

Kommentar zu: Urteil: 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016
Sachgebiet: Schiedsgerichtsbarkeit
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: IPR/IZPR und Arbitration

De | Fr | It |

Sinn und Unsinn von Schiedsgutachten bei M&A-Streitigkeiten

Autor / Autorin

Philip Carr, Markus Vischer
walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Felix Dasser
Homburger

Eine Partei beschwerte sich über einen Schiedsspruch, der ein zuvor erstelltes Schiedsgutachten aufgrund fehlender vertraglicher Voraussetzungen für unverbindlich erklärte. Zwar trat das Bundesgericht aus prozessrechtlichen Gründen nicht auf die Beschwerde ein. Dennoch schien es davon auszugehen, dass ein Schiedsgutachter weder rechtskräftig entscheiden noch vertragsrechtliche Fragen beurteilen kann.

Sachverhalt

[1] Eine luxemburgische Verkäuferin und eine deutsche Käuferin schlossen einen Aktienkaufvertrag ab, der eine Schiedsklausel zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich enthielt.

[2] Der Aktienkaufvertrag sah einen Preisanpassungsmechanismus vor, aufgrund dessen der Kaufpreis der Aktien bestimmt werden sollte. Die Käuferin hatte zunächst einen vorläufigen Kaufpreis zu bezahlen. Anhand einer vertraglich vereinbarten Berechnungsmethode sollte der Kaufpreis später neu berechnet werden, wobei eine allfällige Differenz auszugleichen war. Zu diesem Zweck hatte die Käuferin der Verkäuferin eine Schlussrechnung auszuhändigen.

[3] Sollte die Verkäuferin mit der Schlussrechnung der Käuferin nicht einverstanden sein, musste sie innert zwanzig Tagen mittels einer Widerspruchsanzeige Einspruch erheben. Die Widerspruchsanzeige hatte sich dabei detailliert mit den beanstandeten Positionen der käuferischen Schlussrechnung auseinanderzusetzen.

[4] Für den Fall eines Widerspruchs der Verkäuferin sollte gemäss Aktienkaufvertrag ein Schiedsgutachter beigezogen werden, der verbindlich über die Kaufpreisanpassung entscheidet.

[5] Die Parteien konnten sich in der Folge nicht auf den Kaufpreis einigen. Nachdem der Schiedsgutachter entschieden hatte, dass die Käuferin der Verkäuferin einen Ausgleichspreis von EUR 2'473'613 zu bezahlen hatte, widersetzte sich die Käuferin dieser Forderung.

[6] Infolgedessen leitete die Verkäuferin ein Schiedsverfahren ein und klagte auf Zahlung. Die Käuferin machte ihrerseits geltend, die Verkäuferin habe keine den vertraglichen Anforderungen entsprechende Widerspruchsanzeige eingereicht, weshalb die von der Käuferin präsentierte Schlussrechnung verbindlich geworden sei. Das Schiedsgutachten sei demzufolge unbeachtlich. Die Käuferin beantragte die Abweisung der

Klage und verlangte von der Verkäuferin widerklageweise eine Zahlung von EUR 1'354'000.

[7] In seinem Schiedsspruch schützte das Schiedsgericht den Standpunkt der beklagten Käuferin und hiess die Widerklage gut. Daraufhin gelangte die Verkäuferin mit einer Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

Entscheid

[8] Vor Bundesgericht rügte die Verkäuferin, das Schiedsgericht habe die Bestimmungen über die Zuständigkeit (Art. 190 Abs. 2 IPRG) verletzt. Ihrer Ansicht nach hätte das Schiedsgericht das gemäss Aktienkaufvertrag erstellte Schiedsgutachten nicht mit dem Argument ignorieren dürfen, die Anforderungen an die Widerspruchsanzeige seien nicht erfüllt gewesen (E. 3.2).

[9] Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass eine Partei, die ein Schiedsgericht für unzuständig hält, einen Schiedsrichter ablehnen oder einen anderen nach Art. 190 Abs. 2 IPRG relevanten Verfahrensmangel geltend machen will, rechtzeitig protestieren und alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen muss, um den Mangel zu beseitigen. Andernfalls verwirke die Partei diese Rügen im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren. Wer einen Verfahrensmangel (insbesondere bei ungünstigem Prozessverlauf) erst im Rechtsmittelverfahren rüge, obwohl dieser Mangel bereits während des Schiedsverfahrens hätte vorgebracht werden können, handle treuwidrig und rechtsmissbräuchlich (E. 3.1).

[10] Im konkreten Fall zog das Bundesgericht den Schluss, die Verkäuferin habe die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht beanstandet. Im Gegenteil sei es gar sie gewesen, die das Schiedsgericht zur Durchsetzung des vom Schiedsgutachter bezifferten Betrages von EUR 2'472'613 angerufen habe. So hätte die Verkäuferin denn auch nie bestritten, dass das Schiedsgericht über die Wirksamkeit des Schiedsgutachtens entscheiden könne, sondern lediglich geltend gemacht, dass gemäss den massgebenden Bestimmungen des Aktienkaufvertrages auf das Schiedsgutachten abzustellen sei. Vielmehr hätte sie sich mit dem Unterzeichnen der «*Terms of Reference*» zu Beginn des Schiedsverfahrens sogar ausdrücklich damit einverstanden erklärt, dass das Schiedsgericht auch die Wirksamkeit der Widerspruchsanzeige beurteilt (E. 3.2).

[11] Schliesslich stellte das Bundesgericht mit Verweis auf den angefochtenen Schiedsspruch fest, dass die Käuferin die Gültigkeit der Widerspruchsanzeige stets bestritten und sich bereits im Verfahren vor dem Schiedsgutachter vorbehalten hatte, sich in einem allfälligen Schiedsverfahren auf deren Ungültigkeit zu berufen (E. 3.2).

[12] Gestützt auf diese Erwägungen entschied das Bundesgericht, dass es der Verkäuferin verwehrt sei, sich im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht auf die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu berufen, nachdem sie selbst ein Schiedsverfahren ohne Zuständigkeitsvorbehalte eingeleitet hatte (E. 3.2). Dementsprechend trat das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde ein (E. 4).

Kommentar

[13] Auch wenn das Bundesgericht vorliegend nicht auf die Beschwerde eintrat, wirft der Entscheid dennoch grundsätzliche Fragen über Sinn und Unsinn von Schiedsgutachten im Zusammenhang mit M&A-Verträgen und Preisanpassungsstreitigkeiten im Besonderen auf.

[14] Heutzutage enthalten viele Aktienkaufverträge Preisanpassungsmechanismen. Der Hauptgrund dafür liegt darin, dass Gewinne und Verluste zwischen dem Bilanzstichtag oder dem Verpflichtungsgeschäft (*Signing*) und dem Vollzug (*Closing*) dem Verkäufer zugerechnet werden sollen (vgl. Frey Harold/Müller Dominique, Preisanpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskäufen unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachterverfahrens, in: Oertle Matthias/Wolf Matthias/Breitenstein Stefan/Diem Hans-Jakob [Hrsg.], M&A – Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 191-228, 193 f.).

[15] Für den Fall, dass sich die Parteien nicht über eine allfällige Preisanpassung einigen können, sehen Verträge regelmässig den Beizug eines Schiedsgutachters vor. In erster Linie erhoffen sich die Parteien davon eine rasche Streiterledigung durch einen kompetenten Experten (vgl. Frey/Müller, a.a.O., 208). Zumindest die Effizienz der schiedsgutachterlichen Streiterledigung wird durch den vorliegenden Entscheid aber in Frage gestellt.

[16] Gabriel bedauert in seinem Kommentar zum selben Entscheid, dass es das Bundesgericht verpasst hätte, die grundlegenden Fragen zum Verhältnis zwischen Schiedsgutachten und Schiedsgericht zu klären (Gabriel Simon, Schiedsgericht versus Schiedsgutachter, in: dRSK, publiziert am 20. April 2016, N 16). Eine bundesgerichtliche Stellungnahme wäre sicherlich begrüssenswert gewesen, zumal im Zusammenhang mit Schiedsgutachten – gerade im M&A-Bereich – diverse Unsicherheiten bestehen, die in der Regel zu einer Verlängerung des Verfahrens führen.

[17] Gemäss einem im Jahr 2003 ergangenen Bundesgerichtsentscheid wird mit einem Schiedsgutachtervertrag ein Dritter beauftragt, «*verbindlich bestimmte tatsächliche Feststellungen zu treffen oder bestimmte Rechtsfragen zu beantworten*» (BGE 129 III 535 E. 2). Das Schiedsgutachten ist für ein Gericht grundsätzlich dann verbindlich, wenn es nicht an schwerwiegenden prozessualen oder inhaltlichen Mängeln leidet (vgl. Art. 189 Abs. 3 ZPO; BGE 129 III 535 E. 2.2; Frey/Müller, a.a.O., 227).

[18] Da der nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid 2011 in Kraft getretene Art. 189 ZPO nur von «*Tatsachen*» spricht, besteht seither keine Einigkeit mehr darüber, ob ein Schiedsgutachten neben Tatfragen auch Rechtsfragen verbindlich beantworten kann (befürwortend Tschäni Rudolf/Frey Harold/Müller Dominique, Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich 2013, N 257; Berger Bernhard/Kellerhals Franz, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015, N 153; ablehnend Dolge Annette, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 189 N 12 ff.). Angemerkt sei an dieser Stelle, dass Art. 189 ZPO – der zwar nur von (staatlichen) Gerichten spricht – in inländischen oder internationalen Schiedsverfahren zumindest analog heranzuziehen ist (Berger/Kellerhals, a.a.O., N 152; vgl. auch Tschäni Rudolf/Diem Hans-Jakob/Wolf Matthias, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich 2013, 157; anderer Ansicht Gabriel, a.a.O., N 16).

[19] Die Unsicherheit in Bezug auf die Frage, in welchem Umfang dem Schiedsgutachter Entscheidungskompetenz zukommt, ist im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen besonders problematisch: Die Parteien betrauen den Schiedsgutachter regelmässig mit der Beantwortung von Bewertungs- und Rechnungslegungsfragen. Auch wenn sich diese Fragen zumindest nach der Vorstellung der Parteien schwerpunktmässig auf der tatsächlichen Ebene stellen, sind damit immer auch Rechtsfragen verbunden, zu denen der Schiedsgutachter Stellung beziehen muss.

[20] Zu denken ist beispielsweise an die vertraglich vorgesehenen Bewertungsvorschriften, die in vielen Aktienkaufverträgen Interpretationsspielraum offen lassen und somit einen auf einer Vertragsauslegung beruhenden Entscheid des Schiedsgutachters bedingen (vgl. Frey/Müller, a.a.O., 196 f.). Je komplexer die sich dem Schiedsgutachter stellenden Rechtsfragen gestalten, desto zweifelhafter erscheint, ob er diese beantworten kann und darf. Dies gilt unabhängig davon, ob man dem Schiedsgutachter überhaupt die Kompetenz zur Beurteilung von Rechtsfragen zusprechen will, da die Zuständigkeit des Schiedsgutachers mit zunehmender Komplexität der Rechtsfragen wohl nicht mehr vom Parteiwillen gedeckt sein wird.

[21] Daraus folgt auch, dass die Beurteilung gewisser vertragsrechtlicher Aspekte so oder anders einem (Schieds-)Gericht vorbehalten bleibt. Dazu zählen vertragsrechtliche Fragen, die klarerweise nicht mit der mit der Bewertung kaufpreisbestimmender Komponenten – d.h. mit der eigentlichen Aufgabe des Schiedsgutachters – zusammenhängen, wie z.B. Gewährleistungsansprüche oder die vertragsrechtlichen Voraussetzungen für die Initiierung eines Schiedsgutachterverfahrens. Dieser Schluss drängt sich in Abwesenheit eines eigentlichen «Schiedsgutacherrechts» bereits vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie auf, wonach jede Person Anspruch auf richterliche Beurteilung ihrer Streitigkeit hat.

[22] Wie der vorliegende Fall illustriert, hat dies zur Konsequenz, dass eine Partei erfolgreich geltend machen kann, die Widerspruchsanzeige habe nicht den vertraglichen Anforderungen entsprochen. Zwar wird man von einer Partei, die sich auf die Unzuständigkeit des Schiedsgutachters berufen will, entsprechende Einwände verlangen müssen. Aus dem vorliegenden Entscheid geht indes hervor, dass es scheinbar genügt, wenn eine Partei im Rahmen des Schiedsgutachterverfahrens den Vorbehalt äussert, sich gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt auf die Unzuständigkeit zu berufen (E. 3.2; vgl. auch Gabriel, a.a.O., N 17, 20 ff.).

[23] Dieses Beispiel zeigt besonders deutlich, wie der Beizug eines Schiedsgutachters beim Vorliegen

vertragsrechtlicher Streitigkeiten das Verfahren in die Länge zieht: Der Schiedsgutachter kann gerade nicht entscheiden, ob eine vertragskonforme Widerspruchsanzeige erfolgt ist, da die Auslegung der massgebenden Vertragsbestimmungen einem (Schieds-)Gericht vorbehalten ist. Widersetzt sich eine Partei einem Schiedsgutachten folglich mit der Begründung, die vertraglichen Voraussetzungen für den Beizug des Schiedsgutachters seien gar nicht gegeben gewesen, ist eine materiell-rechtliche Beurteilung im Rahmen eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens zwingend notwendig. Gegen einen entsprechenden Entscheid kann dann möglicherweise wiederum ein Rechtsmittel ergriffen werden.

[24] Hinzu kommt, dass einem Schiedsgutachten keine Rechtskraft zukommt und es deshalb nicht der Zwangsvollstreckung zugänglich ist (Berger/Kellerhals, a.a.O., N 161; Dolge, a.a.O., Art. 189 N 42; Tschäni/Frey/Müller, a.a.O., N 258; vgl. auch E. 3.2 des vorliegenden Entscheids). Selbst wenn also die Voraussetzungen für den Beizug eines Schiedsgutachters gegeben sind, wird eine Partei nicht ohne die Durchführung eines zusätzlichen (Schieds-)Gerichtsverfahrens zur Befolgung des Schiedsgutachtens angehalten werden können.

[25] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Schiedsgutachten die Streiterledigung gerade im M&A-Kontext tendenziell verlängern (vgl. auch Gabriel, a.a.O., N 19). Der Grund dafür liegt darin, dass das Schiedsgutachten auf diversen Ebenen angreifbar ist:

- Erstens ist ein Schiedsgutachten nicht vollstreckbar, weshalb gegen eine sich dem Schiedsgutachten widersetzende Partei ein (Schieds-)Gerichtsverfahren eingeleitet werden muss.
- Zweitens kann ein Schiedsgutachten im Rahmen eines anschliessenden Verfahrens wegen prozessualer oder inhaltlicher Fehler beanstandet werden. Stellt das (Schieds-)Gericht einen solchen Fehler fest, stellt sich überdies die Frage, ob das (Schieds-)Gericht direkt selbst neu entscheiden kann oder ob ein neues Schiedsgutachten erstellt werden muss. Diese Ausgangslage birgt zusätzliches Konfliktpotential und droht die Streiterledigung noch weiter zu verzögern.
- Drittens besteht Unsicherheit darüber, ob und in welchen Fällen ein Entscheid eines Schiedsgutachters über Rechtsfragen, die mit der Bewertung von Aktiven und Passiven zusammenhängen, verbindlich ist.
- Viertens kann anlässlich eines späteren Verfahrens – wie im vorliegenden Fall – moniert werden, die vertragsrechtlichen Voraussetzungen für die Erstellung des Schiedsgutachtens hätten nie vorgelegen.
- Fünftens ist denkbar, dass die Voraussetzungen für die Erstellung eines Schiedsgutachtens zwar gegeben sind, die darin ausgewiesene Forderung aber wegen eines anderen Rechtsgrundes nicht geltend gemacht werden kann (z.B. wegen Verrechnung mit einem Gewährleistungsanspruch). Ein solcher Streitfall bedarf selbstredend einer (schieds-)gerichtlichen Entscheidung.

[26] Im Ergebnis sind Parteien gut beraten, sich genau zu überlegen, ob sie im Rahmen von M&A-Transaktionen einen Schiedsgutachter einsetzen wollen. Ihrem Wunsch nach effizienter Streiterledigung würde mit einem Verzicht auf ein Schiedsgutachten in vielen Fällen besser Rechnung getragen. Zwar kann ein Schiedsgutachter eine Preisanpassungsstreitigkeit idealerweise tatsächlich rasch und fachkompetent erledigen. Er kann aber weder rechtskräftig über einen Streit entscheiden noch vertragsrechtliche Fragen beurteilen, die nicht in einem Zusammenhang mit seiner Bewertungstätigkeit stehen. Ferner ist unklar, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen rechtliche Entscheidungen des Schiedsgutachters in Bezug auf die eigentliche Bewertungstätigkeit massgebend sind. Demzufolge besteht eine erhebliche Unsicherheit darüber, ob eine Partei ein für sie nachteiliges Gutachten akzeptieren wird.

[27] Liegt den Parteien daran, dass jemand mit einschlägiger Expertise an der Beurteilung ihres Streits mitwirkt, stehen dazu auch in Verfahren vor Schieds- oder staatlichen Gerichten Möglichkeiten offen. Schiedsrichter können beispielsweise gerade wegen ihrer Fachkompetenz in einem bestimmten Bereich gewählt werden. Zudem erlauben sowohl staatliche als auch schiedsgerichtliche Verfahren den Beizug von Sachverständigen, die die gewünschte Sachkunde in den Entscheidprozess einbringen können. Ein (Schieds-)Gerichtsverfahren bietet zudem den Vorteil, dass der anschliessende Entscheid vollstreckt werden kann (vgl. Frey/Müller, a.a.O., 228, Fn. 169).

[28] Wollen die Parteien dennoch an einem Schiedsgutachterverfahren festhalten, empfiehlt es sich, vor dem Einleiten dieses Verfahrens schriftlich zu vereinbaren, dass die vertraglichen Voraussetzungen dafür gegeben sind

und welche Kompetenzen dem Schiedsgutacher zukommen sollen. Ansonsten wird sich eine Partei mit einem einfachen Vorbehalt die Möglichkeit offen halten, sich dem Schiedsgutachten später mit vertragsrechtlichen Argumenten zu widersetzen. Können sich die Parteien nicht darüber einigen, ob die Voraussetzungen für ein Schiedsgutachten erfüllt sind, oder meldet eine Partei entsprechende Vorbehalte an, sollte standardmässig zu einem (Schieds-)Gerichtsverfahren übergegangen (und das Schiedsgutachterverfahren gegebenenfalls sistiert) werden. Nur so können das Führen unnötiger Verfahren vermieden und der Wunsch der Parteien nach einer möglichst effizienten Streiterledigung gewährleistet werden.

Zitiervorschlag: Philip Carr / Markus Vischer, Sinn und Unsinn von Schiedsgutachten bei M&A-Streitigkeiten, in: dRSK, publiziert am 29. August 2016

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw



Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch