2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie générale – en général

2.7.1.1. Entstehung/Formation

(2) BGer 4A_45/2017: Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_45/2017 vom 27.6.2017, *A.* gegen *B.,* Aktionärbindungsvertrag, übermässige Bindung (zur Publikation bestimmt)

Markus Vischer*

Übermässige Bindung durch Aktionärbindungsvertrag infolge Einschränkung der freien Nachfolgeregelung, Qualifikation des Aktionärbindungsvertrags: Sind jetzt viele Aktionärbindungsverträge infolge darin enthaltener Einschränkungen der freien Nachfolgeregelung einer Partei ungültig?

I. Sachverhalt und Rechtsweg

1985 gründeten A., B. und C. die D. AG und schlossen einen Aktionärbindungsvertrag (ABV). Dieser beinhaltete unter anderem ein Vorkaufsrecht, den Anspruch der Gründeraktionäre auf Einsitz im Verwaltungsrat (VR) und auf Ausschüttungen der D. AG an sie, unter anderem mittels folgender Klausel (Ziff. 8 lit. a/cc ABV): «Sobald der Lohn von A._____ real um mehr als Fr. 10'000.– ansteigt, bzw. teuerungsbereinigt Fr. 110'000.– pro Jahr übersteigt, hat die AG Herrn B._____ 64 (recte: 34)% des diesen Betrag übersteigenden Anteils auszuzahlen. Die Auszahlung erfolgt jährlich am Ende des jeweiligen Jahres.» Der ABV wurde «unkündbar auf unbestimmte Dauer» abgeschlossen. Änderungen waren nur mit dem schriftlichen Einverständnis aller drei Gründeraktionäre möglich. Für die Verletzung des ABV durch eine Vertragspartei wurde eine Konventionalstrafe von CHF 40'000 pro Widerhandlungsfall statuiert.

Im Dezember 1986 schied B. aus dem VR aus. Im Jahre 1998 scheiterten Gespräche über eine Anpassung des ABV, weshalb A. am 28. April 1999 den ABV kündigte. B. widersetzte sich dieser Kündigung und hielt am ABV fest. An der Generalversammlung (GV) vom 1. Januar 1999 beantragte er seine Wahl als Verwaltungsrat, wurde jedoch nicht ge-

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

wählt. Er wurde auch in den Folgejahren nicht in den VR gewählt, zuletzt nicht in der GV vom 12.6.2014.

Per Ende 2001 schieden A. und C. aus dem VR aus. A. beendete im Jahre 2001 auch seine Tätigkeit als Geschäftsführer. Am 22. April 2002 enthielt er eine Abgangsentschädigung von 1,8 Mio. CHF ausbezahlt. C. verstarb im Januar 2004.

Mit Klage vom 7. Mai 2013 beantragte B. beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden unter anderem, A. sei zu verpflichten, ihm CHF 160'000 zuzüglich Zinsen zu bezahlen. A. sei zudem zu verpflichten, B. an der nächsten GV der D. AG in den VR zu wählen, und es sei A. zu verbieten, B. abzuwählen, solange sich B. für dieses Amt zur Verfügung stelle und er Aktionär der D. AG sei. Mit Urteil vom 28. Mai 2015 schützte das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden das Rechtsbegehren 1 (Konventionalstrafen) vollumfänglich und das Rechtsbegehren 2 weitestgehend. Das Obergericht Appenzell Ausserrhoden wies mit Entscheid vom 13. Dezember 2016 die von A. erhobene Berufung ab. A. gelangte in der Folge mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 27. Juni 2017 teilweise guthiess und A. verpflichtete, B. CHF 120'000 zuzüglich Zinsen zu bezahlen.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, dass A. im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr geltend mache, Ziff. 8 lit. a/cc ABV (Teilhabe von B. am Lohn von A.) sei aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB anzupassen, nachdem die Vorinstanz festgestellt hatte, die positive Entwicklung der D. AG und damit einhergehend die Entwicklung der Lohnbeteiligung sei nicht unvorhersehbar gewesen (E. 2).

Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass A. im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr geltend mache, dass die Kündigung vom 28. April 1999 gültig sei, nachdem die Vorinstanz und die Erstinstanz festgestellt hatten, eine ordentliche Kündigung sei infolge konkludenter Wegbedingung der Kündigungsmöglichkeit gemäss Art. 546 Abs. 1 OR nicht möglich gewesen und eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund hätte nicht vorgelegen, weil eine solche gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR nur auf dem Weg der Klage und nicht auf dem Wege einer blossen Kündigung mit anschliessender Verweigerung der Vertragserfüllung hätte geltend gemacht werden müssen (E. 3.1).

Das Bundesgericht ging in der Folge auf das Argument von A. ein, die Vorinstanz und die Erstinstanz hätten bezüglich der von ihm geltend gemachten übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB zu Unrecht eine Kündigung verlangt. Es führte aus, dass die Vorinstanz und die Erstinstanz in der Tat zu Unrecht eine solche Kündigung verlangt hätten, weil sie zu Unrecht der Interpretation von Forstmoser/Küchler von BGE 129 III 209 gefolgt seien. Denn es sei weder Forstmoser/Küchler noch anderen Kritikern von BGE 129 III 209 zu folgen. Vielmehr gäbe es trotz der teilweisen Kritik in der Lehre keinen Anlass, auf BGE 129 III 209 zurückzukommen. Bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB handle es nicht um einen Anwendungsfall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund. Die Abgrenzung könne zwar im Einzelfall schwierig sein: Grundsätzlich bestehe jedoch ein Unterschied darin, dass sich der wichtige Grund für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses regelmässig aus einer Veränderung der objektiven Vertragsgrundlagen oder einer Veränderung in den persönlichen Verhältnissen einer Vertragspartei ergäbe, während sich die übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB vor allem aus der Vertragsgestaltung selber in Kombination mit der Bindungsdauer ergibt. BGE 129 III 209 beziehe sich denn auch nicht auf die Möglichkeit der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, sondern stelle einzig fest, der Zweck von Art. 27 Abs. 2 ZGB verlange, dass die übermässig gebundene Partei «die Vertragserfüllung verweigern kann». Aus BGE 129 III 209 lasse sich somit nichts anderes ableiten, als dass eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung nicht von Amtes wegen festzustellen sei, ausser es sei der höchstpersönliche Kernbereich einer Person betroffen. Der zu Schützende besitze so gegen den Erfüllungsanspruch des Kontrahenten eine «Einrede» im untechnischen Sinn. Eine Kündigung sei nicht notwendig (E. 3.2, 4 Ingress, 4.1, 4.2).

Die Klage von B. sei einerseits eine Klage auf Realerfüllung und andererseits eine Klage auf viermalige Bezahlung der Konventionalstrafe, weil er in den Jahren 2009, 2011 und 2012 in Verletzung des ABV nicht in den VR gewählt worden sei und weil er in Verletzung des ABV (Ziff. 8 lit. a/cc) nicht an der Abgangsentschädigung von A. beteiligt worden sei. Ein Aktionär sei zu einer solchen Klage grundsätzlich nur allein aktivlegimitiert, wenn es um schuldrechtliche Ansprüche gehe. Da sich der ABV spätestens mit dem Tod von D. auf einen Zweiparteienvertrag reduziert habe, sei es gerechtfertigt, den so einem Austauschverhältnis nahestehenden Gesellschaftsvertrag bezüglich möglicher Einreden wie ein Austauschverhältnis zu behandeln. Im Übrigen würde auch für die *actio pro socio* vertreten, und Entsprechendes müsse auch für die Gesellschaftsklage gelten, dass dieser Klage alle Einreden entgegenstehen, die dem beklagten Gesellschafter gegen seine Leistungspflicht zustehen (E. 4.3).

Damit bleibe zu prüfen, ob sich A. zu Recht auf Art. 27 Abs. 2 ZGB berufe. Anders als bei der Berufung auf Nichtigkeit komme es dabei nicht auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, sondern auf jene im

Zeitpunkt der Geltendmachung der übermässigen Bindung (E. 5 Ingress).

Das Bundesgericht führt aus, dass nach seiner Rechtsprechung Verträge nicht auf ewige Zeit abgeschlossen werden können. Sehe ein Dauervertrag keine Kündigungsmöglichkeit vor, sei nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wann der Zeitpunkt gekommen sei, in dem das Vertragsverhältnis aufgelöst werden könne. Gehe es um die Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung, sei das Bundesgericht zurückhaltend mit der Annahme eins Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB. Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit sei nur dann übermässig, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefere, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebe oder in einem Masse einschränke, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet seien. Massgebend sei die tatsächliche Handhabung eines Vertrags. Eine übermässige Bindung könne namentlich vorliegen, wenn diese im Rahmen einer Nachfolgeregelung die gesamte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer Vertragspartei betreffe und damit zugleich auch in deren persönliches Betätigungsfeld eingreife (E. 5.1–5.5, 5.6.1, 5.6.2 Ingress).

Im vorliegenden Fall nahm das Bundesgericht eine übermässige Bindung an. Es sah diese in der Überbindungspflicht des ABV auf Rechtsnachfolger und den Auswirkungen von Ziff. 8 lit. a/cc ABV in einer Nachfolgesituation, insbesondere wenn A. im Rahmen einer Nachfolgeregelung Aktien auf mehrere Nachfolger (zum Beispiel seine beiden Söhne) übertragen wolle und wenn ein Nachfolger zugleich die Geschäftsführung übernähme. Denn in diesem Fall bleibe B. am Lohn des geschäftsführenden Nachfolgers beteiligt, die nicht geschäftsführenden Nachfolger aber nicht, was das Gleichgewicht störe. Auch der Anspruch von B auf Wahl in den VR erschwere die Planung einer Nachfolgeregelung und stehe einem damit verbundenen Generationenwechsel im Weg. Insgesamt bewirke die Ausgestaltung des Vertrags, der bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils seit rund 30 Jahren bestanden hätte, eine erhebliche einschneidende Einschränkung in der persönlichen Gestaltungsfreiheit des Beschwerdeführers bei der Nachfolgeregelung. Dem sei so Rechnung zu tragen, dass der Vertrag mit Wirkung *ex nunc* dahinfalle (E. 5.6.2).

Schliesslich führte das Bundesgericht noch aus, dass in Bezug auf die Abfindung keine Konventionalstrafe geschuldet sei. Denn der Anspruch gestützt auf Ziff. 8 lit. a/cc ABV, welchen das Bundesgericht wie die Erstinstanz und die Vorinstanz als Anspruch aus einer Garantie qualifizierte, sei verjährt. Dieser sei zeitgleich mit der Abfindung fällig geworden. Diese Abfindung sei entgegen der Erstinstanz und der Vorinstanz entsprechend der allgemeinen Regel von Art. 339 Abs. 1 OR mit Ende des Arbeitsverhältnisses von A., das heisst am 31. Dezember 2001, fällig geworden, weil sie vorliegend kein Anteil am Geschäftsergebnis sei, für welchen Art. 339 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 323 Abs. 3 OR bezüglich Fälligkeit eine Sonderregel aufstelle. Damit sei der Anspruch gemäss Ziff. 8 lit. a/cc ABV am 31. Dezember 2001 fällig geworden, weshalb dieser Anspruch am 31. Dezember 2012 verjährte. Eine entsprechende Konventionalstrafe könne deshalb nicht mehr geltend gemacht werden. Zwar könne eine Konventionalstrafe eine Naturalobligation sichern, doch bedürfe dies einer entsprechenden Vereinbarung, die vorliegend nicht gegeben sei. Es bleibe deshalb bei drei (und nicht wie von der Erstinstanz und der Vorinstanz zugesprochenen vier) geschuldeten Konventionalstrafen (E. 6).

III. Bemerkungen

Das hier kommentierte Urteil ist in mehrerer Hinsicht zu bedauern. – Vor allem ist zu bedauern, dass das Bundesgericht eine übermässige Bindung und eine sofortige Unverbindlichkeit des ABV angenommen hat. Es liess sich dabei von zwei unüblichen Klauseln im ABV, nämlich der Abmachung bezüglich Dauer des ABV und der Abmachung der Parteien in Ziff. 8 lit. a/cc ABV beeinflussen, was vor allem deshalb störend ist, weil die zweite Abmachung, also Ziff. 8 lit. a/cc ABV, bei genauerem Hinsehen nichtig ist. Denn Garantieabreden – und als solche qualifizierte auch das Bundesgericht Ziff. 8 lit. a/cc ABV – sind nichtig, wenn die garantierte Leistung nach ihrem Inhalt oder vom Zweck her widerrechtlich ist.[1] Die mit Ziff. 8 lit. a/cc ABV garantierte Leistung – eine Partizipation von B. von 34% am teuerungsbereinigt CHF 110'000 *p.a.* übersteigenden Lohn von A. entsprechend seinem Aktienanteil von 34% an der D. AG – ist nach Art. 680 Abs. 2 OR und Art. 678 OR nichtig, weil eine Aktiengesellschaft (AG) keine geldwerten Leistungen an nahestehende Personen und damit (vorbehältlich der Existenz von Vorzugsaktien) insbesondere auch keine disproportionalen Dividenden an einzelne Aktionäre erbringen darf.[2] Statt nun aber (von Amtes wegen) die Nichtigkeit dieser Ziffer festzustellen, erging das Bundesgericht sich in Spekulationen, was die Auswirkungen dieser Ziffer in einer möglichen Nachfolgeregelung sein könnten, und

[1] Zum Beispiel BGE 113 II 436; zum Beispiel BSK OR I-Pestalozzi, Art. 111 N 15, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

[2] Zu Art. 680 Abs. 2 OR und Art. 678 OR im Allgemeinen, insbesondere auch zum Verhältnis dieser Bestimmungen und zur Rechtsfolge der Nichtigkeit siehe zum Beispiel Markus Vischer, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar, 3. A., Zürich 2016, Art. 680 OR N 1 ff. und Art. 678 OR N 1 ff.

schloss, dass diese Ziffer, aber auch die im ABV enthaltene Überbindungspflicht des ABV auf Rechtsnachfolger, eine Nachfolgeregelung von A. übermässig erschweren würde, was, gepaart mit der fehlenden ordentlichen Kündigungsmöglichkeit für A, eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB sei. Dabei übersah das Bundesgericht nicht nur die Nichtigkeit von Ziff. 8 lit. a/cc ABV, sondern auch, dass eine freie Nachfolgeregelung kein unantastbares Persönlichkeitsrecht ist, mit anderen Worten Nachfolgeregelungen durchaus erschwert werden dürfen,[3] ja in ABV zugunsten der bestehenden Vertragspartner in aller Regel auch erschwert werden, zum Beispiel durch Kaufrechte im Todesfall,[4] oft auch um Nachfolgeregelungen überhaupt zu ermöglichen.[5] Damit erwies es dem Institut des ABV einen Bärendienst, weil jetzt gerätselt werden muss, ob Einschränkungen einer freien Nachfolgeregelung in einem ABV überhaupt noch zulässig sind und ob ABV mit solchen Einschränkungen noch gültig sind. Nur im Klammern sei hier noch bemerkt, dass das Bundesgericht schon mit dem Entscheid BGE 113 II 170 dem Institut des ABV als Instrument der Nachfolgeregelung geschadet hatte,[6] indem es eine gegenseitig auf den Tod bedingte Abfindungsklausel in einem Gesellschaftsvertrag als formungültige letztwillige Verfügung betrachtete. Denn Fakt ist, dass vor, aber auch nach diesem Entscheid viele ABV mit Regelungen im Hinblick auf den Tod einer Vertragspartei nicht in der erbvertraglichen Form abgeschlossen werden, obwohl Bär in seiner Kommentierung von BGE 113 II 170 die Empfehlung abgab, künftig mit allem, was auch nur erbrechtlich «riecht», zum Notar zu gehen.[7] Diese Empfehlung für den ABV wiederholten andere.[8]

Zu bedauern ist auch, dass das Bundesgericht BGE 129 III 209 explizit bestätigte. Denn es wäre wünschenswert gewesen, dass das Bundesgericht die gestützt auf die Minderheitsmeinung[9] v.a. von Bucher[10] in BGE 129 III 209 vorgenommene Praxisänderung rückgängig gemacht hätte und die Rechtsfolge einer übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht aus dieser Bestimmung selber, sondern wieder aus Art. 20 OR abgeleitet hätte.[11] Dies hätte das Bewusstsein geschärft, dass die Rechtsfolgen einer übermässigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB entsprechend dem flexiblen Nichtigkeitsbegriff von Art. 20 OR[12] flexibler festgelegt werden können, und damit im hier kommentierten Urteil nicht einfach hätte verordnet werden müssen, dass der ABV für den übermässig gebundenen Vertragspartner A. *ex nunc* unverbindlich sei.[13]

Das Bundesgericht wäre dann vielleicht zum, gemäss hier vertretener Meinung, richtigeren Schluss gekommen,

---

3 Siehe auch Art. 468 ZGB, Art. 513–515 ZGB betreffend Erbverträge; siehe auch BGE 108 II 405 E. 2: «Il contratto successorio non soggiace per contro alla libera revoca del disponente e non puo essere sciolto che a precise condizioni (art. 513 a 515 CC) […].»

4 Dazu zum Beispiel Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 1290 f.

5 Zum oft mit einem ABV verfolgten Ziel der Nachfolgeregelung im Allgemeinen zum Beispiel Angela Hensch/Leo Staub, Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeregelung in Familiengesellschaften von zentraler Bedeutung für die Kontinuität, ST 2002, 1173 ff., 1173: «Eine generationenresistente Nachfolgestrategie ohne Aktionärbindungsvertrag zwischen allen Beteiligten ist kaum denkbar.»; siehe auch Markus Vischer, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425 ff., 426; Forstmoser/Küchler (FN 4), N 45; Roland Müller/Kathrin Biedermann, Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung, AJP 2015, 885 ff., 886 ff., 895; Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Bern 2001, 16 f.; zum Kaufrecht als Instrument der Nachfolgeregelung im Speziellen zum Beispiel Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH, Unter Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Zürich 2015, N 1616: «In der personalistischen AG dürfte mit Gedanke an eine erwünschte Nachfolgeregelung nicht selten ein Kaufsrecht für den Fall des Todes vorgesehen bzw. dementsprechend bedingt ausgestaltet werden […].»; siehe auch Müller/Biedermann (FN 5), 895.

6 Gleicher Meinung Balz Hösly/Nadira Ferhat, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, successio 2016, 100 ff., 124 f.

7 Rolf Bär, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987, Handels- und Immaterialgüterrecht, ZBJV 1989, 233 ff., 240.

8 Zum Beispiel Forstmoser/Küchler (FN 4), N 627.

9 BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 27 N 19, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

10 Eugen Bucher, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die natürlichen Personen, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993 (zit. BK-Bucher), Art. 27 ZGB N 114 ff. und 127.

11 Gleicher Meinung zum Beispiel Bettina Hürlimann-Kaup/Jörg Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 833; BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 9), Art. 27 N 18 ff., anders aber N 27, wo bloss einer analogen Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auf Art. 27 ZGB das Wort geredet wird; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 685 ff.; siehe auch Forstmoser/Küchler (FN 4), N 1949 ff., N 1956 ff. mit einer Kritik von BGE 129 III 209, mit welcher sich das hier kommentierte Urteil auseinandersetzt; anderer Meinung Daniel Leu/Hans Caspar von der Crone, 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), SZW 2003, 221 ff.

12 Zum Beispiel BSK OR I-Huguenin/Meise (FN 1), Art. 19/20 N 55; BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 9), Art. 27 N 21.

13 Siehe auch BSK OR I-Huguenin/Meise (FN 1), Art. 19/20 N 55, wonach das Ziel von Art. 20 OR nicht primär im Dahinfallen des Vertrages liegt, sondern in der Beseitigung des ihm anhaftenden Mangels.

dass es im vorliegenden Fall angezeigter gewesen wäre, in Anwendung der Regeln über die modifizierte Teilnichtigkeit aufgrund des hypothetischen Vertragswillens eine Kündigungsbestimmung als Ersatzregel in den sonst ordentlich unkündbaren ABV aufzunehmen.[14] Diese Kündigungsbestimmung hätte sich zum Beispiel an Art. 546 OR orientieren können, was A. eine Kündigungsmöglichkeit des ABV unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten eröffnet hätte. Das Aufstellen einer solchen Ersatzregel hätte der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den «ewigen» Verträgen entsprochen,[15] welche das hier kommentierte Urteil unter Hinweis auf den letzten *leading case*, nämlich BGE 114 II 159, noch rekapituliert,[16] ohne sie dann aber anzuwenden. Allerdings ist dem Bundesgericht zugute zu halten, dass A. im bundesgerichtlichen Verfahren im Unterschied zu den vorinstanzlichen Verfahren nicht mehr geltend machte, dass seine am 28. April 1999 gestützt auf Art. 546 OR[17] erfolgte Kündigung gültig sei,[18] sodass es diese Kündigung nicht gestützt auf die genannte Ersatzregel schützen und dem ABV die Fortgeltung versagen konnte. Es hätte dann mit der genannten Ersatzregel A. zwar einen zukünftigen *Exit* aus dem ABV ermöglicht, hätte aber infolge der Nichtkündigung und damit Fortgeltung des ABV das Rechtsbegehren 2 von B. (Verpflichtung von A. zur Durchführung einer GV mit Wahl von B.) wie die Erstinstanz und die Vorinstanz schützen müssen, was es offensichtlich nicht wollte.

Das Bundesgericht wäre vielleicht weiter auch zum – gemäss hier vertretener Meinung – richtigeren Schluss gelangt, dass es, von Art. 680 Abs. 2 OR und Art. 678 OR einmal abgesehen, im vorliegenden Fall angezeigter gewesen wäre, Ziff. 8 lit. a/cc ABV und nur diese Ziffer in Anwendung der Regeln über die Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR für nichtig zu erklären.[19]

Natürlich könnten solche flexibleren Nichtigkeitsfolgen auch direkt aus Art. 27 Abs. 2 ZGB abgeleitet werden. Nur gilt es diesbezüglich noch etwas Weg zurückzulegen, um vom in BGE 129 III 209 vertretenen «binären» Ansatz von entweder traditioneller Nichtigkeit oder einseitiger Unverbindlichkeit[20] abzurücken, während dies in Bezug auf Art. 20 OR bereits zu einem weiteren Teil getan ist.

Entsprechend darf der hier erwähnte Meinungsstreit, ob sich die Rechtsfolgen einer übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB aus dieser Bestimmung selbst oder aus Art. 20 OR ableiten, nicht überschätzt werden.[21] Es ist zudem so, dass übermässig bindenden Verträgen auch mit Art. 2 Abs. 2 ZGB begegnet werden kann.[22] Art. 2 Abs. 2 ZGB ist eine Generalklausel, welche nicht nur bezüglich Tatbestand, sondern auch bezüglich Rechtsfolge vom Richter durch die Bildung von Maximen und Regeln, Leitsätzen und Untersätzen, die sich auf typische Tatbestände beziehen, also durch Typisierungen, konkretisiert werden muss, was heisst, dass die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB auf übermässig bindende Verträge ebenfalls nicht automatisch zur Nichtigkeit des Vertrags *ex tunc* oder *ex nunc,* sondern unter Umständen zu anderen Rechtsfolgen führt.[23] Überhaupt darf die vom Bundesgericht im hier

---

14 Zur modifizierten Teilnichtigkeit im Allgemeinen zum Beispiel Gauch/Schluep/Schmid (FN 11), N 702 ff., insbesondere auch zu einem Anwendungsfall der modifizierten Teilnichtigkeit, der Reduktion auf das erlaubte Mass, N 706; neuerdings zum Beispiel auch zu Letzterem Alessia Dedual, Geltungserhaltende Reduktion, Zur Rechtsfolgefrage bei Art. 8 UWG, AJP 2017, 844 ff.; beim ABV zum Beispiel Forstmoser/Küchler (FN 4), N 1954.

15 Zum Beispiel BGer, 4C.382/2001, 12.3.2002, E. 2a: Vertrag mit Laufzeiten von jeweils sechs Jahren mit Kündigungsmöglichkeit auf Ablauf einer jeden Laufzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Jahr *statt* nur aus wichtigem Grund kündbarer Vertrag; BGE 114 III 159 E. 2c: Bezugsverpflichtung von 20 Jahren *statt* zeitlich unbegrenzter Bezugsverpflichtung; BGE 107 II 216 E. 3a, 4: Vertrag kündbar gemäss Art. 546 Abs. 1 OR, erstmals per Ablauf einer Mindestlaufzeit von zehn Jahren, *statt* unkündbarem Vertrag.

16 E. 5.4 Ingress: «Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Verträge nicht auf ewige Zeit abgeschlossen werden […]. Sieht ein Dauervertrag keine Kündigungsmöglichkeit vor, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wann der Zeitpunkt gekommen ist, in dem das Vertragsverhältnis aufgelöst werden kann (BGE 114 II 159 E. 2a S. 161 f. […]).»

17 Siehe Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden, 1. Abteilung, K1Z1321, 28.5.2015, E. 2.2.1.

18 E. 4 Ingress.

19 Zur Teilnichtigkeit im Allgemeinen zum Beispiel Gauch/Schluep/Schmid (FN 11), N 689 ff.; beim ABV zum Beispiel Forstmoser/Küchler (FN 4), N 1954 f., auch mit der richtigen Bemerkung, dass bei einer übermässigen Bindung in anderer als zeitlicher Hinsicht in der Praxis – wie auch das hier kommentierte Urteil zeigt – (zu) schnell eine Lösung rein über eine Reduktion in zeitlicher Hinsicht gesucht wird.

20 BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 9), Art. 27 N 19 f.

21 Noch radikaler: Ernst A. Kramer, Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufsrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz? (BGE 129 III 209 ff.), recht 2004, 27 ff., 31: «Das in der neueren Lehre schon oft angesprochene Problem, ob die ‹Aufweichung› der traditionell verstandenen (und im Gesetz bekanntlich nicht definierten Nichtigkeitssanktion Art. 20 OR zugeordnet werden kann […]), oder ob für die Sanktionierung eines persönlichkeitsverletzenden Vertrags […] einzig Art. 27 Abs. 2 ZGB selbst zuständig ist, mag – da praktisch gänzlich folgenlos – offen bleiben.»

22 Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Bern 2016, N 11.26; für ein Anwendungsbeispiel: BGE 113 II 209 zu einem ewigen Wasserlieferungsvertrag; siehe auch BGE 138 III 746 E. 6.1.1, in welchem Urteil das Bundesgericht Art. 163 Abs. 3 OR (aufgrund welcher Bestimmung übermässig hohe Konventionalstrafen herabgesetzt werden können) als Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 2 ZGB qualifizierte.

23 Markus Vischer, (3) BGer 4A_703/2016: Kündigung Mietvertrag: Begründung der Kündigung kein Gültigkeitserfordernis, AJP 2017, 1135 ff., 1139, auch zu Art. 271 OR und Art. 273 OR als Beispiele

kommentierten Urteil[24] und von Forstmoser/Küchler im Rahmen ihrer Kritik an BGE 129 III 209[25] geführte Diskussion um die Wahl des richtigen Rechtsbehelfs und die Abgrenzung der verschiedenen möglichen Rechtsbehelfe bei übermässig bindenden Verträgen nicht überbetont werden. Auch die Rechtsbehelfe der Kündigung aus wichtigem Grund und der *clausula rebus sic stantibus* sind unter Umständen durchaus geeignet, Lösungen bezüglich übermässig bindender Verträge herbeizuführen, die, da auch bei diesen Rechtsbehelfen die Rechtsfolgen flexibel sind bzw. flexibel zu gestalten sind, in vielen Fällen mit den Lösungen identisch sind, die aufgrund von Art. 27 Abs. 2 ZGB oder Art. 20 OR oder Art. 2 Abs. 2 ZGB gefunden werden. Dies überrascht angesichts der Rechtsgrundlagen bzw. Herleitung der Kündigung aus wichtigem Grund und der *clausula rebus sic stantibus* nicht.[26] Das Bundesgericht deutet dies im hier kommentierten Urteil[27] auch selbst an, wenn es ausführt, bei der Kündigung aus wichtigem Grund ergebe sich der wichtige Grund *regelmässig* aus Veränderungen seit dem Vertragsschluss, was heisst, dass er sich auch aus dem Vertragsschluss (und dessen Folgen) selbst ergeben kann.[28] Es selbst musste die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* im vorliegenden Fall nicht prüfen, weil A. sich im bundesgerichtlichen Verfahren im Unterschied zu den vorinstanzlichen Verfahren nicht mehr auf die *clausula rebus sic stantibus* berief.[29] Es beurteilte auch die Anwendung der Kündigung aus wichtigem Grund nicht, entweder, weil es dies angesichts seiner Schlussfolgerung aufgrund von Art. 27 Abs. 2 ZGB als obsolet ansah oder weil A. im bundesgerichtlichen Verfahren die (Um-)Qualifikation der Kündigung vom 28. April 1999 als Kündigung aus wichtigem Grund nicht geltend machte.[30] A. hatte dies schon im erstinstanzlichen Verfahren nicht getan.[31]

Nicht überschätzt werden darf auch die mit dem hier erwähnten Meinungsstreit einhergehende Kontroverse über den Beurteilungszeitpunkt der übermässigen Bindung.[32] Es spricht, gerade im Bereich des Persönlichkeitsschutzes und damit im Bereich von Art. 27 ZGB, aber überhaupt im Bereich von Art. 20 OR, nichts gegen eine Beurteilung der Schwere und Tragweite des Mangels im Zeitpunkt der Geltendmachung des Mangels, solange klar ist, dass es um einen anfänglichen Mangel geht,[33] der bei übermässig bindenden Verträgen, wie das Bundesgericht im hier kommentierten Urteil richtig sagt, in der (anfänglichen) Vertragsgestaltung liegt.[34] Eine Beurteilung im Zeitpunkt der Geltendmachung ergibt sich auch dann, wenn die Beurteilungsgrundlage Art. 2 Abs. 2 ZGB oder die Kündigung aus wichtigem Grund oder die *clausula rebus sic stantibus* ist.

Flexiblere Nichtigkeitsfolgen bedeuten im Übrigen nicht, dass der Richter billigkeitsgetriebene Einzelfallentscheidungen treffen kann. Vielmehr sind Art. 27 Abs. 2 ZGB[35], aber auch Art. 20 OR (und wie schon gesagt Art. 2 Abs. 2 ZGB) Generalklauseln, die vom Richter durch die Bildung von Maximen und Regeln, Leitsätzen und Untersätzen, die sich auf typische Tatbestände beziehen, also durch Typisierungen, konkretisiert werden müssen.[36]

Weiter zu bedauern ist, dass das Bundesgericht einmal mehr die meist sehr unkritisch verfolgte Meinung zementiert, wonach der ABV grundsätzlich ein Gesellschaftsvertrag sei. Es wäre im vorliegenden Fall naheliegender gewesen, zu sagen, der ABV sei ein Austauschvertrag, als zu sagen, der ABV sei ein Gesellschaftsvertrag, der aber wie ein Austauschvertrag zu behandeln sei.[37] So oder so wäre es richtiger gewesen, vom ABV als Innominatvertrag auszugehen und je nach betroffener Klausel das passende

einer positivrechtlichen Typisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB in Bezug auf die Rechtsfolge (Anfechtbarkeit innert 30 Tagen statt Nichtigkeit).

24 E. 4.2.

25 Zum Beispiel Forstmoser/Küchler (FN 4), N 1958.

26 Zur Kündigung aus wichtigem Grund im Allgemeinen zum Beispiel Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 797 ff., insbesondere auch zur Rechtsgrundlage bzw. Herleitung der Kündigung aus wichtigem Grund N 798 und N 800 (verschiedene Gesetzesbestimmungen, unter anderem Art. 27 ZGB oder *clausula rebus sic stantibus);* zur *clausula rebus sic stantibus* im Allgemeinen zum Beispiel Gauch/Schluep/Schmid (FN 11), N 1280 ff., insbesondere auch zur Rechtsgrundlage bzw. Herleitung der *clausula rebus sic stantibus* N 1295 (Lückenfüllung oder Art. 2 Abs. 2 ZGB); siehe auch BK-Bucher (FN 10), Art. 27 ZGB N 202 und 197 zur Verwandtschaft von Art. 27 Abs. 2 ZGB und der Kündigung aus wichtigem Grund bzw. der *clausula rebus sic stantibus;* siehe auch BGE 138 III 746 E. 6.1.1, wo im Zusammenhang mit der Herabsetzung übermässig hoher Konventionalstrafen Art. 2 Abs. 2 ZGB und die *clausula rebus sic stantibus* in einem Atemzug genannt werden.

27 E. 4.2.

28 Siehe auch BK-Bucher (FN 10), Art. 27 ZGB N 201, auf den das Bundesgericht im hier kommentierten Urteil verweist, der statt des vom Bundesgericht verwendeten Wortes «regelmässig» das Wort «primär» verwendet und der im Übrigen auch klar macht, dass bezüglich der *clausula rebus sic stantibus* das Gleiche gilt.

29 E. 2.

30 E. 3.1 in Verbindung mit E. 4 Ingress.

31 Siehe Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden, 1. Abteilung, K1Z1321, 28.5.2015, E. 2.2.2 A.

32 Hier kommentiertes Urteil, E. 5 Ingress, versus zum Beispiel Forstmoser/Küchler (FN 4), N 1948 ff.

33 BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 9), Art. 27 N 26.

34 E. 4.2.

35 Hausheer/Aebi-Müller (FN 22), N 11.11.

36 Zu den unter Art. 27 Abs. 2 ZGB gebildeten Fallgruppen zum Beispiel BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 9), Art. 27 N 11 ff.

37 Vischer (FN 5), 430.

Recht anzuwenden, so wie das Bundesgericht das im hier kommentierten Urteil bezüglich Ziff. 8 lit. a/cc ABV oder bezüglich Konventionalstrafen tat, auf den es Garantierecht bzw. Konventionalstrafenrecht anwendete.[38] Das schliesst nicht aus, im Einzelfall auch das Recht der einfachen Gesellschaft anzuwenden,[39] also wie vorstehend vorgeschlagen bezüglich Dauer des ABV mit einer an Art. 546 Abs. 1 OR orientierten Ersatzregel zu arbeiten.

[38] Zum Ganzen VISCHER (FN 5), 430 ff.
[39] VISCHER (FN 5), 433.

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.3. Miete, Pacht/Bail à loyer, bail à ferme

(3) BGer 4A_703/2016: Kündigung Mietvertrag: Begründung der Kündigung kein Gültigkeitserfordernis

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_703/2016 vom 24.5.2017, *A.* gegen *Pensionskasse B.,* Mietvertrag; Kündigung (zur Publikation bestimmt).

MARKUS VISCHER*

Anfechtung der Kündigung des Vermieters wegen Sanierung und Bedeutung der Begründung der Kündigung. Die Begründung stellt kein Gültigkeitserfordernis dar, ist aber relevant für die Beurteilung, ob die Kündigung gegen Treu und Glauben gemäss Art. 271 Abs. 1 OR verstösst.

I. Sachverhalt und Rechtsweg

Die Pensionskasse B. (Beklagte) ist Eigentümerin der Überbauung C. mit insgesamt 82 Wohnungen, 20 Maisonette-Wohnungen, vier Ateliers, zwei Gewerberäumen und diversen Einstellplätzen. A. (Kläger) ist Mieter einer 5½-Zimmer-Maisonettewohnung in dieser Überbauung. B. kündigte den Mietvertrag von A. am 26. Februar 2014 per 30. September 2014. Sie begründete dies mit dringenden Sanierungsarbeiten der Gipsdecken in sämtlichen Wohnungen, die nicht in Anwesenheit der Mieter durchgeführt werden könne. B. focht in der Folge diese Kündigung an, unterlag aber sowohl vor dem Mietgericht Zürich als auch dem Obergericht des Kantons Zürich. B. gelangte in der Folge an das Bundesgericht.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, dass die ordentliche Kündigung eines Mietvertrags keine besonderen Kündigungsgründe voraussetze. Die Parteien seien grundsätzlich frei, das (unbefristete) Mietverhältnis unter Einhaltung der Fristen und Termine zu kündigen. Einzige Schranke bilde der Grundsatz von Treu und Glauben: Bei einer Miete von Wohn- und Geschäftsräumen sei die Kündigung anfechtbar (Art. 271 Abs. 1 OR und Art. 271a OR). Allgemein gelte eine Kündigung als treuwidrig, wenn sie ohne objektives,

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