher (Vor-)Fragen kaum entspricht.¹⁰³

In jenen Fällen, in denen der Schiedsgutachter aber für den Entscheid über rechtliche (Vor-)Fragen ungeeignet erscheint (und dieser nach dem Parteiwillen nicht in seine Zuständigkeit fällt)¹⁰⁴, ist, wie von PETER beschrieben, das im Kaufvertrag vereinbarte (Schieds-)Gericht anzurufen und das Schiedsgutachterverfahren bis zum (schieds-)gerichtlichen Entscheid über diesen Punkt zu sistieren. Das zuständige (Schieds-)Gericht hat unabhängig von dem Gesagten auch die Kompetenz, entweder in einem parallelen oder in einem nachgelagerten (Schieds-)Verfahren endgültig über die Auslegung der Schiedsgutachtervereinbarung bzw. die Zuständigkeit des Schiedsgutachters zur verbindlichen Beurteilung bestimmter Sach- und Rechtsfragen zu entscheiden. Allerdings ist derjenigen Partei, die sich später auf die Unzuständigkeit des Schiedsgutachters berufen möchte, zu empfehlen, diesen Einwand bereits im Rahmen des Schiedsgutachterverfahrens zu erheben. Andernfalls läuft sie Gefahr, dass ein später angerufenes (Schieds-)Gericht zum Schluss gelangt, sie hätte sich auch für diese Frage auf das Schiedsgutachterverfahren eingelassen bzw. sie verhalte sich widersprüchlich.

D. Auswahl des Schiedsgutachters

1. Die Person des Schiedsgutachters

Der Auswahl der Person des Schiedsgutachters kommt auch bei Preisanpassungsstreitigkeiten eine hohe Bedeutung zu. Im Vordergrund stehen dabei die Qualifikationen und die Unabhängigkeit dieser Person.

Das fachliche Anforderungsprofil hängt selbstredend stark vom Einzelfall ab. Entscheidend sind neben der Natur der streitrelevanten (Bilanz-)Positionen unter anderem die vertraglich vereinbarten Bewertungsvorschriften und die anwendbaren Rechnungslegungsstandards. Vor dem Hintergrund ihrer Interessenlage in Bezug auf die streitigen Punkte können die Parteien durchaus unterschiedliche Interessen hinsichtlich des Anforderungsprofils oder der Herkunft des Schiedsgutachters haben. Neben ausgewiesenen Kenntnissen und praktischen Erfahrungen als Wirtschaftsprüfer ist es regelmässig von Vorteil, wenn der Kandidat auch über eine gewisse Transaktionserfahrung sowie ein juristisches Grundverständnis verfügt oder ihm diese zumindest in

gument für eine breite Auslegung der Zuständigkeit des Schiedsgutachters erwähnen (aber sogleich wieder einschränken).

¹⁰³ Vgl. SESSLER/LEIMERT (FN 61), 155.

¹⁰⁴ Zu denken ist z.B. an die Frage nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht oder die Abgrenzung der Preisanpassung von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen.

seiner Organisation zur Verfügung stehen. Mit Blick auf eine effiziente Durchführung des Verfahrens bzw. Erstellung des Schiedsgutachtens ist es schliesslich selbstredend wünschenswert, dass ein Kandidat auch über Erfahrung als Schiedsgutachter verfügt.

Aufgrund der genannten fachlichen Anforderungen stehen bei der Kandidatenauswahl häufig grössere Revisionsgesellschaften¹⁰⁵ bzw. bei diesen tätige Revisionsexperten und Transaktionsberater im Vordergrund. Gerade in Fällen, in denen zahlreiche (Bilanz-)Positionen strittig sind, deren Beurteilung unterschiedliche Qualitäten, Fachkenntnisse und Erfahrungen erfordert, kann die Ernennung einer solchen Organisation von Vorteil sein, die ein allfällig erforderliches Spezialwissen¹⁰⁶ effizient und zeitnah intern abrufen kann.

Bei der Auswahl des Schiedsgutachters gilt es zu beachten, dass zumindest in der Schweiz nicht wie für Schiedsrichter ein Nachschlagewerk mit Profilen und Qualifikationen von Schiedsgutachtern verfügbar ist. Die Parteien müssen die erforderlichen Informationen deshalb «im Markt» suchen, was verschiedene Abklärungen mit sich bringen und deshalb zeitaufwendig sein kann. Eine Möglichkeit ist dabei, die Kandidaten in Bezug auf ihre konkreten Erfahrungen zu befragen. Solche Interviews können die Parteien (bzw. ihre Rechtsvertreter und Berater) gemeinsam führen. In jedem Fall aber sollten die Parteien selbst mögliche Kandidaten nur nach vorgängiger Absprache mit der Gegenseite direkt kontaktieren, um den Anschein einer Beeinflussung zu vermeiden.¹⁰⁷

Dass ein Schiedsgutachter von den Parteien unabhängig sein muss und gegen ihn kein Ausstandsgrund vorliegen darf¹⁰⁸, versteht sich im Grundsatz von selbst und soll an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden.¹⁰⁹ Wenn die Parteien eine grössere Revisionsgesellschaft mit dem Schiedsgutachten betrauen wollen, kann es insbesondere dann, wenn börsenkotierte Unternehmen in eine Preisanpassungsstreitigkeit involviert sind, vorkommen, dass mehrere dieser Revisionsgesellschaften aus Gründen von Interessenkonflikten von vornherein nicht als Schiedsgutachter in Betracht kommen, weil sie entweder als Revisoren oder (Transaktions-)Berater der Parteien

¹⁰⁵ Heute ist nicht mehr strittig, dass sowohl natürliche wie auch juristische Personen als Schiedsgutachter ernannt werden können; vgl. ZR 94 (1995) Nr. 100, 310; vgl. SCHÖLL (FN 47), 36 m.w.H., der aber u.E. zu Recht darauf hinweist, dass es auch bei der Ernennung einer juristischen Person als Schiedsgutachterin ratsam sein kann, im Schiedsgutachtensauftrag die für die Erstattung des Schiedsgutachtens gesamtverantwortliche natürliche Person zu benennen; a.M. dagegen FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 6.

¹⁰⁶ So spielen neben klassischen Bewertungs- und Rechnungslegungsfragen oftmals auch andere Aspekte bzw. Rechtsregeln (z.B. des Steuer- oder Sozialversicherungsrechts) eine Rolle.

¹⁰⁷ Für diesen Fall empfiehlt es sich, dass die Parteien sich auch über Form und Inhalt der Kontaktnahme mit den Kandidaten einigen. Insbesondere zu vermeiden ist die Situation, in der eine Partei im Rahmen solcher Gespräche mit dem Kandidaten (in der Abwesenheit der Gegenseite) über die streitrelevanten Punkte informiert.

¹⁰⁸ So ausdrücklich Art. 189 Abs. 3 lit. b der Schweizerischen ZPO sowie § 258 Abs. 2 ZPO ZH.

¹⁰⁹ Vgl. dazu SCHÖLL (FN 47), 36 f. m.w.H.

bzw. der Zielgesellschaft tätig sind oder waren. Frühzeitige Beachtung zu schenken ist auch ausländischen, insbesondere US-amerikanischen (Finanzmarkt-)Bestimmungen, welche die Tätigkeit einer Revisionsgesellschaft als Schiedsgutachter oder als Berater einer Partei in einem Schiedsgutachterverfahren ausschliessen können.

2. Ernennung des Schiedsgutachters

Idealerweise können sich die Parteien auf die Ernennung eines bestimmten Schiedsgutachters einigen. Eine Einigung der Parteien ist der Ernennung durch einen Dritten in aller Regel vorzuziehen. Die Parteien können häufig am besten einschätzen, welches Fachwissen bzw. welche Eigenschaften ein Kandidat im konkreten Fall mitbringen sollte, und dem Schiedsgutachter kommt dadurch eine höhere Akzeptanz zu. Ähnlich wie bei der Bestellung von Schiedsrichtern (Einzelschiedsrichter oder Vorsitzender eines Dreierschiedsgerichts) kann eine einvernehmliche Ernennung durch die Parteien mit dem Austausch von Kandidatenlisten beginnen. Eine auf dieser Basis erstellte gemeinsame *short list* bildet dann Ausgangspunkt für gemeinsame Gespräche mit den ausgewählten Kandidaten.

Im Hinblick auf eine Nichteinigung, aber auch für den Fall, dass eine Partei jede Mitwirkung bei der Ernennung des Schiedsgutachters verweigert, sollte die Schiedsgutachterklausel im Unternehmenskaufvertrag eine Ernennungsstelle (*Appointing Authority*) bezeichnen.¹¹⁰ Als mögliche Ernennungsstellen kommen in erster Linie Handelskammern in Frage. Auch Gerichte können grundsätzlich als Ernennungsstelle bezeichnet werden, wobei zu beachten ist, dass diese zumindest in der Schweiz im Gegensatz zur Schiedsgerichtsbarkeit¹¹¹ nicht zu einer solchen Ernennung verpflichtet sind.¹¹² Bei der Auswahl der Ernennungsstelle ist zweierlei zu prüfen: Erstens ist sicherzustellen, dass die avisierte Ernennungsstelle auch bereit ist, diese Funktion auszuüben.¹¹³ Zweitens empfiehlt es sich zu prüfen, ob die betreffende Ernennungsstelle Kandidaten kennt (oder in Erfahrung bringen kann), die als Schiedsgutachter für Preisanpassungsstreitigkeiten in Frage kommen.

Können sich die Parteien nicht einigen und sieht die Schiedsgutachterklausel keine Ernennungsbehörde vor bzw. lehnt diese eine Ernennung ab, so ist die Einsetzung

¹¹⁰ Dabei empfiehlt es sich, nicht eine bestimmte Person innerhalb einer Organisation oder Behörde zu benennen, sondern eine Funktion (i.d.R. den Präsidenten).

¹¹¹ Vgl. Art 179 Abs. 2 IPRG für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sowie Art. 12 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit für das Binnenverhältnis; vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 55 f. N 142.

¹¹² Vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 7.

¹¹³ Vgl. auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 157.

des Schiedsgutachters auf dem Klageweg in einem (Schieds-)Gerichtsverfahren zu erzwingen.¹¹⁴

E. Der Schiedsgutachtensauftrag (*Terms of Engagement*)¹¹⁵

Nach der Auswahl des Schiedsgutachters ist gemeinsam mit ihm der Schiedsgutachtensauftrag (*Terms of Engagement*) auszuarbeiten, mit welchem er mit der Ausarbeitung des Schiedsgutachtens beauftragt wird.¹¹⁶ Nach schweizerischem Recht untersteht ein solcher Schiedsgutachtensauftrag grundsätzlich dem Auftragsrecht.¹¹⁷

Wie die Schiedsgutachterklausel sollte auch der Schiedsgutachtensauftrag schriftlich abgefasst werden. Sein Inhalt bestimmt sich in erster Linie nach der von den Parteien im Unternehmenskaufvertrag vereinbarten Schiedsgutachterklausel.¹¹⁸ Neben der Klarstellung, dass es sich um ein Schiedsgutachten handelt, welches für die Parteien endgültig und verbindlich ist, sollte der Schiedsgutachtensauftrag insbesondere die Vereinbarungen der Parteien über den Gegenstand des Schiedsgutachtens, einen allfälligen Zeitraum für dessen Erstellung sowie die Informations- und Editiionsrechte des Schiedsgutachters aufnehmen.¹¹⁹ Den Parteien steht es aber selbstverständlich frei, solche Vereinbarungen nach Entstehung der Preisanpassungsstreitigkeit bei der Erarbeitung des Schiedsgutachtensauftrages zu modifizieren (und z.B. einen als zu kurz empfundenen Zeitrahmen zu verlängern). Nachdem eine detaillierte Regelung des Schiedsgutachterverfahrens in der Schiedsgutachterklausel des Kaufvertrages weder sinnvoll noch möglich war¹²⁰, sollten nun die Modalitäten dieses Verfahrens zwischen den Parteien und dem Schiedsgutachter vereinbart und im Schiedsgutachtensauftrag festgehalten werden.¹²¹

Darüber hinaus möchte in der Regel auch der Schiedsgutachter verschiedene weitere (seine Tätigkeit betreffende) Punkte im Schiedsgutachtensauftrag geregelt haben. Dabei kann es sich etwa um Bestimmungen über den Verwendungszweck und die Vertraulichkeit des Schiedsgutachtens sowie um Regelungen über die Aktenaufbe-

¹¹⁴ Vgl. zu den Details für entsprechende staatliche Verfahren SCHÖLL (FN 47), 38 ff.; vgl. auch BERGER/KELLERHALS (FN 47), 56 FN 13.

¹¹⁵ Häufig auch als «Schiedsgutachterauftrag» bezeichnet; vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 55 N 142.

¹¹⁶ Vgl. SCHÖLL (FN 47), 41; vgl. auch SESSLER/LEIMERT (FN 61), 158.

¹¹⁷ Vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 55 N 142; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 5.

¹¹⁸ Vgl. vorne V.B.2; vgl. auch die hilfreiche Liste von in einem Schiedsgutachtensauftrag zu definierenden Punkten bei HOCHSTRASSER/BLESSING (FN 76), N 297.

¹¹⁹ Vgl. dazu vorne V.B.2.

¹²⁰ Vgl. dazu vorne V.B.2.

¹²¹ Die Gestaltungsmöglichkeiten für ein solches Verfahren werden hinten unter V.F. erläutert.

wahrung und die Haftung des Schiedsgutachters¹²² handeln.¹²³ Der Schiedsgutachtensauftrag sollte zudem auch das Honorar des Schiedsgutachters regeln. Dabei empfiehlt es sich, die Kostenverteilung zwischen den Parteien¹²⁴ sowie die Befugnis einer Partei, bei Säumnis der anderen deren Kostenanteil vorzuschüssen, bereits in der Schiedsgutachterklausel des Kaufvertrages zu vereinbaren.¹²⁵ Im Schiedsgutachtensauftrag werden dann zusätzlich noch die Höhe des Honorars und die Zahlungsmodalitäten (einschliesslich allfälliger Vorschusszahlungen) vereinbart.¹²⁶

Zwar verfügen erfahrene Schiedsgutachter (und die grossen Revisionsgesellschaften) über Mustervorlagen für Schiedsgutachtensaufträge. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer möglichen Anfechtung des Schiedsgutachtens¹²⁷ begrüssen es Schiedsgutachter aber in aller Regel, wenn sich die Parteien vorgängig über den Inhalt des Auftrages und insbesondere die Ausgestaltung des Schiedsgutachterverfahrens absprechen und soweit möglich einigen können.

F. Das Verfahren vor dem Schiedsgutachter

1. Aspekte der Verfahrensgestaltung

Selbst dort, wo das Schiedsgutachten eine gesetzliche Regelung erfahren hat, finden sich grundsätzlich keine Vorschriften über das Verfahren vor einem Schiedsgutachter.¹²⁸ Bestimmte Minimalanforderungen an das Verfahren lassen sich immerhin aus den Gründen für eine Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens¹²⁹ ableiten. Es ist deshalb grundsätzlich unbestritten, dass ein Schiedsgutachter in jedem Fall den

¹²² Vgl. SESSLER/LEIMERT (FN 61), 158.

¹²³ Gerade Revisionsgesellschaften möchten oft auch ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil des Schiedsgutachtensauftrages erklärt haben. Dabei ist zu prüfen, ob diese mit den Bestimmungen des Schiedsgutachtensauftrages und mit dem Sinn und Zweck der Schiedsgutachtertätigkeit vereinbar sind.

¹²⁴ In der Regel ist vereinbart, dass Vorschüsse an den Schiedsgutachter von den Parteien je zur Hälfte zu bezahlen sind. Für die endgültigen Kosten kann entweder Kostentragung je zur Hälfte (was ohne Vereinbarung wohl ohnehin gelten würde; vgl. SESSLER/LEIMERT [FN 61], 161) oder Verteilung nach Massgabe des mit dem Schiedsgutachten festgestellten Ausgangs der Preisanpassungsstreitigkeit vereinbart werden.

¹²⁵ Vgl. dazu vorne V.B.2.

¹²⁶ Sollen die Kosten des Schiedsgutachtens nach der Vereinbarung der Parteien nach Massgabe des Verfahrensausgangs verlegt werden, so ist zu entscheiden, ob die Parteien diese Verteilung vornehmen oder ob sie dem Schiedsgutachter übertragen werden soll.

¹²⁷ Vgl. dazu hinten V.G.

¹²⁸ Vgl. Art. 189 der Schweizerischen ZPO sowie § 258 ZPO ZH; vgl. für Deutschland SESSLER/LEIMERT (FN 61), 160.

¹²⁹ Vgl. dazu hinten V.G.

Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien zu beachten und den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren hat.¹³⁰

In der Literatur wird häufig die Auffassung vertreten, dass der Schiedsgutachter über diese Minimalgarantien hinaus frei sei, das Verfahren nach seinem Ermessen zu gestalten.¹³¹ Dies scheint zwar grundsätzlich richtig, bedeutet aber nicht, dass sich die Parteien und der Schiedsgutachter nicht auf wesentliche Verfahrensgrundsätze und einen konkreten Verfahrensablauf einigen könnten. Das ist im Gegenteil sogar zu empfehlen, soweit eine Einigung der Parteien über diese Punkte im Zeitpunkt der Einleitung des Schiedsgutachterverfahrens noch möglich ist. Selbst wenn die Parteien die Ausgestaltung des Verfahrens dem Schiedsgutachter überlassen, sollte der Schiedsgutachterauftrag ausdrücklich festhalten, dass der Schiedsgutachter die Parteien gleich behandeln muss und in welcher Form er ihnen Gelegenheit geben soll, sich zu den strittigen Fragen zu äussern.¹³² Sieht der Schiedsgutachterauftrag umgekehrt sehr detaillierte Verfahrensbestimmungen vor, so ist der Schiedsgutachter an diese Bestimmungen gebunden und kann sich vor dem Hintergrund einer drohenden Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens nicht über sie hinwegsetzen.

Die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens und der Detaillierungsgrad der vereinbarten Verfahrensregeln sind – soweit nicht bereits in der Schiedsgutachterklausel geregelt¹³³ – sehr stark vom individuellen Streitfall abhängig. Entscheidend sind zudem die Erfahrungen und Erwartungen der involvierten Parteien bzw. ihrer Rechtsvertreter und Berater einerseits sowie des Schiedsgutachters andererseits. Insbesondere Parteien und/oder Rechtsvertreter aus dem angelsächsischen Rechtsraum neigen zuweilen eher zu einem umfangreicheren, mehrfache Schriftenwechsel beinhaltenden Verfahren.

Aus Sicht der Parteien sind bei der Ausgestaltung des Schiedsgutachterverfahrens insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen: Natur und Komplexität der strittigen Fragen, Sach- und Fachkenntnisse des Schiedsgutachters, Vollständigkeit und Verständlichkeit der bei der Zielgesellschaft befindlichen Dokumentation, Möglichkeit bzw. Notwendigkeit der Befragung von Vertretern der Zielgesellschaft sowie der Umfang und Detaillierungsgrad von vorgängig ausgetauschten Stellungnahmen der Parteien (*Closing Balance Sheet*, *Notice of Objection* und allfällige weitere schriftli-

¹³⁰ Vgl. SCHÖLL (FN 47), 42; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 6. a); mit Bezug auf den Umfang des Gehörsanspruchs zurückhaltender dagegen HOCHSTRASSER/BLESSING (FN 76), N 299 sowie BERGER/KELLERHALS (FN 47), 56 N 144; vgl. für Deutschland SESSLER/LEIMERT (FN 61), 160 f.

¹³¹ Vgl. SCHÖLL (FN 47), 42; SESSLER/LEIMERT (FN 61), 153, 155.

¹³² So wohl auch SCHÖLL (FN 47), 42; SESSLER/LEIMERT (FN 61), 161; vgl. auch BERGER/KELLERHALS (FN 47), 56 N 144, wonach sich der Umfang des rechtlichen Gehörs aus der Formulierung des Auftrages ergibt.

¹³³ Was meist – und mit gutem Grund – nicht der Fall ist; vgl. dazu vorne V.B.2.

che Äusserungen¹³⁴). Gerade vom letzten Punkt hängt oft ab, ob und wie viel die Parteien zu den strittigen Fragen noch sagen wollen bzw. müssen: Haben die Parteien in diesen vorgängigen Stellungnahmen ihre Positionen ausführlich dargestellt oder ergeben sie sich zumindest klar aus bestimmten Unterlagen, die dem Schiedsgutachter zur Verfügung gestellt werden können, kann es im Interesse einer effizienten Streiterledigung durchaus Sinn ergeben, den Schiedsgutachter auf dieser Basis entscheiden zu lassen und auf einen Schriftenwechsel oder eine mündliche Anhörung zu verzichten oder diese auf ein Minimum zu beschränken. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs könnte dabei immerhin vereinbart werden, dass der Schiedsgutachter den Parteien vorgängig einen Entwurf seines Schiedsgutachtens zur Stellungnahme zustellen und deren Bemerkungen in der endgültigen Entscheidung berücksichtigen muss.

Als Gegenstück zu einem solch reduzierten Verfahren vereinbaren die Parteien zum Teil aber auch einen – unter Umständen mehrfachen – Schriftenwechsel¹³⁵, möglicherweise verbunden mit anschliessenden Erhebungen und Befragungen durch den Schiedsgutachter¹³⁶ sowie einer abschliessenden (mündlichen) Anhörung der Parteien. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich bei der Vereinbarung eines derart umfangreich und detailliert gestalteten Verfahrens Abgrenzungsschwierigkeiten zur Schiedsgerichtsbarkeit¹³⁷ ergeben können. So hat das Bundesgericht aus dem Umstand eines einfachen und informellen Verfahrens ohne Schriftenwechsel¹³⁸ bzw. daraus, dass die Parteien in der Schiedsgutachterklausel keine Verfahrensregeln vereinbart haben¹³⁹, mehrfach auf das Vorliegen eines Schiedsgutachtens geschlossen. Umgekehrt könnte eine Partei deshalb im Fall eines aufwendig gestalteten Schiedsgutachterverfahrens nachträglich argumentieren, dass es sich tatsächlich um ein Schiedsverfahren gehandelt habe und der entsprechende Entscheid ein vollstreckbarer Schiedsentscheid sei, mit Ausschlusswirkung (*res iudicata*) für ein weiteres Schiedsverfahren in der gleichen Sache. Diese Möglichkeit gilt es bei der Ausgestaltung des Schiedsgutachterverfahrens im Auge zu behalten.

2. Gestaltungsmöglichkeiten eines Schriftenwechsels

Wie die Verfahrensgestaltung insgesamt ist auch die Ausgestaltung eines allfälligen Schriftenwechsels vor dem Schiedsgutachter sehr individuell. Gestaltungsmöglichkeiten bestehen insbesondere mit Bezug auf die Abfolge, die Anzahl sowie die Be-

¹³⁴ Vgl. dazu vorne IV.C.1.

¹³⁵ Vgl. dazu hinten V.F.2.

¹³⁶ Vgl. dazu hinten V.F.3.

¹³⁷ Vgl. dazu bereits vorne V.A., IV.C.2.

¹³⁸ Vgl. BGE 117 Ia 365 (368) E. 5.b = Pra 81 (1992) Nr. 153, 563.

¹³⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17.11.2008, 4A_438/2008, E. 3.2.2.2.

schränkung der Schriftsätze. Zu regeln gibt es sodann auch Form und Sprache der Eingaben.

Mit Blick auf die Rollenverteilung der Parteien in einer Preisanpassungsstreitigkeit¹⁴⁰ kann es sich aufdrängen, einen Schriftenwechsel sequentiell zu gestalten und diejenige Partei, welche mit der *Notice of Objection* in gewissem Sinn die Klägerrolle übernommen hat, einen ersten Schriftsatz – gleichsam eine «Klageschrift» – einreichen zu lassen. Der anderen Partei ist darauf Gelegenheit zu geben, sich in einer «Klageantwort» zu diesen Vorbringen zu äussern. Umgekehrt kann es je nach Fallkonstellation aber effizienter sein, wenn diejenige Partei mit dem Schriftenwechsel beginnt, welche die Berechnung der Preisanpassung vorgenommen bzw. diese geltend gemacht hat, vor allem wenn die andere Partei mit der *Notice of Objection* ihre Argumente bereits vollständig vorgetragen hat. Der erste Schriftsatz ist in diesem Fall gewissermassen eine Antwort auf die *Notice of Objection* und der nachfolgende Schriftsatz der Gegenpartei die «Replik» darauf. Oftmals ist aber das Verhältnis der Parteien im Zeitpunkt der Verhandlungen über die Verfahrensgestaltung bereits erheblich zerrüttet oder es herrscht gegenseitiges Misstrauen bzw. die Befürchtung, die Gegenseite könnte sich mit der Rollenverteilung einen Vorteil verschaffen. Aus diesen Gründen werden sich die Parteien womöglich nicht auf einen sequentiellen Schriftenwechsel einigen können. Alternativ besteht die Möglichkeit eines parallelen Schriftenwechsels, bei welchem beide Parteien gleichzeitig einen ersten Schriftsatz einreichen und in einem zweiten Schriftenwechsel zu den Vorbringen der Gegenseite Stellung nehmen.

Sowohl bei einem sequentiellen wie auch einem parallelen Schriftenwechsel stellt sich die Frage nach der Anzahl der Schriftsätze und wie sich diese im Interesse eines effizienten und raschen Verfahrens beschränken lassen. Bei einem sequentiellen Schriftenwechsel dürfte es kaum je sinnvoll sein, mehr als einen doppelten Schriftenwechsel vorzusehen. Im Fall eines parallelen Schriftenwechsels kann es dagegen dem Wunsch einer Partei entsprechen, auf die Stellungnahme der Gegenseite replizieren zu können, was gleichbedeutend ist mit einem dritten Schriftenwechsel.¹⁴¹ Eine solche Ausgestaltung des Schriftenwechsels gefährdet jedoch den (Haupt-) Zweck des Schiedsgutachterverfahrens: die einfache, informelle und rasche Streiterle-

¹⁴⁰ Vgl. dazu vorne IV.A.2.

¹⁴¹ Eine Variante hierzu ist, dass man nach einem doppelten Schriftenwechsel eine dritte (wiederum parallele) Eingabe vereinbart, die aber auf die Beantwortung von Noven in der letzten Eingabe der Gegenseite beschränkt wird. Die Abgrenzung, was im Einzelfall Noven sind, dürfte aber schwierig und eine Diskussion darüber vor dem Schiedsgutachter wenig sinnvoll sein. Wichtig scheint uns, dass beide Parteien ihre Argumente in der ersten Eingabe umfassend vortragen und nicht aus prozesstaktischen Gründen gewisse Argumente für den zweiten Schriftenwechsel zurückhalten.

digung.¹⁴² Umso wichtiger ist es deshalb, weitere, über eine Antwort auf den ersten Schriftsatz der Gegenseite hinausgehende Eingaben einzuschränken, z.B. durch eine Beschränkung auf die Beantwortung neuer Behauptungen der Gegenseite oder durch Seitenzahlbeschränkungen sowie die Vereinbarung kurzer Fristen. Ein effizientes Vorgehen kann unter Umständen auch sein, anstelle weiterer Schriftsätze der Parteien dem Schiedsgutachter die Möglichkeit einzuräumen, von den Parteien zusätzliche Stellungnahmen zu bestimmten – nach Durchführung des ersten Schriftenwechsels noch offenen bzw. unklaren – Punkten einzuholen.

3. Sachverhaltsermittlung durch den Schiedsgutachter

Eine zentrale Frage ist, inwiefern der Schiedsgutachter den relevanten Sachverhalt selbst zu ermitteln hat und welche Befugnisse ihm in diesem Zusammenhang zustehen. Vorauszuschicken ist dabei, dass der Schiedsgutachter gegenüber Dritten (bei einer Preisanpassungsstreitigkeit also insbesondere gegenüber der Zielgesellschaft) grundsätzlich keinerlei Kompetenzen zu Beweiserhebungen oder Befragungen hat¹⁴³, und solche Befugnisse auch gegenüber den Parteien des Schiedsgutachtens nur insoweit bestehen, wie sie im Schiedsgutachtensauftrag eingeräumt wurden.¹⁴⁴ Ein eigentliches Beweisverfahren kann der Schiedsgutachter also nur mit Bezug auf Parteien und Personen durchführen, welche sich vertraglich zur Mitwirkung verpflichtet haben.

Mit dem Umfang der Kompetenzen des Schiedsgutachters bei der Sachverhaltsermittlung ist die (mehr rechtstheoretisch interessante) Frage verbunden, ob für ein Schiedsgutachterverfahren der Grundsatz der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime gilt. In einer deutschen Lehrmeinung wird in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, der Schiedsgutachter habe den Sachverhalt grundsätzlich *ex officio* zu untersuchen, worin insbesondere auch ein Unterschied zu einem Schiedsverfahren zu erblicken sei.¹⁴⁵ Nach schweizerischem Rechtsverständnis scheint die Geltung der Untersuchungsmaxime indes nicht zwingend, zumal das Schiedsgutachten ein materiellrechtliches Konzept ist und die Parteien das Verfahren zusammen mit dem Schiedsgutachter grundsätzlich frei gestalten können. Dies schließt aber selbstverständlich nicht aus, dass die Parteien den Schiedsgutachter beauftragen können, den Sachverhalt selbstständig bzw. «von Amtes wegen» zu ermitteln, was in vielen Fällen gerade ihrem Interesse an einem einfachen und raschen Verfahren ent-

¹⁴² Hinzu kommt die bereits erwähnte Gefahr, dass ein nach solchem Verfahren ergangener Entscheid des Schiedsgutachters als Schiedsentscheid qualifiziert werden könnte, vgl. dazu vorne V.F.1.

¹⁴³ Vgl. SCHÖLL (FN 47), 42.

¹⁴⁴ Wobei SESSLER/LEIMERT (FN 61), 155, mit Recht darauf hinweisen, dass die Parteien in der Regel einen offensichtlichen Anreiz haben, mit dem Schiedsgutachter zu kooperieren.

¹⁴⁵ Vgl. SESSLER/LEIMERT (FN 61), 161.

sprechen dürfte. Wichtig ist einzig, dass spätestens im Schiedsgutachtensauftrag Klarheit geschaffen wird, ob und in welchem Umfang dem Schiedsgutachter oder den Parteien die Verantwortung für die Ermittlung des relevanten Sachverhalts zukommt. Dabei ist auch das Verhältnis einer selbstständigen Untersuchung des Schiedsgutachters zu allfälligen Stellungnahmen und Schriftsätzen der Parteien und damit die Frage zu klären, ob der Schiedsgutachter dem Schiedsgutachten nur von den Parteien behauptete Tatsachen oder auch eigene Feststellungen zugrunde legen darf. Insbesondere dort, wo dem Schiedsgutachter die Befugnis zur selbstständigen Sachverhaltsermittlung zukommt, ist die sich aus dem materiellen Recht ergebende Beweislastverteilung¹⁴⁶ von geringer praktischer Bedeutung.

Wenn die Parteien dem Schiedsgutachter in einem bestimmten Umfang die Kompetenz zur selbstständigen Sachverhaltsermittlung einräumen wollen, ist es notwendig, im Schiedsgutachtensauftrag auch die hierfür erforderlichen Informations-, Editions- und Befragungsrechte vorzusehen und dafür genügend Zeit einzuplanen. Dies kann gerade bei Preisanpassungsstreitigkeiten angezeigt sein, bei denen die relevanten Informationen oft nur bei der Zielgesellschaft vorhanden und dem Zugriff zumindest einer Partei entzogen sind. Aus diesem Grund werden bereits im Kaufvertrag für die Überprüfung der Berechnung der Preisanpassung bzw. die Vorbereitung der *Notice of Objection* regelmässig solche Informationsrechte vereinbart.¹⁴⁷ Für die Partei, welche die Zielgesellschaft im Zeitpunkt der Preisanpassungsstreitigkeit nicht (mehr) kontrolliert, wird es häufig unentbehrlich sein, dass diese Informationsrechte nicht nur während des Schiedsgutachterverfahrens weiter gelten, sondern auch durch den Schiedsgutachter ausgeübt werden können. Erfahrungsgemäss versuchen die Zielgesellschaft und die sie kontrollierende Partei manchmal, Editionsbegehren der Gegenpartei zu behindern¹⁴⁸, während sie bei entsprechenden Ersuchen des Schiedsgutachters eine erheblich höhere Bereitschaft zur Bereitstellung von Informationen zeigen, um zu verhindern, dass der Schiedsgutachter aus ihrem Verhalten negative Schlussfolgerungen zieht.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Vgl. dazu vorne IV.A.2.

¹⁴⁷ Vgl. dazu vorne IV.D.

¹⁴⁸ Vgl. dazu vorne IV.D.

¹⁴⁹ Zuweilen wird im Schiedsgutachtensauftrag auch ausdrücklich vereinbart, dass der Schiedsgutachter aus der Nichtbefolgung eines Informationsbegehrens eine negative Annahme (*adverse inference*) zulasten dieser Partei ziehen soll. Die Anwendung dieses Konzepts ist jedoch im Einzelfall oft unklar. Wo etwa die Herausgabe eines Dokuments verweigert wird, kann daraus zwar auf die Existenz dieses Dokumentes geschlossen werden. Unklar aber scheint, was daraus in Bezug auf den Inhalt dieses Dokument geschlossen werden kann (z.B. ob diesem automatisch der von der Gegenseite behauptete Inhalt zugeschrieben werden muss). Besonders heikel ist die Rechtsfolge der *adverse inference* natürlich, wenn es um Dokumente geht, die sich nicht im Besitz einer Partei, sondern bei der Zielgesellschaft befinden, die lediglich unter der Kontrolle einer Partei ist, aber in Bezug auf die Herausgabe eines Dokuments gegenläufige Interessen haben kann.

Für sämtliche Sachverhaltsermittlungen durch den Schiedsgutachter ist im Schiedsgutachtensauftrag klarzustellen, inwiefern die Parteien daran teilnehmen bzw. mitwirken können.¹⁵⁰ Dies gilt insbesondere für die Befragungen der Parteien sowie des Managements der Zielgesellschaft¹⁵¹, die in der Praxis bei Preisanpassungsstreitigkeiten eine erhebliche Rolle spielen können. Die Anwesenheits- bzw. Einsichtsrechte der Parteien sind aber auch im Hinblick auf einen Einblick in die Geschäftsbücher am Sitz der Zielgesellschaft sowie auf die dem Schiedsgutachter von einer Partei oder der Zielgesellschaft zur Verfügung gestellten Dokumente zu regeln. Im Sinne eines transparenten Verfahrens und zur Sicherstellung des rechtlichen Gehörs empfiehlt es sich, den Parteien grundsätzlich die Teilnahme bei sämtlichen Sachverhaltsermittlungen bzw. die Einsicht in alle Dokumente zu gewähren, ausser wenn dem schutzwürdige Interessen einer Partei bzw. der Zielgesellschaft entgegenstehen würden.

4. Zeitliche Aspekte des Schiedsgutachterverfahrens

Wie erwähnt ist es nicht ungewöhnlich, dass die Parteien bereits im Unternehmenskaufvertrag eine bestimmte Zeitperiode für das Schiedsgutachterverfahren (in der Regel gerechnet ab Ernennung des Schiedsgutachters) bzw. die Erstellung des Schiedsgutachtens vereinbaren.¹⁵² Damit stellt sich auch die Frage nach den Konsequenzen für den Fall, dass die vereinbarte Zeitlimite von einer Partei oder dem Schiedsgutachter nicht eingehalten wird. Davon ausgehend, dass die Schiedsgutachterklausel bzw. der Schiedsgutachtensauftrag den Aufgabenbereich des Schiedsgutachters und damit seine Zuständigkeit definiert¹⁵³, könnte je nach Ausgestaltung der entsprechenden Klausel argumentiert werden, der Schiedsgutachter verliere mit der zeitlichen Überschreitung seines Mandats seine Zuständigkeit und ein verspätetes Schiedsgutachten sei für die Parteien deshalb nicht bindend. Ausser im Fall einer nur kurzen und sachlich begründeten Zeitüberschreitung erscheint dieses Argument nicht unbegründet.¹⁵⁴ Ist für einen Schiedsgutachter deshalb absehbar, dass er das Schiedsgutachten nicht innerhalb des von den Parteien vereinbarten Zeitraums erstatten kann, sollte er diese – wie im Fall von unmöglichen oder unzweckmässigen Bestimmungen im Schiedsgutachtensauftrag im Allgemeinen¹⁵⁵ – um eine Anpassung bzw.

¹⁵⁰ Vgl. auch HOCHSTRASSER/BLESSING (FN 76), N 297.

¹⁵¹ Oft z.B. des CEO und des CFO sowie des Leiters der Buchhaltung und von weiteren Spezialistenfunktionen.

¹⁵² Vgl. dazu vorne V.B.2; vgl. auch HOCHSTRASSER/BLESSING (FN 76), N 297.

¹⁵³ Vgl. dazu vorne V.C.1.

¹⁵⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang den bei SCHÖLL (FN 47), 42, diskutierten Fall einer einseitigen Abänderung des Schiedsgutachtensauftrags durch den Schiedsgutachter, der zur Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens führt.

¹⁵⁵ Vgl. SCHÖLL (FN 47), 42.

eine Fristerstreckung ersuchen. Ein sachlich begründetes Erstreckungsgesuch des Schiedsgutachters werden die Parteien in der Regel nicht ablehnen wollen.

Für die Organisation des Verfahrens innerhalb eines von den Parteien vereinbarten Zeitrahmens sollte der Schiedsgutachtensauftrag einen Zeitplan und Fristen für die verschiedenen prozessualen Handlungen der Parteien vorsehen, das heisst insbesondere für die Einreichung von Schriftsätzen und für die Beibringung von Informationen bzw. die Beantwortung von Editionsbegehren einer Partei oder des Schiedsgutachters. Dabei empfiehlt es sich, auch Bestimmungen über die Fristwahrung vorzusehen sowie die Kompetenz des Schiedsgutachters zur Gewährung von Fristerstreckungen zu regeln (und klarzustellen, wie sich eine Fristerstreckung für eine Partei-handlung auf eine allfällige Frist für die Erstellung des Schiedsgutachtens insgesamt auswirken würde).

5. Form und Begründung des Schiedsgutachtens

Im Schiedsgutachtensauftrag sollten die Parteien und der Schiedsgutachter schliesslich auch vereinbaren, in welcher Form und Sprache das Schiedsgutachten zu erstatten und inwiefern es zu begründen ist. Dass das Schiedsgutachten schriftlich verfasst werden sollte, versteht sich von selbst. Die Form des Schiedsgutachtens, verstanden als Art und Weise der Präsentation der Entscheidung, dürfte sich regelmässig aus dem Gegenstand des Schiedsgutachtens bzw. den dem Schiedsgutachter unterbreiteten Fragen ergeben. Sind in einer Preisanpassungsstreitigkeit einzelne Positionen eines *Closing Balance Sheets* umstritten, kann es sich empfehlen, im Schiedsgutachtensauftrag ausdrücklich festzuhalten, dass sich das Schiedsgutachten einerseits über jede einzelne dieser Positionen aussprechen und andererseits auf dieser Grundlage eine Berechnung des Nettovermögens oder anderer anwendbarer Kennziffern bzw. der daraus resultierenden Preisanpassung vornehmen sollte. Damit lassen sich weitere Berechnungsstreitigkeiten oder Obstruktionen einer Partei bei der Geltendmachung des Resultats des Schiedsgutachtens eher vermeiden. Im Hinblick auf die Verwendung bzw. Anfechtung des Schiedsgutachtens in einem nachgelagerten (Schieds-) Gerichtsverfahren dürfte es sich meistens empfehlen, den Schiedsgutachter zu verpflichten, seine Entscheidung wenigstens summarisch zu begründen.¹⁵⁶

G. Überprüfung und Anfechtung des Schiedsgutachtens

Bei der Vereinbarung über die Einsetzung eines Schiedsgutachters, vor allem aber bei der Ausgestaltung und Durchführung des Schiedsgutachterverfahrens, sind stets die Gründe für eine mögliche Anfechtung des Schiedsgutachtens im Auge zu behalten.

¹⁵⁶ Vgl. SESSLER/LEIMERT (FN 61), 161.

Gegen ein Schiedsgutachten kann kein Rechtsmittel erhoben werden. Dagegen ist eine Anfechtung (bzw. Überprüfung) möglich, indem eine Partei die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens im Rahmen eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens klage- oder einredeweise geltend macht.¹⁵⁷ Im Fall von Preisanpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskäufen dürfte die Anfechtung des Schiedsgutachtens deshalb meist Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein, in welchem eine Partei die Bezahlung des angepassten Kaufpreises bzw. die Rückerstattung einer überhöhten provisorischen Kaufpreiszahlung verlangt.¹⁵⁸

Ein Schiedsgutachten kann einerseits wegen Verfahrensmängeln und andererseits aufgrund bestimmter inhaltlicher Fehler angefochten werden.¹⁵⁹ Konkrete Anfechtungsgründe lassen sich insbesondere *e contrario* aus den wenigen gesetzlichen Bestimmungen über die Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens ableiten.¹⁶⁰ Nicht verbindlich ist ein Schiedsgutachten demnach, wenn gegen den Schiedsgutachter ein Ausstandsgrund vorlag, eine Partei bei der Erstellung des Schiedsgutachtens bevorzugt wurde oder dieses offensichtlich unrichtig ist.¹⁶¹ Als Verfahrensmangel kommt neben fehlender Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit des Schiedsgutachters sowie der Verletzung verfahrensrechtlicher Minimalgarantien¹⁶² insbesondere auch die bereits verschiedentlich erwähnte Überschreitung seiner Zuständigkeit bzw. seines Mandats in Frage.¹⁶³ In inhaltlicher Hinsicht ist zu beachten, dass ein Schiedsgutachten von einem (Schieds-)Gericht nicht frei überprüft wird. Der Inhalt eines Schiedsgutachtens kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur mit den Einwänden angefochten werden, «*es sei offensichtlich ungerecht, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft oder in hohem Grade der Billigkeit widersprechend oder es beruhe auf falscher tatsächlicher Grundlage.*»¹⁶⁴ In Anlehnung an die deutsche Lehre und Rechtsprechung¹⁶⁵ gilt ein Schiedsgutachten nach dieser Praxis erst dann als offensichtlich falsch, wenn sein Resultat mehr als 25% vom objektiv richtig ermittelten Sachverhalt abweicht.¹⁶⁶ Ein

¹⁵⁷ Vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 56 N 146; SCHÖLL (FN 47), 45; vgl. zur Rechtslage in Deutschland SESSLER/LEIMERT (FN 61), 161 ff.

¹⁵⁸ Da ein Schiedsgutachten selbst nicht die Rechtskraftwirkung eines (schieds-)gerichtlichen Urteils hat, kann dieses nur durch den Entscheid des hierfür zuständigen (Schieds-)Gerichts durchgesetzt werden.

¹⁵⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 56 N 146; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 6; SCHÖLL (FN 47), 45 f.

¹⁶⁰ Vgl. BERGER/KELLERHALS (FN 47), 56 N 146.

¹⁶¹ Vgl. Art. 189 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; vgl. auch § 258 Abs. 2 ZPO ZH.

¹⁶² Vgl. dazu vorne V.F.1.

¹⁶³ Vgl. ZR 93 (1994) Nr. 34, 131; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 29), § 258 N 6. a); SCHÖLL (FN 47), 42.

¹⁶⁴ BGE 129 III 535 (538) E. 2.1; vgl. auch SCHÖLL (FN 47), 45 m.w.H.

¹⁶⁵ Vgl. SESSLER/LEIMERT (FN 61), 163.

¹⁶⁶ Vgl. BGE 129 III 535 (538) E. 2.2.

Schiedsgutachten über eine strittige Preisanpassung kann nach dem Gesagten vor allem dann erfolgversprechend angefochten werden, wenn der Schiedsgutachter sein Mandat in sachlicher, verfahrensmässiger oder zeitlicher Hinsicht überschritten hat.

Im Fall einer erfolgreichen Anfechtung des Schiedsgutachtens im Rahmen eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens stellen sich unter Umständen weitere Fragen: So etwa, ob das (Schieds-)Gericht selbst über die unverbindlich erklärten Punkte entscheiden (das heisst eine Neubewertung vornehmen) kann oder hierfür ausschliesslich der vertraglich vorgesehene Schiedsgutachter zuständig bleibt¹⁶⁷; oder ob das (Schieds-)Gericht hinsichtlich eines neuen Schiedsgutachterverfahrens für die Parteien oder den Schiedsgutachter verbindliche Anweisungen erteilen darf.¹⁶⁸ Viele dieser Fragen tangieren einmal mehr die Abgrenzung der Zuständigkeit des (Schieds-)Gerichts und des Schiedsgutachters.¹⁶⁹

¹⁶⁷ In diesem Zusammenhang stellt sich allenfalls auch die Frage, ob das (Schieds-)Gericht das Schiedsgutachten nur insgesamt oder auch in Teilen für unverbindlich erklären kann.

¹⁶⁸ Wie bereits ausgeführt klagt im Regelfall eine Partei auf Bezahlung des im Schiedsgutachten festgestellten (Rest-)Kaufpreises bzw. die Rückerstattung einer überhöhten provisorischen Kaufpreiszahlung. Sofern die Beklagte lediglich den Antrag auf Klageabweisung erhebt (und nicht etwa widerklageweise um eine besondere Anordnung ersucht), sollte das Entscheidungsdispositiv des Schiedsspruchs im Fall einer (vorfrageweise) festgestellten Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens lediglich auf Klageabweisung lauten.

¹⁶⁹ Bezüglich der Zuständigkeit für eine Neubewertung im Zuge eines erfolgreich angefochtenen Schiedsgutachtens enthält der Kaufvertrag regelmässig keine ausdrückliche Regelung. Es liesse sich argumentieren, dass es dem Hauptzweck der vertraglichen Schiedsgutachterklausel – der effizienten Streiterledigung – zuwider laufen würde, wenn in dieser Situation anstelle des (Schieds-)Gerichts erneut ein Schiedsgutachter eingesetzt werden müsste, dessen Bewertung unter Umständen erneut angefochten würde. Umgekehrt liesse sich argumentieren, dass es den Parteien bei der Einsetzung eines Schiedsgutachters auch darum ging, die Bewertungsfragen durch einen hierfür von den Parteien bestimmten Experten (und nicht ein Schiedsgericht) klären zu lassen. Letzterem könnte allenfalls Rechnung getragen werden, indem der Experte als Sachverständiger des (Schieds-)Gerichts eingesetzt würde, mit dem Vorteil, dass der gestützt auf das (schieds-)gerichtliche Gutachten ergangene Schiedsspruch dann vollstreckt werden könnte.