

Der fingierte Bedingungseintritt und das Schiedsgutachten

Bundesgerichtsurteil 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019 (nicht zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Magda Aref und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Entscheidung des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018
 - 2. Urteil des Bundesgerichts 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019
- III. Bemerkungen
 - 1. Fiktiver Bedingungseintritt nach Art. 156 OR
 - 2. Schiedsgutachten nach Art. 189 ZPO
- IV. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die beiden Brüder A.A. und B.A. haben mit Kaufvertrag vom 16. Mai 1986 von ihrem Vater ein Grundstück inklusive des darauf befindlichen Hotel- und Restaurantbetriebs zu Gesamteigentum erworben. Hinsichtlich der Regelung der Rechtsbeziehung der beiden Käufer verweist dieser Vertrag auf eine gesondert zu schliessende Vereinbarung. Noch am gleichen Tag haben die beiden Brüder eine separate Vereinbarung getroffen, wonach A.A. vorerst allein das Hotel und Restaurant betreiben und B.A. ihm eine obligatorische Nutzniessung an seinem internen Anteil von $\frac{1}{2}$ am Grundstück einräumen soll. Gemäss Vereinbarung soll diese Nutzniessung beschränkt sein bis B.A. sich durch Eintrittserklärung zu $\frac{1}{2}$ am Hotel- und Restaurantbetrieb beteiligt. Die laufenden Kosten und Investitionen sollen vorerst vollumfänglich von A.A. getragen werden. Bei einer Eintrittserklärung soll A.A. gegenüber B.A. einen Anspruch auf Rückerstattung der Hälfte dieser Kosten haben. Für den Fall, dass sich die beiden Brüder nicht über diesen Betrag einigen können, soll ein Treuhänder die Kosten bestimmen.

Per 1. Januar 2007 hat A.A. den selbstständigen Hotel- und Restaurantbetrieb aufgegeben und an einen Dritten verpachtet. Gleichzeitig hat B.A. gegenüber A.A. mit Schreiben vom 7. Januar 2007 die Beteiligung am Hotel und Restaurant auf den 1. Januar 2007 erklärt (Eintrittserklärung).

Am 19. März 2012 klagte B.A. (Kläger, Beschwerdegegner) vor dem *Handelsgericht in Bern* (Erstinstanz) gegen A.A. (Beklagter, Beschwerdeführer) u.a. auf die Hälfte des Reingewinns aus der Liegenschaftsverwaltung ab dem Jahr 2007, auf Gewährung von Einblicken in alle Angelegenheiten, welche sich auf die Liegenschaftsverwaltung beziehen, sowie auf Untersagung vom Abschluss von Verträgen und Realakten, welche sich auf die Liegenschaft beziehen, ohne die Zustimmung des B.A. vorgängig einzuholen.

Die Erstinstanz beschränkte das Verfahren mit Verfügung vom 28. März 2012 auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit. Mit Entscheidung vom 27. März 2013 trat es nicht auf die Klage ein. Mit Urteil vom 20. Januar 2014 hiess das Bundesgericht die vom Kläger dagegen erhobene Beschwerde gut und wies die Sache zur Behandlung an das Handelsgericht zurück. Am 29. Juni 2018 entschied das Handelsgericht, die Klage teilweise gutzuheissen. Das Handelsgericht Bern stellte insbesondere fest, dass B.A. seit dem 1. Januar 2015 hälftig am Reingewinn der Liegenschaftsverwaltung beteiligt sei und A.A. dem B.A. den hälftigen Anteil der ab dem 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2014 angefallenen Liegenschaftserträge zu bezahlen habe. Weiteres hat die Erstinstanz die Einsichts- und Unterlassungsbegehren des B.A. geschützt. Daraufhin erhob A.A. Beschwerde an das *Bundesgericht*, welche mit dem vorliegenden Urteil abgewiesen wurde und somit der Entscheidung des Handelsgerichts bestätigt wurde.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Entscheidung des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018

Eingangs prüfte die Vorinstanz die Frage, ob die beiden Brüder bereits im Jahr 1986 mit Abschluss der Zusatzvereinbarung eine Gesellschaft gegründet haben mit dem Zweck, einen Hotel- und Restaurantbetrieb zu betreiben. Diese Frage verneinte das Handelsgericht aufgrund fehlenden «*animus societatis*» von A.A. und B.A. Aus der Formulierung und dem Inhalt der Zusatzvereinbarung sowie den tatsächlich gelebten Verhältnissen der beiden Brüder lasse sich laut Handelsgericht ableiten, dass A.A. zu diesem Zeitpunkt das Hotel und Restaurant allein hätte be-

* Mag. iur. LL.M. Magda Aref und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird in Kürze auf <www.aktienrechtplus.ch> publiziert.

treiben sollen, womit keine gemeinsame Zweckverfolgung vorliege.¹

So habe B.A. während 21 Jahren kein Mitsprache- und Kontrollrecht bezüglich der Liegenschaft gehabt und sei auch nicht am Gewinn oder Verlust des kaufmännischen Gewerbes beteiligt gewesen.²

Sodann beschäftigte sich die Vorinstanz mit den rechtlichen Auswirkungen der Eintrittserklärung von B.A. im Jahr 2007. Durch den Eintritt des B.A. in den Hotel- und Restaurantbetrieb im Jahr 2007 wäre grundsätzlich *ipso iure* eine Kollektivgesellschaft entstanden, da es sich bei einem Hotel und Restaurant um ein kaufmännisches Gewerbe handle.³ Da A.A. allerdings bereits zu diesem Zeitpunkt den Hotel- und Restaurantbetrieb aufgegeben und an Dritte verpachtet habe, sei mit der Eintrittserklärung des B.A. keine Kollektivgesellschaft gegründet worden.⁴ Das Rechtsverhältnis der beiden Brüder habe sich zu diesem Zeitpunkt bloss auf die Liegenschaftsverwaltung beschränkt. Das Grundverhältnis aus dem Gesamteigentum am Grundstück stelle kein kaufmännisches Gewerbe im Sinne des Art. 552 Abs. 1 OR dar.⁵

Da die Einräumung der obligatorischen Nutzniessung an A.A. bis zum Eintritt des B.A. in den Hotel- und Restaurantbetrieb befristet und dieser Eintritt zum Zeitpunkt des Abschlusses der Zusatzvereinbarung ungewiss gewesen sei, habe es sich hierbei um eine Bedingung gehandelt. A.A. habe allerdings den Eintritt dieser Bedingung durch Verpachtung des kaufmännischen Gewerbes an Dritte verunmöglicht. Somit sei ein fiktiver Bedingungseintritt gemäss Art. 156 OR anzunehmen. Die Bedingung des Eintritts in den Hotel- und Restaurantbetrieb zum Zeitpunkt der Eintrittserklärung im Jahr 2007 sei als erfüllt zu betrachten. Die obligatorische Nutzniessung

des Beklagten am hälftigen Anteil des Klägers an der Liegenschaft sei zu diesem Zeitpunkt beendet worden. Das Element der Treuwidrigkeit nach Art. 156 OR wurde vom Handelsgericht Bern infolge der Änderung des Geschäftsmodells durch A.A. (neu bloss Liegenschaftsverwaltung) ohne vorgängige Absprache und Verständigung mit B.A. als Gesamteigentümer der Liegenschaft und zukünftiger Kollektivgesellschaft bejaht.⁶

Zusammenfassend legte das Handelsgericht fest, dass die Nutzniessung des A.A. per 1. Januar 2007 geendet habe. Es sei von einer einfachen Gesellschaft mit dem Zweck, Eigentum zu bewirtschaften, als Rechtsverhältnis der beiden Brüder auszugehen. Da A.A. und B.A. nichts anderes vereinbart hätten, habe jeder Gesellschafter, ohne Rücksicht auf die Art und Grösse der geleisteten Beiträge, ab der Eintrittserklärung Anspruch auf die Hälfte des Gewinns am Grundstück gemäss Art. 533 Abs. 1 OR.⁷

2. Urteil des Bundesgerichts 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019

Eingangs beschäftigte sich das Bundesgericht mit den Ausführungen der Vorinstanz zur Frage eines fiktiven Bedingungseintritts nach Art. 156 OR. Dazu rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass Art. 156 OR eine Konkretisierung von Art. 2 ZGB sei. Eine Bedingung gelte somit als erfüllt, wenn ihr Eintritt durch treuwidriges Verhalten im Sinne von Art. 2 ZGB verhindert worden sei. Das Bundesgericht stellte klar, dass nicht jedes Vereiteln bzw. Herbeiführen eines Bedingungseintritts unter den Regelungsbereich von Art. 156 OR falle. Die Parteien hätten keine Pflicht, den Bedingungseintritt zu fördern. Insbesondere hätte die Parteien bei einem Verhalten nach Treu und Glauben nicht die Pflicht, ihre eigenen Interessen dafür zu opfern.⁸

Gestützt auf diese Erwägungen verneinte das Bundesgericht im konkreten Fall die Voraussetzung der Treuwidrigkeit entgegen der Auffassung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer den Eintritt

¹ Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 46, mit Verweis auf BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.

² Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 46, mit Verweis auf BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.

³ Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 46, mit Verweis auf BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.

⁴ Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 48, mit Verweis auf BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.

⁵ Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 49, mit Verweis auf BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.

⁶ Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 50, mit Verweis auf BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.

⁷ Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 52 ff., mit Verweis auf BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.1.

⁸ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.2.1.

der Bedingung für eine Beteiligung des Beschwerdeführers am Hotel- und Restaurantbetrieb treuwidrig verhindert hätte. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass dem Beschwerdeführer die Einstellung des kaufmännischen Gewerbes ohne vorgängige Verständigung des Beschwerdeführers nicht entgegen zu halten sei. Schliesslich habe B.A. trotz Kenntnis des veränderten Geschäftsmodells (von einem Hotelbetrieb zu einer blossen Liegenschaftsverwaltung) dies in der Klage nicht beanstandet und habe damit implizit der Änderung des Geschäftsmodells zugestimmt. Den tatsächlichen Feststellungen des Handelsgerichts sei nirgends zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer je behauptet hätte, er wäre mit der Aufgabe des Hotelbetriebs nicht einverstanden.⁹

Zu prüfen bleibe also, ob trotz des veränderten Geschäftsmodells eine aktive Beteiligung des B.A. eine Voraussetzung für dessen Eintritt in das Unternehmen bilden soll, was A.A. geltend mache.¹⁰ Der Wortlaut der Vereinbarung gehe von einer aktiven Beteiligung am nicht mehr bestehenden Hotel- und Restaurantbetrieb aus. Der Vertrag weise somit eine Lücke auf, indem die Parteien nicht geregelt hätten, in welcher Form sich B.A. nach einer Änderung des Geschäftsmodells zu beteiligen habe.¹¹ Somit müsse laut Bundesgericht der hypothetische Parteiwille ermittelt werden.¹² Die Parteien hätten nach Treu und Glauben auch eine Beteiligung am Betrieb in Form einer rein finanziellen Abgeltung der von A.A. tatsächlich erbrachten Verwaltungsleistungen zugelassen. B.A. habe somit ab dem 1. Januar 2007 Anspruch auf die Hälfte des Gewinns am Grundstück.¹³

Als nächstes behandelte das Bundesgericht die Frage der Passivlegitimation des A.A. und die damit in Verbindung stehende Frage, ob die beiden Brüder eine Kollektivgesellschaft gegründet hätten. Der Beschwerdeführer sei nämlich der Auffassung, dass alle Ansprüche des Beschwerdeführers gegen die durch Eintritt des B.A. *ipso iure* entstandene Kollektivgesellschaft zu richten gewesen seien und nicht gegen ihn.

A.A. bestreite somit seine Passivlegitimation.¹⁴ Das Bundesgericht verwies zur Frage, ob zum Zeitpunkt des Abschlusses der Zusatzvereinbarung die Voraussetzungen für eine Gesellschaftsgründung erfüllt waren, auf die Ausführungen der Vorinstanz. Auf Grund eines fehlenden «*animus societatis*» könne nicht davon ausgegangen werden, dass bereits im Jahr 1986 eine Gesellschaft mit dem Zweck eines Hotel- und Restaurantbetriebs gegründet worden sei.¹⁵

Im Zeitpunkt der Eintrittserklärung im Jahr 2007 sei entgegen der Auffassung des A.A. jedoch keine Kollektivgesellschaft entstanden, da A.A. den Unternehmenseintritt von B.A. nicht akzeptiert habe. Selbst wenn mit der Erklärung von B.A. eine Kollektivgesellschaft entstanden wäre, wäre tatsächlich nicht sie es gewesen, welche die Liegenschaft verwaltet habe, sondern weiterhin A.A. allein als Einzelfirma in Missachtung der geschlossenen Vereinbarung. Die blosser Vermietung einer Liegenschaft sei ohnehin kein kaufmännisches Gewerbe. B.A. habe nicht seinen Gewinnanteil aus einer Kollektivgesellschaft eingeklagt, sondern seinen hälftigen Anteil am Liegenschaftsertrag. Dafür sei A.A. passivlegitimiert und nicht die Kollektivgesellschaft.¹⁶

Als letzten wichtigen Punkt prüfte das Bundesgericht die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz hätte wertvermehrende Investitionen nicht berücksichtigt und die damit einhergehende Verbindlichkeit der in der Zusatzvereinbarung verankerten Schätzung der Amortisations- bzw. der Investitionskosten durch einen Treuhänder missachtet für den Fall, dass sich die Parteien über deren Höhe nicht einigen könnten. Eine derartige Vereinbarung sei laut A.A. ein Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 ZPO und somit für das Gericht verbindlich.¹⁷

Zu dieser Frage äusserte das Bundesgericht abschliessend, dass der Beschwerdeführer fälschlicherweise davon ausgehe, im Hinblick auf ein Schiedsgutachten nach Art. 189 ZPO bedürfe es keiner entsprechenden Behauptungen. Weil ein Schiedsgutachten verbindlich über «streitige Tatsachen» entscheide, setze dies eine entsprechende Behauptung und Bestreitung voraus. Ein alleiniges Berufen auf ein Schiedsgutachten, wie dies A.A. vorgenommen habe, genüge nicht. Der Beschwerdeführer könne

⁹ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.2.2, mit Verweis auf Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 50.

¹⁰ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.2.2.

¹¹ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.3, mit Verweis auf Urteil des Handelsgerichts Bern HG 12 43 vom 29. Juni 2018, Rz. 52.

¹² BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.3.2.

¹³ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.3.3.

¹⁴ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 4.

¹⁵ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 3.

¹⁶ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 4.3.

¹⁷ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 5.

nicht auf substantiierte Tatsachenbehauptungen verzichten, zumal die fachkundige Treuhandstelle gemäss Vereinbarung nur bei Uneinigkeit der Parteien zum Zuge kommen sollte. Dies setze wiederum voraus, dass die Forderung so substantiiert behauptet werde, dass der Beschwerdegegner dazu Stellung nehmen könne.¹⁸

Aus diesen Erwägungen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab und machte den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

III. Bemerkungen

1. Fiktiver Bedingungseintritt nach Art. 156 OR

1.1 Normzweck und Anwendungsbereich

Art. 156 OR konkretisiert den allgemeinen Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben für den Sachverhalt von Bedingungen und fingiert den Bedingungseintritt in Fällen, in denen dieser treuwidrig verhindert wurde. Das treuwidrige Verhalten wird sanktioniert, indem trotz des Bedingungsausfalls die Rechtsfolgen eines hypothetischen Bedingungseintritts ausgelöst werden.¹⁹

Der enge Wortlaut von Art. 156 OR erfasst nur den treuwidrig verhinderten Bedingungseintritt. Nach unbestrittener Lehre und Rechtsprechung ist die Bestimmung analog allerdings auch auf den spiegelbildlichen Fall des treuwidrig herbeigeführten Bedingungseintritts anwendbar.²⁰ Bei dem treuwidrig herbeigeführten Bedingungseintritt wird mit anderen Worten der Nichteintritt der Bedingung fingiert.²¹ Nach der Rechtsprechung und nach einem Teil der Lehre ist Art. 156 OR schliesslich auch auf den Sach-

verhalt einer treuwidrigen Verzögerung des Bedingungseintritts anwendbar.²²

Mit der Fiktion eines Bedingungseintritts bzw. -ausfalls soll die dem rechtsgeschäftlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entsprechende Rechtslage herbeigeführt werden, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eingetreten wäre, hätte nicht eine der Parteien treuwidrig auf die zukünftige, ungewisse Tatsache eingewirkt, auf die sich die Bedingung bezieht. Eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts muss genauso wenig geduldet werden wie dessen treuwidrige Herbeiführung.²³ Art. 156 OR gilt in gleicher Weise für aufschiebend bedingte wie auch auflösend bedingte Rechtsgeschäfte.²⁴

1.1.1 Aufschiebende Bedingung nach Art. 151 OR

Ein Vertrag ist aufschiebend bedingt, wenn dessen Verbindlichkeit vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird.²⁵ Wird der Eintritt der Suspensivbedingung durch eine Partei wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung kraft gesetzlicher Fiktion nach Art. 156 OR als eingetreten. Wird der Bedingungseintritt treuwidrig herbeigeführt, so wird der Nichteintritt der Suspensivbedingung fingiert nach Art. 156 OR analog.²⁶

1.1.2 Auflösende Bedingung nach Art. 154 OR

Ein Vertrag ist auflösend bedingt, wenn dessen Dahinfallen vom Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht wird (Art. 154 Abs. 1 OR).²⁷ Wird der Eintritt der auflösenden Bedingung durch eine Partei treuwidrig verhindert, so gilt die Bedingung kraft gesetzlicher Fiktion gemäss Art. 156 OR als eingetreten. Wird der Eintritt der Resolutivbedingung treuwidrig herbeigeführt, so gilt die Bedin-

¹⁸ BGer 4A_460/2018 vom 13. Juni 2019, E. 5.3.

¹⁹ Isabel Matt, in: Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, ZStP 2014, S. 353.

²⁰ Hermann Becker, in: Hermann Becker (Hrsg.), Berner Kommentar Obligationenrecht I, 2. Aufl. 1945, N 2 zu Art. 156 OR.

²¹ Katja Roth Pellanda, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 156 OR; Markus Widmer/Renato Costantini/Felix R. Ehrat, in: Corinne Widmer/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2019, N 1 zu Art. 156 OR.

²² BGE 99 II 282, E II.3; Pellanda (Fn. 21), N 6 zu Art. 156 OR.

²³ Matt (Fn. 19), S. 363.

²⁴ Peter Gauch/Walter Schluemp/Susan Emmenegger, in: Peter Gauch/Walter Schluemp/Susan Emmenegger (Hrsg.), Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, Rz 4013.

²⁵ Heinrich Honsell, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 1. Aufl. 2014, N 1 zu Art. 151 OR

²⁶ Claire Huguenin, in: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, Rz 1275 ff.

²⁷ Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 21), N 1 zu Art. 151 OR.

gung als nicht eingetreten gemäss Art. 156 OR analog.²⁸

1.1.3 Rechtsbedingungen

Eine Rechtsbedingung ist ein im Gesetz vorgesehene, ungewisses und zukünftiges Ereignis, auf das sich die Bedingung bezieht, von deren Eintritt die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht wird. Zum Verhältnis von Art. 156 OR zu Rechtsbedingungen gibt es unterschiedliche Auffassungen. Diese Frage stellt sich beispielsweise, wenn der Erklärungsempfänger einer empfangsbedürftigen Willenserklärung wider Treu und Glauben das Eintreffen der Willenserklärung verhindert.²⁹

Wenn der Gesetzgeber eine eigenständige Regelung aufweist und die (Nicht-)Erfüllungsfiktion ausschliesst, wird ein Analogieschluss von Art. 156 OR grundsätzlich verneint.³⁰ Fehlt eine spezifische Regelung im Gesetz, so gibt es unterschiedliche Auffassungen betreffend die Rechtsfolge.³¹

Nach der Auffassung *Alexander Gutmans* muss auf Grund der Verschiedenheit der Rechtsbedingungen im Einzelfall geprüft werden, ob ein Analogieschluss von Art. 156 OR möglich sein soll. Er bejaht eine Bedingungsfiktion im Falle des treuwidrig verhandelnden Eintreffens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Erklärungsempfänger, sodass eine abgelaufene Frist als gewahrt fingiert werden kann. Der Erklärende kann dementsprechend ohne Rücksicht auf den Ablauf einer Frist seine Erklärung wiederholen. Er hat dies sofort zu tun, nachdem er von seinem gescheiterten Erklärungsversuch Kenntnis erhalten hat, ansonsten angenommen wird, dass er seine Erklärung nicht aufrechterhalten will.³² Demgegenüber wird von der herrschenden Lehre die Fiktion im öffentlichen Interesse statuerter Rechtsbedingungen, wie etwa die Erteilung einer behördlichen Genehmigung, verneint, wenn deren Eintritt durch einen Verstoß gegen Treu und Glauben – bspw. Unterlassung erforderlicher Mitwirkungspflichten – verhindert wurde. Eine nicht erteilte behördliche Bewilligung lässt sich schliesslich nicht einfach durch

eine Fiktion ersetzen. Art. 156 OR kann somit nicht Grundlage für die Fiktion einer behördlichen Zustimmung sein, die nicht eingeholt oder verweigert worden ist. Der Gegenpartei steht in einem solchen Fall dann lediglich die Möglichkeit offen, die Verletzung der durch den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben gebotenen Mitwirkung geltend zu machen und Schadenersatz zu verlangen.³³

In jenen Fällen, in denen ein Analogieschluss des fiktiven Bedingungseintritts verneint wird, ergibt sich ein Schutz der Gegenpartei aus dem allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB. Die verantwortliche Vertragspartei macht sich bei einem Verstoß schadenersatzpflichtig. Dies kann sich aus der Analogie zu Art. 97 ff. OR oder aus dem Konzept von *culpa in contrahendo* ergeben.³⁴

1.1.4 Potestativbedingungen

Wird die Wirkung eines Rechtsgeschäfts an eine Willensäußerung/Handlung einer Vertragspartei geknüpft, liegt eine Potestativbedingung vor. Jener Partei, die zur Entscheidung über den Eintritt der Bedingung berechtigt ist, steht grundsätzlich völlige Entscheidungsfreiheit zu. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob Art. 156 OR bei einem treuwidrigen Verhindern des Eintritts der Potestativbedingung Anwendung finden soll.³⁵ Das Bundesgericht beschäftigte sich in BGE 117 II 273 mit dieser Frage und einem Fall, bei dem die Parteien einen mit Bau-Auftrag überschriebenen Vertrag über die Lieferung eines Typenhauses schlossen. Darin vereinbarten sie eine Potestativbedingung, wonach der Bau-Auftrag «erst ausgeführt wird, wenn die Beklagte ein Grundstück erwirbt, das ihrer Vorstellung entspricht». Daraufhin erklärte die Beklagte «ohne jede Verpflichtung» vom Vertrag zurückzutreten und gab an, aus finanziellen Erwägungen auf den Hausbau zu verzichten. Indessen hatte die Beklagte bereits zu diesem Zeitpunkt ein Baugesuch für die Überbauung eines inzwischen erworbenen Grundstücks eingereicht, welches sie in der Folge in Erfüllung einer im Kaufvertrag eingegangenen Bauverpflichtung ohne Zutun der Klägerin realisierte.³⁶

²⁸ *Widmer/Costantini/Ehrat* (Fn. 21), N 2 zu Art. 156 OR.

²⁹ *Matt* (Fn. 19), S. 368.

³⁰ *Honsell* (Fn. 25), N 2 zu Art. 156 OR.

³¹ BGE 99 II 282, E II.3; *Pellanda* (Fn. 21), N 6 zu Art. 156 OR.

³² *Alexander Gutmans*, in: Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), 1995, S. 238 ff.

³³ *Matt* (Fn. 19), S. 369–371.

³⁴ *Pellanda* (Fn. 21), N 3 zu Art. 156 OR.

³⁵ *Matt* (Fn. 19), S. 364.

³⁶ BGE 117 II 273, Sachverhalt S. 274.

In diesem Fall stellte sich die Frage des Anwendungsfalls der Eintrittsfiktion bei Potestativbedingungen. Hierzu gibt es wie bei der Rechtsbedingung unterschiedliche Meinungen. Nach der ersten findet Art. 156 OR auf den bedingt Verpflichteten bei Potestativbedingungen keine Anwendung. Da bei solchen Rechtsgeschäften der Bedingenseintritt und damit die Wirksamkeit des Vertrages im freien Belieben der jeweiligen Partei steht, kann die Partei nicht zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden.³⁷ Ein Teil der Lehre sowie die Rechtsprechung des Bundesgerichts nehmen einen Anwendungsfall von Art. 156 OR bei konkreten Umständen selbst bei Potestativbedingungen an.³⁸ So führte das Bundesgericht in BGE 117 II 273 aus: «Die Handlungsfreiheit des bedingt Verpflichteten wird indessen beschränkt durch den Grundsatz von Treu und Glauben. (...) Entgegen einer in der Literatur geäußerten Auffassung (...) findet die Bestimmung auch im Bereich der Potestativbedingungen Anwendung.»³⁹ Wann bei Potestativbedingungen ein Verhalten gegen Treu und Glauben verstösst, ergibt sich laut Bundesgericht gemäss Art. 2 ZGB aus der Würdigung des Gesamtverhaltens unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Ein treuwidriges Verhalten wird jedenfalls dann angenommen, wenn es gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts gerichtet ist.⁴⁰

Unserer Ansicht nach kommt es bei der Frage, ob Art. 156 OR bei einer Potestativbedingung Anwendung finden soll, auf den Inhalt der Potestativbedingung an. Wenn der bedingt Verpflichtete durch die Bedingung in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird, so ist ein Analogieschluss von Art. 156 OR bei einem treuwidrigen Verhindern der Potestativbedingung zu bejahen. Würde man den Fall des Bundesgerichts für eine Beurteilung heranziehen, so wären eine Treuwidrigkeit und ein Analogieschluss von Art. 156 OR zu bejahen gewesen, hätte der Vertragsinhalt die Beklagte in ihrer Entscheidungsfreiheit dahingehend eingeschränkt, dass die Beklagte kein anderes Grundstück als eines der Klägerin hätte erwerben dürfen. Bei einer reinen Potestativbedingung ohne Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des bedingt Verpflichteten stellt sich somit die Frage des Analogieschlusses von Art. 156 OR gar nicht erst.

³⁷ Pellanda (Fn. 21), N 3 zu Art. 156 OR.

³⁸ Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 21), N 3 zu Art. 156 OR.

³⁹ BGE 117 II 273, E. 4c.

⁴⁰ BGE 117 II 273, E. 5.

Enthält die Potestativbedingung dagegen Tatsachenelemente, kann sich die Frage einer Anwendbarkeit von Art. 156 OR analog bei der Gesamtbeurteilung ergeben.

1.2 Tatbestandselemente

Würde eine Bedingung zur Vertragserfüllung gemacht, so müssen für einen (analogen) Anwendungsfall von Art. 156 OR kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Das Verhindern oder Herbeiführen einer Bedingung,
- ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sowie
- ein Kausalzusammenhang zwischen dem treuwidrigen Verhalten und dem Nichteintritt bzw. Eintritt der Tatsache, auf die sich die Bedingung bezieht.⁴¹

1.2.1 Verhindern oder Herbeiführen einer Bedingung

Zunächst muss der Bedingenseintritt «von einem Teile» verhindert oder eben in Analogie von Art. 156 OR herbeigeführt worden sein.⁴² Laut Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es sich um ein Verhalten einer der beiden Vertragsparteien handeln. Aufgrund des engen Gesetzeswortlauts von Art. 156 OR schliesst das Bundesgericht das Verhalten eines Dritten von dem Anwendungsfall aus.⁴³

Bei der Subsumtion ist demnach zu unterscheiden, ob die Bedingung im Eintritt (positive Bedingung) oder Nichteintritt der Tatsache (negative Bedingung) besteht, auf die sich die Bedingung bezieht. Bei einer positiven Bedingung ist der Tatbestand des Verhinderns oder Herbeiführens des Bedingenseintritts erfüllt, wenn sich die Tatsache, auf die sich die Bedingung bezieht, nicht mehr verwirklichen kann oder aber umgekehrt in vollem Umfang verwirklicht ist.⁴⁴

Bei einer negativen Bedingung wird ein Herbeiführen oder Vereiteln angenommen, wenn die Ver-

⁴¹ Daniel Wuffli, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Frankhauser (Hrsg.), OFK Obligationenrecht Kommentar, 3. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 156.

⁴² Honsell (Fn. 25), N 4 zu Art. 156 OR.

⁴³ Honsell (Fn. 25), N 4 zu Art. 156 OR; Pellanda (Fn. 21), N 7 zu Art. 156 OR.

⁴⁴ Honsell (Fn. 25), N 4 zu Art. 156 OR.

wirklich eingetreten ist bzw. sich das Ergebnis nicht mehr verwirklichen kann.⁴⁵

Liegt ein verhinderter oder herbeigeführter Bedingungseintritt vor, ist zu überprüfen, ob dies auch treuwidrig geschehen ist. Dies führt uns zum nächsten Tatbestandselement von Art. 156 OR.

1.2.2 Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

(1) Ausgangslage

Als nächste Voraussetzung muss ein treuwidriges Verhalten vorliegen. Diesbezüglich bestand eine Differenz in der Argumentation des Bundesgerichts zur Vorinstanz. Die Vorinstanz bejahte ein treuwidriges Verhalten des A.A. durch die Vermietung des Hotels an Dritte ohne vorgängige Absprache mit B.A. Entgegen dieser Auffassung verdeutlichte das Bundesgericht hier nochmals, dass nur ein treuwidriges Verhalten im Sinne von Art. 2 ZGB unter den Anwendungsfall von Art. 156 OR fällt. Art. 2 ZGB beinhaltet einerseits nach Absatz 1 das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und andererseits nach Absatz 2 das Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs. Es gilt somit das Verhältnis von Art. 156 OR und Art. 2 ZGB zu untersuchen:

(2) Verhältnis von Art. 156 OR zu Art. 2 ZGB

Durch die gesetzlich statuierte Treuepflicht in Art. 156 OR will der Gesetzgeber verhindern, dass eine Partei treuwidrig auf den Bedingungseintritt einwirkt und so der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende Parteiwille verfälscht wird. Bereits der Grundsatz «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*», welcher sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Absatz 2 ZGB ableitet und festlegt, dass derjenige nicht schützenswert ist, der durch widerrechtliches, sitten- oder vertragswidriges Verhalten eine bestimmte Rechtsstellung erworben oder die Rechtsstellung eines anderen beeinträchtigt hat, verbietet es der treuwidrig handelnden Partei, sich auf den Ausfall der Bedingung zu berufen. Die Gegenpartei könnte sich in diesem Fall auf die Einrede des unredlichen Rechtserwerbs stützen. Art. 156 OR komplettiert den Schutz des Vertragspartners, indem er im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 ZGB bzw. dem Verbot des unredlichen Rechtserwerbs eine weiterführende

Rechtsfolge (den fingierten Bedingungseintritt) enthält. Der fingierte Bedingungseintritt hat eigenständige Bedeutung und ist als Sanktion für ein treuwidriges Verhalten zu verstehen. Art. 156 OR konkretisiert diesen Grundsatz, indem er vorsieht, dass der Bedingungseintritt fingiert wird, wenn er treuwidrig verhindert wurde.⁴⁶

Laut Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Treuwidrigkeit gemäss Art. 156 OR als Anwendungsfall von Art. 2 ZGB unter Berücksichtigung aller Umstände, der Beweggründe und verfolgten Ziele zu beurteilen.⁴⁷ Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid allerdings offengelassen, ob es sich beim Anwendungsfall der Treuwidrigkeit gemäss Art. 156 OR auf Art. 2 Absatz 1 und/oder Absatz 2 ZGB beruft. Nach Inkrafttreten des ZGB wurde von der Lehre das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben als Spiegelbild des Verbots des Rechtsmissbrauchs angesehen. Dieser gleiche Grundgedanke werde in einem Fall positiv und im anderen negativ ausgedrückt. Nach der herrschenden Lehre kommt Art. 2 Absatz 1 und Absatz 2 ZGB nunmehr jeweils eigenständige Bedeutung zu. Das in Absatz 1 festgeschriebene Gebot des Handelns nach Treu und Glauben wird für die Auslegung und Ergänzung von Gesetzen und Rechtsgeschäften herangezogen. Art. 2 Abs. 1 ZGB verlangt von den Vertragsparteien die gegenseitige Rücksichtnahme und ein anständiges, korrektes und redliches Verhalten. Jede Teilnahme am Rechtsverkehr setzt ein Verhalten voraus, das einem redlichen und vernünftigen Dritten entspricht. Art. 2 Abs. 1 ZGB kann als Verhaltensnorm für jedermann qualifiziert werden, sodass bei einer Beurteilung der Treuwidrigkeit nach Art. 156 OR die Vertragsparteien hinsichtlich ihrem rechtlich relevanten Verhalten diesem objektiven Massstab gerecht werden müssen.⁴⁸

Das in Absatz 2 nominierte Rechtsmissbrauchsverbot setzt «der formalen Rechtsordnung eine ethisch materielle Schranke».⁴⁹ Art. 2 Abs. 2 ZGB ist Notausgang, «wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechts offenes Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung ver-

⁴⁵ Honsell (Fn. 25), N 4 zu Art. 156 OR.

⁴⁶ Matt (Fn. 19), S. 358.

⁴⁷ Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 21), N 5 zu Art. 156.

⁴⁸ Monika Pfaffinger, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 2018, N 5 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁴⁹ BGE 125 III 257, E. 2c.

geschlossen würde».⁵⁰ Das Bundesgericht hat sich trotz oder gerade wegen seiner Charakterisierung als «*ultima ratio*» oft mit Art. 2 Abs. 2 ZGB zu befassen. Das Rechtsmissbrauchsverbot hat mit Bezug auf eine gesetzliche oder vertragliche Regel berichtigende Funktion.⁵¹

Aus Art. 2 Abs. 2 ZGB haben die Lehre und Rechtsprechung insbesondere das Gebot der schonenden Rechtsausübung abgeleitet. Als rechtsmissbräuchlich beurteilt wird ein Verstoss gegen dieses Prinzip. «Es hat seinen Ursprung im Sachenrecht und bedeutet, dass rechtsmissbräuchlich handelt, wer von mehreren in etwa gleichwertigen Möglichkeiten, die ihm zur Ausübung eines Rechts offenstehen, ohne sachlichen Grund gerade diejenige wählt, welche für einen anderen besondere Nachteile mit sich bringt.»⁵²

Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt von den Vertragsparteien bei der Beurteilung der Treuwidrigkeit nach Art. 156 OR iVm Art. 2 ZGB nicht, dass diese den Bedingungsseintritt fördern oder ihre eigenen Interessen dafür opfern müssen. Kein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt demnach dann vor, wenn der bedingt Verpflichtete zum Schutz eigener überwiegender Interessen handelt und damit – sozusagen als ungewollte und zufällige Nebenfolge – eine Bedingung ausfallen oder eintreten lässt. Hier knüpft das Bundesgericht also an ein subjektives Element, nämlich die Förderung eigener Interessen an. Die schonende Rechtsausübung verlangt einen gerechtfertigten sachlichen Grund, wenn eine Vertragspartei in etwa gleichwertigen Möglichkeiten, die ihm zur Ausübung eines Rechts offenstehen, diejenige wählt, welche für die Gegenpartei besondere Nachteile mit sich bringt. Art. 156 OR hingegen duldet es, wenn die Parteien mit einem subjektiven Grund (dem Schutz überwiegender Interessen) auch jene Möglichkeit auswählen, welche den Bedingungsseintritt als Nebenfolge verunmöglicht und somit für die Gegenpartei besonders nachteilig ist. Dies bedeutet natürlich nicht, dass der Rechtsmissbrauchsnorm keine Beachtung zu schenken ist. Vielmehr befindet sich eine Beurteilung der Treuwidrigkeit nach Art. 156 OR iVm Art. 2 ZGB unserer Ansicht nach im Mittelfeld zwischen Absatz 1 und Absatz 2. In diesem Mittelfeld befindet sich laut Lehre und Rechtsprechung

auch etwa eine Beurteilung der Vertrauenshaftung oder des Grundsatzes «*servitus civiliter exercenda*». Bei der Vertrauenshaftung wird eine ausservertragliche Haftung, aus *culpa in contrahendo* oder aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis aus besonderem Kontakt hergeleitet. Eine derartige Vertrauenshaftung wird als «dritte Spur» somit zwischen Vertrag und Delikt eingeordnet. Das Servitut, die Vertrauenshaftung und die Bedingung schaffen eine rechtliche Situation, in der eine Partei mehr Gestaltungsmöglichkeit als die andere Partei erhält, sodass diese Parteien in einer rechtlichen Sonderverbindung zueinanderstehen. Diese rechtliche Sonderverbindung «unterscheidet sich von der deliktsrechtlichen Konstellation des zufälligen und ungewollten Zusammenpralls beliebiger Personen dadurch, dass die Beteiligten (...) rechtlich in besonderer Nähe zueinanderstehen, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen. Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Vorverhalten der in Anspruch genommenen Person.»⁵³ Durch die Vereinbarung einer Bedingung sind die Parteien privatautonom verbunden, indem sie ähnlich wie bei der Vertrauenshaftung ein besonderes Vertragsverhältnis und somit eine Sonderverbindung schaffen, da eine Partei durch die Gestaltungsmöglichkeit mehr Einfluss auf das Rechtsgeschäft ausüben kann. Das engere Verständnis der Zweiteilung von Art. 2 ZGB ist angesichts der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Vertrauenshaftung und unserer Ansicht nach aus diesen Überlegungen auch auf die Anwendbarkeit der Treuwidrigkeit bei einer Bedingung nicht anwendbar. Eine Beurteilung befindet sich somit im Mittelfeld zwischen Art. 2 Absatz 1 und Absatz 2 ZGB.⁵⁴

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass ein Verhalten nach Art. 156 OR jedenfalls dann als treuwidrig gilt, wenn es sich mit grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung nicht verträgt. Wenn eine Bedingung aus stichhaltigen und triftigen Gründen herbeigeführt oder vereitelt wurde, schliesst dies das Ele-

⁵⁰ BBl 1904 IV 1, 14.

⁵¹ Pfaffinger (Fn. 48), N 9 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁵² BGE 131 III 459, E. 5.3.

⁵³ BGer 4C.193/2000, E. 5.

⁵⁴ Heinrich Honsell, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, N 18 zu Art. 2 ZGB; Ivo Schwander, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Frankhauser (Hrsg.), OFK Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 2016, N 2 zu Art. 2.

ment der Treuwidrigkeit gemäss Bundesgericht aus. Aber auch eine Vertragsverletzung ist nicht *per se* treuwidrig.⁵⁵ Nicht entscheidend ist hingegen, ob der bedingt Verpflichtete absichtlich oder fahrlässig gehandelt hat.⁵⁶ Immerhin geht ein Verschulden häufig Hand in Hand mit einem Verstoss gegen Treu und Glauben. Dies führt dazu, dass bei Vorsatz oft ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben zu bejahen ist, vor allem dann, wenn das entsprechende Verhalten (die vorsätzliche Herbeiführung des Schadens) strafbar ist.⁵⁷

1.2.3 Kausalzusammenhang

Zwischen dem treuwidrigen Verhalten und dem Eintreten bzw. Ausfallen der Tatsache, auf die sich die Bedingung bezieht, muss es einen adäquaten Kausalzusammenhang geben. Dieser wird dann angenommen, wenn die Tatsache ohne das treuwidrige Vereiteln bzw. Herbeiführen eingetreten bzw. ausgeblieben wäre. Laut Rechtsprechung des Bundesgerichts muss ein Beweis des Kausalzusammenhangs nur mit hoher Wahrscheinlichkeit, und nicht mit Sicherheit, erbracht werden.⁵⁸

1.3 Rechtsfolge

Liegen diese Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 156 OR vor, so ist die Rechtsfolge, dass die treuwidrig verhinderte/herbeigeführte Bedingung als erfüllt/ausgefallen zu betrachten ist. Entscheidender Zeitpunkt ist dabei jener, in dem die Tatsache, auf die sich die Bedingung bezieht, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und korrektem Verhalten eingetreten wäre. Da Art. 156 OR eine Konkretisierung von Art. 2 ZGB ist, könnten auch im Einzelfall andere Rechtsfolgen eintreten.

Wenn sich aus dem treuwidrigen Verhalten zusätzliche Ansprüche ergeben, vor allem deliktsrechtliche oder vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche nach den Art. 41 ff. und Art. 97 ff. OR, so hat der fingierte Bedingungseintritt Vorrang. Dies in Hinblick darauf, dass dies den ursprünglichen Absichten der Vertragsparteien entspricht und dem bedingt Berechtigten den Vorteil verschafft, ihn von der Beweis-

last zu entbinden. Mit einer Fiktion nach Art. 156 OR wird er vom Schadensbeweis befreit.⁵⁹

Sind am Rechtsgeschäft mehrere Personen beteiligt bzw. haben sich mit dem resolutiv bzw. suspensiv bedingten Geschäft mehrere Parteien verpflichtet, tritt die Rechtsfolge nur gegenüber derjenigen Person ein, welche die Voraussetzungen des Art. 156 OR erfüllt hat.⁶⁰

1.4 Würdigung

Im vorliegenden Entscheid stellt der Eintritt des B.A. in den Hotel- und Restaurantbetrieb die Bedingung der Zusatzvereinbarung dar. Dieser Bedingungseintritt wurde durch A.A. mittels Verpachtung des kaufmännischen Gewerbes an Dritte verunmöglicht. Somit ist die erste Voraussetzung von Art. 156 OR, nämlich das Verhindern des Bedingungseintritts, erfüllt.

Der nächste Schritt ist die Prüfung der Treuwidrigkeit. Hier argumentierte das Bundesgericht, dass die Einstellung des Hotelbetriebs aus ökonomischen Gründen als Element nicht ausreichend ist, ein treuwidriges Verhindern des Bedingungseintritts, nämlich die Bedingung ein Hotel und Restaurant gemeinsam als Kollektivgesellschaft zu führen, anzunehmen. Die Treuwidrigkeit ist im Sinne von Art. 2 ZGB auszulegen. Um diese zu beurteilen, muss auch auf die Motivation und den Zweck des Verhaltens der Partei, welche den Bedingungseintritt verhindert hat, abgestellt werden.⁶¹ Vorliegend hat A.A. aus rein ökonomischen Gründen das Hotel- und Restaurant aufgegeben. Laut Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre A.A. weder verpflichtet gewesen, begünstigend auf den Bedingungseintritt einzuwirken, noch seine eigenen Interessen dafür aufzugeben.⁶² Somit scheidet ein fingierter Bedingungseintritt auf Grund der zweiten Tatbestandsvoraussetzung von Art. 156 OR aus.

Folgt man der Argumentation des Bundesgerichts im vorliegenden Entscheid, so ist bei der Frage des Verstosses gegen den Grundsatz von Treu und Glauben auch auf das Verhalten der Gegenpartei der den Bedingungseintritt verhindernden Person abzustellen. Im konkreten Fall hat B.A. das Verhalten des A.A. (also die Änderung des Geschäftsmodells ohne

⁵⁵ Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 21), N 5 zu Art. 156.

⁵⁶ BGE 117 II 273, E. 5.

⁵⁷ Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 21), N 6 zu Art. 156.

⁵⁸ Honsell (Fn. 25), N 7 zu Art. 156 OR.

⁵⁹ Honsell (Fn. 25), N 8 und 9 zu Art. 156 OR.

⁶⁰ Honsell (Fn. 25), N 10 zu Art. 156 OR.

⁶¹ BGer 4C_481/2005, E. 3.5.

⁶² BGer 4A_449/2013, E. 5.3.; BGer 4C_38/2007, E. 3.4.

vorgängige Absprache mit B.A., obwohl der Hotel- und Restaurantbetrieb eine Bedingung der Zusatzvereinbarung war) zu keinem Zeitpunkt beanstandet. Es kann laut Bundesgericht also davon ausgegangen werden, dass er damit einverstanden gewesen sei. Auch wäre ein Zusammenführen des Hotelbetriebes als Kollektivgesellschaft zu diesem Zeitpunkt auf Grund des Wohnsitzes von B.A. im Ausland gar nicht möglich gewesen. Das Prinzip nach Treu und Glauben verlangt, dass beide Parteien die gleichen Standards gegen sich gelten lassen müssen. Wenn eine Vertragspartei – wie vorliegend B.A. – gar keinen Beitrag zur gemeinsamen Zweckverfolgung des Hotelbetriebes leistet, kann er sich nicht so einfach auf eine Treuwidrigkeit der Gegenpartei berufen. Somit ist bei der Gesamtbeurteilung, ob ein treuwidriges Verhalten nach Art. 156 OR vorliegt, nicht nur auf das Verhalten der treuwidrig handelnden Vertragspartei abzustellen, sondern auch auf das Verhalten ihrer Gegenpartei.

2. Schiedsgutachten nach Art. 189 ZPO

Viele Verträge, wie auch die Zusatzvereinbarung im vorliegenden Entscheid, sehen für den Fall streitiger Tatsachen vor, dass ein Dritter endgültig über diese Tatsachen entscheiden soll. Art. 189 ZPO stellt somit einen Mechanismus zur Verfügung, der Klarheit zwischen den Parteien bei Uneinigkeit schafft. Solche Vereinbarungen im Rahmen einer Schiedsgutachterklausel für zukünftige Streitigkeiten gibt es vor allem im Versicherungsrecht, Baurecht oder Wirtschaftsrecht, insbesondere in M&A-Verträgen, aber auch bei einem bereits ausgebrochenen Rechtsstreit im Rahmen eines Schiedsgutachtensvertrags.⁶³

2.1 Schiedsgutachtenvereinbarung/Schiedsgutachten

Zu differenzieren ist zwischen der Schiedsgutachtenvereinbarung und dem Schiedsgutachten als Oberbegriffe. Bei der Schiedsgutachtenvereinbarung handelt es sich um die Vereinbarung zwischen den Parteien, einen oder mehrere Dritte mit der verbindlichen Feststellung streitiger Tatsachen (Art. 189 Abs. 1 ZPO)

zu betrauen.⁶⁴ Nach der alten Rechtsordnung haben das Bundesgericht und ein Teil der Lehre dieses Institut auch ausserhalb der ZPO für die Beantwortung von bestimmten Rechtsfragen geöffnet. Unter neuem Recht, nach Inkrafttreten der ZPO, wird indessen das Schiedsgutachten als Teil des Beweisverfahrens qualifiziert, das nur mehr der verbindlichen Feststellung streitiger Tatsachen offenstehen soll. Ein Minderteil der Lehre hält an der Öffnung für Rechtsfragen fest.⁶⁵

Die Vereinbarung zur Einholung eines Schiedsgutachtens kann im Rahmen einer Schiedsgutachterklausel bereits vor Entstehung eines Rechtsstreits statuiert sein oder als Schiedsgutachtensvertrag zur ausserprozessualen Beilegung eines Streitpunkts vereinbart sein, wenn der Streit bereits ausgebrochen ist.⁶⁶ Die Vereinbarung über die Einholung eines Schiedsgutachtens ist als ein Vertrag zwischen den Parteien zu qualifizieren (Art. 189 Abs. 1 ZPO). Die materielle Gültigkeit der Vereinbarung ergibt sich demnach aus den Vorschriften nach Art. 1 ff. OR, sofern das gegebenenfalls anwendbare Kollisionsrecht nichts Anderes vorsieht.⁶⁷

Die Erkenntnisse des Schiedsgutachters werden in einem Schiedsgutachten festgehalten. Die Vertragsparteien der Schiedsgutachtenvereinbarung stehen mittels Schiedsgutachtervertrag mit diesem Schiedsgutachter in einem einfachen Auftragsverhältnis.⁶⁸ Mit diesem Schiedsgutachten können die Parteien bei einem laufenden oder zu erwartenden Prozess gewisse Tatsachen bereits ausser Streit stellen.⁶⁹

Art. 189 ZPO ist Teil des Beweisverfahrens, dessen Basis die Schiedsgutachtenvereinbarung ist (Abs. 1). Die Formvorschriften für das Zustandekommen der Schiedsgutachtenvereinbarung ergeben sich auch direkt aus dem Gesetz (Abs. 2). Zudem wird festgestellt, unter welchen Voraussetzungen das

⁶³ Dario Galli/Michael Kündig/Markus Vischer, in: Dieter Dubs/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), «Schiedsgutachterklauseln» in M&A Verträgen, GesKR 2018, S. 424.

⁶⁴ Bernhard Berger, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar Zivilprozessordnung Band II, 1. Aufl. 2012, N 1 zu Art. 189 ZPO.

⁶⁵ Berger (Fn. 64), N 1 zu Art. 189 ZPO.

⁶⁶ Annette Dolge, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N 4 zu Art. 189 ZPO.

⁶⁷ Berger (Fn. 64), N 1 zu Art. 189 ZPO.

⁶⁸ Berger (Fn. 64), N 8 zu Art. 189 ZPO.

⁶⁹ Paola Wullschleger, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sorensen/Martin Sarbach (Hrsg.), OFK Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl. 2015, N 1 zu Art. 189 ZPO.

Schiedsgutachten seine Bindungswirkung (nicht) verliert (Abs. 3).⁷⁰

2.1.1 Wesen

Schiedsgutachtenvereinbarungen werden mit unterschiedlichen Zielsetzungen betreffend das einzuholende Schiedsgutachten abgeschlossen. Man unterscheidet zwischen feststellenden und rechtsgestaltenden Schiedsgutachten. Nach der ersteren Art werden mit einem Gutachten verbindliche Tatsachen oder Tatbestandsmerkmale, die für Art und Umfang der Leistung relevant sind, für die Parteien festgestellt.⁷¹

Die Minderheitsmeinung, welche das Schiedsgutachten auch für die Beantwortung bestimmter Rechtsfragen öffnet, kennt auch das rechtsgestaltende Schiedsgutachten. Bei einem rechtsgestaltenden Schiedsgutachten hat der Schiedsgutachter die Aufgabe, die vertraglichen Abreden der Parteien zu ergänzen. Der berufene Dritte hat die Befugnis, den Vertragsinhalt in bestimmten Punkten festzulegen, «indem er die Modalitäten oder gar den Umfang der zu erbringenden Leistung bestimmen kann und damit den Vertragswillen der Parteien ergänzt». Ein derartiges Schiedsgutachten wird auch als «Schiedsgutachten materiell-rechtlicher Natur» bezeichnet.⁷²

2.1.2 Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Schiedsgutachtenvereinbarung und des Schiedsgutachtens sind umstritten. Ein Teil der Lehre unterstellt das Schiedsgutachten materiellem Recht. Demgegenüber ordnet ein anderer Teil der Lehre das Schiedsgutachten dem Prozessrecht zu.⁷³ Unterschiedliche Auffassungen gibt es auch hinsichtlich der Rechtsnatur der Schiedsgutachtenvereinbarung. Die herrschende Lehre und Praxis unterstellt diesen Vertrag materiellem Recht. Ein anderer Teil der Lehre unterscheidet zwischen materiellrechtlichen und prozessrechtlichen Schiedsgutachtenvereinbarungen. Bei materiellrechtlichen Schiedsgutachtenvereinbarungen entstehen die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien erst nach Vorliegen des Schiedsgutachtens. Die prozessrechtliche Schiedsgut-

achtenvereinbarung hat dagegen nur Beweisfunktion. Ein weiterer Teil der Lehre ordnet die Schiedsgutachtenvereinbarung ausschliesslich dem Prozessrecht zu, da sie in der Vereinbarung einen Beweisvertrag zwischen den Parteien sieht und die Tätigkeit des Schiedsgutachters als richterliche Tätigkeit betrachtet.⁷⁴

Unserer Ansicht nach gehören sowohl die Schiedsgutachtenvereinbarung als auch das Schiedsgutachten als Teil des Beweisverfahrens dem Prozessrecht an, da sie die wesentliche Aufgabe des Richters, nämlich die Beweiswürdigung und Schadensschätzung, einschränken. Zum einen wird auf die Abnahme der im Gesetz vorgesehenen Beweismittel verzichtet. Und andererseits wird durch Art. 189 ZPO ein Teil des Zivilprozesses, nämlich das Beweisverfahren, so aus dem Verfahren herausgebrochen und «privatisiert», dass die Schiedsgutachtenvereinbarung ein prozessrechtlicher Vertrag ist. Der Richter wird damit von seiner zentralen Aufgabe der Beweiswürdigung durch den Schiedsgutachter entlastet. Ein von der Prozessordnung selber vorgesehener Vertrag, der so in den Verfahrensablauf eingreift, ist unserer Meinung nach prozessrechtlicher Art.⁷⁵

2.1.3 Inhalt und Gegenstand (Abs. 1)

Art. 189 Abs. 1 ZPO geht nur von «streitigen Sachen» als Gegenstand eines Schiedsgutachtens aus. Nach dessen Wortlaut scheiden also grundsätzlich Rechtsfragen, da diese keine Tatfragen sind, als Gegenstand für das Schiedsgutachten aus. Hinsichtlich der Öffnung dieses Instituts für die Entscheidung von Rechtsfragen gibt es unterschiedliche Auffassungen.⁷⁶ Nach der einen kann man dem Schiedsgutachter auch die Feststellung einer rein streitigen Rechtsfrage in Auftrag geben.⁷⁷ Solche Feststellungen binden demnach auch das später mit dem streitigen Rechtsverhältnis befasste Gericht.⁷⁸ Nach einer anderen Auffassung der Lehre, der wir uns anschliessen, kann man nicht mit dem Argument, dass «der Gesetzeswortlaut von Art. 189 Abs. 1 ZPO zu kurz greift», dieses Institut auch für die Entscheidung von Rechtsfragen öffnen. Auch lässt sich aus der Botschaft und den Materialien kein Einbezug von Rechtsfragen entnehmen. Eine

⁷⁰ Heinrich Andreas Müller, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 189 ZPO.

⁷¹ Müller (Fn. 70), N 7 zu Art. 189 ZPO.

⁷² Müller (Fn. 70), N 8 zu Art. 189 ZPO.

⁷³ BGE 129 III 535, E. 2. S. 538; Berger (Fn. 64), N 3 zu Art. 189 ZPO.

⁷⁴ Dolge (Fn. 66), N 6 zu Art. 189 ZPO.

⁷⁵ Müller (Fn. 70), N 13 ff. zu Art. 189 ZPO.

⁷⁶ Müller (Fn. 70), N 16 zu Art. 189 ZPO.

⁷⁷ Berger (Fn. 64), N 6 zu Art. 189 ZPO.

⁷⁸ Berger (Fn. 64), N 6 zu Art. 189 ZPO.

Ausnahme soll nach dieser Lehrmeinung nur bestehen, wenn die Rechtsfrage von untergeordneter Bedeutung ist und eng mit dem vom Schiedsgutachter zu beurteilenden Tatfragen zusammenhängt.⁷⁹

2.1.4 Form (Abs. 2)

Art. 189 Abs. 2 ZPO verweist hinsichtlich der Form der Schiedsgutachtenvereinbarung auf Art. 17 Abs. 2 ZPO. Die Vereinbarung muss somit schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht. Die Formeinhaltung soll der Beweissicherung dienen. Die Nichteinhaltung hindert allerdings die Gültigkeit der Vereinbarung nicht. Die Formvorschriften von Art. 189 Abs. 2 ZPO iVm Art. 17 Abs. 2 ZPO gelten hingegen nicht für die Vereinbarung zwischen den Parteien mit dem Schiedsgutachter. Da dieses Verhältnis als einfacher Auftrag qualifiziert wird, bedarf diese Abrede zwischen den Dreien keiner besonderen Form.⁸⁰

2.2 Wirkung des Schiedsgutachtens (Abs. 3)

Wird ein Schiedsgutachten eingeholt, so ist es nach Art. 189 Abs. 3 ZPO für das Gericht und die Parteien verbindlich, sofern keine Anfechtungsgründe (lit. a–c) vorliegen. Hinsichtlich der darin getroffenen Feststellungen entfaltet das Schiedsgutachten somit Bindungswirkung. Das Gericht hat folglich die Pflicht, das Ergebnis des Schiedsgutachtens seinem Entscheid zugrunde zu legen.⁸¹ Das Schiedsgutachten ist allerdings kein Schiedsspruch, also keine durch Urteil des Schiedsrichters entschiedene Streitigkeit. Das Schiedsgutachten erwächst daher nicht in Rechtskraft und kann nicht mittels Rechtsmittel angefochten werden. Die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens hat mittels Klage oder Einrede zu erfolgen. Dazu zählt das Gesetz in Art. 189 Abs. 3 ZPO abschliessend die Anfechtungsgründe auf.⁸²

2.3 Anfechtungsgründe

2.3.1 Fehlende Verfügbarkeit (lit. a)

Die Bindungswirkung des Schiedsgutachtens entfaltet sich nur, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können. Die freie Verfügbarkeit ist nach den gleichen Grundsätzen der Schiedsfähigkeit gemäss Art. 354 ZPO zu beurteilen. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts beurteilen die freie Verfügbarkeit somit nach dem anwendbaren Sachrecht. Wenn Schweizer Recht anwendbar ist, werden nur sehr wenige zivil- und handelsrechtliche Ansprüche als nicht frei verfügbar beurteilt. SchKG-Ansprüche gelten als frei verfügbar, wenn die freie Verfügbarkeit des unterliegenden materiellen Anspruchs gegeben ist.⁸³

2.3.2 Verletzung der Vorschriften über den Ausstand (lit. b)

Ein weiterer Anfechtungsgrund ist die Verletzung der Vorschriften über den Ausstand. Der Schiedsgutachter soll den Auftrag nur dann annehmen, wenn er nicht abhängig und parteiisch ist. Für den Schiedsgutachter sind sinngemäss sowohl die Ausstandsgründe für gerichtliche Gutachter und Gerichtspersonen als auch die Ablehnungsgründe für den Schiedsrichter anwendbar.⁸⁴

Der Schiedsgutachter hat eine Verpflichtung, den Parteien einen möglichen Ausstandsgrund von sich aus rechtzeitig offenzulegen, wenn er der Meinung ist, dass er die Voraussetzung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht erfüllen kann. Demgegenüber haben die Parteien im Verfahren vor dem Schiedsgutachter den Ausstandsgrund zu rügen. Das Ausstandsgesuch ist ausdrücklich und unverzüglich ab Kenntnis des Grundes zu stellen. Erfolgt kein Ausstandsgesuch, so ist dies als Verzicht der Ablehnung anzunehmen. Die Rüge gilt als verwirkt und eine spätere Berufung auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgutachters ist nicht mehr möglich bzw. das Schiedsgutachten wegen des Ausstandsgrundes auch nicht mehr anfechtbar.⁸⁵

⁷⁹ Müller (Fn. 70), N 16 zu Art. 189 ZPO; Hans Schmid, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar Zivilprozessordnung*, 2. Aufl. 2014, N 1 zu Art. 189 ZPO; Dolge (Fn. 66), N 14 zu Art. 189 ZPO.

⁸⁰ Berger (Fn. 64), N 5 zu Art. 189 ZPO, mit Verweis auf Berger (Fn. 64), N 8 zu Art. 189 ZPO

⁸¹ Berger (Fn. 64), N 11 zu Art. 189 ZPO.

⁸² Berger (Fn. 64), N 12 zu Art. 189 ZPO.

⁸³ Berger (Fn. 64), N 17 ff. zu Art. 189 ZPO.

⁸⁴ Dolge (Fn. 66), N 50 zu Art. 189 ZPO.

⁸⁵ Berger (Fn. 64), N 21 ff. zu Art. 189 ZPO.

2.3.3 Bevorzugung einer Partei (lit. c)

Das Schiedsgutachten ist für die Gerichte auch nur dann verbindlich, wenn die darin getroffenen Feststellungen durch den Schiedsgutachter ohne Bevorzugung einer Partei erstellt worden sind. Dieser Anfechtungsgrund ist ein Ausfluss des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien und der Wahrung des rechtlichen Gehörs in einem kontradiktorischen Verfahren.⁸⁶ Ob eine derartige Bevorzugung vorliegt, hat das angerufene Sachgericht nach freiem, pflichtgemäsem Ermessen zu entscheiden.⁸⁷ Das Element der Bevorzugung ist nicht verletzt, wenn eine Partei bzw. deren Stellung zum Rechtsstreit in den gutachterlichen Schlussfolgerungen bevorzugt wird, denn eine solche liegt ja in der Natur der Sache. Eine Bevorzugung muss sich im Verfahren geäußert haben, wie etwa wenn einer Partei das rechtliche Gehör verweigert wurde.⁸⁸

2.3.4 Offensichtliche Unrichtigkeit (lit. c)

Das Schiedsgutachten entfaltet ebenfalls keine Bindungswirkung, wenn es gemäss Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO offensichtlich unrichtig ist. Unter offensichtlicher Unrichtigkeit versteht man laut Bundesgericht, dass das Schiedsgutachten «qualifiziert falsch, nämlich offensichtlich ungerecht, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft, in hohem Grade der Billigkeit widersprechend ist oder auf falscher tatsächlicher Grundlage beruht».⁸⁹ Die Partei, welche sich auf die offensichtliche Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens beruft, hat zu begründen, worin sie die Willkür erblickt. Zudem hat die Anfechtung nach Treu und Glauben sofort oder zumindest innert angemessener Frist unter Einleitung rechtlicher Schritte zu erfolgen. Schliesslich müssen die Parteien so schnell wie möglich wissen, ob die begutachtete Angelegenheit nun endgültig erledigt ist oder mit Weiterungen zu rechnen ist.⁹⁰

2.4 Würdigung

Die Parteien des Verfahrens haben vorgängig in der Zusatzvereinbarung eine Schiedsgutachterklausel beschlossen. Demnach hätte eine fachkundige Treu-

handstelle bei Uneinigkeit der Parteien die Amortisations- und Investitionskosten schätzen sollen. Es handelt sich also hierbei um eine Schiedsgutachtenvereinbarung im Sinne des Art. 189 Abs. 1 ZPO. Im Verfahren hat der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt einen Antrag auf Feststellung wertvermehrender Investitionen gestellt, sondern sich lediglich auf dieses einzuholende Schiedsgutachten berufen. A.A. schien davon auszugehen, dass es im Hinblick auf ein Schiedsgutachten nach Art. 189 ZPO und seiner Bindungswirkung keiner entsprechenden Behauptungen bedürfe.

Das Bundesgericht führte dazu aus, dass sich bei Tatfragen Art. 189 Abs. 1 ZPO auf streitige Tatsachen bezieht und somit ein blosser Hinweis auf ein einzuholendes Schiedsgutachten in einem Verfahren nicht ausreichend ist. Ob eine Tatsache streitig ist, lässt sich nämlich nur durch die entsprechenden Behauptungen und Bestreitungen der Parteien im Verfahren erkennen. Diese Tatsachen müssen also zwingend vor Gericht prozesskonform behauptet werden, denn ohne Vorliegen bestrittener Tatsachen kommt der Schiedsgutachter gar nicht zum Zug. Das Bundesgericht hat hier konkretisiert, dass das Argument der Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens die Parteien von deren Substantiierungspflicht nicht befreit. Erfolgt die Würdigung durch den Schiedsgutachter, so muss allerdings im Prozess ausreichend substantiiert werden, da das Schiedsgutachten letztlich Teil des Beweisverfahrens ist.

Auf Grund der Rechtsnatur des Schiedsgutachtens als Teil des Beweisverfahrens ist es konsequent, dass sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid die Frage der Substantiierungspflicht bei Rechtsfragen gar nicht gestellt hat. Zwar gibt es eine Mindermeinung, welche Art. 189 ZPO auch für Rechtsfragen öffnet, es ist allerdings fraglich, ob die vorliegende Argumentation des Bundesgerichts hinsichtlich der Substantiierungspflicht auch auf reine Rechtsfragen ausgedehnt werden kann. Die Pflicht zur Substantiierung bei Tatfragen ergibt sich nämlich aus dem Verhandlungsgrundsatz nach Art. 55 Abs. 1 ZPO.⁹¹ Dagegen wird allerdings über Rechtsfragen kein Beweis geführt, indem der Grundsatz «*iura novit curia*» gemäss Art. 57 ZPO gilt. Dies bedeutet, dass

⁸⁶ Schmid (Fn. 79), N 10 zu Art. 189 ZPO.

⁸⁷ Müller (Fn. 70), N 60 zu Art. 189 ZPO.

⁸⁸ Schmid (Fn. 79), N 10 zu Art. 189 ZPO

⁸⁹ BGE 129 III 535, E. 2.1.

⁹⁰ Schmid (Fn. 79), N 11 ff. zu Art. 189 ZPO.

⁹¹ Myriam A. Gehri, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N 4 zu Art. 55 ZPO.

die Parteien eines Verfahrens nur Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren haben, nicht dagegen Rechtssätze und -fragen.⁹² Eine Klage kann nach Art. 221 Abs. 3 ZPO demnach auch ohne jegliche rechtliche Begründung eingereicht werden.⁹³ Es ist daher fraglich, ob das vom Bundesgericht gewählte Kriterium auch für Rechtsfragen tauglich ist bzw. überhaupt zugelassen werden sollte. Würde man eine Ausdehnung der Argumentation des vorliegenden Entscheids auch für Rechtsfragen bejahen, würde dies bedeuten, dass die Verfahrensparteien faktisch dazu gezwungen werden, auch rechtliche Vorbringen substantiiert zu behaupten. Dies würde wohl der gesetzlichen Ordnung widersprechen, weshalb unserer Ansicht nach eine Ausdehnung dieser Argumentation auf Rechtsfragen nicht zu vertreten ist. Hier müsste das Bundesgericht unserer Meinung nach darauf verzichten, Rechtsfragen unter den Norminhalt von Art. 189 ZPO zu subsumieren, da bei Rechtsfragen das Element der «Bestreitung» nach den oben aufgeführten Überlegungen und genannten Verfahrensgrundsätzen fehlen würde.

IV. Schlussbemerkungen

Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht klargestellt, dass nicht jede Vereitelung oder Herbeiführung einer Bedingung unter den Normgehalt von Art. 156 OR fällt. Es behandelte die Voraussetzung der Treuwidrigkeit und rief nochmals in Erinnerung, dass nur ein treuwidriges Verhalten im

Sinne von Art. 2 ZGB eine Bedingung fingiert. Diese Konkretisierung dient dazu, das Verhalten der Parteien in Bezug auf Art. 156 OR rechtlich richtig zu beurteilen. Unserer Ansicht nach hat eine Beurteilung weder nach Art. 2 Abs. 1 ZGB noch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu erfolgen. Vielmehr befinden wir uns bei einer Treuwidrigkeit nach Art. 156 OR im Mittelfeld der Absätze 1 und 2 von Art. 2 ZGB.

Das Bundesgericht hat dargelegt, dass die Opferung eigener Interessen oder die Förderung des Bedingungseintritts durch die Vertragsparteien nicht verlangt wird. Auch ist in Bezug auf die Beurteilung der Treuwidrigkeit auf das Verhalten der Gegenpartei und eine Gesamtbetrachtung abzustellen.

Wird eine Schiedsgutachtenvereinbarung oder ein Vertrag mit einer Schiedsgutachterklausel zwischen den Parteien getroffen, so haben sie gemäss vorliegendem Entscheid alle Tatsachen, zu denen sich das einzuholende Schiedsgutachten äussern soll, im Verfahren prozessrechtskonform zu behaupten. Überzeugend legte das Bundesgericht dar, dass der Hinweis auf ein einzuholendes Schiedsgutachten nicht ausreichend ist. Die Parteien haben auch diesbezüglich eine Substantiierungspflicht. Ohne eine derartige Substantiierung erhält die Gegenpartei ja keine Gelegenheit zur substantiierten Bestreitung, und ohne Vorliegen bestrittener Tatsachen kommt der Schiedsgutachter (Art. 189 ZPO) gar nicht zum Zug. Nur wer ausreichend substantiiert, kann sich im Prozess somit auf ein einzuholendes Schiedsgutachten berufen.

⁹² Gehri (Fn. 91), N 2 zu Art. 57 ZPO.

⁹³ Daniel Willisegger, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N 50 zu Art. 221 ZPO.