



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_460/2018](#) vom 13. Juni 2019  
Sachgebiet: Gesellschaftsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Rechtsnatur des Schiedsgutachtens

### Autor / Autorin

Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_460/2018 vom 13. Juni 2019 äusserte sich das Bundesgericht zur Rechtsnatur des Schiedsgutachtens. Dem Bundesgericht zufolge werde mit einem Schiedsgutachten ein Teil der Sachverhaltsfeststellung und Würdigung aus dem Gerichtsverfahren ausgegliedert, weshalb Art. 189 Abs. 1 ZPO bestimme, dass das Schiedsgutachten «streitige Tatsachen» verbindlich feststellen solle. Damit aber ein Schiedsgutachten strittige Tatsachen feststellen könne, müssen im Verfahren entsprechende Behauptungen und Bestreitungen vorliegen. Entsprechend könne ein Schiedsgutachten keine fehlenden hinreichenden Substantiiierungen ersetzen.*

### Sachverhalt

[1] Mit Kaufvertrag vom 16. Mai 1986 verkaufte C.A. (Verkäufer) seinen Söhnen B.A. (Kläger und Beschwerdegegner) und A.A. (Beklagter und Beschwerdeführer) das Grundstück xxx. Die Söhne übernahmen das Grundstück xxx mit dem darauf befindlichen Hotel- und Restaurationsbetrieb zu Gesamteigentum. Für den Kaufpreis von CHF 800'000 gewährte der Verkäufer den Söhnen ein Darlehen. Hinsichtlich der Regelung der Rechtsbeziehungen unter den Söhnen verwies der Kaufvertrag auf die Vereinbarung, welche die Söhne am gleichen Tag schlossen. Darin bestätigten sie den Erwerb des Grundstücks xxx zu Gesamteigentum mit einem internen Anteil von  $\frac{1}{2}$ . Weiter hielten sie fest, dass A.A. den Hotel- und Restaurationsbetrieb gegenwärtig allein betreibe und sich B.A. am Unternehmen gegenwärtig nicht beteilige, weswegen B.A. seinem Bruder A.A. eine obligatorische Nutzniessung an seinem internen Anteil von  $\frac{1}{2}$  am Grundstück xxx gewähre. Die Nutzniessung sei beschränkt, bis sich B.A. am Hotel- und Restaurationsbetrieb beteilige. Bis dahin übernehme A.A. einstweilen sämtliche anfallenden Kosten. B.A. verpflichtete sich, innerhalb von 24 Monaten seit Eintritt in die Unternehmung 50% der durch A.A. geleisteten Amortisationen und 50% der Kosten von wertvermehrenden Erneuerungen an

A.A. zurückzuvorgüten. Sollten sich beide Parteien über den Preis nicht einigen können, so werde dieser durch eine fachkundige Treuhandstelle definitiv festgestellt (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Spätestens ab 1. Januar 2007 führte A.A. auf dem Grundstück xxx keinen Hotel- und Restaurationsbetrieb mehr, sondern vermietete das Hotel und das Restaurant separat an Dritte (Sachverhalt Teil A.c).

[3] Mit Schreiben vom 7. Januar 2007 erklärte B.A. seinem Bruder die Beteiligung an 50% des Hotel- und Restaurationsbetriebs ab 1. Januar 2007 (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Im daraufhin vor dem Handelsgericht des Kantons Bern von B.A. gegen A.A. anhängig gemachten Verfahren HG 12 43 war u.a. strittig, ob B.A. ab 1. Januar 2007 hälftig am Reingewinn des Grundstücks xxx beteiligt sei. Nachdem das Handelsgericht des Kantons Bern diese Frage grundsätzlich bejaht hatte, gelangte A.A. mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teile B.b und C sowie E. 6).

## Erwägungen

[5] Das Bundesgericht fasste einleitend die Erwägungen der Vorinstanz zusammen. Der Vorinstanz zufolge sei nicht davon auszugehen, dass die Parteien bereits mit der Vereinbarung vom 16. Mai 1986 eine Gesellschaft mit dem Zweck gegründet hätten, einen Hotel- und Restaurationsbetrieb zu betreiben. Weiter liesse sich aus den tatsächlich gelebten Verhältnissen nach Vertragsabschluss kein «animus societatis» der Parteien ableiten. Allerdings hätten die Parteien in der Vereinbarung vom 16. Mai 1986 die Möglichkeit vorgesehen, dass B.A. in das Unternehmen eintreten und sich am Hotel- und Restaurationsbetrieb beteiligen könne. Mit diesem Eintritt wäre *ipso iure* eine Kollektivgesellschaft entstanden. Nachdem aber A.A. am 7. Januar 2007 kein Hotel- und Restaurationsbetrieb mehr führte, sei mit der Beitrittserklärung von B.A. vom 7. Januar 2007 keine Kollektivgesellschaft entstanden. Das Verhältnis der Parteien hätte sich auf das Grundverhältnis aus Gesamteigentum am Grundstück xxx reduziert. Die A.A. von B.A. eingeräumte obligatorische Nutzniessung am Grundstück xxx sei bis zur Beteiligung von B.A. am Hotel- und Restaurationsbetrieb befristet gewesen. Da dieser Eintritt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ungewiss gewesen sei, habe es sich um eine Bedingung gehandelt. Nachdem A.A. den Eintritt der Bedingung durch die Einstellung des Hotel- und Restaurationsbetriebs verhindert habe, sei die Bedingung zum Zeitpunkt der Eintrittserklärung nach Art. 156 [OR](#) als erfüllt zu betrachten. Zusammenfassend hätte die Vorinstanz daraus geschlossen, dass die alleinige Nutzniessung durch A.A. am 1. Januar 2007 geendet hätte und dass B.A. ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf die Hälfte des Gewinns am Grundstück xxx hätte (E. 3 Ingress).

[6] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass eine Bedingung als erfüllt gelte, wenn ihr Eintritt von einem Teil wider Treu und Glauben verhindert werde (Art. 156 OR). Art. 156 OR sei eine Konkretisierung von Art. 2 [ZGB](#). Nur treuwidriges Verhalten im Sinne von Art. 2 ZGB falle unter den Regelungsbereich der Norm, nicht jedes Vereiteln bzw. Herbeiführen des Bedingungseintritts. Die Parteien hätten keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern. Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben erfordere nicht, dass die Parteien ihre eigenen Interessen dafür opferten. Ein Verhalten von A.A. gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 156 OR sei entgegen der Vorinstanz nicht zu erkennen. Sie erkenne ja selber, dass eine Einstellung des Hotel- und Restaurationsbetriebs ökonomisch Sinn gemacht habe (E. 3.2.1, 3.2.2).

[7] Vielmehr sei eine Lücke in der Vereinbarung vom 16. Mai 1986 anzunehmen, weil die Parteien die längerfristige Entwicklung nicht bedacht hätten. Weil beide Parteien übereinstimmend von der Gültigkeit des Vertrags ausgingen, sei der Vertrag zu ergänzen, unabhängig davon, ob der zu ergänzende (objektiv unwesentliche) Punkt bei Vertragsabschluss für eine Partei subjektiv wesentlich gewesen sei. Sei ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so habe der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen würden – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Vertragswillens habe er sich am

Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrags zu orientieren (E. 3.3.1, 3.3.2).

[8] Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass die Parteien vereinbart hätten, dass sich B.A. anteilig an den Verwaltungskosten von A.A. beteiligt hätte, weshalb B.A. mit Wirkung ab 1. Januar 2007 nach Abzug seiner Beteiligung an den Verwaltungskosten von A.A. zu 50% an der Nutzung beteiligt gewesen sei. Das entspreche im Resultat der Schlussfolgerung der Vorinstanz (E. 3.3.3).

[9] Hinsichtlich des Begehrens von B.A. um Herausgabe des Gewinns sei die Rüge von A.A. nicht zu hören, dass die Vorinstanz zu Unrecht die wertvermehrenden Investitionen nicht berücksichtigt habe und deren Höhe durch eine fachkundige Treuhandstelle im Sinne eines Schiedsgutachtens verbindlich festzustellen sei. Denn die Ansicht von A.A., wonach es im Hinblick auf ein Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 [ZPO](#) keiner substantiierten Behauptungen bedürfe, sei nicht korrekt (E. 5.1, 5.2).

[10] Das Bundesgericht begründete dies wie folgt: Zu Recht bestreite A.A. nicht, dass es sich bei der in der Vereinbarung vom 16. Mai 1986 vorgesehenen Preisfestlegung durch eine fachkundige Treuhandstelle um ein Schiedsgutachten handeln würde. Die Botschaft bezeichne das Schiedsgutachten als «eigenes prozessuales Institut». Systematisch sei das Schiedsgutachten bei den Beweismitteln geregelt und zwar im 5. Abschnitt des Kapitels zusammen mit dem Beweismittel des gerichtlichen Gutachtens. Zutreffend werde deshalb in der Lehre festgestellt, mit dem Schiedsgutachten werde einerseits auf die Abnahme der im Gesetz vorgesehenen Beweismittel verzichtet. Andererseits werde ein Teil des Zivilprozesses, nämlich das Beweisverfahren, gleichsam «privatisiert» und so aus dem Verfahren herausgebrochen. Entsprechend bestimme Art. 189 Abs. 1 ZPO, dass das Schiedsgutachten «streitige Tatsachen» verbindlich feststellen solle. Ob eine Tatsache streitig sei, lasse sich aber nur aufgrund der entsprechenden Behauptungen und Bestreitungen der Parteien erkennen. Entsprechend hätte A.A. nicht auf substantiierte Tatsachenbehauptungen verzichten und sich einfach auf ein Schiedsgutachten berufen dürfen (E. 5.3).

### **Kurzkommentar**

[11] Das vorliegend kommentierte Urteil des Bundesgerichts enthält interessante Ausführungen zu Art. 156 [OR](#). Es erinnert zu Recht daran, dass die Parteien in Bezug auf den Eintritt der Bedingung nur eine Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben haben, aber keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern. Das Bundesgericht ruft weiter in Erinnerung, dass die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben nicht erfordert, dass die Parteien ihre eigenen Interessen opfern (hierzu im Allgemeinen: FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 156OR N 5; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 4018 ff.; s. a. MARKUS VISCHER, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, S. 491 ff., S. 491 ff.).

[12] Das Bundesgerichtsurteil enthält weiter interessante Ausführungen zur Lückenfüllung. Es erinnert daran, dass es irrelevant ist, ob der zu ergänzende objektiv unwesentliche Vertragspunkt bei Vertragsabschluss subjektiv wesentlich gewesen ist, wenn die Parteien heute an der Gültigkeit des Vertrags festhalten. Das ist sicher richtig, darf aber nicht im Umkehrschluss als prinzipielles Votum verstanden werden, dass mit Bezug auf einen objektiv wesentlichen Punkt, mindestens bei einem sogenannten reinen Auslegungstreit, keine Vertragsergänzung möglich ist (umstritten, so aber z.B. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 303 f.; MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, S. 964 ff., S. 967 f.). Dabei ist anzufügen, dass schon Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, was überhaupt ein objektiv wesentlicher Punkt im Sinne der Konsenslehre ist (dazu z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff., S. 474 f. mit Hinweisen u.a. auf INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 29.03, ARIANE MORIN, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 2 OR N 2; PETER JÄGGI, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1973, Art. 2 OR N 3). Ebenso darf aus den

Ausführungen des Bundesgerichts zum Vorgehen bei der Vertragserfüllung nicht ein grundsätzliches *Dictum* abgeleitet werden, dass bei der Lückenfüllung in erster Linie dispositives Recht anzuwenden und eine Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Vertragswillen nur vorzunehmen ist, wenn solches Recht fehlt. Vielmehr ist es nach der hier vertretenen Auffassung umkehrt: Dispositives Recht ist nur anzuwenden, wenn es vom Parteiwillen getragen ist (umstritten, so aber z.B. HUGUENIN, a.a.O., Rz. 312 ff.; MARKUS VISCHER, Der Aktionärsbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, S. 425 ff., S. 432). Es ist zudem nach der hier vertretenen Auffassung nicht in jedem Fall eine Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Vertragswillen vorzunehmen, sondern nur, wenn diesbezüglich kein wirklicher Parteiwille festzustellen ist (umstritten, so aber z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 227 f.).

[13] Interessant am vorliegenden Urteil sind aber v.a. die Ausführungen zum Schiedsgutachten. Mit aller Deutlichkeit und zu Recht hält das Bundesgericht fest, dass ein Schiedsgutachten substantiierte Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen der Parteien nicht ersetzt. Es betont, dass Schiedsgutachten in der ZPO bei den Beweismitteln eingeordnet sind und streitige Tatsachen voraussetzen. Ob daraus geschlossen werden kann, dass Schiedsgutachten sich nur zu streitigen Tatsachen und nicht auch zu streitigen Rechtsfragen äussern dürfen, ist fraglich. Nach der hier vertretenen Auffassung können sich Schiedsgutachten nicht zu streitigen Rechtsfragen äussern (umstritten, so aber z.B. ANGELA BAUMELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [«Schiedsgutachten» über die Bestimmung des Aktienwerts](#), in: dRSK, publiziert am 31. Januar 2019, Rz. 23; DARIO GALLI/MICHAEL KÜNDIG/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, S. 424 ff., S. 425 ff.; a.M. z.B. HAROLD FREY/DOMINIQUE MÜLLER, Preisanpassungsstreitigkeiten bei Unternehmenskäufen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/ Stefan Breitenstein/Hans Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 191 ff., S. 212 ff). Ebenso wenig kann aus den Ausführungen des Bundesgerichts, wonach es sich bei der Preisfestsetzung durch eine fachkundige Treuhandstelle um ein Schiedsgutachten handle, ein prinzipielles Votum dafür gesehen werden, dass die Preisfestsetzung eine Tatsachen- und keine Rechtsfrage ist (umstritten, so aber z.B. GALLI/KÜNDIG/VISCHER, a.a.O., S. 427 f., wonach die Preisfestsetzung eine Rechtsfrage sei; a.M. z.B. NADJA ERK, Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärsbindungsvertrag, REPRAX 2017, S. 146 ff., S. 154 f., nach der eine Wertbestimmung eine Tatfrage ist).

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

**Zitiervorschlag:** Dario Galli / Markus Vischer, Rechtsnatur des Schiedsgutachtens, in: dRSK, publiziert am 19. August 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

weblaw.ch