

Dario Galli / Michael Kündig / Markus Vischer*

«Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen**Inhaltsübersicht**

- I. «Schiedsgutachterklauseln» im Allgemeinen
- II. «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen
- III. Definition der Schiedsgutachterklausel
- IV. Rechtsnatur von «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen
 1. Keine Schiedsgutachterklausel i.S.v. Art. 189 ZPO
 2. Keine Schiedsklausel i.S.v. Art. 357 ZPO bzw. Art. 178 IPRG
 3. Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR
 - 3.1 Art. 184 Abs. 3 OR im Allgemeinen
 - 3.2 «Schiedsgutachterklauseln» als Anwendungsfall von Art. 184 Abs. 3 OR
 - 3.3 «Schiedsgutachterklauseln» als Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln
 4. Konsequenzen der Qualifikation von «Schiedsgutachterklauseln» als Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR
 - 4.1 Nichtanwendbarkeit von Art. 189 ZPO
 - 4.2 Zustandekommen des M&A-Vertrags
 - 4.3 Anwendbarkeit des allgemeinen Vertragsrechts auf Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln
 - 4.4 Zustandekommen, Auslegung und Lückenfüllung der Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln
 - 4.5 Schranken für Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln
 - 4.6 Grundlagenirrtum, absichtliche Täuschung etc. bei Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln
 - 4.7 Abwicklungsprobleme bei Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln
 - 4.8 Im Einzelnen: Kognition des Richters in Bezug auf Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln
- V. Würdigung von «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen

I. «Schiedsgutachterklauseln» im Allgemeinen

Viele Verträge sehen vor, dass gewisse, von den Parteien im Vertrag einstweilen offengelassene Fragen später endgültig von einem Dritten entschieden werden, wenn die Parteien sich nicht einigen können. Anzutreffen sind solche Klauseln etwa im Versicherungs- (z.B. Festlegung

der Schadenshöhe)¹ oder im Baubereich (z.B. Geologie des Baugrunds, Mangelhaftigkeit oder Dauerhaftigkeit eines bestimmten Baustoffs).²

Solche Klauseln werden von den Parteien oft als «Schiedsgutachterklauseln» bezeichnet. Indem dieser Begriff in Anführungs- und Schlusszeichen gesetzt wird, wird angezeigt, dass es im vorliegenden Artikel darum geht, die Qualifikation solcher Klauseln kritisch zu hinterfragen.

II. «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen

Anzutreffen sind solche «Schiedsgutachterklauseln» v.a. auch in M&A-Verträgen,³ insbesondere in Unternehmenskaufverträgen, und zwar unabhängig davon, ob diese nun einen *Share* oder *Asset Deal* bzw. *Share* oder *Asset Purchase* (Aktienkauf oder Aktiven- und Passiven-Kauf⁴) zum Gegenstand haben. Vereinbaren die Parteien in einem Unternehmenskaufvertrag z.B. eine Kaufpreisanpassung oder einen *Earn Out*,⁵ enthalten diese Verträge i.d.R. eine Klausel, welche stipuliert, dass ein Dritter die Kaufpreisanpassung oder den *Earn Out* festlegt, wenn die Parteien

¹ TARKAN GÖRSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 88.

² GÖRSU (FN 1), Rz. 88.

³ MICHAEL SCHÖLL, *Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse*, ASA 2006, 621–646, 625.

⁴ Zu den Begriffen z.B. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. A., Bern 2018, § 5 Rz. 19; RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, *M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 59 f., 83, 155 f.; MARKUS VISCHER, *Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen*, SZW 2003, 335–340, 336.

⁵ Für ein Beispiel eines Unternehmenskaufvertrags mit einer Kaufpreisanpassung: Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016; für Beispiele eines Unternehmenskaufvertrags mit einem *Earn Out*: Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2018 vom 2. November 2018; Urteil des Bundesgerichts 4A_536/2017 vom 3. Juli 2018; für ein Beispiel eines Unternehmenskaufvertrags, in dem der Kaufpreis insgesamt und nicht nur ein Teil des Kaufpreises durch einen Dritten festgelegt wird: Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2011 vom 16. Dezember 2011.

* MLaw DARIO GALLI, MLaw MICHAEL KÜNDIG und Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., sind Rechtsanwälte bei Walder Wyss AG, Zürich.

sich nicht einigen können.⁶ Sehr selten sind Klauseln, welche die Festlegung nur einer Partei überlassen.⁷

Die meisten Kaufpreisanpassungsklauseln in Unternehmenskaufverträgen sehen eine Kaufpreisanpassung nach dem *Closing* (Vollzug⁸) rückwirkend per *Closing* vor. Der gebräuchlichste in diesen Klauseln verwendete Anpassungsmechanismus ist eine Anpassung gestützt auf das am *Closing* vorhandene *Net Debt* (Nettoschulden) und/oder das am *Closing* vorhandene *Net Working Capital* (Nettoumlaufvermögen) des gekauften Unternehmens, also ein *Net Debt Adjustment* (Nettoschuldenausgleich) oder ein *Net Working Capital Adjustment* (Nettoumlaufvermögensausgleich).⁹ Zur Ermittlung der relevanten Parameter (wie *Net Debt* oder *Net Working Capital*) werden i.d.R. *Closing Accounts* (Jahresrechnung per *Closing*)¹⁰ des gekauften Unternehmens erstellt.¹¹ Weiter wird i.d.R. festgehalten, dass ein Dritter definitiv über die Kaufpreisanpassung entscheidet, wenn die Parteien sich nicht einigen können. Weil Kaufpreisanpassungsklauseln meist *Know-how* im Bereich der Buchhaltung voraussetzen, sind die von den Parteien bezeichneten Dritten oft Revisionsgesellschaften.¹²

Earn Out-Klauseln sind Klauseln, welche Kaufpreiszahlungen (bzw. im Ausnahmefall Kaufpreistrückzahlungen) aufgrund von nach dem *Closing* eintretenden bzw. nicht eintretenden Ereignissen vorsehen. Es handelt sich bei diesen Ereignissen rechtstechnisch um Bedingungen i.S.v. Art. 151 ff. OR. Entsprechend ist eine *Earn Out*-Klausel ein bedingtes Leistungsversprechen, nämlich das Versprechen, bei gewissen Ereignissen Kaufpreiszahlungen (bzw. Kaufpreistrückzahlungen) vorzu-

nehmen.¹³ Die gebräuchlichsten *Earn Out*-Klauseln sehen Kaufpreiszahlungen abhängig von der zukünftigen wirtschaftlichen Leistung des gekauften Unternehmens vor. Diese Klauseln basieren entsprechend in der einen oder anderen Form auf gewissen zukünftigen Kennzahlen des gekauften Unternehmens, z.B. dem zukünftigen Umsatz oder dem zukünftigen Ertrag.¹⁴ Zur Festlegung der entsprechenden Parameter wird als Grundlage i.d.R. eine Jahresrechnung des gekauften Unternehmens vorgesehen. Weil *Earn Out*-Klauseln meist *Know-how* im Bereich der Buchhaltung voraussetzen, sind die von den Parteien bezeichneten Dritten wiederum oft Revisionsgesellschaften. *Earn Out*-Klauseln sind eine besondere Form von Kaufpreisanpassungsklauseln. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn der ganze Kaufpreis aus einem *Earn Out* besteht, was jedoch selten vorkommt.¹⁵

Auch im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen werden die beschriebenen Klauseln von den Parteien oft als «Schiedsgutachterklauseln» bezeichnet.

Seltener finden sich in Unternehmenskaufverträgen «Schiedsgutachterklauseln» in Bezug auf die Feststellung von Mängeln.¹⁶

«Schiedsgutachterklauseln» finden sich aber nicht nur in Unternehmenskaufverträgen, sondern häufig auch in Aktionärbindungsverträgen¹⁷ und weiteren M&A-Verträgen wie z.B. *Investment-Agreements*.

III. Definition der Schiedsgutachterklausel

Art. 189 Abs. 1 und 3 ZPO definieren das Schiedsgutachten als verbindliche Feststellung streitiger Tatsachen durch einen Dritten.¹⁸ Eine Schiedsgutachterklausel ist demzufolge eine Klausel (also eine vertragliche Einigung),¹⁹ welche eine verbindliche Feststellung bestimmter streitiger Tatsachen durch einen Dritten in der Form eines Schiedsgutachtens vorsieht.

⁶ PHILIP CARR/MARKUS VISCHER, Sinn und Unsinn von Schiedsgutachten bei M&A-Streitigkeiten, dRSK vom 29. August 2016, Rz. 15, und RUDOLF TSCHÄNI/HAROLD FREY/DOMINIQUE MÜLLER, Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 255 f., bezüglich Kaufpreisanpassung.

⁷ S. dazu im Allgemeinen auch FN 93.

⁸ Zum Begriff z.B. URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, 256.

⁹ Z.B. SCHENKER (FN 8), 244 ff.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 4), 159 ff.; MARKUS VISCHER/LUCAS HÄNNI, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP 2012, 613–626, 618 f.; MARKUS VISCHER, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 129–141, 139; LOUIS SIEGRIST/LUISE KREMER, Kaufpreisanpassungen bei Unternehmensakquisitionen, in: Oertle/Wolf/Breitenstein/Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 108 ff.; HANS-JAKOB DIEM/STEPHAN ERNI, «Locked Box» beim Unternehmenskauf, GesKR 3/2010, 354–359, 354.

¹⁰ Auch *Closing Balance Sheet* genannt: Z.B. TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 4), 156, 160; ROLF WATTER/MATTHIAS GSTOEHL, Preis Anpassungsklauseln, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2004, 46.

¹¹ Z.B. SCHENKER (FN 8), 242 f.; für ein Beispiel: Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016.

¹² Z.B. SCHENKER (FN 8), 248 f.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 4), 157; s. zur Motivation des speziellen *Know-how* der Dritten bei dessen Auswahl im Allgemeinen z.B. TSCHÄNI/FREY/MÜLLER (FN 6), Rz. 264 ff.; HAROLD FREY/DOMINIQUE MÜLLER, Preis Anpassungsklauseln bei Unternehmenskäufen, in: Oertle/Wolf/Breitenstein/Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 208.

¹³ Zum Ganzen MARKUS VISCHER, *Earn out*-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, 509–517, 509 ff.; auch SCHENKER (FN 8), 249 ff.

¹⁴ Z.B. CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017, Jusletter vom 24. September 2018, Rz. 6; VISCHER (FN 13), 510 f.

¹⁵ VISCHER (FN 13), 510.

¹⁶ Für ein Beispiel einer «Schiedsgutachterklausel» betreffend Feststellung von Mängeln, allerdings nicht in einem M&A-Vertrag: Urteil des Bundesgerichts 4A_105/2015 vom 1. Juni 2015.

¹⁷ SCHÖLL (FN 3), 624; für Beispiele für solche Klauseln in einem Aktionärbindungsvertrag: Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2016 vom 20. März 2017; BGE 141 III 274; Urteil des Bundesgerichts 4A_361/2012 vom 30. Oktober 2012.

¹⁸ BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 1; s. zur Funktion von Art. 189 ZPO als «Richtschnur» in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit z.B. BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kap. N 294a.

¹⁹ S. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_369/2011 vom 11. November 2011 E. 3.5.

Vor Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO am 1. Januar 2011 entsprach es verbreiteter, aber nicht unbestrittener Rechtsauffassung, dass ein Schiedsgutachten nicht nur über Tatsachen, sondern auch über Rechtsfragen eingeholt werden könne.²⁰ Ob sich ein Schiedsgutachten auch zu Rechtsfragen äussern kann, ist nach Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO am 1. Januar 2011 noch umstrittener.²¹ Der Wortlaut von Art. 189 Abs. 1 ZPO ist allerdings klar: Es werden nur Tatsachen, nicht aber auch Rechtsfragen erwähnt. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass sich ein Schiedsgutachten nur zu Tatsachen äussern kann. Dafür spricht auch das systematische Auslegungselement. Der Gesetzgeber regelt das Schiedsgutachten nämlich im 3. Kapitel (Beweismittel) bzw. im 5. Abschnitt (Gutachten) der ZPO. Die Nichterwähnung von Rechtsfragen in Art. 189 Abs. 1 ZPO ist daher ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers.²²

Zudem bezieht sich die in Art. 189 Abs. 3 ZPO angeordnete Bindungswirkung nach dem expliziten Wortlaut dieser Bestimmung nur auf Tatsachen. Es bliebe folglich völlig unklar, wie es sich mit dieser Bindungswirkung verhalten würde, wenn der Schiedsgutachter neben Tat- auch Rechtsfragen beurteilt hätte.

Entsprechend kann sich ein Schiedsgutachten nicht zu Rechtsfragen äussern und damit konsequenterweise auch nicht zu Rechtsfragen «von untergeordneter Bedeutung»,²³ zumal unklar ist, was unter Rechtsfragen «von untergeordneter Bedeutung» zu verstehen ist.²⁴ Soweit damit in Anknüpfung an die Praxis zu § 258 aZPO/ZH «die Feststellung rechtlicher Tatbestandsele-

mente (Verschulden, Schaden)»²⁵ gemeint sein sollte, ist dem zu entgegen, dass es rechtliche Tatbestandselemente nicht gibt. Tatbestandselemente sind immer nur Tatsachen, welche als Gegebenheiten der Sinneswelt zu definieren sind, während Tatbestände Bündel von Tatsachen sind, an welche die Rechtsordnung Rechtswirkungen knüpft. Diese Rechtswirkungen liegen in der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen. Tatbestände und Rechtsverhältnisse (und damit auch Elemente von Tatbeständen und Rechtsverhältnissen) sind im Unterschied zu Tatsachen Schöpfungen der Rechtsordnung auf Anordnung dieser Rechtsordnung.²⁶ Wenn es keine rechtlichen Tatbestandselemente gibt, gibt es auch keine rechtlichen Tatbestandselemente von untergeordneter Bedeutung, zumal erneut offenbleibt, was unter rechtlichen Tatbestandselementen «von untergeordneter Bedeutung» zu verstehen ist. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, das Verschulden oder der Schaden seien in einem Rechtsverhältnis Elemente von untergeordneter Bedeutung. Letztlich verkennt die erwähnte Meinung, dass es das Verschulden, den Schaden, den Wert und den Mangel nicht *per se*, sondern nur auf Anordnung der Rechtsordnung bei Vorliegen bestimmter Tatsachen gibt.²⁷ Alles andere ist ein Rückfall in die Begriffsjurisprudenz, soweit man damit die Rechtsgewinnung aus Begriffen meint.²⁸ Denn es ist nicht so, dass die Begriffe Recht schaffen, sondern so, dass das Recht die Begriffe schafft.²⁹

Echte Schiedsgutachterklauseln sind damit nur Klauseln, die eine verbindliche Feststellung von Tatsachen vorsehen. Das engt den Anwendungsbereich für Schiedsgutachten stark ein,³⁰ ist aber wie ausgeführt gesetzlich durch Art. 189 ZPO vorgegeben.

Wollen die Parteien Rechtsfragen durch einen von den staatlichen Gerichten unabhängigen Dritten beurteilt haben, so müssen sie mittels Schiedsvereinbarung bzw. Schiedsklausel i.S.v. Art. 357 ZPO bzw. Art. 178 IPRG auf das Institut der Schiedsgerichtsbarkeit zurückgrei-

²⁰ Z.B. BGE 129 III 535 E. 2 S. 537; BGE 117 Ia 365 E. 5b S. 367 f. = Pra 1992 Nr. 153 S. 563; z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 12 m.w.H.; SCHÖLL (FN 3), 626 ff. m.w.H.; s. auch bereits BGE 26 II 758 E. 2 S. 765: «[...] eine Tatsache oder ein Element eines Rechtsverhältnisses dem arbitrium eines Dritten unterstellt [...]».

²¹ CARR/VISCHER (FN 6), Rz 18.

²² Z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 13; ALBORZ TOLOU, La forfaitisation du dommage, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2017, 290 f., insb. Anm. 988 (= AISUF 372); DIKE Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 189 N 16; DIKE Komm-ZPO-STACHER, Art. 353 N 6; GÖKSU (FN 1), Rz. 90; a.M. z.B. FREY/MÜLLER (FN 12), 212 ff.; offengelassen in der Rechtsprechung nach Inkrafttreten der ZPO: Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_296/2017 vom 30. November 2017 E. 1.2.2; BGE 141 III 201 E. 3.2.1 S. 205; Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2011 vom 5. Juli 2011 E. 4.1; unklarer BGE 141 III 274: «Denn als Schiedsgutachtervertrag wird eine Vereinbarung bezeichnet, mit der ein Dritter beauftragt wird, für die Parteien eines Rechtsverhältnisses verbindlich bestimmte tatsächliche Feststellungen zu treffen oder bestimmte Rechtsfragen zu beantworten» (E. 2.1 S. 276); «Ein Schiedsgericht kann für die Entscheidung einer bestimmten Streitigkeit eingesetzt werden (vgl. Art. 357 ZPO); mit einem Schiedsurteil wird verbindlich über streitige Ansprüche der Parteien entschieden, während ein Schiedsgutachten nach dem klaren Wortlaut von Art. 189 Abs. 1 ZPO die Feststellung «streitiger Tatsachen» zum Gegenstand hat. Die systematische Einordnung im Rahmen der Beweismittel zeigt denn auch, dass es beim Schiedsgutachten vorab um Tatsachenfeststellung geht.» (E. 2.5 S. 279).

²³ A.M. z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 14, 40, 58; DIKE Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 189 N 17.

²⁴ S. auch THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. A., Zürich 1993, 22, welche von «rechtlichen Vorfragen» sprechen.

²⁵ RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 258 aZPO/ZH N 2; s. bereits BGE 26 II 758 E. 2 S. 765: «[...] nicht den Rechtsstreit selbst, sondern nur eine Tatsache oder ein Element eines Rechtsverhältnisses dem arbitrium eines Dritten unterstellt [...]».

²⁶ S. z.B. BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchlT ZGB N 5 ff.

²⁷ S. dazu Kapitel IV.1; zur Illustration der Gegenmeinung z.B. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 598: «Dem Schiedsgutachter kann die Aufgabe übertragen sein, den festgestellten Tatbestand unter Rechtsbegriffe zu subsumieren, z.B. unter den Begriff des Sachmangels oder des Schadens.», was insinuiert, dass es frei über konkreten Rechtsverhältnissen wie konkreten Verträgen schwebende allgemein gültige Rechtsbegriffe gibt, was, wie ausgeführt, nicht der Fall ist.

²⁸ HEINRICH HONSELL/THEO MAYER-MALY, Rechtswissenschaft, 7. A., Bern 2017, 162.

²⁹ Zur Ehrenrettung der Begriffsjurisprudenz neuerdings JOACHIM RÜCKERT, Prinzipienjurisprudenz?, recht 2017, 300–312, 300 ff.

³⁰ Z.B. SCHÖLL (FN 3), 628.

fen.³¹ Jedes andere Verständnis von Art. 189 ZPO vermischt Schiedsgutachter- und Schiedsgerichtswesen.

IV. Rechtsnatur von «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen

1. Keine Schiedsgutachterklausel i.S.v. Art. 189 ZPO

In den beschriebenen «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen geht es i.d.R. nicht nur um die Feststellung von Tatsachen, sondern meist auch um die Beantwortung von Rechtsfragen. Diese Rechtsfragen beschlagen in aller Regel Fragen der Vertragsauslegung.³² So ist z.B. auszulegen, was die Parteien mit Begriffen wie *Net Debt* oder *Net Working Capital* (oder einzelnen Positionen, die zusammen *Net Debt* oder *Net Working Capital* ergeben, wie *Cash* [Barmittel] oder *Long Term Interest Bearing Debt* [langfristige zinstragende Verbindlichkeiten] etc.) gemeint haben. Auslegungsbedürftig können aber auch von den Parteien verwendete Begriffe wie Verkehrswert, Marktwert, Ertragswert, Substanzwert oder auch nur Wert (oder einzelnen Positionen, welche nach einer Formel oder anderswie zu einem Wert führen, wie Cashflow, Umsatz, Ertrag, Diskontierungssatz, *Multiple* etc.) bzw. die entsprechenden Definitionen im M&A-Vertrag sein.³³ Oder es stellen sich Auslegungsfragen in

Bezug auf die *Closing Accounts* oder sonstige Jahresrechnungen inkl. für anwendbar erklärte Rechnungslegungsregeln wie Swiss GAAP (OR), Swiss GAAP FER, IFRS oder US GAAP.³⁴ Schliesslich können sich Auslegungsfragen auch betreffend das von den Parteien im M&A-Vertrag geregelte Verfahren, in dem die *Closing Accounts* oder sonstige Jahresrechnungen erstellt oder das *Net Debt*, das *Net Working Capital* oder ein Wert (oder einzelne Positionen davon) festgestellt werden sollen, ergeben.³⁵ Oft geht es dabei indirekt auch um Gesetzesauslegung (z.B. im Zusammenhang mit der Erstellung der *Closing Accounts* oder von sonstigen Jahresrechnungen) oder um die Auslegung von Swiss GAAP und damit des OR, wenn die Parteien im M&A-Vertrag diese Rechnungslegungsregeln für die *Closing Accounts* oder sonstige Jahresrechnungen für anwendbar erklärt haben. Entgegen einer verbreiteten Meinung ist damit auch die Auslegung und Anwendung von Rechnungslegungsregeln keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage, genauer eine Frage der Vertragsauslegung. Denn Rechnungslegungsregeln gelten für einen M&A-Vertrag nicht *per se*, sondern nur *qua* vertraglicher Integration in den M&A-Vertrag durch Übernahme. Es verhält sich nicht anders als bei der SIA-Norm 118, ja bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) überhaupt, die auch nicht *per se*, sondern nur nach Massgabe eines Vertrags infolge Übernahme Gültigkeit haben³⁶ und entsprechend wie Verträge auszulegen sind.³⁷

Erläutert werden kann die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage auch am Beispiel des Mangels. Ob ein Mangel vorliegt oder nicht, ist nicht nur eine Tat-, sondern v.a. auch eine Rechtsfrage, d.h. in erster Linie eine Frage der Vertragsauslegung. Denn der Mangel im Kauf (und Werk- und Miet-)vertragsrecht ist das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft, d.h. eine Vertragsabweichung im Sinne einer negativen Abweichung der Ist- von der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit.³⁸

Im Zusammenhang mit Art. 189 ZPO wird die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage oft verkannt, auch von den Anhängern der auch hier vertretenen Meinung, dass ein Schiedsgutachten nach Art. 189 ZPO nur Tat- und nicht auch Rechtsfragen beschlagen kann.³⁹ Das geht

³¹ So bereits ARTHUR BACHMANN, Der Schiedsgutachter, Diss. Zürich 1948, 34: «Im allgemeinen wird man sagen können, daß die Entscheidungskompetenz des Schiedsgutachters nicht über Tatfragen hinausreicht. Wenn schon die verbindliche Feststellung von Tatsachen durch die Gerichte anerkannt wird, darf man doch nicht so weit gehen, daß dem Richter seine eigentliche Aufgabe, die auf Grund von Erfahrungssätzen festgestellten Tatsachen unter Rechtsätzen zu subsumieren, gekürzt wird. Denn die Prüfung des gesetzmässigen Verhaltens fällt allein in die richterliche oder schiedsgerichtliche Kompetenz.»

³² CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 19 f.; FREY/MÜLLER (FN 12), 197, 212.

³³ CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 20; s. auch TOBIAS HÜTTCHÉ/GIORGIO MEIER-MAZZUCATO, Anwaltsrevue 2018, 319–324, 319, unter Hinweis auf ETIENNE SCHÖN, Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht, Diss. Zürich 2000, 237 ff. (= SSHW 196): «Unternehmensbewertung ist auch eine Rechtsfrage»; s. auch SCHÖLL (FN 3), 628, allerdings mit einer falschen Schlussfolgerung: «En outre, cela reviendrait à méconnaître le fait que lorsque l'expert-arbitre est appelé à déterminer «den inneren Wert einer Aktie [...], il exerce une activité impliquant forcément l'application de normes à un état de fait. La détermination de la valeur réelle d'actions peut en effet nécessiter l'application des dispositions contractuelles d'évaluation ainsi que des directives contenues dans des manuels de comptabilité [...] ou encore de standards d'audit (tel que les GAAP)»; a.M. z.B. NADJA ERK, Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärbindungsvertrag, REPRAX 2017, 146–182, 154 f., nach der eine Wertbestimmung eine Tatfrage ist; gl.M. wie ERK z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 10 f.; s. auch ROLF WATTER, Lessons learnt aus 20 Jahren M&A-Litigation, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XX, Zürich/Basel/Genf 2018, 12 f. zu den Abgründen vermeintlicher klarer Begriffe wie *Net Debt* oder *Project Losses*; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 4, zum Begriff des (normalisierten) EBITDA im Zusammenhang mit der Bestimmung des Werts von Aktien und zur diesbezüglich notwendigen Vertragsauslegung.

³⁴ Dazu im Allgemeinen z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 4), § 8 Rz. 1 ff.

³⁵ S. auch WATTER (FN 33), 8 ff., zum «Ärger mit *Closing Balance Sheets*» etc.

³⁶ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2015 vom 27. Juli 2015 E. 5.1, bezüglich SIA-Norm 118.

³⁷ Z.B. BGE 135 III 1 E. 2 S. 6, bezüglich AGB.

³⁸ Z.B. MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 1–9, 1 ff.; MARKUS VISCHER, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, ZBGR 2015, 217–228, 220.

³⁹ Z.B. GÖKSU (FN 1), Rz. 88, welcher zu Unrecht folgende Fragen als Tatfragen qualifiziert: «die Festlegung der Schadenshöhe oder des Grads der Erwerbsfähigkeit im Versicherungsbereich», «die Feststellung, ob eine Lieferung mangelhaft sei und welchen Minderwert sie gegebenenfalls hat», «Bewertungsfragen etwa im Erbschafts-, Gesellschafts- oder Liegenschaftsrecht»; richtig in Bezug auf Be-

letztlich auf die insgesamt verkannten Unterschiede zwischen Tatsache, Tatbestand und Rechtsverhältnis zurück.⁴⁰

Die entsprechenden «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen sind deshalb entgegen der fast einhelligen Lehre in aller Regel keine Schiedsgutachterklauseln i.S.v. Art. 189 ZPO,⁴¹ auch dann nicht, wenn sie die Parteien als solche bezeichnen. Denn eine falsche Qualifikation eines Vertrags bzw. einer Vertragsklausel ändert nichts an der Rechtsnatur des Vertrags bzw. der Vertragsklausel, gilt doch in Bezug auf die juristische Qualifikation von Verträgen bzw. Vertragsklauseln der Grundsatz *iura novit curia*.⁴² Mit anderen Worten ist eine Klausel nicht deswegen eine Schiedsgutachterklausel i.S.v. Art. 189 ZPO, weil die Parteien sie als solche qualifizieren und evtl. sogar explizit Art. 189 ZPO für anwendbar erklären.⁴³ Entsprechend gilt auch hier, dass sich die Rechtsanwendung nicht aus einer vorgegebenen juristischen Qualifikation, sondern aufgrund der vertraglichen Regelung mit anschließender juristischer Qualifikation ergibt.⁴⁴

2. Keine Schiedsklausel i.S.v. Art. 357 ZPO bzw. Art. 178 IPRG

In aller Regel qualifizieren die beschriebenen «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen nicht als Schiedsklauseln i.S.v. Art. 357 ZPO bzw. Art. 178 IPRG, weil das nicht dem Parteiwillen entspricht.⁴⁵ Das drückt sich u.a. dadurch aus, dass die entsprechenden M&A-Verträge i.d.R. eine umfassende Schieds- oder Gerichtsstandsklausel enthalten und die Parteien mit einer «Schiedsgutachterklausel» bewusst einen anderen «Rechtsweg» wählen. Das drückt sich weiter dadurch aus, dass die Parteien i.d.R. keinen Sitz bezeichnen und keine natürliche, sondern eine juristische Person als Dritten bezeichnen,⁴⁶

wertungsfragen z.B. OLIVIA PELLI, Beweisverträge im Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2012, 12 f. (= SSZ 14), mit Qualifikation der Wertbestimmung durch einen Dritten als Vertragspunkt-Bestimmung bzw., was hier terminologisch abgelehnt wird (s. Kapitel IV.3.3), als Schiedsgutachten im materiellrechtlichen Sinn.

⁴⁰ S. Kapitel III.

⁴¹ Gl.M. MARTIN BEYELER/TARKAN GÖKSU, Adjudikation von Baustreitigkeiten in der Schweiz (Teil 3), BR 2018, 277–281, 277 f.; a.M. z.B. SCHENKER (FN 8), 248; TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 4), 157; FREY/MÜLLER (FN 12), 206 ff.

⁴² Z.B. RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 203 ff. im Allgemeinen.

⁴³ Z.B. BGE 117 Ia 365 E. 5b S. 368 = Pra 1992 Nr. 153 S. 563; z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 185 N 55; BACHMANN (FN 31), 42 ff.; bezüglich Unterscheidung von Schiedsgutachter- und Schiedsklausel.

⁴⁴ Bezüglich Aktionärbindungsverträgen MARKUS VISCHER, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425–435, 430; s. bereits Kapitel III. zur Begriffsjurisprudenz.

⁴⁵ Zu diesem Abgrenzungskriterium des Parteiwillens z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2011 vom 5. Juli 2011 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_438/2008 vom 17. November 2008 E. 3.2.1; BGE 117 Ia 365 E. 8 S. 370 f. = Pra 1992 Nr. 153 S. 565 f.; BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 55, 60; BACHMANN (FN 31), 39 ff.

⁴⁶ S. Kapitel II.

auch wenn natürlich unter Umständen beide Bezeichnungen als Teil einer pathologischen Schiedsklausel wegdiskutiert werden könnten.⁴⁷

3. Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR

3.1 Art. 184 Abs. 3 OR im Allgemeinen

Art. 184 Abs. 3 OR statuiert, dass der Preis genügend bestimmt ist, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist. Art. 184 Abs. 3 OR gibt eine allgemeine Vertragsregel wieder, wonach der Vertragsinhalt in minimalen Umfang von den Parteien festgelegt werden muss.⁴⁸ Die Parteien müssen sich mit anderen Worten auf die sogenannten objektiv wesentlichen Punkte (*essentialia negotii*) geeinigt haben. Was das bedeutet, ist umstritten.

Nach der hier vertretenen Meinung ist unter den objektiv wesentlichen Punkten eine Einigung über den Geschäftskern zu verstehen.⁴⁹ Sind die typenwesentlichen Punkte des Kaufvertrags, also Kaufgegenstand⁵⁰ und Kaufpreis,⁵¹ wobei beim Kaufpreis, aber auch beim Kaufgegenstand⁵² Bestimmbarkeit genügt, von der Einigung der Parteien über den Geschäftskern erfasst, ist dieser Vertrag als Kaufvertrag zu qualifizieren.⁵³ Die Parteien müssen sich zudem auf die subjektiv wesentlichen Punkte geeinigt haben.

⁴⁷ Zu pathologischen Schiedsklauseln im Allgemeinen z.B. GÖKSU (FN 1), Rz. 541 f.; zu bezüglich Sitz pathologischen Schiedsklauseln z.B. DANIEL GIRSBERGER/MICHAEL MRÄZ, Missglückte («pathologische») Schiedsvereinbarungen: Risiken und Nebenwirkungen, in: Spühler (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht III, Zürich/Basel/Genf 2003, 143 ff.; zu bezüglich (juristischer) Person pathologischen Schiedsklauseln z.B. BGE 117 III 57 E. 4b S. 60; BGE 107 Ia 318 E. 5 S. 320 ff.; s. auch zur Kontroverse, ob nur natürliche oder auch juristische Personen als Schiedsrichter eingesetzt werden können, z.B. BSK ZPO-HABEGGER, Art. 361 N 10 m.w.H.

⁴⁸ Z.B. BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 44; BK-GIGER, OR Art. 253 N 87 ff.; zur Regelung im CISG s. Art. 14 CISG, aber auch Art. 55 CISG; zur gesetzlichen Regelung in Deutschland § 315–319 BGB.

⁴⁹ Z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf, Anwaltsrevue 2017, 473–487, 474 f.

⁵⁰ Z.B. BGE 127 III 248 E. 3d S. 254 = Pra 2002 Nr. 72 S. 417; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4D_71/2017 vom 31. Januar 2018, in welchem Fall die Parteien den Kaufgegenstand mit 45 Aktien = 10 % aller Aktien umschrieben hatten und das Bundesgericht feststellte, dass kein tatsächlicher oder rechtlicher Konsens bezüglich des Kaufgegenstands und damit kein Kaufvortrag vorlag, weil 10 % aller Aktien nicht 45, sondern 25 Aktien entsprachen.

⁵¹ Z.B. BGE 114 II 127 E. 2b S. 130.

⁵² Z.B. BGE 127 III 248 E. 3d S. 254 = Pra 2002 Nr. 72 S. 417; BGE 85 II 402 E. 2a S. 407 f.; BGE 84 II 266 E. 2a S. 273 f.; BGE 84 II 13 E. 2 S. 18 f.; BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 50; ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N 13.

⁵³ S. ganz allgemein zur Bestimmung eines Vertragspunkts anhand der Bestimmung einer geschuldeten Geldsumme PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band II, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 2330 ff.

Bestimbar ist der Kaufpreis i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR, wenn «er nach den Umständen bestimmbar ist».⁵⁴ I.d.R. verweisen die Parteien in Bezug auf die Preisbestimmung auf objektive Kriterien.⁵⁵ Sie können die Preisbestimmung aber auch einem Dritten oder sogar einer der Parteien überlassen.⁵⁶ Die Parteien können die Preisbestimmung aber nicht sich selber, d.h. einer späteren Einigung auf den Preis, überlassen.⁵⁷

Das für die Preisbestimmung Ausgeführte gilt, wie bereits gesagt, auch wenn es um die Bestimmung anderer Vertragspunkte als die Preisbestimmung, also insbesondere um die Bestimmung des Kaufgegenstands, geht.

Bei der Bestimmung von Vertragspunkten durch einen Dritten ergänzt der Dritte rechtsgestaltend die Willenserklärungen der Parteien und damit den Vertragswillen bzw. den Vertragsinhalt.⁵⁸ Die Vertragspunkt-Bestimmung wird so Teil des Vertrags. Der Dritte wird durch seine Tätigkeit jedoch nicht Partei des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags.⁵⁹

Die Willenserklärungen der Parteien werden durch die nötige Intervention des Dritten nicht bedingte Willenserklärungen. Mit anderen Worten ist die erfolgreiche Vertragspunkt-Bestimmung keine Bedingung i.S.v. Art. 151 ff. OR. Generell stellt die Einigung aufgrund «blosser» Bestimmbarkeit i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR keine bedingte Einigung dar, auch wenn eine gewisse Wesensverwandtschaft mit einer bedingten Einigung nicht abzustreiten ist.⁶⁰

Bei der Tätigkeit des Dritten handelt es sich nicht um eine Vertragsergänzung, weist der Vertrag doch mit den zwar nicht bestimmten, aber doch bestimmbareren Vertragspunkten, keine Lücke auf.⁶¹

Irrelevant ist, ob bei der Preisbestimmung oder bei der Bestimmung anderer Vertragspunkte Tat- und Rechtsfragen zu beantworten sind. Geht es um Tatfragen, kann der Dritte durchaus als Schiedsgutachter i.S.v. Art. 189 ZPO amten, wenn dies dem Parteiwillen entspricht.

Die Bindungswirkung der Preisbestimmung oder Bestimmung anderer Vertragspunkte durch den Dritten ergibt sich aufgrund des vertraglichen Willens der Parteien, nicht aufgrund der Anordnung des Gesetzgebers wie beim Schiedsgutachten nach Art. 189 ZPO.

Der Dritte ist nicht verpflichtet, tätig zu werden, es sei denn, es komme ein entsprechender Vertrag zwischen den Parteien und ihm zustande. Ein solcher Vertrag qualifiziert als Mandatsvertrag bzw., wenn es nur um Tatfragen geht, als Schiedsgutachtervertrag.⁶²

3.2 «Schiedsgutachterklauseln» als Anwendungsfall von Art. 184 Abs. 3 OR

Aufgrund des Ausgeführten ist klar, dass «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen i.d.R. Anwendungsfälle von Art. 184 Abs. 3 OR sind.⁶³ Denn die Parteien überlassen die Preisbestimmung bzw. Aspekte der Preisbestimmung wie Preisanpassungen oder *Earn Out*-Zahlungen bzw. die Bestimmung anderer Vertragspunkte einem Dritten, wenn sie sich nicht einigen können.

3.3 «Schiedsgutachterklauseln» als Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln

Weil es bei «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen i.d.R. auch um die Beurteilung von Rechtsfragen geht, werden sie besser als Preisbestimmungsklauseln bzw. generell, insbesondere wenn es um andere Vertragspunkte als den Preis geht, als *Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln* bezeichnet.⁶⁴

Die von der Literatur auch verwendeten Begriffe der «Schiedsgutachterklausel im materiellrechtlichen Sinn» (im Gegensatz zur Schiedsgutachterklausel im prozessrechtlichen Sinn⁶⁵) oder der «Klausel über ein vertragsergänzendes Schiedsgutachten»⁶⁶ werden u.E. besser

⁵⁴ Zum Sonderfall von Art. 212 OR z.B. BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 47, Art. 212 N 1 ff., wobei allerdings Art. 212 OR bei M&A-Verträgen höchstens dann eine Rolle spielen kann, wenn es um kotierte Aktien geht, denn nicht kotierte Aktien bzw. Unternehmen haben keinen Marktpreis i.S.v. Art. 212 OR.

⁵⁵ Z.B. BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 47.

⁵⁶ Z.B. BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 47.

⁵⁷ Z.B. BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 45; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 346.

⁵⁸ BEYELER/GÖKSU (FN 41), 277; CHRISTIAN GRÜNEBERG, in: Beck'sche Kurz-Kommentare, Palandt, 77. A., München 2018, § 319 BGB N 3, 5; VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 1510 (= AISUF 301); BACHMANN (FN 31), 29 f., 61.

⁵⁹ BACHMANN (FN 31), 29.

⁶⁰ S. auch GRÜNEBERG (FN 58), § 319 BGB N 9; s. auch BK-WEBER, OR Art. 72 N 53, der beim Wahlrecht eines Dritten bei der Wahlobligation i.S.v. Art. 72 OR eine bedingte Einigung sieht.

⁶¹ GULDENER (FN 27), 598, Anm. 16a, allerdings bezüglich Schiedsgutachtertätigkeit: «Aufgabe des Schiedsgutachters ist nicht die Ergänzung eines unvollständigen Vertragsinhalts, wie oft angenommen wird. Wenn z.B. in einem Unfallversicherungsvertrag festgelegt wird, die Versicherungssumme bemesse sich nach dem Grad der durch den Unfall bewirkten Erwerbsunfähigkeit, deren Höhe der Schiedsgutachter festzustellen habe, so hat der Vertrag einen ausreichenden Inhalt.»

⁶² Zur Qualifikation des Gutachtervertrags als Auftrag z.B. BGE 127 III 328; zur Qualifikation des Schiedsgutachtervertrags als Auftrag z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 28.

⁶³ GL.M. bezüglich Kaufpreisanpassungsklauseln CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 184 N 57.

⁶⁴ S. auch MONN (FN 58), Rz. 1511, welcher im Zusammenhang einer Vertragspunkt-Bestimmung durch einen Dritten bewusst den Begriff des Schiedsgutachters nicht verwendet; s. auch GRÜNEBERG (FN 58), § 317 BGB N 3 mit dem Hinweis, dass die Bezeichnung Schiedsgutachten für die Vertragspunkt-Bestimmung an sich nicht passt, auch wenn sie in der Praxis verwendet wird.

⁶⁵ Z.B. PELLI (FN 39), 11 ff., s. auch 12, Anm. 52, wo sie erwägt, ob nicht der Begriff Vertragsergänzungvereinbarung der bessere Begriff wäre.

⁶⁶ Z.B. NOEMI BHALLA/ISAAK MEIER/NICOLA MÜLLER, Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich/Basel/Genf 2018, 525; DIKE Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 189 N 8, 19.

vermieden.⁶⁷ Diese Begriffe sind durch Art. 189 ZPO bereits besetzt. Auch der Begriff des aufgrund solcher Klauseln durchgeführten Verfahrens als «freies» oder «obligationenrechtliches Schiedsverfahren»⁶⁸ wird in diesem Zusammenhang besser vermieden, weil es sich um kein Schiedsverfahren im eigentlichen Sinne handelt.

4. Konsequenzen der Qualifikation von «Schiedsgutachterklauseln» als Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR

4.1 Nichtanwendbarkeit von Art. 189 ZPO

Weil Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln in M&A-Verträgen i.d.R. keine Schiedsgutachterklauseln sind,⁶⁹ ist Art. 189 ZPO auf diese Klauseln i.d.R. nicht direkt anwendbar.⁷⁰ Für diese Klauseln gelten damit i.d.R. weder die Formvorschriften gemäss Art. 189 Abs. 2 ZPO noch sind Vertragspunkt-Bestimmungen, also z.B. Preisbestimmungen, durch Dritte keine für das Gericht i.S.v. Art. 189 Abs. 3 ZPO verbindliche Schiedsgutachten.

4.2 Zustandekommen des M&A-Vertrags

Die blosser Bestimmbarkeit des Preises hindert das (unbedingte⁷¹ und lückenlose⁷²) Zustandekommen von M&A-Verträgen mit (*lege artis* formulierten) Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln nicht. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Vertragspunkt-Bestimmung später nicht wie von den Parteien vorgestellt erfolgt, es also unter der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel zu Abwicklungsproblemen kommt. Es liegt alsdann nicht ein Problem des Zustandekommens des Vertrags, sondern ein Problem der Erfüllung bzw. Nichterfüllung des Vertrags vor.⁷³

⁶⁷ Gl.M. bereits BACHMANN (FN 31), 61: «Die materiellrechtliche Auffassung hat selbstverständlich dort ihre Berechtigung, wo dem Dritten die Aufgabe zufällt, eine Leistung inhaltlich zu bestimmen, d.h. konstitutiv auf ein Rechtsverhältnis einzuwirken. Nach unseren Begriffen ist der Dritte dann aber nicht Schiedsgutachter.»; gl.M. wie BACHMANN DIKE Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 189 N 19: «Ebenso wenig ist ein rechtsgestaltendes, vertragsergänzendes Schiedsgutachten ein Schiedsgutachten i.S.v. Art. 189 ZPO. Derartige Schiedsgutachten, die durchaus vorkommen und auch nach schweizerischem Recht zulässig sind, sind i.S. der vor der ZPO ergangenen Rechtsprechung allein unter dem Gesichtspunkt des materiellen Rechtes zu beurteilen und nicht unter jenem von Art. 189 ZPO.»; THOMAS WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 189 N 6; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 25), vor §§ 238–258 aZPO/ZH N 8b.

⁶⁸ Z.B. BEYELER/GÖRSU (FN 41), 277 f.

⁶⁹ S. Kapitel IV.1.

⁷⁰ S. zur indirekten Anwendung aber Kapitel IV.4.5 und Kapitel IV.4.7.

⁷¹ S. Kapitel IV.3.1.

⁷² S. Kapitel IV.3.1.

⁷³ PIERRE JOLIDON, Réflexion sur l'expertise-arbitrage en droit suisse, in: Dessemontet/Piotet (Hrsg.), Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, 172: «[...] si les modalités selon lesquelles ce montant devra

4.3 Anwendbarkeit des allgemeinen Vertragsrechts auf Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln

Auf Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR ist das allgemeine Vertragsrecht gemäss Art. 1 ff. OR anwendbar.⁷⁴

4.4 Zustandekommen, Auslegung und Lückenfüllung der Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln

Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln unterstehen dem allgemeinen Vertragsrecht u.a. in Bezug auf das Zustandekommen, die Auslegung und die Lückenfüllung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diesbezüglich primär subjektiv und subsidiär objektiv vorzugehen. Primär geht es entsprechend um das Feststellen eines tatsächlichen Konsenses der Parteien und um eine subjektive Auslegung und Ergänzung nach dem wirklichen Willen der Parteien (Rekonstruktion des Parteiwillens). Ist dieser nicht feststellbar, geht es subsidiär um das «Feststellen» eines rechtlichen Konsenses der Parteien und um eine objektive Auslegung und Ergänzung nach dem Vertrauensprinzip (Konstruktion des Parteiwillens). Massgebend beim rechtlichen Konsens und bei der objektiven Auslegung und Ergänzung ist der hypothetische Parteiwille, d.h. der Parteiwille, den die Parteien unter den gegebenen Umständen als vernünftig und redlich handelnde Personen nach Treu und Glauben gehabt hätten.⁷⁵

Diese Regeln sind auch massgebend in Bezug auf das Ausmass der Bindungswirkung der Vertragspunkt-Bestimmung für die Parteien⁷⁶ und zur Eruierung der vertraglichen Pflichten der Parteien in Bezug auf die Vertragspunkt-Bestimmung untereinander und gegenüber dem Dritten.

Bei Fehlen einer expliziten Regelung dieser Pflichten in Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln dürfte i.d.R. (nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) aufgrund des wirklichen oder hypothetischen Parteiwillens der Parteien davon auszugehen sein, dass den Parteien minimal die Pflicht zur aktiven Teilnahme am Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren obliegt. Insbesondere dürften

être déterminé sont convenues, l'application des clauses y relatives ne relève pas de la conclusion, mais de l'exécution du contrat.»; s. dazu auch Kapitel IV.4.7.

⁷⁴ S. die in FN 67 zitierten Autoren.

⁷⁵ BK-MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 4 N 25; zum Ganzen im Allgemeinen z.B. VISCHER (FN 44), 432; zur Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach subjektiv-objektiv vorzugehen sei, z.B. MARKUS VISCHER, BGER 4A_129/2017: Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf den gemischten Vertrag mit auftragsähnlichem Charakter, AJP 2018, 1151–1156, 1154, Anm 22; MARKUS VISCHER, BGER 4A_451/2017: Die «besondere Vereinbarung» bezüglich Nebenkosten, AJP 2018, 765–771, 766 f.; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2/2018, 222–229, 227 f.; neu-lich auch BK-MÜLLER, OR Art. 18 N 70 ff.

⁷⁶ S. bereits Kapitel IV.3.1.

die Parteien auch zur gegenseitigen Unterstützung und zur Unterstützung des Dritten z.B. durch die Lieferung der notwendigen Informationen an die andere Partei und an den Dritten oder durch die Tragung der notwendigen Kosten des Dritten verpflichtet sein.⁷⁷ Nichtsdestoweniger tun die Parteien gut daran, diese Pflichten in Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln explizit zu regeln.⁷⁸ I.d.R. geschieht dies in M&A-Verträgen in Bezug auf die Lieferung der notwendigen Informationen an die andere Partei und an den Dritten und in Bezug auf die Tragung der Kosten des Dritten.⁷⁹

Bei der Frage des Zustandekommens der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel dürfte in der Praxis bei Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln die anfängliche objektive Unmöglichkeit öfters eine Rolle spielen. Diese fällt unter Art. 20 OR.⁸⁰ Sie liegt z.B. dann vor, wenn die Parteien die Ernennung des Dritten einem Richter vorbehalten, der dafür nicht zuständig ist.⁸¹

Im Falle der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit, ist i.d.R. von modifizierter Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR in Bezug auf den M&A-Vertrag bzw. die Vertragspunkt-Bestimmungsklausel auszugehen, auch weil im M&A-Vertrag i.d.R. eine *Severability-Clause* (salvatorische Klausel) vorhanden ist.⁸² Es liegt alsdann eine Vertragslücke im M&A-Vertrag vor, welche der Richter in Vertragsergänzung (nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) aufgrund des wirklichen oder hypothetischen Parteiwillens zu füllen hat.⁸³

4.5 Schranken für Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln

Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln unterliegen den allgemeinen gesetzlichen Schranken,⁸⁴ wie neben Art. 2 Abs. 2 ZGB⁸⁵ insbesondere Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 20 OR.⁸⁶

Bei Generalklauseln wie Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 20 OR können verfassungsrechtliche Regelungen im Sinne einer indirekten Drittwirkung bei der Auslegung herangezogen werden.⁸⁷ Im Vordergrund stehen dabei im vorliegenden Zusammenhang Art. 29 BV und die darin enthaltenen Verfahrensgarantien.⁸⁸

Im Lichte von Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 20 OR ist deshalb diskutierbar, ob Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln mit Einbindung eines Dritten nichtig sind, wenn sie nicht minimale prozedurale Leitlinien für das Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren – also das Verfahren, in dem die Vertragspunkt-Bestimmung erfolgt – enthalten. Zu solchen minimalen prozeduralen Leitlinien gehört wohl, dass der Dritte in einem Mindestmass von den Parteien unabhängig ist. Ferner muss das Verfahren wohl in einem Mindestmass fair sein.⁸⁹ Insbesondere muss der Dritte die Parteien wohl minimal anhören, minimal sorgfältig vorgehen, z.B. bezüglich Feststellung von Tatsachen, und evtl. auch seine Vertragspunkt-Bestimmung minimal begründen.⁹⁰ Art. 189 Abs. 3 ZPO (genauer Art. 189 Abs. 3 lit. a, lit. b und lit. c erster Satzteil ZPO) wäre alsdann bis zu einem gewissen Grade indirekt anwendbar, auch wenn es im vorliegenden Kontext nach der hier vertretenen Auffassung i.d.R. nicht um Schiedsgutachterverfahren geht.⁹¹

Im Lichte von Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 20 OR ist weiter diskutierbar, ob Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln mit Einbindung eines Dritten nichtig sind, wenn sie nicht minimale materielle Leitlinien für die Vertragspunkt-Bestimmung mindestens im Sinne einer Vertragspunkt-Bestimmung durch den Dritten «nach billigem Ermessen»⁹² enthalten.⁹³

⁷⁷ S. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 3.2, zur angenommenen Nebenpflicht der Parteien zur Wahrung der Neutralität des Dritten.

⁷⁸ S. auch BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 32 f. bezüglich Schiedsgutachterklauseln.

⁷⁹ S. auch Kapitel IV.4.5 zu den prozeduralen Vorgaben in Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln.

⁸⁰ Z.B. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 12.

⁸¹ Für ein Beispiel: BGE 141 III 274, bezüglich Ernennung von Schiedsgutachtern.

⁸² Zu dieser Klausel im Allgemeinen BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 68; SYLVAIN MARCHAND, *Clauses contractuelles*, Basel 2008, 246.

⁸³ VISCHER/GALLI (FN 75), 227 f.; s. dazu auch Kapitel IV.4.5.

⁸⁴ S. Art. 19 OR; z.B. KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 5; ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N 89.

⁸⁵ Z.B. KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 5; ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N 89.

⁸⁶ Z.B. BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 47; KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 21; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 57), Rz. 345; CLAIRE HUGUENIN/EVA MAISSEN, *Bedingungsänderungsklauseln*, in: Fuhrer/Weber (Hrsg.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen*, Zürich/Basel/Genf 2011, 106 f.; ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N 89; s. auch BGE 85 II 402 E. 2b S. 408 f., E. 4 S. 413; BGE 84 II 266 E. 4 S. 276; BGE 84 II 13 E. 4 S. 22; s. auch bezüglich Art. 14 CISG ULRICH G.

SCHROETER, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6. A., München 2013, Art. 14 CISG N 14; zur Anwendung von Art. 27 ZGB auf die Wertdisparität von Leistung und Gegenleistung im Allgemeinen z.B. BGE 115 II 232; zum Verhältnis von Art. 27 OR und Art. 20 OR im Allgemeinen z.B. MARKUS VISCHER, BGer 4A_45/2017: *Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation*, AJP 2017, 1129–1135, 1132 f., wonach die Nichtigkeitsfolge nicht direkt aus Art. 27 ZGB, sondern aus Art. 20 OR ableitbar ist und entsprechend auch im Bereich von Art. 27 ZGB die Regeln über die Teilnichtigkeit bzw. über die modifizierte Teilnichtigkeit von Art. 20 Abs. 2 OR zum Zuge kommen.

⁸⁷ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 5A_384/2018 vom 21. September 2018 (zur amtlichen Publikation bestimmt) E. 3; BGE 143 I 217 E. 5.2 S. 218 f. = Pra 2018 Nr. 67 S. 572; BGE 137 III 59 E. 4.1 S. 61 f.

⁸⁸ Zu Art. 29 BV z.B. BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N 1 ff.

⁸⁹ GL.M. BEYELER/GÖKSU (FN 41), 277.

⁹⁰ Zu den diesbezüglichen Anforderungen nach deutschem Recht z.B. GRÜNEBERG (FN 58), § 319 BGB N 5a.

⁹¹ GL.M. DIKE *Komm-ZPO-MÜLLER*, Art. 189 N 19.

⁹² S. § 319 Abs. 1 BGB.

⁹³ S. z.B. KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 5, 21, und ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N 89, welche nur eine Vertragspunkt-Bestimmung durch einen Dritten aufgrund nachprüfbarer Massstäbe für zulässig halten; wohl gl.M. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 57), Rz. 345; BACHMANN (FN 31), 29 f.; unklar MONN (FN 58), Rz. 1520; s. auch BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 47, KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 21, und ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N 90, welche im Zweifelsfall analog § 317 Abs. 1 BGB eine Vertragspunkt-Bestimmung durch einen Dritten «nach billigem Ermessen» verlangen; s. aber auch die

Bei Fehlen einer expliziten Regelung in Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln ist i.d.R. (nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) aufgrund des wirklichen oder hypothetischen Parteiwillens der Parteien davon auszugehen, dass die Parteien die genannten minimalen prozeduralen und materiellen Leitlinien vorgegeben haben. Nichtsdestoweniger tun die Parteien auch diesbezüglich angesichts der rechtlichen Unsicherheiten und der drohenden Nichtigkeitsfolge gut daran, in Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln klare prozedurale und materielle Leitlinien für die Vertragspunkt-Bestimmung durch den Dritten vorzugeben.⁹⁴

Das geschieht in M&A-Verträgen i.d.R. in Bezug auf materielle Leitlinien,⁹⁵ wie bereits ausgeführt nicht jedoch in Bezug auf prozedurale Leitlinien. Vielmehr ist in den Verträgen in Bezug auf Letztere meist lediglich der Start des Verfahrens, insbesondere das Verfahren für die Bestimmung des Dritten geregelt.⁹⁶ Evtl. sind auch noch einige Fristen, z.B. bis wann der Dritte die Vertragspunkt-Bestimmung vornehmen muss, und die gegenseitige Unterstützung sowie die Unterstützung und die Tragung der Kosten des Dritten durch die Parteien vereinbart.⁹⁷

Liegt ein Fall der Anwendbarkeit von Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 20 OR im beschriebenen Sinn vor, ist i.d.R. von Teilnichtigkeit des M&A-Vertrags bzw. der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR auszugehen. Infolge dieser Teilnichtigkeit liegt eine Vertragslücke vor, welcher der Richter in einer Vertragsergänzung (nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) aufgrund des wirklichen oder hypothetischen Parteiwillens durch eine Ersatzregel zu füllen hat (sogenannte modifizierte Teilnichtigkeit). Der Richter kann diese Ersatzregel auch so festlegen, dass er die Vertragspunkt-

Bestimmung vorzunehmen hat und diese anschliessend entsprechend gleich selbst vornimmt.⁹⁸

Ob der Richter in Realerfüllung einer Vertragspunkt-Bestimmungsklausel oder in Erfüllung einer Ersatzregel einem Dritten, dessen Einverständnis vorausgesetzt, den Auftrag zur Vertragspunkt-Bestimmung erteilen darf, ist ein zivilprozessuales Problem und wohl zu bejahen.⁹⁹

Eine Vertragsergänzung im beschriebenen Sinn scheitert in Bezug auf eine Preisbestimmungsklausel nicht daran, dass in der Lehre und Rechtsprechung umstritten ist, ob und inwieweit eine Vertragsergänzung in einem objektiv wesentlichen Punkt (wie eben grundsätzlich beim Kaufvertrag der Preis¹⁰⁰) möglich ist.¹⁰¹ Denn es geht nicht mehr um die Frage, ob der Vertrag zustande gekommen ist,¹⁰² und damit auch nicht mehr um Vertragsergänzung in einem nicht ergänzungsfähigen objektiv wesentlichen Punkt.¹⁰³

4.6 Grundlagenirrtum, absichtliche Täuschung etc. bei Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln

Aufgrund der Anwendbarkeit des allgemeinen Vertragsrechts ist klar, dass sich die Parteien in Bezug auf die Vertragspunkt-Bestimmungsklausel, aber auch in Bezug auf die Vertragspunkt-Bestimmung, welche Teil des Vertrags

deutsche Regelung in § 319 Abs. 2 BGB, nach dem eine Vertragspunkt-Bestimmung durch einen Dritten «nach freiem Belieben» zulässig ist; s. auch SHK-PROBST, Art. 8 UWG N 321, Anm. 568, zu den sogenannten «carte blanche»-Klauseln, d.h. Klauseln zur Vertragspunkt-Bestimmung durch die andere Partei nach billigem [oder sogar nach freiem] Ermessen, mit Verortung des Problems nicht bei Art. 27 ZGB, sondern beim fehlenden Konsens: «Es gibt keinen vertraglichen «Konsens» nach Massgabe des «billigen Ermessens der Gegenpartei» [...], und: «Nota: Die Gültigkeitskontrolle (insb. Art. 27 ZGB) tritt erst dann auf den Plan, wenn ein Rechtsbindungswille bzw. ein Konsens über einen bestimmmbaren Vertragsinhalt nachgewiesen ist [...]»; in die gleiche Richtung wie PROBST wohl BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10: «Damit Anpassungsklauseln aber überhaupt gültig sind, müssen regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung vertraglich bestimmt werden; [...]».

⁹⁴ Gl.M. für den Schiedsgutachter z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 35; CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 28; BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kap. N 297.

⁹⁵ Für ein Beispiel: Urteil des Bundesgerichts 4A_361/2012 vom 30. Oktober 2012.

⁹⁶ Für ein Beispiel: Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2016 vom 20. März 2017.

⁹⁷ Für ein Beispiel: Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2016 vom 20. März 2017; Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016; s. bereits Kapitel IV.4.4.

⁹⁸ So, und nur so, also ohne die Möglichkeit für den Richter, andere Ersatzregeln zu definieren, die deutsche Regelung in § 319 Abs. 1 BGB bei der Vorgabe der Vertragspunkt-Bestimmung «nach billigem Ermessen», wenn die Vertragspunkt-Bestimmung des Dritten «offenbar unbillig ist» oder «wenn der Dritte die [Vertragspunkt-] Bestimmung nicht treffen kann oder will [...]»; für eine Vertragspunkt-Bestimmung durch den Richter BK-MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 4 N 26; für eine Vertragspunkt-Bestimmung durch den Richter bei der Vorgabe der Vertragspunkt-Bestimmung «nach billigem Ermessen» im Falle einer unbilligen Vertragspunkt-Bestimmung ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N 92, allerdings nicht gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR, sondern gestützt auf Art. 97 OR als Naturalrestitution; s. auch BGE 85 II 402 E. 2b S. 409: «Dem Beklagten würde daher das Recht zustehen, zu gegebener Zeit für die definitive Preisbestimmung nötigenfalls den Richter anzurufen.»; s. auch BK-WEBER, OR Art. 72 N 53, zur Ausübung des Wahlrechts durch den Richter bei Nichtausübung des Wahlrechts durch den Wahlberechtigten bei der Wahlobligatorik i.S.v. Art. 72 OR; für ein Beispiel einer Vertragspunkt-Bestimmung durch den Richter anstelle des Dritten: Urteil des Bundesgerichts 4A_282/2017 vom 2. Mai 2018, Sachverhalt Teil C.b; s. auch Kapitel IV.4.7.

⁹⁹ Z.B. zu den entsprechenden Fragen im Zusammenhang mit der Ernennung eines Organs oder Sachwalters gemäss Art. 731b OR z.B. MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2013, 436, Anm. 1780 (= SSW 316).

¹⁰⁰ S. Kapitel IV.3.1.

¹⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 57), Rz. 1270 ff.

¹⁰² S. Kapitel IV.4.2.

¹⁰³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 57), Rz. 1275; s. bereits Kapitel IV.3.1; anders die deutsche Regelung in § 319 Abs. 2 BGB, wo angeordnet wird, dass bei der Vorgabe der Vertragspunkt-Bestimmung «nach freiem Belieben» der Vertrag dahinfällt, wenn der Dritte die Vertragspunkt-Bestimmung nicht treffen kann oder will. Dem liegt offenbar die Meinung zugrunde, dass bei der Vorgabe der Vertragspunkt-Bestimmung «nach freiem Belieben» eine Ergänzung durch den Richter und insbesondere auch eine Vertragspunkt-Bestimmung durch den Richter selbst nicht möglich ist.

wird,¹⁰⁴ auf Grundlagenirrtum oder absichtliche Täuschung berufen können.¹⁰⁵ Ein Grundlagenirrtum in Bezug auf die Vertragspunkt-Bestimmung wirft allerdings die schwierige Frage auf, ob ein Irrtum in Bezug auf einen zukünftigen Sachverhalt vorliegt und wenn ja, ob und inwieweit ein solcher Irrtum rechtlich relevant ist.¹⁰⁶

Ein Fall von Grundlagenirrtum oder sogar absichtlicher Täuschung könnte z.B. dann gegeben sein, wenn der Dritte entgegen den Vorstellungen einer Partei nicht von der anderen Partei unabhängig ist.

Selbstverständlich können die Parteien bei gegebenen Voraussetzungen auch die anderen vertraglichen Unverbindlichkeitsgründe anrufen, wie Übervorteilung i.S.v. Art. 21 OR¹⁰⁷ oder Furchterregung i.S.v. Art. 29 f. OR.

4.7 Abwicklungsprobleme bei Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln

Nimmt der Dritte die Vertragspunkt-Bestimmung nicht bzw. nicht in der von den Parteien vorgegeben Zeit vor, z.B. weil er das entsprechende Mandat ablehnt, so gilt erneut das allgemeine Vertragsrecht.¹⁰⁸ Generell liegt ein Nichterfüllungsproblem des Vertrags vor.¹⁰⁹ I.d.R. ist dieses Nichterfüllungsproblem ein Fall der nachträglich verschuldeten oder unverschuldeten Unmöglichkeit i.S.v. Art. 97 OR oder Art. 119 OR.¹¹⁰ Bei verschuldeter Unmöglichkeit ergeben sich je nachdem, ob objektive oder subjektive Unmöglichkeit vorliegt, unterschiedliche Rechtsfolgen.¹¹¹ Verschuldete Unmöglichkeit kann dazu führen, dass der Richter die eine Partei zur Realerfüllung (z.B. zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber dem Dritten, der die Vertragspunkt-Bestimmung vornehmen soll¹¹²) oder zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet. Bei unverschuldeter Unmöglichkeit fällt die Ver-

tragspunkt-Bestimmungsklausel aufgrund von Art. 119 Abs. 1 OR dahin.¹¹³ Es liegt alsdann i.d.R. ein Fall einer modifizierten Teilunmöglichkeit des M&A-Vertrags bzw. der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel und damit eine Vertragslücke vor, welche der Richter in Vertragsergänzung (nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) aufgrund des wirklichen oder hypothetischen Parteiwillens zu füllen hat, sofern dies möglich ist.¹¹⁴ Andernfalls fällt der M&A-Vertrag insgesamt dahin.¹¹⁵ Der Richter kann z.B. bei Nichtannahme des Mandats durch den von den Parteien in der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel bezeichneten Dritten eine vertragliche Ersatzregel festlegen, wonach ein anderer Dritter oder ein durch eine bestimmte Institution bezeichneter Dritter der die Vertragspunkt-Bestimmung vornehmende Dritte ist. Er kann aber auch erneut die Vertragspunkt-Bestimmung gleich selbst vornehmen.¹¹⁶

Nimmt der Dritte die Vertragspunkt-Bestimmung zwar vor, aber entgegen den prozeduralen und/oder materiellen Vorgaben der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel, also «unrichtig» und damit fehlerhaft, so liegt keine Vertragspunkt-Bestimmung im Sinne der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel vor. Die unrichtige Vertragspunkt-Bestimmung ist rechtlich unwirksam. Denn die Vertragspunkt-Bestimmung soll nach dem Parteiwillen für die Parteien nur bindend sein, wenn sie in Übereinstimmung mit den prozeduralen und materiellen Vorgaben der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel erfolgt.¹¹⁷ In Auslegung der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel nach seiner *ratio* bzw. in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 OR ist allerdings zu postulieren, dass die Vertragspunkt-Bestimmung nur im Wesentlichen vom Konsens der Parteien in der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel gedeckt sein muss.¹¹⁸ Das bedeutet, dass nur eine qualifiziert un-

¹⁰⁴ S. Kapitel IV.3.1.

¹⁰⁵ S. auch § 318 Abs. 2 BGB in Bezug auf die Vertragspunkt-Bestimmung; s. auch BGE 85 II 402 E. 5a S. 415 f.

¹⁰⁶ Zur diesbezüglichen Kontroverse z.B. BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 18; s. auch § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach eine offensichtlich unbillige Vertragspunkt-Bestimmung unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen zur Annahme eines Grundlagenirrtums unverbindlich ist.

¹⁰⁷ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 184 N 56; s. auch BGE 85 II 402 E. 3 S. 412.

¹⁰⁸ BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 51; KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 6; s. auch BGE 110 II 150 E. 1 S. 150 = Pra 1984 Nr. 173 S. 480, bezüglich Nichtvornahme der Wahl durch den Wahlberechtigten bei der Wahlobligation i.S.v. Art. 72 OR.

¹⁰⁹ S. bereits Kapitel IV.4.2.

¹¹⁰ BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 52; KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 6; CR OR I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 184 N 55, bezüglich Art. 119 OR.

¹¹¹ Zum Meinungsstreit, ob die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit unter Art. 97 OR oder Art. 102 ff. OR fällt z.B. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 13.

¹¹² S. Art. 344 ZPO; z.B. ADRIEN GABELLON/LUDIVINE DELALOYE, *Quelles solutions face à l'échec d'une expertise-arbitrage?*, AJP 2018, 617–623, 620; BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 37; SCHÖLL (FN 3), 637 f., allerdings in Bezug auf die Bestellung eines Schiedsgutachters nach Art. 189 ZPO; für ein Beispiel: BGE 129 III 535 Sachverhalt Teil B, erneut in Bezug auf einen Schiedsgutachter.

¹¹³ GABELLON/DELALOYE (FN 112), 620, und SCHÖLL (FN 3), 638 f., in Bezug auf einen Schiedsgutachter.

¹¹⁴ KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 6 mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Vertragsergänzung; s. auch BGE 107 II 144 E. 3 S. 148 f., zur Vertragsergänzung bei Teilunmöglichkeit, wo zwar die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR abgelehnt wird, aber trotzdem so verfahren wird, wie wenn Art. 20 Abs. 2 OR anwendbar wäre.

¹¹⁵ Z.B. GABELLON/DELALOYE (FN 112), 620; BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 52, KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 6; teilweise anders die bereits beschriebene deutsche Regelung in § 319 BGB, wonach der Richter bei der Vorgabe der Vertragspunkt-Bestimmung «nach billigem Ermessen» die Vertragspunkt-Bestimmung selbst vorzunehmen hat, und der Vertrag nur bei der Vorgabe der Vertragspunkt-Bestimmung «nach freiem Belieben» dahinfällt, wenn der Dritte die [Vertragspunkt-]Bestimmung nicht treffen kann oder will.»

¹¹⁶ BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 52, und KUKO-KIKINIS, Art. 184 OR N 6, je mit dem richtigen Hinweis, dass dies nur möglich ist, wenn es die Vertragsergänzung hergibt, es insbesondere also den Parteien nicht wesentlich war, dass genau der von ihnen bestimmte Dritte die Vertragspunkt-Bestimmung vornimmt.

¹¹⁷ So Urteil des Bundesgerichts 4A_361/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2: «Il en résulte a contrario qu'un prix déterminé en violation de la Convention ne peut être imposé ni au vendeur ni à l'acheteur.»

¹¹⁸ S. auch FELIX BUFF, *Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2016, 189 (= ZStP 275).

richtige Vertragspunkt-Bestimmung unwirksam und für die Parteien nicht bindend ist. In Bezug auf die materielle Richtigkeit wäre alsdann Art. 189 Abs. 3 lit. c Satzteil 2 ZPO (keine Bindung des Richters [und damit der Parteien] an das Schiedsgutachten nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit¹¹⁹) bis zu einem gewissen Grade indirekt anwendbar, auch wenn es im vorliegenden Kontext nach der hier vertretenen Auffassung i.d.R. nicht um Schiedsgutachten geht.¹²⁰

Bei Unwirksamkeit der Vertragspunkt-Bestimmung liegt erneut ein Fall von Art. 97 OR oder Art. 119 OR vor.¹²¹

4.8 Im Einzelnen: Kognition des Richters in Bezug auf Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln

Die Vertragspunkt-Bestimmung durch einen Dritten unterliegt nicht *per se* der Überprüfung durch den Richter. Insbesondere hat er die Vertragspunkt-Bestimmung nicht auf die Einhaltung irgendwelcher prozeduraler oder materieller Standards oder auf ihre prozedurale oder materielle Gerechtigkeit zu überprüfen. Vielmehr hat der Richter in Bezug auf die Vertragspunkt-Bestimmungsklausel und die Vertragspunkt-Bestimmung nur diejenigen Kompetenzen, die er bei der Überprüfung eines jeden Vertrags hat. So kann er z.B. die Vertragspunkt-Bestimmung auf Grundlagenirrtum, absichtliche Täuschung etc.¹²² und auf die Einhaltung der prozeduralen und materiellen Vorgaben in der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel (wie allenfalls in einer späteren Vereinbarung zwischen den Parteien präzisiert¹²³) überprüfen.¹²⁴

Zu erinnern ist, dass Art. 189 ZPO nicht direkt, sondern bis zu einem gewissen Grade indirekt zur Anwendung kommt.¹²⁵

V. Würdigung von «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen

In der Praxis erweisen sich die aufgrund von «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen durchgeführten Verfahren entgegen den Hoffnungen der Parteien¹²⁶ als

sehr kompliziert und damit kostspielig und zeitaufwändig.¹²⁷ Ein Grund dafür ist, dass die Parteien trotz allen gegenteiligen Erklärungen im M&A-Vertrag oft nicht gewillt sind, die Vertragspunkt-Bestimmung des Dritten zu akzeptieren und bereits während dem laufenden Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren oder spätestens bei Vorliegen der Vertragspunkt-Bestimmung an den Richter gelangen.¹²⁸ Es stellen sich dann dem Richter oft komplexe Fragen, nämlich u.a. die Frage nach der «Rechtsweggebelung», also danach, was er als Richter und was der Dritte zu entscheiden haben¹²⁹ und wie das Gerichtsverfahren und das Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren zu koordinieren sind.¹³⁰ An diesem Befund ändert auch dann nichts, wenn man die «Schiedsgutachterklausel» entgegen der hier vertretenen Meinung nicht nur als Vertragspunkt-Bestimmungsklausel, sondern auch als Schiedsgutachterklausel und die «Lösung» des Dritten nicht nur als Vertragspunkt-Bestimmung, sondern auch als Schiedsgutachten qualifiziert.

Sicher hilft es in diesem Zusammenhang nicht, dass bis heute nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob ein Schiedsgutachter i.S.v. Art. 189 ZPO nur Tatfragen oder auch Rechtsfragen, und wenn ja, welche Rechtsfragen, klären darf. Vielmehr schafft das qualifizierte Schweigen zusätzliche Rechtsunsicherheit, eröffnet zusätzliche Störmöglichkeiten und verlängert und verteuert das Verfahren.¹³¹

Zur vorstehend geschilderten Problematik kommt dazu, dass verschiedene Sachverhalte sowohl unter die «Schiedsgutachterklausel» wie auch unter andere vertragliche Regelungen, insbesondere unter das Gewährleistungsregime des M&A-Vertrags, fallen können.¹³² Es stellt sich diesfalls die Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt im Rahmen des Vertragspunkt-Bestimmungsverfahrens (z.B. eine Kaufpreisbestimmung bzw. eine

¹¹⁹ S. dazu z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 53 f.

¹²⁰ S. auch die deutsche Regelung in § 319 Abs. 1 BGB, wonach eine Vertragspunkt-Bestimmung mit der Vorgabe der (Vertragspunkt-)Bestimmung «nach billigem Ermessen» durch den Richter auf offenbare Unbilligkeit zu überprüfen ist; s. bereits Kapitel IV.4.5 zur indirekten Anwendung von Art. 189 ZPO auf Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln in prozeduraler Hinsicht.

¹²¹ S. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_361/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2, zur Anwendbarkeit von Art. 82 OR bei Unrichtigkeit der Vertragspunkt-Bestimmung.

¹²² S. Kapitel IV.4.6.

¹²³ S. auch Kapitel V.

¹²⁴ S. Kapitel IV.4.7.

¹²⁵ S. Kapitel IV.4.1, Kapitel IV.4.5 und Kapitel IV.4.7.

¹²⁶ Dazu z.B. TSCHÄNI/FREY/MÜLLER (FN 6), Rz. 256; FREY/MÜLLER (FN 12), 208.

¹²⁷ CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 25.

¹²⁸ Für Beispiele: Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2016 vom 20. März 2017; Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016; Urteil des Bundesgerichts 4A_361/2012 vom 30. Oktober 2012.

¹²⁹ CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 21 ff.; für ein Beispiel betreffend durch den Richter zu bestimmende Anforderungen an eine «notice of objection» im Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren: Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2015 vom 1. Februar 2016.

¹³⁰ Für ein Beispiel der Sistierung des Gerichtsverfahren bis zur Erstellung des Schiedsgutachtens: Urteil des Bundesgerichts 4A_118/2016 vom 15. August 2016 Sachverhalt Teil B.b; für ein Beispiel der Sistierung des Experten-Ernennungsverfahrens bei der Zürcher Handelskammer bis zu einem Gerichtsurteil in einer strittigen Vertragsauslegungsfrage: Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2016 vom 20. März 2017 Sachverhalt Teil B.b.

¹³¹ CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 16.

¹³² WATTER (FN 33), 10 f.; VISCHER (FN 9), 139; WATTER/GSTOEHL (FN 10), 48; s. auch PETER HONEGGER/DANIÈLE MÜLLER, Kaufpreisanpassung oder Gewährleistung?, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, 41 ff., welche allerdings (zu Unrecht: s. SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Preisanpassungsklauseln und Gewährleistungsansprüche im Kaufvertrag, dRSK vom 7. August 2013, Rz. 15) die Meinung vertreten, Preisanpassung und Gewährleistung liessen sich aufgrund rein formaler Regeln abgrenzen.

Kaufpreisanpassungsbestimmung) oder im Rahmen des Gewährleistungsregimes abzuwickeln ist. Zu denken ist z.B. an einen nach dem *Closing* entdeckten, nicht offengelegten Streitfall, für den keine Rückstellungen gemacht wurden und der einen Gewährleistungsfall darstellt. Abermals stellen sich dann oft komplexe Fragen, u.a. erneut nach der «Rechtsweggabelung».¹³³ Auch hier ändert eine Qualifikation der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel auch als Schiedsgutachterklausel nichts an diesem Befund.

So oder so muss für die Vollstreckung der Vertragspunkt-Bestimmung bei nicht freiwilligem Akzept der Vertragspunkt-Bestimmung durch die Parteien der Richter angegangen werden.¹³⁴ Das gilt auch für eine Vertragspunkt-Bestimmung in Form eines Schiedsgutachtens, da ein Schiedsgutachten entgegen dem Schiedsurteil nicht *per se* vollstreckbar ist.¹³⁵

So stellt sich insgesamt die Frage der Sinnhaftigkeit der Involvierung von Dritten im Rahmen von M&A-Verträgen: Dem Vorteil des speziellen *Know-how* des Dritten, z.B. im Bereich der Buchhaltung, steht oft der Nachteil der fehlenden Rechtskenntnisse des Dritten gegenüber. Denn wie aufgezeigt, geht es doch in den Verfahren aufgrund von Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln in aller Regel auch und v.a. um Rechtsfragen. Zudem wirft das Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren wegen des einzuhaltenden Minimalstandards¹³⁶ komplizierte prozedurale Rechtsfragen auf. Dies gilt auch dann, wenn die Vertragspunkt-Bestimmung in der Form des Schiedsgutachtens erfolgt.¹³⁷ Oft überfordern diese prozeduralen Rechtsfragen ebenso wie die komplizierten materiellen Rechtsfragen (z.B. Abgrenzung eines Preisanpassungsverfahrens vom Gewährleistungsverfahren) den Dritten, der darauf oft mit dem Beizug eigener Rechtsanwälte reagiert, was das Verfahren wiederum verteuert und verlängert. Erneut ändert eine Qualifikation der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel auch als Schiedsgutachterklausel nichts an diesem Befund.

Der Vorteil des speziellen *Know-how* des Dritten ist zudem relativ, verfügen doch auch die staatlichen Gerichte wie Handelsgerichte oder Schiedsgerichte über beträchtliches *Know-how* bzw. beschaffen es sich über Gutachten.¹³⁸

Die Praxis in M&A-Verträgen, standardmässig Dritte für Vertragspunkt-Bestimmungen, v.a. bei Preisbestimmungen, einzusetzen, ist deshalb kritisch zu beurteilen. In aller Regel sind die Parteien besser beraten, die Ver-

tragspunkt-Bestimmung unter der allgemeinen Streitbeilegungsklausel gleich dem Richter (bzw. dem Schiedsgericht) zu überlassen.¹³⁹

Mindestens aber sollten die Parteien die Vertragspunkt-Bestimmung explizit Art. 184 Abs. 3 OR und nicht Art. 189 ZPO unterwerfen, mindestens solange nicht geklärt ist, ob ein Schiedsgutachter auch Rechtsfragen beantworten darf. Bejaht man Letzteres entgegen der hier vertretenen Auffassung, ist das Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR alsdann auch ein Schiedsgutachterverfahren i.S.v. Art. 189 ZPO. Die Vertragspunkt-Bestimmung i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR wird alsdann auch zum Schiedsgutachten i.S.v. Art. 189 ZPO, weswegen die Parteien in diesem Fall in der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel/Schiedsgutachterklausel auch auf beide Bestimmungen hinweisen sollten.

Zudem sollten die Parteien dem Dritten in der Vertragspunkt-Bestimmungsklausel mindestens auch klare materielle und prozedurale Vorgaben für die Vertragspunkt-Bestimmung machen.¹⁴⁰ Wenn die Parteien sich noch einigen können, können sie diese Vorgaben später, z.B. kurz vor Einleitung des Vertragspunkt-Bestimmungsverfahrens unter Mithilfe oder sogar Einbezug des Dritten in einer separaten Vereinbarung präzisieren und vertiefen.¹⁴¹ Solche Vereinbarungen sind in der M&A-Praxis v.a. in Bezug auf die prozeduralen Vorgaben relativ häufig, weil solche in vielen Vertragspunkt-Bestimmungsklauseln fehlen¹⁴² und eine Einigung in Bezug auf diese im Interesse beider Parteien ist.¹⁴³ Diese Vereinbarungen ähneln alsdann den «Terms of Reference»¹⁴⁴ bzw. den «Procedural Timetables»¹⁴⁵ im Schiedsgerichtsbereich, wodurch sich das anschliessende Vertragspunkt-Bestimmungsverfahren in der Durchführung stark einem Schiedsverfahren annähert, ohne aber dass es im Regelfall dem Parteiwillen entspricht, dass es auch ein Schiedsverfahren ist.

¹³³ Zu diesem Problem FREY/MÜLLER (FN 12), 197 ff.

¹³⁴ BEYELER/GÖKSU (FN 41), 277 f.

¹³⁵ Z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 42, 58 f.; CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 24 f.

¹³⁶ S. Kapitel IV.4.5.

¹³⁷ S. Art. 189 Abs. 3 lit. b und c ZPO, dazu z.B. BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 29 f., 48, 50 ff. und bereits Kapitel IV.4.5.

¹³⁸ CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 27.

¹³⁹ CARR/VISCHER (FN 6), Rz. 26.

¹⁴⁰ S. bereits Kapitel IV.4.5.

¹⁴¹ S. auch TSCHÄNI/FREY/MÜLLER (FN 6), Rz. 269, zu den zwischen den Parteien und einem Schiedsgutachter geschlossenen sog. «Terms of Engagement».

¹⁴² S. bereits Kapitel IV.4.4 und Kapitel IV.4.5.

¹⁴³ S. WATTER (FN 33), 9.

¹⁴⁴ Dazu z.B. BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 8; FRANZ KELLERHALS/BERNHARD BERGER, Terms of Reference, Ihre Bedeutung für das Schiedsverfahren, recht 2002, 24–36, 24 ff.; s. auch BGE 134 III 186 für einen Anwendungsfall; s. auch art. 23 ICC Rules of Arbitration (Stand: 1. März 2017).

¹⁴⁵ S. Urteil des Bundesgerichts 4A_236/2017 vom 24. November 2017 für einen Anwendungsfall.