

8

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 319

Ein in einer Schiedsgutachtenvereinbarung vorgesehener Gutachter, der anstatt eines Gutachtens, das die Voraussetzungen eines Schiedsgutachtens erfüllt, ein Gutachten im einseitigen Interesse der einen Vertragspartei erstattet, verliert die Eignung zur Bestimmung der Leistung. Enthält der Vertrag in einem solchen Fall keine Regelung über einen Ersatzgutachter, so ist die geschuldete Leistung in entsprechender Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB durch gerichtliches Urteil zu bestimmen (im Anschluß an BGHZ 57, 47).

BGH, Urt.v. 6. Juni 1994 - II ZR 100/92 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 100/92

Verkündet am:
6. Juli 1994
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. K [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer
Dr. Eberhard B [REDACTED] und Dr. Wolfgang A [REDACTED], O [REDACTED]-von-M [REDACTED]
[REDACTED]-Straße 1, E [REDACTED],
2. Ko [REDACTED] I [REDACTED] AG, vertreten durch die Verwaltungs-
räte Roland S [REDACTED] und Mario C [REDACTED], B [REDACTED] Straße
Süd 169, CH-Z [REDACTED],

Klägerinnen und
Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Streithelferin:

K [REDACTED] M [REDACTED] G [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer Rechtsanwalt Steuerberater Dr. Hermann C [REDACTED] u.a.,
U [REDACTED]straße 8, M [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
F. [REDACTED] -

gegen

M [REDACTED] Gesellschaft für i [REDACTED] M [REDACTED] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Elmar Z [REDACTED],
B [REDACTED] Straße 1, F [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 1994 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin zu 1 wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 5. Februar 1992 aufgehoben, soweit ihre Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen worden ist (Nr. II des Tenors des Berufungsurteils).

Die Sache wird insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Klägerin zu 1 und die Beklagte, die jeweils in der Rechtsform einer GmbH geführt werden, bildeten zusammen mit weiteren Gesellschaften die im Bereich der Technologie tätige "K[REDACTED]-Gruppe" innerhalb des H[REDACTED]/L[REDACTED]-Konzerns. In den Jahren 1981 bis 1985 war E. Z[REDACTED] Geschäftsführer beider Gesellschaften. Von den Geschäftsanteilen der Beklagten hielten seinerzeit die Klägerin zu 1 49 % und E. Z[REDACTED] 51 %. Am 27. Februar 1985 schlossen die Klägerin zu 1 und die Klägerin zu 2 - diese als übergeordnete Konzerngesellschaft - auf der einen sowie E. Z[REDACTED] und die Beklagte auf der anderen Seite einen schriftlichen Vertrag, durch den die Klägerin zu 1 ihre Geschäftsanteile an der Beklagten an den aus seinen Funktionen in der K[REDACTED]-Gruppe ausscheidenden E. Z[REDACTED] und weitere Personen veräußerte. Hinsichtlich des Kaufpreises bezogen sich die Beteiligten in Nr. 1.3 des Vertrages auf einvernehmliche Berechnungen; im übrigen wurde dazu auf Nr. 1.6 verwiesen. Dort ist folgende Regelung getroffen:

"Die Parteien vereinbaren, daß die Firma K[REDACTED] M[REDACTED] G[REDACTED] GmbH mit einer Sonderprüfung für das Geschäftsjahr 1984 und die Zeitdauer bis zum Austritt des Herrn Z[REDACTED] über die Einhaltung von at arm's length-Grundsätzen seitens M[REDACTED] "(Beklagte)" bei den gegenseitigen Warenlieferungen und Dienstleistungen zwischen der M[REDACTED] und der betreffenden K[REDACTED]-Gesellschaft beauftragt wird.

Ergibt die Sonderprüfung, daß in bezug auf solche Geschäfte M. einen Gewinn erzielt hat, der über einem at arm's length-Gewinn liegt, oder daß eine K.-Gesellschaft einen Verlust erlitten bzw. einen Gewinn, der unter einem at arm's length-Gewinn liegt, erzielt hat, so wird M. innert 30 Tagen eine entsprechende Rückerstattung an die betreffende K.-Gesellschaft leisten. Dabei werden jedoch nur materielle (Definition gemäß internationalem Revisionsstandard) Abweichungen vom at arm's length-Prinzip aufgerechnet. Das at arm's length-Prinzip zwischen M. und der K.-Gruppe versteht sich als: Preis für eine Ware oder Leistung gegenüber einem unabhängigen Dritten abzüglich 10 %."

Die Übertragung der Geschäftsanteile wurde mit notariellem Vertrag vom 28. Februar 1985 vollzogen. Die Klägerin zu 1 beauftragte am 27. März 1985 die Streithelferin, die K. M. G. GmbH, mit der im Vertrag vorgesehenen Prüfung.

Auf der Grundlage der von der Streithelferin getrennt für den Lieferungs- und Leistungsverkehr im deutschen und im amerikanischen Raum erstatteten Prüfungsberichte hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Erstattungsanspruch in Höhe von 825.000,-- DM und 365.386 US-Dollar geltend gemacht; von den 825.000,-- DM sind jetzt noch 795.000,-- DM im Streit. Zwei in den Vorinstanzen außerdem verfolgte Ansprüche, nämlich eine Ausgleichsforderung über das - auch darüber hinaus von der Klägerin zu 1 in vollem Umfang beglichene - hälftige Honorar der Streithelferin in Höhe von

- 5 -

84.718,-- DM sowie eine weitere Forderung über 917.000,-- DM sind jetzt nicht mehr Gegenstand des Rechtsstreits. Der Senat hat insoweit die Revision der Klägerin zu 1 und im übrigen die Revision der Klägerin zu 2 in vollem Umfang nicht angenommen.

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der Ansprüche, über die jetzt noch zu entscheiden ist, unter Abweisung im übrigen teilweise stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin zu 1 (im folgenden: Klägerin) ihren auf Zahlung von 795.000,-- DM und 365.386 US-Dollar gerichteten Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt, soweit sie angenommen worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Parteien in Nr. 1.6 des Vertrages vom 27. Februar 1985, der durch die notarielle Beurkundung vom 28. Februar 1985 wirksam geworden ist (§ 15 Abs. 4 GmbHG), eine Schiedsgutachtenabrede getroffen hätten. Diese Beurteilung, die weder die Revision - als ihr günstig - noch die Beklagte in ihrer Revisionserwiderung angreift, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Der Schiedsgutachter übernimmt es, als Dritter die einer Vertragspartei obliegende Leistung zu bestimmen (§ 317 BGB; vgl. BGHZ 43, 374, 376). Aufgabe eines Schiedsgutach-

tenvertrages kann es insbesondere sein, für ein Rechtsverhältnis erhebliche Tatsachen durch einen Sachverständigen ermitteln und bindend feststellen zu lassen (BGH, Urt. v. 9. Juni 1983 - IX ZR 41/82, NJW 1983, 2244 f. m.w.N.). Der Inhalt einer Schiedsgutachtenabrede kann allgemein dahin gehen, Abrechnungsdifferenzen bindend auszuräumen (BGH, Urt. v. 26. Oktober 1989 - VII ZR 75/89, NJW 1990, 1231 f.). Dies ist etwa der Fall, wenn die gesamte Geschäftsverbindung der Parteien klargestellt und wenn festgestellt werden soll, ob sich aus ihr für die eine oder andere Partei ein Guthaben ergibt (RGZ 97, 57, 60). Die Feststellung, ob eine solche Individualvereinbarung vorliegt, ist Sache des Tatrichters (BGH, Urt. v. 9. Juni 1983 aaO S. 2245).

b) Die Vertragsschließenden waren nach dem Inhalt des Vertrages vom 27. Februar 1985 ersichtlich entschlossen, die Grundlagen für die Herauslösung der Beklagten aus der K-Gruppe allumfassend und für sämtliche Vertragsbeteiligten abschließend zu regeln. Wegen der Höhe des Kaufpreises wurden in Nr. 1.3 ausdrücklich "einvernehmliche Berechnungen der Parteien" zugrunde gelegt; durch die ergänzende Verweisung auf Nr. 1.6 wurde diese Vertragsklausel in den Geltungsbereich der einvernehmlichen Berechnungen einbezogen. Damit war klargestellt, daß das Ergebnis der in Nr. 1.6 vorgesehenen Sonderprüfung gegenüber allen Seiten verbindlich sein sollte. Der Zweck der Sonderprüfung, die Geschäftsverbindung der Beteiligten mit Rücksicht auf etwaige Ausgleichsforderungen von Gesellschaften der K-Gruppe zu bereinigen (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 26. Oktober 1989 aaO

S. 1232; RGZ 97, 57, 60), verdeutlicht den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien, eine Schiedsgutachtenabrede zu treffen.

Im übrigen sagte die Beklagte in Nr. 1.6 des Auseinandersetzungsvertrages ohne jede Einschränkung zu, eine im Wege der Sonderprüfung ermittelte Rückerstattung innerhalb von 30 Tagen an die betreffende K[REDACTED]-Gesellschaft zu vergüten. Diese knappe Zahlungsfrist belegt den übereinstimmenden Willen der Vertragspartner, sich dem Ergebnis der Sonderprüfung grundsätzlich zu unterwerfen. Da eine unverbindliche Prüfung der Geschäftsvorfälle dem Interesse keines der Vertragsschließenden dienlich gewesen wäre, erscheint es auch mit Rücksicht auf die Lebens- und Geschäftserfahrung der Beteiligten allein sachgerecht, die Regelung in Nr. 1.6 des Vertrages als Schiedsgutachtenabrede zu verstehen (vgl. BGH, Urt. v. 21. Mai 1975 - VIII ZR 161/73, NJW 1975, 1556 f.).

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, die Streithelferin habe kein Schiedsgutachten erstattet.

a) Die Schiedsgutachtenabrede bildet die Grundlage für die Vereinbarung mit dem Schiedsgutachter, den Schiedsgutachtervertrag. Da das staatliche Gericht grundsätzlich an das Ergebnis eines Schiedsgutachtens gebunden ist (BGHZ 9, 138, 145), hat der Schiedsgutachter seine Aufgabe unabhängig und unparteiisch zu versehen (BGH, Urt. v. 5. Dezember 1979 - VIII ZR 155/78, DB 1980, 967, 968). Grundsätzlich kann auch einer der Vertragspartner allein den Schiedsgutachtervertrag mit dem Sachverständigen schließen. Dabei muß jedoch

eindeutig offengelegt werden, daß es sich um ein für beide Seiten zu erstattendes Schiedsgutachten handelt. Auch bei der Auftragsvergabe durch einen Vertragspartner ist der Schiedsgutachter beiden Parteien zur ordnungsgemäßen Erstellung seines Gutachtens verpflichtet (RGZ 87, 190, 194).

b) Auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts und der vom Berufungsgericht verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen kann den von der Streithelferin angefertigten Prüfungsberichten die Eigenschaft eines Schiedsgutachtens nicht zuerkannt werden.

Die Klägerin hat, wie sie selbst vorgetragen hat, der Streithelferin den Auftrag nicht "expressis verbis" als solchen zur Erstattung eines Schiedsgutachtens erteilt, und in der Korrespondenz zwischen der Klägerin und der Streithelferin war zu keiner Zeit von einem Schiedsgutachten die Rede. Das allein spricht freilich noch nicht entscheidend gegen die Erteilung eines Schiedsgutachtenauftrags. Es kommt nicht auf die Verwendung des Wortes "Schiedsgutachten", sondern darauf an, daß zwischen den Beteiligten Klarheit über die dem Sachverständigen übertragene Aufgabe besteht. Die Revision weist hierzu vor allem darauf hin, daß die Streithelferin den vollen Text der zwischen den Parteien getroffenen Schiedsgutachtenabrede zur Kenntnis erhalten habe; es müsse deshalb davon ausgegangen werden, daß ebenso wie die Gerichte auch sie zum richtigen Verständnis der Abrede habe gelangen können und gelangt sei, daß nämlich von ihr keine (Sonder-)Prüfung im alleinigen Interesse der Klägerin, sondern

für beide Parteien verbindliche, objektiv getroffene und die Interessen beider Parteien gleichermaßen berücksichtigende Feststellungen verlangt waren.

Indessen darf nicht nur der Wortlaut der Schiedsgutachtenvereinbarung, sondern es müssen auch die sonstigen Umstände in Betracht gezogen werden, unter denen die Beauftragung der Streithelferin zustande gekommen ist. Diese war seit Jahren als Abschlußprüferin der K[REDACTED]-Gruppe tätig. Der nunmehrige Auftrag wurde ihr, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, durch den Leiter der internen Revision der Konzernmutter der Klägerin, der Firma H[REDACTED]/L[REDACTED], als Sonderauftrag zur Prüfung des Verrechnungsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten angekündigt. Dabei wurde nicht darauf hingewiesen, daß die danach von der Streithelferin zu entfaltende Tätigkeit eine andere war, als das, was sie bei den Abschlußprüfungen zu tun hatte. Tatsächlich hat die Streithelferin, wie sie in diesem Rechtsstreit selbst vorgetragen hat, den Sonderprüfungsauftrag als "eine besondere und atypische Form eines Prüfungsannexes zu einer Jahresabschlußprüfung" verstanden. Schon diese Umstände lassen es bedenklich erscheinen, den Auftrag zur "Sonderprüfung", obwohl diese als solche bereits in der Vereinbarung der Parteien vom 27. Februar 1985 bezeichnet ist, als Schiedsgutachterauftrag einzustufen. Es kommen aber vor allem folgende vom Berufungsgericht festgestellte weitere Begleitumstände hinzu: In einer Telefonnotiz des zuständigen Mitarbeiters der Streithelferin vom 27. März 1985 heißt es: "Keine Verdächtigungen des Hr. Z[REDACTED]. Er wird noch benötigt in der Übergangszeit." In einem Aktenvermerk der Streithelferin vom 29. März 1985 ist als ihr erteilte "all-

gemeine Richtlinien für den Sonderauftrag" festgehalten: "Die Prüfung ist sehr sorgfältig durchzuführen, darf aber nicht den Eindruck erwecken, als würde Herr Z [REDACTED] verdächtigt, sich bereichert zu haben. Verdächtigungen würden nur zu einer starken Beeinträchtigung der Beziehungen zu Herrn Z [REDACTED] führen, der für eine Übergangszeit von H [REDACTED] / L [REDACTED] noch als Berater benötigt wird. ... Das K [REDACTED]-Team wird im Außenverhältnis dem Revisionsteam von H [REDACTED] / L [REDACTED] zugeordnet, das ab 16. April in Eching mit einer normalen Innenrevision (anlässlich des Ausscheidens von Herrn Z [REDACTED]) beschäftigt sein wird." Die Streithelferin hat dementsprechend, wie das Berufungsgericht weiter festgestellt hat, auf dieser Grundlage die "Sonderprüfung" nicht als Erstattung eines - neutralen - Schiedsgutachtens, sondern als zusätzliche Prüfung im Rahmen ihrer normalen Tätigkeit für die K [REDACTED]-Gesellschaften angesehen, die, wie die Streithelferin selbst im Prozeß vorgetragen hat, sicherstellen sollte, "daß der große Informationsvorsprung, den Herr Z [REDACTED] als Geschäftsführer der Klägerin zu 1 und gleichzeitig der Beklagten ... gegenüber den anderen Vertragsbeteiligten haben mußte", ausgeglichen wurde.

Das Berufungsgericht hat aus alledem den Schluß gezogen, daß die Klägerin der Streithelferin keinen Auftrag zur Erstattung eines Schiedsgutachtens erteilt habe und diese nicht als Schiedsgutachterin, sondern im einseitigen Interesse der Klägerin tätig geworden ist. Diese Würdigung läßt auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts keine Rechtsfehler erkennen. Aus diesem Grund hat der Senat auch die Revision nicht angenommen, soweit mit ihr der von der

Klägerin erhobene Anspruch auf Erstattung der hälftigen Honorarzählung an die Streithelferin weiterverfolgt werden sollte.

3. Das Berufungsgericht hat daraus, daß es sich bei dem von der Streithelferin erstatteten Gutachten nicht um ein der Vereinbarung der Parteien vom 27. Februar 1985 entsprechendes Schiedsgutachten handelt, den Schluß gezogen, daß die Klägerin die für ihren Anspruch erforderlichen Voraussetzungen nicht in der im Vertrag vorgesehenen Weise nachgewiesen habe. Es hat die Klage deshalb als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Dies greift die Revision mit Erfolg an.

Das Berufungsgericht hat freilich insofern Recht, als es in Fällen wie dem vorliegenden nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, das Schiedsgutachtenverfahren, das bis dahin zu keinem geeigneten Schiedsgutachten geführt hat, durch Einholung eines den Anforderungen entsprechenden Gutachtens zu Ende zu führen. Indessen ist dieser Weg hier nicht gangbar. Die von den Parteien zur Schiedsgutachterin bestellte Streithelferin ist als solche jetzt nicht mehr geeignet. Das von ihr erstattete Gutachten war in der Sache ein Privatgutachten für die Klägerin. Wer aber als Gutachter im Interesse einer Partei tätig geworden ist, taugt nicht mehr zum Schiedsgutachter (RGZ 45, 350, 352; vgl. ferner BGH, Urt. v. 5. Dezember 1979 aaO S. 968, wonach bei Zweifeln an der Neutralität des Gutachters der benachteiligten Partei ein Recht zur Kündigung des Schiedsgutachtenvertrages aus wichtigem Grund eingeräumt wird). Damit bliebe für die Klägerin nur die Möglichkeit, einen etwa in Betracht kommenden Ersatzgutachter mit der Erstattung des Schiedsgutachtens zu beauftra-

gen. Einen solchen sieht die von den Parteien getroffene Vereinbarung aber nicht vor. Die Klägerin braucht sich auch nicht, wie der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Revisionsverhandlung es verlangt hat, darauf verweisen zu lassen, zunächst eine Einigung oder notfalls eine gerichtliche Entscheidung über die Bestellung eines anderen Gutachters herbeizuführen. Die Ungewißheit, ob sie in einem dafür erforderlichen weiteren Rechtsstreit zum Ziel kommen könnte, und die damit jedenfalls verbundene ganz erhebliche Verzögerung der Durchsetzung des ihr möglicherweise zustehenden Zahlungsanspruchs machen es für sie unzumutbar, diesen Weg zu beschreiten (vgl. BGHZ 57, 47, 51 f.).

Damit ist die von den Parteien vorgesehene Bestimmung der Leistung durch einen von ihnen dazu bestellten Dritten unmöglich geworden. Dies führt zur entsprechenden Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB. Danach ist die einem Dritten übertragene Bestimmung der geschuldeten Leistung durch gerichtliches Urteil vorzunehmen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, daß die Leistung immer dann durch das Gericht bestimmt werden soll, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist (BGHZ 57, 47, 52). In dem der dortigen Entscheidung zugrundeliegenden Fall war der ursprünglich vereinbarte Schiedsgutachter - ohne Bestimmbarkeit eines Ersatzgutachters - entfallen. Der Grundgedanke des § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB trifft auch in dem hier vorliegenden Fall zu, in dem der vorgesehene Schiedsgutachter kein Gutachten, das die Voraussetzungen eines Schiedsgutachtens erfüllt, sondern

ein Gutachten im einseitigen Interesse der einen Vertragspartei erstattet und dadurch die Eignung zur Bestimmung der Leistung verliert. Denn dann ist es ebenso, als wäre der von den Parteien vorgesehene Gutachter weggefallen. Die Bestimmungszuständigkeit geht dann auf das Prozeßgericht über.

4. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die ihm danach obliegende Leistungsbestimmung - voraussichtlich mit Hilfe eines gerichtlichen Sachverständigen - treffen kann.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz

Dr. Goette