



Geschäfts-Nr. HG060279/U/dz

Mitwirkend: die Oberrichter Thomas Seeger, Vizepräsident, und Dr. Hans Schmid, die Handelsrichter Peter Schweizer, Dr. Rolf Dürr und Werner Heim sowie der juristische Sekretär Cedric Bobay

Urteil vom 22. Oktober 2008

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

1. **B1. _____ in Nachlassliquidation,**

2. **B2. _____ in Nachlassliquidation,**

Beklagte

1 vertreten durch die Liquidatoren Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y1. _____, und

Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____,

2 vertreten durch den Liquidator Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____,

diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y3. _____,

betreffend **Abgabe einer Willenserklärung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagten seien zu verpflichten, zusammen mit der Klägerin Herrn C. _____, D. _____, E. _____ [Ort], mit der Ausarbeitung eines Schiedsgutachtens im Sinne von § 258 ZPO zu beauftragen,

welches die Frage zum Gegenstand hat, ob und in welchem Umfang im F._____, den die Beklagten im Rahmen des Proposed Purchase Price berechnet haben, Aufwendungen enthalten sind, die als baulicher Unterhalt zu würdigen sind.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Prozessuales

1. Prozessgeschichte

Am 18. August 2006 reichte die Klägerin unter Beilage der Weisung vom 18. April 2006 Klage ein (act. 1 und 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 13. November 2006 (act. 8) fand am 14. Juni 2007 eine Referentenaudienz statt (Prot. S. 5). Die Replik datiert vom 29. Oktober 2007 (act. 15) und die Duplik vom 11. Februar 2008 (act. 20). Mit Verfügung vom 13. Februar 2008 wurde das Hauptverfahren als geschlossen erklärt (Prot. S. 8). Der Prozess erweist sich als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO).

2. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich gemäss der unter den Parteien geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung gestützt auf Art. 9 GestG (act. 1 S. 2; act. 4/2 S. 31 f.; act. 8 S. 3). Alle Parteien sind als Firmen im Handelsregister eingetragen (act. 4/3a-c), der Streit bezieht sich auf die von diesen betriebenen Gewerbe und der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht ist erreicht. Demnach sind sämtliche Erfordernisse des § 62 GVG erfüllt, weshalb das Handelsgericht auch sachlich zuständig ist.

II. Materielles

1. Anwendbares Recht

Die Parteien vereinbarten, dass auf den zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag vom 20. Januar 2005 (Sales and Purchase Agreement, nachfolgend SPA genannt) schweizerisches Recht zur Anwendung kommen solle (act. 4/2 S. 31). Alle Vertragsparteien haben ihren Sitz in der Schweiz und auch die Liegenschaft, um deren Bewertung die Parteien streiten, befindet sich in der Schweiz. Es ist demnach kein internationaler Sachverhalt gegeben, weshalb auch ohne die getroffene Klausel schweizerisches Recht zur Anwendung kommen würde.

2. Ausgangslage

Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in G.____ (act. 4/3a), erwarb mit dem erwähnten Kaufvertrag von der Beklagten 1 sämtliche Aktien der H.____ AG mit Sitz in I.____ sowie von der Beklagten 2 gewisse Marken und weitere von der H.____ AG genutzte Immaterialgüterrechte. Der Kaufpreis für die Aktien der H.____ AG setzte sich aus verschiedenen Bestandteilen, wie in Ziff. 2.2 SPA aufgeführt, zusammen (act. 4/2 S. 1, 5 f.; act. 1 S. 5; act. 8 S. 4 f.). Die Position, um welche die Parteien heute streiten, betrifft den "F.____", womit Investitionen in die Liegenschaft F.____ berücksichtigt werden sollten. Die genaue Bedeutung des "F.____" ergibt sich aus Exhibit 1 zum SPA vom 20. Januar 2005 (act. 9/1 S. 1), und wird von den Beklagten wie folgt übersetzt (act. 8 S. 5), was von der Klägerin nicht in Frage gestellt wurde:

"F.____ bedeutet den Aufwand für die Renovation [der Liegenschaft] KLO ... F.____ vom 1. Januar 2004 bis zum Adjustment Date, wie im Finanzplan gemäss Anhang 2.2 (b) ("Finanzplanung exkl. geplante Unterhaltsarbeiten") umschrieben und wie im Final Purchase Price verifiziert auf Basis der Bauabrechnung, wiedergebend den Aufwand für [die Liegenschaft] KLO ... F.____ ohne Aufwand für Unterhalt des besagten Grundstücks."

Gemäss Ziff. 2.4.1 (a) SPA schuldete die Klägerin beim Vollzug des Kaufvertrages die Bezahlung eines von den Beklagten auf ein bestimmtes Datum hin (Ad-

justment Date) berechneten provisorischen Kaufpreises (Proposed Purchase Price). In diesem war betreffend den "F. _____" ein Betrag von CHF 16'105'774.88 berücksichtigt worden (act. 1 S. 8; act. 8 S. 5; act. 9/2 S.1). Die Klägerin hatte in der Folge Gelegenheit, diesen provisorischen Kaufpreis zu überprüfen und dagegen Einwendungen (Notice of Objection) zu erheben. Dies ergibt sich aus Ziff. 2.4.1 (b) SPA, welche Bestimmung gemäss der Klägerin wie folgt übersetzt wird (act. 1 S. 6; act. 4/2 S. 7):

"2.4.1 (b)

Sofern die Käuferin den Verkäuferinnen nicht innerhalb von 30 Werktagen ab Erhalt des Proposed Purchase Price mitteilt, dass sie mit dem Proposed Purchase Price oder einer Komponente davon nicht einverstanden ist, wobei sie die Gründe für die Ablehnung in angemessener Weise detailliert angibt, wird der Proposed Purchase Price für die Parteien in jeder Hinsicht endgültig und verbindlich."

Die Beklagte lieferte in ihrer Klageantwort ebenfalls eine Übersetzung der betreffenden Ziffer, welche von derjenigen der Klägerin jedoch nicht wesentlich abweicht (act. 8 S. 5). Unbestritten ist sodann, dass die Notice of Objection der Klägerin vom 8. Juni 2005 rechtzeitig innert der vereinbarten Frist von 30 Werktagen erhoben wurde (act. 1 S. 8; act. 8 S. 6). Uneinig sind sich die Parteien indessen darüber, ob die Klägerin mit ihrer Notice of Objection die weiteren Voraussetzungen von Ziff. 2.4.1 (b) SPA erfüllte, insbesondere, ob diese einen ausreichenden Detaillierungsgrad, wie in der Bestimmung gefordert, aufwies. Die Beklagte verneint dies und schliesst daraus, dass demnach der Proposed Purchase Price gemäss Ziff. 2.4.1 (b) endgültig und bindend geworden sei (act. 1 S. 8; act. 8 S. 6 f.). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, ist nachfolgend näher zu prüfen.

Sodann vereinbarten die Parteien in Ziff. 2.4.1 (c) SPA, die Käuferin und die Verkäuferinnen sollten sich in guten Treuen bemühen, jede Einwendung der Käuferin innerhalb von 30 Werktagen, nachdem die Verkäuferinnen die Notice of Objection der Käuferin erhalten hätten, beizulegen (act. 1 S. 6; act. 4/2 S. 8). Für den Fall, dass ihnen dies nicht gelingen sollte, kamen sie überein, sei die Angelegenheit einem erfahrenen Partner einer Revisionsabteilung einer international tätigen Revisionsgesellschaft zuzuweisen, welcher auf der Grundlage von Ziff. 2.4.1 SPA

und Anhang 2.4.1 (a) den Final Purchase Price in Übereinstimmung mit Ziff. 2.4.1 SPA festlegen solle. Bei Ausübung dieser Tätigkeit handle der Schiedsgutachter als solcher gemäss § 258 der zürcherischen Zivilprozessordnung. Seine Feststellungen zu Themen, welche zum Umfang seines Mandates gehörten, seien für die Parteien endgültig und verbindlich (Ziff. 2.4.1 (d) SPA; act. 1 S. 7; act. 4/2 S. 8; act. 8 S. 6).

3. Vorprozessuale Auseinandersetzung

In ihrer Notice of Objection vom 8. Juni 2005 machte die Klägerin geltend, entgegen der klaren Definition des F._____ im SPA, gemäss welcher die Kosten für den Unterhalt der Liegenschaft KLO ... F._____ ausdrücklich ausgeschlossen seien, hätten die Beklagten trotzdem und zu Unrecht Unterhaltsarbeiten in die Berechnung aufgenommen. Gemäss einem Gutachten von J._____ & Partner ("Wirtschaftlichkeitsanalyse Geschäftsgebäude F._____ in Zürich I._____") vom 3. Juli 2002, Kapitel 9.2., Anhang 2 (act. 4/6), umfasse der Anteil von Unterhaltsarbeiten bei der zur Ausführung gelangten Variante 2/3 der Gesamtkosten, so dass vom F._____ im Betrag von CHF 16'105'774.88 ein Anteil von CHF 10'670'163.08 auszuscheiden und von der Berechnung des Proposed Purchase Price in Abzug zu bringen sei (act. 4/5 S. 2).

Die Beklagten erwiderten zunächst mit Schreiben vom 30. Juni 2005, der F._____, wie er in die Kaufpreisberechnung eingeflossen sei, entspreche der geprüften Jahresrechnung per 31. Dezember 2004 und deren Fortführung bis 28. Februar 2005. Die bilanzielle Erfassung sei korrekt erfolgt. Der Hinweis der Klägerin auf das Gutachten von J._____ & Partner sei in zweifacher Hinsicht unbehelflich: Einerseits sei das Gutachten eine Vorstudie zur Wirtschaftlichkeit verschiedener Projektvarianten und entspreche somit in einigen Belangen nicht dem Projekt, das später verwirklicht worden sei. Andererseits enthalte dieses Gutachten eine Ertragsprognose, indem es festhalte, dass bei einer Ausbauvariante von den zu tätigen Investitionen ein Drittel auf die Mieter überwältzt werden könne. Dies habe mit der Frage, wie diese Kosten bilanziell zu erfassen seien, nichts zu tun (act. 4/7 S. 2). In ihrem Schreiben vom 2. September 2005 machten die Beklagten sodann geltend, die Klägerin gehe offenbar von der falschen Annahme

aus, dass sämtliche im Zusammenhang mit der Renovation des F.____s getätigten Aufwendungen in den F.____ eingeflossen seien. Dies treffe nicht zu. Die H.____ AG habe von Anfang an den eigentlichen Investitionsaufwand von den auf blossen Unterhalt entfallenden Aufwendungen getrennt gehalten und separat verbucht. Beim F.____ handle es sich daher ausschliesslich um Capital Expenditures und nicht auch um Unterhaltskosten. Es sei sachfremd, im Rahmen der Auseinandersetzung über den Kaufpreis auf Faustregeln oder eine angeblich übliche Praxis zu verweisen. Es wäre an der Käuferin, substantiiert darzutun, in welchem Umfang vom F.____, wie er in die provisorische Kaufpreisberechnung eingeflossen sei, Unterhaltskosten in Abzug zu bringen wären (act. 4/8 S. 2).

In ihrer Klageschrift führte die Klägerin sodann aus, am 26. Oktober 2005 habe zwischen den Parteien ein Gespräch über die strittigen Punkte stattgefunden, welches ergebnislos verlaufen sei. Schon damals hätten die Beklagten angekündigt, dass sie zur Beauftragung eines Schiedsgutachters, soweit diesem die Frage unterbreitet werden sollte, ob und in welchem Umfang Unterhaltsarbeiten aus dem F.____ auszuscheiden seien, nicht Hand bieten würden. Als Begründung hätten die Beklagten angeführt, dass die Klägerin in diesem Punkt ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen sei (act. 1 S. 9).

Mit Schreiben vom 1. November 2005 bekräftigten die Beklagten ihren bisherigen Standpunkt, dass die Position der angeblich auszuscheidenden Unterhaltskosten nicht mit dem Hinweis auf das Gutachten von J.____ & Partner begründet werden könne. Sie führten aus, dass die Notice of Objection der Käuferin also zumindest bezüglich der geforderten Unterhaltsausscheidung abzulehnen sei, da diese keine "reasonable details" enthalte, wie dies im Vertrag gefordert werde (act. 4/9 S. 1 f.).

Die Klägerin macht sodann geltend, gemäss der vertraglichen Vereinbarung seien die Parteien verpflichtet, einem Schiedsgutachter einen Auftrag zur Erstellung des Schiedsgutachtens im Sinne von Art. 394 ff. OR zu erteilen, also eine entsprechende Willenserklärung abzugeben. Es bestehe für beide Seiten eine vertragliche Verpflichtung zu einem Tun (act. 1 S. 10). Anlässlich eines Treffens der Parteien mit einem Schiedsgutachter am 18. Januar 2006 hätten sich die Beklagten

indessen unter Hinweis darauf, die Klägerin sei ihrer Rügepflicht nicht nachgekommen, geweigert, einen solchen Auftrag hinsichtlich des Umfangs der auszuscheidenden Unterhaltsarbeiten zu erteilen (act. 1 S. 9). Diesen Standpunkt vertreten die Beklagten bis heute (act. 8 S. 7; act. 20 S. 7).

4. Substantiierung der Notice of Objection

4.1. Standpunkt Klägerin

Die Klägerin führt in ihrer Klageschrift aus, entgegen der Ansicht der Beklagten enthalte die Vertragsbestimmung Ziff. 2.4.1 (b) SPA keine Substantiierungs- und/oder Nachweispflicht hinsichtlich des materiellen Bestandes einer geltend gemachten Forderung. Die Wendung "in reasonable detail" bedeute "angemessen detailliert" und beziehe sich auf "the reasons for disagreement", was mit "die Beweggründe für die Ablehnung" zu übersetzen sei. Damit werde der Klägerin lediglich die Obliegenheit auferlegt, den Beklagten die Gründe offen zu legen, weshalb sie mit dem vorgeschlagenen Kaufpreis nicht einverstanden sei. Der Zweck dieser Bestimmung sei offensichtlich: Die Parteien hätten nach Ziff. 2.4.1 (c) SPA die Pflicht, sich nach Eingang einer Ablehnung des vorgeschlagenen Kaufpreises um eine gütliche Beilegung des Streits zu bemühen. Dies könnten sie nur, wenn der anderen Partei die Beweggründe für die Ablehnung bekannt gegeben würden. Von der Bekanntgabe der Beweggründe zu unterscheiden sei eine allfällige Pflicht zur Substantiierung des Sachverhalts, also der materiellen Begründung der Forderung. Eine solche Pflicht sehe der Vertrag nicht vor und entspreche auch nicht dem Sinn der Vereinbarung. Das SPA sehe die Einsetzung eines Schiedsgutachters vor, dem die Aufgabe zukomme, Tatsachen verbindlich festzustellen. Mit der Vereinbarung der Einsetzung eines Schiedsgutachters hätten die Parteien festgelegt, wie der Sachverhalt ermittelt und verbindlich festgelegt werden solle. Die Vereinbarung eines Schiedsgutachters schliesse somit eine Substantiierungs- und Beweispflicht mit Bezug auf den Gegenstand des Gutachtens aus. Der Sachverhalt sei daher - im Gegensatz zu einem Schiedsgerichtsverfahren - nicht von den Parteien darzulegen und festzustellen. Dies sei vielmehr Aufgabe des Schiedsgutachters. Dies werde in Ziff. 2.4.1 (d) SPA klar durch die Worte "independently establish", was bedeute "selbständig und ohne Mitwirkung der Partei-

en", zum Ausdruck gebracht. In diesem Sinne habe die Klägerin ihre Beweggründe für die Ablehnung in angemessener Detaillierung dargetan. Hinsichtlich der geforderten Ausscheidung der Unterhaltskosten stütze sie sich auf ein von den Beklagten vor dem Umbau in Auftrag gegebenes Gutachten von J._____ & Partner. Diese namhaften Liegenschaftenschätzer führten in ihrem Gutachten aus, dass der Anteil von Unterhaltsarbeiten bei der zur Ausführung gelangten Variante 2/3 der Gesamtkosten betrage. Die Beklagten seien somit zu keinem Zeitpunkt im Zweifel darüber gewesen, weshalb und auf welcher Grundlage die Klägerin die Ausscheidung der Unterhaltsarbeiten verlange (act. 1 S. 10 f.).

In ihrer Replik ergänzt die Klägerin, sie habe nie von einer Faustregel gesprochen, sondern darauf hingewiesen, dass nach Ansicht der Gutachter der Anteil der Unterhaltskosten im konkreten Fall 2/3 der Gesamtkosten umfasse. Es sei auch nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen eine Bezugnahme der Klägerin auf das Gutachten von J._____ & Partner nicht zulässig sein solle. Die Tatsache, dass der F._____ auf der Basis der Bauabrechnung ermittelt werde, schliesse nicht aus, dass für den Umfang der nach der Definition auszuscheidenden Unterhaltsarbeiten auf die Expertenmeinung von J._____ & Partner verwiesen werde. Für den Entscheid in der vorliegenden Sache seien die bestrittenen Ausführungen der Beklagten nicht massgebend; entscheidend sei vielmehr, ob die Klägerin ihre Einwendungen in der Notice of Objection vertragskonform vorgebracht habe (act. 15 S. 4 f.).

Die Klägerin macht sodann geltend, gemäss der Literatur reiche bei einer vertraglichen Regelung über den Inhalt der Rüge jede Beanstandung aus, welche die ihr von Gesetzes wegen zugedachte Informationspflicht erfülle (mit Verweis auf: Peter Isler, Verjährung und Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen, in Mergers & Acquisitions IX, Zürich 2006, S. 22). Die Rüge müsse lediglich erkennen lassen, dass der Käufer Gewährleistung verlange (mit Verweis auf: Heinrich Honsell, BSK OR I, Art. 201 N 10). Selbst eine ungenügend formulierte Mängelrüge dürfe nicht einfach als ungültig betrachtet werden (Peter Isler, a.a.O., S. 22). Vor diesem Hintergrund würden sich die von den Beklagten verlangten Substantiierungsanforderungen als unverhältnismässig erweisen und seien daher unbeachtlich. Dies gelte

namentlich hinsichtlich der von den Beklagten geforderten extensiven Auslegung bzw. Übersetzung des Begriffs "reason", welchem sie unzutreffenderweise auch die Bedeutung von "...Erklärung einer Überzeugung oder einer Behauptung..." beimessen wolle, oder deren Forderung, die Klägerin hätte mit angemessenem Detaillierungsgrad erläutern müssen, in welchen Positionen des F._____ Unterhaltskosten enthalten seien. Diese Ansicht lasse sich weder auf den Wortlaut oder den Sinn des Vertrages, noch auf das Gesetz oder die Lehre stützen (act. 15 S. 5 f.).

4.2. Standpunkt Beklagte

Die Beklagten führen aus, die Klägerin hätte ihnen gemäss Ziff. 2.4.1 (b) SPA angemessen detailliert darlegen müssen, in welchen Positionen des F._____ Investitionen für den Unterhalt enthalten sind. Indem sie dies im vorliegenden Fall unterliess, habe sie gemäss Ziff. 2.4.1 (b) SPA den Proposed Purchase Price als endgültig und bindend anerkannt. Für ein diesen Punkt erneut aufrollendes Schiedsgutachterverfahren bleibe damit kein Raum, weshalb die Klage abzuweisen sei (act. 8 S. 7). Die Klägerin sei mit Schreiben vom 30. Juni 2005 darauf hingewiesen worden, dass ein Abstellen auf das Gutachten von J._____ & Partner unbehelflich sei. Mit Schreiben vom 2. September 2005 habe man sie sodann darauf aufmerksam gemacht, dass der auf den Unterhalt entfallende Aufwand vom eigentlichen Investitionsaufwand getrennt gehalten und separat verbucht worden sei. Die Klägerin habe sich indessen nicht die Mühe genommen, diesen Hinweis zu verifizieren, sondern habe bis zum Abbruch der Vergleichsverhandlungen an ihrer nicht substantiierten Forderung festgehalten (act. 8 S. 8).

Hinsichtlich des Gutachtens J._____ & Partner machen die Beklagten geltend, es sei die dort aufgeführte Variante 10 ausgeführt worden und dabei hätten Gesamtkosten von CHF 69,9 Mio resultiert. Die Klägerin leite ihre Forderung offenbar aus Anhang 2 zu besagtem Gutachten ab, wo sie die Zeile "Kosten Eigentümerlastig" bei Variante 9 mit der Bemerkung "66 2/3" versehen habe. Diese von der Klägerin angewandte Faustregel sei schon darum falsch, weil bei der Sanierung des F._____s nicht Variante 9 verwirklicht worden sei. Von zentraler Bedeutung sei aber, dass diese Tabelle, auf der allein die Forderung der Klägerin beruhe, die

gesamten Umbaukosten des F._____-Gebäudes in Betracht ziehe, für den Vertrag zwischen den Parteien aber nicht diese Gesamtkosten relevant seien. Gemäss Definition des "F._____" gehe es ausschliesslich um die Investitionen, die im Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis zum Adjustment Date vom 28. Februar 2005 zu verbuchen waren (act. 8 S. 8 f.; act. 9/1 S. 1). Es sei nicht ersichtlich, wieso die aus dem erwähnten Gutachten abgeleitete Zweidrittelsregel, deren Richtigkeit bestritten werde, auch auf die Investitionen für den fraglichen Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis zum Adjustment Date vom 28. Februar 2005 angewendet werden sollte (act. 8 S. 9). Selbst wenn die Behauptung der Klägerin richtig wäre, dass von den Gesamtumbaukosten zwei Drittel als Unterhalt anzusehen wären, könne daraus nicht gefolgert werden, dass eine solche Aufteilung auch für den erwähnten Zeitraum Anwendung finden müsse. Welcher Anteil der rund CHF 16 Mio. als Unterhalt auszuscheiden sei, wenn überhaupt, hänge im Wesentlichen davon ab, was in dieser Periode tatsächlich gebaut wurde. Genau dies sei der Grund, wieso die Abrechnung über den F._____ aufgrund der Baukostenabrechnung zu erfolgen habe, wie es auch vertraglich vereinbart worden sei. Aus dem von der Klägerin angeführten Gutachten ergebe sich indessen nicht, ob und was in der Zeit vom 1. Januar 2004 bis 28. Februar 2005 verbaut wurde. Ebenso sei daraus nicht ersichtlich, ob solche Aufwendungen dem Unterhalt zuzurechnen seien (act. 20 S. 4 f.).

Wenn dem Gutachten von J._____ & Partner ein solches Gewicht hätte zukommen sollen, so hätte die Klägerin vor Vertragsschluss verlangen können, dass dieses Grundlage für die Berechnung des F._____ bilden sollte. Dies habe sie aber nicht getan. Demnach könne hinsichtlich der Berechnung des F._____ nicht auf das Gutachten abgestellt werden. Dies würde dem Vertragswortlaut widersprechen. Ebenso könne es auch nicht zur Belegung der entsprechenden Rüge in der Notice of Objection herangezogen werden (act. 8 S. 8 f.). Die Klägerin habe sich nicht die Mühe gemacht, vor Abgabe der Notice of Objection die Bauabrechnung daraufhin zu analysieren, ob der für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum Adjustment Date verbuchte Betrag über CHF 16 Mio. tatsächlich auch Investitionen enthalte, die als Unterhalt zu qualifizieren seien. Die Klägerin interpretiere Ziff. 2.4.1 (a)-(c) SPA richtig: Bevor das Schiedsgutachterverfahren eingeleitet

werde, sollten die Parteien versuchen, sich gütlich zu einigen. Sinn und Zweck der Notice of Objection sei, wie die Klägerin zutreffend ausführe, eine Grundlage für eine vergleichsweise Erledigung des Disputs zu schaffen. Dazu gehöre nicht nur die Angabe eines Grundes, sondern die Angabe der Grundlage, auf der die Forderung der Klägerin beruhe, und zwar in einer Art und Weise, die es den Beklagten ermögliche, sich ein Bild darüber zu machen und insbesondere abzuschätzen, welche Risiken mit der Forderung einher gingen. Daher werde in dem Vertrag gefordert, dass die Notice of Objection "reasonable details" enthalte, also angemessen detailliert sei. Als falsch erweise sich die Behauptung der Klägerin, die Auseinandersetzung mit den Beklagten könne auf einer Expertenschätzung der Liegenschaft F._____ erfolgen. Der massgebliche Vertrag zwischen den Parteien sage dazu ausdrücklich, dass dazu allein die Bauabrechnung massgeblich sei (act. 8 S. 10 f.).

Die Beklagten führen sodann aus, die von der Klägerin eingebrachte Übersetzung des Wortes "reasons" mit "Beweggründe" sei viel zu eng. Sie verweisen dabei auf verschiedene Wörterbücher, gemäss welchen das besagte Wort mit "Grund, Beweggrund, Ursache, Motiv, Anlass" übersetzt werden könne. Bei Websters finde sich eine Umschreibung für das Substantiv "reason", welche auf Deutsch wie folgt laute: "Die Äusserung oder die Aussage, die angeboten wird als Erklärung einer Überzeugung oder einer Behauptung oder als Rechtfertigung einer Handlung oder einer Vorgehensweise." Die Klägerin hätte ihre behauptete Forderung also erklären müssen, und zwar in einem angemessenen Detaillierungsgrad. Auch die Anwendung der teleologischen Auslegung führe zum Schluss, dass die Klägerin ihre Forderung in der Notice of Objection in Bezug auf ihren Inhalt detailliert hätte substantiieren müssen. Die Parteien hätten nämlich im Vertrag vorgesehen, dass vor dem Schiedsgutachterverfahren das Verfahren mit der Notice of Objection durchzuführen war, um auf diese Weise eine vergleichsweise Erledigung herbeizuführen. Die Klägerin hätte demnach ihre Forderung soweit plausibilisieren müssen, damit sich die Beklagte über ihre eigene Position ein Bild hätte machen können. Für die von der Klägerin angeführte Unklarheitenregel bleibe sodann kein Raum, da diese erst angewendet werden könne, wenn eine vertragskonforme Auslegung nicht zum Ziel führe (act. 8 S. 12 f.). Die Frist für eine form- und fristge-

rechte Notice of Objection sei Mitte Juni 2005 abgelaufen. Bis zu diesem Zeitpunkt sei bei den Beklagten lediglich das Schreiben vom 8. Juni 2005 eingetroffen, in welchem der strittige Punkt lediglich einen Drittel einer Seite einnehme. Diese Notice of Objection erfülle die vertraglich gestellten Anforderungen im strittigen Punkt nicht (act. 8 S. 14).

Hinsichtlich der Ausführungen der Klägerin zur kaufrechtlichen Mängelrüge machen die Beklagten geltend, bei der Notice of Objection handle es sich nicht um eine kaufrechtliche Mängelrüge, sondern um den ersten Schritt in einem von den Parteien vereinbarten Verfahren zur definitiven Festlegung des Kaufpreises. Die betreffenden Ausführungen könnten daher die vorliegend zur Diskussion stehenden Fragen nicht beantworten. Im Übrigen müsse der Käufer auch im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung einen konkreten Mangel substantiiert rügen. Dabei solle die Rüge "den Verkäufer in die Lage versetzen, Art, Inhalt und Umfang der Beanstandung klar und bestimmt zu ermessen, um entscheiden zu können, wie er sich gegenüber dem Vorwurf der Schlechterfüllung verhalten solle". Die Notice of Objection der Klägerin erfülle diese Voraussetzungen nicht. Das Zitat von Honsell in BSK OR I, Art. 201 N 10 sei sodann ungenau und unvollständig wiedergegeben worden. Die Rüge müsse nicht "lediglich erkennen lassen", dass der Käufer Gewährleistung verlange. Sie müsse dies klar zum Ausdruck bringen und der Mangel müsse substantiiert gerügt werden. Das von der Klägerin beigezogene Zitat von Isler stelle nicht herrschende Lehre dar. Isler übersehe, dass das Gewährleistungswesen der Dispositionsmaxime unterstehe. Den Parteien eines Kaufvertrages stehe es von wenigen Ausnahmen abgesehen frei, von Gewährleistungen ganz abzusehen. Es müsse ihnen daher auch gestattet sein, die Anforderungen an die Mängelrüge zu verschärfen (act. 20 S. 5 f.).

4.3. Würdigung

Wie bereits dargelegt, vereinbarten die Parteien in Ziff. 2.4.1 (b) SPA betreffend den Proposed Purchase Price eine Rügefrist von 30 Werktagen. Als weitere An-

forderung an eine wirksame Notice of Objection wurde die Bekanntgabe der Gründe für die Ablehnung in angemessen detaillierter Weise gefordert (act. 1 S. 6; act. 4/2 S. 7). Die Beklagten machen geltend, die Frist für eine form- und fristgerechte Notice of Objection sei Mitte Juni 2005 abgelaufen (act. 8 S. 14), was unbestritten blieb. Für die Wirksamkeit der Notice of Objection ist demnach grundsätzlich vorausgesetzt, dass diese bis zu jenem Zeitpunkt erfolgte und zudem einen angemessenen Detaillierungsgrad aufwies. Die Klägerin liess ihre Beanstandungen mit Schreiben vom 8. Juni 2005 fristgerecht den Beklagten zukommen (act. 1 S. 8; act. 4/5). Die Bestreitungen von Seiten der Beklagten erfolgten am 30. Juni 2005 und 2. September 2005, wobei in letztgenanntem Schreiben insbesondere die mangelnde Substantiierung der Notice of Objection gerügt wurde. Die Klägerin machte nicht geltend, sie habe ihre ursprüngliche Notice of Objection nachträglich Bezug nehmend auf diese Schreiben angepasst, präzisiert oder erweitert (act. 1 S. 8 f). Hinsichtlich der Frage, ob die Notice of Objection von Seiten der Klägerin vereinbarungsgemäss im Sinne von Ziff. 2.4.1 (b) SPA erfolgte, ist somit einzig auf ihr Schreiben vom 8. Juni 2005 und die darin aufgestellten Behauptungen mit Bezugnahme auf das Gutachten von J. _____ & Partner (act. 4/5-6) abzustellen. Zusätzliche Angaben der Klägerin im Prozess sind diesbezüglich nicht beachtlich.

Um beurteilen zu können, ob die Notice of Objection der Klägerin vom 8. Juni 2005 einen ausreichenden Detaillierungsgrad im Sinne von Ziff. 2.4.1 (b) SPA aufwies, ist die betreffende Bestimmung auszulegen. Die Klägerin übersetzte den fraglichen Abschnitt aus Ziff. 2.4.1 (b) SPA in ihrer Klage zunächst mit "... wobei sie die Gründe für ihre Ablehnung in angemessener Weise detailliert angibt, ..." (act. 1 S. 6). Später in der gleichen Rechtsschrift macht sie dagegen geltend, die Wendung "reasons for disagreement" sei mit "Beweggründe für die Ablehnung" zu übersetzen (act. 1 S. 10). Die Beklagte erwiderte, die Übersetzung des Wortes "reasons" mit "Beweggründe" sei viel zu eng und lieferte weitere Bedeutungen dafür (act. 8 S. 12). Langenscheidt liefert für das Wort "reason" unter anderem die Übersetzungen "Anlass, Einsicht, Grund, Hauptbeweggrund, Ratio, Ursache, Veranlassung" (Langenscheidt, e-Handwörterbuch Deutsch-Englisch 4.0). Welche exakte Bedeutung dem fraglichen Wort in dem Vertrag zukommt, lässt sich jedoch

nicht dadurch bestimmen, dass aus diesen Übersetzungen lediglich eine passende ausgesucht wird. Zu fragen ist vielmehr, was für eine Bedeutung dem fraglichen Passus im Zusammenhang mit den weiteren Bestimmungen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages zukommt.

Die Parteien sind sich einig, dass der Zweck von Ziff. 2.4.1 (b) sowie insbesondere der nachfolgenden Ziff. 2.4.1 (c) SPA darin lag, dass sie nach Ablehnung des Proposed Purchase Price durch die Käuferin zunächst versuchen sollten, eine gütliche Einigung herbeizuführen. Nur für den Fall, dass ihnen dies innerhalb von 30 Werktagen nicht gelingen sollte, vereinbarten die Parteien in Ziff. 2.4.1 (d), einen Schiedsgutachter mit der Prüfung der Angelegenheit zu betrauen (act. 1 S. 6 f, 10; act. 8 S. 13).

Ausgangspunkt für die zwischen den Parteien gemäss Ziff. 2.4.1 (c) zu führenden Verhandlungen, mit dem Ziel, eine gütliche Einigung herbeizuführen, bildete also die Notice of Objection der Käuferin. Darin sollten die "reasons for disagreement" angemessen detailliert angegeben werden. Dies kann einzig bedeuten, dass die Käuferin darin ihre Gründe für die Ablehnung so detailliert angeben sollte, dass sich die Beklagten über die gegen sie erhobenen Ansprüche und deren Erfolgchancen ein Bild machen konnten. Als Grundlage für die gütlich zu führende Auseinandersetzung konnte jedenfalls nicht reichen, dass die Käuferin lediglich ihre Beweggründe für ihre Ablehnung angab und die Verkäuferinnen daraufhin selbst hätten ergründen müssen, ob Anhaltspunkte vorlagen, welche diese Beweggründe stützten. Dies würde darauf hinauslaufen, dass die Verkäuferinnen quasi gegen sich selbst hätten ermitteln müssen, was offensichtlich nicht der Sinn der Vereinbarung sein kann. Vielmehr ist die Vereinbarung dahingehend auszulegen, dass der Detaillierungsgrad der Notice of Objection so hoch sein sollte, dass die Verkäuferinnen die Aussichten der gegen sie erhobenen Vorwürfe einer Prüfung unterziehen und hinsichtlich der zu führenden Einigungsgespräche einschätzen konnten. Die Klägerin durfte sich somit nicht damit begnügen, in ihrer Notice of Objection lediglich die Beweggründe für ihre Ablehnung des Proposed Purchase Price anzugeben, sondern musste diese - soweit es ihr möglich war - auch materiell dartun.

Die Klägerin wendet ein, der Vertrag sehe die Einsetzung eines Schiedsgutachters vor, welchem die Aufgabe zukommen sollte, den Sachverhalt für die Parteien verbindlich festzustellen. Die Vereinbarung eines Schiedsgutachters schliesse somit eine Substantiierungs- und Beweispflicht mit Bezug auf den Gegenstand des Gutachtens aus. Dies werde in Ziff. 2.4.1 (d) SPA durch die Worte "... independently establish ...", was bedeute "selbständig und ohne Mitwirkung der Parteien", zum Ausdruck gebracht (act. 1 S. 11). Bei dieser Argumentation übersieht die Klägerin allerdings, dass die Einsetzung eines Schiedsgutachters erst in einem zweiten Schritt geplant war, nämlich wenn eine gütliche Einigung zwischen den Parteien nicht erzielt werden konnte. Die Verkäuferinnen mussten aber - wie bereits ausgeführt - bereits hinsichtlich des vorgängig durchzuführenden Verfahrens betreffend die gütlich zu erzielende Einigung über die gegen sie erhobenen Vorwürfe soweit informiert werden, dass sie dagegen Stellung beziehen konnten. Im Weiteren kann aus dem Umstand, dass der Schiedsgutachter den Sachverhalt selbständig ermitteln sollte, auch nicht geschlossen werden, die Parteien dürften sich vorgängig über den Streitgegenstand nicht auslassen, liegt es doch in der Natur der Sache, dass ein Schiedsgutachter erst dann beigezogen wird, wenn feststeht, über welche Sachverhaltselemente sich die Parteien nicht einigen können, was wiederum bedingt, dass sich die Parteien vorgängig darüber aussprechen. Ein solches Vorgehen schliesst auch nicht aus, dass der Schiedsgutachter anschliessend unabhängig von den Parteien über den Sachverhalt befindet, zumal die Parteien an diesem Verfahren ja nicht mehr direkt beteiligt sind.

Wie ausgeführt, bezieht sich die Klägerin zur Begründung ihrer Forderung auf Herabsetzung des Proposed Purchase Price einzig auf das Gutachten von J. _____ & Partner, Kapitel 9.2, Anhang 2, gemäss welchem der Anteil der Unterhaltsarbeiten bei der zur Ausführung gelangten Variante 2/3 der Gesamtkosten betrage (act. 4/5 S. 2).

Einzige Grundlage der Beanstandung von Seiten der Klägerin bildet somit diese von ihr angeführte Stelle aus dem Gutachten. Daraus müsste sich ihr Standpunkt in ausreichendem Detaillierungsgrad entnehmen lassen. Dies ist aus mehreren Gründen nicht der Fall:

Zunächst stammt, wie die Klägerin selbst ausführt, die Wirtschaftlichkeitsanalyse von J. _____ & Partner aus der Zeit vor dem Umbau (act. 1 S. 11). Die Beklagte führt aus, darin seien die gesamten Umbaukosten des F. _____ -Gebäudes enthalten, was von der Klägerin nicht bestritten wurde (act. 8 S. 9; act. 20 S. 4). Der F. _____ betrifft demgegenüber lediglich Aufwendungen für die Zeit zwischen dem 1. Januar 2004 und dem 28. Februar 2005 (act. 9/1 S. 1; act. 8 S. 5, 9). Anderes wurde von der Klägerin nicht behauptet. Aus Anhang 2 der Wirtschaftlichkeitsanalyse ist nun aber nicht zu entnehmen, welche Aufwendungen in den erwähnten Zeitraum fallen. Demnach ergibt sich daraus auch nicht, ob ein allfälliger Unterhalt überhaupt und wenn ja zu welchem Anteil fälschlicherweise in den F. _____ eingeflossen ist. Die Notice of Objection der Klägerin war somit bereits aus diesem Grund nicht ausführlich genug, als dass die Beklagten sich daraus über den Umfang der gegen sie erhobenen Vorwürfe hätten ein Bild machen können.

Die Beklagte macht sodann geltend, gemäss der Definition des F. _____ (act. 9/1 S. 1) hätte eine Verifikation desselben einzig auf Basis der Bauabrechnung zu erfolgen. Lediglich aus dieser könne nämlich entnommen werden, ob während der erwähnten Zeitspanne etwas gebaut wurde, was als Unterhalt zu bezeichnen ist (act. 8 S. 9; act. 20 S. 5). Die Klägerin erwidert, die Tatsache, dass der F. _____ auf der Basis der Bauabrechnung ermittelt werde, schliesse nicht aus, dass für den Umfang der auszuscheidenden Unterhaltsarbeiten auf die Expertenmeinung von J. _____ & Partner verwiesen werde (act. 15 S. 5). Grundsätzlich ist der Klägerin zwar insoweit zuzustimmen, dass es ihr frei stand, sich in ihrer Notice of Objection auf weitere Unterlagen neben der Bauabrechnung zu berufen. Eine Beschränkung auf die Bauabrechnung ist Ziff. 2.4.1 (b) jedenfalls nicht zu entnehmen. Wie dargelegt taugt das von der Klägerin angeführte Gutachten für eine genügende Substantiierung indessen nicht. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Parteien vereinbarten, der F. _____ sei auf Basis der Bauabrechnung zu verifizieren, und die Klägerin nicht etwa angab, diese sei ihr nicht vorgelegen, ist allerdings nicht einzusehen, weshalb sie sich in ihrer Notice of Objection nicht darauf bezog. Die Klägerin machte auch nicht etwa geltend, aus der Bauabrechnung lasse sich ihr Standpunkt nicht in ausreichendem Detaillierungsgrad entnehmen oder es seien ihr keine weiteren Unterlagen vorgelegen, aus denen sie den ge-

nauen Anteil an Unterhaltsarbeiten im erwähnten Zeitraum hätte entnehmen können. Vielmehr begnügte sich damit, in ihrer Notice of Objection auf das erwähnte Gutachten zu verweisen, aus welchem sich ihr Standpunkt, wie gezeigt, nicht mit ausreichender Deutlichkeit entnehmen lässt. Aus dem Gutachten ergibt sich lediglich, dass beim geplanten Bau ein gewisser Anteil als Unterhalt abzurechnen war. Dies ist jedoch wohl bei jeder Sanierung einer älteren Geschäftsliegenschaft in vorliegender Grössenordnung der Fall. Eine so allgemein gehaltene Aussage mit Faustregel-Charakter kann daher in Bezug auf die vereinbarte Substantiierungspflicht nicht als ausreichend qualifiziert werden. Welche der im Gutachten aufgeführten Varianten schliesslich zur Ausführung kam – die Klägerin erklärt, es sei Variante 9 gewesen (act. 1 S. 11; act. 4/6), wogegen die Beklagte ausführt, es handle sich um Variante 10 (act. 8 S. 8) – spielt sodann gemäss den vorstehenden Ausführungen für die vorliegend zu klärenden Fragen keine entscheidende Rolle.

Zur Begründung ihres Standpunkts führt die Klägerin aus, die Literatur lasse jede Mängelrüge gelten, welche die ihr von Gesetzes wegen zugedachte Informationspflicht vernünftigerweise erfülle. Dies gelte auch bezüglich vertraglichen Regelungen über den Inhalt der Rüge (mit Verweis auf Peter Isler, Verjährung und Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen, in: Mergers & Acquisitions IX, Zürich 2006, S. 22; act. 15 S. 5). Vorliegend lässt sich nun aber gerade nicht sagen, die Klägerin habe mit ihrer Notice of Objection die ihr zugedachte Informationspflicht genügend erfüllt. Wie aufgezeigt, war es für die Beklagten unmöglich, daraus abzuleiten, ob dem von der Klägerin gestellten Anspruch eine gewisse Berechtigung innewohnte. Selbst wenn man mit Isler die Anforderungen an die vertraglich vereinbarte Mängelrüge nicht allzu hoch ansetzen will, muss zumindest gefordert werden, dass der Verkäufer seine Position aus den an ihn heran getragenen Be-
anstandungen zumindest in den Grundzügen abschätzen kann. Wie ausgeführt, war dies vorliegend nicht der Fall. Schliesslich führt die Klägerin aus, gemäss Heinrich Honsell in Basler Kommentar, OR I, Art. 201 N 10 müsse die Rüge lediglich erkennen lassen, dass der Käufer Gewährleistung verlange (act. 15 S. 5). In dieser Verkürzung hat die Klägerin den Standpunkt des betreffenden Autors indessen nicht richtig wiedergegeben. Honsell führt nämlich aus, der Käufer habe

einen konkreten Mangel substantiiert zu rügen. Im Weiteren müsse die Rüge den Verkäufer in die Lage versetzen, den Umfang der Beanstandung bestimmt zu er-messen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend, wie dargelegt, nicht gegeben.

4.4. Fazit

Die Notice of Objection der Klägerin vom 8. Juni 2008 erfüllt somit die vertraglich geforderten Vorgaben nicht. Deshalb ist die Klage abzuweisen. Auf die zwischen den Parteien zusätzlich strittige Frage, ob die Beklagten 1 und 2 eine einfache Gesellschaft bilden und unter ihnen Solidarität besteht (act. 15 S. 2 f.; act. 20 S. 3 f.), ist mithin nicht weiter einzugehen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.-- (§ 22 Abs. 1 ZPO; act. 1 S. 4).

Grundlage für die Festsetzung der Entschädigung bildet der Streitwert, die Ver-antwortung, die Schwierigkeit des Falls und der notwendige Zeitaufwand (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist nach dem Streitwert festzusetzen (§ 3 Abs. 1 AnwGebV).

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 12'000.--.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 je eine Prozessentschädigung von CHF 9'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsbestätigung.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an
 - a) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden;
 - b) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.
Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Beschwerdefrist erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der juristische Sekretär:

lic. iur. Cedric Bobay

Oberrichter Thomas Seeger