



# Obergericht des Kantons Zürich

## II. ZIVILKAMMER

II. ZK Nr. 83 Z/85

ms

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. Müller, Vorsitzender,  
Dr. Frank und Dr. Spirig sowie ao. Obergerichtssekre-  
tär Dr. Tinner.

Vorurteil vom 9. Juli 1985

in Sachen

A. \_\_\_\_\_ AG B. \_\_\_\_\_ Zürich,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_

gegen

C. \_\_\_\_\_,

Kläger und Appellat,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Y1. \_\_\_\_\_

subst. durch lic.iur. Y2. \_\_\_\_\_ daselbst,

betreffend Forderung

- Berufung gegen ein Vorurteil des Bezirksgerichtes  
Horgen, II. Abteilung, vom 8. Februar 1985 -  
(Proz. Ziv. 47/1984)

Rechtsbegehren:

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger gegen Uebertragung seines Aktienpaketes - bestehend aus einer Namenaktie von nom. Fr. 6'000.-- und acht Namenaktien von nom. je Fr. 2'000.-- denjenigen Kaufpreis zu bezahlen, wie er nach Durchführung des Beweisverfahrens vom Kläger noch beziffert werden wird, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."  
(act. 30 S. 2)

Entscheid der Vorinstanz:

Das Gericht erkennt:

- "1. Das ins Recht gelegte Schreiben der Kontrollstelle an den Kläger vom 28. April 1982 stellt keine für den Kläger verbindliche Schätzung des Wertes der von der Beklagten zu übernehmenden Aktien dar.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten."  
(act. 30 S. 13)

Berufungsanträge:

1. der Beklagten und Appellantin

- "1. Es sei der angefochtene Vorentscheid aufzuheben.
2. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.  
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."  
(act. 36 S. 2)

2. des Klägers und Appellaten

"Es sei die von der Beklagten gegen das Vorurteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 8. Februar 1985 erhobene Berufung vollumfänglich abzuweisen, unter

Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten  
der Beklagten."  
(act. 39 S. 2)

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Der am tmm.1981 verstorbene D.\_\_\_\_ -  
vermachte in seinem Testament dem Kläger - wel-  
cher, nach Angabe des Willensvollstreckers, Rechtsan-  
walt Dr. E.\_\_\_\_ der Neffe des Erblassers ist - seine  
gesamte Beteiligung an der Beklagten, d.h. die im Rechts-  
begehren angeführten vinkulierten Aktien (act. 4/5). Mit  
Schreiben vom 20. August 1981 ersuchte der Willensvoll-  
streckter die Beklagte um Eintragung des Klägers als neuen  
Aktionär im Aktienbuch oder um ihre Mitteilung, ob die  
Verwaltung oder einzelne Aktionäre gestützt auf Art. 686  
Abs. 4 OR "die Aktien zum 'wirklichen Wert' (= Verkehrs-  
wert) im heutigen Zeitpunkt übernehmen" wollten (act.  
4/6). Am 15. März 1982 beschloss die Generalversammlung  
der Beklagten, dem Kläger die Eintragung als neuem  
Aktionär im Aktienbuch zu verweigern. Zur Begründung  
hatte der in diesem Sinne Antrag stellende Verwaltungs-  
rat ausgeführt, der Kläger sei nur der Neffe der Magd  
des Erblassers und habe mit der Beklagten nicht die ge-  
ringste Beziehung. Der Verwaltungsrat habe beschlossen,  
dem Kläger Fr. 83'800.-- zu offerieren und habe dies dem  
Willensvollstreckter am 6. Oktober 1981 mitgeteilt, worauf  
sich der Kläger mit Schreiben vom 31. Oktober 1981 di-  
rekt um die Eintragung ins Aktienbuch beworben habe  
(act. 4/10 = act. 4/19/4). Anschliessend bemühte sich  
der Kläger darum, Unterlagen, insbesondere die Statuten  
der Beklagten, Bilanzen, "Berechnungsgrundlagen für den  
inneren Wert der Aktien", zu erhalten (act. 4/11 ff.).  
Als sein Rechtsvertreter am 8. Oktober 1982 um Bekannt-

gabe der Kontrollstelle ersuchte (act. 4/12), gab die Beklagte in ihrem Antwortschreiben vom 20. Oktober 1982 ihrem Erstaunen über dieses Ersuchen Ausdruck; sie wies darauf hin, ihre Kontrollstelle - F.\_\_\_\_\_, eidg. dipl. Immobilien-Treuhänder - habe am 28. April 1982 dem Kläger den Aktienwert der Gesellschaft schriftlich mitgeteilt (act. 4/15). Damit bezog sich die Beklagte auf das als act. 12 bei den Akten liegende Schreiben, dessen Empfang der Kläger bestreitet. Da sich dieser mit der Bewertung der Aktien gemäss dem Schreiben der Kontrollstelle vom 28. April 1982 (Fr. 83'800.--) nicht abfand, erhob er die vorliegende Klage.

2. Entsprechend dieser Sachlage hat der Kläger im Rechtsbegehren den geforderten "Kaufpreis" nicht beziffert. Da die Abklärung des objektiven Wertes der Aktien den eigentlichen Prozessgegenstand bildet, ist dieses Vorgehen nicht zu beanstanden (ZR 42 Nr. 58 S. 199; Komm. Sträuli/Messmer, N 15 zu § 61 ZPO). Der Kläger wird die Bezifferung spätestens nach Durchführung eines allfälligen Beweisverfahrens nachzuholen haben (§ 61 Abs. 2 ZPO). Jedenfalls aber besteht kein Zweifel, dass das Rechtsbegehren den für die Zulassung der Berufung erforderlichen Streitwert von mehr als Fr. 5'000.-- erreicht (§ 259 ZPO). Dann aber sind auch die Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit eines blossen Vorurteils in der Streitsache, wie es die Vorinstanz gefällt hat, gegeben (§ 259 Abs. 1 ZPO).

3. Streitig ist in zweiter Instanz die durch das angefochtene Urteil entschiedene Frage, ob das erwähnte Schreiben der Kontrollstelle vom 28. April 1982 (act. 12) eine für den Kläger verbindliche Schätzung des Wertes der von der Beklagten zu übernehmenden Aktien im Sinne von Art. 686 Abs. 4 OR darstelle oder nicht. Die Beklagte bejahte diese Frage im erstinstanzlichen Verfahren

und stellte sich auf den Standpunkt, gegen die Preisfestsetzung durch die Kontrollstelle sei kein Rechtsmittel gegeben (act. 11 S. 2 ff.). Sie macht auch in der Berufungsbegründung geltend, wenn der wirkliche Wert der Aktien durch die Kontrollstelle verbindlich festgelegt worden sei, wofür sie weitgehend ihre in erster Instanz vorgebrachten Argumente wiederholt, so sei der Prozess entschieden und die Klage abzuweisen (act. 36 S. 2 ff.). Die Frage, ob dies die unmittelbare Folge wäre oder ob nicht trotzdem noch ein rechtliches Interesse des Klägers an der urteilsmässigen Verpflichtung der Beklagten zur festgestellten Gegenleistung für die Uebernahme der Aktien zu bejahen wäre, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, denn das angefochtene Urteil entspricht, wie im folgenden zu zeigen sein wird, der Sach- und Rechtslage.

4. Die Beklagte stützt ihren Standpunkt im wesentlichen auf § 7 ihrer Statuten, der wie folgt lautet (act. 4/4):

"§ 7. Die Uebertragung von Aktien und die Eintragung im Aktienbuch bedarf der Zustimmung des Verwaltungsrates. Dieser kann die Zustimmung vorbehaltlich Art. 686 Abs. 4 OR ohne Angaben von Gründen verweigern. In jedem Fall steht den Betroffenen innert 10 Tagen seit der Mitteilung gerechnet ein Rekursrecht an eine a.o. Generalversammlung offen, welche endgültig mit Zweidrittelmehrheit der anwesenden Aktionäre entscheidet.

Insbesondere steht den Aktionären ein Vorkaufsrecht auf zum Verkaufe angebotene Aktien zu, wobei als Uebernahmepreis der von der Kontrollstelle zu ermittelnde wahre Wert der Aktien zu bezahlen ist, sofern sich die Parteien darüber nicht direkt verständigen. Dieses Vorkaufsrecht besteht auch im Falle der Zwangsverwertung und des Erbanges, sofern nicht ein Erbe diese Aktien erwerben will.

Die Vorschriften betreffend die Veräusserung von Aktien gelten sinngemäss auch für den Fall der Verpfändung."

Demgegenüber hat das erstinstanzliche Verfahren folgendes ergeben, wofür im einzelnen und ergänzend auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz samt Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung verwiesen werden kann (§ 161 GVG): Eine Schiedsabrede, welche den Grundsatz der Gleichberechtigung der Parteien verletzt (§ 249 Abs. 1 ZPO), ist nichtig und ein gestützt darauf ergangener Schiedsspruch auf dem Rechtsmittelweg anfechtbar. Dementsprechend darf auch bei der Wahl der Schiedsrichter keiner Partei eine Vorzugsstellung eingeräumt werden (§ 242 Abs. 2 ZPO), was für die Bestellung eines Schiedsgutachters ebenfalls gilt (§ 258 Abs. 2 ZPO). Im vorliegenden Fall hätte nach Darstellung der Beklagten bzw. nach § 7 ihrer Statuten die von ihr gewählte Kontrollstelle die Funktion eines Schiedsgerichtes oder Schiedsgutachters für Streitigkeiten zwischen der AG und einem Erwerber von Aktien, der selber nicht stimmberechtigt ist. Damit wäre der Beklagten eine Vorzugsstellung eingeräumt, die den Grundsatz der Gleichberechtigung der Parteien nicht wahrt. Die Kontrollstelle ist notwendiges Organ und damit Bestandteil der AG (Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1978, S. 116, 139; Kurt Bättig, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht, Diss. St. Gallen 1976, S. 2; Hans Heinrich Weber, Die Kontrollstelle der Aktiengesellschaft nach geltendem Recht, insbesondere das Problem der Unabhängigkeit im aktienrechtlichen Prüfungswesen, Diss. Zürich 1961, S. 3). In dieser Sicht ist denn auch im Verhältnis zu dem in der beklagten AG nicht stimmberechtigten Kläger der in der Berufungsbegründung hervorgehobene Gesichtspunkt völlig ohne Belang, die von den Aktionären im Rahmen der Generalversammlung gewählte Kontrollstelle nehme in der Beziehung Verwaltung/Aktionäre eine Vertrauensstellung ein, und zwar auf der Seite des Aktionärs (act. 36 S. 3/4).

5. Doch selbst dann, wenn § 7 der Statuten hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis der Kontrollstelle als unanfechtbar betrachtet würde, ist folgendes zu berücksichtigen: Bei der Feststellung des Wertes der Aktien im Sinne von Art. 686 Abs. 4 OR geht es um die Feststellung einer Tatsache, welche für das Rechtsverhältnis der Prozessparteien erheblich ist, sodass das Schreiben der Kontrollstelle vom 28. April 1982 (act. 12) nicht als Schiedsgerichtsurteil, sondern ausschliesslich als Schiedsgutachten in Betracht zu ziehen ist (§ 258 ZPO). Auch ein solches ist nur dann verbindlich, wenn es "ordnungsgemäss zustande gekommen ist" (§ 258 Abs. 2 ZPO). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn den Parteien keine Gelegenheit geboten worden ist, ihre Sache zu vertreten und zu gegnerischem Vorbringen Stellung zu nehmen (Komm. Sträuli/Messmer, N 6 zu § 258 ZPO). Eine solche Wahrung des rechtlichen Gehörs des Klägers behauptet selbst die Beklagte nicht. In der Berufungsbegründung räumt sie vielmehr ein, da es hier "nur um die Bewertung der Aktien" gegangen sei, habe "der Schiedsrichter zu Recht auf ein kompliziertes Verfahren mit Schriftenwechsel etc. verzichtet und aus seiner Fachkenntnis heraus den Entscheid gefällt" (act. 36 S. 4). Dabei kommt - und damit ist auch das letztere Argument widerlegt - noch hinzu, dass die Kontrollstelle der Beklagten die Wertangabe in ihrem Schreiben vom 28. April 1982 an den Kläger zur Hauptsache auf die steuerliche Bewertung der Aktien abstützte (act. 12), und dass sie in einem Antwortschreiben vom 13. März 1984 an den Kläger (act. 18) ausdrücklich erklärte "nie einen Auftrag zur Berechnung des inneren Wertes der Aktien B.\_\_\_\_\_ AG" erhalten zu haben. Damit brachte die Kontrollstelle ihrerseits zum Ausdruck, die Vergütung für die von der Beklagten zu übernehmenden Aktien nicht als "wirklichen Wert" im Sinne von Art. 686 Abs. 4 OR angegeben, ihr Schreiben vom 28. April 1982 also nicht als Schiedsgutachten zur Wertbestimmung im

sinne der genannten (zwingenden) Vorschrift betrachtet zu haben. Die Frage, wann der Beklagte vom besagten Schreiben Kenntnis erhalten hat, kann bei dieser Sachlage offen bleiben.

Ebensowenig ist von Bedeutung, dass der Kläger, sofern man die Statuten für ihn als Rechtsnachfolger des Erblassers insoweit überhaupt als verbindlich betrachtet, wie die Vorinstanz (Urteil S. 7) und die Beklagte annehmen (act. 36 S. 2), F.\_\_\_\_\_ als Schiedsgutachter hätte ablehnen können, es aber nicht getan hat (act. 36 S. 6). Gemäss § 258 Abs. 2 ZPO genügt schon der Umstand als solcher, dass der Gutachter als Schiedsrichter hätte ausgeschlossen oder abgelehnt werden können, für die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens. Im vorliegenden Fall kommt mit gleicher Wirkung hinzu, dass der Beklagten bei der Bestellung des Gutachters eine Vorzugsstellung eingeräumt wurde und dass das Schiedsgutachten nicht ordnungsgemäss zustande gekommen ist (§ 258 Abs. 2 ZPO).

Damit erweist sich die Berufung als unbegründet.

6. Da das Berufungsverfahren im Gegensatz zum erstinstanzlichen, durch einen Vorentscheid unterbrochenen Prozess ein abgeschlossenes Ganzes bildet, ist die zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolge endgültig zu regeln. Hinsichtlich des Streitwertes ist dabei zu berücksichtigen, dass es sich bei dem vom Kläger im erst- wie auch im zweitinstanzlichen Verfahren genannten inneren Wert der Aktien von Fr. 732'000.-- (act. 2 S. 17; Prot. II S. 3), um eine bloss vorläufige Schätzung handelt. Auf welche Höhe er seine Klage nach Durchführung eines allfälligen Beweisverfahrens durch die Vorinstanz beziffern wird, steht im heutigen Zeitpunkt noch nicht fest. Da es im übrigen vorliegend lediglich um die Frage der Verbindlichkeit des Schreibens der Kontrollstelle vom

28. April 1982 als Schiedsgutachten ging, scheint es gerechtfertigt, für das Vorurteil entsprechend dem im betreffenden Schreiben genannten Betrag von einem Streitwert von rund Fr. 84'000.-- auszugehen.

7. Das Vorurteil beruht auch auf der Anwendung von Bundesrecht. Gemäss Art. 50 OG ist unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen gegen einen selbständigen Vorentscheid ausnahmsweise die Berufung zulässig, wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt und ein so bedeutsamer Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann, dass die gesonderte Anrufung des Bundesgerichtes gerechtfertigt erscheint. Ueber das Vorhandensein dieser Voraussetzung entscheidet das Bundesgericht ohne öffentliche Beratung nach freiem Ermessen. Die voraussichtliche Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht ist indes im Hinblick auf die Rechtsmittelbelehrung gemäss § 188 GVG kurz zu erörtern:

Würde, abweichend vom Ergebnis des kantonalen Verfahrens, die Stellungnahme der Kontrollstelle der Beklagten in ihrem Schreiben vom 28. April 1982 (act. 12) als verbindliche Schätzung des Wertes der streitigen Aktien gemäss Art. 686 Abs. 4 OR beurteilt, so wäre damit, wie unter Erw. 3 angedeutet, über die Klage nicht ohne weiteres im Sinne einer Abweisung entschieden (vgl. act. 36 S. 2). Das Rechtsbegehren lautet auf Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung eines - durch ein Beweisverfahren - festzustellenden Kaufpreises gegen Uebertragung des bezeichneten Aktienpaketes. Andererseits hat die Beklagte schon in der Klageantwort, abweichend von ihrem Standpunkt in der Berufungsschrift (act. 36 S. 2) und damit in Vernachlässigung des vom Kläger geforderten Beweisverfahrens über den Schätzwert der Aktien, eingeräumt, die Klage könne "höchstens im Umfange der bereits vor zwei Jahren offerierten Fr.

83'800.-- geschützt werden, wobei aber der Kläger voll kosten- und entschädigungspflichtig würde", denn er habe das Angebot nicht angenommen und verweigere den Vollzug der Aktienübertragung; bei diesem Geschäft sei er vorleistungspflichtig (act. 11 S. 5). Dem hielt der Kläger in der erstinstanzlichen Replik entgegen, die Beklagte habe ihm bisher kein korrektes Angebot unterbreitet, sondern lediglich ein Trinkgeld offeriert (act. 17 S. 10; vgl. auch act. 2 S. 17). Dabei stellte er in der gleichen Rechtsschrift "der Klarheit halber nochmals fest, dass im vorliegenden Verfahren lediglich streitig ist, zu welchem Kaufpreis der Kläger sein Aktienpaket an die Beklagte abzugeben hat" (act. 17 S. 4).

Daraus ist zu schliessen, dass nach Auffassung beider Parteien das Rechtsbegehren dahin auszulegen ist, es sei die für die Uebertragung des Aktienpakets an die Beklagte geschuldete Vergütung festzusetzen, sei es im Sinne des Schreibens der Kontrollstelle vom 28. April 1982 (act. 12), sei es - andernfalls - erst nach Durchführung eines Beweisverfahrens zur Feststellung des "wirklichen Werts" der Aktien (Art. 686 Abs. 4 OR). Dann aber erscheint die Berufung gegen das Vorurteil, unter Vorbehalt des Zulassungsentscheides des Bundesgerichtes (Art. 50 OG), als zulässig.

Demnach erkennt das Gericht:

1. In Abweisung der Berufung wird im Sinne eines Vorurteils festgestellt, dass das ins Recht gelegte Schreiben der Kontrollstelle der Beklagten an den Kläger vom 28. April 1982 keine für den Kläger verbindliche Schätzung des Wertes der von der Beklagten zu übernehmenden Aktien darstellt.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt; die übrigen Kosten betragen:  
Fr. 173.50 Schreibgebühren  
Fr. 56.-- Zustellungen und Porti RE C 24905  
Fr. 28.-- Vorladungen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Kläger für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'500.-- zu entschädigen.

5. Die Akten werden der Vorinstanz zur Weiterführung des Verfahrens zurückgesandt.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und - unter Rücksendung der Akten - an das Bezirksgericht Horgen, II. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

7. Gegen diesen Entscheid kann innert dreissig Tagen nach dessen Empfang

a) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe (im Doppel) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

b) bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

---

Im Namen der II. Zivilkammer:

Der Vorsitzende:



Der ao. Sekretär:

