

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB090036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Rückweisungsbeschluss vom 12. April 2011

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin, Widerbeklagte, Appellantin und Anschlussappellatin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter, Widerkläger, Appellat und Anschlussappellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
7. April 2009; Proz. CG050156**

1. Sachverhalt
2. Prozessgeschichte

10

17

3. Anwendbares Recht	18
4. Teilrechtskraft des angefochtenen Urteils	19
5. Prozessuale Fragen	21
6. Die Feststellungsbegehren der Parteien	22
7. Der Aktienkaufvertrag vom 7. Dezember 1995 und seine Ergänzung vom 28. Januar 2003; das Gutachten von Prof. D. _____ insbesondere.	24
8. Der Rücktritt der Klägerin vom Aktienkaufvertrag; Willensmängel	40
9. Leistungsklage (Rechtsbegehren Ziff. 1) der Klägerin: Die Bewertung der verkauften Aktien	44
10. Eventualbegehren Ziff. 2.2. der Klägerin: Herausgabeanspruch	54
11. Leistungsklage (Rechtsbegehren Ziff. 3) der Klägerin: Forderungen im Zusammenhang mit dem Bericht D. _____	55
12. Rückweisung	59
13. Kosten- und Entschädigungsfolgen	59

Rechtsbegehren zur Hauptklage

(vgl. act. 1 S. 2 f., act. 32 S. 2 f.):

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin € 25'564'594 zuzüglich 5% Zinsen seit 20. Februar 1995 zu bezahlen, Zug um Zug gegen die Herausgabe bzw. Freigabe der von der Klägerin gekauften Aktien der C. _____ AG.
2. Eventualiter - d.h. im Falle einer Abweisung von Ziff. 1 des Rechtsbegehrens - sei:
 - 2.1. festzustellen, dass der "Bericht über die Ermittlung des Unternehmenswerts zum 01.01.1999 der C. _____ AG, S. _____" von Prof. Dr. D. _____ unter Mitwirkung von F. _____ datiert vom 2. Juli 2004 kein Schiedsgutachten im Sinne von § 258 ZPO ist, und dass dieser Bericht keine verwertbare Grundlage für Ansprüche und Forderungen des Beklagten gegenüber der Klägerin ist;
 - 2.2. der Beklagte zu verpflichten, die folgenden Unterlagen vollständig - d.h. inklusive solcher, die an oder nach dem 1. Januar 1999 erstellt worden sind - an G. _____, ohne Auflagen herauszugeben:
 - Jahresabschlüsse der operativen Tochtergesellschaften der C. _____-Gruppe, namentlich der C. _____ SA, nach 1999;
 - Steuerbescheide der operativen Tochtergesellschaften der C. _____-Gruppe, namentlich der C. _____ SA, nach 1998;

- wichtige Gesellschafterbeschlüsse der operativen Tochtergesellschaften, namentlich der C._____ SA, die noch nicht übergeben wurden;
 - Unternehmensverträge, die noch nicht übergeben wurden;
 - Auflistung sämtlicher Verträge innerhalb der Unternehmensgruppe;
 - Feststellungen von steuerlichen Verlustvorträgen;
 - Informationen über wesentliche Betriebsprüfungsergebnisse bzw. laufende Betriebsprüfungen bei der C._____ AG sowie den operativen Gesellschaften, insbesondere in Bezug auf Vereinbarungen mit der eidgenössischen Steuerverwaltung über die Zurechnung von Know-how-Aufwand;
 - Annahmen über Zahlungsziele bei Forderungen und Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen;
 - Annahmen hinsichtlich der Bildung, Inanspruchnahme von Rückstellungen;
 - Angaben über eventuell vorhandenes nicht betriebsnotwendiges Vermögen;
 - Angaben über die Entwicklung der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter in den operativen Gesellschaften seit 1997;
 - weitere Dokumente, deren Bedarf sich durch die Auswertung der auszuhändigenden Unterlagen ergibt.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin € 200'800 zu bezahlen, zuzüglich 5% Zinsen seit 28. Februar 2005.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Rechtsbegehren zur Widerklage:

(erweitert gemäss act. 36 S. 2 ff.)

"1.1 Es sei festzustellen, dass für die Ermittlung des Unternehmenswerts der C._____ AG die folgenden Grundsätze verbindlich sind:

- Bewertungsstichtag: 1. Januar 1999
- Unternehmenswert = Ertragswert, betrachtet für 10 Jahre ab dem Bewertungsstichtag
- Kapitalisierungszinssatz für die Abzinsung: 11%
- Unternehmensbewertung gemäss Regelung nach IDW-Standard S. 1.

1.2 Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten einen nach Durchführung des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag zu bezahlen.

Eventualiter:

2.1 Es sei festzustellen, dass der Beklagte berechtigt ist, den Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich zu ersuchen, einen Schiedsgutachter zur Erstellung eines verbindlichen Gutachtens betreffend des Unternehmenswerts der C._____ AG zu ernennen;

2.2 Es sei festzustellen, dass die folgenden Grundsätze für die Ermittlung des Unternehmenswerts der C._____ AG für den Schiedsgutachter verbindlich sind:

- Bewertungsstichtag: 1. Januar 1999
- Unternehmenswert = Ertragswert, betrachtet für 10 Jahre ab dem Bewertungsstichtag
- Kapitalisierungszinssatz für die Abzinsung: 11%
- Unternehmensbewertung gemäss Regelung nach IDW-Standard S. 1.

Für den Fall, dass das Gericht zum Schluss kommt, es sei eine Unternehmensbewertung analog dem Aktienkaufvertrag durchzuführen:

3. Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten einen Betrag von EUR 131'556'511,48 (entsprechend CHF 210'029'970,58) zuzüglich Zins zu 5% seit 5. November 2003 zu bezahlen, vorbehältlich der Anpassung des Forderungsbetrages für die in den Rechtsbegehren Ziff. 4.1 und 4.2 genannten Fälle.

Eventualiter:

4.1 Für den Fall, dass die Klägerin analog § 3 (3) Abs. 2 des Aktienkaufvertrages vom 7. Dezember 1995 innert angemessener Frist ein Sachverständigengutachten der G._____, hilfsweise ein Sachverständigengutachten eines anderen Wirtschaftsprüfers oder einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, vorlegen

sollte, aus dem sich ein Unternehmenswert für 25,1% der Aktien der C._____ AG von nicht weniger als CHF 225'759'478,50 und nicht mehr als CHF 275'928'229,50 ergibt:

Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten den Mittelwert zwischen dem in dem von der Klägerin vorgelegten Sachverständigengutachten ausgewiesenen Wert und dem Betrag von EUR 157'133'048,78 (entsprechend CHF 250'843'845) gemäss dem vom Beklagten vorgelegten Sachverständigengutachten der H._____ vom 31. März 2005 zu bezahlen, abzüglich der bereits erhaltenen Anzahlung von EUR 25'564'594,06 (entsprechend DEM 50'000'000,00), zuzüglich Zins zu 5% seit 23. November 2003.

4.2 Für den Fall, dass die Klägerin analog § 3 (3) Abs. 2 des Aktienkaufvertrags vom 7. Dezember 1995 innert angemessener Frist ein Sachverständigengutachten der G._____, hilfsweise ein Sachverständigengutachten eines anderen Wirtschaftsprüfers oder einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, vorlegen sollte, aus dem sich ein Unternehmenswert für 25,1% der Aktien der C._____ AG von weniger als CHF 225'759'478,50 oder von mehr als CHF 275'928'229,50 ergibt:

4.2.1 Es sei ein zwischen den Parteien analog § 3 (3) Abs. 2 und 3 des Aktienkaufvertrages vom 7. Dezember 1995 einvernehmlich bestimmter, eventualiter durch den Präsidenten des Obergerichtes des Kantons Zürich ernannter Obergutachter für die Ermittlung des Unternehmenswerts der C._____ AG wie folgt zu instruieren:

- Bewertungsstichtag: 1. Januar 1999
- Unternehmenswert = Ertragswert, betrachtet für 10 Jahre ab dem Bewertungsstichtag
- Kapitalisierungszinssatz für die Abzinsung: 11%
- Unternehmensbewertung gemäss Regelung nach IDW-Standard S. 1.
- Der Obergutachter sei anzuweisen, dass der Unternehmenswert den niedrigeren Wert der vorgelegten Parteigutachten nicht unter- und den höheren Wert der vorgelegten Parteigutachten nicht überschreiten darf.

4.2.2 Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten den durch den Obergutachter festgelegten Wert von 25,1% der Aktien der C._____ AG zu bezahlen, abzüglich der erhaltenen Anzahlung von EUR 25'564'594,06 (entsprechend DEM 50'000'000,00), zuzüglich Zins zu 5% seit 5. November 2003.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 7. April 2009
(act. 129 S. 70 f.):

1. Die Hauptklage wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. In teilweiser Gutheissung von Widerklagerechtsbegehren 1 wird festgestellt, dass für die Ermittlung des Unternehmenswertes der C._____ die folgenden Grundsätze verbindlich sind:
 - Bewertungsstichtag: 1. Januar 1999
 - Unternehmenswert = Ertragswert, betrachtet für 10 Jahre ab dem Bewertungsstichtag
 - Kapitalisierungszinssatz für Abzinsung: 11 %
 - Unternehmensbewertung nach den Grundsätzen von IDW Standard S 1.

Im Übrigen wird auf die Widerklage nicht eingetreten.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'100'000.--. Weitere Kosten sind nicht angefallen.
4. Die Kosten, deren Bezug in Dispositivziffer 5 geregelt ist, werden im Betrag von Fr. 748'000.-- der Klägerin und Widerbeklagten auferlegt, im Restbetrag von Fr. 352'000.-- dem Beklagten und Widerkläger.
5. Die Kosten werden bezogen
 - a) von der Klägerin und Widerbeklagten unter Inanspruchnahme der gesamten von ihr geleisteten Kautionsleistung,
 - b) vom Beklagten und Widerbeklagten unter Inanspruchnahme der von ihm geleisteten Kautionsleistung.
 - c) Soweit danach die vom Beklagten und Widerkläger gestellte Kautionsleistung die gemäss Dispositivziffer 3 zu beziehenden Kosten übersteigt, ist sie ihm herauszugeben.
6. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, die gemäss Dispositivziffer 5b vom Beklagten und Widerkläger bezogenen Kosten diesem im Umfang von Fr. 486'000.-- zu ersetzen.
7. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 591'680.-- (allfällige Mehrwertsteuer in diesem Betrag inbegriffen) zu bezahlen.

Berufungsanträge:

Der Klägerin, Widerbeklagten, Appellantin und Anschlussappellatin zur Hauptberufung (act. 142 S. 2-4):

"1.1 Es sei Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 7. April 2009 (CG050156/U) aufzuheben und die Klage vollumfänglich (Hauptklagebegehren Ziff. 1 und 3) gutzuheissen. Entsprechend sei der Beklagte, Widerkläger und Appellat zu verpflichten, der Klägerin, Widerbeklagten und Appellantin

- € 25'564'594 zuzüglich 5% Zinsen seit 20. Februar 1995, Zug um Zug gegen Herausgabe bzw. Freigabe der von der Klägerin gekauften Aktien der C._____ AG (Hauptklagebegehren Ziff. 1) sowie
- € 200'800 zuzüglich 5% Zinsen seit 28. Februar 2005 (Hauptklagebegehren Ziff. 3) zu bezahlen.

1.2 Eventualiter, im Falle einer Abweisung von Hauptklagebegehren Ziff. 1, seien die Eventualanträge Ziff. 2.1 und 2.2 der Klage gutzuheissen.

Entsprechend sei:

festzustellen, dass der "Bericht über die Ermittlung des Unternehmenswerts zum 01.01.1999 der C._____ AG, S._____" von Prof. Dr. D._____ unter Mitwirkung von F._____ datiert vom 2. Juli 2004 kein Schiedsgutachten im Sinne von § 258 ZPO ist, und dass dieser Bericht keine verwertbare Grundlage für Ansprüche und Forderungen des Beklagten gegenüber der Klägerin ist;

der Beklagte zu verpflichten, die folgenden Unterlagen vollständig – d.h. inklusive solcher, die an oder nach dem 1. Januar 1999 erstellt worden sind - an G._____, ohne Auflagen herauszugeben:

- Jahresabschlüsse der operativen Tochtergesellschaften der C._____ -Gruppe, namentlich der C._____ SA, nach 1999;
- Steuerbescheide der operativen Tochtergesellschaften der C._____ -Gruppe, namentlich der C._____ SA, nach 1998;
- wichtige Gesellschafterbeschlüsse der operativen Tochtergesellschaften, namentlich der C._____ SA, die noch nicht übergeben wurden;
- Unternehmensverträge, die noch nicht übergeben wurden;
- Auflistung sämtlicher Verträge innerhalb der Unternehmengruppe;
- Feststellungen von steuerlichen Verlustvorträgen;
- Informationen über wesentliche Betriebsprüfungsergebnisse bzw. laufende Betriebsprüfungen bei der C._____ AG sowie den operativen Gesellschaften, insbesondere in Bezug auf Vereinbarungen mit

der eidgenössischen Steuerverwaltung über die Zurechnung von Know-how-Aufwand;

- Annahmen über Zahlungsziele bei Forderungen und Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen;
- Annahmen hinsichtlich der Bildung, Inanspruchnahme von Rückstellungen;
- Angaben über eventuell vorhandenes nicht betriebsnotwendiges Vermögen;
- Angaben über die Entwicklung der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter in den operativen Gesellschaften seit 1997;
- weitere Dokumente, deren Bedarf sich durch die Auswertung der auszuhändigenden Unterlagen ergibt.

2.1 Ziff. 2 des vorinstanzlichen Urteils sei insoweit aufzuheben, als damit Widerklagerechtsbegehren 1 teilweise gutgeheissen wird (Gutheissung der Feststellung gemäss Widerklagerechtsbegehren Ziff. 1.1), und es sei auch auf Widerklagerechtsbegehren Ziff. 1.1 nicht einzutreten, eventualiter sei Widerklagerechtsbegehren Ziff. 1.1 abzuweisen. Im Übrigen sei auf die Widerklage nicht einzutreten.

2.2 Eventualiter, d.h. im Falle einer Abweisung von Ziff. 2.1 der Berufungsanträge, sei in Ergänzung zu Ziff. 2 des vorinstanzlichen Urteils festzustellen, dass bei der Bewertung der C. _____ AG die aus dem Betrieb der C. _____-Anlage W. _____ gewonnenen Erkenntnisse über die grosstechnische Eignung des C. _____-Verfahrens zu berücksichtigen sind.

Zudem sei in Ergänzung zu Ziff. 2 des vorinstanzlichen Urteils festzustellen, dass für die Ermittlung des Unternehmenswertes der C. _____ ein zweistufiges Bewertungsverfahren durchzuführen sei, für das ausschliesslich die in § 3 Abs. 3 des Aktienkaufvertrages vom 7. Dezember 1995 getroffene Regelung Anwendung findet.

3. Ziff. 4-6 des vorinstanzlichen Urteils seien aufzuheben, und es seien die Kosten gemäss Ziff. 3 des vorinstanzlichen Urteils vollumfänglich dem Beklagten, Widerkläger und Appellaten aufzuerlegen, unter entsprechender Regelung des Kostenbezugs.

Entsprechend seien die Kosten vom Beklagten, Widerkläger und Appellaten unter Inanspruchnahme der durch ihn geleisteten Kautions in Höhe von CHF 847'100 sowie unter teilweiser Inanspruchnahme (CHF 252'900) der von der Klägerin, Widerbeklagten und Appellantin geleisteten Kautions in Höhe von CHF 262'000 zu beziehen.

Der Klägerin, Widerbeklagten und Appellantin sei im Betrag von CHF 252'900 ein Rückgriffsrecht auf den Beklagten, Widerkläger und Appellaten einzuräumen.

4. Ziff. 7 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben, und es sei der Beklagte, Widerkläger und Appellat zu verpflichten, der Klägerin, Widerbeklagten und Appellantin für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von CHF 1'643'559 zu bezahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten, Widerklägers und Appellaten."

Des Beklagten, Widerklägers, Appellaten und Anschlussappellanten zur Hauptberufung (act. 162 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das angefochtene Urteil CG050156 des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vollumfänglich zu bestätigen.
2. Es sei auf das Eventualbegehren Ziff. 2.2 der klägerischen Berufungsbe-gründung nicht einzutreten; eventuell sei es abzuweisen;

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin, Widerbeklagten und Appellantin."

modifizierter Antrag des Beklagten zur Hauptberufung gemäss Hauptberufungs-duplik (act. 188 S. 2)

- "1. In Bezug auf das Hauptklage-Eventualbegehren Ziff. 2.2 sei das Verfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Eventuell sei Hauptklage-Eventualbegehren Ziff. 2.2 abzuweisen, soweit es nicht gegenstandslos ge-worden ist.

Im Übrigen sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das angefoch-tene Urteil CG050156 des Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 7. April 2009 vollumfänglich zu bestätigen.

2. Es sei auf das Eventualbegehren Ziff. 2.2 der klägerischen Berufungsbe-gründung nicht einzutreten; eventuell sei es abzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin, Widerbeklagten und Appellantin."

Des Beklagten, Widerklägers, Appellaten und Anschlussappellanten zur Eventual-Anschlussberufung (act. 162 S. 2 f):

Für den Fall, dass auf das Eventualbegehren Ziff. 2.2 der Berufungsbegründung eingetreten wird:

Es sei Ziff. 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben und in teilweiser Gutheissung von Widerklagebegehren Ziff. 1.1 in der Fassung gemäss Stellungnahme des Beklagten zur Widerklageduplik festzustellen, dass für die Ermittlung des Unternehmenswerts der C._____ AG die folgenden Grundsätze verbindlich sind:

- Bewertungsstichtag: 1. Januar 1999;
- Unternehmenswert = Ertragswert, betrachtet für 10 Jahre ab dem Bewertungsstichtag;
- Kapitalzinsfuss für die Abzinsung: 11%;
- Unternehmensbewertung gemäss Regelung nach IDW-Standard S1;
- Für die Bewertung der C._____ AG ist die tatsächliche Entwicklung der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften nach dem Bewertungsstichtag 1. Januar 1999 nur insoweit zu berücksichtigen, als solche Informationen bei angemessener Sorgfalt zum Bewertungsstichtag hätten erlangt werden können.
- Bei der Unternehmensbewertung der C._____ AG ist für die Zeit nach Ablauf des Betrachtungszeitraums von 10 Jahren ein Residualwert der C._____ AG zu berechnen und in die Unternehmensbewertung miteinzubeziehen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin, Widerbeklagten und Appellantin."

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Die Klägerin ist eines der grössten deutschen Energieunternehmen mit Sitz in W._____ [Deutschland]. Ihre Hauptbetätigungen liegen in der Erzeugung von Energie, dem Handel und Vertrieb von Strom und Gas sowie in Umweltdienstleistungen. Sie ist mit Rückwirkung per 1. Januar 1997 aus einer Fusion der A1._____ AG und der A2._____ AG hervorgegangen (vgl. dazu act. 1 S. 10 und act. 20 S. 132, ferner z.B. www.A._____.com).

1.2. Der Beklagte ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in ... /Italien. Von Beruf Ingenieur, widmete er sich als Unternehmer seit Ende der 80er-Jahre des letzten Jahrhunderts der C.____-Technologie, welche der Energiegewinnung aus Müll sowie der Müllverwertung dient. Er ist Hauptaktionär der C.____ AG und technischer Berater der C.____-Gruppe (vgl. act. 20 S. 132 und act. 1 S. 10). Zur C.____-Gruppe ist Folgendes zu sagen:

1.2.1. Die C.____ AG hat ihren Sitz in S.____ und wurde im Jahre 1990 als Aktiengesellschaft [...] gegründet (im Folgenden: "C.____"). Das Aktienkapital betrug anfangs 1 Million Franken; später wurde dieses auf 70 Millionen Franken erhöht. Gesellschaftszweck ist die Forschung und Entwicklung auf dem Gebiete der Umwelttechnologie, die Verwertung von Patenten und Lizenzen auf diesem Gebiete, einschliesslich der thermischen Müllverwertung. Namentlich hält die C.____ AG die Patente für das sogenannte C.____-Verfahren. Sie verwertet dieses Verfahren über ihre Tochtergesellschaften (act. 1 S. 11, Rz 18 und 19; act. 20 S. 132 Rz 508 und 509).

1.2.2. Eine dieser Tochtergesellschaften war die in J.____ (Schweiz) domiziliert gewesene C1.____ AG bzw. C1.____ SA (später: C.____ SA), der das operative Geschäft übertragen wurde. Die C.____ AG, S.____, hielt 100% des Aktienkapitals, das gemäss Handelsregister (act. 213) bei der Gründung im Jahre 1990 Fr. 13'200'000 und ab dem Jahre 2001 Fr. 65'000'000 betrug. Dr. K.____ ist ein langjähriger und enger Vertrauter des Beklagten. Seit ihrer Gründung hatte er bei der C1.____ AG leitende Funktionen inne, namentlich als Delegierter, Direktor und Präsident des Verwaltungsrates. Am 29. Oktober 2009 wurde durch die Pretura del Distretto di J.____ der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet (act. 162 S. 101; act. 164/5; act. 213).

1.3. Am 7. Dezember 1995 schlossen der Beklagte als Verkäufer und eine Rechtsvorgängerin der heutigen Klägerin (vgl. act. 1 S. 7 und 10, Rz 2 und 16; act. 20 S. 132), nämlich die A1.____ Aktiengesellschaft in W.____ (in Folgendem "A1.____"), einen "Vertrag über Verkauf und Übertragung von Aktien der C.____ Aktiengesellschaft, S.____" (act. 3/1). Die Parteien gingen zur Zeit des Vertragsschlusses von einem Aktienkapital von Fr. 6'000'000 aus (§ 1).

1.3.1. Mit dem erwähnten Vertrag vom 7. Dezember 1995 verkaufte der Beklagte der Klägerin 1'506 Inhaberaktien der C._____ AG im Nennwert von Fr. 1'506'000. Das entsprach einer Beteiligung von 25.1% an der C._____ AG (§ 2 Abs. 1).

1.3.2. Gemäss Vertrag vom 7. Dezember 1995 soll das Eigentum an den Aktien mit Übergabe der Aktienurkunden auf das "A1._____" übergehen, und zwar "Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises". Die Mitgliedschaftsrechte gelten gemäss Vertrag "als mit Wirkung zum 01. Januar 1995 übergegangen" (§ 2 Abs. 2).

1.3.3. Bezüglich der Bestimmung des Kaufpreises wurde in § 3 des Vertrages vom 7. Dezember 1995 Folgendes festgelegt:

"(1) Der Kaufpreis entspricht 25,1 % des Unternehmenswertes von C._____. Der Unternehmenswert ist gleich dem Ertragswert. Bei der Ermittlung des Ertragswertes werden ein Betrachtungszeitraum von zehn Jahren ab dem Bewertungsstichtag und ein Kapitalisierungszinsfuss von 11% (in Worten: elf Prozent) zugrundegelegt, mit dem die Ergebnisse der zehn Referenzjahre abgezinst werden.

(2) Die Bewertung erfolgt auf den 01. Januar 1999 (Bewertungsstichtag).

(3) Einigen sich die Parteien über den Unternehmenswert (Ertragswert) von C._____ nicht, so bestellt jede Partei einen Gutachter, der eine Unternehmensbewertung (Ertragsbewertung) vornimmt. Als massgeblich gilt der Mittelwert zwischen den beiden Bewertungen, vorausgesetzt, dass das Gutachten mit dem höheren Endwert nicht mehr als 10% von dem Gutachten mit dem niedrigeren Endwert abweicht; die 10% werden vom niedrigeren Endwert berechnet.

Weichen die Endwerte hiernach um mehr als 10% voneinander ab, so einigen sich die beiden Gutachter innerhalb von vier Wochen nach Vorlage des letzten Gutachtens auf einen dritten Sachverständigen als Obergutachter. Im Falle der Nichteinigung wird dieser Obergutachter auf Antrag einer Partei vom Präsidenten des Appellationsgerichts in Zürich ernannt.

Über den Wert entscheidet der Obergutachter endgültig. Er darf jedoch den niedrigeren Wert nicht unter-, den höheren Wert nicht überschreiten.

Bestellt eine Partei innerhalb eines Monats nach Aufforderung durch die andere Partei keinen Gutachter, so entscheidet die Wertermittlung des von der anderen Partei bestellten Gutachters.

Alle nach dieser Bestimmung zu wählenden oder zu ernennenden Gutachter müssen Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfergesellschaften sein."

1.4. In der Folge ergaben sich zwischen den Parteien Differenzen, namentlich darüber, aus welchen Gründen verschiedene C.____-Anlagen nicht, wie gewünscht, funktionierten (Projekt W.____, Projekt L.____, Projekt M.____). Im Jahre 1999 wurden von den Parteien Gespräche zum Thema begonnen, wie die Bewertung des Kaufpreises im Sinne des Vertrages vom 7. Dezember 1995 bewerkstelligt werden könnte (vgl. act. 1 S. 27f.; act. 20 S. 52 und 140 f.). Nach einem Unterbruch wurden diese Gespräche über die Bewertung des Kaufgegenstandes erst im Jahre 2003 wieder aufgenommen. Am 28. Januar 2003 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, die sie in ihren Rechtsschriften als "*Zusatzvereinbarung*" bezeichnen (vgl. act. 1 S. 28 und act. 20 S. 52). Als Käuferin firmierte dieses Mal die Rechtsnachfolgerin des früheren "A1.____s", nämlich die heutige Klägerin. Die Zusatzvereinbarung (act. 3/2) hat folgenden Wortlaut:

"1. Zwischen den Parteien besteht ein Kaufvertrag über Aktien an der C.____ AG. Herr B.____ wird sich bemühen, die an A.____ [= heutige Klägerin] verkauften Aktien einem Dritten weiterzuveräussern. A.____ stimmt der Übertragung auf einen Dritten gegen Rückgabe der Anzahlung in Höhe von DM 50 Mio. ausdrücklich zu.

2. Nach dem o.g. Kaufvertrag wird der endgültige Kaufpreis der Aktien nach einem Bewertungsgutachten festgelegt. Unabhängig von Ziff. 1 vereinbaren die Parteien, dass keine weiteren Zahlungen auf den Kaufvertrag erfolgen, bis das Bewertungsgutachten erstellt und Einigkeit darüber erzielt ist. Falls der Verkauf an einen Dritten nicht gelingt, wird der Kaufpreis erst und nur auf der Basis des einvernehmlichen Bewertungsgutachtens festgelegt und entrichtet. Die im Kaufvertrag vorgesehene Leistung einer weiteren Anzahlung auf den Kaufpreis unterbleibt.

3. Die Parteien verständigen sich auf Prof. Dr. D.____, ..., als Bewertungsgutachter.

4. Über Streitigkeiten aus dem Kaufvertrag und aus dieser Vereinbarung entscheidet ausschliesslich das ordentliche Gericht der Stadt Zürich."

1.5. Am 7. Februar 2003 wandten sich die Parteien im Sinne der Zusatzvereinbarung in einem *gemeinsamen Schreiben* an Prof. Dr. D.____ (act. 3/59). Sie hielten dort fest, dass gemäss dem Vertrag vom 7. Dezember 1995 der "endgültige Kaufpreis ... 25,1% des Ertragswertes der C.____ Aktiengesellschaft, S.____, betragen" soll. "Für die Ermittlung des Unternehmenswertes (Ertragswertes)" seien folgende Grundsätze einzuhalten:

- "Bewertungsstichtag: 1. Januar 1999

- Unternehmenswert = Ertragswert, betrachtet für 10 Jahre ab dem Bewertungsstichtag;
- Kapitalisierungszinssatz für die Abzinsung: 11%."

Die Durchführung des Gutachtensauftrages sollte gemäss dem Auftragschreiben der Parteien nach den *Grundsätzen des Standards "Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen" des Deutschen Institutes der Wirtschaftsprüfer IDW S1* erfolgen. Die in die Bewertung einzubeziehenden Gesellschaften würden "von den Auftraggebern in Kenntnis gesetzt". Im Schreiben der Parteien an Prof. D. _____ wird festgehalten, dass sie "beabsichtigten", "Ihnen gemeinsam den Auftrag zur Erstellung eines Bewertungsgutachtens zu erteilen". Und weiter wird ausgeführt, dass die Parteien "die Einzelheiten der Auftragsdurchführung ... gerne mit Ihnen vorab in einem gemeinsamen Termin in W. _____ besprechen" würden.

In der Folge kam es am 28. Februar 2003 zu einem Treffen der Parteien mit Prof. D. _____, wobei der Beklagte durch Dr. K. _____ vertreten war (act. 1 S. 30; act. 20 S. 142). Am 5. März 2003 bestätigte Prof. D. _____ den Parteien schriftlich die Übernahme des Gutachtensauftrages. Dort wird festgehalten, dass "die Honorierung des Gutachtens ... in der Weise erfolgen [soll], dass jeweils die Hälfte des Honorars von den beiden Parteien getragen wird". Ferner teilte Prof. D. _____ den Parteien mit, dass er "in einigen Bereichen der Sachverhaltsermittlung und Gutachtenerstellung unsere Kooperationspartner, die F. _____ GmbH" in ... einschalten werde (act. 3/60; act. 1 S. 31; act. 20 S. 61 f.). Die Klägerin macht geltend, sie habe in der Folge Prof. D. _____ akonto Gutachterskosten eine "Abschlagszahlung" von € 120'000 zukommen lassen (act. 1 S. 73 mit Hinweis auf act. 3/154; act. 20 S. 87f. und 158).

1.6. Schon bald nach der Arbeitsaufnahme durch Prof. D. _____ begann die Klägerin dessen Neutralität anzuzweifeln, indem sie dem Gutachter vorwarf, sich mit der Gegenpartei abzustimmen. Jedenfalls teilte die Klägerin Prof. D. _____ mit Schreiben vom 22. September 2003 mit, dass sie "jede Fortführung Ihrer gutachterlichen Tätigkeit" ablehne und ihn auffordere, "das Mandat unverzüglich niederzulegen" (act. 3/64). Mit Schreiben vom 30. September 2003 und 6. Oktober

2003 wiesen sowohl Prof. D. _____ als auch der Beklagte die Vorwürfe der Klägerin gegenüber dem Gutachter zurück (act. 3/65-66).

1.7. Unterm 2. Juli 2004 unterbreitete Prof. D. _____ den Parteien seinen "Bericht über die Ermittlung des Unternehmenswertes zum 01.01.1999 der C. _____ AG, S. _____" (act. 3/91). Unter Bezugnahme auf diesen Bericht forderte der Beklagte von der Klägerin mit Schreiben vom 19. Juli 2004 (act. 3/92) unter Berücksichtigung der von der Klägerin bereits geleisteten Anzahlung von DM 50 Mio. den "noch ausstehenden Restkaufpreis von € 45'085'000" unter Ansetzung einer Zahlungsfrist bis zum 10. August 2004. Umgehend wies die Klägerin diese Forderung am 23. Juli 2004 zurück (act. 3/93). Sie anerkenne nämlich weder das Bewertungsgutachten von Prof. D. _____ noch das Verfahren, in dem es zustande gekommen sei.

1.8. Im Prozess legte der Beklagte dazu später dann dar, er habe, "um eine aussergerichtliche Ermittlung des Kaufpreises zu ermöglichen", die "Unverwertbarkeit des Gutachtens D. _____" akzeptiert (act. 20 S. 103 Rz 371). In diesem Zusammenhang verweist er namentlich auf sein Schreiben an die Gegenpartei vom 31. Januar 2005 (act. 3/153). Mit diesem stellte der Beklagte der Klägerin den Entwurf für eine Schiedsvereinbarung zu und erklärte gleichzeitig, dass er *"die auf den Bericht von Prof. D. _____ gestützte Forderung nicht weiter geltend macht"*. Umgekehrt gehe es ihm darum, "den eingeleiteten Bewertungsprozess nun zügig fortzuführen". Der Beklagte nahm damit Bezug auf ein Schreiben der Klägerin vom 19. Januar 2005, mit dem sie dem Beklagten den Rücktritt vom Aktienkaufvertrag androhte, wenn er nicht bis zum 2. Februar 2005 *"endgültig und unwiderruflich" auf Ansprüche gestützt auf den Bericht des Prof. D. _____ verzichte* (act. 3/151 S. 4).

1.9. Die Klägerin erachtete die Distanzierung des Beklagten vom Bericht D. _____ gemäss dessen Schreiben vom 31. Januar 2005 (act. 3/153) nicht als genügend. Mit Schreiben vom 11. Februar 2005 übermittelte sie dem Beklagten daher eine von ihm *"zu unterzeichnende Anerkennung der Unverwertbarkeit des Berichts von Prof. D. _____, die den Erfordernissen gemäss Rz. 10 unseres Schreibens vom 19. Januar 2005"* (= act. 3/151) entsprechen sollte (vgl. act.

3/154 samt Beilage). Auf weitere Verhandlungen "über ein klärendes Feststellungsverfahren" werde sich die Klägerin nur einlassen, wenn der Beklagte die ihm vorgelegte Erklärung bis 28. Februar 2005 "vorbehaltlos" unterzeichne. "Alternativ" möge der Beklagte bis zum gleichen Zeitpunkt die von ihm mit Schreiben der Klägerin "vom 2. April 2004 [= act. 3/83] angeforderten Unterlagen ohne Auflagen herausgeben". Schliesslich forderte die Klägerin vom Beklagten Schadenersatz von € 200'800 wegen der "Nichtoffenlegung der Vorbefassung von Prof. D. _____ und die nicht vollständige Offenlegung der Interessenbindungen".

In seinem Antwortschreiben vom 28. Februar 2005 (act. 3/155) führte der Beklagte aus, er habe "nie einen Zweifel daran gelassen ..., dass er seine Ansprüche nicht auf das Gutachten des Herrn Prof. D. _____ als einem vereinbarten neutralen Obergutachter stützen wird, *sofern Ablehnungsgründe gegen Herrn D. _____ bestehen*". Er habe aber ein erhebliches Interesse daran, "das Bewertungsverfahren zur Ermittlung der Höhe seines Restkaufpreises zügig durchzuführen" (act. 3/155).

1.10. Am 10. März 2005 (act. 3/156) antwortete die Klägerin, aus dem Verhalten des Beklagten ergebe sich, dass für sie die erneute Durchführung eines Bewertungsverfahrens ("klärendes Feststellungsverfahren") nicht mehr zumutbar sei,

- weil nämlich dem Beklagten und seinen Vertretern der Wille fehle, mit unzulässigen Mitteln das Bewertungsverfahren gemäss Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 zu beeinflussen;
- weil keine klare Distanzierung von diesem Verhalten erfolgt sei;
- weil keine vollständige Herausgabe aller bewertungsrelevanten Unterlagen erfolgt sei.

Aus diesem Grunde trete die Klägerin vom Aktienkaufvertrag zurück. Der Beklagte möge der Klägerin die geleistete Anzahlung von DM 50 Mio., entsprechend € 25'561'000, "unverzüglich" zurückerstatten, d.h. Zug um Zug gegen die Herausgabe der von der Klägerin gehaltenen Aktien der C. _____ AG.

Der Beklagte wies hierauf am 16. März 2005 die Rücktrittserklärung der Klägerin zurück (act. 3/157).

1.11. Bis heute hat der von den Parteien mit der Zusatzvereinbarung anvisierte Verkauf der Aktien an einen Dritten jedenfalls nicht stattgefunden.

2. Prozessgeschichte

2.1. Gestützt auf die Bestimmungen des LugÜ vom 16. September 1988 machte die Klägerin die Klage unterm 29. Juli 2005 bei der Vorinstanz rechtshängig. Im Rahmen des erstinstanzlichen Hauptverfahrens erstatteten die Parteien die folgenden Parteivorträge:

- Klägerin: Klageschrift vom 29. Juli 2005 (act. 1, 118 Seiten);
- Beklagter: Klageantwort- und Widerklagebegründungsschrift vom 14. Dezember 2005 (act. 20, 162 Seiten);
- Klägerin: Replik- und Widerklageantwortsschrift vom 1. Juni 2006 (act. 32, 142 Seiten);
- Beklagter: Duplik- und Widerklagerepliksschrift vom 29. November 2006 (act. 46, 122 Seiten);
- Klägerin: Widerklagedupliksschrift vom 13. April 2007 (act. 58, 144 Seiten);
- Beklagter: Stellungnahme zur Widerklagedupliksschrift vom 29. Oktober 2007 (act. 72, 77 Seiten).

Mit Beschluss vom 8. Oktober 2008 (act. 114) lehnte es die Vorinstanz ab, das Prozessthema im Sinne eines Antrages der Klägerin zu beschränken. Gewisse Klageänderungen des Beklagten wurde zugelassen, andere aber nicht.

Im Rahmen einer Verhandlung vor dem vorinstanzlichen Referenten fanden am 9. Dezember 2008 Befragungen nach § 55 ZPO/ZH statt (Prot. I S. 19-23).

Am 7. April 2009 erging das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (act. 129).

2.2. Gegen das bezirksgerichtliche Urteil erklärte die Klägerin rechtzeitig die Berufung (act. 125, 130). Im Rahmen des Berufungsverfahrens erstatteten die Parteien die folgenden schriftlichen Vorträge:

- *Klägerin*: Hauptberufungsbegründungsschrift vom 24. August 2009 (act. 142, 118 Seiten);
- *Beklagter*: Hauptberufungsantwort- und Eventual-Anschlussberufungsbegründungsschrift vom 7. Dezember 2009 (act. 162, 130 Seiten);
- *Klägerin*: Hauptberufungsreplik- und Eventual-Anschlussberufungsantwortsschrift vom 1. März 2010 (act. 175, 97 Seiten);

- *Beklagter*: Hauptberufungsduplik- und Eventual-Anschlussberufungsreplikschrift vom 7. Mai 2010 (act. 188, 61 Seiten);
- *Klägerin*: Eventual-Anschlussberufungsduplikatschrift vom 17. Juni 2010 (act. 193, 27 Seiten);
- *Beklagter*: Stellungnahme zur Eventual-Anschlussberufungsduplikatschrift vom 16. Juli 2010 (act. 202, 12 Seiten);
- *Klägerin*: Stellungnahme zu act. 202 vom 6. August 2010 (act. 209, 9 Seiten);
- Noveneingabe der Klägerin vom 8. Februar 2011 (act. 221, 4 Seiten);
- Stellungnahme des Beklagten zur Noveneingabe vom 1. März 2011 (act. 225, 6 Seiten);
- Replik der Klägerin zu dieser Stellungnahme vom 4. April 2011 (act. 229; 6 Seiten);
- Duplik des Beklagten zu dieser Stellungnahme vom 8. April 2011 (act. 230, 2 Seiten).

2.2.1. Mit Brief vom 3. Januar 2011 (act. 214) wandte sich der obergerichtliche Referent an die Parteien. Er wies sie darauf hin, dass eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens denkbar sei, und er legte ihnen die Frage vor, ob die Parteien die Durchführung einer Vergleichsverhandlung mit dem Ziel, eine Rückweisung zu vermeiden, sinnvoll hielten. Beide Parteien teilten hierauf mit Schreiben vom 19. bzw. 20. Januar 2011 (act. 215 und 216) mit, dass sie die Durchführung einer Vergleichsverhandlung begrüßen würden.

2.2.2. Am 28. März 2011 fand die Vergleichsverhandlung statt (Prot. II S. 13). Sie führte zu keiner Einigung.

3. Anwendbares Recht

3.1. Mit zutreffender Begründung hat die Vorinstanz dargelegt, dass auf den Aktienkaufvertrag (einschliesslich Zusatzvereinbarung) schweizerisches Recht zur Anwendung kommt (act. 129 S. 12, E. 2.1, 2.2). Auf die vorinstanzlichen Erwägungen ist zu verweisen (§ 161 GVG).

3.2. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt das vor dem 1. Januar 2011 massgeblich gewesene bisherige kantonale Verfahrensrecht "bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz". Vor der Berufungsinstanz ist die Sache seit dem 7. Mai 2009

pendent. Demgemäss ist auf das vorliegende seit dem 7. Mai 2009 pendente Berufungsverfahren das frühere zürcherische Prozessrecht (gemäss ZPO/ZH) anwendbar.

4. Teilrechtskraft des angefochtenen Urteils

4.1. Soweit das bezirksgerichtliche Urteil von den Berufungsanträgen der Parteien nicht erfasst wird, ist es in Rechtskraft erwachsen (§ 260 Abs. 1 ZPO/ZH). Die massgeblichen Berufungsanträge sind jene, die mit der Berufungsschrift oder gegebenenfalls mit der Anschlussberufung erstattet werden (§§ 264 Abs. 1 und 266 Abs. 1 ZPO/ZH). Mit den weiteren Vorträgen des Berufungsverfahrens (Berufungsreplik bzw. Anschlussberufungsreplik) können die Berufungsanträge weder geändert noch erweitert, sondern bestenfalls reduziert, d.h. teilweise zurückgezogen werden. In diesem Sinne ist das Dispositiv des angefochtenen Urteils mit den Anträgen der Berufung bzw. der Anschlussberufung zu vergleichen.

4.2. Die *Hauptklage* (vgl. dazu act. 142 S. 2 f.) der Klägerin hat zwei Leistungsklagebegehren (Ziff. 1 und 3: € 25'564'594.00 bzw. € 200'800.00) zum Gegenstand sowie mit Ziff. 2 ein (eventuelles) Feststellungsbegehren und ein (eventuelles) Herausgabebegehren, die der Leistungsklage gemäss Ziff. 1 zugeordnet sind.

Mit Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils wird die Hauptklage "*abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist*". Die Klägerin hält mit ihren Berufungsanträgen gemäss Berufungsschrift an ihren sämtlichen Hauptklagebegehren fest, wie sie im angefochtenen Urteil wiedergegeben sind (act. 142 S. 2 f., Ziff. 1.1 und 1.2). Demgegenüber verlangt der Beklagte in diesem Punkte die Bestätigung des angefochtenen Urteils (act. 162 S. 2). Das führt dazu, dass sämtliche Hauptklagebegehren von der Berufungsinstanz zu beurteilen sind.

4.3. Die *Widerklage* (vgl. dazu act. 142 S. 3f.) des Beklagten hat mit Ziff. 1.1. ein Feststellungsbegehren zum Gegenstand und mit Ziff. 1.2 eine noch *unbezifferte Leistungsklage*. Die Widerklagebegehren Ziff. 2, 3 und 4 sind *Eventualbegehren*: Ziff. 2.1. und 2.2. haben wiederum Feststellungsansprüche zum Gegenstand, Ziff. 3 eine bezifferte Leistungsklage (€ 131'556'511.00) und Ziff. 4 wiederum un-

bezahlte Leistungsklagen samt Umschreibungen der Modalitäten zur Wertermittlung der verkauften Aktien.

4.3.1. Mit Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Urteils hat die Vorinstanz das vom Beklagten formulierte Widerklagebegehren 2.1. (Feststellungsbegehren betreffend Modalitäten der Wertermittlung) gutgeheissen. Im Übrigen ist die Vorinstanz mit der gleichen Dispositiv-Ziffer auf die weiteren Widerklagebegehren des Beklagten nicht eingetreten.

Soweit die Vorinstanz die Widerklage gutgeheissen hat, wird mit *dem Berufungsantrag Ziff. 2.1 der Klägerin* dieser Entscheid angegriffen (act. 142 S. 3), indem verlangt wird, dass auch in diesem Punkte auf die Widerklage nicht einzutreten sei; hilfsweise wird die Abweisung der Widerklage in diesem Punkte verlangt.

Mit einem Eventualbegehren Ziff. 2.2 der Berufungsanträge der Klägerin wird ein weiteres Feststellungsbegehren bezüglich der Modalitäten der Wertermittlung gestellt. Hinsichtlich dieses Eventualberufungsbegehrens erhebt der Beklagte *Eventualanschluss-Berufung*, indem er ein mit seiner *Stellungnahme zur Widerklageduplik der Klägerin* erstmals formuliertes Rechtsbegehren aufgreift (vgl. act. 72 S. 2 f.) und zum Gegenstand des Berufungsverfahrens macht (act. 162 S. 2 f.).

4.3.2. Fallen gelassen hat der Beklagte damit jene weiteren Punkte seiner Widerklage, auf welche die Vorinstanz mit Dispositiv-Ziff. 2 ihres Urteils nicht eingetreten ist. Das betrifft namentlich die Leistungsklagen des Beklagten. Insoweit ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen. Davon ist Vormerk zu nehmen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Vorinstanz ihren Nichteintretensentscheid nicht in der Form eines Urteils, sondern eines Beschlusses hätte erlassen müssen (§ 188 Abs. 2 ZPO/ZH). Offen bleiben kann bei diesem Prozessausgang, ob die Vorinstanz die Widerklage in diesen Punkten aus materiellrechtlichen oder prozessualen Gründen abschlägig beschieden hat. In Folgeverfahren könnte das allerdings im Hinblick darauf, ob der vorinstanzliche Entscheid in materielle Rechtskraft erwachsen ist, eine Rolle spielen.

5. Prozessuale Fragen

5.1. Im vorliegenden Prozess umfassen die Parteivorträge insgesamt 1'192 Seiten, nämlich 765 vor der ersten Instanz und 427 Seiten vor der zweiten Instanz. Es fällt dabei auf, dass die gleichen Vorbringen immer wieder wiederholt werden. Vor zweiter Instanz wird ungeachtet des Novenverbotes oft zum Sachverhalt plädiert, wobei dieses Vorgehen nur teilweise im Sinne von § 115 ZPO/ZH begründet wird.

5.2. Gemäss § 114 ZPO/ZH sind die Parteien mit *Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen* ausgeschlossen, wenn sie diese nicht mit ihrer letzten Rechtsschrift vorgebracht haben. Die letzte Rechtsschrift ist grundsätzlich die *erstinstanzliche Replik- bzw. die erstinstanzliche Dupliktschrift*, gegebenenfalls – zum Thema der Widerklage – auch die *erstinstanzliche Widerklagereplik- bzw. die erstinstanzliche Widerklagedupliktschrift*. Vor zweiter Instanz gilt – unter dem Vorbehalt der Ausnahmefälle von § 115 ZPO/ZH – ein *Novenverbot*. Die Parteivorträge sind nach diesen Grundsätzen zu würdigen.

5.3. Mit dem Berufungsantrag Ziff. 2.2 verlangt die Klägerin für den Eventualfall, d.h. für den Fall, dass ihrem Berufungsantrag Ziff. 2.1 nicht gefolgt werde, die Feststellung, dass die Erfahrungen aus dem Betrieb mit der C.____-Anlage W.____ zu berücksichtigen seien und dass ein zweistufiges Bewertungsverfahren stattzufinden habe. Dieser Antrag ist schon deshalb unzulässig, weil er keine Grundlage in den vorinstanzlich anhängig gemachten Rechtsbegehren der Klägerin hat. Es ist daher auf Berufungsantrag Ziff. 2.2 der Klägerin nicht einzutreten. Nicht einzutreten ist auf diesen Berufungsantrag sodann auch wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses: Das Gericht wird nämlich im Zusammenhang mit der Beurteilung der Leistungsklage zu entscheiden haben, wie der Unternehmenswert zu ermitteln ist; und wo eine Leistungsklage möglich ist, bleibt kein Raum für eine Feststellungsklage (vgl. dazu unten Ziff. 6.2.).

Die Eventualanschlussberufung des Beklagten knüpft an den Berufungsantrag Ziff. 2.2 der Klägerin an. Da dieser Berufungsantrag der Klägerin unzulässig

ist, ist die Eventualanschlussberufung des Beklagten, die auf diesen Berufungsantrag Bezug nimmt, von vornherein gegenstandslos.

6. Die Feststellungsbegehren der Parteien

6.1. Die Parteien wollen vom Gericht eine Reihe von Feststellungsbegehren beurteilt haben. Im Berufungsverfahren sind noch die folgenden im Streit:

6.1.1. *Feststellungsbegehren seitens der Klägerin:* Die Klägerin verlangt im Sinne eines Eventualbegehrens vom Gericht die Feststellung, dass der Bericht von Prof. D._____ vom 2. Juli 2004 "keine verwertbare Grundlage für Ansprüche und Forderungen des Beklagten gegenüber der Klägerin sei". Dieses Rechtsbegehren wird von ihr vor Obergericht aufrecht erhalten (vgl. oben E. 4.2.).

6.1.2. *Feststellungsbegehren seitens des Beklagten:* Mit seinem Widerklagebegehren Ziff. 1.1. hat der Beklagte vom Gericht die Feststellung verlangt, welche Bewertungsgrundsätze bei der Unternehmensbewertung zur Anwendung gelangen sollten. Dieses Begehren hat die Vorinstanz mit Dispositiv-Ziff. 2 ihres Urteils gutgeheissen. Die Klägerin ficht diesen Entscheid mit ihrem Berufungsantrag Ziff. 2.1. an (vgl. oben E. 4.3.1.); sie verlangt, es sei auf dieses Widerklagebegehren des Beklagten nicht einzutreten.

6.2. Auf Feststellungsbegehren ist in der Tat nur einzutreten, wenn ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht (vgl. § 59 ZPO/ZH). Ein solches entfällt namentlich, wenn in der gleichen Sache eine Leistungsklage oder eine Gestaltungsklage erhoben werden kann (BGE 135 III 378 E. 2.2; Leuenberger/Uffertobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, S. 136; Basler Kommentar, ZPO-Oberhammer, N 17 zu Art. 88 ZPO; Bessenich/Bopp, in: Sutter-Somm/ Hassenböhler/ Leuenberger, N 7 zu Art. 88 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur ZPO/ZH, N. 15 zu § 59 ZPO/ZH).

6.3. Mit ihrem eventuellen Rechtsbegehren Ziff. 2.1 verlangt die *Klägerin*, dass festgestellt werde, dass das Gutachten D._____ kein Schiedsgutachten im Sinne von § 258 ZPO/ZH ist. Von Vornherein rennt die Klägerin mit diesem Rechtsbegehren offene Türen ein: Längst vor Anhängigmachung der Klage hatte der Be-

klagte nämlich durch Schreiben vom 31. Januar 2005 der Beklagten mitgeteilt, "dass er die auf den Bericht Prof. D. _____ gestützte Forderung nicht weiter geltend macht" (act. 3/153). Damit stand fest, dass der Beklagte aus dem Bericht D. _____ keine Rechte ableiten will. Schon aus diesem Grunde entfällt ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin, und es ist auf dieses Klagebegehren nicht einzutreten. Dazu kommt, dass das in Frage stehende Klagebegehren ohne weiteres im Rahmen der von der Klägerin angehobenen Leistungsklage (Klagebegehren Ziff. 1) geprüft werden kann und geprüft werden wird. Kommt das Gericht zum Schluss, dass das Schiedsgutachten D. _____ die Parteien nach wie vor bindet, dann wird es die Tatsachenfeststellungen des Schiedsgutachters zur Grundlage seines Urteils machen; kommt das Gericht indessen zum gegenteiligen Schluss, dann wird es ein gerichtliches Beweisverfahren veranlassen müssen (vgl. dazu unten E. 9.). So oder anders ist ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin nicht gegeben. Auf ihr Feststellungsbegehren wird nicht einzutreten sein.

6.4. Der *Beklagte* möchte widerklageweise bestimmte Bewertungsgrundsätze betreffend die von ihm verkauften Aktien festgestellt haben. Die Vorinstanz ist ihm mit dem angefochtenen Urteil zumindest teilweise gefolgt (Dispositiv-Ziff. 2). Die Klägerin ficht das vor Obergericht an.

Die Klägerin beanstandet mit der Berufung Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Urteils. Mit dieser Bestimmung des Urteils wird in Gutheissung des Widerklagebegehrens Ziff. 1.1 festgestellt, welche Bewertungsgrundsätze für die verkauften Aktien gelten sollen. Die Beanstandung der Klägerin erfolgt zu Recht, denn auch hier gilt das oben Gesagte: Im Rahmen der *von der Klägerin* angehobenen Leistungsklage – und notabene auch im Rahmen der *vom Beklagten* vor Vorinstanz widerklageweise angehobenen vor Obergericht aber nicht mehr weiterverfolgten Leistungsklage (vgl. Widerklagebegehren Ziff. 3 und Ziff. 4.2.2.) – muss bzw. müsste vom Gericht durchaus die Frage beantwortet werden, welche Bewertungsgrundsätze zum Zuge kommen sollen. Diese Einzelfrage – wie alle andern Einzelfragen auch, die im Prozess eine Rolle spielen – kann nicht isoliert herausgegriffen und zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden. Ein Rechtsschutzinteresse des Beklagten ist daher nicht gegeben. Die Parteien erhal-

ten vom Gericht die gesuchte Antwort, wenn sie eine Leistungsklage erheben, was in diesem Prozess ja geschieht bzw. geschehen ist. Ein Rechtsschutzinteresse geht dem Beklagten hinsichtlich seines Feststellungsbegehrens damit ab. Auf das Feststellungsbegehren des Beklagten wird nicht einzutreten sein.

7. Der Aktienkaufvertrag vom 7. Dezember 1995 und seine Ergänzung vom 28. Januar 2003; das Gutachten von Prof. D. _____ insbesondere

7.1. Mit dem Kaufvertrag vom 7. Dezember 1995 (act. 3/1) verkaufte der Beklagte der Rechtsvorgängerin der Klägerin 1'506 Inhaberaktien der C. _____ AG im Nennwert von Fr. 1'506'000.00.

Ein Vertrag kommt nur zustande, wenn sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben (Art. 2 Abs. 1 OR). Beim Kaufvertrag ist der Kaufpreis ein derartiger wesentlicher Punkt (*essentiale negotii*). Ein Kaufvertrag kommt daher nur zustande, wenn einerseits die Kaufsache bestimmt ist und wenn sich die Parteien andererseits auch über einen bestimmten oder doch wenigstens bestimmbaren Kaufpreis geeinigt haben (Art. 184 Abs. 1; vgl. BGE 119 II 347, 103 II 154 E. 4.; vgl. Schwenger, in BSK, N 14 zu Art. 11 OR). Die Parteien müssen mithin im Vertrag entweder den Kaufpreis summenmässig bestimmen oder aber die Kriterien angeben, nach denen er nachträglich bestimmt werden kann (Koller, in BSK, N 1 zu Art. 184 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht es aus, "wenn der Preis z.B. anhand einer Berechnungsmethode, durch eine Formel, in Abhängigkeit von vertragsexternen Faktoren wie publizierten Indizes oder auf Grund der *Vereinbarung, dass der Preis durch Schätzung des Verkehrs- oder des Ertragswertes ... zu ermitteln ist, bestimmt werden kann*" (BGE 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008 und 5A_207/2007 vom 20. März 2008). Demgegenüber genügt nicht, dass die Parteien sich lediglich dahin geeinigt haben, dass der Käufer dem Verkäufer eine noch näher zu bestimmende Geldsumme leisten werde. Ist nach den Willensäusserungen der Parteien der Kaufpreis nicht zumindest bestimmbar – und zwar im Zeitpunkt der Erfüllung –, liegt keine vertragliche Einigung vor, selbst wenn bereits Erfüllungshandlungen vorgenommen wurden. Den Parteien steht es namentlich frei, die Preisbestimmung einem Dritten – so einem Schiedsgutachter – zu überlassen (Koller, BSK, N 43, 44 und 47 zu Art. 184

OR). In ZR 93/1994 Nr. 34 wird insbesondere ein Fall erörtert, in dem die Preisbestimmung einem Schiedsgutachter überlassen worden ist.

7.1.1. § 3 Abs. 1 und 2 des Kaufvertrages legen fest, wie der Kaufpreis zu bestimmen ist. Massgeblich ist demnach der *Ertragswert* der C._____. Anhand der im Vertrag festgelegten Regeln ist der Kaufpreis jedenfalls bestimmbar, auch wenn sich darüber ein weites Feld von Meinungsverschiedenheiten aufbauen kann. An dieser Betrachtungsweise ändert namentlich nichts, dass sich die Parteien über den massgeblichen Wert, was seine genaue Bezifferung anbelangt, bei Vertragsschluss noch nicht einig waren, wie sich aus dem ersten Satz des folgenden Abs. 3 explizit ergibt. Auf Grund der Angaben in Abs. 1 und 2 können einerseits vertragstreue und verständige Parteien den Kaufpreis durch Ermittlung des Ertragswertes selber bestimmen; im Streitfall könnte solches aber auch das zuständige Gericht tun, allerdings nur anhand der Vorgaben des Vertrages (vgl. dazu BGE 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008) und wohl unter Beizug eines Sachverständigen, der die massgeblichen Tatsachen zu ermitteln hätte. So oder anders war der Kaufpreis bei Abschluss des Basisvertrages am 7. Dezember 1995 jedenfalls bestimmbar, was den Schluss zulässt, dass unter diesem Gesichtspunkt daher ein gültiger Vertrag vorliegt.

7.1.2. Der Vertrag vom 7. Dezember 1995 gab sodann einen verbindlichen Weg vor für den Fall, dass sich die Parteien darüber, was als Ertragswert im Sinne der § 3 Abs. 1 und 2 des Vertrages anzusehen sei, nicht einigen können. Es wurde dort nämlich ein Einigungsverfahren vorgesehen, das von den Parteien im Prozess als "*zweistufiges Verfahren*" bezeichnet wird: Zunächst sollte der Mittelwert massgebend sein, der sich aus der Bewertung ergibt, welche von zwei Parteigutachtern gefunden werden sollte, wobei jede Partei einen solchen Gutachter zu bestellen gehabt hätte. Nur wenn die Bewertungen dieser Gutachter eine bestimmte Differenz überschritten hätten, hätten sich diese auf einen "Obergutachter" zu einigen gehabt, der "endgültig" über den massgeblichen Wert entschieden hätte. Im Falle, dass sich die beiden von den Parteien zu bezeichnenden Gutachter bei Vorliegen einer solchen Differenz nicht auf einen Obergutachter hätten ei-

nigen können, wäre letzterer vom Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich zu bestimmen gewesen.

Die Ermittlung des Unternehmenswertes der C._____ AG umfasst nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Elemente und ist daher im Streitfall zumindest teilweise Gutachtensfrage. Da nach den Bestimmungen des von den Parteien abgeschlossenen Vertrages das vorgesehene Gutachten (d.h. entweder Mittelwert der beiden Erstgutachten bzw. Wert gemäss Obergutachten) verbindlich sein soll, ist in dieser Regelung die Vereinbarung eines *Schiedsgutachtens* zu sehen (vgl. unten E. 7.1.3). Gemäss der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 entscheidet bei Streitigkeiten sowohl aus dem Basisvertrag vom 7. Dezember 1995 als auch aus der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 das "ordentliche Gericht der Stadt Zürich".

7.1.3. Die Vereinbarungen der Parteien über die Einholung *eines oder mehrerer Schiedsgutachten* gemäss dem Vertrag vom 7. Dezember 1995 ist allerdings obsolet geworden, weil die Parteien mit der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 in dem hier interessierenden Punkte eine andere Konfliktregelung getroffen und damit jene gemäss dem Basisvertrag vom 7. Dezember 1995 *ersetzt* haben. Mit Ziff. 2 Satz 3 der Zusatzvereinbarung wurde nämlich vereinbart, dass der Kaufpreis "*erst und nur* auf der Basis des einvernehmlichen Bewertungsgutachtens festgelegt und entrichtet" werde. In diesem Zusammenhang ist denn auch die Ziff. 3 der Zusatzvereinbarung zu sehen, wonach sich die Parteien auf "Prof. Dr. D._____, ..., als Bewertungsgutachter" "verständigen". Wie bereits schon mit Basisvertrag vom 7. Dezember 1995 einigten sich die Parteien damit wiederum auf die Bestellung eines *Schiedsgutachters*, denn mit der Zusatzvereinbarung wird unmissverständlich klargestellt, dass das *Gutachten* von Prof. D._____ *für die Parteien verbindlich* sein soll. Damit wurde indessen ein förmliches Schiedsgutachten anvisiert: Hat nämlich, wie hier, ein Dritter für die Parteien verbindlich die vertraglichen Abreden zu ergänzen, indem er die Modalitäten oder gar den Umfang der zu erbringenden Leistung zu bestimmen hat, so spricht man von einem rechtsgestaltenden Schiedsgutachten (Müller, in DIKE Kommentar ZPO, N. 185 zu Art. 189 ZPO, Online-Stand 18.11.2010; Palandt/Grünberg, N 3 und 5 zu §

317 BGB). Die Aufgabe, welche die Parteien dem Schiedsgutachter Prof. D._____ zugedacht haben, war jene, den Unternehmenswert der C._____ im Sinne von § 3 des Vertrages der Parteien vom 7. Dezember 1995 verbindlich zu bestimmen. Das Bundesgericht hat das Schiedsgutachten stets dem materiellen Recht und nicht dem Prozessrecht zugeordnet (BGer 4A_438/2008 E. 3.2.1; BGE 129 III 535 E. 2, 67 II 146 E. 2; BGE 26 II 758 E. 2). Das trifft übrigens auch für das deutsche Recht zu, welches das Schiedsgutachten nicht etwa mit den Regeln der ZPO, sondern mit § 317 BGB erfasst. Es fragt sich daher, ob der für die Prozessrechtsgesetzgebung zuständig gewesene kantonale Gesetzgeber überhaupt das Schiedsgutachten hätte regeln dürfen, wie das im Kanton Zürich mit § 258 ZPO/ZH geschehen ist (Müller, in DIKE Kommentar ZPO, N. 110 zu Art. 189 ZPO, Online-Stand 18.11.2010). So oder anders untersteht die Vereinbarung über das Schiedsgutachten aber dem schweizerischen Recht, sei es als prozessrechtliches Institut (wie gemäss Art. 189 ZPO) oder sei es als vertragliche Konfliktregelung eines dem materiellen schweizerischen Recht unerstehenden Vertrages.

7.1.4. Auch die Vorinstanz ist mit dem angefochtenen Urteil zum Schlusse gekommen, dass die Parteien mit ihrer Zusatzvereinbarung das ursprünglich vereinbarte zweistufige Bewertungsverfahren ersetzen (act. 129 S. 48-54). Insoweit ist ergänzend auf das vorinstanzliche Urteil zu verweisen (§ 161 GVG). Klarzustellen ist dabei allerdings, dass *nicht* davon auszugehen ist, dass die Klägerin die Zusatzvereinbarung formulierte (vgl. dazu unten E. 7.2.).

7.1.5. Die Klägerin stellt sich allerdings auf den Standpunkt, die Parteien hätten sich mit der Zusatzvereinbarung nicht "auf ein *autoritatives Schiedsgutachten*" geeinigt, sondern auf ein "*einvernehmliches* Bewertungsgutachten" (act. 1 S. 85 f.). Dem ist nicht so. Mit aller Deutlichkeit ergibt sich aus dem Wortlaut der Zusatzvereinbarung, dass das ins Auge gefasste Bewertungsgutachten für die Parteien verbindlich sein sollte, denn der Kaufpreis sollte "*erst und nur*" auf der Basis dieses Gutachtens "*festgelegt und entrichtet*" werden. Wenn in Ziff. 2 Satz 3 der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 (act. 3/2) von einem "einvernehmlichen Gutachten" die Rede ist, dann ist das unter diesen Umständen nicht so zu verstehen, dass das Gutachten nur dann massgebend sein sollte, wenn sich bei-

de Parteien der Auffassung und der Bewertung des Gutachters anschliessen könnten, sondern dass man sich einvernehmlich auf ein Gutachtensverfahren – d.h. auf ein Schiedsgutachtensverfahren – festgelegt habe, indem man sich, wie in der anschliessenden Ziff. 3 dann festgehalten wird, auf Prof. D. _____ als Gutachter verständigte.

Damit wurde klargestellt, dass die Ermittlung des Ertragswertes nach den Vorgaben von § 3 Abs. 1 des Basisvertrages abschliessend in die Hände von Prof. D. _____ gelegt werden sollte. Verhält es sich aber so, dann übertrugen die Parteien Prof. D. _____ die Funktion eines Schiedsgutachters. Was die Bestellung eines Schiedsgutachtens anbelangt, liegen damit Basisvertrag und Zusatzvereinbarung auf der gleichen Linie. Mit der Zusatzvereinbarung wurde das Vorgehen lediglich vereinfacht. Wenn das gemäss Zusatzvereinbarung einzuholende Gutachten für die Parteien nur dann verbindlich hätte sein sollen, wenn beide Parteien sein Ergebnis als zutreffend anerkannt hätten (so die Klägerin in act. 142 S. 26), dann wäre es nicht dazu geeignet gewesen, einen zwischen den Parteien bestehenden Konflikt aus der Welt zu schaffen. Das wurde indessen sowohl mit dem Basisvertrag als auch mit der Zusatzvereinbarung bezweckt. Diese Auslegung der Zusatzvereinbarung ergibt mithin, dass nur die Person des Schiedsgutachters "einvernehmlich" sein sollte, nicht dessen Befund. In diesem Sinne einigten sich die Parteien eben auf Prof. D. _____ – *und nur auf Prof. D. _____* – als Schiedsgutachter. Die Verständigung auf eine andere Person bedürfte einer besonderen weiteren Vereinbarung.

Auch die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich die Parteien mit ihrer Zusatzvereinbarung auf die Einholung eines Schiedsgutachtens geeinigt hätten (act. 129 S. 60-64). Auch insoweit kann ergänzend auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (§ 161 GVG). Abweichend von der Vorinstanz kann indessen keine Rolle spielen, welche Partei den Ergänzungsvertrag formuliert hat, weil die Voraussetzungen für die Heranziehung der sogenannten Unklarheitsregel von vornherein nicht vorliegen (vgl. unten E. 7.2.). Der Klägerin ist bei der Vertragsauslegung daher nicht entgegenzuhalten, dass sie als Verfasserin des Textes zu gelten habe. Die Zusatzvereinbarung wurde vielmehr auf beiden Seiten von geschäftser-

fahrenen Partnern unterzeichnet, nämlich vom Vorstandsvorsitzenden E. _____ der Klägerin und dem Beklagten persönlich.

7.1.6. Die Klägerin stellt sich im Berufungsverfahren allerdings auf den Standpunkt, es habe zwischen den Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Zusatzvereinbarung – ungeachtet des Vertragswortlautes – der übereinstimmende Wille geherrscht, dass das Gutachten gemäss Zusatzvereinbarung nur dann verbindlich sein sollte, wenn sich beide Parteien diesem Gutachten unterzögen (act. 142 S. 50 f.), d.h. wenn dieses Gutachten in diesem Sinne "einvernehmlich" sei. Ein Vertrag kommt zustande durch die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien (Art. 1 OR). Allerdings gilt im schweizerischen Vertragsrecht der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Sowohl im Konsens- als auch im Auslegungstreit ist daher zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (BGE 131 III 469 E. 1.1, 129 III 667 E. 3.1, 126 III 379 E. 2e, 123 III 39 E. 2b). Dabei ist die Vertragsauslegung nach den anerkannten Regeln Rechtsfrage; die Ermittlung des übereinstimmenden tatsächlichen Willens ist dagegen Tatfrage. Wer einen Vertragsinhalt behauptet, der vom Auslegungsergebnis abweicht, hat die entsprechenden Tatsachenvorbringen in den ersten beiden Vorträgen des erstinstanzlichen Hauptverfahrens geltend zum machen (§ 114 ZPO/ZH).

Die Klägerin weist vor Obergericht auf ihre erstinstanzliche Replik hin (act. 142 S. 50 Rz 151 mit Hinweis auf act. 32 S. 107 Rz 435 und 436). Dort wird indessen zunächst lediglich dargelegt, dass sich der übereinstimmende Wille der Parteien "im Wortlaut der Zusatzvereinbarung" manifestiere. Das hilft indessen nicht weiter, denn der Wortlaut des Vertrages ist Gegenstand der gerichtlichen Auslegung. Namentlich hilft der Klägerin nichts, dem Beklagten vorzuwerfen, er habe keinen tatsächlichen Konsens "entgegen dem Wortlaut" geltend gemacht (vgl. act. 32 S. 107 Rz 436 und S. 108 Rz 439). Vielmehr hätte die Klägerin dartun müssen, welche handelnden Personen einerseits auf ihrer Seite und andererseits auf der Seite des Beklagten bei Vertragsschluss sich wie geäussert hätten, und

dass die Parteien sich *übereinstimmend* in diesem vom Auslegungsergebnis abweichenden Sinne geeinigt hätten. Selbst wenn der vorinstanzliche Referent zu Unrecht Unterlagen zurückgewiesen haben sollte, welche – notabene nach abgeschlossenem Hauptverfahren – den übereinstimmenden inneren Willen der Vertragsparteien hätten dokumentieren sollen, hätte das die Klägerin nicht davon entbunden, die entsprechenden Behauptungen klar und unmissverständlich im Hauptverfahren aufzustellen. Zu Recht weist der Beklagte sodann darauf hin, dass die Klägerin der Vorinstanz die fraglichen Unterlagen lediglich im Zusammenhang mit der *Auslegung* der Zusatzvereinbarung vorlegte (act. 162 S. 69 Rz 299). Weiter trägt die Klägerin vor Obergericht vor, die Vorinstanz habe eine ihren Standpunkt stützende Stellungnahme, nämlich jene des Rechtsvertreters des Beklagten, Dr. Z._____, vom 15. September 2005 an die Staatsanwaltschaft ... [Deutschland] übergeben (act. 175 S. 63 mit Hinweis auf act. 32 S. 109 f.). Mit diesem Schreiben (act. 34/32) legte Dr. Z._____ lediglich die Verträge der Parteien unter dem Gesichtspunkt seiner im betreffenden Strafverfahren eingenommenen Haltung aus. Hinweise auf eine *übereinstimmende* Willenseinigung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (28. Januar 2003) bezogen auf den inneren Willen der einzelnen für die Parteien handelnden Vertreter ergeben sich daraus aber nicht.

7.1.7. Abschliessend sei immerhin darauf hingewiesen, dass es ohnehin nicht darauf ankommen kann, ob sich die Parteien mit der Zusatzvereinbarung im Sinne der Vorbringen der Klägerin geeinigt haben oder nicht: Fest steht, dass die Konfliktregelung gemäss Zusatzvereinbarung, welche jene gemäss dem Basisvertrag ersetzte (vgl. dazu unten E. 7.5.), so oder anders nicht umgesetzt werden konnte. Beide Parteien gehen im Prozess nämlich übereinstimmend davon aus, dass der Bericht des von ihnen mandatierten Prof. D._____ ohnehin nicht verwertbar ist (oben E. 6.3.).

7.2. Im Zusammenhang mit der Zusatzvereinbarung wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, sie sei ohne Durchführung eines Beweisverfahrens davon ausgegangen, dass die Klägerin die Urheberin des Vertragstextes gewesen sei (act. 142

S. 11). Zu Recht kommt die Klägerin mit der Berufungsreplik zum Schluss, dass im vorliegenden Zusammenhang für die Unklarheitsregel ohnehin kein Anwendungsfeld bestehe (vgl. act. 175 S. 62 f.). Nach dieser sind mehrdeutige Wendungen in *vorformulierten Vertragsbedingungen* im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat (vgl. BGE 124 III 155 E. 1b mit Hinweisen). Vorformuliert ist die Zusatzvereinbarung der Parteien allerdings nicht, so dass die Unklarheitsregel von vornherein nicht zum Zuge kommen wird. Es gibt daher keinen Grund, die Zusatzvereinbarung im Sinne der Unklarheitsregel zu Lasten der Klägerin auszulegen.

7.3. Durchaus im Sinne ihrer ergänzenden Vereinbarung vom 28. Januar 2003 erteilten die Parteien mit Schreiben vom 7. Februar 2003 dem von ihnen bezeichneten Schiedsgutachter, Prof. D._____, einen gemeinsamen Gutachtensauftrag; sie trafen den Gutachter überdies am 28. Februar 2003 (act. 1 S. 30, act. 20 S. 142; act. 3/59).

7.3.1. Am 5. März 2003 bestätigte Prof. D._____ dann die Übernahme des Gutachtensauftrages schriftlich (act. 3/60). In der Folge legte Prof. D._____ am 2. Juli 2004 im Sinne des Gutachtensauftrages das Schiedsgutachten bzw. seinen "Bericht über die Ermittlung des Unternehmenswertes zum 01.01.1999 der C._____ AG, S._____" vor (act. 3/91). Es fragt sich nun, welche Bedeutung dieses Schiedsgutachten haben konnte. Auch wenn die Parteien heute übereinstimmend davon ausgehen, dass das Schiedsgutachten D._____ nicht verwertbar sei, rechtfertigt es sich im Hinblick auf die von der Klägerin geltend gemachten Ersatzforderung (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 3 und unten Erwägung 11) gleichwohl darauf einzugehen. Ferner ist die Frage von Belang, was geschieht, wenn der von den Parteien gewählte Schiedsgutachter Prof. D._____ ausfällt, z. B. wegen Befangenheit.

7.3.2. Gemäss dem hier nicht anwendbaren indessen durchaus auf der bisherigen Rechtsprechung und Lehre beruhenden Art. 189 Abs. 3 lit b und lit. c ZPO setzt die Verbindlichkeit eines Schiedsgutachtens unter anderem voraus,

- dass gegen den mandatierten Schiedsgutachter kein Ausstandsgrund vorlag;

- dass das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde.

Mit diesen in Art. 189 ZPO festgelegten Voraussetzungen für die Gültigkeit eines Schiedsgutachtens hat der eidgenössische Gesetzgeber mit dem am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Gesetz das übernommen, was vor Inkrafttreten der ZPO nach Rechtsprechung und Lehre galt: Nicht verbindlich ist danach ein Schiedsgutachten, das sich als "offensichtlich ungerecht, willkürlich, unsorgfältig oder in hohem Masse der Billigkeit widersprechend oder auf falscher tatsächlicher Grundlage" beruhend erweist (BGE 129 III 535 E. 2.1; BGE 117 Ia 365 E. 7; BGE 71 II 295; BGE 67 II 146 E. 3). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind oder nicht, hat gegebenenfalls das im Streitfall angerufene ordentliche Gericht zu entscheiden, indem es entweder auf das von ihm als verbindlich angesehene Schiedsgutachten abstellt oder aber umgekehrt auf Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens wegen Verfahrensmängeln der erwähnten Art erkennt. *Kommt das angerufene Gericht zum Schluss, dass das Schiedsgutachten aus Gründen der erwähnten Art unverbindlich ist, hat es anstelle des Schiedsgutachters die massgeblichen Tatsachenfeststellungen selber zu treffen, und zwar nach den Regeln der Prozessordnung, d.h. unter Umständen nach Durchführung eines ordentlichen Beweisverfahrens.* Durch ein Rechtsmittel angefochten werden kann das Schiedsgutachten nämlich nicht (vgl. dazu: Müller DIKE Kommentar ZPO, N 140, 167, 170, 174 zu Art. 189 ZPO, Online Stand vom 18.11.2010).

7.3.3. Einige Zeit nachdem Prof. D._____ seine Arbeit aufgenommen hatte, formulierte die Klägerin sowohl gegenüber dem Schiedsgutachter als auch gegenüber dem Beklagten schwere Bedenken bezüglich der Unabhängigkeit des Schiedsgutachters. Namentlich warf sie diesem vor, er habe schon früher mit dem Beklagten zusammengearbeitet und dies nicht transparent gemacht. Mit Schreiben vom 22. September 2003 forderte die Klägerin Prof. D._____ jedenfalls auf, sein Mandat niederzulegen (act. 1 S. 33; act. 3/64). Sowohl D._____ als auch der Beklagte wiesen in der Folge diese Vorwürfe zunächst zurück (act. 3/65-66).

Im Prozess wirft die Klägerin dem Schiedsgutachter weiter vor, er habe im gleichen Zeitraum – nämlich am 27. Februar 2003 – für den Beklagten einen Pa-

rallelauftrag übernommen, von dem die Klägerin nichts gewusst habe (act. 1 S. 60); der Beklagte bestreitet das nicht (act. 20 S. 154). Schliesslich wirft die Klägerin dem Schiedsgutachter Prof. D._____ vor, er habe sein Gutachten mit dem Beklagten bzw. dessen Vertretern "abgestimmt" (act. 1 S. 60-70). Namentlich unterbreitete der Beklagte im September 2003 einen an den Schiedsgutachter gerichteten Briefentwurf der C._____ SA diesem selber zu einer vorgängigen Stellungnahme (act. 1 S. 62 mit Hinweis auf act. 3/137). Der Beklagte anerkennt, dass diese Abstimmung stattfand und dass dies "zunächst eigenartig erscheinen" möge. Seitens des Beklagten bzw. Dr. K._____s habe man aber versucht, "sicherzustellen, dass Prof. D._____ das Gutachten fertig stellte" (act. 20 S. 156).

Ferner ergibt sich aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen, dass die C._____ SA im Dezember 2003 durch Dr. K._____ mit dem *Schiedsgutachter Prof. D._____ schriftlich Möglichkeiten ventilierte, die Klägerin auf politischem Wege zum Einlenken zu bewegen* (act. 1 S. 64 f.; act. 3/140-142).

Schliesslich weist die Klägerin unter Hinweis auf andere Urkunden darauf hin, dass der Schiedsgutachter seinen Bericht bzw. sein Gutachten mit dem Beklagten "abgestimmt" habe (act. 1 S. 61): So erwähnt sie ein *einseitiges Treffen* des Schiedsgutachters Prof. D._____ am 13. Dezember 2003 mit dem Beklagten in J._____, wo der Gegenstand des pendenten Gutachtensauftrages erörtert wurde (act. 1 S. 65f. mit Hinweis auf das Protokoll bzw. *den vom Schiedsgutachter erstellten "internen Aktenvermerk"*, act. 3/143, über sein Gespräch mit Dr. K._____, dem Vertrauten des Beklagten, am 13. Dezember 2003 in J._____).

Im Anschluss an dieses einseitige Treffen, am 29. Dezember 2003, schrieb Prof. D._____ der C._____ SA bzw. Dr. K._____, er möchte wissen, ob die C._____ SA "eine Änderung der Unternehmensstrategie in dem bisher angedeuteten Sinne zu realisieren beabsichtige oder nicht", denn das habe "ganz wesentlichen Einfluss auf das Ergebnis des Schlussberichts", d. h. des Gutachtens (act. 3/144).

7.3.4. All das stellt der Beklagte nicht in Abrede. Statt dessen trägt er vor, dass es nach der Ablehnung von Prof. D._____ durch die Klägerin "sinnlos" gewesen wä-

re, "die Klägerin weiterhin in irgendwelche Korrespondenz einzubeziehen". Die erwähnte Korrespondenz sei ohnehin als "*harmlos*" zu bewerten. Damals habe der Beklagte eben die Auffassung vertreten, der Gutachter Prof. D. _____ möge sein Gutachten "zunächst einmal ... fertig stellen", und dass erst danach über dessen Verwertbarkeit gerichtlich gestritten werden könne. Die Klägerin hätte denn auch jederzeit die Möglichkeit gehabt, die Unverbindlichkeit des Gutachtens von Prof. D. _____ gerichtlich feststellen zu lassen, weshalb "zu keinem Zeitpunkt ein Schädigungspotential für die Klägerin bestanden" habe (act. 20 S. 157 Rz 612).

7.3.5. Der Beklagte irrt, wenn er meint, dass die von der Klägerin vorgelegte Korrespondenz zwischen ihm und dem Schiedsgutachter Prof. D. _____ als "*harmlos*" zu bewerten sei. Ein Schiedsgutachter hat sich so neutral zu verhalten wie ein Richter, was auch von den ihn mandatierenden Parteien zu respektieren ist. Die Gesetzesvorschriften, die sich mit der Stellung des Schiedsgutachters befassen, gehen klar von dieser Prämisse aus (vgl. § 258 Abs. 2 ZPO/ZH, Art. 189 Abs. 3 lit. b und c ZPO). Verhält sich der Schiedsgutachter aber so, dass auch nur der Anschein seiner Befangenheit angenommen werden muss, dann ist sein Gutachten im Prozess nicht verwertbar. Erfasst von diesem Befangenheitsgrund wird namentlich die Parteilichkeit, die dann gegeben ist, wenn vom Standpunkt der betroffenen Partei ausreichend objektive Gründe vorliegen, die in den Augen eines vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen an der Unparteilichkeit des Schiedsgutachters zu wecken.

Dieser Befangenheitsgrund liegt im Falle von Prof. D. _____ klarerweise vor: Aus der von der Klägerin vorgelegten (im Strafverfahren gegen Prof. D. _____ gewonnenen) Korrespondenz geht hervor, dass der Schiedsgutachter und der Beklagte *hinter dem Rücken der Klägerin* intensive Kontakte gepflegt haben und dass sich diese Kontakte gar in einer umfangreichen und vor der Klägerin geheim gehaltenen Korrespondenz niedergeschlagen haben. Diese Korrespondenz gipfelte darin, dass der Beklagte dem Schiedsgutachter den *Entwurf eines Briefes an die Klägerin* vorlegte, und zwar mit dem an den Schiedsgutachter gerichteten Ersuchen um "Rückäusserung" (act. 3/133). Der Schiedsgutachter fand sich umge-

hend zu dieser "Rückäusserung" bereit, indem er dem Beklagten bzw. dessen Vertrauten K._____ gegenüber am 2. Juli 2003 diesen Entwurf kommentierte und seine "Rückäusserung" mit dem Bemerkten schloss, dass er sich sehr darauf freue, "Sie wiederzusehen" (act. 3/134). Am 10. September 2003 unterbreitete Dr. K._____ dem Schiedsgutachter gar einen Briefentwurf, der an den Schiedsgutachter selber gerichtet war, mit dem Ersuchen, sich dazu zu äussern, "ob Sie mit einem Schreiben in dieser Form einverstanden sind" (act. 3/137).

Durch die enge Kooperation mit einer Partei im Sinne der beschriebenen Vorgänge hat sich Prof. D._____ gleichsam selber aus dem Rennen genommen. Die Verwertung seines Gutachtens als Schiedsgutachten im Sinne von § 258 ZPO/ZH kann daher nicht in Frage kommen: Der Schiedsgutachter, der intensiv und einseitig mit einer Partei kooperierte, war offensichtlich befangen; von seinem Gutachten lässt sich sodann klarerweise nicht sagen, dass es im Sinne von Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO (welche Bestimmung die bisherige Lehre und Rechtsprechung wiedergibt) *ohne Bevorzugung einer Partei* erstellt wurde. Verhält es sich aber so, dann ist das Schiedsgutachten von vornherein nicht verbindlich.

7.3.6. Dem Beklagten war offensichtlich schon sehr früh klar, dass das Verhalten des Schiedsgutachters zu prozessualen Schwierigkeiten führen könnte, denn sonst würde er sich im vorliegenden Verfahren nicht auf den Standpunkt stellen, er habe den Experten "zunächst einmal" seine Arbeit vollenden lassen wollen, und zwar in der Meinung, dass man dann erst im Anschluss daran über die Verwertbarkeit seines Gutachtens hätte streiten können (act. 20 S. 157 Rz 612). Der Beklagte weist namentlich auch auf sein Schreiben an die Klägerin vom 31. Januar 2005 hin, wonach "er die auf den Bericht von Herrn Prof. D._____ gestützte Forderung nicht weiter geltend macht" (act. 3/153). Im Prozess jedenfalls bestätigt der Beklagte diese Stellungnahme mit aller wünschenswerten Deutlichkeit (act. 20 S. 86 und 147; act. 46 S. 11, 19, 77). Die Parteien sind sich damit einig, dass das Schiedsgutachten D._____ nicht als Grundlage für einen gerichtlichen Entscheid dienen kann. Wenn keine andere Vereinbarung der Parteien Platz greift, wird es daher unter diesen Umständen Aufgabe des angerufenen Sachge-

richts sein, an Stelle des Schiedsgutachters die notwendigen Tatsachenfeststellungen zu treffen (vgl. oben E. 7.3.2.).

7.4. Der Text der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 bietet keine Ersatzlösung für den Fall an, dass der von den Parteien gemeinsam ins Auge gefasste Schiedsgutachter aus irgendeinem Grunde ausfallen sollte. Im Gegensatz dazu gab es im Kaufvertrag vom 7. Dezember 1995 eine solche Regelung, indem der Schiedsgutachter gegebenenfalls vom Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich hätte ernannt werden sollen (act. 3/1, § 3 Abs. 3). Das erklärt sich wohl dadurch, dass die Zusatzvereinbarung viel spontaner zustande kam als der Basisvertrag. Die Vertreter der Klägerin präzisierten anlässlich der vorinstanzlichen Referentenaudienz vom 9. Dezember 2008 jedenfalls, dass der *Rechtsdienst der Klägerin in die Abfassung der Zusatzvereinbarung nicht involviert* gewesen sei. Die Klägerin könne nicht einmal sagen, wer den Text aufgesetzt habe. *Möglicherweise* sei der Text "von E. _____ [dem damaligen Vorstandsvorsitzenden der Klägerin] in Absprache mit dem Beklagten zu Papier" gebracht worden (Prot. I S. 19 f.). Das erklärt allerdings, weshalb an eine Ersatzbenennung für den Fall des Ausfalls des Schiedsgutachters nicht gedacht wurde. Es fragt sich, welche Folgen das hat. So oder anders kann, wie bereits ausgeführt (oben E. 7.2.), die Unklarheitsregel nicht zum Zuge kommen.

7.4.1. In der zürcherischen ZPO finden sich die Vorschriften über die Schiedsgutachten in ihrem IV. Teil "Schiedsgerichte und Schiedsgutachten". Bezüglich der Schiedsgerichte verweist das Gesetz auf das KSG (§ 238 ZPO/ZH), während bezüglich der Schiedsgutachten eine solche Verweisung zu Recht fehlt (vgl. § 258 ZPO/ZH), denn das KSG bezieht sich einzig auf Schiedsgerichte. Dementsprechend kann auch Art. 23 Abs. 3 KSG nicht zum Zuge kommen, welche Bestimmung bei Ausfall eines *Schiedsrichters* und fehlenden vertraglichen Bestimmungen die Ersetzung des *Schiedsrichters* durch den zuständigen staatlichen Richter vorsieht (in diesem Sinne: Obergericht Zürich, III. Zivilkammer, Beschluss vom 15. März 2011, PG100005). Wenn demgegenüber ein Schiedsgutachter aus irgendwelchen Gründen (z.B. Befangenheit, Handlungsunfähigkeit, Tod) ausfällt, dann kann ein Ersatzschiedsgutachter nur dann zum Zuge kommen, wenn sich in

der Vereinbarung der Parteien über den Einsatz eines Schiedsgutachters eine Klausel findet, welche die Ersatzbenennung regelt.

Nach der schweizerischen ZPO ist die Rechtslage notabene in diesem Punkte nach wie vor gleich: Art. 189 ZPO findet sich im Kapitel über die Beweismittel (Art. 168 - 193 ZPO) und nicht etwa in jenem Teil des Gesetzes, der die Schiedsgerichtsbarkeit regelt (Art. 353 ff. ZPO). Die gesetzlichen Vorschriften über die Ersatzernennung eines Schiedsrichters durch das staatliche Gericht (Art. 362 ZPO) sind auch hier auf den Schiedsgutachter nicht anwendbar (Müller, DIKE Kommentar, N 127 zu Art. 189 ZPO, Online-Stand vom 18.11.2010).

7.4.2. Die Ersatzbenennung gemäss § 3 des Basisvertrages vom 7. Dezember 1995 (act. 3/1) ist durch die neue Konfliktregelung gemäss der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 (act. 3/2) ersetzt worden. Ohne neue übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen der Parteien vermag die frühere Konfliktregelung daher nicht wieder aufzuleben, selbst wenn die spätere Konfliktregelung sich als untauglich oder als nicht umsetzbar erwiesen hat.

7.4.3. Ebensovienig möglich ist es, die Parteien darauf zu verweisen, dass sie gemäss Schiedsgutachtensvertrag selber einen (Einzel-)Schiedsgutachter zu ernennen hätten, wie das die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil tut (act. 129 S. 63). Mit der Zusatzvereinbarung haben sich die Parteien auf Prof. D. _____ verständigt und auf niemanden andern. Anders verhielte es sich, wenn sie vertraglich verpflichtet wären, einen von mehreren Schiedsgutachtern zu bezeichnen. Von den Parteien erwarten zu wollen, dass sie sich auf eine bestimmte Person einigten, wie das die Vorinstanz voraussetzt, ist mit dem Institut des Schiedsgutachtens nicht vereinbar. Ein Einzelschiedsgutachter muss das gemeinsame und übereinstimmende Mandat beider Parteien haben, um handeln zu können. Zu einer solchen Einigkeit lassen sich die Parteien nicht anhalten.

7.5. Die Klägerin behauptet im Prozess allerdings (act. 142 S. 68 ff., namentlich mit Hinweis auf act. 32 S. 116 ff.), die Parteien hätten sich auf eine *Rückkehr zur früheren Konfliktregelung* gemäss Basisvertrag geeinigt. In diesem Zusammenhang beruft sie sich auf ihr Schreiben an den Beklagten vom 5. November 2003

(act. 3/70) sowie auf die Antwort des Beklagten vom 5. Dezember 2003 (act. 3/72; vgl. dazu vorinstanzliches Urteil S. 16 f. E. 3.5.3. und E. 3.5.4.).

7.5.1. Richtig ist, dass die Klägerin mit ihrem Schreiben 5. November 2003 die Meinung vertrat, dass die Nichtverwertbarkeit des Gutachtens von Prof. D. _____ dazu führe, dass "jeder der Vertragspartner zunächst einen eigenen Gutachter zur Unternehmensbewertung beauftragt". Damit bekundete die Klägerin in der Tat, dass sie nun wieder zur Konfliktregelung gemäss Basisvertrag zurückkehren möchte.

Im Antwortschreiben des Beklagten vom 5. Dezember 2003 (act. 3/72) wurde dazu ausgeführt, dass zwar im Sinne von § 3 des Basisvertrages N. _____ von der O. _____ AG, Zürich, vom Beklagten als Gutachter bestellt werde, indessen lediglich "*höchst fürsorglich* zur Wahrung der Rechte unseres Mandanten". In diesem Zusammenhang wurde "auf die mit der Bestellung nach § 3 Abs. 3 Unterabsatz 4" des Basisvertrages "einhergehenden Rechtsfolgen" hingewiesen. Damit wurde auf jene Bestimmung des Basisvertrages verwiesen, nach der einzig "der von der andern Partei bestellte Gutachter" über die "Wertermittlung" des "Unternehmenswertes" von C. _____ entscheidet, wenn die "eine Partei innerhalb eines Monats nach Aufforderung durch die andere Partei keinen Gutachter" bestelle. Schliesslich hielt der Beklagte in seinem Schreiben vom 5. Dezember 2003 an die Klägerin fest, dass die Benennung des Gutachtens im Sinne von § 3 des Aktienkaufvertrages lediglich "*vorsorglich*" erfolge und dass im Übrigen *alle Rechte vorbehalten* würden, "die sich aus der Zusatzvereinbarung vom 7.2.2003 [recte 28.1.2003] und deren Verletzung durch A. _____ [Klägerin] ergeben".

7.5.2. Aus den erwähnten Schreiben der Parteien vom 5. November und 5. Dezember 2003 (act. 3/70 und 3/72) ergeben sich – entgegen der Meinung der Klägerin – keine übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien, aus denen sich der Verzicht auf die Konfliktregelung gemäss Zusatzvereinbarung und die "Rückkehr" zu jener gemäss Basisvertrag ergäbe. Wohl könnten die Ausführungen der Klägerin in diesem Sinne verstanden werden, nicht aber jene des Beklagten: Ausdrücklich bezeichnete der Beklagte die Bestellung des Gutachters als "höchst fürsorglich" und "vorsorglich", wobei er gleichzeitig unmissverständlich

seine Haltung darlegte, an der Zusatzvereinbarung festhalten zu wollen. Mit dem Hinweis auf § 3 Abs. 3 Unterabsatz 4 des Basisvertrages machte der Beklagte deutlich, dass er mit der vorsorglichen Bestellung eines Parteigutachters lediglich dem Risiko entgehen wollte, dass der von der Klägerin zu bestellende Parteigutachter die Wertermittlung im Sinne des Basisvertrages *einseitig* vornehmen könnte, wenn ein Gericht später entgegen der Auffassung des Beklagten zum Schluss kommen sollte, dass der Beklagte im Sinne des Basisvertrages zur Bestellung eines Gutachters verpflichtet gewesen wäre.

7.5.3. Auch die Vorinstanz kam – zwar mit etwas anderer Begründung – zum Schluss, dass die Konfliktregelung gemäss der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 durch keine weitere Absprache der Parteien ersetzt wurde. Ergänzend kann im Sinne einer Eventualbegründung auf diese durchaus zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (§ 161 GVG; act. 129 S. 28-32, Erw. 3, 3.1, 3.2, 3.2.1., 3.2.2.).

7.6. Nach dem Gesagten ist davon ausgehen,

- dass das mit der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 vereinbarte Schiedsgutachten von Prof. D._____ wegen Befangenheit bzw. wegen Bevorzugung des Beklagten nicht verwertbar ist, was vom Beklagten vor dem Prozess anerkannt wurde und auch im Prozess anerkannt wird;
- dass weiter fest steht, dass die Parteien eine Rückkehr zur Konfliktregelung gemäss Basisvertrag vom 7. Dezember 1995 *nicht* vereinbart haben (E. 7.5.);
- dass die Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 keine Benennung eines Ersatz-Schiedsgutachters vorsieht für den Fall, dass der von den Parteien auserkorene Schiedsgutachter Prof. D._____ nicht mehr handlungsfähig sein sollte (E. 7.4.).

Unter diesen Umständen bleibt nichts anderes übrig, als im Streitfall den massgeblichen Unternehmenswert nach den im Basisvertrag festgelegten Grundsätzen im Rahmen eines ordentlichen Prozesses zu ermitteln (vgl. dazu oben E. 7.3.2 und unten E. 9).

8. Der Rücktritt der Klägerin vom Aktienkaufvertrag; Willensmängel

8.1. Mit Schreiben vom 10. März 2005 liess die Klägerin den Beklagten wissen, dass sie mit sofortiger Wirkung vom Aktienkaufvertrag vom 7. Dezember 1995 zurücktrete (act. 3/156). Sie begründete ihre Haltung im Rücktrittschreiben im Wesentlichen wie folgt:

- Entgegen den mit dem Schreiben des Beklagten vom 31. Januar 2005 (= act. 3/153) "zunächst noch geweckten Erwartungen" sei der Beklagte noch immer nicht bereit, die Unverwertbarkeit des Gutachtens von Prof. D. _____ anzuerkennen.
- Ferner sei der Beklagte mit keinem Wort auf die Forderung der Klägerin gemäss ihrem Schreiben vom 11. Februar 2005 (= act. 3/154) eingegangen, wonach der Beklagte die Kosten, "die durch die Nichtoffenlegung der Vorbefassung von Prof. D. _____ verursacht worden sind", zu erstatten habe.
- Der Beklagte weigere sich noch immer, die mit Schreiben der Klägerin vom 2. April 2004 (= act. 3/83) "angeforderten bewertungsrelevanten Unterlagen ohne Auflagen herauszugeben".
- Die "erneute Durchführung des Bewertungsverfahrens A. _____" sei der Klägerin nicht zumutbar,
 - weil der Beklagte und seine Vertreter mit unzulässigen Mitteln versucht hätten, das Bewertungsverfahren gemäss Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 zu Gunsten des Beklagten zu beeinflussen, von welchem Verhalten der Beklagte sich nicht klar distanziert habe;
 - weil keine Herausgabe aller bewertungsrelevanter Unterlagen erfolgt sei.

8.2. Pacta sunt servanda. Das Vertragsrücktrittsrecht ist nach schweizerischem Recht restriktiv geregelt. Es gibt keine allgemeine Vertragsaufhebungsnorm, die bei Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung zum Zuge käme. Wenn Art. 107 OR unter gewissen Voraussetzungen eine Rücktrittsmöglichkeit vorsieht,

dann liegen Sinn und Zweck dieser Gesetzesvorschrift darin, dass dem Gläubiger in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis nicht zugemutet werden soll, an sein Leistungsversprechen gebunden zu bleiben, während die Gegenpartei ihrerseits die Leistung nicht erbringt (Weber, in Berner Kommentar, N 22 zu Art. 109 OR; vgl. BGE 123 III 16 E. 4). Der Rücktritt von einem synallagmatischen Vertrag setzt allerdings voraus, dass der Gegenpartei zuvor eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung des Vertrages angesetzt wird; dem Schuldner muss mit der Fristansetzung klar gemacht werden, dass er die verspätete Leistung innert einer bestimmten Frist vorzunehmen hat (Weber, in Berner Kommentar, N 25 f. zu Art. 109 OR und N 61 zu Art. 107 OR). *Kein Rücktrittsrecht besteht in der Regel, wenn lediglich der Verzug einer Nebenleistung in Frage steht* (Weber, in Berner Kommentar, N 35 zu Art. 109 OR).

8.3. Auf Rücktrittsgründe im Sinne des Gesetzes konnte sich die Klägerin im Zeitpunkt ihres Schreibens vom 10. März 2005 (act. 3/156) aus verschiedenen Gründen *nicht* berufen:

8.3.1. Wohl steht hier mit einem Kaufvertrag ein synallagmatisches Rechtsverhältnis zur Diskussion. Die Klägerin vermag dem Beklagten indessen nicht vorzuwerfen, dass er mit seiner Leistung als Verkäufer in Verzug geraten wäre. Statt dessen wirft sie ihm vor, die Unverwertbarkeit des Schiedsgutachtens D._____ nicht anerkannt zu haben sowie die Vorbefassung D._____s nicht offen gelegt zu haben. Soweit die Verwertbarkeit des Schiedsgutachtens zur Diskussion steht, betrifft dies allerdings nicht die vom Vertrag erfasste Schuld des Beklagten, sondern einzig die Frage, ob das Schiedsgutachten eine taugliche Grundlage für die Bestimmung des Kaufpreises bilde. Wird diese Frage negativ beantwortet und haben sich die Parteien nicht auf eine Ersatzbenennung eines Schiedsgutachters geeinigt, dann kann dies nach dem oben Ausgeführten (E. 7) lediglich die Wirkung haben, dass diese Kaufpreisbestimmung nach den Vorgaben des von den Parteien abgeschlossenen Vertrages auf dem Wege des ordentlichen Prozesses ermittelt werden muss. Von einem Verzug des Beklagten mit der Hauptleistung oder auch mit einer Nebenleistung, welche die Hauptleistung erst ermöglicht, kann keine Rede sein.

8.3.2. Wenn die Klägerin dem Beklagten weiter vorwirft, er habe die notwendigen Unterlagen dem von ihr bestellten Gutachter nicht ausgehändigt, dann ist auch das ein Verhalten, das vom Vertrag nicht erfasst ist. Wie erörtert, fand eine Rückkehr zur ursprünglichen Konfliktregelung gerade nicht statt (vgl. oben E. 7.5.). Eine Verpflichtung des Beklagten, dem Privatgutachter der Klägerin irgendwelche Unterlagen auszuliefern, bestand daher nicht. Eine solche förmliche Verpflichtung gegenüber der Gegenpartei hätte selbst auch dann nicht bestanden, wenn im Sinne des früheren zweistufigen Verfahrens von der Klägerin ein Parteigutachter bestellt worden wäre. Selbst in einem gerichtlichen Beweisverfahren ist eine Partei nicht verpflichtet, einem Gutachter die von diesem eingeforderten Geschäftsunterlagen herauszugeben; eine Partei die dies nicht tut, riskiert einzig, dass die Beweise zu ihren Lasten gewürdigt werden (vgl. Art. 164 ZPO). Aus diesen Gründen konnte die Klägerin die von ihr beanstandete Unterlassung auch nicht zum Anlass eines Vertragsrücktritts nehmen.

8.4. Die Klägerin macht allerdings geltend, es stehe ihr wegen *schwerwiegender Pflichtverletzungen* des Beklagten ein *Rücktrittsrecht wegen "Unzumutbarkeit"* zu, wobei sie gleichzeitig einräumt, dass ein solches vom Gesetz nicht vorgesehen sei (act. 1 S. 99, act. 142 S. 95-98, act. 175 S. 51 f.). Sie beruft sich dabei auf die Lehre (Weber, Berner Kommentar, N 269 zu Art. 97 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 58 zu Art. 97 OR). Dort wird indessen ein Rücktrittsrecht befürwortet für den Fall des Eintritts einer nachträglichen Unmöglichkeit. Das Rücktrittsrecht bei Pflichtverletzung der Gegenpartei wird demgegenüber abschliessend von Art. 107 OR erfasst. Das von der Klägerin anvisierte aussergesetzliche Rücktrittsrecht kennt die Rechtsprechung bis heute jedenfalls nicht. Der vorliegende Fall gibt auch keinen Anlass, ein solches durch Richterrecht einzuführen. Die gesetzlichen Sanktionen für Vertragsverletzungen genügen.

In diesem Zusammenhang trägt die Klägerin mit ihrer Berufungsreplik vom 1. März 2010 ein Novum vor (act. 175 S. 52-55): Erst am 7. Oktober 2009 seien ihr von der Staatsanwaltschaft W._____ Unterlagen aus dem "Anzeigenvorgang" (Aktenzeichen 630 Js 40753/07) gegen den Beklagten zugegangen. Demnach soll der Beklagte dem Bürgermeister P._____ von W._____ 1 Mio. Euro geboten

haben, wenn er die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht W._____ dazu bringe, die Verkündigung eines die C._____ betreffenden Urteils hinauszuschieben. Fest steht jedenfalls, dass die Staatsanwaltschaft es abgelehnt hat, gegen den Beklagten in diesem Zusammenhang ein Strafverfahren durchzuführen (act. 176/8). Auch aus diesem Vorgang, der das Vertragsverhältnis der Parteien nicht einmal unmittelbar betrifft, kann die Klägerin jedenfalls kein Rücktrittsrecht ableiten.

8.5. Auch im Berufungsverfahren vermag die Klägerin nichts vorzutragen, was die gemachten Darlegungen widerlegen könnte. Namentlich kann weder von einer Verletzung von Mitwirkungspflichten noch von einem *Schuldnerverzug* seitens des Beklagten in diesem Zusammenhang die Rede sein (vgl. dazu act. 142 S. 91-93). Da die Parteivereinbarungen dem Beklagten nicht aufgeben, bestimmte Unterlagen vorzulegen, traf ihn auch keine entsprechende Rechtspflicht. Denkbar ist, dass ihn im Rahmen eines Beweisverfahrens eine solche Obliegenheit treffen könnte. Die Verletzung einer solchen Obliegenheit würde aber lediglich zu prozessualen Nachteilen führen. Welches denn die Unterlagen überhaupt sind, welche für die vorzunehmende Bewertung erforderlich wären, steht sodann nicht fest; auch darüber kann man in guten Treuen verschiedener Meinung sein. Ebenso wenig lässt sich mit der Klägerin sagen, der Beklagte müsse sich in diesem Zusammenhang *Gläubigerverzug* vorwerfen lassen (vgl. act. 142 S. 94), weil er ungerechtfertigterweise jene Vorbereitungshandlungen verweigere, ohne die der Schuldner nicht erfüllen könne.

8.6. Erst vor der Berufungsinstanz ficht die Klägerin die Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 wegen *Grundlagenirrtums* an (act. 142 S. 70-74). Zum Anlass dafür nimmt sie die – von der Berufungsinstanz notabene geteilte – Ansicht der Vorinstanz, dass mit der Zusatzvereinbarung ein für die Parteien verbindliches Schiedsgutachten durch Prof. D._____ vereinbart wurde. Die Ansicht der Vorinstanz beruht indessen auf einer vertretbaren richterlichen Vertragsauslegung. Die gegenteilige Erwartung der Klägerin durfte von ihr daher von Vornherein nicht nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Der Grundlagenirrtum dient nicht dazu, sich miss-

liebigen Gerichtsurteilen ent schlagen zu können. Die Klägerin, die ja qualifizierte Rechtsanwälte und eine qualifizierte eigene Rechtsabteilung zur Hand hatte, hätte bei Vertragsschluss darauf drängen müssen, dass damals der Vertrag so formuliert werde, wie sie ihn heute gerne hätte. Und wenn die Klägerin vorträgt, ihr Grundlagenirrtum beziehe sich darauf, dass das einstufige Bewertungsverfahren "in fairer Weise" durchgeführt werde (act. 142 S. 71 Rz 236), hat das mit Willensmängeln nichts zu tun. Wer einen Vertrag schliesst, darf von der Gegenpartei erwarten, dass der Vertrag in "fairer Weise" abgewickelt wird und kann dies gegebenenfalls auch durchsetzen. Dazu bedarf es der Willensmängel nicht.

8.7. Ebenfalls erst vor Obergericht ficht die Klägerin die Zusatzvereinbarung schliesslich wegen absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 28 OR an. Sie wirft dem Beklagten vor, sie durch Verschweigen seiner Beziehungen zu Prof.

D._____ am 28. Januar 2003 zum Vertragsschluss verleitet zu haben. Die Anfechtung wegen Willensmangels ist indessen verwirkt, wenn dieser nicht binnen Jahresfrist seit seiner Entdeckung geltend gemacht wird (Art. 31 OR). Dies trifft hier klarerweise zu. Täuschung gemäss Art. 28 OR führt die Klägerin erstmals mit der Berufungsschrift vom 24. August 2009 ins Felde. Angebliche Manipulationen des Beklagten im Zusammenhang mit Prof. D._____ hat die Klägerin indessen dem Gericht erstmals mit ihrer Klageschrift vom 29. Juli 2005 (act. 1) in extenso dargelegt (act. 1 S. 33-75). Weshalb sich die Klägerin vor Obergericht auf den Standpunkt stellt, die Vertragsanfechtung sei trotz der Vorschrift von Art. 31 OR noch zulässig, ist schwer zu verstehen.

8.8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klägerin nach wie vor an den Aktienkaufvertrag vom 7. Dezember 1995 mit den durch die Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 bewirkten Modifikationen gebunden ist.

9. Leistungsklage (Rechtsbegehren Ziff. 1) der Klägerin: Die Bewertung der verkauften Aktien

9.1. Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Rückerstattung der von ihr bezahlten ersten Kaufpreisrate, und zwar Zug um Zug gegen Rückgabe von 1'506 C._____ -Aktien (vgl. act. 1 S. 100 Rz 270; act. 20 S. 50 Rz 167, S. 99 Rz 350).

Bezahlt wurde die erste Kaufpreisrate seinerzeit im Februar 1995 mit DM 50 Mio., d.h. schon vor dem förmlichen Vertragsschluss (act. 1 S. 24 Rz 57). Gemäss der Sachdarstellung der Klägerin entspricht das einem heutigen Gegenwert von € 25'564'594 (act. 1 S. 75 Rz 178, S. 100 Rz 270); der Beklagte rechnet den Betrag von 50 Mio. DM so in Euro um, wie das die Klägerin auch tut (vgl. act. 46 S. 4 und 5). Nach Erhalt der ersten Kaufpreisrate gab der Beklagte 1'506 C._____ - Aktien einem Treuhänder zur Verwahrung (act. 1 S. 22 Rz 51 und S. 100 Rz 270; act. 20 S. 139 Rz 539).

Um zu prüfen, ob und allenfalls in welchem Umfange die Forderung der Klägerin auf Rückforderung der von ihr geleisteten Anzahlung ausgewiesen ist, ist der Kaufpreis gemäss Kaufvertrag zu bestimmen. Erweist sich dabei, dass der Kaufpreis die erste von der Klägerin geleistete Kaufpreisrate übersteigt, dann wird das Leistungsklagebegehren Ziff. 1 der Klägerin abzuweisen sein. Ein die erste Kaufpreisrate übersteigender Mehrbetrag wäre dem Beklagten in diesem Verfahren nicht zuzusprechen, weil er den entsprechenden Anspruch jedenfalls im obergerichtlichen Verfahren nicht mehr weiter verfolgt. Sollte sich aber ergeben, dass der Wert der von der Klägerin gekauften Aktien unter dem Wert der ersten Kaufpreisrate liegt, dann wäre die Differenz zur ersten Kaufpreisrate der Klägerin gestützt auf ihr Leistungsklagebegehren zuzusprechen.

9.2. Ausgangspunkt für die Ermittlung des Kaufpreises ist die Vertragsbestimmung § 3 Abs. 1 und 2 des Vertrages vom 7. Dezember 1995 (Wortlaut vgl. oben E. 1.3.3.). Demgemäss ist massgebend der *Ertragswert* der C._____ am Bewertungsstichtag 1. Januar 1999. Im Übrigen ist gemäss Vertrag dieser Ertragswert zu ermitteln:

- auf Grund eines Betrachtungszeitraums von zehn Jahren ab dem Bewertungsstichtag, d.h. ab dem 1. Januar 1999;
- auf Grund eines Kapitalzinsfusses von 11%, "mit dem die Ergebnisse der zehn Referenzjahre auf den Bewertungsstichtag abgezinst werden".

Das sind die vertraglichen Vorgaben, an die sich das Gericht bei der Bewertung zu halten haben wird. Es sind dies gleichzeitig auch jene vertraglichen Vorgaben, die den Kaufpreis als wenigstens bestimmbar und damit den Vertrag als

gültig erscheinen lassen (vgl. dazu oben E. 7.1. und BGE 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008 E. 3.1.). *Unter diesem Gesichtspunkt kann es einzig auf solche Umstände ankommen, die von den Parteien im Zeitpunkt zum vereinbarten Stichtag zumindest hätten vorausgesehen werden können.*

9.3. Ein Geschäftsbetrieb ist nach *anerkannten Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre* zu bewerten. Es wird zwischen vermögenswerten-, gewinn- und marktorientierten Bewertungsmethoden unterschieden. Anerkannt ist der Grundsatz der Zukunftsbezogenheit aller Bewertungsmethoden. Die Vergangenheit liefert nur Erfahrungswerte. Wichtig, aber auch schwierig ist die Einschätzung der Zukunft, d.h. die Schätzung, ob die Zahlenreihe gleichbleibend, steigend oder sinkend ist. Ein kaufmännisches Unternehmen wird als rechtliche und finanzielle Einheit bewertet (BGE 136 III 209 E. 6.2.2., 6.2.3. und 6.3.1.). Bei Bewertungsfragen bestimmt das Bundesrecht, nach welchen Rechtsgrundsätzen die Bewertung vorzunehmen ist, wogegen die nach diesen Grundsätzen vorzunehmende Wertermittlung eine vom kantonalen Richter abschliessend zu beurteilende Tatfrage darstellt (BGE 121 III 152 E. 3c, BGE 120 II 259 E. 2a mit Hinweisen). Ist die Unternehmensbewertung nach den anerkannten Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre vorzunehmen, so stellt dies hohe Anforderungen an das Fachwissen. Das wiederum erklärt den Umstand, dass zu diesem Behufe im Prozess regelmässig Sachverständige beigezogen werden, die mit den erwähnten Grundsätzen vertraut und in deren Anwendung geübt sind. Soweit die zur Anwendung gebrachten Bewertungsmethoden als Rechtsfragen zu überprüfen sind, wird der Richter beurteilen können und müssen, ob der Experte eine Methode gewählt hat, die nachvollziehbar, plausibel und anerkannt ist sowie ob diese Methode in vergleichbaren Fällen verbreitete Anwendung findet und den Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung trägt (BGE 4C.363/2000 vom 3. April 2001). In diesem Sinne greifen rechtliche und tatsächliche Beurteilungen ineinander über und der Richter hat gegebenenfalls mit dem zugezogenen Experten den Dialog zu pflegen.

9.4. Im vorliegenden Fall kann der vom Bundesgericht üblicherweise praktizierte Methodenpluralismus nicht uneingeschränkt zum Tragen kommen, weil sich die Parteien durch die massgebliche Vertragsbestimmung auf die *Bestimmung des*

Ertragswertes festgelegt haben. *Zu ermitteln ist daher die zukünftige Ertragskraft der C._____, welche auf der Basis des im Vertrag angegebenen Zeitraums von zehn Jahren ab dem Bewertungsstichtag vom 1. Januar 1999 zu schätzen sein wird.*

9.5. Bei der klassischen Ertragswertmethode wird der Ertragswert dem Unternehmenswert gleichgesetzt (Etienne Schön, Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht, Diss. Zürich 2000, S. 46). Der Ertragswert wird üblicherweise definiert als "Differenz der beiden Ströme Ertrag und Aufwand, diskontiert auf einen bestimmten Stichtag" (Carl Helbling, Unternehmensbewertung und Steuern, 9. Auflage, Düsseldorf 1998, S. 101). Im Rahmen der Bewertung muss der Zukunftserfolg abgeschätzt werden. Ausgehend vom Vergangenheitserfolg ist der Zukunftserfolg zu budgetieren (Helbling, a.a.O, S. 367). Risiken und Unsicherheiten sind bei der Bewertung zu erfassen, wobei zwischen sicheren Erwartungen, Risikoerwartungen und unsicheren Erwartungen zu unterscheiden ist (Helbling, a.a.O. S. 387 f.). Für die Berechnung des Ertragswertes müssen zwei Faktoren bekannt sein, nämlich die künftigen Nettoreinerträge einerseits und der massgebliche Kapitalisierungszinsfuss andererseits (Schön, a.a. O., S. 35). Problematisch ist es namentlich, die Zukunftsjahre als von gleicher Qualität anzunehmen, obwohl die Unsicherheit von Jahr zu Jahr stark zunimmt (Helbling, a.a.O., S. 117). Künftige Werte sollten daher mit Wahrscheinlichkeitsfaktoren gewichtet werden. Die Discounted Cash Flow-Methode rechnet in der Regel "mit fünf, seltener mit zehn Planjahren und anschliessendem ... Residual-Value (= Fortführungs- oder Restwert als Barwert einer ewigen Rente oder als Liquidationswert), alles abgezinst auf den Bewertungsstichtag" (Helbling, a.a.O., S. 116).

9.6. Heute ist bekannt, dass die C._____-Werke in W.____ (vgl. dazu act. 1 S. 16 ff.), im L.____ (vgl. dazu act. 1 S. 18 ff.) und in M.____ (vgl. dazu act. 1 S. 20 ff.) sich weit weniger erfreulich entwickelt haben als ursprünglich erhofft. Es liegt daher nahe, dass die Klägerin bei der Unternehmensbewertung diese Umstände berücksichtigt haben möchte, wogegen der Beklagte sich dagegen wehrt.

9.6.1. Die Parteien haben sich mit dem Vertrag vom 7. Dezember 1995 klipp und klar darauf geeinigt, dass der Ertragswert der C._____ *per Stichtag vom 1. Januar*

1999 ermittelt werden soll. Damit haben sich die Parteien im Jahre 1995 durchaus auf gewisse Unwägbarkeiten eingelassen, die aber per Stichtag bestimmbar sein sollten. Richtig ist daher die Haltung des Beklagten (vgl. dazu act. 20 S. 105ff.), dass es darauf ankommt, wie die Bewertung auf Grund einer per 1. Januar 1999 vorzunehmenden Prognose zu machen ist, denn etwas anderes konnte die Sicht der Parteien bei Vertragsschluss nicht sein; es gibt keine Hinweise darauf, dass die Parteien davon ausgingen, dass die Ermittlung des Kaufpreises erst sehr lange nach dem 1. Januar 1999 erfolgen werde. Bei Abschluss des Vertrages war mithin *nicht davon auszugehen*, dass die Bewertung *erst nach dem "Betrachtungszeitraum"* von zehn Jahren vorgenommen werden müsse. Es kann daher nicht auf die effektiven Ereignisse im "Betrachtungszeitraum" ankommen, sondern bestenfalls auf solche, die sich am 1. Januar 1999 in guten Treuen prognostizieren liessen. Die Klägerin widerspricht dem, indem sie vorträgt, dass es die feste "Absicht der Parteien war, auch die tatsächliche Entwicklung der C._____ AG und ihrer Tochtergesellschaften ab 1. Januar 1999 – mindestens bis zum Abschluss der Zusatzvereinbarung anfangs 2003 – mit zu berücksichtigen" (act. 32 S. 123). Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang auf act. 3/55, ein Schreiben des Vorstandsvorsitzenden der Klägerin an den Beklagten vom 18. Januar 1999, wonach sich die Parteien "vor dem Hintergrund der derzeitigen Situation bei der C._____ -Anlage" darauf verständigt hätten, die Unternehmensbewertung auf Anfang April 1999 zu verschieben. Die Klägerin meint, die Parteien hätten damit "*vorangesetzt*", dass "Erkenntnisse" seit dem vertraglich vereinbarten Bewertungsstichtag in die Ertragswertermittlung einfließen sollten" (act. 1 S. 28 Rz 68), wogegen der Beklagte "diese Interpretation" der Klägerin für verfehlt hält und meint, die Parteien hätten nie vereinbart, dass Erkenntnisse nach dem Bewertungsstichtag massgeblich sein sollten (act. 20 S. 140 Rz 544). Die Klägerin hat mit ihren Ausführungen weder auf einen übereinstimmenden Parteiwillen noch auf "gegenseitige Willensäußerungen" hingewiesen, welche die Berücksichtigung tatsächlicher Ereignisse nach dem Bewertungsstichtag erlaubten; aus dem von ihr zugezogenen Schreiben ihres Vorstandsvorsitzenden lassen sich jedenfalls nicht die von ihr behaupteten Schlüsse ziehen. Es kommt mithin auf die Verhältnisse an, wie sie am 1. Januar 1999 vorzufinden waren. Immerhin beurteilte der Vorstands-

vorsitzende der Klägerin gemäss seinem Schreiben vom 18. Januar 1999 (act. 3/55) die Verhältnisse bei der C._____ offenbar schon damals als problematisch. Wenn er recht gehabt haben sollte, müssten diese Umstände wohl nachträglich erhärtet werden können und damit auch in die Bewertung per 1. Januar 1999 einfließen. Letztlich wird dies aber eine Expertenfrage sein.

9.6.2. Mit Eingabe vom 8. Februar 2011 legte die Klägerin unter Berufung auf § 115 ZPO/ZH den Schiedsspruch vor, welcher unterm 19. Januar 2011 zwischen ihr und der in Konkurs gefallenen C._____ SA in Liq. ergangen ist (act. 221 mit Hinweis auf act. 222). Der Schiedsspruch befasst sich mit der C._____ -Anlage W._____. Für die Klägerin ist der Schiedsspruch deshalb von Belang, weil sich aus ihm ergeben soll, dass in W._____ der vereinbarte Jahresdurchsatz von 225'000 Tonnen Müll nicht erreicht worden sei (act. 221 S. 3). Der Beklagte hält dem entgegen, der Schiedsspruch sei auf einseitiges Vorbringen ergangen. Dazu komme, dass er sich einzig mit der Anlage W._____ befasse (act. 225).

Der erwähnte Schiedsspruch schafft nicht zwischen den Parteien dieses Verfahrens Recht, sondern vielmehr zwischen der Klägerin einerseits und der C._____ SA in Liq. andererseits. In der Sache ändert sich an dem soeben Ausgeführten (oben E. 9.6.1.) allerdings nichts. Ebenso wenig ändert an dieser Betrachtungsweise die jüngste Eingabe der Klägerin vom 4. April 2011 (act. 229) etwas. Gleiches gilt für die Eingabe des Beklagten vom 8. April 2011 (act. 230).

9.6.3. Vor Obergericht weist die Klägerin darauf hin, dass sie bereits vor erster Instanz einen übereinstimmenden wirklichen Willen von E._____ und B._____ behauptet habe, dass Voraussetzung für eine Unternehmensbewertung eine funktionierende C._____ -Grossanlage sei (act. 142 S. 53 Rz 158). Bei Lichte besehen, legt die Klägerin indessen lediglich den Basisvertrag der Parteien, wonach die zweite Akontozahlung erst bei Abnahme einer C._____ -Standardanlage geschuldet sei (Vertrag § 4 Abs. 2, act. 3/1), in diesem Sinne aus. Die Klägerin argumentiert mithin mit einer Rechts- und nicht mit einer Tatfrage. Die Frage, wann die zweite Akontozahlung hätte geleistet werden müssen, hat allerdings mit der einer tatsächlichen Einigung über den Bewertungsstichtag nichts zu tun. Namentlich kann – entgegen der Meinung der Klägerin (vgl. act. 142 S. 79) – aus dem Um-

stand, dass die Parteien Anfang 1999 sich darauf geeinigt haben sollen, die Unternehmensbewertung bis Anfang April 1999 aufzuschieben, nicht abgeleitet werden, die Parteien hätten damit den vereinbarten Bewertungsstichtag aufgegeben. Dass eine Bewertung erst nach dem vereinbarten Stichtag vorgenommen wird, ist nicht etwa eine Ausnahme, sondern die Regel.

Dazu kommt Folgendes: Die Leistung einer zweiten Akontozahlung wurde zwar gemäss Basisvertrag vom 7. Dezember 1995 (act. 3/1, § 4 Abs. 2) davon abhängig gemacht, dass in einem EU-Land oder in der Schweiz eine C._____ - Standardanlage mit einem bestimmten Minimaldurchsatz abgenommen werde. Die Bestimmung findet sich im Basisvertrag bei der Bestimmung, mit der die Modalitäten der Kaufpreiszahlung geregelt werden (§ 4). Mit der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 wurde indessen exakt in diese Zahlungsmodalitäten eingegriffen und bestimmt, dass die "im Kaufvertrag vorgesehene Leistung einer weiteren Anzahlung" unterbleibt. Die Leistung einer weiteren Zahlung ist daher nach der Zusatzvereinbarung auch nicht mehr davon abhängig, dass eine C._____ - Anlage in Betrieb genommen werde. Nicht zu folgen ist der Klägerin namentlich darin, dass nach der Vertragsmeinung eine Bewertung erst ein Jahr nach der Freigabe des Dauerbetriebes einer C._____ -Anlage hätte vorgenommen werden können, mithin erst Anfang 2003 (vgl. dazu act. 142 S. 25 Rz 68). Solches ist weder aus dem Basisvertrag noch aus der Zusatzvereinbarung abzuleiten.

Die Klägerin stellt sich vor Obergericht sodann auf den Standpunkt, sie habe vor erster Instanz einen übereinstimmenden Willen ihres Vertreters E._____ und des Beklagten behauptet, "wonach Voraussetzung der Unternehmensbewertung eine Grossanlage im regulären Betrieb" sein musste (act. 142 S. 53 Rz 158). Soweit die Klägerin vor erster Instanz lediglich die Parteivereinbarungen auslegte, sind solche Behauptungen aber nicht aufgestellt (vgl. act. 142 S. 24 Rz 57, act. 32 S. 51 Rz 194). Der blosser Hinweis in der Replik, es sei die Absicht der Parteien gewesen, die tatsächliche Entwicklung bis mindestens zum Abschluss der Zusatzvereinbarung mit zu berücksichtigen (vgl. act. 32 S. 123 Rz 492 mit Hinweis auf act. 3/55), genügt für die Darlegung eines übereinstimmenden wirklichen Willens nicht, weil diese Behauptung nämlich an keinen Fakten festgemacht wird.

Gestützt auf eine solche Behauptung könnte kein Beweisverfahren durchgeführt werden. Das Schreiben des Vorstandsvorsitzenden E. _____ der Klägerin an den Beklagten vom 18. Januar 1999 (act. 3/55), auf das sich die Klägerin im Prozess beruft, vermag zur Klärung nichts beizutragen. Wenn dort Anfang Januar 1999 festgehalten wird, dass man sich "vor dem Hintergrund der derzeitigen Situation bei der C. _____-Anlage" darauf geeinigt habe, die Unternehmensbewertung auf Anfang April 1999 zu verschieben, so ist damit noch nicht gesagt, dass man damit vom Stichtag hätte abrücken und Fakten ausserhalb des Stichtages hätte berücksichtigen wollen. Entscheidend ist schliesslich die Konsenssituation anlässlich der Zusatzvereinbarung vom 28. Januar 2003 (also vier Jahre später). Die Ausführungen in der Widerklageduplik zu diesem Thema (vgl. act. 58 S. 101 Rz 367 ff.), namentlich auch der dortige Hinweis auf den Abschluss einer konkludenten Vereinbarung, sind prozessual verspätet und damit unbeachtlich (§ 114 ZPO/ZH). Es ist nicht einzusehen, weshalb die geschäftsgewandten Parteien dies nicht mit ihrer Zusatzvereinbarung hätten festhalten sollen, dass Voraussetzung für weitere Zahlungen der Betrieb einer Grossanlage sei, wenn sie dies wirklich gewollt hätten. Im Übrigen ist ein bestimmter Stichtag für die Bestimmbarkeit des Kaufpreises und damit für die Gültigkeit des Kaufvertrages überhaupt von entscheidender Bedeutung (vgl. oben E. 7.1.).

9.6.4. Der Beklagte weist sodann darauf hin, dass für die Bewertung der IDW-Standard (IDW = Institut der Wirtschaftsprüfer, vgl. www.idw.de) massgebend sein sollte. Er leitet das aus dem Schreiben der Parteien vom 7. Februar 2003 (act. 3/59) an Prof. D. _____ ab (act. 20 S. 109 Rz 399), mit dem sie den Schiedsgutachter anwies, die erwähnten Standards heranzuziehen. Da das Schiedsgutachten D. _____ gegenstandslos geworden ist (vgl. oben E. 4), kann auch dem Auftragsschreiben der Parteien an Prof. D. _____ über dieses Schiedsgutachten hinaus keine besondere Bedeutung mehr zukommen. Es lässt sich daher angesichts des Umstandes, dass das seinerzeit vereinbarte Schiedsgutachten von Prof. D. _____ nicht mehr von Belang ist, aus dem Auftragsschreiben an Prof. D. _____ auch nicht mehr herleiten, dass der IDW-Standard massgeblich sei. Das allerdings schliesst nicht aus, dass der IDW-Standard aus andern Gründen für die Berechnung des Ertragswertes der C. _____

heranzuziehen ist, so wie man sich z. B. in andern Bereichen auf die SIA-Normen stützt. Immerhin ist auch auf Grund des von den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrages davon auszugehen, dass ganz im Sinne des angezogenen IDW-Standards jener Informationsstand in die Bewertung einfließen sollte, der "bei angemessener Sorgfalt zum Bewertungsstichtag hätte erlangt werden können" (vgl. act. 20 S. 109 Rz 399). Unter dem Gesichtspunkt von Recht und Billigkeit (vgl. Art. 4 ZGB) drängt sich dieser Schluss – ungeachtet der IDW-Richtlinien – auf Grund der gegebenen Verhältnisse aber geradezu auf. Das allerdings ist blosser Rechtsfrage.

9.7. Ihre gegenteiligen Rechtsstandpunkte über die Bedeutung des vertraglich vereinbarten Bewertungsstichtages (1. Januar 1999) versuchen die Parteien vor Obergericht mit einander widersprechenden Rechtsgutachten zu untermauern (Klägerin: act. 142 S. 75 ff. mit Hinweis auf act. 144/11; Beklagter: act. 162 S. 33 ff. mit Hinweis auf act. 164/1). Das von der Klägerin eingereichte Rechts- bzw. Parteigutachten wurde in Folge auch noch publiziert (Sethe/Weber, in GesKR 2010, S. 129 ff.).

9.7.1. Mit dem von der Klägerin präsentierten Gutachten Sethe wird die These vertreten, die in Deutschland von Theorie und Praxis teilweise anerkannte sogenannte "*Wurzeltheorie*" müsse auch für den schweizerischen Rechtsraum Geltung beanspruchen. Demnach sei zwar bei Anwendung der Ertragswertmethode an und für sich vom "strengen Stichtagsprinzip" auszugehen. Indessen seien bei der Bewertung durchaus auch nach dem Stichtag eingetretene spätere konkrete Entwicklungen zu berücksichtigen, wenn sie bereits "*am Stichtag in ihren Wurzeln angelegt und erkennbar*" waren (vgl. Sethe/Weber, in GesKR 2010, S. 130 f.). Die Wurzeltheorie will die Klägerin jedenfalls zur Grundlage dafür nehmen, die Erkenntnisse aus dem Betrieb der C.____-Anlage W.____ in die Bewertung einfließen zu lassen. Mit ihren eigenen Worten will sie damit "vom reinen Stichtagsprinzip" abweichen, um eine unzutreffende Prognose zu korrigieren (act. 175 S. 43 Rz 109).

Von der schweizerischen Rechtsprechung ist die "*Wurzeltheorie*" nicht anerkannt; es gibt denn auch keinen Anlass, ihr zu folgen. Im hier interessierenden

Zusammenhang wäre sie von vornherein nicht dazu geeignet, den von den Parteien vertraglich vereinbarten Bewertungsstichtag des 1. Januar 1999 aufzuweichen. Wie bereits erörtert (vgl. oben E. 7.1), erlaubt die von den Parteien gewählte Formulierung *von einem bestimmmbaren Kaufpreis und damit von einem gültigen Kaufvertrag* auszugehen. Die Anwendung der Wurzeltheorie würde indessen dazu führen, dass auch in der fernen Zukunft sich verwirklichende Ereignisse bei der Bewertung berücksichtigt werden müssen, wenn sich denn später ergeben sollte, dass sie bereits am 1. Januar 1999 "in ihren Wurzeln angelegt und erkennbar" waren. *Das sind indessen Unwägbarkeiten, die sich mit einem bestimmmbaren Kaufpreis nicht vereinbaren lassen.* Nach Treu und Glauben kann demgegenüber, wie oben erörtert, durchaus jener Informationsstand in die Bewertung einfließen, der *"bei angemessener Sorgfalt zum Bewertungsstichtag hätte erlangt werden können"*. Damit ist auch gesagt, dass es nicht auf den Zufall ankommen kann, ob ein Umstand, bereits – von aussen nicht erkennbar – in den Wurzeln angelegt war. Die massgeblichen Sachumstände müssen vielmehr bereits am Bewertungsstichtag ein gewisses Gewicht haben und wenigstens erkennbar gewesen sein. In diesem Sinne wurde oben auf das Schreiben des Vorstandsvorsitzenden der Klägerin vom 18. Januar 1999 (act. 3/55), aus dem sich gewisse Hinweise für derartige Umstände ergeben könnten, hingewiesen. Das sind indessen Tatfragen, die vom sachverständigen Experten zu erarbeiten sein werden.

Der Beklagte legt sodann Gewicht darauf, dass bei der Ertragswertermittlung ein sogenannter *Residualwert* zu berücksichtigen sei: Nach den Grundsätzen ordnungsgemässer Unternehmensbewertung über einen bestimmten Zeitraum müsse nämlich ein sich zum Ende des Prüfungszeitraums ergebender Restwert oder Residualwert berücksichtigt werden (act. 20 S. 64 Rz 215, act. 162 S. 97). Das ist indessen auf Grund der anerkannten Grundsätze der Betriebswirtschaftslehre zu entscheiden; und dafür wird ein Experte beizuziehen sein (vgl. dazu: Helbling, a.a.O., S. 116 bzw. oben E. 9.5.), der mit diesen Grundsätzen vertraut und in deren Anwendung geübt ist (vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2.2.; BGE 4C.363/2000 vom 3. April 2001 E. 3b).

9.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Rahmen eines noch zu eröffnenden Beweisverfahrens bezüglich der Ermittlung des Ertragswertes der C._____ per 1. Januar 1999 ein Gutachten zu veranlassen ist. Erst nach Vorlage dieses Gutachtens wird die Sache spruchreif sein.

10. Eventualbegehren Ziff. 2.2. der Klägerin: Herausgabeanspruch

10.1. Das Rechtsbegehren Ziff. 2 ist ein Eventualbegehren, das nur bei Abweisung des Klagebegehrens Ziff. 1 zum Zuge kommen kann.

10.2. Die Klägerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 2.2., dass der Beklagte dem von der Klägerin bestellten Schätzungsexperten eine Reihe von Unterlagen herauszugeben habe. Anvisiert wird damit die Konfliktordnung gemäss dem Basisvertrag. Nach dessen § 3 Abs. 3 hatte zunächst jede Partei einen Schätzungsgutachter zu bestellen. Wie bereits oben erörtert, wurde diese Konfliktordnung durch jene gemäss Zusatzvereinbarung ersetzt. Das in dieser Vereinbarung vorgesehene Schiedsgutachtensverfahren scheiterte zwar, doch führt dieser Umstand nicht dazu, dass die frühere Konfliktordnung wieder aufleben könnte. Wenn das Eventualbegehren der Klägerin überhaupt zu beurteilen wäre, müsste es daher schon aus diesem Grunde abgewiesen werden.

Abzuweisen wäre das Klagebegehren aber auch noch aus einem weiteren Grunde: Weder der Basisvertrag noch die Zusatzvereinbarung sehen vor, dass eine Partei zur Herausgabe bestimmter Unterlagen an die Gegenpartei verpflichtet wäre. Solches sieht selbst die Prozessordnung für den Fall nicht vor, wenn nicht ein Schiedsgutachter, sondern im Rahmen eines gerichtlichen Beweisverfahrens ein vom Gericht bestellter Gutachter eingesetzt würde. In einem solchen Falle hätte dieser auf Grund seiner Fachkunde zu sagen, welche Unterlagen er von den Parteien braucht, um die ihm vom Gericht gestellte Aufgabe erfüllen zu können. Kommen die Parteien einer entsprechenden gerichtlichen Aufforderung nicht nach, so wird das Gericht dieses Verhalten bei der Beweismwürdigung nach freier Überzeugung berücksichtigen (§ 148 ZPO/ZH bzw. Art. 164 ZPO). Käme entgegen der obigen Ausführungen im Sinne des Basisvertrages ein Schiedsgutachter zum Zuge, müsste der Beklagte damit rechnen, dass dieser den massge-

blichen Sachverhalt zu seinen Ungunsten feststellt, wenn er sich weigern sollte, die von ihm herausverlangten Unterlagen herauszugeben. Erste Voraussetzung wäre allerdings, dass der Schiedsgutachter solche Unterlagen verlangt, was bis heute ohnehin nicht der Fall war. So oder anders wird dem Eventualklagebegehren

Ziff. 2.2 der Klägerin jedenfalls nicht zu entsprechen sein.

10.3. Von selbst versteht sich, dass die Parteien im Sinne einer prozessualen Obliegenheit – wenn es denn zu einer gerichtlichen Begutachtung kommen sollte – dem Gutachter sämtliche Unterlagen vorzulegen haben werden, welche von diesem als zweckdienlich erachtet werden.

11. Leistungsklage (Rechtsbegehren Ziff. 3) der Klägerin: Forderungen im Zusammenhang mit dem Bericht D. _____

11.1. Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3 verlangt die Klägerin vom Beklagten die Erstattung eines Betrages von € 200'800.00, und zwar im Zusammenhang mit dem Bericht von Prof. D. _____. Erstmals formulierte die Klägerin diese Forderung gegenüber dem Beklagten mit Brief vom 11. Februar 2005 (act. 3/154, vgl. act. 1 S. 73 Rz 172). Sie begründete dies im erwähnten Brief wie folgt:

"Die Nichtoffenlegung der Vorbefassung von Prof. D. _____ und die nicht vollständige Offenlegung der Interessenbindungen ist eine Verletzung von aus dem Aktienkaufvertrag fließenden Nebenpflichten und zudem in zivilrechtlicher Hinsicht als Delikt zu werten."

Die Klägerin forderte unter diesem Titel € 120'000.00 für die von ihr geleistete Abschlagszahlung an Prof. D. _____, € 65'000.00 für die Überprüfung des Berichts D. _____ durch Prof. Q. _____, € 15'800.00 Honorare der Anwaltskanzlei R. _____ (entsprechend Fr. 24'500.00). Die Bezahlung des Betrages von € 200'800.00 verlangte die Klägerin vom Beklagten bis zum 28. Februar 2005. Der Beklagte bezahlte nicht. Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3 bestätigt die Klägerin nun ihre Forderung (act. 1 S. 104 Rz 287). Sie begründet diese Forderung überdies aber auch damit, dass der Beklagte "den Umfang der einseitigen Abstimmung der Bewertung" mit Prof. D. _____ verschleiert habe. Dadurch habe der Beklagte das Gebot des loyalen Verhaltens verletzt (act. 1 S. 106 Rz 296).

11.2. Die Klägerin stützt ihre Klage auf Art. 109 Abs. 2 OR (negatives Interesse; act. 1 S. 104-105 Rz 289-291), eventuell auf Art. 97 OR (Schadenersatz aus Vertrag; act. 1 S. 105-107 Rz 292-300) sowie auf Art. 41 OR (unerlaubte Handlung, act. 1 S. 107 Rz 301-306). Mit der Klageantwort widersetzt sich der Beklagte dem Ansinnen der Klägerin (act. 20 S. 127f. Rz 482-485). Namentlich trug der Beklagte vor, dass die Klägerin bewusst auf eine Aufklärung betreffend die Vorbefasstheit von Prof. D._____ verzichtet habe. Ihr Vertreter habe ihm klar zu verstehen gegeben, dass ihn die "Vorbefasstheit von Prof. D._____" nicht störe (act. 20 S. 120 f., Rz 456 f.). In einem Beschluss vom 3. November 2005 habe überdies [das Gericht T._____] festgestellt, dass den Beklagten keine Aufklärungspflichten über seine früheren Geschäftsbeziehungen mit Prof. D._____ getroffen hätten (act. 20 S. 120 Rz 455 mit Hinweis auf act. 22/38).

Mit der Replik legte die Klägerin Rechnungskopien von Prof. D._____ und von Prof. Q._____ vor (act. 32 S. 136 Rz 541 mit Hinweis auf act. 34/34-36). Und bezüglich des Aufwandes der Anwaltskanzlei R._____ behielt sie sich weitere Beweise vor. Im Übrigen verwies sie auf ihre Klageschrift (act. 32 S. 137 Rz 544). Mit seiner Duplik macht der Beklagte geltend, die Forderung sei schon mangels Substantiierung abzuweisen (act. 46 S. 110 Rz 439). Die mit der Widerklageduplik der Klägerin dazu gemachten Darlegungen (act. 58 S. 108 Rz 394 f.) sind prozessual unzulässig (§ 114 ZPO/ZH), weil bezüglich der Hauptklage der Schriftenwechsel im Zeitpunkt der Erstattung dieser Rechtsschrift bereits abgeschlossen war.

11.3. Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe seinerzeit bewusst auf die Aufklärung betreffend "Vorbefasstheit" von Prof. D._____ verzichtet (act. 20 S. 120 f. Rz 456 und 457 sowie S. 127 f. Rz 485). Diese Sachdarstellung wird von der Klägerin bestritten (act. 32 S. 132 Rz 526). Die Frage braucht indessen nicht abschliessend geklärt zu werden, weil selbst dann, wenn die Sachdarstellung des Beklagten zuträfe, sein eigenes Verhalten dazu geführt hätte, dass das Gutachten D._____ unverwertbar wurde. Auf Grund der Akten und des oben Ausgeführten (vgl. oben E. 7.3.) steht nämlich Folgendes fest:

- Im September 2003 unterbreitete der Beklagte dem Schiedsgutachter einen an ihn gerichteten Briefentwurf der C._____ (act. 3/137; vgl. oben E. 7.3.3.).
- Im Dezember 2003 liess der Beklagte mit Prof. D._____ die Möglichkeit ventilierten, auf politischem Wege auf die Klägerin Einfluss nehmen zu können (act. 3/140-142, vgl. oben E. 7.3.3.).
- Am 13. Dezember 2003 fand ein einseitiges Treffen zwischen Prof. D._____ und dem Beklagten statt, wobei das zu erstattende Gutachten erörtert wurde (act. 3/143 und act. 3/143, vgl. oben E. 7.3.3.)

Diese Abläufe, die auch dem Beklagten "zunächst eigenartig erscheinen" (act. 20 S. 156), fanden hinter dem Rücken der Klägerin statt und waren damit treuwidrig. Selbst wenn eine Aufklärung über die früheren geschäftlichen Beziehungen zwischen Prof. D._____ und dem Beklagten nicht nötig war, weil die Klägerin entsprechend den bestrittenen Behauptungen des Beklagten auf eine solche Aufklärung ausdrücklich verzichtet haben sollte, würden die geschilderten Vorgänge das Gutachten D._____ und die von der Klägerin in diesem Zusammenhang in guten Treuen gemachten Aufwendungen als überflüssig erscheinen lassen. Mit der Klägerin muss dieses Verhalten sowohl als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht als auch als ein Verstoss gegen Art. 41 OR gewertet werden.

11.4. Die Vorinstanz hat die Klage in diesem Punkte mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe nicht dargetan, dass sie sich je bei Prof. D._____ um eine Rückforderung bemüht habe (act. 129 S. 65f.). Zu Recht hält die Klägerin dem vor Obergericht entgegen, dass zwischen dem Beklagten und Prof. D._____ unechte Solidarität im Sinne von Art. 51 Abs. 1 OR gegeben sei. Damit haftet der Beklagte durchaus für die hier interessierenden Schäden.

11.5. Die von der Klägerin geltend gemachten Positionen können grundsätzlich durchaus als Schadenspositionen anerkannt werden. Im Einzelnen ist Folgendes zu sagen:

11.5.1. Die Akontozahlung an *Prof. D.*_____ belegt die Klägerin mit einer Rechnungskopie (act. 34/33-35). Der Beklagte bestreitet die Bezahlung dieses Rechnungsbetrages (act. 46 S. 110 Rz 439). Es wird daher darüber ein Beweisverfahren stattzufinden haben. Kann der Beweis erbracht werden, wird der Betrag zuzusprechen sein.

11.5.2. Auch mit der Zahlung an *Prof. Q.*_____ verhält es sich gleich, wie bei der Zahlung an *Prof. D.*_____ (vgl. act. 34/36). Es wird daher auch hier ein gleichartiges Beweisverfahren durchzuführen sein. Das vom Beklagten vor Obergericht vorgetragene Argument, der von der Klägerin von *Prof. Q.*_____ eingeforderte Bericht stehe nicht mit den mangelnden Informationen im Zusammenhang mit *Prof. D.*_____ in Zusammenhang (act. 162 S. 92 Rz 404), schlägt nicht durch: Weil sich der Bericht *D.*_____ als unverwertbar erwiesen hat, erweist sich auch der von der Klägerin eingeforderte Bericht *Q.*_____ als unnütz.

11.5.3. Nicht substantiiert sind dagegen die in diesem Zusammenhang geltend gemachten Anwaltskosten von € 15'800.00. Die Klägerin hat sich trotz entsprechender Hinweise des Beklagten nicht dazu herbeigelassen, die entsprechenden Belege vorzulegen. Es ist daher unbekannt, welcher Aufwand zu welchem Ansatz in Rechnung gestellt werden soll. Der Hinweis der Klägerin, "dass sich der diesbezügliche Aufwand des Beklagten in mindestens diesem Rahmen bewegt haben wird" (act. 32 S. 136 f. Rz 543), hilft nicht weiter. Die Position ist nicht zuzusprechen.

11.6. Die Klägerin fordert Zins zu 5% seit 28. Februar 2005. Sie begründet das damit, dass sie dem Beklagten mit Schreiben vom 11. Februar 2005 Frist bis zum 28. Februar 2005 angesetzt habe, um den Betrag von € 200'800.00 anzuerkennen (vgl. act. 1 S. 73 Rz 172 mit Hinweis auf act. 3/154). Das erwähnte Schreiben ist eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR. Soweit die Klage gutzuheissen ist, ist daher der gesetzliche Verzugszins (vgl. Art. 105 Abs. 1 OR) geschuldet.

12. Rückweisung

12.1. Nach dem Gesagten ist in zwei Punkten von Grund auf ein Beweisverfahren durchzuführen (oben E. 9.7. und 11.5.). Unter diesen Umständen ist praxisgemäss in Anwendung von § 270 ZPO/ZH das angefochtene Urteil, soweit es noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, aufzuheben und die Sache ist zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Nicht mehr zu beurteilen werden Klage und Widerklage allerdings insoweit sein, als auf sie mit heutigem Beschluss nicht eingetreten wurde.

12.2. Das neue erstinstanzliche Verfahren wird nach neuem Prozessrecht durchzuführen sein (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Indessen ist sicherzustellen, dass die Parteien im Vertrauen, das sie in die Geltung des alten Prozessrechtes gesetzt haben, geschützt werden. Während die Parteien nach zürcherischem Prozessrecht davon ausgehen durften, dass sie erst auf Grund eines Beweisaufgebefchlusses gemäss § 136 ZPO/ZH gehalten sein werden, ihre Beweismittel abschliessend zu bezeichnen, verhält sich dies nach schweizerischem Prozessrecht nicht mehr so, indem die gerichtliche Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO die form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel berücksichtigt (vgl. Art. 152 Abs. 1 und Art. 229 ZPO). Faktisch führt das dazu, dass die Vorinstanz ihr Beweisverfahren in diesem übergangsrechtlichen Fall noch mit einem Beweisaufgebefchluss – analog zu § 136 ZPO/ZH – wird einleiten müssen.

13. Kosten- und Entschädigungsfolgen

13.1. Im erstinstanzlichen Verfahren standen sich vorab die beiden Leistungsklagen der Parteien gegenüber, nämlich jene der Klägerin (Ziff. 1 der Hauptklage: € 25'564'594.00 [= Fr. 39'898'661.86]) und jene des Beklagten (Widerklage Ziff. 3: € 131'556'511.48 [= Fr. 205'320'247.47]). Diese Klagen schliessen sich aus, weil sie Teile des gleichen Kaufpreises betreffen. Den Feststellungsbegehren ist insgesamt ein Streitwert von Fr. 500'000.00 zuzumessen. Dazu kommt die Leistungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 der Klägerin. Sie beläuft sich auf € 200'800.00 [= Fr. 313'388.56]. Der Umrechnungskurs des Euro ist eine gerichtsnotorische Tatsache (BGE 135 III 88). Am Tage des Eintritts der Rechtshän-

gigkeit (29. Juli 2005) belief sich der Kurs des Euro auf Fr. 1.5607. Das ergibt einen Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 206'133'636.03. Die Vorinstanz, die von einem etwas höheren Eurokurs ausging, kam bei einer andern Berechnungsweise auf einen nur unwesentlich höheren Streitwert.

Vor Obergericht fällt im Wesentlichen die Leistungsklage des Beklagten weg. Im Vordergrund stehen vor Obergericht die beiden Leistungsklagen der Klägerin. Den Feststellungsklagen ist ebenfalls ein Streitwert von Fr. 500'000.00 beizulegen. Für das obergerichtliche Verfahren ist daher von einem Streitwert von Fr. 40'712'050.42 auszugehen.

13.2. Der Streitwert des zweiten erstinstanzlichen Verfahrens wird wesentlich geringer sein als jener des ersten. Da indessen das erste Urteil der Vorinstanz aufzuheben ist, wird die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen auf Grund des ursprünglichen Streitwertes neu festzusetzen haben, soweit das erste erstinstanzliche Verfahren in Frage steht.

13.3. Die Klägerin hat für das Berufungsverfahren durch Bankgarantie gestützt auf § 136 ZPO/ZH eine Kautions von Fr. 400'000.00 geleistet (vgl. act. 132 und 135). Die festzusetzende Gerichtsgebühr ist im Sinne von § 67 Abs. 3 ZPO/ZH von der Klägerin sofort zu erheben; entsprechend dem Prozessausgang wird die Vorinstanz der Klägerin gegebenenfalls im Sinne der genannten Bestimmung den Rückgriff einzuräumen haben.

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass das vorinstanzliche Urteil insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als mit seiner Dispositiv-Ziff. 2 auf die Widerklage des Beklagten nicht eingetreten wurde.
2. Auf den Berufungsantrag Ziff. 2.2 der Klägerin wird nicht eingetreten. Damit ist die Eventual-Anschlussberufung des Beklagten gegenstandslos.

3. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 7. April 2009 wird, soweit es noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 250'000.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens gemäss Ziff. 4 hiervor werden sofort aus der von der Klägerin geleisteten Kautionsleistung bezogen. Die Vorinstanz wird mit ihrem neuen Entscheid darüber zu befinden haben, inwieweit der Klägerin der Rückgriff auf den Beklagten einzuräumen ist.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem neuen vorinstanzlichen Entscheid vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 230, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 229, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'712'050.42.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: