

## Übermässige Bindung im Aktionärbindungsvertrag

Bundesgerichtsurteil 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017 (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Patricia Reichmuth und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016
  - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juni 2017
- III. Bemerkungen
  - 1. Verbot sittenwidriger Verträge nach Art. 20 OR im Verhältnis zum Schutz vor übermässiger Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB
  - 2. Beendigung ewiger Verträge
  - 3. Rechtslage bei übermässiger Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB
  - 4. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Aktionäre B. (nachfolgend B. oder Beschwerdegegner) und A. (nachfolgend A. oder Beschwerdeführer) gründeten zusammen mit dem inzwischen verstorbenen C. am 10. Januar 1985 die D. AG und schlossen am 23. Januar 1985 einen Aktionärbindungsvertrag. Dieser enthält unter anderem Bestimmungen über ein Vorhandrecht, den Anspruch der drei Gründeraktionäre auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat und auf Ausschüttungen der Aktiengesellschaft an sie. Ziffer 8 des Aktionärbindungsvertrags hält unter dem Titel «Geldwerte Leistungen an die Aktionäre bzw. Geschäftsführer» in lit. a/cc Folgendes fest: «Sobald der Lohn von A. real um mehr als CHF 10 000 ansteigt bzw. teuerungsbereinigt CHF 110 000 pro Jahr übersteigt, hat die AG Herrn B. 34% des diesen Betrag übersteigenden Anteils auszu zahlen. Die Auszahlung erfolgt jeweils am Ende des jeweiligen Jahres.»

Der Vertrag wurde auf unbestimmte Dauer abgeschlossen und als unkündbar bezeichnet. Für den Fall der Verletzung des Aktionärbindungsvertrags durch eine Vertragspartei sah der Vertrag eine Konventionalstrafe von CHF 40 000.00 pro Widerhandlungsfall vor.

Im Jahr 1998 versuchten die drei Aktionäre erfolglos den Aktionärbindungsvertrag anzupassen,

woraufhin A. den Vertrag am 28. April 1999 kündigte. B. widersetzte sich dieser Kündigung und hielt am Vertrag weiter fest. B. beantragte jeweils an den Generalversammlungen der kommenden Jahre (letztmals im Juni 2012) gestützt auf den Aktionärbindungsvertrag seine Wahl in den Verwaltungsrat. Seinen Anträgen wurde nicht entsprochen.

B. reichte am 7. Mai 2013 beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden Klage auf Bezahlung von Konventionalstrafen für in der Vergangenheit bereits erfolgten Nichtwahlen sowie eine weitere Konventionalstrafe in Bezug auf die Nichtleistung des vertraglichen Beteiligungsanspruchs an der Abgangsentschädigung, welche A. aufgrund der Beendigung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer per Ende 2001 von der D. AG erhalten hatte, ein. Zudem verlangte er die Realerfüllung des Aktionärbindungsvertrags, indem A. unter Strafandrohung im Falle der Unterlassung verpflichtet werden soll, ihn an der nächsten Generalversammlung in den Verwaltungsrat zu wählen.

Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden schützte die Klage weitgehend mit Urteil vom 28. Mai 2015. Die von A. dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden mit Entscheid vom 22. August 2016 ab, worauf A. Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhob.

### II. Erwägungen der Gerichte

#### 1. Urteil des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016

Vor Obergericht rügte der Beschwerdeführer zunächst eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung durch das Kantonsgericht. Er kritisierte, dass die seinerzeit getroffene Vereinbarung insbesondere hinsichtlich der dem Beschwerdegegner zufließenden Entschädigungen gemäss Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärbindungsvertrags durch Zeitablauf nicht mehr als adäquat erscheine. Das Obergericht prüfte deshalb, ob die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB erfüllt seien und verneinte diese Frage.<sup>1</sup>

Weiter bestritt der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren die Rechtswirksamkeit des Aktionärbindungsvertrags einerseits wegen der im Jahre 1999

\* RA M<sup>Law</sup> Patricia Reichmuth 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>>.

<sup>1</sup> Entscheid des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016 (O1Z 15 11), E. II.1.4.

durch den Beschwerdeführer vorgenommenen Vertragskündigung, andererseits aber auch wegen übermässiger, die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ZGB verletzender Bindung. Betreffend die Rechtsfolgen einer übermässigen Bindung erwog das Obergericht unter Hinweis auf das vorinstanzliche Urteil, welches sich seinerseits auf BGE 129 III 209 stützte, dass eine übermässige Vertragsbindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB nur noch die Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR nach sich ziehe, wenn sie den höchstpersönlichen, jeder vertraglichen Bindung entzogenen Kernbereich tangiere.<sup>2</sup> Weil Aktionärsbindungsverträge kaum je den Kernbereich der Persönlichkeit betreffen, seien sie nicht nichtig, sondern gäben der übermässig gebundenen Partei das Recht, die Vertragserfüllung zu verweigern. Die Vertragspartei, die sich wegen überlanger Bindung auf die einseitige Unverbindlichkeit berufe, müsse die Beendigung des gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärsbindungsvertrags auf dem Weg der Gestaltungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR geltend machen.<sup>3</sup> Da dies vorliegend nicht erfolgt sei, gelangte das Obergericht zum Schluss, dass der Vertrag weiterhin rechtsverbindlich sei.<sup>4</sup>

Im Sinne einer Eventualbegründung führte das Obergericht aus, dass eine übermässig vertragliche Bindung auch inhaltlich nicht auszumachen sei. Der Aktionärsbindungsvertrag hätte zwar weitreichende finanzielle Auswirkungen, eine übermässige Einschränkung in der wirtschaftlichen Freiheit des Beschwerdeführers liege jedoch nicht vor.<sup>5</sup>

## 2. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juni 2017

Vor Bundesgericht rügte der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 20 OR, indem die Vorinstanz bei einem die Persönlichkeit verletzenden Ak-

tionärsbindungsvertrag ausserhalb des Kernbereichs von Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Kündigung verlange.<sup>6</sup>

### 2.1 Abgrenzung

Das Bundesgericht stellt zunächst klar, dass es sich bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht – wie von den kantonalen Gerichten angenommen – um einen Anwendungsfall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund handelt.<sup>7</sup> Der wichtige Grund für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses ergebe sich regelmässig aus einer Veränderung der objektiven Vertragsgrundlagen oder einer Veränderung in den persönlichen Verhältnissen einer Vertragspartei.<sup>8</sup> Im Fall einer übermässigen Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB («Knebelungsvertrag») sei dies aber nicht der Fall; die Übermässigkeit der Bindung folge vor allem aus der Vertragsgestaltung selber in Kombination mit der Bindungsdauer.<sup>9</sup>

### 2.2 Geltendmachung einer übermässigen Bindung

Unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung<sup>10</sup> weist das Bundesgericht klärend darauf hin, dass bei einer Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht ohne Weiteres von der Nichtigkeit des betreffenden Vertrags auszugehen ist, die von Amtes wegen zu beachten wäre, es sei denn, der höchstpersönliche Kernbereich einer Person ist betroffen.<sup>11</sup> Dem Bundesgericht zufolge besitzt der zu Schützende vielmehr eine «Einrede (im untechnischen Sinn) gegen den Erfüllungsanspruch des Kontrahenten» und könne die Vertragserfüllung verweigern. Dementsprechend sei eine Kündigung – entgegen der Auffassung der Vorinstanzen – nicht notwendig und erst recht nicht eine gesellschaftsrechtliche Auflösungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR.<sup>12</sup>

Im vorliegenden Fall ergab sich aus dem Protokoll der Generalversammlung vom 17. Juni 2005, dass von den drei ursprünglichen Vertragspartnern des Aktionärsbindungsvertrags nur noch der Beschwer-

<sup>2</sup> Entscheid des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016 (OIZ 15 11), E. II.3.2.1.

<sup>3</sup> Eine ordentliche Kündigung nach Art. 546 Abs. 1 OR sei vorliegend ungültig, da die Parteien im Aktionärsbindungsvertrag die ordentliche Kündigung nach Art. 546 Abs. 1 OR gültig ausgeschlossen hätten.

<sup>4</sup> Entscheid des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016 (OIZ 15 11), E. II.3.2.5.

<sup>5</sup> Entscheid des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016 (OIZ 15 11), E. II.3.2.4.

<sup>6</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.

<sup>7</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>8</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>9</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>10</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2; BGE 108 II 405, E. 3; BGE 106 II 369, E. 4.

<sup>11</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>12</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

deführer und der Beschwerdegegner Aktien besaßen. Daraus folgte das Bundesgericht, dass der Aktionärbindungsvertrag – spätestens aber nach dem Tod von C. – zu einem Zweiparteivertrag wurde, welcher einem Austauschverhältnis so nahe steht, dass es sich rechtfertigt, diesen auch bezüglich möglicher Einreden wie einen solchen zu behandeln.<sup>13</sup> So könne der Beschwerdeführer einredeweise geltend machen, der die eingeklagten Ansprüche begründende Aktionärbindungsvertrag sei im Zeitpunkt der Vertragsverletzung (betreffend Konventionalstrafen) bzw. der zukünftigen Durchsetzung (aktuelle Wahl in den Verwaltungsrat) übermäßig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB und wäre bzw. sei damit nicht mehr rechtswirksam.<sup>14</sup>

### 2.3 Übermäßige Bindung und ihre Rechtsfolgen

Sodann ging das Bundesgericht zur Diskussion der Frage über, ob eine persönlichkeitsverletzende, übermäßige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB vorliegt, wobei es der Beurteilung dieser Frage die Verhältnisse im Zeitpunkt der Geltendmachung der übermäßigen Bindung zu Grunde legte.<sup>15</sup>

Das Bundesgericht ruft zunächst in Erinnerung, dass Verträge nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auf unbegrenzte Zeit abgeschlossen werden können. Enthaltene ein Dauervertrag keine Bestimmungen über die Möglichkeit einer Kündigung müsse jeweils unter Würdigung sämtlicher Umstände im konkreten Fall entschieden werden, wann der Zeitpunkt gekommen sei, in dem das Vertragsverhältnis beendet werden könne.<sup>16</sup> Eine gewisse Zurückhaltung auferlegt sich das Bundesgericht bei der Annahme eines Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn es um die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung geht. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit nur dann exzessiv im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert («knebelt»), seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in dem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind.<sup>17</sup> Auch eine lange Bindung sei zulässig, wenn

die Bindung mit der Aktionärseigenschaft gekoppelt sei und diese zu adäquaten Bedingungen aufgegeben werden könne.<sup>18</sup> Eine übermäßige Bindung könne aber namentlich dann angenommen werden, wenn sie im Rahmen der Nachfolgeregelung die gesamte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer Vertragspartei betreffe und damit zugleich auch in deren persönliches Betätigungsfeld eingreife.<sup>19</sup> Ob eine unzulässige Beschränkung vorliege, hänge von der Würdigung des Rechtsverhältnisses als Ganzes ab, sofern bei einem umfassenden Vertrag wie dem Aktionärbindungsvertrag nur einzelne Ansprüche eingeklagt werden, der Berechtigte aber auf der Gültigkeit des ganzen Vertrags beharre.<sup>20</sup>

Das Bundesgericht kommt im vorliegenden Fall zum Ergebnis, dass sich aus der Ausgestaltung des seit 30 Jahren bestehenden Aktionärbindungsvertrags eine erhebliche Einschränkung in der persönlichen Gestaltungsfreiheit des Beschwerdeführers bei der Nachfolgeregelung ergebe.<sup>21</sup> Unter diesem Aspekt schränke der Aktionärbindungsvertrag – eine Generation nach dessen Abschluss – die Freiheit des Beschwerdeführers übermäßig im Sinne des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 27 Abs. 2 ZGB ein. Dem könne nur Rechnung getragen werden, wenn der Vertrag zeitlich begrenzt werde und mit Wirkung ex nunc dahinfalle. Demzufolge könne der Beschwerdeführer auch nicht verpflichtet werden, den Beschwerdegegner an der nächsten Generalversammlung in den Verwaltungsrat zu wählen.<sup>22</sup> Ausserdem erachtete das Bundesgericht eine allfällige Konventionalstrafe in Bezug auf die Nichtleistung des Beteiligungsanspruchs respektive des diesbezüglichen Garantieversprechens als verjährt mit der Begründung, dass mit der Verjährung der gesicherten Forderung – vorbehaltlich einer abweichenden Abrede – auch die Konventionalstrafe verjährt.<sup>23</sup> Die Beschwerde erweist sich in diesen beiden Punkten somit als begründet.

Was hingegen die Bezahlung der drei Konventionalstrafen betrifft, die aufgrund der Nichtwahl in den Verwaltungsrat verfallen sind, bestätigte das Bundesgericht das vorinstanzliche Urteil, da der Aktionär-

<sup>13</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.3.

<sup>14</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.3.

<sup>15</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.

<sup>16</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.4.

<sup>17</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.4.

<sup>18</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

<sup>19</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

<sup>20</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.5.

<sup>21</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

<sup>22</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

<sup>23</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 6.2.

bindungsvertrag im Zeitpunkt der Vertragsverletzung noch gültig war.<sup>24</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Verbot sittenwidriger Verträge nach Art. 20 OR im Verhältnis zum Schutz vor übermässiger Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB

##### 1.1 Ausgangslage

Gegenstand des Entscheids ist ein Aktionärbindungsvertrag, der eine übermässige, die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ZGB verletzende Bindung bewirkt.

Aktionärbindungsverträge sind eines der wichtigsten Gestaltungsmittel in personenbezogenen Aktiengesellschaften.<sup>25</sup> Der Zweck des Vertrags besteht darin, die Ausübung der Rechte und Pflichten, die mit der aktuellen oder künftigen Aktionärsstellung einer der Vertragsparteien in einer Aktiengesellschaft im Zusammenhang stehen, zu regeln.<sup>26</sup> Als solche kommen unter anderem in Betracht: Stimmbindungen, Verfügungsbeschränkungen, Erwerbsrechte und -pflichten, Treue- und Mitwirkungspflichten sowie Konkurrenzverbote.<sup>27</sup> Häufig besteht sodann ein Interesse, die Bindung an den Aktionärbindungsvertrag

mit der Dauer des Bestehens einer Aktiengesellschaft zu koppeln<sup>28</sup> oder wie im vorliegenden Fall Aktionärbindungsverträge auf unbegrenzte Zeit unkündbar abzuschliessen.

Lehre und Rechtsprechung unterstreichen, dass Verträge nicht auf ewige Zeit abgeschlossen werden können, weil dies einer übermässigen Einschränkung der Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 Abs. 2 ZGB bzw. einer zweckwidrigen und damit rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung gleichkomme.<sup>29</sup> Von praktischer Bedeutung ist daher die Frage nach der Beendigung von Aktionärbindungsverträgen, deren Kündbarkeit für eine unbestimmte Dauer ausgeschlossen wurde.

##### 1.2 Entwicklung der Rechtsprechung

Art. 27 Abs. 2 ZGB statuiert gemäss Marginalie zum Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung, dass sich niemand in seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Nach der älteren Rechtsprechung verstösst der übermässig bindende Vertrag gegen die guten Sitten und ist damit als nichtig bzw. teilnichtig gemäss Art. 20 OR zu qualifizieren.<sup>30</sup> Mit BGE 129 III 209, welcher in der Lehre verschiedentlich Anlass für Kritik gab,<sup>31</sup> hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Verhältnis von Art. 20 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB dahingehend präzisiert, dass nicht jede übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB gleichzeitig

<sup>24</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 6.4.

<sup>25</sup> Peter Böckli/Lukas Morscher, Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, SZW 69 (1997), 53–65, 53.

<sup>26</sup> Peter Forstmoser, Aktionärbindungsverträge, in: Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (Hrsg.), Innominate Verträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, 359–381, 364; Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Diss. Bern 2001, 5 f.; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 11 N 1; zur älteren Literatur vgl. Hans Glatfelder, Aktionärbindungsverträge, ZSR 78/2 (1959), 141a–355a, 153a.

<sup>27</sup> Peter Forstmoser/Marcel Kuchler, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 1936; von der Crone (Fn. 26), § 11 N 6 ff.; Hintz-Bühler (Fn. 26), 19 f. und 73 ff.; Peter Forstmoser, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 375–407, 384 f.; Glatfelder (Fn. 26), 181a ff.; zur Übertragung und zeitlichen Geltung von Optionsrechten in Aktionärbindungsverträgen siehe Böckli/Morscher (Fn. 25), 54 ff.

<sup>28</sup> Forstmoser (Fn. 26), 369; Ders. (Fn. 27), 389; Hintz-Bühler (Fn. 26), 150; von der Crone (Fn. 26), § 11 N 32.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 127 II 69, E. 5b; BGE 114 II 159, E. 2a; Hintz-Bühler (Fn. 26), 150; Eugen Bucher, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung, Die natürlichen Personen, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993, N 348 ff. zu Art. 27 ZGB; Peter Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, 24.

<sup>30</sup> BGE 84 II 366, E. 3; BGE 102 II 211, E. 6; BGE 112 II 433, E. 3; zur Rechtslage nach der älteren Rechtsprechung vgl. ausführlicher hinten III.3.1.

<sup>31</sup> Vgl. Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 685 ff.; Claire Huguenin/Christophe Peter Reitze, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 19 ff. zu Art. 27 ZGB; Forstmoser/Kuchler (Fn. 27), N 1957 ff.

gegen die guten Sitten verstösst und damit nach Art. 20 OR als nichtig oder teilnichtig zu qualifizieren ist. Die Nichtigkeitsfolge des Art. 20 OR komme demnach nur für Verträge in Frage, die den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person tangieren und damit gleichzeitig gegen die Schranken von Art. 20 OR verstossen.<sup>32</sup> Kein Anwendungsfall der Sittenwidrigkeit liege hingegen vor, wenn ein Vertrag an sich zulässig sei und nur das Mass der Bindung als übermässig erscheine; diesfalls sei allein ein Verstoß gegen das Recht der Persönlichkeit gegeben.<sup>33</sup> Die vom Bundesgericht vorgenommene Differenzierung hat zur Folge, dass – jene Fälle ausgenommen, wo die übermässige Bindung den Kernbereich einer Person tangiert – sich nur die übermässig gebundene Vertragspartei auf das Übermass der Bindung bzw. die einseitige Unverbindlichkeit berufen und die Vertragserfüllung verweigern kann. Tut sie dies nicht, ist eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung nicht von Amtes wegen zu beachten: Die zu schützende Person kann auf den Schutz von Art. 27 Abs. 2 ZGB verzichten und den übermässig bindenden Vertrag erfüllen.

## 2. Beendigung ewiger Verträge

### 2.1 Allgemeines

In BGE 129 III 209 hat das Bundesgericht festgestellt, bei einer bloss übermässigen Bindung verlange der Zweck von Art. 27 Abs. 2 ZGB, dass die übermässig gebundene Vertragspartei die Erfüllung verweigern kann.<sup>34</sup> Daraus leiteten die Vorinstanzen ab, dass die Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Kündigung verlange und folgten damit der Interpretation von BGE 129 III 209 durch *Forstmoser/Küchler*.<sup>35</sup> Als Begründung dafür verweisen die Autoren auf BGE 128 III 428, wonach das Bundesgericht die Unverbindlichkeit aufgrund übermässiger Bindung als Unterfall der Kündigung aus wichtigem Grund betrachtete.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2. Das Bundesgericht hat sich damit zu der von *Eugen Bucher* vertretenen Auffassung bekannt, siehe *BK-Bucher* (Fn. 29), N 114 ff. und 127 zu Art. 27 ZGB.

<sup>33</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2; zu den Rechtsfolgen bei Übermass der Bindung vgl. ausführlicher hinten III.3.2.3.

<sup>34</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2.

<sup>35</sup> *Forstmoser/Küchler* (Fn. 27), N 1957 ff.

<sup>36</sup> BGE 128 III 428, E. 3c.

### 2.2 Abgrenzung zur Kündigung aus wichtigem Grund

Umstritten war im vorliegenden Fall zunächst die Frage, ob die Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Kündigung voraussetzt. Wie das Bundesgericht im vorliegend diskutierten Urteil festgestellt hat, ist der Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 Abs. 2 ZGB von der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigen Gründen abzugrenzen.

Es entspricht einem allgemein anerkannten Grundsatz des Vertragsrechts, dass sämtliche Dauerschuldverhältnisse vorzeitig aus wichtigem Grund aufgelöst werden können.<sup>37</sup> Für gesetzlich geregelte Dauerschuldverhältnisse sieht das Gesetz regelmässig entsprechende Bestimmungen vor.<sup>38</sup> Voraussetzung für eine Kündigung aus wichtigem Grund ist, dass die Fortführung der Vertragsbeziehung aufgrund veränderter Umstände für die betreffende Partei unzumutbar geworden ist.<sup>39</sup> Für das Bundesgericht erscheinen als wichtige Gründe für die Kündigung eines auf Dauer angelegten Schuldverhältnisses primär Veränderungen der objektiven Vertragsgrundlagen oder Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen einer Vertragspartei.<sup>40</sup> Dabei ist zu beachten, dass die geltend gemachten Umstände nicht bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen bzw. voraussehbar sein dürfen.<sup>41</sup> Die Vertragspartei, die sich auf den

<sup>37</sup> BGE 135 III 1, E. 2.4; BGE 128 III 428, E. 3; BGE 122 III 262, E. 2a/aa; *BK-Bucher* (Fn. 29), N 200 zu Art. 27 ZGB; *Hüntz-Bühler* (Fn. 26), 162 f.

<sup>38</sup> Für den Arbeits-, Miet- und Agenturvertrag vgl. Art. 337 Abs. 1 OR, Art. 266g Abs. 1 OR und Art. 418r Abs. 1 OR.

<sup>39</sup> BGE 128 III 428, E. 3c; BGE 122 III 262, E. 2a/aa.

<sup>40</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2; siehe auch *Meinrad Vetter/Roman S. Gutzwiller*, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, *AJP* 19 (2010), 399–714, 704 ff.; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 27), N 1881 f.; *Benedikt Maurenbrecher*, Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis – Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 428 ff. («Fiat Lux»), *recht* (2003), 180–192, 184; *Lukas Handschin/Reto Vonzun*, in: Schmid Jörg (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Die Personengesellschaften, Die einfache Gesellschaft*, Art. 530–551 OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, N 149 zu Art. 545–547 OR.

<sup>41</sup> *Forstmoser/Küchler* (Fn. 27), N 1882; *BK-Bucher* (Fn. 29), N 197 zu Art. 27 ZGB; *Roger Weber*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 5 zu Art. 266g OR; *Gauch* (Fn. 29), 169 f.

wichtigen Grund zur Vertragsauflösung berufen will, hat dies innert angemessener (Bedenk-)Frist seit Kenntnis der verändernden Umstände zu tun; wartet die kündigende Partei zu lange zu, läuft sie Gefahr, dass sie ihr Recht zur Kündigung verwirkt.<sup>42</sup>

In BGE 128 III 428 hat das Bundesgericht ausgeführt, nach heutigem Verständnis bilde der Persönlichkeitsschutz im Sinne von Art. 27 ZGB die dogmatische Grundlage für die vorzeitige Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses.<sup>43</sup> Die Kündigung aus wichtigem Grund soll dann greifen, wenn das «Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten».<sup>44</sup> In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass das Bundesgericht die Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB damit als Unterfall der Kündigung aus wichtigem Grund zu betrachten scheine.<sup>45</sup> Es war nicht klar, ob die Geltendmachung einer übermässigen Bindung eine Kündigung voraussetzt. In dieser Frage hat das Bundesgericht mit dem vorliegenden Urteil Klarheit geschaffen. Es hat klar gestellt, dass es sich bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB gerade nicht um einen Anwendungsfall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund handelt.<sup>46</sup> Die Unzulässigkeit einer Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB beruhe vielmehr darauf, dass die Ausgestaltung des Vertrags selber in

Kombination mit der Bindungsdauer zu einer übermässigen Einschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Handlungsfreiheit führe.<sup>47</sup> Der bundesgerichtlichen Auffassung ist beizupflichten: Erstens bezieht sich die Kündigung aus wichtigem Grund auf Fälle der nachträglichen Änderung der Verhältnisse, d.h. auf solche, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorgelegen haben. Demgegenüber steht bei Art. 27 Abs. 2 ZGB vielmehr die Frage im Vordergrund, ob die durch Vertrag geregelten Gegenstände und den Parteien vertraglich auferlegten Pflichten von unzulässig langer Dauer sind bzw. in Kombination mit der Bindungsdauer als übermässig beschränkend erscheinen.<sup>48</sup> Zweitens ist der Massstab der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses vorliegt, primär das Gebot des Handels nach Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB<sup>49</sup> und nicht Art. 27 ZGB.<sup>50</sup> Und schliesslich setzt die Befreiung durch Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht voraus, dass ein wichtiger Grund vorliegt, was das Bundesgericht bereits im Jahr 1936 erkannt hat.<sup>51</sup> Umgekehrt gilt dasselbe:<sup>52</sup> Ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB kann ein wichtiger Grund sein, der die vorzeitige Vertragskündigung rechtfertigt oder Gegenstand eines ausserordentlichen Kündigungsrechts ist, muss aber nicht.

## 2.3 Geltendmachung einer übermässigen Bindung

### 2.3.1 Abwehrmittel der zu schützenden Person: Einrede

Im Gesetz ist die Frage nach der Geltendmachung einer Persönlichkeitsverletzung nicht geregelt. Ebenso wenig die Rechtsfolgen solcher Bindungen.<sup>53</sup> Wie nun höchstrichterlich geklärt ist, braucht es zur Gel-

<sup>42</sup> Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 12 f. zu Art. 337 OR; Vetter/Gutzwiller (Fn. 40), 705.

<sup>43</sup> BGE 128 III 428, E. 3c.

<sup>44</sup> BGE 128 III 428, E. 3c.

<sup>45</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 27), N 1949 und 1960; Hand-schin/Vonzun (Fn. 40), N 138 f. zu Art. 545–547 OR und Peter Jung, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 11 zu Art. 545–546 OR, sehen in der Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB einen wichtigen Grund gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR, der die Auflösungsklage rechtfertigt. Für die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB spricht sich aus: Daniel Staehelin, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016, N 29 zu Art. 545/546 OR.

<sup>46</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>47</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>48</sup> Implizit auch Forstmoser/Küchler (Fn. 27), N 1950.

<sup>49</sup> So ausdrücklich Art. 337 Abs. 2 OR; siehe auch Ivo Schwander, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 2 ZGB; Heinrich Honsell, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 20 zu Art. 2 ZGB.

<sup>50</sup> Ebenso Maurenbrecher (Fn. 40), 185 f.

<sup>51</sup> BGE 62 II 32, E. 5.

<sup>52</sup> So auch Forstmoser/Küchler (Fn. 27), N 1950.

<sup>53</sup> So bereits Daniel Leu/Hans Caspar von der Crone, Übermässige Bindung und die guten Sitten, SZW 75 (2003), 221–228, 225 f.; siehe eingehender dazu hinten III.3.

tendmachung einer übermässigen Bindung keine Kündigung des Betroffenen.<sup>54</sup>

Der Schutzgedanke von Art. 27 Abs. 2 ZGB besteht darin, dass der zu Schützende sich von der übermässigen Bindung befreien kann. Die von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeitsfolge erweist sich, wie eingangs dargelegt, als zu überschüssend. Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht erwogen, der Beschwerdeführer könne den eingeklagten Ansprüchen entgegenhalten, sie bestünden nicht, weil der ihnen zugrunde liegende Aktionärbindungsvertrag im Zeitpunkt der Vertragsverletzung bzw. der künftigen Durchsetzung übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB sei und damit nicht mehr rechtswirksam war bzw. ist.<sup>55</sup> Das Bundesgericht spricht von einer «Einrede (im untechnischen Sinn) gegen den Erfüllungsanspruch des Kontrahenten».<sup>56</sup>

Art. 27 Abs. 2 ZGB verschafft dem Schuldner bzw. dem zu Schützenden somit eine eigenständige, nämlich höchstpersönliche<sup>57</sup> nachträgliche Einrede des Bindungsübermasses.<sup>58</sup> Die Einrede im zivilrechtlichen Sinn ist ein dem Schuldner zustehendes Recht, die Vertragserfüllung zu verweigern, ein sog. Leistungsverweigerungsrecht.<sup>59</sup> Sie richtet sich gegen die Ansprüche des Berechtigten auf Erfüllung des Vertrags. Anders formuliert stellt die Einrede ein Abwehrmittel gegen die Inanspruchnahme durch den Gläubiger dar.

Voraussetzung für die prozessuale Berücksichtigung der Einrede ist deren Erhebung. Das Erfordernis der Geltendmachung lässt sich zum einen daraus ableiten, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB nur dann ein Übermass an Freiheitsbeschränkung ausschliesst, wenn die betroffene Person den Schutz in Anspruch nimmt und sich von der Bindung befreien möchte, was eine entsprechende (Willens-)Erklärung nötig macht.<sup>60</sup> Denn wie bereits oben erwähnt, kann die betroffene Person auf den Schutz von Art. 27 Abs. 2 ZGB und damit auf die Einrede verzichten. Zum anderen wendet die überwiegende Doktrin und Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Norm zur Verjährungseinrede (Art. 142 OR), wonach die Verjährung nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, analog auf sämtliche Einreden an.<sup>61</sup> Es ist folglich der übermässig gebundenen Person zu überlassen, ob sie die Einrede geltend machen oder darauf verzichten will. Macht sie davon Gebrauch, hat sie zu erklären, die Leistung gestützt auf ein Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) nicht erbringen zu wollen.<sup>62</sup> Die übermässig gebundene Partei wird nicht gegen ihren Willen geschützt.

### 2.3.2 Gesellschaftsvertrag mit Zweiparteienverhältnis als Austauschverhältnis

Die Ansprüche des Beschwerdegegners stützen sich im vorliegenden Fall auf den am 23. Januar 1985 zwischen den drei Gründungsaktionären der D. AG abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrag. Die Erstinstanz qualifizierte den Aktionärbindungsvertrag als schwergewichtig gesellschaftsrechtlichen Vertrag.<sup>63</sup> Die Qualifikation des Aktionärbindungsvertrags als einfache Gesellschaft war im vorinstanzlichen Verfahren nicht strittig.

<sup>54</sup> Vgl. vorne III.2.2.; BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>55</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.3.

<sup>56</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2.

<sup>57</sup> In BGE 129 III 209, E. 2.2, qualifizierte das Bundesgericht den Anspruch auf Schutz vor übermässiger Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB als höchstpersönlich und damit unvererblich.

<sup>58</sup> So bereits *Heinz Hausheer*, Neuere Entwicklungen zum Persönlichkeitsrecht, in: Bucher Eugen/Canaris Claus-Wilhelm/Honsell Heinrich/Koller Thomas (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 319–348, 340; *Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller*, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, N 11.37.

<sup>59</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2; eingehend zu den Einreden siehe *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979, 27; *Jean-Marc Schaller*, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Zürich 2009, N 111 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 31), N 76.

<sup>60</sup> Ausser es ist der höchstpersönliche Kernbereich der Person betroffen. In diesem Fall führt ein Verstoß von Art. 27 Abs. 2 ZGB zu einer von Amtes wegen festzustellenden Nichtigkeit; das Erfordernis der Geltendmachung einer Einrede entfällt, vgl. BGE 129 III 209, E. 2.2.

<sup>61</sup> Vgl. BGer 4C.365/1996 vom 18. November 1997 (auszugsweise in SJZ 94 [1998], 89–90, 90); von *Tuhr/Peter* (Fn. 59), 27 ff.; *Schaller* (Fn. 59), N 163 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 31), N 77; *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 4.34.

<sup>62</sup> Vgl. *Schaller* (Fn. 59), N 163.

<sup>63</sup> Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015 (K1Z 13 21), E. II.2.1.

Aktionärbindungsverträge sind nach herrschender Lehre als einfache Gesellschaften im Sinne von Art. 530 ff. OR zu qualifizieren.<sup>64</sup> Solche liegen immer dann vor, wenn mit einem Aktionärbindungsvertrag mit gemeinsamen Kräften und Mitteln ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird. Reduziert sich ein Gesellschaftsvertrag, wie im vorliegenden Fall durch Tod eines Gesellschafters, auf ein Zweiparteienverhältnis, ist er auch bezüglich möglicher Einreden wie ein Austauschverhältnis zu behandeln.<sup>65</sup> Wirkt sich daher ein Aktionärbindungsvertrag übermässig bindend im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB aus, kann, so das Bundesgericht, bei einem Gesellschaftsvertrag mit Zweiparteienverhältnis der übermässig gebundene Gesellschafter ohne weiteres die Vertragserfüllung verweigern bzw. die Einrede des Bindungsübermasses erheben.<sup>66</sup> Letzteres bringt die Frage mit sich, ob ein Gesellschafter die Einrede auch dann erheben kann, wenn es sich – was den Regelfall darstellen dürfte<sup>67</sup> – nicht um eine Gesellschaft mit Zweiparteienverhältnis handelt. Dem Urteil lässt sich hierzu nichts entnehmen. Diese Frage muss u.E. klarerweise bejaht werden, nicht zuletzt deshalb, weil nach überwiegender Auffassung auch der *actio pro socio* sämtliche

Einreden entgegenstehen, die dem beklagten Gesellschafter gegen seine Leistungspflicht zustehen.<sup>68</sup>

### 3. Rechtslage bei übermässiger Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB

#### 3.1 Vor der Praxisänderung in BGE 129 III 209

Die frühere, seit längerem überholte Rechtsprechung des Bundesgerichts leitet die Rechtsfolgen einer gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässigen Bindung aus Art. 20 OR ab. Die Persönlichkeitsverletzung stellt damit einen Anwendungsfall der Sittenwidrigkeit dar. Der Vertrag ist folglich nichtig gestützt auf Art. 20 OR und vermag keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen entfalten; die Nichtigkeit wirkt in aller Regel *ex tunc*.<sup>69</sup> Entsprechend erfolgt auch die Beurteilung der Sachlage aus der Sicht der Verhältnisse bei Abschluss des Vertrags.<sup>70</sup> Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist von Amtes wegen zu beachten und hängt nicht von der Geltendmachung von Einreden oder Einwendungen irgendwelcher Art ab.<sup>71</sup> Auf die Nichtigkeit kann sich daher jedermann jederzeit berufen.<sup>72</sup> Lehre und Rechtsprechung neigen allerdings dazu, die traditionelle Rechtsfolge der Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR restriktiv anzuwenden, als Nichtigkeit nur dann angenommen wird, wenn der Schutzzweck der Norm dies ausdrücklich verlangt oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.<sup>73</sup> Sodann sieht als Ausprägung dieses allgemeinen Grundsatzes der Gesetzeswortlaut von Art. 20 Abs. 2 OR die Möglichkeit der Teilnichtigkeit für den Fall vor, dass

<sup>64</sup> Von der Crone (Fn. 26), § 114 N 28; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 162 f.; Walter Fellmann/Karin Müller, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VII, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, N 283 zu Art. 530 OR; Handschin/Vonzun (Fn. 40), N 110 zu Art. 530 OR; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrecht und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 12 N 111. Ablehnend Markus Fischer, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 89 (2017), 425–435, 430 ff. Seiner Ansicht nach sind Aktionärbindungsverträge in der Regel Innominatverträge; in diesem Sinne wohl auch Forstmoser/Küchler (Fn. 27), § 3 N 179.

<sup>65</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.3; in diesem Sinne auch BK-Fellmann/Müller (Fn. 64), N 428 zu Art. 530 OR, N 183 und 238 zu Art. 531 OR; Handschin/Vonzun (Fn. 40), N 104 zu Art. 531 OR betreffend Einrede des nicht erfüllten Vertrags; kritisch Fischer (Fn. 64), 427 f.

<sup>66</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.3.

<sup>67</sup> Glattfelder (Fn. 26), 229a.

<sup>68</sup> Siehe dazu BK-Fellmann/Müller (Fn. 64), N 643 zu Art. 530 OR; Stephan Hartmann, Zur *actio pro socio* im Recht der Personengesellschaft, ZSR 124 (2005), 397–418, 414. Bei einem als schuldrechtlichen Vertrag ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag stellt sich diese Frage erst gar nicht.

<sup>69</sup> BGE 134 III 438, E. 2.3 (m.w.H.).

<sup>70</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5 (m.w.H.).

<sup>71</sup> BGE 108 II 405, E. 3 (= Pra 72 [1983] Nr. 86); von Tuhr/Peter (Fn. 59), 225.

<sup>72</sup> BGE 137 III 496, E. 3.3.2; BGE 95 II 532, E. 3.

<sup>73</sup> BGE 134 III 52, E. 1.1; BGE 134 III 438, E. 2.3; Ernst A. Kramer, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 1. Unterteilband, Art. 19–31 OR, Kommentar zu Art. 19–20 OR, Bern 1990, N 322 zu Art. 19–20 OR; Claire Huguenin/Barbara Meise, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 54 zu Art. 19/20 OR.

bloss ein Teil des Vertragsinhalts nichtig und anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Der Vertrag ist damit nur hinsichtlich des mangelhaften Vertragsteils nichtig; der mangelfreie Rest gilt unverändert. Ob ein Fall der Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR vorliegt, hängt davon ab, was die Parteien, falls sie sich der Nichtigkeit einzelner Klauseln bewusst gewesen wären, gewollt hätten.<sup>74</sup> Es ist also der hypothetische Parteiwille zu ergründen.<sup>75</sup> Ergibt sich nach Massgabe des hypothetischen Willens der Parteien, dass sie sich bei Kenntnis der Teilnichtigkeit vertraglich nicht hätten binden wollen, bleibt es bei der Totalnichtigkeit des Vertrags. In allen anderen Fällen fällt nur der mangelhafte Vertragsteils ersatzlos dahin; im Übrigen wird der ursprünglich geschlossene Vertrag aufrechterhalten (sog. schlichte Teilnichtigkeit<sup>76</sup>).

Im Entscheid BGE 114 II 159 befasste sich das Bundesgericht mit einem zeitlich unbegrenzten Bierlieferungsvertrag.<sup>77</sup> Ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag bewirkt eine übermässige Bindung in zeitlicher Hinsicht im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB. Was vorliegt ist ein sittenwidriger und damit teilnichtiger Vertrag gemäss Art. 20 Abs. 2 OR.<sup>78</sup> Weil das Bundesgericht davon ausging, die Parteien hätten den Bierlieferungsvertrag auf eine feste Dauer von 20 Jahren geschlossen, wenn sie sich der Nichtigkeit der Klauseln bewusst gewesen wären, liess es den Vertrag mit einer Ersatzregel, welche die Bezugsverpflichtung des Beklagten auf das zulässige Mass reduzierte (feste Minimaldauer von 20 Jahren), gelten.<sup>79</sup> Auch im Entscheid BGE 107 II 216 befand das Bundesgericht auf Teilnichtigkeit und ersetzte die übermässige Vertragsklausel (Kündigungsklausel) durch Richterrecht.<sup>80</sup> Die feste Vertragsdauer wird in der Regel sodann mit einer Kündigungsmöglichkeit kombiniert, wonach der Vertrag auf das Ende der fes-

ten (reduzierten) Dauer unter Einhaltung einer angemessenen Frist gekündigt werden kann.<sup>81</sup> An die Stelle der schlichten Teilnichtigkeit tritt in diesem Sinne die sogenannte «modifizierte» Teilnichtigkeit: Nichtigkeitsklauseln werden analog Art. 20 Abs. 2 OR<sup>82</sup> so modifiziert, dass der Vertrag ohne den Inhaltsmangel bestehen bleibt.<sup>83</sup> Sie unterscheidet sich insofern von der schlichten Teilnichtigkeit, als an die Stelle des nichtigen Vertragsteils eine zulässige Ersatzregel tritt.<sup>84</sup> Sie erlaubt dem Richter konstruktiv bzw. modifizierend einzugreifen und die Vertragslücke, die infolge Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln entstanden ist,<sup>85</sup> durch dispositives Gesetzesrecht<sup>86</sup> bzw. – wenn solches fehlt – nach dem hypothetischen Parteiwillen zu schliessen. Zudem eröffnet sie die Möglichkeit, Verträge in favorem negotii auch dann aufrechtzuerhalten, wenn der Teilmangel einen Hauptpunkt des Vertrags betrifft.<sup>87</sup>

<sup>74</sup> Von Tuhr/Peter (Fn. 59), 227.

<sup>75</sup> BGE 114 II 159, E. 2c; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (Fn. 31), N 700.

<sup>76</sup> Peter Gauch, «Modifizierte» Teilnichtigkeit (Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.), recht (1983), 95–100, 97; siehe auch BK-Kramer (Fn. 73), N 353 zu Art. 19–20 OR.

<sup>77</sup> BGE 114 II 159, E. 2.

<sup>78</sup> BGE 115 II 159, E. 2c.

<sup>79</sup> BGE 114 II 159, E. 2c; BGE 107 II 216, E. 3, wobei das Bundesgericht hier missverständlich vom mutmasslichen Willen spricht.

<sup>80</sup> BGE 107 II 216, E. 3.

<sup>81</sup> BGE 107 II 2016, E. 4; BGE 113 II 209 (= Pra 77 [1988] Nr. 105); BGE 114 II 159, E. 2a; siehe auch Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Aufl., Bern 2009, § 13 N 148; Leu/von der Crone (Fn. 53), 226.

<sup>82</sup> Gl.M. Roland Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, 75 f.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (Fn. 31), N 703 f.; BSK OR I-Huguenin/Meise (Fn. 73), N 66 zu Art. 19/20 OR. Eine direkte Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR vertritt BK-Kramer (Fn. 73), N 362 zu Art. 19–20 OR.

<sup>83</sup> Gauch (Fn. 76), 97 ff.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (Fn. 31), N 703; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 7 N 40; Felix Dasser, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 23 f. zu Art. 20 OR; siehe auch BK-Kramer (Fn. 73), N 354 f. und 362 zu Art. 19–20 OR, der sich für eine modifizierte Teilnichtigkeit nicht bloss in analoger Anwendung, sondern unmittelbar gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR ausspricht.

<sup>84</sup> BGE 120 II 35 (= Pra 84 [1995] Nr. 146), E. 4; BGE 114 II 159, E. 2c; BGE 138 III 29, E. 2.3.3; BK-Kramer (Fn. 73), N 354 zu Art. 19–20 OR; Guhl/Koller/Schnyder/Druey (Fn. 83), § 7 N 40; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (Fn. 31), 703 f.

<sup>85</sup> Vgl. BSK OR I-Huguenin/Meise (Fn. 73), N 65 zu Art. 19/20 OR; OFK-Dasser (Fn. 83), N 23 zu Art. 20 OR.

<sup>86</sup> BGE 107 II 216, E. 3a; siehe auch Gauch (Fn. 76), 98 ff.

<sup>87</sup> BGE 107 II 2016, E. 2a; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (Fn. 31), N 704; von Tuhr/Peter (Fn. 59), 227 f. Nach BK-Kramer (Fn. 73), N 337 zu Art. 19–20 OR, soll eine Ersatzregel in einem subjektiv wesentlichen Hauptpunkt demgegenüber nicht möglich und zulässig sein.

Im Kontext der modifizierten Teilnichtigkeit taucht immer wieder der Begriff der «geltungserhaltenden Reduktion» auf. Das Bundesgericht verwendete diesen Begriff erstmals in der Entscheidung BGE 123 III 292.<sup>88</sup> Damit meint es aber nichts anderes als eben diese richterliche Vertragsergänzung im Sinne der modifizierten Teilnichtigkeit, die auch der Wertung entspricht, die Art. 20 Abs. 2 OR zugrunde liegt.<sup>89</sup>

Die ratio legis von Art. 20 Abs. 2 OR besteht darin, den an einem Teilmangel leidenden Vertrag aufrechtzuerhalten, soweit es der hypothetische Parteiwille zulässt. Die Teilnichtigkeit bildet die Regel, die Totalnichtigkeit die Ausnahme.<sup>90</sup> Auszugehen ist also vom Grundsatz der Teilnichtigkeit: Es ist immer zu fragen, ob sich die Nichtigkeit auf einen einzelnen Vertrags- teil beschränkt und der restliche Teil gültig ist (Teilnichtigkeit) oder ob der Vertrag in seiner Gesamtheit als nichtig zu qualifizieren ist (Totalnichtigkeit). Steht fest, dass die Parteien den Vertrag auch ohne die fehlerhafte Abrede geschlossen hätten, ist danach zu fragen, was sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses anstelle des nichtigen Teils vereinbart hätten.<sup>91</sup>

## 3.2 Änderung der Rechtsprechung

### 3.2.1 Ausgangslage

Nach der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>92</sup> war nach dem Gesagten auch eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung als von Anfang an (teil-)nichtig zu betrachten,

<sup>88</sup> BGE 123 III 292, E. 2e/aa. Zur Problematik der geltungserhaltenden Reduktion bei der Kontrolle von AGB-Inhalten siehe *Alessia Dedual*, Geltungserhaltende Reduktion, *AJP* 26 (2017), 844–853, 845 ff. sowie auch BGER 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008.

<sup>89</sup> Vgl. auch *Hürlimann* (Fn. 82), 78 f.; *Christof Burri*, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldrechts: Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, Diss. Freiburg 2010, N 240; *Schwenzer* (Fn. 61), N 32.44; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 83), § 7 N 40 f.

<sup>90</sup> BGER 4C.156/2006 vom 17. August 2006, E. 3.2, wonach im Zweifel von blosser Teilnichtigkeit auszugehen ist; siehe auch *BK-Kramer* (Fn. 73), N 328 f. zu Art. 19–20 OR; *Schwenzer* (Fn. 61), N 32.41; siehe auch *Hausheer* (Fn. 58), 334 f.

<sup>91</sup> BGER 4C.156/2006 vom 17. August 2006, E. 3.1; *Hürlimann* (Fn. 82), 66; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 31), N 703.

<sup>92</sup> Vgl. vorn III.3.1; BGE 85 II 355, E. 3; BGE 106 II 369, E. 4; BGE 112 II 433, E. 3; BGE 114 II 159, E. 2c; BGE 120 II 35 (= Pra 84 [1995] Nr. 146), E. 4a.

was von Amtes wegen zu berücksichtigen war. Diese Praxis hat das Bundesgericht mit BGE 129 III 209 aufgegeben und mit dem vorliegenden Urteil bestätigt. Je nach Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB (Bindungsfeindlichkeit oder Übermass der Bindung) liegen somit unterschiedliche Rechtsfolgen vor.

### 3.2.2 Nichtigkeitsfolge nach Art. 20 OR im Bereich absoluten Bindungsausschlusses

Soweit ein Rechtsgeschäft den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betrifft, welcher an sich bereits jeglicher vertraglicher Bindung entzogen ist, ändert sich mit der Praxisänderung in BGE 129 III 209 nichts. Die Persönlichkeitsverletzung führt zu einer von Amtes wegen festzustellenden Nichtigkeit.

### 3.2.3 Einseitige Unverbindlichkeit als Folge eines Bindungsübermasses

#### (1) Ausgangslage

Die (modifizierte) Teilnichtigkeit, wie sie oben beschrieben wurde, hatte wohl, wie BGE 114 II 159 und BGE 107 II 216 beispielhaft illustrieren, ihre Hauptbedeutung im Bereich übermässiger Bindungen. Daran scheint sich mit der Praxisänderung in BGE 129 III 209 nun etwas geändert zu haben: Das Bundesgericht betrachtet Art. 27 Abs. 2 ZGB als eigenständig und nicht mehr unter die Nichtigkeitsfolgen von Art. 20 OR fallend.<sup>93</sup> Das führt dazu, dass für die Beurteilung des Masses des Vertragsverhältnisses ein späterer Zeitpunkt, nämlich der Zeitpunkt der Geltendmachung der übermässigen Bindung, entscheidend wird.<sup>94</sup> Dies hat wiederum zur Folge, dass die nach Vertragsschluss eingetretenen Entwicklungen mitberücksichtigt werden können. Das Abstellen auf

<sup>93</sup> Ebenso *Regina E. Aebi-Müller*, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 11 zu Art. 27 ZGB; *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 58), N 11.36; *Hausheer* (Fn. 58), 340; ähnlich *Koller* (Fn. 81), § 13 N 143.

<sup>94</sup> Anders bei der Beurteilung der Nichtigkeit, wo auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt wird, BGER 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5; *BK-Bucher* (Fn. 29), N 295 und 528 zu Art. 27 ZGB; ihm folgend *Hintz-Bühler* (Fn. 26), 152; *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 58), N 11.17; in diesem Sinne auch *Sibylle Hofer*, Art. 27 ZGB – die späte Entdeckung einer vermeintlichen Lücke, recht (2008), 58–63, 63; ablehnend *Forstmoser/Küchler* (Fn. 27), N 1950.

den Prozesszeitpunkt ist unvermeidlich, wie der vorliegende Entscheid zeigt: Das Bundesgericht beurteilt die Auswirkungen der einzelnen Vertragsklauseln auf die Unternehmensnachfolgeplanung und kam zum Ergebnis, dass ein bereits seit 30 Jahren bestehender Aktionärbindungsvertrag für den Beschwerdeführer zum heutigen Zeitpunkt bzw. eine Generation nach dessen Abschluss übermässig bindend gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB sei. Damit ist zugleich (oder umgekehrt) gesagt, dass der Aktionärbindungsvertrag vor der anstehenden Nachfolgeplanung (noch) keine erhebliche Einschränkung in der persönlichen Gestaltungsfreiheit des Beschwerdeführers bewirkte und ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB hätte verneint werden müssen. Sodann ergibt sich eine übermässige Bindung einer vertraglichen Verpflichtung – wie im vorliegenden Fall – oft erst in Kombination mit ihrer Bindungsdauer.

## (2) Übermässige Bindung im Rahmen einer Unternehmensnachfolgeplanung

Art. 27 Abs. 2 ZGB schützt vor rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen, welche gegen das Persönlichkeitsrecht einer Vertragspartei verstossen. Aber nicht jede Einschränkung der persönlichen Freiheit führt bereits zu einem Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB, sondern nur jene, die das nach Art. 27 Abs. 2 ZGB zulässige Mass überschreiten.<sup>95</sup>

Ausgangspunkt zur Beurteilung der Übermässigkeit bildet die Frage, ob der betroffenen Person im Rahmen ihrer Zukunftsgestaltung der nötige Spielraum gelassen wird.<sup>96</sup> Im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 2 ZGB spielen neben der Dauer und Intensität bzw. dem Gegenstand der Bindung (wobei zwischen diesen Elementen eine Wechselwirkung bestehen kann) auch die Angemessenheit der Gegenleistung eine wesentliche Rolle.<sup>97</sup> Letztlich ist aber die Gesamtbelastung, die aus dem Zusammenspiel aller Faktoren resultiert, entscheidend.<sup>98</sup>

Das Bundesgericht hat die Frage, ob eine übermässige Bindung vorliegt, in Bezug auf die Nachfol-

geregelung des Beschwerdeführers geprüft und insbesondere unter folgenden zwei Gesichtspunkten bejaht: Partizipation des nichtmitarbeitenden Minderheitsaktionärs an Lohnerhöhungen des Geschäftsführers sowie der Anspruch des Beschwerdegegners auf Wahl in den Verwaltungsrat oder auf Teilnahme an dessen Sitzungen. Hingegen bewirkt nach Ansicht des Bundesgerichts das vertraglich vereinbarte Vorkaufrecht – isoliert betrachtet – keine übermässige Beschränkung der Freiheiten des Beschwerdeführers, da eine Übertragung mittels Erbvorbezug oder Schenkung – analog Art. 216c OR – keinen Vorkaufsfall darstelle und eine Planung der Unternehmensnachfolge nicht erschwere.<sup>99</sup>

Als mit Art. 27 Abs. 2 ZGB problematisch erachtete das Bundesgericht, wie erwähnt, den vertraglichen Beteiligungsanspruch des Beschwerdegegners gemäss Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärbindungsvertrags. Gemäss dieser Bestimmung partizipiert der nicht mitarbeitende Beschwerdegegner entsprechend seinem prozentualen Aktienanteil an Lohnerhöhungen des geschäftsführenden Mehrheitsaktionärs. In der Beteiligung am Lohn als solche liegt zwar gemäss Bundesgericht noch kein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB. Dies ändert sich aber, sobald die Aktien des Beschwerdeführers als geschäftsführender Mehrheitsaktionär im Rahmen der Nachfolgeregelung auf seine Nachkommen aufgeteilt werden, von denen zugleich einer die Geschäftsführung übernehmen soll. Zufolge Übertragung des Aktionärbindungsvertrags bliebe der Beschwerdegegner am Lohn eines geschäftsführenden Nachkommens weiterhin beteiligt, was eine Vereinigung von Aktionärsstellung und Geschäftsführer höchst unattraktiv mache. Zudem wären die nicht geschäftsführenden Nachkommen (Aktionäre) gegenüber dem Beschwerdegegner benachteiligt. Mit der betrieblichen Nachfolge ebenfalls als nicht vereinbar beurteilte das Bundesgericht sodann den Anspruch des Beschwerdegegners auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat. Vor diesem Hintergrund lassen sich die Aktien des Beschwerdeführers somit kaum in ausgewogener Weise auf mehrere Personen übertragen, was eine sinnvolle Nachfolgeregelung verhindert und einem damit häufig verbundenen Generationenwechsel im Wege steht. Entsprechend erachtete das Bundesgericht die vertragliche Bindung des Beschwerdeführers nach rund 30 Jah-

<sup>95</sup> BK-Bucher (Fn. 29), N 127 zu Art. 27 ZGB; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 58), N 11.16.

<sup>96</sup> Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 58), N 11.17.

<sup>97</sup> BK-Bucher (Fn. 29), N 275 ff. und 290 ff. zu Art. 27 ZGB; Hintz-Bühler (Fn. 26), 151; siehe auch BGE 114 II 159, E. 2a; BGE 93 II 290, E. 7.

<sup>98</sup> BK-Bucher (Fn. 29), N 292 zu Art. 27 ZGB; siehe auch BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.5.

<sup>99</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

ren als mit Art. 27 Abs. 2 ZGB unvereinbar, da die persönliche Gestaltungsfreiheit des Beschwerdeführers bei der Nachfolgeplanung erheblich eingeschränkt wird.<sup>100</sup>

### (3) Modifikation und Dahinfallen des Vertrags mit Wirkung ex nunc

Eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung hat nicht die (Teil-)Nichtigkeit, sondern (bloss) die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags zur Folge.<sup>101</sup> Diese Unverbindlichkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mittels Einrede durch den zu Schützenden geltend zu machen. Fraglich ist jedoch, was diese «einseitige Unverbindlichkeit» bei der Geltendmachung des Abwehrenspruchs im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB bedeutet bzw. welche konkreten Rechtsfolgen sie nach sich zieht. Sodann stellt sich die Frage, wie die Gerichte dem Übermass Rechnung zu tragen haben.

Grundsätzlich wird – wie unter der alten Rechtsprechung – auch heute noch von Teilnichtigkeit ausgegangen: Übermässig bindende Vertragsverhältnisse sollen weiterhin analog Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert werden, indem beispielsweise dem zu Schützenden ein Kündigungsrecht eingeräumt oder die übermässige Verpflichtung auf das noch zulässige Mass herabgesetzt werden sollen.<sup>102</sup> Im Ergebnis zu kaum unterschiedlichen Lösungen führt auch eine andere Lehrmeinung, wonach die Auffassung vertreten wird, die Nichtigkeitsfolge des Art. 20 OR sei unter Berücksichtigung des Schutzzwecks von Art. 27 Abs. 2 ZGB festzulegen.<sup>103</sup> Eine andere Betrachtungsweise scheint aber das Bundesgericht dem vorliegenden Entscheid zugrunde zu legen: Das Bundesgericht bejaht vorliegend eine übermässige Bindung des seit 30 Jahren bestehenden Aktionärbindungsvertrags mit der Be-

gründung, dass dieser die persönliche Gestaltungsfreiheit des Beschwerdeführers bei der Nachfolgeregelung erheblich einschränke. Das Bundesgericht beseitigt die Persönlichkeitsverletzung des Beschwerdeführers, indem es den auf unbestimmte Dauer geschlossenen Aktionärbindungsvertrag nicht einfach für unwirksam erklärt, sondern zeitlich beschränkt und den Vertrag – ohne dass eine Kündigung nötig wäre – nach Ablauf seiner zulässigen Höchstdauer – schätzend auf ca. 25 bis 30 Jahre<sup>104</sup> – mit Wirkung ex nunc dahinfallen lässt.<sup>105</sup> Die Klausel, wonach der Aktionärbindungsvertrag auf unbestimmte und unkündbare Zeit geschlossen wurde, wird hier ersetzt durch eine feste Vertragsdauer, nach deren Ablauf der Vertrag nicht mehr gültig ist. Das Bundesgericht hat sich bis BGE 129 III 209 mehrmals in solchen Fällen auf Art. 20 Abs. 2 OR berufen, nicht so aber im vorliegenden Fall. Im Grundsatz aber macht das Bundesgericht nichts anderes, als eine Art Modifikation der rechtlichen Verpflichtung analog Art. 20 Abs. 2 OR – allerdings mit einem entscheidenden Unterschied. Dies betrifft den (späteren) Zeitpunkt der Beurteilung einer übermässigen Bindung: Von Bedeutung für die Beurteilung des Übermasses sind allein die Verhältnisse im Zeitpunkt der tatsächlichen Beurteilung. Entsprechend darf das Gericht nunmehr nicht allein aus der Tatsache, dass ewige Verträge unzulässig sind, eine – am hypothetischen Parteiwillen orientierte – Ersatzregel anwenden. Vielmehr darf das Gericht nur dann und soweit modifizierend eingreifen, als erstens der Vertrag im Zeitpunkt der Beurteilung übermässig beschränkend im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB erscheint, zweitens der zu Schützende diesen Schutz beansprucht und drittens dies auch seinem Willen entspricht.

In BGE 114 II 159 («Bierlieferungsvertrag»), welcher dazumal nach der älteren Rechtsprechung zum Verhältnis von Persönlichkeitsverletzung und Sittenwidrigkeit beurteilt wurde, führte eine auf unbegrenzte und damit im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässige Zeit eingegangene Bezugsverpflichtung grundsätzlich zur Teilnichtigkeit. Das Bundesgericht nahm aber an, dass der Vertrag mit einer zwanzigjährigen Minimaldauer kombiniert mit einer Kündigungsmöglichkeit geschlossen worden wäre, wenn

<sup>100</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

<sup>101</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2; BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 4.2 f.

<sup>102</sup> Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 58), N 11.45 f.; CHK-Aebi-Müller (Fn. 93), N 11 zu Art. 27 ZGB; Koller (Fn. 81), § 13 N 147 f.; in diesem Sinne auch Leu/von der Crone (Fn. 53), 226.

<sup>103</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 31), N 687; BK-Kramer (Fn. 73), N 372 zu Art. 19–20 OR; Bettina Hürlimann-Kaup/Jörg Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 833 ff. Siehe auch BSK OR I-Huguenin/Meise (Fn. 73), N 55 zu Art. 19/20 OR; BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (Fn. 31), N 21 ff. zu Art. 27 ZGB, welche von einem flexiblen Nichtigkeitsbegriff sprechen.

<sup>104</sup> Max Meyer, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis, ZBJV 136 (2000), 421–426, 426.

<sup>105</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

den Parteien die Unzulässigkeit ewiger Verträge bewusst gewesen wäre;<sup>106</sup> deshalb liess es den Vertrag mit dieser Ersatzregel gelten und verneinte – weil der Entscheid erst 15 Jahre nach Vertragsschluss (d.h. im Jahr 1988) erging – eine zeitlich übermässige Bindung.<sup>107</sup> Dieser Bierlieferungsvertrags-Fall wäre anders entscheiden worden, hätte das Bundesgericht heute darüber zu urteilen. Nachdem die Beurteilung der Sachlage nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zeitpunkt der Streitentstehung zu erfolgen hat, darf eine richterliche Anpassung nur soweit erfolgen, als der Vertrag im Zeitpunkt der Beurteilung übermässig beschränkend im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB wirkt. Dies wäre im soeben erwähnte Entscheid also frühestens nach einer Vertragsdauer von 20 Jahren (d.h. im Jahr 1993) gewesen, nachdem das Bundesgericht eine solche Dauer noch als mit Art. 27 Abs. 2 ZGB vereinbar erachtete.<sup>108</sup> Das bedeutet konkret: Die Gerichte hätten sich frühestens im Jahr 1993 noch einmal mit dieser Streitsache beschäftigen müssen. Dem festgestellten Übermass der Bindung wäre sodann – wie im vorliegenden Fall – Rechnung zu tragen, indem vom Gericht bestimmt wird, auf welchen Zeitpunkt die Vertragsbeendigung wirksam wird. Vorher dürfen die Rechtsfolgen in Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB schon gar nicht eintreten. Art. 27 ZGB schützt nicht vor langer Vertragsdauer, sondern vor der sich daraus ergebenden übermässigen Bindung.<sup>109</sup>

#### (4) Fazit

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Übermass einer an sich zulässigen Bindung nicht (mehr) die Nichtigkeitsfolge im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR nach sich zieht oder zum Tatbestand der Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR führt, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sind. Dies wurde vom Bundesgericht mit dem vorliegenden Urteil bestätigt. Die übermässig bindende Partei hat im Falle unzulässiger Freiheitsbeschränkung (aufgrund des Ausmasses der Bindung) im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB aber nunmehr das Recht, eine Art Modifikation des Vertrags

zu verlangen.<sup>110</sup> Insofern greift das Bundesgericht im Grundsatz weiterhin, wenn auch nicht explizit unter Berufung auf Art. 20 Abs. 2 OR analog, auf die in Art. 20 Abs. 2 OR enthaltenen und daraus weiterentwickelten Anpassungsmodalitäten ewiger Verträge zurück. Indem aber für die Beurteilung des Bindungsübermasses ein späterer Zeitpunkt, nämlich der Zeitpunkt, in welchem die tatsächliche Beurteilung erfolgt, massgeblich wird, hat die erfolgreiche Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB die Unwirksamkeit des Vertrags ex nunc zur Folge. Das erübrigt auch die Einräumung eines Rechts zur Kündigung nach Ablauf der reduzierten Vertragsdauer. Daher geht es methodisch auch lediglich um eine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR.

Sehr oft steht das Element der zeitlichen Dimension der Bindung (und damit indirekt auch ihrer Intensität) im Vordergrund, so insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen.<sup>111</sup> In einem solchen Fall ist der übermässig beschränkende Vertrag zeitlich zu begrenzen und auf den Zeitpunkt ex nunc, also auf den Moment der Berufung auf das Übermass der Bindung für unwirksam zu erklären. Dies ist insbesondere dann zu erwägen, wenn die Gegenpartei auf der Gültigkeit des Vertrags als Ganzes beharrt und die beschwerte Partei dessen Unwirksamkeit entgegenhält. Diese Lösung hat das Bundesgericht auch hier gewählt – ohne allerdings festzulegen, ab wann der Aktionärbindungsvertrag übermässig bindend und damit nicht mehr rechtswirksam war bzw. ist;<sup>112</sup> das Bundesgericht geht wohl aber von einer zulässigen Höchstdauer von 25 bis 30 Jahren<sup>113</sup> aus.

Mit dieser Klarstellung leistet das Bundesgericht im vorliegenden Fall einen entscheidenden Beitrag in der Kontroverse um die Rechtsfolgen eines Bindungsübermasses im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB. Der damals vom Bundesgericht mit BGE 129 III 209 neu eingeschlagene Weg ist zu begrüssen. Die Schwere und Tragweite einer übermässigen Bindung, die sich oft erst in der Erfüllungsphase manifestiert, lässt sich

<sup>106</sup> BGE 114 II 159, E. 2c.

<sup>107</sup> BGE 114 II 159, E. 2c/aa.

<sup>108</sup> BGE 114 II 159, E. 2c/aa.

<sup>109</sup> BGE 114 II 159, E. 2b; bestätigt in BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.4; siehe auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 27), N 1917.

<sup>110</sup> Ebenso *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 58), N 11.42 und 11.45.

<sup>111</sup> Auch wenn für die Beurteilung der Übermässigkeit am Ende erst eine Gesamtschau des Rechtsverhältnisses unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren ausschlaggebend ist, BGE 114 II 159, E. 2a; *Hintz-Bühler* (Fn. 26), 151; *BK-Bucher* (Fn. 29), N 274 ff. und 290 ff. zu Art. 27 ZGB; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 27), N 1918.

<sup>112</sup> Das Bundesgericht spricht nur vom «insofern relevanten Zeitraum», BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2.

<sup>113</sup> BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.6.2 (m.w.H.).

sachgerecht nur aus der Sicht des Zeitpunkts ihrer Geltendmachung beurteilen. Dies gilt im Übrigen auch für den Zeitpunkt des Dahinfallens des Vertrags. Aus Sicht des Beschwerden ist die vom Bundesgericht gewählte Beurteilung aus der Lage im Prozesszeitpunkt allerdings auch mit einer gewissen Unsicherheit behaftet, da nicht generell festgelegt werden kann, wo bzw. ab wann die Grenze von Art. 27 Abs. 2 ZGB erreicht ist oder in welchem Zeitpunkt man sich auf den Persönlichkeitsschutz erfolgreich berufen kann; es sind jeweils die Umstände des Einzelfalls zu betrachten.

#### 4. Schlussbemerkungen

Rechtsprechung und Lehre haben sich immer wieder mit der Frage der angemessenen Rechtsfolgen im Bereich absoluten Bindungsausschlusses bzw. bei festgestelltem Bindungsübermass im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB beschäftigt. Im Jahr 2002 hat das Bundesgericht ausdrücklich zum Verhältnis von Persönlichkeitsschutz gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB und Sittenwidrigkeit nach Art. 19 OR und Art. 20 OR Stellung bezogen. Mit dem vorliegenden Urteil bestätigt und präzisiert das Bundesgericht seine Haltung erneut.

Auszugehen ist von absoluter Bindungsfreiheit, soweit der höchstpersönliche Kernbereich der durch

Art. 27 Abs. 2 ZGB geschützten Persönlichkeit in Frage steht. In den übrigen Bereichen ist demgegenüber eine vertragliche Bindung an sich erlaubt, beschränkt doch jeder Vertrag in gewisser Weise die (Entscheidungs-)Freiheit einer Person. Das in Art. 27 Abs. 2 ZGB statuierte Korrektiv greift erst dann ein, wenn das Mass der Bindung als übermässig und als persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren ist und die durch die Norm geschützte Person sich davon lösen möchte. Ein auf lange Dauer geschlossenes (Dauer-)Schuldverhältnis führt nicht mehr zu einer von Amtes wegen zu beachtenden (Teil-)Nichtigkeit. Vielmehr leitet das Bundesgericht die Rechtsfolge übermässiger Freiheitseinschränkungen allein aus Art. 27 Abs. 2 ZGB ab: Der durch Art. 27 Abs. 2 ZGB geschaffene Schutz vor übermässiger Bindung beinhaltet ein sogenanntes Abwehrrecht gegen die Inanspruchnahme durch den Kontrahenten. Das Bundesgericht spricht davon, dass die übermässig gebundene Partei die Vertragserfüllung verweigern kann. Um die Persönlichkeitsrechtsverletzung zu beseitigen, nimmt das Bundesgericht aber einen Umweg über Art. 20 Abs. 2 OR, indem es die (zeitlich) übermässige und damit persönlichkeitsrechtswidrige Vertragsbindung auf ein zulässiges Mass reduziert und die Unverbindlichkeitsfolge mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung der übermässigen Bindung verknüpft.