



---

Geschäfts-Nr. PN040217/U/Wi

**III. Zivilkammer**

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,  
lic. iur. P. Helm und Dr. iur. A. Brunner  
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

**Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 11. Februar 2005**

in Sachen

**X. AG,**

Beklagte und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt (...)

gegen

**Y. AG,**

Klägerin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt (...)

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Teilschiedsspruch des Schieds-  
gerichts vom 9. Juli 2004**

## Das Gericht zieht in Erwägung:

### I.

1. Am 14. Dezember 2000 schlossen die X. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) sowie B. als Verkäufer und Z. SA als Käuferin einen Vertrag über den Kauf des gesamten Aktienkapitals der I. GmbH. Am 16. März 2001 trat die Käuferin die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag ihrer Tochtergesellschaft Y. AG (Klägerin und Beschwerdegegnerin) ab. Mit Schreiben vom 18. Juli 2001 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie mache aufgrund der Jahresrechnung 2000 der I. GmbH und gestützt auf die von der Beklagten abgegebenen Gewährleistungen eine Kaufpreisreduktion von Fr. (...) geltend. Nachdem die Vergleichsverhandlungen erfolglos geblieben waren, leitete die Klägerin am 18. März 2002 das Schiedsverfahren ein. Mit Beschluss vom 9. September 2002 schränkte das Schiedsgericht das Prozessthema einstweilen auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ein. Mit "*Teilschiedsspruch*" vom 13. August 2003 wurde festgestellt, die Klägerin sei mit ihren Forderungen mit Ausnahme des von der Beklagten anerkannten Betrags von Fr. (...) zufolge Verwirkung ausgeschlossen. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin hiess die III. Zivilkammer mit Entscheid vom 30. Januar 2004 gut, hob den "*Teilschiedsspruch*" vom 13. August 2003 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Mit dem heute angefochtenen zweiten "*Teilschiedsspruch*" vom 9. Juli 2004 stellt das Schiedsgericht fest:

(...)

#### **A titre principal:**

- II. L'avis des défauts reçu le 23 juillet 2001 par la défenderesse X. AG n'est pas tardif.
- III. La demanderesse Y. AG n'est pas forclosée de ses prétentions contre la défenderesse X. AG.

Der "*Teilschiedsspruch*" wurde der Beklagten und Beschwerdeführerin am 21. Juli 2004 zugestellt.

2. (...)

II.

1. Die Beschwerdeführerin trägt vor, der angefochtene "*Teilschiedsspruch*" vom 9. Juli 2004 sei wie derjenige vom 13. August 2003 ein Teilschiedsspruch i.S. von Art. 32 KSG, da er wie jener die materiell-rechtliche Frage der Verwirkung der Mängelrüge zum Gegenstand habe. Unter den Begriff des Teilschiedsspruchs würden z.B. Entscheide betreffend die Verwirkung, die Verjährungseinrede, die rechtzeitige Mängelrüge, die Frage des anwendbaren Rechts oder die Auslegung einer Vertragsbestimmung fallen (m. Hinw. auf JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage [Bern 1984], und POUDRET, Application du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois [JdT 1981 III 66-124]), weshalb auch der Entscheid vom 9. Juli 2004 selbständig mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar sei (m. Hinw. auf PANCHAUD, Arbitrage commercial, Essais in Memoriam E. Minoli [JdT 1980 III 11]).
2. Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Anfechtbarkeit des Teilschiedsspruchs vom 9. Juli 2004 mit der Begründung, er entscheide nicht endgültig über den Gegenstand des vorliegenden Schiedsverfahrens, da er lediglich zum Schluss gelange, die streitige Mängelrüge sei rechtzeitig erfolgt. Dieser Tatbestand bilde bloss die Grundlage für die richterliche Behandlung der aus ihm fliessenden Rechtsfolgen. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Teilschiedsspruch aber nur zulässig, wenn dieser den Streit endgültig materiell entscheide (m. Hinw. auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 98 zu Vor §§ 238-258 ZPO und BGE 116 II 80). Das Schiedsgericht hat auf eine Vernehmlassung zur Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen seinen Entscheid vom 9. Juli 2004 verzichtet.

III.

1. Nach Art. 32 KSG bzw. Art. 188 IPRG kann das Schiedsgericht "*durch mehrere Schiedssprüche entscheiden*" bzw. "*Teilentscheide treffen*", sofern "*die Parteien nichts anderes vereinbart haben*". Die von der Beschwerdegegnerin angerufene Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Anfechtbarkeit von Teilentscheiden i.S. von Art. 32 KSG bzw. Art. 188 IPRG beschlägt die Rechtsfrage des Eintretens auf die staatsrechtliche Beschwerde gegen den Schiedsspruch gemäss Art. 190 i.V.m. Art. 191 Abs. 1 IPRG bzw. gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid gestützt auf Art. 36 lit. f KSG i.V.m. Art. 84 Abs. 1 lit. b OG. Nach dieser Rechtsprechung ist ein Entscheid - unabhängig von seiner Bezeichnung als Teilschiedsspruch - stets als Endentscheid (*décision finale*) zu qualifizieren, wenn er den Prozess vor der zuständigen Schiedsinstanz beendet, sei es aus materiell- oder prozessrechtlichen Gründen, während der Teil- oder Zwischenentscheid (*décision incidente*) nur eine Etappe des Prozesses auf dem Weg zum Endentscheid darstellt (BGE 116 II 82 E. 2b m. Hinw. auf BGE 115 II 102 ff., 288 ff. und BGE 106 Ia 228). Auf staatsrechtliche Beschwerden gegen Teil- oder Zwischenentscheide eines Schiedsgerichts hat das Bundesgericht gemäss Art. 87 OG nur einzutreten, wenn sie für die betroffene Partei einen Rechtsnachteil zur Folge haben, den auch ein ihr günstiges Endurteil nicht vollständig zu beseitigen vermöchte. Nach feststehender Rechtsprechung fällt *nicht* unter den Begriff eines Nachteils i.S. von Art. 87 OG die befürchtete Folge eines erhöhten prozessualen Aufwands an Zeit und Kosten (BGE 116 II 83 E. 3c m. Hinw. auf BGE 115 II 104 E. 2b; vgl. auch BGE 108 Ia 204 E. 1 m. Hinweisen). Gegenstand eines Zwischenentscheids i.S. von Art. 87 OG können sowohl Verfahrensfragen als auch materiell-rechtliche Vorfragen bilden, welche vor Fällung des Endentscheids autoritativ zur Beurteilung gelangen (BGE 116 II 82 E. 2b). Zu Letzteren zählte das Bundesgericht insbesondere einen Teilschiedsspruch, mit welchem das Schiedsgericht die Ungültigkeit einer einseitigen Vertragsauflösung feststellte, was die Grundlage für die Zahlung der von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzansprüche aus Vertragsverletzung bildete und über deren Höhe im Endent-

scheid erst noch zu urteilen war (BGE 115 II 104 E. 2a m. Hinw. auf BGE 108 Ia 204).

2. Im vorliegenden Streitfall stellte das Schiedsgericht im angefochtenen "*Teilschiedsspruch*" vom 9. Juli 2004 zur Hauptsache fest, die Mängelrüge der Klägerin sei nicht verspätet erklärt worden (Ziff. II) und ihre Gewährleistungsansprüche aus Kaufvertrag seien daher nicht verwirkt (Ziff. III). Dieser Entscheid, der eine materiell-rechtliche Vorfrage für das Schiedsgericht und die Parteien zwar rechtsverbindlich regelt (LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le Droit de l'arbitrage*, Lausanne 1989, S. 407 Ziff. 5 in fine; BGE 112 Ia 171; BUCHER, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, Basel 1989, S. 121 N 321; JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Bern 1984, S. 462), beendet aber den Rechtsstreit (noch) nicht und ist daher zweifellos als blosser Zwischenentscheid i.S. von Art. 87 OG zu qualifizieren.

Damit ist allerdings nicht auch schon darüber entschieden, ob er Anfechtungsobjekt der Nichtigkeitsbeschwerde i.S. von Art. 36 KSG bilden kann oder nicht, da das Konkordat keine Art. 87 OG analoge Einschränkung der Anfechtbarkeit von Teilentscheiden kennt (vgl. HEINI, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2.A. 2004, Art. 188 N 5 mit weiteren Hinweisen). Der erste "*Teilschiedsspruch*" vom 13. August 2003 war als anfechtbarer Teilentscheid zu qualifizieren, weil er die Ansprüche der Klägerin auf Kaufpreisminderung als verwirkt erkannte. Damit hatte das Schiedsgericht über die Ansprüche der Klägerin aus einem materiell-rechtlichen Grund in einer Art entschieden, die das Schiedsverfahren *endgültig* erledigt hätte, wenn dagegen nicht erfolgreich die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben worden wäre. Derartige Entscheide sind nicht nur nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, sondern auch nach einhelliger Auffassung der Lehre als Endentscheide (*décisions finales*) mit der Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 36 KSG anfechtbar (FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 2. A. Zürich 1997, N 98 vor §§ 238-258 ZPO; LALIVE/POUDRET/REYMOND, a.a.O., S. 175 Ziff. 1; JOLIDON, a.a.O., S. 462;

HINDERLING, Probleme der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: SJZ 75 [1979] S. 329 Ziff. III).

3. Die Lehre und die publizierte kantonale Praxis sind sich nicht einig, ob die Nichtigkeitsbeschwerde i.S. von Art. 36 KSG auch gegen Teilschiedssprüche (Art. 32 KSG) zulässig sein soll, welche den Rechtsstreit nicht beenden. Der grössere Teil der Lehre vertritt den restriktiven Standpunkt, wonach nur Teilschiedssprüche, welche das Verfahren vor der Schiedsinstanz endgültig erledigten - sei es durch einen prozessualen Endentscheid (z.B. Unzuständigkeit) oder einen den materiellen Anspruch betreffenden Teilschiedsspruch (z.B. Verwirkung, Verjährung) - anfechtbar sein sollten (LALIVE/POUDRET/REYMOND, a.a.O. S. 178; HABSCHEID, Teil-, Zwischen- und Vorabschiedssprüche im schweiz. und deutschen Recht, in: ZSR/NR 106 (1987), S. 676; HINDERLING, a.a.O.). Ein Teil der Lehre möchte die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 36 lit. f KSG (Willkürzüge) auch gegen diejenigen Teilschiedssprüche zulassen, mit welchen über eine materiellrechtliche Vorfrage entschieden wird, ohne den Prozess zu beenden (z.B. rechtzeitige Mängelzüge; JOLIDON, a.a.O., S. 465 und S. 505). Dieser zweiten Auffassung neigen die i.S. von Art. 3 KSG zuständigen Gerichte der Kantone Waadt (vgl. SJZ 1979 Nr. 36 S. 133; ASA 1995/68) und Genf (ASA 1984 S. 18) zu (vgl. JOLIDON, a.a.O., S. 505 Ziff. 2). Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat unter Hinweis auf HINDERLING (vgl. a.a.O. S. 321 ff.) und die eigene Gerichtspraxis Zwischenurteile als nicht beschwerdefähig bezeichnet, wenn sie z.B. Mängelrügen und Schadenersatzansprüche der Klägerin, die Frage der Verwirkung, der Verjährung oder des Lieferungsverzugs zum Gegenstand hätten, mithin sich auf Feststellungen beschränkten, die lediglich die Basis für den späteren materiellen Entscheid bildeten und keine auch nur teilweise Erledigung der Streitsache herbeiführten (BJM 1984, S. 314 f.; BJM 1979 S. 36 f.; BJM 1973 S. 114).
4. Die restriktive Eintretensposition wird mit dem Sinn des Schiedsverfahrens begründet, einen Rechtsstreit schnell und ohne unnötige Nachprüfungsmöglichkeiten zu beenden (HABSCHEID, a.a.O., S. 675 m. Hinw. auch auf

BGE 110 Ia 130 E. 5d, 109 Ia 83 E. 2a und 108 Ia 204 E. 1; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O. N 4b vor §§ 238-258 ZPO; RÜEDE/HADENFELDT, Schweiz. Schiedsgerichtsrecht, 2. A. Zürich 1993, S. 332 Ziff. V.2b; LALIVE/POUDRET/REYMOND, a.a.O., S. 178 m. Hinw. auf HABSCHEID, RÜEDE/HADENFELDT, HINDERLING und die Basler Praxis). Der Rechtsauffassung, wonach nur jene Teilentscheide mit der Nichtigkeitsbeschwerde i.S. von Art. 36 lit. f KSG, d.h. wegen *"offensichtlicher aktenwidriger tatsächlicher Feststellungen"* oder *"offenbarer Verletzung des Rechts oder der Billigkeit"*, anfechtbar sein sollen, die den Prozess *für das Schiedsgericht* endgültig erledigen, ist zu folgen. Die Anfechtbarkeit auch der *nicht* streiterledigenden Vor- und Teilentscheide zu materiell-rechtlichen Fragen würde eine Vielzahl von Nichtigkeitsbeschwerden provozieren, die weder im Interesse der Parteien noch der Prozessökonomie erhoben würden. Eine solche Verfahrensverzögerung zeichnet sich auch im vorliegenden Fall ab: Der erste *Teilschiedsspruch* vom 13. August 2003 wurde auf Beschwerde der Klägerin hin wegen mehrerer Nichtigkeitstatbestände angefochten, wobei ein einziger (Anwendungsbereich des Art. 78 Abs. 1 OR; *Ende* der Mängelrügefrist) als Folge der Kassation zur vollumfänglichen Aufhebung des Teilschiedsspruchs führte (führen musste). Streitig war zwischen den Parteien aber auch der *Beginn* des Fristenlaufs, welcher vom Schiedsgericht bereits im Schiedsspruch vom 13. August 2003 festgesetzt worden war. Diesbezüglich fand indessen keine Anfechtung statt, weil die Klägerin mit dessen spätem Beginn einverstanden war, die Beklagte aber wegen der Feststellung, die Mängelrüge sei verwirkt, nicht beschwert war. Wie die Beklagte und Beschwerdeführerin hinsichtlich des zweiten *Teilschiedsspruchs* vom 9. Juli 2004 festhält, ist dieser - mit Ausnahme der Bestimmung des Endes der Mängelrügefrist - mit dem früheren denn auch in weiten Teilen inhaltlich identisch. Das Schiedsgericht hat dazu seinerseits ausgeführt, es sei *"durch die in seinem Teilschiedsspruch entwickelten Sachverhaltsfeststellungen und Rechtserwägungen gebunden, mit Ausnahme der Punkte, die aufgrund des Entscheids des Obergerichts abzuändern waren"*. Würde auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde eingetreten und der angefochtene Teil-

schiedsspruch vom 9. Juli 2004 wegen (auch nur) eines Nichtigkeitstatbestands erneut aufgehoben, erfolgte notgedrungen erneut eine Rückweisung zwecks Erlasses eines weiteren Teilschiedsspruchs - es sei denn, das Schiedsgericht würde den Erlass eines solchen als nicht mehr *zweckmässig* erachten (vgl. dazu Lehre und Praxis zu Art. 32 KSG). Wenn in Einzelfällen gegenteils die Anfechtbarkeit zugunsten der Prozessökonomie sprechen kann, so steht einer entsprechenden Eintretensprüfung von Fall zu Fall die Rechtssicherheit entgegen, indem die Parteien im Voraus wissen sollten, gegen welche Art von Vor-, Teil- und Zwischenentscheiden ihnen die Nichtigkeitsbeschwerde offen steht und gegen welche nicht (BGE 117 Ia 88 E. 3b in fine, m. Hinw. auf LALIVE/ POUURET/REYMOND, a.a.O. S. 179 Ziff. 2). Den Parteien steht im Übrigen die staatsrechtliche Beschwerde *direkt* gegen einen materiell-rechtlichen Vorentscheid des Schiedsgerichts ebenfalls nicht offen, da das Bundesgericht einen irreparablen Nachteil i.S. von Art. 87 OG bei nur *präjudiziellen* Teilschiedssprüchen verneint (RÜEDE/HADENFELDT, a.a.O., Supplement 2. A. Zürich 1999, S. 57 f. m. Hinw. auf ASA 1989/183; vgl. vorne E. III.1).

5. (...)

**Demgemäss beschliesst das Gericht:**

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. (Kosten)
3. (Kostenaufgabe)
4. (Prozessentschädigung)
5. (Schriftliche Mitteilung)