

## Übermässige Bindung und die guten Sitten

Zum Verhältnis von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 129 III 209 vom 30. Oktober 2002

i.S. C., D. und E. (Beklagte und Berufungskläger) gegen A.-Fonds (Kläger und Berufungsbeklagter)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Daniel Leu und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

##### A. Persönlichkeitsverletzung durch übermässige Bindung

##### B. Ergebnis

#### III. Bemerkungen

##### A. Persönlichkeitsschutz i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB

1. Persönlicher Geltungsbereich
2. Sachlicher Geltungsbereich
3. Kriterien
  - a. Gegenstand der Bindung
  - b. Dauer der Bindung
  - c. Umfang der Gegenleistung
4. Rechtsfolgen

##### B. Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR

1. Bindungen im innersten Kernbereich der persönlichen Freiheit
2. Sonstige Verstösse gegen die guten Sitten
3. Rechtsfolgen

#### IV. Fazit

### I. Sachverhalt

1942 entschloss sich der A.-Fonds (Kläger), im Vorjahr erworbenes Bauland den Arbeitnehmern der A.-Betriebe im Sinne eines Sozialwerks zur Verfügung zu stellen und diesen so zu ermöglichen, zu Wohneigentum zu kommen. Der A.-Fonds schenkte einzelne Parzellen Arbeitnehmern, welche Mitglieder der «Wohnkolonie Feldbreite» waren, finanzierte den Bau von Häusern und sorgte für zusätzliche, staatliche Subventionen. Mit Vertrag vom Juni 1944 schenkte der Kläger Herrn B. das Grundstück Y, wobei sich der Kläger im Schenkungsvertrag ein Kaufrecht vorbehielt, welches ihn dazu berechtigte, das Grundstück zu den nach Abzug der Subventionen verbleibenden Gestehungskosten zu erwerben. Das Kaufrecht sollte in erster Linie sicherstellen, dass die Häuser zu Gunsten der Arbeitnehmer der A.-Betriebe erhalten bleiben. Herr B. verpflichtete sich deshalb, zu Gunsten des A.-Fonds ein zehn Jahre gültiges Kaufrecht im Grundbuch eintragen zu lassen und diese Vormerkung auf dessen Verlangen jeweils vor Ablauf der zehn Jahre zu erneuern.

Herr B. stimmte im Mai 1954, im Mai 1964, im Mai 1974, im Mai 1984 und im Februar 1994 einer Erneuerung des Kaufrechts zu, worauf dieses jeweils für weitere zehn Jahre im Grundbuch vorgemerkt wurde.

Nachdem Herr B. im Oktober 1995 verstarb, übte der Kläger im Juni 1996 sein Kaufrecht gegenüber den Erben von B. (Beklagte) aus.

Diese weigerten sich, dem A.-Fonds das Eigentum am Grundstück zu übertragen und machten geltend, das Kaufrecht sei nichtig.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht untersucht, ob eine Persönlichkeitsverletzende, übermässige Bindung vorliegt und nimmt zum Verhältnis von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 20 Abs. 1 OR Stellung [A.]. In der Folge weist es die Berufung ab [B.].

#### A. Persönlichkeitsverletzung durch übermässige Bindung

Die Vertragsfreiheit findet ihre Grenzen in zwingenden Vorschriften, der öffentlichen Ordnung, den guten Sitten oder im Recht der Persönlichkeit. Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig:

*«Der gesetzlich nicht definierte Begriff der Nichtigkeit wird traditionell als ursprüngliche Unwirksamkeit verstanden, welche von Amtes wegen zu beachten ist (...). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre ist Art. 20 OR insoweit einschränkend auszulegen, als gegen zwingendes Recht verstossende Verträge nur nichtig sind, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (...).»<sup>2</sup>*

Art. 27 Abs. 2 ZGB statuiert zum Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung, dass sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Bisher ging das Bundesgericht davon aus, eine gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässige Bindung verstosse gegen die guten Sitten und sei damit als nichtig oder teilsnichtig zu qualifizieren. Anders die Lehre:

<sup>1</sup> Daniel Leu ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter [www.rwi.unizh.ch/vdc](http://www.rwi.unizh.ch/vdc).

<sup>2</sup> Erw. 2.2.

«In der Literatur wird demgegenüber angenommen, ein Verstoss gegen die von Amtes wegen zu beachtenden guten Sitten sei nur soweit anzunehmen, als ein Vertrag den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betreffe, welcher jeder vertraglichen Verpflichtung entzogen sein soll. Soweit eine Bindung an sich zulässig und nur das Mass der Bindung als übermässig zu qualifizieren sei, liege kein Verstoss gegen die guten Sitten, sondern alleine ein Verstoss gegen das Recht der Persönlichkeit vor (...). Die bloss übermässige Bindung solle gemäss dem Zweck von Art. 27 Abs. 2 ZGB, die individuelle Freiheit einer Person zu schützen, nur zur Unverbindlichkeit eines Vertrages führen, wenn die betroffene Person den Schutz in Anspruch nehme und sich von der Bindung lösen möchte (...).»<sup>3</sup>

Dieser Auffassung schliesst sich das Bundesgericht nun an:

«Die gegenüber der Nichtigkeit eingeschränkte Rechtsfolge bei bloss übermässigen Bindungen ist gerechtfertigt, da die zu schützende Freiheit einer Person ihr die Möglichkeit belassen soll, im Rahmen der im öffentlichen Interesse zu wahren guten Sitten für die Gegenwart auf den Schutz von Art. 27 Abs. 2 ZGB zu verzichten und einen objektiv betrachtet übermässig bindenden Vertrag rechtsgültig zu erfüllen, ohne dass sich die Gegenpartei auf das Übermass der Bindung berufen kann (...).»<sup>4</sup>

Gemäss Bundesgericht verlangt der Zweck von Art. 27 Abs. 2 ZGB jedoch, dass die übermässig gebundene Person die Vertragserfüllung verweigern kann:

«Der Anspruch auf Schutz vor übermässigen Bindungen gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB ist höchstpersönlicher Natur und damit unvererblich (...). Es steht den Erben daher nicht zu, sich auf eine übermässige Bindung des Erblassers zu berufen, wenn er dies nicht selbst getan hat.»<sup>5</sup>

Das Bundesgericht stellt fest, dass das Kaufrecht des Klägers den Kerngehalt der Persönlichkeit von B. nicht berühre und daher das Vorliegen einer von Amtes wegen zu beachtenden Sittenwidrigkeit zu verneinen sei. Dies gelte auch dann, wenn eine insbesondere in zeitlicher Hinsicht übermässige Bindung anzunehmen wäre. Da B. gegenüber dem Kläger nicht zum Ausdruck gebracht habe, dass er das Kaufrecht als übermässige Bindung empfinde und sich auch nie davon hätte lösen wollen, könnten die Beklagten nicht geltend machen, dass B. durch dieses Kaufrecht übermässig gebunden gewesen sei.<sup>6</sup>

Das Obergericht habe demnach bundesrechtskonform festgestellt, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht verletzt sei.

## B. Ergebnis

Das Bundesgericht weist die Berufung vollumfänglich ab und bestätigt das Urteil der Vorinstanz.

## III. Bemerkungen

### A. Persönlichkeitsschutz i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB

Die Garantie der persönlichen Freiheit ist fundamental: Die Möglichkeit, frei zwischen verschiedenen Alternativen entscheiden zu können, ist gleichermaßen Bedingung für eine Demokratie wie für eine Marktwirtschaft. Die in der Bundesverfassung garantierten Freiheitsrechte<sup>7</sup> schützen deren Träger in erster Linie gegenüber dem Staat,<sup>8</sup> während straf- und deliktsrechtliche Normen private Übergriffe auf die persönliche Freiheit abwehren sollen.<sup>9</sup> Eine Facette der persönlichen Freiheit ist auch die Freiheit, verbindlich auf die Ausübung eigener Rechte zu verzichten. Anders wäre eine Teilnahme am gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Leben gar nicht möglich: Wer ein Konzert besucht, verzichtet für dessen Dauer auf das Recht, seine Meinung anders als durch Akklamation oder Verlassen des Konzertsaals kundzutun; wer eine Arbeitsstelle annimmt, verzichtet darauf, während der Arbeitszeit seinen Freizeitbeschäftigungen nachzugehen. Durch den Abschluss eines Vertrages können Personen ihre persönliche Freiheit selbst einschränken; sie müssen ihren eingegangenen Verpflichtungen auch dann nachkommen, wenn sie im Nachhinein nicht mehr an der

<sup>7</sup> Art. 7 ff. BV.

<sup>8</sup> *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, § 8 N 272 ff. Immerhin wirken sich die Grundrechte – neben dem Sonderfall von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV – im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe auch auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen aus. Vgl. *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 75 ff.

<sup>9</sup> Im Privatrecht findet die eigene Freiheit ihre Grenzen am gleichwertigen Anspruch der Mitmenschen. *Andreas Bucher*, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999, N 419; *Richard Frank*, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, S. 12.

<sup>3</sup> Erw. 2.2.

<sup>4</sup> Erw. 2.2.

<sup>5</sup> Erw. 2.2.

<sup>6</sup> Erw. 2.3.

Aufrechterhaltung des Vertrags interessiert sind.<sup>10</sup> Im Extremfall kann die vertragliche Einschränkung der Dispositionsfähigkeit – trotz der Zustimmung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – aber derart intensiv sein, dass die persönliche Freiheit<sup>11</sup> ihren Gehalt verliert.<sup>12</sup> Art. 27 ZGB schützt deshalb den Kern der persönlichen Freiheit vor selbst eingegangenen Verpflichtungen.<sup>13</sup>

Im Kernbereich der persönlichen Freiheit wird damit die Regel *«pacta sunt servanda»* aufgehoben und durch zwingende Dispositionsfreiheit ersetzt.<sup>14</sup> Es besteht ein Zwang zur Freiheit – ein Antagonismus, der durch die bisherige Rechtsprechung noch verstärkt wurde: Das Bundesgericht ging davon aus, dass übermässige Bindungen i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB gegen die guten Sitten verstossen und somit gemäss Art. 20 OR als nichtig oder teilnichtig zu qualifizieren seien.<sup>15</sup> Dies hatte zur Folge, dass sich ein selbst nicht übermässig gebundener Vertragspartner auch gegen den Willen der in ihrer persönlichen Frei-

heit zu stark eingeschränkter Gegenpartei auf die Nichtigkeit der Vereinbarung berufen konnte. Der Schutzgedanke von Art. 27 ZGB wurde so (zumindest theoretisch) *ad absurdum* geführt.<sup>16</sup>

In BGE 129 III 209 änderte das Bundesgericht nun seine Rechtsprechung dahingehend, dass nicht jede übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB gleichzeitig auch sittenwidrig i.S.v. Art. 20 OR ist.

### 1. Persönlicher Geltungsbereich

Art. 27 ZGB schützt sowohl natürliche als auch juristische Personen vor übermässiger Selbstbindung. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts können sich juristische Personen aber nur soweit auf Art. 27 Abs. 2 ZGB berufen, als ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit tangiert ist.<sup>17</sup>

Der Anspruch auf Schutz vor übermässigen Bindungen ist höchstpersönlicher Natur<sup>18</sup> und erlischt somit grundsätzlich mit dem Tod des Trägers.<sup>19</sup> Die Beklagten können als Erben von B. daher nicht mehr geltend machen, dass der Erblasser i.S.v. Art. 27 ZGB übermässig gebunden gewesen sei. Soweit Verpflichtungen des Verstorbenen auf sie selbst übergegangen sind, können sie aber einwenden, diese verletzen ihre eigene persönliche Freiheit. Eine übermässige Bindung der Beklagten ist vorliegend aber nicht ersichtlich und wurde auch nicht geltend gemacht.

<sup>10</sup> Die Regel *«pacta sunt servanda»* gilt eben gerade auch für diesen Fall. Vgl. Hans Caspar von der Crone, Freiheit und Verantwortung in der Corporate Governance, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf. H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), Corporate Governance – Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 2002, S. 70.

<sup>11</sup> Vgl. zum Begriff der Freiheit Eugen Bucher, Berner Kommentar, 1993, N 107 f. zu Art. 27 ZGB.

<sup>12</sup> Setzt der Staat sein Gewaltmonopol ein, um die Durchsetzung einer privatrechtlichen Vereinbarung zu erzwingen, so tangiert dies immer die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person. Die Anwendung staatlicher Gewalt steht somit in einem Spannungsfeld zu den in der Verfassung garantierten Freiheitsrechten. Persönlichkeitsschutz i.S.v. Art. 27 ZGB hat deshalb auch eine grundrechtliche Dimension, indem der (staatlichen) Durchsetzung privatrechtlicher Forderungen zum Schutz der individuellen Freiheit Grenzen gesetzt werden.

<sup>13</sup> Die Formel, wonach Art. 27 ZGB den Einzelnen *«vor sich selber schützen»* trifft nur indirekt zu, da nicht die Verpflichtung an sich eine Verletzung darstellt, sondern das Beharren des Vertragspartners auf deren Erfüllung. Christian Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N 765; Eugen Bucher (FN 11), N 7.

<sup>14</sup> Andreas Bucher (FN 9), N 413 definiert Persönlichkeitsschutz i.S.v. Art. 27 ZGB als *«Schutz der Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des einzelnen ausmachen.»* Fritz Künzler, Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB, Diss. Zürich 1951, S. 29 f. definiert den Zweck von Art. 27 ZGB als *«Schutz der handlungsfähigen Person vor ihren Schwächen»* und schildert diese detailliert.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 120 II 35; BGE 114 II 159; BGE 106 II 379; BGE 84 II 366; BGE 50 II 485.

<sup>16</sup> Gemäss Lehre und Praxis tritt an Stelle der traditionellen Nichtigkeit allerdings soweit möglich die modifizierte Teilnichtigkeit: Mangelhafte Bestimmungen werden so modifiziert, dass der Vertrag ohne den Mangel bestehen bleibt und ein unbilliges Ergebnis vermieden wird. Vgl. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, § 6 N 703 ff.; Roland Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, N 249 ff.; Claire Huguenin Jacobs, Basler Kommentar, 2. Aufl., 1996, N 54 ff. zu Art. 19/20 OR; BGE 119 II 224; BGE 114 II 280 f.; BGE 106 II 377 f.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 114 II 162.; BGE 106 II 377 ff.; Eugen Bucher (FN 11), N 503 ff. A.M. Claire Huguenin Jacobs, Basler Kommentar, 2. Aufl., 2002, N 3 zu Art. 27 ZGB.

<sup>18</sup> Vgl. Erw. 2.2 sowie BGE 104 II 234 f.

<sup>19</sup> Vgl. Piera Beretta, Basler Kommentar, 2. Aufl., 2002, N 39 ff. zu Art. 31 ZGB; Mario M. Pedrazzini/Niklaus Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993, S. 177; Hans Michael Riemer, Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002, § 5 N 133. Vgl. auch Andrea Büchler, Die Kommerzialisierung Verstorbener, AJP 12 (2003), S. 3 ff. mit einem Plädoyer für die Vererblichkeit vermögenswerter Persönlichkeitsaspekte.

## 2. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich von Art. 27 ZGB beschränkt sich nicht bloss auf zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte, sondern umfasst auch Gesellschaftsverträge sowie Statuten und Beschlüsse von Körperschaften, soweit diese persönliche Verhaltenspflichten begründen.<sup>20</sup> Voraussetzung ist aber immer, dass der Einschränkung der persönlichen Freiheit in irgendeiner Form zugestimmt wurde; entweder direkt durch Annahme eines entsprechenden Vertrages oder indirekt durch die mit dem Beitritt zu einer Gesellschaft oder Körperschaft verbundene Akzeptanz der jeweiligen Willensbildungsmechanismen.

## 3. Kriterien

Wie erwähnt ist nicht jede Einschränkung der persönlichen Freiheit bereits eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB; auch dann nicht, wenn sie der in seiner Handlungsfreiheit Eingeschränkte als lästig oder gar als extrem belastend empfindet.<sup>21</sup> Übermässig und damit unzulässig ist eine solche Bindung erst, wenn sie einem (teilweisen) Verzicht auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit gleichkommt.<sup>22</sup>

Das Übermass einer Verpflichtung kann aus dem Gegenstand der Bindung bzw. aus deren Dauer resultieren, wobei sich diese zwei Merkmale teilweise gegenseitig substituieren oder ergänzen können. Zur Beurteilung einer Verpflichtung im Bereich der wirtschaftlichen Freiheit kann die Höhe einer allfälligen Gegenleistung als zusätzliches Indiz relevant sein.

### a. Gegenstand der Bindung

Die durch Art. 27 ZGB geschützte persönliche Freiheit umfasst unter anderem die physische Freiheit, die körperliche Integrität und die Intimsphäre, aber auch die Religionsfreiheit, die Kunstfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit. Je stärker das geschützte Rechtsgut durch eine Selbstbindung beeinträchtigt wird, desto eher ist die entsprechende Bindung als übermässig i.S.v. Art. 27 ZGB zu qualifizieren. Gleichzeitig ist das Übermass einer Bindung umso

eher gegeben, als der Kern der persönlichen Freiheit<sup>23</sup> betroffen ist. Bindungen im engeren Kernbereich der persönlichen Freiheit dürften deshalb praktisch nie mit Art. 27 ZGB zu vereinbaren sein.<sup>24</sup>

Abgesehen von der Intensität der Bindung ist vor allem wesentlich, ob sich eine entsprechende Verpflichtung funktional rechtfertigen lässt; so hängt beispielsweise die Zulässigkeit eines Konkurrenzverbots davon ab, ob der betroffene, ehemalige Angestellte zuvor eine kritische Funktion ausübte.<sup>25</sup> Ist eine Bindung sachlich nicht begründbar und unterwirft sich jemand effektiv fremder Willkür, so ist die entsprechende Verhaltenspflicht entwürdigend und somit auch dann übermässig, wenn die betroffene Person nicht extrem stark belastet wird.<sup>26</sup>

Im vorliegenden Fall war der nun verstorbene B. durch das Kaufrecht bezüglich seines Grundeigentums gebunden. Eine Ausübung des Kaufrechts wäre für B. zwar unter Umständen äusserst unangenehm gewesen, aber sicher nicht an Art. 27 ZGB gescheitert, da die Verpflichtung, das Haus dem Kläger auf dessen Wunsch zum festgelegten Preis zu verkaufen, Herrn B. weder im Kernbereich seiner persönlichen Freiheit band, noch sonst in irgendeiner Art übermässig in dieselbe eingriff.

### b. Dauer der Bindung

Je länger ein Person durch eine Verpflichtung gebunden ist, desto eher ist ein Übermass der Bindung anzunehmen. Dauer und Gegenstand der Bindung können sich dabei gegenseitig ergänzen: So kann eine an sich unproblematische Bindung ihrer Dauer wegen übermässig,<sup>27</sup> eine von der Dauer her problemlose Bindung aufgrund der Beeinträchtigung eines Kernbereichs der persönlichen Freiheit unzulässig i.S.v. Art. 27 ZGB sein. Auch hier ist wesentlich, ob sich eine vereinbarte Dauer funktional rechtferti-

<sup>20</sup> Eugen Bucher (FN 11), N 18; Huguenin Jacobs (FN 17), N 4.

<sup>21</sup> Vertraglichen Verpflichtungen ist beispielsweise auch dann nachzukommen, wenn dies einen Vermögensverlust bis zum betriebsrechtlichen Existenzminimum zur Folge hat. Die Art. 92 ff. SchKG schützen ein Minimum an persönlicher Freiheit – auch vor den Konsequenzen des eigenen Handelns.

<sup>22</sup> Art. 27 Abs. 1 ZGB; Huguenin Jacobs (FN 17), N 5.

<sup>23</sup> Beispielsweise die körperliche Integrität oder die Intimsphäre. Vgl. Huguenin Jacobs (FN 17), N 12.

<sup>24</sup> Zum Beispiel eine Vereinbarung als Stuntman zu agieren, der Prostitutionsvertrag oder die Verpflichtung Samen oder Blut zu spenden. Vgl. Brückner (FN 13), N 780 ff.; Eugen Bucher (FN 11), N 116 ff.; Huguenin (FN 17), N 12.

<sup>25</sup> Art. 340 f. OR. Vgl. Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, 1992, N 8 ff. zu Art. 340 OR.

<sup>26</sup> Vgl. Brückner (FN 13), N 794 ff.; Künzler (FN 14), S. 91.

<sup>27</sup> Bekanntes Beispiel sind die auf unbegrenzte oder «ewige» Zeit abgeschlossenen Bier- oder Wasserlieferungsverträge. Vgl. BGE 114 II 159; BGE 113 II 209; BGE 93 II 290.

gen lässt: Das Gesetz lässt beispielsweise bei selbständigen Baurechten die extrem lange Maximaldauer von 100 Jahren zu, damit der Berechtigte seine unter Umständen sehr beträchtlichen Investitionen amortisieren kann.<sup>28</sup>

Herr B. und der A.-Fonds vereinbarten ein Kaufsrecht für die Dauer von zehn Jahren. B. verpflichtete sich zudem, dieses Kaufsrecht jeweils kurz vor Ablauf der Zehnjahresfrist zu erneuern. Während die Dauer von zehn Jahren an sich unproblematisch ist und der heute zulässigen Höchstdauer gemäss Art. 216a OR<sup>29</sup> entspricht, verhält es sich mit der Verpflichtung, das Kaufsrecht zehnjährlich zu erneuern anders: Das Kaufsrecht wird so auf ewig perpetuiert – Herr B. ebenso lange gebunden. Diese Verpflichtung hält vor Art. 27 ZGB nicht stand und könnte somit nicht gerichtlich durchgesetzt werden.<sup>30</sup> Herr B. erneuerte das Kaufsrecht aber kaum in erster Linie deshalb, weil er sich dazu verpflichtet fühlte, sondern weil es der Kläger sonst ausgeübt hätte. Obwohl B. nur die Wahl zwischen zwei (unterschiedlich) unattraktiven Alternativen hatte, kam jeweils ein Konsens über die Vertragsverlängerungen zustande. *In casu* lag angesichts aller Umstände keine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB vor, und die jeweiligen Kaufsrechtserneuerungen waren auch mit Art. 216a OR vereinbar.<sup>31</sup> Anders wäre aber zu entscheiden, wenn der Druck auf eine Verlängerung des Kaufsrechts beispielsweise mit hohen Konventionalstrafen verstärkt worden wäre.<sup>32</sup>

#### c. Umfang der Gegenleistung

Der Umfang einer allfälligen Gegenleistung spielt praktisch nur im Bereich der Einschränkung wirt-

schaftlicher Freiheiten eine Rolle; verzichtet jemand darauf, in einem bestimmten wirtschaftlichen Bereich aktiv zu sein, so sind zur Beurteilung der entsprechenden Vereinbarung auch etwaige Vorteile zu berücksichtigen, die der Berechtigte dem Belasteten als Gegenleistung für die Freiheitsbeschränkung einräumt.<sup>33</sup>

Der zwischen Herrn B. und dem A.-Fonds vereinbarte Kaufpreis entsprach nach mehr als 50 Jahren nur noch einem Bruchteil des Verkehrswerts des Grundstücks. Massgeblich kann hier aber nicht das ursprüngliche Verhältnis von Kaufpreis und Grundstückswert sein – zumal B. das Grundstück geschenkt erhielt, sondern allenfalls die damals unter Umständen nicht vorhersehbare Entwicklung der Grundstückpreise und das damit verbundene heutige, unterdessen stark veränderte Verhältnis. Da B. die stetige Veränderung dieses Verhältnisses kaum entgangen sein konnte und er anlässlich der Erneuerungen des Kaufsrechts keine Anpassung des Kaufpreises verlangte, ist davon auszugehen, dass er die veränderten Verhältnisse akzeptierte.

#### 4. Rechtsfolgen

Art. 27 Abs. 2 ZGB hält fest, dass sich niemand seiner Freiheit entäussern kann oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Die Rechtsfolge solcher Bindungen wird demgegenüber nicht geregelt.<sup>34</sup> Gemäss der nun überkommenen Gerichtspraxis qualifizierte das Bundesgericht übermässige Bindungen – entgegen dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 OR, der Verstösse gegen die guten Sitten und solche gegen das Recht der Persönlichkeit nennt – als sittenwidrig und damit als nichtig oder teilnichtig i.S.v. Art. 20 OR. Der Verzicht auf eine Differenzierung hatte zur Folge, dass jede übermässige Selbstbindung von Amtes wegen als (teil-)nichtig qualifiziert wurde – theoretisch auch gegen den Willen der zu schützenden Partei.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Art. 779f ZGB.

<sup>29</sup> Art. 216a OR trat am 1. Januar 1994 in Kraft und beschränkt die zulässige Höchstdauer vertraglicher Kaufsrechte auf zehn Jahre. Kaufsrechte können somit nicht mehr länger vereinbart werden, als sie im Grundbuch vorgemerkt werden können. Vgl. *Hans Giger*, Berner Kommentar, 1997, N 1 ff. zu Art. 216a OR.

<sup>30</sup> Heute würde die Durchsetzung bereits an Art. 216a OR i.V.m. Art. 20 Abs. 1 OR scheitern. Vgl. *Giger*, Kommentar (FN 29), N 6; *Urs Hess*, Basler Kommentar, 2. Aufl., 1996, N 7 zu Art. 216a OR; *Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern 2000, § 19 N 1289.

<sup>31</sup> Bei der Beurteilung entsprechender Kaufsrechtsverlängerungen sind sowohl der ursprüngliche Vertrag wie auch die Handlungsalternativen des Belasteten im Zeitpunkt der Verlängerungsverhandlungen zu berücksichtigen.

<sup>32</sup> Vgl. *Giger*, Kommentar (FN 29), N 6; *Hess* (FN 30), N 7.

<sup>33</sup> Massgeblich kann dies vor allem bei der Beurteilung von Konkurrenzverboten sein. Vgl. *Lukas Cotti*, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Freiburg 2001, § 4 N 141. Zu beachten ist aber, dass Missverhältnisse zwischen vertraglicher Leistung und Gegenleistung nur ein (zusätzliches) Indiz für eine übermässige Bindung darstellen und grundsätzlich abschliessend durch Art. 21 OR geregelt werden.

<sup>34</sup> Vgl. *Eugen Bucher* (FN 11), N 523.

<sup>35</sup> Lehre und Praxis versagten allerdings der nicht übermässig gebundenen Partei die Berufung auf die Sittenwidrig-

Diese Praxis hat das Bundesgericht nun aufgegeben und ist damit den Forderungen eines Teils der Lehre nachgekommen.<sup>36</sup> Mit der Trennung von Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 27 ZGB und Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR kommt die Rechtsfolge der Nichtigkeit für Verträge mit übermässigen Bindungen nur noch in Frage, wenn diese ausnahmsweise gleichzeitig gegen die Schranken von Art. 20 OR verstossen. In den allermeisten Fällen wird dies nicht der Fall sein; die übermässig gebundene Partei kann einwenden, die eingegangene Verpflichtung verletze Art. 27 ZGB.<sup>37</sup> Unterlässt sie dies, ist die Verletzung der persönlichen Freiheit auch nicht von Amtes wegen zu beachten: Die übermässig gebundene Person wird nicht gegen ihren Willen geschützt.

Wendet die verpflichtete Partei hingegen ein, die eingegangene Verpflichtung verletze ihre persönliche Freiheit, so muss die Rechtsfolge den spezifischen Vertragsverhältnissen Rechnung tragen: Durch einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung zu erfüllende Verträge fallen *ex tunc* weg oder werden, soweit als möglich, analog Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert. Dauerschuldverhältnisse werden analog Art. 20 Abs. 2 OR so modifiziert, dass die übermässig gebundene Partei den Vertrag innert angemessener Frist kündigen kann.

Die Unterscheidung zwischen rechts- und sittenwidrigen Verträgen einerseits und übermässigen Bindungen andererseits hat überdies zur Folge, dass die Rückforderung von, im Rahmen Art. 27 ZGB verletzender Verträge, erbrachten Leistungen nicht an Art. 66 OR scheitert: Der ohnehin restriktiv auszulegende Konditionsschluss beschränkt sich auf inhaltlich rechts- oder sittenwidrige Verträge.<sup>38</sup>

keit eines Vertrages gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR. Vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (FN 16), § 6 N 687; *Huguenin* (FN 17), N 21; *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, § 32 N 38; BGE 106 II 379.

<sup>36</sup> Vgl. *Eugen Bucher* (FN 11), N 127 ff.; im Ergebnis gleich: *Brückner* (FN 13), N 905 ff.; *Huguenin Jacobs* (FN 17), N 21; *Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 100.

<sup>37</sup> Art. 27 ZGB hat seine Wurzeln denn auch in der *exceptio doli*. Vgl. *Eugen Bucher* (FN 11), N 10 f.

<sup>38</sup> In der Lehre wird seit längerem eine Reduktion von Art. 66 OR auf Tatbestände des «Gaunerlohns» gefordert. Vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (FN 16), § 17 N 1552; *Hans Giger*, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989, S. 141 ff.; *Heinrich Honsell*, Die Ab-

## B. Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR

Im Unterschied zu Art. 27 ZGB bezweckt Art. 20 Abs. 1 OR nicht den Schutz der durch eine Verpflichtung gebundenen Person, sondern den Ausschluss der Durchsetzbarkeit widerrechtlicher oder ethisch und moralisch zu missbilligenden Vereinbarungen. Während der Staat selbstverständlich nicht zur Durchsetzung rechtswidriger Verträge Hand bieten darf, sollen auch formell zulässige, aber den ethischen Wertmassstäben weiter Bevölkerungskreise<sup>39</sup> zutiefst widerstrebende Vereinbarungen nicht mit Hilfe der Gerichtsbarkeit erzwungen werden können.<sup>40</sup>

Der Begriff der guten Sitten darf als Generalklausel nicht dazu verleiten, die gerügte Vereinbarung einer richterlichen Billigkeitskontrolle zu unterziehen:<sup>41</sup> Vertragsfreiheit umfasst auch die Freiheit, schlechte Verträge abzuschliessen.<sup>42</sup> Sittenwidrig sind nur diejenigen Verträge, die nicht gegen eine konkrete Rechtsnorm verstossen und deshalb auch nicht widerrechtlich sind, deren Durchsetzung aber den unserem Rechtssystem immanenten ethischen Prinzipien oder kollektiven Moral- und Wertvorstellungen in krasser Weise widersprechen würde.<sup>43</sup>

wicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht, in: *Walther J. Habscheid et al.* (Hrsg.), *Freiheit und Zwang – Festschrift für Hans Giger*, Bern 1989, S. 293 f.; *Ernst A. Kramer*, Berner Kommentar, 1990, N 400 zu Art. 19–20 OR; *Hermann Schulin*, Basler Kommentar, 2. Aufl., 1996, N 4 f. zu Art. 66 OR.

<sup>39</sup> In der inhaltsleeren Formel «*aller billig und gerecht Denkenden*» wird sich praktisch jeder selbst erkennen. Es kann deshalb nicht darum gehen, über Art. 20 OR elitäre Weltanschauungen oder Moralvorstellungen durchzusetzen, welche politisch keine Mehrheit finden würden. Vgl. *Kramer*, Kommentar (FN 38), N 174.

<sup>40</sup> Vgl. *Giger*, Rechtsfolgen (FN 38), S. 67; *Kramer*, Kommentar (FN 38), N 170 ff.; *Schwenzer* (FN 35), § 32 N 16 ff.

<sup>41</sup> Vgl. aber *Kramer*, Kommentar (FN 38), N 125 und N 270 ff.

<sup>42</sup> Vertragsfreiheit setzt allerdings voraus, dass die Vertragspartner ihre Verträge tatsächlich mehr oder weniger frei aushandeln können. Ist dies aufgrund von Informationsasymmetrien und unterschiedlicher Marktmacht nicht der Fall, sollte u.E. den Interessen der potentiell schwächeren Vertragsparteien durch den Erlass entsprechender Gesetzesvorschriften und nicht durch eine Angemessenheits- oder Billigkeitskontrolle via Art. 20 OR Rechnung getragen werden.

<sup>43</sup> Statt vieler *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (FN 16), Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, § 6 N 668.

### 1. Bindungen im innersten Kernbereich der persönlichen Freiheit

Trotz der vorgenommenen weitgehenden Trennung von Persönlichkeitsschutz und Sittenwidrigkeit ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht den Kerngehalt der Persönlichkeit betreffende Verpflichtungen weiterhin als sittenwidrig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 ZGB qualifiziert.<sup>44</sup>

Art. 20 Abs. 1 OR setzt der Vertragsfreiheit im Interesse der Allgemeinheit Schranken: Es geht somit nicht – oder bloss indirekt – um den Schutz der vertragsschliessenden Parteien, sondern darum, Verträgen mit inakzeptablem Inhalt ganz allgemein die Durchsetzung zu verweigern. Verträge, welche eine Partei im Kernbereich ihrer Persönlichkeit binden, sind u.E. deshalb nicht *per se* als sittenwidrig i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR und damit als nichtig zu qualifizieren. Die Erfüllung entsprechender Verpflichtungen können die betroffenen Personen gestützt auf Art. 27 ZGB ohnehin verweigern; möchten sie diesen aber nachkommen, so gibt es keinen Grund, warum ein entsprechender Vertrag nicht durchsetzbar sein sollte. Angehörige von Hilfsorganisationen, Bergführer, Testpiloten und Zirkusakrobaten verpflichten sich zu Tätigkeiten, bei denen sie unter Umständen ihr Leben riskieren, Mitarbeiter religiöser Vereinigungen müssen allenfalls weitreichenden Vorschriften bezüglich ihres persönlichen Lebenswandels nachkommen und Prostituierte binden sich in ihrer Intimsphäre. Die sich aus Art. 27 ZGB oder allenfalls auch schon aus Art. 404 OR ergebende jederzeitige Kündigungsmöglichkeit schützt diese Personen genügend; ethisch und moralisch ist eine Verpflichtung nicht deshalb inakzeptabel, weil sie jemanden im Kernbereich seiner Persönlichkeit bindet, da diese Bindung eben nur so lange besteht, wie dies die entsprechende Person selbst will.

Als absolut nicht dispositionsfähige Rechtsgüter verbleiben die Menschenwürde,<sup>45</sup> das Leben und der Kerngehalt der körperlichen Integrität. Verträge, welche die Entäusserung eines entsprechenden Rechtsguts zum Inhalt haben, sind – sofern sie nicht ohnehin gegen eine konkrete Verbotsnorm verstossen<sup>46</sup> – sittenwidrig i.S.v. Art. 20 OR und damit nichtig.

<sup>44</sup> Vgl. Erw. 2.3.

<sup>45</sup> Vgl. *Gerhard Fiolka*, «Big Brother»: zwischen Menschenwürde und Lotteriegesetzgebung, *AJP* 9 (2000), S. 814.

<sup>46</sup> Beispielsweise Art. 114 und 122 StGB. Vgl. dazu *Jörg Rehberg/Niklaus Schmid/Andreas Donatsch*, *Strafrecht III*, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 3 und 44 f.

### 2. Sonstige Verstösse gegen die guten Sitten

Die kollektiven Moral- und Wertvorstellungen, welche die guten Sitten ausmachen, sind kein «ewiger» Massstab, sondern stetiger Veränderung unterworfen.<sup>47</sup> Angesichts des zunehmenden Wertpluralismus verliert dieser moralische *common ground* tendenziell an Terrain und damit die guten Sitten als Schranken der Vertragsfreiheit an Bedeutung. Gleichzeitig verschiebt die rasante medizinische, naturwissenschaftliche und technische Entwicklung die Grenzen des Machbaren ständig: Hier beschränken die guten Sitten als Generalklausel die zulässigen Vertragsinhalte, bis der Gesetzgeber auf die neue Situation reagiert.<sup>48</sup>

Entscheidend ist, ob eine Vereinbarung derart inakzeptabel ist, dass ihre Durchsetzung zu völlig unerwünschten Resultaten führen würde. So hat beispielsweise die Nichtigkeit entgeltlicher Organspendeverträge unter Umständen die unbillige Folge, dass jemand, der seine Niere schon gespendet hat, am Ende die versprochene Entschädigung nicht erhält; diese Sanktion soll aber vor allem präventiv wirken und entsprechende Verträge von vornherein unattraktiv machen.<sup>49</sup> Den guten Sitten kommt als inhaltliche Schranken der Vertragsfreiheit somit auch eine Lenkungsfunction zu.

Die mit der Sittenwidrigkeit verbundene Missbilligung allein wird den Abschluss entsprechender Verträge aber nur in den wenigsten Fällen völlig verhindern können. Demgegenüber kann der Ausschluss der gerichtlichen Durchsetzbarkeit zu Bestrebungen Privater, ihre Forderungen selbst durchzusetzen, und damit zu einer problematischen Aufweichung des staatlichen Gewaltmonopols führen. Der Prostitution konnte das Stigmata der Sittenwidrigkeit beispielsweise nur wenig anhaben, dafür wird faktisch die Klientel geschützt, die im Nachhinein die Bezahlung verweigern kann, ohne gerichtlich belangt werden zu

<sup>47</sup> Vgl. *Huguenin Jacobs* (FN 16), N 34; *Kramer*, Kommentar (FN 38), N 174; *Schwenzer* (FN 35), § 32 N 17.

<sup>48</sup> So hätte eine entgeltliche Verpflichtung, eine Niere zu spenden, vor dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung, wohl als sittenwidrig qualifiziert werden müssen. Seit dem 18. April 1999 sind entsprechende Verträge gemäss Art. 119a Abs. 3 BV rechtswidrig und damit nichtig. Vgl. *Rainer J. Schweizer/Markus Schott*, Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Lachen/Zürich 2002, N 25 f. zu Art. 119a BV.

<sup>49</sup> Vgl. *Schweizer/Schott* (FN 48), N 27.

können. Da sich die entsprechenden Moralvorstellungen stark verändert haben und es als wenig konsistent erscheint, wenn der Staat von Prostituierten Steuern und Sozialversicherungsbeiträge verlangt, ihnen aber die Durchsetzung ausstehender Geldforderungen verweigert,<sup>50</sup> wäre es u.E. angebracht, Prostitutionsverträge ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes i.S.v. Art. 27 ZGB zu beurteilen.

### 3. Rechtsfolgen

Im Gegensatz zum Schutz vor übermässigen Bindungen gemäss Art. 27 ZGB wird bei i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR sittenwidrigen Verträgen der Vertragsinhalt missbilligt: Dem entspricht auch die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge der Nichtigkeit. Entsprechende Verträge sind daher – in aller Regel *ex tunc* – nichtig.

Verstossen bloss einzelne Bestimmungen eines Vertrags gegen die guten Sitten, so sind gemäss Art. 20 Abs. 2 OR nur diese nichtig. Der Vertrag ist allenfalls nach den Regeln der modifizierten Teilnichtigkeit zu ergänzen oder abzuändern.<sup>51</sup>

### IV. Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts ist zu begrüssen: Ob ein Vertrag gemäss Art. 20 Abs. 1 OR gegen die guten Sitten verstösst und damit (teil-)nichtig ist, muss unabhängig von einer allfälligen übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB geprüft werden; ein übermässig bindender Vertrag kann einen sittenwidrigen Inhalt haben, muss aber nicht. Umgekehrt gilt dasselbe: Ein sittenwidriger Vertrag braucht nicht übermässig in die persönliche Freiheit einer Partei einzugreifen.

<sup>50</sup> A.A. BGE 111 II 300 f.

<sup>51</sup> Vgl. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 16), § 6 N 689 ff.; *Huguenin Jacobs* (FN 16), N 61 ff.; *Kramer*, Kommentar (FN 38), N 326 ff.; *Schwenzer* (FN 35), § 32 N 39 ff.