

BGE 143 III 480

63. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen)

4A_45/2017 vom 27. Juni 2017

Regeste

Art. 27 Abs. 2 ZGB; übermässige Bindung; Aktionärbindungsvertrag.

Eine gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässig gebundene Vertragspartei hat das Recht, die Vertragserfüllung zu verweigern; einer Kündigung bedarf es dafür nicht. Vorgehen, wenn der strittige Aktionärbindungsvertrag gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist (E. 4).

Prüfung, ob der Aktionärbindungsvertrag übermässig bindend ist (E. 5).

BGE 143 III 480 S. 481

Sachverhalt

Im Januar 1985 gründeten A. (Beschwerdeführer), B. (Beschwerdegegner) und C. gemeinsam die D. AG und schlossen einen Aktionärbindungsvertrag (ABV) ab. Dieser beinhaltete unter anderem Bestimmungen über ein Vorkaufsrecht (Ziff. 4 ABV: "Vorhandrecht"), den Anspruch der drei Gründeraktionäre auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat (Ziff. 5 ABV) und auf Ausschüttungen der D. AG an sie (Ziff. 8 ABV: "Geldwerte Leistungen an die Aktionäre, bzw. Geschäftsführer"). Insbesondere wurde in Ziffer 8 lit. a/cc ABV bestimmt:

"Sobald der Lohn von A. real um mehr als Fr. 10'000.- ansteigt, bzw. teuerungsbereinigt Fr. 110'000.- pro Jahr übersteigt, hat die AG B. 64 (recte: 34) % des diesen Betrag übersteigenden Anteils auszuzahlen. Die Auszahlung erfolgt jährlich am Ende des jeweiligen Jahres."

Der Vertrag wurde "unkündbar auf unbestimmte Dauer" abgeschlossen und Änderungen waren nur mit dem schriftlichen Einverständnis aller drei Gründeraktionäre möglich (Ziff. 11 ABV). Für den Fall der Verletzung des ABV durch eine Vertragspartei wurde eine Konventionalstrafe von Fr. 40'000.- pro Widerhandlungsfall statuiert (Ziff. 12 ABV).

Im Dezember 1986 schied B. aus dem Verwaltungsrat aus. Der Kündigung des ABV durch A. im April 1999 widersetzte er sich und beantragte an der Generalversammlung desselben Jahres seine Wahl in den Verwaltungsrat. Ebenso wie in den Folgejahren, letztmals im Juni 2014, wurde er nicht gewählt. A. und C. schieden per Ende 2001 aus dem Verwaltungsrat aus und A. beendete in diesem Jahr auch seine Tätigkeit als Geschäftsführer. C. verstarb im Januar 2004.

Die kantonalen Instanzen hiessen die Klage von B. weitgehend gut und verpflichteten A. einerseits, B. anlässlich der nächsten Generalversammlung in den Verwaltungsrat zu wählen, und andererseits, diesem insgesamt Fr. 160'000.- für vier geltend gemachte, in der Vergangenheit liegende Verstösse gegen den ABV zu bezahlen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde in Zivilsachen von A. teilweise gut und weist die Klage teilweise ab.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer bestritt im kantonalen Verfahren sodann die Rechtswirksamkeit des ABV wegen der im Jahre 1999

BGE 143 III 480 S. 482

vorgenommenen Vertragskündigung, aber auch wegen übermässiger, die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ZGB verletzender Bindung.

3.1 Die Vorinstanz verwies betreffend die Frage der Rechtswirksamkeit des ABV weitgehend auf das Urteil der Erstinstanz. Diese hatte vorerst festgestellt, die vom Beschwerdeführer mit Schreiben seines damaligen Rechtsvertreters vom 28. April 1999 unter Bezugnahme auf Art. 546 Abs. 1 OR ausgesprochene ordentliche Kündigung sei ungültig. Denn Art. 546 Abs. 1 OR sei keine zwingende Bestimmung und die Parteien hätten daher im ABV gültig die (ordentliche) Kündigung ausgeschlossen. Eine Konvertierung der ausgesprochenen Kündigung in eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund scheitere sodann daran, dass in einem gesellschaftsrechtlich konzipierten Aktionärbindungsvertrag eine solche auf dem Weg einer Gestal-

tungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR geltend gemacht werden müsste. Die blossе Kündigung und anschliessende Verweigerung der Vertragserfüllung genüge nicht.

3.2 Die Vorinstanz erwog sodann, wiederum unter Hinweis auf das erstinstanzliche Urteil, in der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei früher bei übermässigen Bindungen gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB im Grundsatz Nichtigkeit des Vertrages nach Art. 20 OR angenommen worden, auf die sich freilich nur die übermässig gebundene Partei habe berufen können. Mit BGE 129 III 209 habe das Bundesgericht seine Rechtsprechung geändert. Danach bewirke eine übermässige Vertragsbindung nur noch eine Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR, wenn sie den höchstpersönlichen, jeder vertraglichen Bindung entzogenen Kernbereich der Person betreffe. Wo es lediglich um den übermässigen Umfang einer an sich zulässigen Bindung gehe, liege kein Verstoss gegen die guten Sitten vor und könne die Übermässigkeit nur dann zur Unverbindlichkeit des Vertrages führen, wenn die betroffene Person den Schutz in Anspruch nehme. Da Aktionärbindungsverträge kaum je den Kernbereich der Persönlichkeit betreffen, seien sie nicht nichtig, sondern gäben der übermässig gebundenen Partei nur ein Recht auf einseitige Vertragsbeendigung. Der ABV sei daher nicht nichtig. Gemäss BGE 129 III 209 könne die übermässig gebundene Partei die Vertragserfüllung verweigern. Ungeklärt sei aber, ob dies der andern Partei durch einseitige Willenserklärung mitzuteilen oder ob eine unmittelbare Nichteinhaltung des Vertrages zulässig sei. Da das Bundesgericht die Unverbindlichkeit wegen übermässiger Bindung als Unterfall der Kündigung aus wichtigem Grund zu betrachten scheine, sei von der Notwendigkeit einer

BGE 143 III 480 S. 483

Willenserklärung auszugehen. Der Beschwerdeführer habe keine Einwände gegen die erstinstanzliche Qualifikation des ABV als schwergewichtig gesellschaftsrechtlichen Vertrag erhoben. Die Beendigung des gesellschaftsrechtlich ausgestalteten ABV hätte daher mit Gestaltungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR geltend gemacht werden müssen (wie jene über die ausserordentliche Kündigung). Dies sei nicht erfolgt, weshalb der ABV weiterhin rechtswirksam sei.

4. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht mehr, dass eine ordentliche Kündigung des ABV gemäss Art. 546 Abs. 1 OR nicht möglich war. Ebenfalls stellt er nicht in Abrede, dass der Vertrag nicht den höchstpersönlichen Kernbereich seiner Person betrifft.

Er rügt aber, die Vorinstanz habe Art. 27 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR verletzt, indem sie bei einem persönlichkeitsverletzenden Aktionärbindungsvertrag ausserhalb des Kernbereichs von Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Kündigung verlange. Damit werde die klare dogmatische Grenze zwischen Kündigung aus wichtigem Grund und Nichtigkeit verwischt. Die Auffassung der kantonalen Gerichte lasse sich auch nicht aus BGE 129 III 209 ableiten. Dieser Entscheid habe nur eine Präzisierung der früheren Rechtsprechung vorgenommen, die von einer "modifizierte[n] Teilnichtigkeit" ausgegangen sei. Dass es sich lediglich um eine Präzisierung und nicht um eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung gehandelt habe, werde im Urteil 5C.72/2004 vom 26. Mai 2004 E. 4.2.1 bestätigt. Sollte das Bundesgericht aber entgegen seiner Auffassung mit BGE 129 III 209 tatsächlich eine Kündigung verlangt haben, wäre hierfür die gewöhnliche Übermittlung einer Kündigungserklärung als genügend zu erachten und nicht eine gesellschaftsrechtliche Auflösungsklage zu verlangen. Eine solche Kündigung sei im Jahr 1999 erfolgt.

4.1 Das erstinstanzliche Gericht und ihm folgend die Vorinstanz stützten sich auf BGE 129 III 209 und übernahmen vollumfänglich die Interpretation dieses Entscheids durch FORSTMOSER/KÜCHLER. Nach diesen Autoren ist der Entscheid "fragwürdig", da bereits die frühere Rechtsprechung dem Problem, dass sich nur die übermässig gebundene Vertragspartei auf die vertragliche (Teil-)Nichtigkeit solle berufen können, mit einem flexiblen Nichtigkeitsbegriff Rechnung getragen habe. Die Praxisänderung, die eine von BUCHER begründete (EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, 1993, N. 114 ff. zu Art. 27 ZGB; zuvor bereits ders., Für mehr Aktionendenken, Archiv für die

BGE 143 III 480 S. 484

civilistische Praxis 1986 S. 24 ff.) Theorie übernommen habe, sei hierfür nicht notwendig gewesen. Sodann führe BGE 129 III 209 zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber der Kündigung aus wichtigem Grund und der *clausula rebus sic stantibus*. Das Bundesgericht spreche in BGE 129 III 209 davon, "dass die übermässig gebundene Person die Vertragserfüllung verweigern kann". Es sei aber unklar, ob die Vertragspartei, die sich darauf berufen wolle, dies der anderen Partei im Sinn einer einseitigen Willenserklärung mitzuteilen habe oder ob die Unverbindlichkeit unmittelbar zur Nichteinhaltung des Vertrages berechtiige. Entscheidend für das Verständnis dieser Autoren ist dann ihr Hinweis auf BGE 128 III 428 E. 3c S. 431 f. Dort habe das Bundesgericht die Unverbindlichkeit aufgrund übermässiger Bindung als Unterfall der Kündigung aus wichtigem Grund betrachtet. Es sei daher davon auszugehen, dass es eine Kündigung brauche. Verweigere eine übermässig gebundene Partei die Vertragserfüllung ohne vorherige, an die Gegenpartei gerichtete

tete Erklärung, laufe sie Gefahr, wegen Nichteinhaltung des Vertrages schadenersatzpflichtig zu werden (FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, 2015, Rz. 1948 ff., v.a. 1957 ff.). Kritisch zu BGE 129 III 209 und der Auffassung von BUCHER äussert sich auch PIOTET. BUCHER setze eine entsprechende Willenserklärung ("manifestation de volonté") des übermässig Verpflichteten voraus, künftig den Vertrag nicht mehr erfüllen zu wollen. Diese qualifiziere er einmal als "Terminierungserklärung", einmal als "Kündigungsrecht" und schliesslich als "Einrede gegen den gegner[is]chen Anspruch". Auch wenn BUCHER von Kündigung spreche, könne es sich nicht um ein vertragliches Kündigungsrecht handeln, denn der Vertrag vermittele keine solchen Ansprüche. Vielmehr handle es sich dabei um die Geltendmachung eines Rechts der Persönlichkeit. Es sei daher entgegen BGE 128 III 428 auch falsch, anzunehmen, bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB handle es sich um eine Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund. Dieses von der Rechtsprechung entwickelte Recht stütze sich vielmehr auf Analogien zu im Gesetz geregelten Beendigungsmöglichkeiten von Dauerschuldverhältnissen und auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (DENIS PIOTET, La sanction de l'engagement excessif selon l'art. 27 al. 2 CC, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, 2011, S. 507 f. und bei Fn. 15). LEU/VON DER CRONE stellen fest, Art. 27 Abs. 2 ZGB bestimme die Rechtsfolge übermässiger Bindungen nicht. Diese müsse daher den

BGE 143 III 480 S. 485

spezifischen Rechtsverhältnissen Rechnung tragen. Durch einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung zu erfüllende Verträge würden demnach ex tunc dahinfallen oder, soweit als möglich, analog Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert. Dauerschuldverhältnisse würden analog Art. 20 Abs. 2 OR so modifiziert, dass die übermässig gebundene Partei den Vertrag innert angemessener Frist kündigen könne (LEU/VON DER CRONE, Übermässige Bindung und die guten Sitten, SZW 2003 S. 226). Zustimmung erhält BGE 129 III 209 schliesslich von AEBI-MÜLLER (REGINA AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003, ZBJV 140/2004 S. 238). Grundsätzlich stimmt einer differenzierten Sanktionenordnung auch KRAMER zu. Er verweist aber auf die offenbleibenden Abgrenzungsfragen (ERNST A. KRAMER, Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz, recht 2004 S. 30 f. Vgl. zum Ganzen auch GUILLOD/STEFFEN, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 100 zu Art. 19, 20 OR; HUGUENIN/MEISE, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 55 a.E. zu Art. 19/20 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, Rz. 686 f.).

4.2 Die teilweise Kritik in der Lehre gibt keinen Anlass, auf BGE 129 III 209 zurückzukommen. Das Bundesgericht hat sich in BGE 129 III 209 nicht auf den von FORSTMOSER/KÜCHLER ergänzend erwähnten BGE 128 III 428 bezogen und auch sonst keinen Hinweis auf die Praxis zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund gemacht. Der zitierten Auffassung von PIOTET ist insofern beizupflichten, dass es sich bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht um einen Anwendungsfall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund handelt. Die Abgrenzung kann zwar im Einzelfall schwierig sein. Grundsätzlich besteht 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 ergibt (vgl. BUCHER, a.a.O., N. 201 zu Art. 27 ZGB), während sich die übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB ("Knebelungsvertrag") vor allem aus der Vertragsgestaltung selber in Kombination mit der Bindungsdauer ergibt. BGE 129 III 209 E. 2.2 bezieht sich denn auch nicht auf die Möglichkeit der Kündigung eines

BGE 143 III 480 S. 486

Dauerschuldverhältnisses, sondern stellt einzig fest, der Zweck von Art. 27 Abs. 2 ZGB verlange, dass die übermässig gebundene Partei "die Vertragserfüllung verweigern kann". In diesem Zusammenhang verweist das Urteil auf BGE 108 II 405 E. 3 S. 409 und BGE 106 II 369 E. 4 S. 379. Namentlich in BGE 106 II 369 E. 4 S. 379 wurde bereits festgestellt, eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB führe nicht ohne Weiteres zu einer von Amtes wegen festzustellenden Nichtigkeit ("Cela posé, il apparaît qu'une infraction à l'art. 27 al. 2 CC ne saurait sans plus frapper un acte de nullité à constater d'office selon l'art. 20 CO"). Allerdings könne auch nicht in jedem Fall verlangt werden, dass die Partei, deren Freiheit übermässig beschränkt wurde, sich darauf berufe. Es gebe durchaus Fälle, wo die Persönlichkeitsverletzung von Amtes wegen zu beachten sei ("BUCHER [op. cit., p. 236] va trop loin quand il estime qu'il convient d'appliquer cette norme de protection [gemeint Art. 27 Abs. 2 ZGB] uniquement si elle est invoquée par celui qui se prétend atteint dans sa liberté: il est des cas où il se justifie pleinement que le juge intervienne d'office. Mais il ne le fera que pour protéger la partie dont la liberté a été restreinte de manière inadmissible [...]"). Aus BGE 129 III 209 lässt sich somit nichts anderes ableiten, als dass eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung nicht von Amtes wegen festzustellen ist, ausser es sei der höchstpersönliche Kernbereich einer Person betroffen. Der zu Schützende besitzt vielmehr eine "Einrede" (im untechnischen Sinn) gegen den Erfüllungsanspruch

des Kontrahenten und kann die Vertragserfüllung verweigern; eine Kündigung ist nicht notwendig. Einer Klage gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR bedarf es insofern ebenso, obwohl bezüglich Art. 27 Abs. 2 ZGB von einer ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeit ausgehend, SANDRO GERMANN, Die personalistische AG und GmbH, 2015, S. 69 f. Rz. 165 f.).

4.3 Die Klage des Beschwerdegegners ist einerseits eine solche auf Realerfüllung des ABV, indem der Beschwerdeführer verpflichtet werden soll, ihn an der nächsten Generalversammlung gemäss Ziffer 5 Abs. 1 und Ziffer 9 ABV in den Verwaltungsrat zu wählen. Andererseits verlangt er für in der Vergangenheit (2009, 2011 und 2012) bereits erfolgte Nichtwahlen eine Konventionalstrafe von je Fr. 40'000.-. Eine weitere Konventionalstrafe von Fr. 40'000.- fordert er, weil er entgegen Ziffer 8 lit. a/cc ABV nicht an der Abgangsschädigung des Beschwerdeführers beteiligt worden sei.

BGE 143 III 480 S. 487

Vertragsparteien des ABV waren die Streitparteien und C. Gesellschaftsrechtliche Ansprüche haben die Gesellschafter entweder gemeinsam (gegen einen Dritten oder einen den Vertrag verletzenden Mitgesellschafter) einzuklagen (sog. Gesellschaftsklage) oder ein Gesellschafter klagt allein, aber auf Leistung an die Gesellschaft (sog. *actio pro socio*). Einzig für gewöhnliche schuldrechtliche Ansprüche aus einem Aktionärsbindungsvertrag ist ein einzelner Aktionär (allein) klagelegitimiert (vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., Rz. 2085 ff.; STEPHAN HARTMANN, Zur *actio pro socio* im Recht der Personengesellschaften, ZSR 124/2005 I S. 403). Die Parteien haben sich nicht zur Legitimation des Klägers, also des Beschwerdegegners, geäußert, mittels Klage Leistung an ihn selber zu verlangen. Mangels entsprechender Rügen hat es damit sein Bewenden.

Aus dem Protokoll der Generalversammlung vom 17. Juni 2005 ergibt sich aber, dass von den drei Vertragspartnern nur noch der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner Aktien besaßen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der ABV spätestens nach dem Tod von C. zu einem Zweiparteienvertrag wurde. Reduzierte sich der Gesellschaftsvertrag auf ein Zweiparteienverhältnis, steht er einem Austauschverhältnis so nahe, dass es sich bereits deshalb rechtfertigt, diesen auch bezüglich möglicher Einreden wie einen solchen zu behandeln (in diesem Sinn FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, 2006, N. 428 zu Art. 530 OR, N. 183 und 238 zu Art. 531 OR; HANDSCHIN/VONZUN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2009, N. 104 zu Art. 531 OR betr. Einrede des nicht erfüllten Vertrages; vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., Rz. 65). Im Übrigen wird auch für die *actio pro socio* vertreten - und Entsprechendes müsste ebenso für die Gesellschaftsklage gelten (vgl. auch WERNER VON STEIGER, Die Personengesellschaften, in: Handelsrecht, SPR Bd. VIII/1, 1976, S. 379, insb. Fn. 44 i.V.m. S. 375 ff.) -, dass dieser alle Einreden entgegenstehen, die dem beklagten Gesellschafter gegen seine Leistungspflicht zustehen (FELLMANN/MÜLLER, a.a.O., N. 643 zu Art. 530 OR, die als Beispiel die Einrede der Unmöglichkeit oder des Rechtsmissbrauchs erwähnen; HARTMANN, a.a.O., S. 414). Der Beschwerdeführer kann daher den eingeklagten Ansprüchen entgegenhalten, sie bestünden nicht, weil der sie begründende ABV im Zeitpunkt der Vertragsverletzung (betreffend Konventionalstrafen) bzw. der künftigen Durchsetzung (aktuelle Wahl in den Verwaltungsrat) übermässig im Sinn von Art. 27 Abs. 2 ZGB sei und damit nicht (mehr) rechtswirksam war bzw. ist.

BGE 143 III 480 S. 488

5. Damit bleibt zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer zu Recht auf Art. 27 Abs. 2 ZGB beruft. Anders als bei einer Berufung auf Nichtigkeit kommt es dabei nicht auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragschlusses an, sondern auf jene im Zeitpunkt der Geltendmachung der übermässigen Bindung (BUCHER, a.a.O., N. 295 ff. zu Art. 27 ZGB; ihm folgend etwa MONIKA HINTZ-BÜHLER, Aktionärsbindungsverträge, 2001, S. 152; ablehnend, entsprechend ihrer Kritik an BGE 129 III 209: FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., Rz. 1950).

5.1 Die Vorinstanz erwog im Rahmen einer Eventualbegründung, eine übermässige vertragliche Bindung wäre auch inhaltlich zu verneinen. Gehe es um die Einschränkung der Freiheit in wirtschaftlicher Hinsicht, müsste diese aufgehoben oder in einem Mass eingeschränkt werden, dass die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz gefährdet wären. Der Beschwerdeführer mache ein frappantes Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung geltend. Zwar habe der Vertrag weitreichende finanzielle Auswirkungen, eine übermässige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit ergebe sich aber weder aus Ziffer 3 ABV betreffend Kapitalerhöhung/Bezugsrechte noch aus der Pflicht, den Beschwerdegegner in den Verwaltungsrat zu wählen (Ziff. 5 ABV).

5.2 Der Beschwerdeführer macht vorerst geltend, die Vorinstanz habe einzig geprüft, ob der ABV den höchstpersönlichen Kernbereich seiner Person verletze. Bei deren allgemeinen Ausführungen zur übermässigen Bindung handle es sich demgegenüber um obiter dicta. Insoweit argumentiere die Vorinstanz nicht konsistent und sei die Sache an sie zur Neu Beurteilung zurückzuweisen. Damit verkennt er den Aufbau des

angefochtenen Entscheids. Die Vorinstanz hat weitgehend auf die Begründung der Erstinstanz verwiesen und hat darüber hinaus wegen der entsprechenden Ausführungen in der Berufung im Sinn einer Eventualbegründung zusätzlich begründet, dass keine übermässige Bindung bestanden habe.

5.3 Der Beschwerdeführer beruft sich auf das in Ziffer 4 ABV vereinbarte gegenseitige Vorhandrecht, was im vorliegenden Fall einem Verkaufsverbot gleichkomme und ihm, der über 66 % der Aktien verfüge, jegliche Freiheiten in Bezug auf die betriebliche Nachfolge verunmögliche. So könne er seine Aktien nicht auf seine zwei Söhne (beide Mitglieder des Verwaltungsrates; einer führe die D. AG seit über 16 Jahren operativ) übertragen, ohne Gefahr zu laufen, das Unternehmen, das er über mehr als 30 Jahre aufgebaut habe, an den

BGE 143 III 480 S. 489

Beschwerdegegner verkaufen zu müssen. Zudem müsste er den Preis der Aktien - falls der Beschwerdegegner den von ihm offerierten Preis ablehne - durch die Revisionsstelle verbindlich festlegen lassen, was einem Vabanquespiel gleichkomme. Einschränkend sei sodann auch die Bestimmung betreffend Kapitalerhöhung (Ziff. 3 ABV). Danach könne der Beschwerdegegner eine Kapitalerhöhung verhindern, wenn er sein Bezugsrecht nicht ausübe, da in diesem Fall Kapitalerhöhungen lediglich mittels Ausgabe von stimmrechtslosen Partizipationsscheinen bzw. stimmrechtslosen Wertpapieren möglich sei. Schliesslich würde die Stimmrechtsbindung (Ziff. 9 ABV) und der Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat (Ziff. 5 ABV) sowie das Einsichtsrecht in sämtliche Geschäftsunterlagen (Ziff. 6 ABV) erheblich einschränkend wirken. Verletze er auch nur eine dieser Bestimmungen, drohe ihm für jeden Einzelfall die Zahlung einer Konventionalstrafe. Angesichts dieser qualitativen Bindungen verstosse der Vertrag nur dann nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn er zeitlich beschränkt werde. Dies auf den 31. Dezember 2001, als das Arbeitsverhältnis mit ihm, dem Beschwerdeführer, aufgelöst worden sei und damit keiner der drei Gründeraktionäre mehr strategisch/operative Funktionen in der Gesellschaft wahrgenommen habe. Damit wäre der Vertrag nach 17 Jahren beendet worden. Jedenfalls habe der Vertrag aber im Zeitpunkt der Nichtwahl des Beschwerdegegners im Jahr 2009 (24 Jahre nach Vertragsschluss) die zulässige Höchstdauer überschritten.

5.4 Gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Verträge nicht auf ewige Zeit abgeschlossen werden (BGE 127 II 69 E. 5b S. 77; BGE 125 III 363 E. 2d S. 364; BGE 114 II 159 E. 2a S. 161; je mit Hinweisen). 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.; Urteil 4A_141/2007 vom 20. August 2007 E. 4.1). Geht es um die Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung, ist das Bundesgericht zurückhaltend in der Annahme eines Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB (vgl. bezüglich eines Aktionärsbindungsvertrags bereits BGE 88 II 172 E. 2a S. 174). Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nur dann als übermässig angesehen, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen

BGE 143 III 480 S. 490

ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind (BGE 123 III 337 E. 5 S. 345 f.; BGE 114 II 159 E. 2a S. 162; Urteil 4A_68/2008 vom 10. Juli 2008 E. 3.3.2; je mit Hinweisen). Art. 27 ZGB schützt nicht vor langer Vertragsdauer, sondern vor übermässiger Bindung (BGE 114 II 159 E. 2b S. 163).

5.5 Der Beschwerdegegner wendet in grundsätzlicher Hinsicht ein, soweit der Beschwerdeführer zur Übermässigkeit der Bindung als solcher referiere, argumentiere er an der Sache vorbei. Nachdem hier allerhöchstens eine übermässige Bindung in zeitlicher Hinsicht und damit höchstens eine modifizierte Teilnichtigkeit zur Debatte stehe, sei einzig zu prüfen, ob die eingeklagten Ansprüche auf Einsitz in den Verwaltungsrat und auf anteilmässige Beteiligung des Beschwerdegegners an den Bezügen des Beschwerdeführers sowie die Konventionalstrafe für Vertragsverletzungen eine allfällige Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers darstellen. Sowohl das vereinbarte Vorhandrecht als auch die Bestimmung über die Aktienkapitalerhöhung und die Stimmrechtsbindung seien für das vorliegende Verfahren irrelevant.

Dieses Vorbringen ist insofern zutreffend, als es bei der Geltendmachung der übermässigen Bindung eines Vertrages auf die tatsächliche Handhabung des Vertrages ankommt. Namentlich bei Unterlassungspflichten ist eine "überschiessende" Umschreibung durchaus geläufig und umfasst häufig auch Elemente, an denen der Verbotsberechtigte kein Interesse hat. Aber auch positive Pflichten können durch expliziten oder konkludenten Anspruchsverzicht gegenüber dem vertraglich festgelegten Umfang herabgesetzt sein. Massgeblich ist die tatsächliche Freiheitsbeschränkung bzw. inwieweit der Berechtigte diese geltend macht (BUCHER, a.a.O., N. 299 f. und 530 zu Art. 27 ZGB). Geltendmachen bedeutet aber nicht nur: Im konkreten Fall einkla-

gen. Werden bei einem umfassenden Vertrag wie einem Aktionärbindungsvertrag nur einzelne Ansprüche daraus eingeklagt, beharrt der Berechtigte aber auf der Gültigkeit des ganzen Vertrages und hält der Beklagte den eingeklagten Ansprüchen dessen Unwirksamkeit gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB entgegen, hängt die Beurteilung der Übermässigkeit von der Gesamtheit der durch den Vertrag geregelten Gegenstände und den den Parteien auferlegten Pflichten und deren Dauer ab (vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., Rz. 1918; HINTZ-BÜHLER, a.a.O., S. 151 f.; allgemein

BGE 143 III 480 S. 491

BUCHER, a.a.O., N. 290 ff. zu Art. 27 ZGB; a.A. OLIVIER BLOCH, *Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse*, 2. Aufl. 2011, S. 80, der die Pflichten isoliert zu betrachten scheint). Dass einzelne Pflichten des ABV (aus anderen Gründen als Art. 27 Abs. 2 ZGB) dahingefallen wären oder der Berechtigte auf deren Einhaltung verzichtet hätte, weshalb diese nicht mehr freiheitsbeschränkend wären, wird nicht vorgebracht.

5.6

5.6.1 Der Beschwerdeführer ist auf jeden Fall nicht im Sinn der bundesgerichtlichen Formel durch den Vertrag in den Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zutreffend auf die "sehr gute Entwicklung" der D. AG seit ihrer Gründung verwiesen, welche dies ausschliesse.

5.6.2 Da es immer um die übermässige Beschränkung der Freiheit geht, ist auch eine lange Bindung zulässig, wenn die Bindung mit der Aktionärseigenschaft gekoppelt ist und diese zu fairen, nicht erheblich erschwerten Bedingungen aufgegeben werden kann (FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., Rz. 1937; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl. 2009, S. 1537 § 12 Rz. 577). Eine übermässige Bindung kann aber namentlich vorliegen, wenn diese im Rahmen einer Nachfolgeregelung die gesamte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer Vertragspartei betrifft und damit zugleich auch in deren persönliches Betätigungsfeld eingreift (FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., Rz. 1936 und 1938; Hervorhebung beigefügt).

Der Beschwerdeführer verweist im Zusammenhang mit der angesichts seines Alters anstehenden Nachfolgeplanung auf das Vorhandrecht (Vorkaufsrecht) und namentlich auf Ziffer 4.3 lit. a letzter Absatz ABV. Danach besteht bei einem Verzicht auf die Ausübung des Vorhandrechts das Recht, "an einen beliebigen Interessenten, sei dieser bereits Aktionär oder eine Drittperson, zum offerierten bzw. festgesetzten Preis zu verkaufen". Diese Bestimmung in Kombination mit der Verpflichtung der Überbindung des ABV auf einen Nachfolger gemäss Ziffer 10 ABV verhindere eine Unternehmensnachfolge selbst dann, wenn der Beschwerdegegner sein Vorhandrecht nicht ausübe. Eine Übertragung mittels Erbvorbezug oder Schenkung sei ausgeschlossen. Das Vorhandrecht verhindere daher, dass sein Lebenswerk familienintern weitergeführt werden könne.

Es kann offenbleiben, welche Bedeutung der zitierten Ziffer 4.3 lit. a letzter Absatz ABV zukommt. Ein Erbvorbezug oder eine Schenkung

BGE 143 III 480 S. 492

an die Söhne wird dadurch nämlich nicht ausgeschlossen. In der Einleitung zu Ziffer 4 ABV heisst es zwar, die nachfolgende Regelung gelte "[F]ür alle zur Uebertragung gelangenden Aktien sowie Bezugsrechte". Die Regelung als solche beginnt aber mit der Formulierung "Will ein Aktionär Aktien verkaufen (...)" (Ziff. 4.1 ABV) und knüpft damit an den Verkauf an. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das Vorkaufsrecht wie im gesetzlich geregelten Fall (Art. 216c OR), der zwar den Grundstückkauf betrifft und bereits daher nicht direkt anwendbar ist, zu verstehen ist. Nicht als Vorkaufsfall gilt namentlich die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung (Art. 216c Abs. 2 OR). Allgemein ist es kein Vorkaufsfall, wenn ein Geschäft unter der speziellen Berücksichtigung der persönlichen Beziehungen abgeschlossen wird (Urteil 4A_22/2010 vom 15. April 2010 E. 3). In der Lehre werden in diesem Sinn etwa der Erbvorbezug oder die gemischte Schenkung genannt (BÉNÉDICT FOËX, in: *Commentaire romand, Code des obligations*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 12 zu Art. 216c OR; HANS GIGER, *Berner Kommentar*, 1997, N. 18 zu Art. 216c OR; URS FASEL, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 216c OR). Aus dem Vorkaufsrecht als solchem lässt sich daher - auch im Hinblick auf eine Unternehmensnachfolge - noch keine übermässige (persönliche) Bindung ableiten. Art. 216a OR, der für obligatorische Vorkaufsrechte an Grundstücken eine Höchstdauer von 25 Jahren vorsieht, ist hier nicht einschlägig (MAX MEYER, *Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis*, ZBJV 136/2000 S. 423). Bei der Gesamtbetrachtung ist die einschränkende Wirkung des Vorkaufsrechts aber immerhin mitzuberücksichtigen.

Zutreffend ist jedoch, wie der Beschwerdeführer geltend macht, dass er in jedem Fall gemäss Ziffer 10 ABV den Vertrag auf seine "Rechtsnachfolger" übertragen muss, also im Fall einer Unternehmensnachfolge in-

nerhalb der Familie auf seine Söhne. Ist der neue Aktionär resp. einer der neuen Aktionäre gleichzeitig Geschäftsführer der D. AG, käme auch der Beteiligungsanspruch des Beschwerdegegners gemäss Ziffer 8 lit. a/cc ABV zum Tragen. Die Beteiligung am Lohn als solche kann keine übermässige Bindung im Sinn von Art. 27 Abs. 2 ZGB begründen. Diese führte zwar zu einem einseitigen Leistungsverhältnis, wie der Beschwerdeführer verschiedentlich moniert. Jedoch handelt es sich dabei schlicht und einfach um eine ursprünglich inäquivalente "Preis"abrede (vgl. die entsprechende Kritik von

BGE 143 III 480 S. 493

KRAMER, a.a.O., S. 29, zu BGE 129 III 209). Dass dieses Ungleichgewicht mit einer positiven Entwicklung des Unternehmens immer grösser werden kann, war keineswegs unvorhersehbar, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt. Jedoch ändert sich die Situation, wenn die Aktien im Rahmen einer Nachfolgeregelung übertragen werden. War der Unternehmensgründer bereit, den nichtmitarbeitenden Minderheitsaktionär an seinen eigenen Lohnerhöhungen partizipieren zu lassen, ändert sich dies, wenn die Nachfolgeneration allfällige Lohnerhöhungen für sich - selbst auf ein marktmässiges Niveau - nur unter dieser Bedingung vornehmen kann. Das erschwert eine Unternehmensnachfolge, wird dadurch doch eine (vielfach angestrebte) Vereinigung von Aktionärsstellung und Geschäftsführung in einer Person wesentlich unattraktiver.

Hinzu kommt Folgendes: Der ABV ist ausgerichtet auf Beibehaltung der ursprünglichen Kräfteverhältnisse (z.B. Ziff. 3 betr. Beteiligungsverhältnisse, Ziff. 4 betr. Vorhandrecht, Ziff. 8 betr. finanzielle Beteiligung). So war etwa ein nicht veränderbares (Minimal)Verhältnis zwischen dem Lohn des Beschwerdeführers als Mehrheitsaktionär und Geschäftsführer und jenem des zweiten in der Gesellschaft mitarbeitenden Aktionärs von 1 zu 0,75 vorgesehen (Ziff. 8 lit. a/aa ABV). Zudem sollte eben der nicht mitarbeitende Beschwerdegegner entsprechend seinem prozentualen Aktienanteil an Lohnerhöhungen des geschäftsführenden Mehrheitsaktionärs partizipieren. Will der Beschwerdeführer seine Aktien im Rahmen der Unternehmensnachfolge auf mehrere Personen übertragen (etwa auf seine beiden Söhne), von denen eine zugleich die Geschäftsführung übernimmt, muss dies zwangsläufig dieses Gleichgewicht stören. Der Beschwerdegegner bliebe zufolge Übertragung des ABV am Lohn des geschäftsführenden Aktionärs beteiligt, während die übrigen, nicht geschäftsführenden Aktionäre auf die Dividenden beschränkt wären. Die Aktien lassen sich daher kaum in ausgewogener Weise auf mehrere Personen übertragen, was eine Planung der Unternehmensnachfolge ebenfalls erschwert.

Der in Ziffer 5 ABV statuierte Anspruch des Beschwerdegegners auf Wahl in den Verwaltungsrat oder auf Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen, selbst wenn er nicht förmlich im Verwaltungsrat Einsitz nimmt, erschwert die Planung einer Unternehmensnachfolge ebenfalls und steht einem damit oftmals verbundenen Generationswechsel im Wege.

BGE 143 III 480 S. 494

Insgesamt bewirkt die Ausgestaltung des Vertrages, der bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils seit rund 30 Jahren bestand (die zulässige Höchstdauer von Aktionärbindungsverträgen generell auf "ca. 25 bis 30 Jahre" schätzend MEYER, a.a.O., S. 426), eine erheblich einschneidende Einschränkung in der persönlichen Gestaltungsfreiheit des Beschwerdeführers bei der Nachfolgeregelung. Der ABV erscheint - eine Generation nach dessen Abschluss - als die Freiheiten des Beschwerdeführers nunmehr übermässig beschränkend im Sinn von Art. 27 Abs. 2 ZGB. Dem ist Rechnung zu tragen, indem der Vertrag zeitlich begrenzt wird und mit Wirkung ex nunc dahinfällt. Demzufolge kann der Beschwerdeführer auch nicht verpflichtet werden, den Beschwerdegegner an der nächsten Generalversammlung in den Verwaltungsrat zu wählen. (...)