



Kommentar zu: Urteil: [4A_428/2022](#) vom 25. September 2023 , publiziert als [BGE 149 III 465](#)

Sachgebiet: Obligationenrecht (allgemein)

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Bei Schiedsgutachten herrscht weiterhin Rechtsunsicherheit

Autor / Autorin

Carine Pesch, Dario Galli, Markus Vischer

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_428/2022 vom 25. September 2023 liess das Bundesgericht die Frage erneut offen, ob Schiedsgutachten sich auch verbindlich zu Rechtsfragen äussern können. Es begründete dies damit, dass die Vorinstanz selbst ausgelegt habe, was unter geldmässiger Tilgung zu verstehen sei und nicht das Schiedsgutachten diesen Begriff verbindlich festgelegt habe.

Sachverhalt

[1] Die im Handel, der Vermittlung und der Verwaltung von Grundstücken und der Errichtung von Bauten tätige C AG und ihr Alleinaktionär D als Einbringer schlossen mit E (nachfolgend: Mehrheitsaktionär der übernehmenden Gesellschaft) am 9. September 2014 einen Grundvertrag, in dem sie sich verpflichteten, zwei Quasifusionen zu vollziehen, wobei die A AG (Beklagte und Beschwerdeführerin, nachfolgend: übernehmende Gesellschaft) eine bestehende und eine noch zu gründende Immobiliengesellschaft übernehmen sollte. Als Gegenleistung für die Aktien dieser einzubringenden Immobiliengesellschaften sollten die Einbringer Aktien, Partizipationsscheine und Wandelanleihen der übernehmenden Gesellschaft erhalten (Sachverhalt Teil A Ingress).

[2] Die Parteien legten zunächst die Verkehrswerte der Liegenschaften und die Höhe des tatsächlichen Eigenkapitals der einzubringenden Gesellschaften fest, welche die Grundlage für das Aktientauschverhältnis bilden sollten. Sie trafen Vereinbarungen betreffend die erst noch zu gründende Gesellschaft und regelten das Aktientauschverhältnis. Für die Aktien der einzubringenden Gesellschaften sollten die Einbringer je eine unterschiedliche Anzahl von Namenaktien, Partizipationsscheinen und Wandelobligationen der übernehmenden Gesellschaft erhalten (Sachverhalt Teil A.a).

[3] Am 19. September 2014 und am 12. Dezember 2014 schlossen die Einbringer und die übernehmende Gesellschaft die beiden Sacheinlageverträge, mit denen die Aktien der beiden einzubringenden Immobiliengesellschaften in die übernehmende Gesellschaft eingebracht wurden (Sachverhalt Teil A.b). Zur Bereinigung von Differenzen über die Schlussabrechnung dieser Transaktionen schlossen die Einbringer, die übernehmende Gesellschaft und der Mehrheitsaktionär der übernehmenden Gesellschaft am 21. Oktober 2017 einen Erledigungsvertrag, bestimmten die F AG (nachfolgend: Gutachter) als Sachverständige und betrauten diese mit der Erstellung der definitiven Schlussabrechnung. Danach hatte die übernehmende Gesellschaft den Einbringern CHF 5'278'812 zu bezahlen (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Unbestritten war, dass im Rahmen der Abwicklung der Transaktionen die übernehmende Gesellschaft verschiedene Wertpapiere in ein *Escrow*-Depot bei Notar G (nachfolgend: Notar) einlieferte. Auch das Schicksal dieses Depots wurde im Erledigungsvertrag geregelt (Sachverhalt Teil A.d).

[5] Die B Foundation (Stiftung, Klägerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Stiftung) ist eine im Bereich der Vermögensverwaltung tätige Stiftung mit Sitz in Panama. Durch diese Tätigkeit wurde sie Gläubigerin der Einbringer. Im Rahmen eines Novationsvertrages vom 21. September 2016 hatten diese der Stiftung ihre Ansprüche gegen die übernehmende Gesellschaft zediert. Am 15. Januar 2019 schlossen die Einbringer mit der Stiftung nochmals eine Zessionsvereinbarung desselben Inhalts (Sachverhalt Teil A.e).

[6] Ziffer 6.2 des Erledigungsvertrags vom 21. Oktober 2017 hält fest, die Einbringer hätten alle ihnen zustehenden Werte, Guthaben und weiteren Ansprüche aus dem Liegenschaftsverkauf gemäss pendenter Schlussabrechnung an die Stiftung abgetreten. Der Erledigungsvertrag wurde unter anderem von sämtlichen Parteien der Sacheinlageverträge unterzeichnet. Die Stiftung war zwar nicht eigentliche Partei des Erledigungsvertrags, jedoch führte sie, vertreten durch ihren Generalbevollmächtigten, die gesamten Vertragsverhandlungen und gab ihre schriftliche Zustimmungserklärung zum Erledigungsvertrag ab. Aktenkundig war sodann eine E-Mail vom Mehrheitsaktionär der übernehmenden Gesellschaft vom 12. Dezember 2016, in der er dem Notar mit Kopie unter anderem an D und den Generalbevollmächtigten der Stiftung mitteilte, im Rahmen des Novationsvertrags seien sämtliche Forderungen etc. aus den Transaktionen mit der übernehmenden Gesellschaft von den Einbringern rechtsgültig an die Stiftung zediert worden (Sachverhalt Teil A.f).

[7] Am 24. September 2019 reichte die Stiftung beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein und verlangte von der übernehmenden Gesellschaft unter anderem CHF 5'278'812 nebst Zins. Mit Urteil vom 13. September 2022 sprach das Handelsgericht der Stiftung den geforderten Betrag nebst Zins zu. Es kam zum Schluss, die Einbringer hätten ihre Forderungen gegen die übernehmende Gesellschaft am 21. September 2016 rechtsgültig an die Stiftung zediert, was aber nichts an ihrer Befugnis, später den Erledigungsvertrag abzuschliessen, geändert habe. In diesem erkannte es einen Schiedsgutachtervertrag zur Erstellung einer Schlussabrechnung, wobei sich die Parteien irrtumsfrei tatsächlich einig gewesen seien, dass die im Escrow-Depot verwahrten Aktien und Partizipationsscheine nicht an den Kaufpreis anzurechnen, sondern der übernehmenden Gesellschaft in jedem Fall herauszugeben seien. Ein allfälliger Saldo der Schlussabrechnung zugunsten der Einbringer war danach durch eine Geldzahlung der übernehmenden Gesellschaft auszugleichen. Daher sprach die Vorinstanz den eingeklagten Betrag zu (Sachverhalt Teil B).

[8] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die übernehmende Gesellschaft dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 7).

Erwägungen

[9] Die übernehmende Gesellschaft rüge, dass nur Tatsachenfeststellungen einem Schiedsgutachten unterworfen werden können. Die Vorinstanz nehme mit Blick auf Ziffer 3.2 des Erledigungsvertrags und die darin erwähnte «geldmässige Tilgung» irrtümlich an, es seien keine Rechtsfragen zu klären gewesen, zumal die Vorinstanz selber den Begriff als unklar einstufte. Die vorgenommene Abrechnung habe nicht dem Gutachterauftrag entsprochen (E. 4 Ingress).

[10] Nach Art. 189 Abs. 1 [ZPO](#) können die Parteien vereinbaren, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Das Schiedsgutachten binde das Gericht hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können, gegen die beauftragte Person kein Ausstandsgrund vorgelegen habe und das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt worden sei und nicht offensichtlich unrichtig sei (Art. 189 Abs. 3 ZPO). Die Botschaft bezeichne das Schiedsgutachten als «eigenständiges prozessuales Institut». Es bezwecke die verbindliche Feststellung rechtserheblicher Tatsachen durch eine (fachkundige) Drittperson. Eine Beweisführung über diese Tatsachen durch das urteilende Gericht habe in der Folge zu unterbleiben. Systematisch sei das Schiedsgutachten bei den Beweismitteln geregelt, und zwar im 5. Abschnitt (Art. 183–189 ZPO) des Kapitels zusammen mit dem Beweismittel des gerichtlichen Gutachtens. Mit dem Schiedsgutachten werde einerseits auf die Abnahme der im Gesetz vorgesehenen Beweismittel (Art. 168 ZPO) verzichtet. Andererseits werde ein Teil des Zivilprozesses, nämlich das Beweisverfahren, gleichsam «privatisiert» und so aus dem Verfahren herausgebrochen. Es trete an die Stelle der Gesamtheit der vom Gesetz für alle Fälle ohne Schiedsgutachtenvereinbarung vorgesehenen Beweismittel. Entsprechend bestimme Art. 189 Abs. 1 ZPO, dass das Schiedsgutachten «streitige Tatsachen» verbindlich feststellen solle (E. 4.1).

[11] Ob Art. 189 Abs. 3 ZPO [«hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen»] ein Schiedsgutachten über bestimmte Rechtsfragen – im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung – in jedem Fall ausschliesse, habe das Bundesgericht offengelassen. Die Frage brauche auch hier nicht vertieft zu werden, da die Vorinstanz nicht davon ausgegangen sei, der Gutachter habe die Frage, was unter einer geldmässigen Tilgung zu verstehen ist, verbindlich festgelegt. Die Vorinstanz habe den Erledigungsvertrag vielmehr selbst ausgelegt. Erst nachdem sie geprüft habe, ob das Gutachten von den korrekten rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen sei, habe sie darauf in tatsächlicher Hinsicht bei der Bestimmung des Quantitativs abgestellt (E. 4.2).

[12] Dieses Vorgehen sei nicht zu beanstanden, zumal eine präzise Trennung von Rechts- und Tatfragen zuweilen kaum oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich sei, weil tatsächliche Elemente (wie viel wurde geleistet) von rechtlichen (was ist als Leistung anzuerkennen) abhängen. Für das Bundesgericht stellten sich analoge Probleme bei der Schadensberechnung, indem es an die Feststellungen des Sachgerichts hinsichtlich des tatsächlichen Bestands und des Umfangs des Schadens sowie des Kausalzusammenhangs zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Schaden unter Vorbehalt von Art. 105 Abs. 2 BGG grundsätzlich gebunden sei, während es als Rechtsfrage frei prüfe, ob das Sachgericht seinem Urteil einen zutreffenden Schadensbegriff zugrunde gelegt und den Schaden nach zutreffenden Rechtsgrundsätzen berechnet habe (E. 4.2.1).

[13] Wichtig sei, dass aus dem Schiedsgutachten hervorgehe, von welchen Voraussetzungen der Gutachter ausgehe. Dies erlaube den Parteien, eine Nachbesserung zu verlangen, wenn sie übereinstimmend zum Schluss kommen, er sei von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen, oder die Frage gerichtlich klären zu lassen, wenn sie sich nicht einig wären. Komme das Gericht, wie hier, zum Schluss, der Gutachter sei von zutreffenden rechtlichen Prämissen ausgegangen, werde das Gutachten in tatsächlicher Hinsicht verbindlich, andernfalls erweise es sich als offensichtlich unrichtig, so dass (ohne Korrektur) nicht darauf abgestellt werden könne. Nur wenn dem Gutachter die Aufgabe übertragen worden wäre, auch Rechtsfragen für einen allfälligen Prozess verbindlich zu entscheiden, stelle sich zunächst die Frage, ob dies überhaupt noch zulässig sei, und könnte das Gericht (im Falle der Zulässigkeit) zumindest grundsätzlich an das Gutachten binden. Im hier zu beurteilenden Fall sei es aber nicht Aufgabe des Gutachtens, strittige Rechtsfragen verbindlich zu entscheiden. Das Gutachten lege aber klar offen, von welchen Annahmen es ausgehe. Diese werde von der übernehmenden Gesellschaft erfolglos beanstandet (E. 4.2.2).

Kurzkommentar

[14] Das Bundesgericht wurde bereits mehrfach mit der Frage konfrontiert, ob sich Schiedsgutachten neben den Tatsachenfeststellungen auch zu *Rechtsfragen* verbindlich äussern können. Während das Bundesgericht diese Frage vor Einführung der ZPO bejaht hat,^[1] liess es diese Frage nach Inkraftsetzung der ZPO explizit offen.^[2] Auch in der Lehre ist diese Frage weiterhin strittig.^[3]

[15] Nach der hier vertretenen Auffassung kann sich ein Schiedsgutachten einzig zu *Tatsachen* verbindlich äussern. Eine verbindliche Klärung von *Rechtsfragen* – auch von *Rechtfragen von untergeordneter Bedeutung* – bleibt hingegen gestützt auf den Grundsatz *iura novit curia* dem Gericht vorbehalten. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut von Art. 189 Abs. 1 ZPO, der ausdrücklich nur *Tatsachen* erwähnt. Andererseits deutet auch die systematische Einordnung im Kapitel der Beweismittel – genauer gesagt der Gutachten – darauf hin, dass der Wortlaut nicht zu kurz greift, sondern die Nichterwähnung von *Rechtsfragen* in Art. 189 Abs. 1 ZPO als qualifiziertes Schweigen einzustufen ist.^[4]

[16] Auch das Bundesgericht spricht in seinen Erläuterungen zu Art. 189 Abs. 1 ZPO einzig von *Tatsachen* (vgl. E. 4.1 und 4.2). Zudem stellt es ebenfalls – wie bereits in seinem Urteil [4A_460/2018](#) vom 13. Juni 2019 E. 5.3 –^[5] fest, dass das Schiedsgutachten systematisch bei den Beweismitteln eingeordnet wurde. Diesbezüglich führt das Bundesgericht aus, dass mit einem Schiedsgutachten das Beweismittelverfahren privatisiert wird (vgl. E. 4.1). Sollte sich das Schiedsgutachten auch verbindlich zu *Rechtsfragen* äussern können, dann läge konsequenterweise nicht nur eine Privatisierung des Beweismittelverfahrens vor, sondern auch eine Privatisierung des Gerichtsverfahrens an sich. Dies würde wiederum einem Schiedsverfahren entsprechen, das jedoch eindeutig nicht mit einem Schiedsgutachten gleichzustellen ist.^[6]

[17] Obwohl das Bundesgericht die richtigen Grundsätze auflistet (vgl. Rz. 10), lässt es auch in diesem Urteil die Frage offen, ob ein Schiedsgutachten auch *Rechtsfragen* verbindlich klären

kann. Erneut nutzt es damit die Möglichkeit nicht, diesbezüglich Rechtssicherheit zu schaffen.

[18] Auch aufgrund dieser fehlenden Rechtssicherheit kann das Schiedsgutachten seinem eigentlichen Zweck, nämlich der Vereinfachung des Verfahrens,^[7] nicht gerecht werden. Ein Schiedsgutachten steigert im Gegenteil häufig die Komplexität des Verfahrens.^[8] Dies kommt auch in diesem Urteil zum Ausdruck, in welchem die Gültigkeit des Schiedsgutachtens auch noch vor Bundesgericht strittig ist. Es ist daher davon abzuraten, Schiedsgutachterklauseln in Verträgen vorzusehen.^[9]

M.A. HSG in Law and Economics CARINE PESCH, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] BGE [129 III 535](#) E. 2 S. 537.

[2] BGE [141 III 201](#) E. 3.2.1 S. 205; Urteil des Bundesgerichts [4A_254/2011](#) vom 5. Juli 2011 E. 4.1.

[3] LUCA ANGSTMANN, Die Klärung von Rechtsfragen durch den Schiedsgutachter, ZZZ 2023, S. 18 ff., S. 20 ff.; siehe auch PHILIP CARR/MARKUS VISCHER, [Sinn und Unsinn von Schiedsgutachten bei M&A-Streitigkeiten](#), in: dRSK, publiziert am 29. August 2016, Rz. 18.

[4] DARIO GALLI/MICHAEL KÜNDIG/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, S. 424 ff., S. 425 ff.; a.M. JEFFREY BROSI, Das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO, Diss. Zürich 2022 = ZStP Band 315, Zürich/Genf 2023, S. 18 ff., KARL SPÜHLER, Das Schiedsgutachten: Ein fast vergessenes Rechtsinstitut, SJZ 2022, S. 1043 ff., S. 1045, und ANNETTE DOLGE, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 189 ZPO N 13, die alle zumindest die Beantwortung von Rechtsfragen von untergeordneter Bedeutung befürworten; LUCA ANGSTMANN, Das Schiedsgutachten im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2020 = ZStP Band 303, Zürich/Basel/Genf 2020; Rz. 306 ff.; BERNHARD BERGER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 189 ZPO N 1 f. und 6.

[5] Besprochen von DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Rechtsnatur des Schiedsgutachtens](#), in: dRSK, publiziert am 19. August 2019.

[6] GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Nr. 4), S. 426 f.

[7] THOMAS WEIBEL, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 189 ZPO N 4.

[8] Vgl. z.B. CARR/VISCHER (Nr. 3), Rz. 25 f.

[9] ANGELA BAUMELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [«Schiedsgutachten» über die Bestimmung des Aktienwerts](#), in: dRSK, publiziert am 31. Januar 2019, Rz. 24; GALLI/KÜNDIG/VISCHER (Nr. 4), S. 435 f.

Zitiervorschlag: Carine Pesch / Dario Galli / Markus Vischer, Bei Schiedsgutachten herrscht weiterhin Rechtsunsicherheit, in: dRSK, publiziert am 19. August 2024

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

