

# NEWSLETTER

## OKTOBER 2017

Autoren: André Bloch, Mauro Loosli und Sonja Stark-Traber



## AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Vertragsrecht

### Zulässige Maximaldauer von Verträgen

2

Mietrecht

### Begründung der Kündigung eines Mietvertrages

4

Arbeitsrecht

### Fristlose Kündigung wegen Bagatelldelikt

6

Auftragsrecht

### Beendigung eines Auftragsverhältnisses

8

Vertragsrecht

## Zulässige Maximaldauer von Verträgen

Das Bundesgericht hat seine Praxis zur zulässigen Dauer von Verträgen bestätigt und anhand des Beispiels eines seit rund 30 Jahren bestehenden Aktionärsbindungsvertrages präzisiert, unter welchen Voraussetzungen eine übermässige Bindung vorliegt, welche zur Folge hat, dass ein unkündbarer Vertrag zeitlich begrenzt wird und dahinfällt.

In einem Entscheid vom 27. Juni 2017 (4A\_45/2017) befasste sich das Bundesgericht mit der Frage der Wirksamkeit bzw. der zulässigen Dauer eines als „unkündbar auf unbestimmte Zeit“ abgeschlossenen Aktionärsbindungsvertrages (ABV).

Im Jahre 1985 gründeten A. und B. zusammen mit C. die D. AG und schlossen einen ABV ab, welcher unter anderem Bestimmungen über ein gegenseitiges Vorkaufsrecht, den Anspruch auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat sowie auf Ausschüttungen der Aktiengesellschaft enthielt. Der Vertrag wurde als unkündbar bezeichnet und es wurde für den Fall einer Verletzung des ABV eine Konventionalstrafe von CHF 40'000 vereinbart. Während bei der Gründung sämtliche Aktionäre im Verwaltungsrat vertreten waren und A. als Geschäftsführer der Gesellschaft amtierte, schied B. Ende 1986 und A. und C. – der 2004 verstarb – per Ende 2001 aus dem Verwaltungsrat aus. Im gleichen Jahr beendete A. auch seine Tätigkeit als Geschäftsführer.

Nachdem 1998 erfolglose Gespräche über eine Anpassung des ABV stattgefunden hatten, kündigte A. 1999 den ABV. Dem widersetzte sich B. und beantragte ab 1999 bis 2014 jeweils an der Generalversammlung seine Wahl in den Verwaltungsrat, ohne jedoch gewählt zu werden. 2013 klagte B. gegen A. und verlangte einerseits die Bezahlung einer Konventionalstrafe von CHF 160'000 und andererseits, dass A. zu verpflichten sei, ihn an der nächsten Generalversammlung in den Verwaltungsrat zu wählen. Diese Rechtsbegehren wurden sowohl vom erstinstanzlichen Gericht als auch vom kantonalen Obergericht geschützt, worauf A. gegen letzteren Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht erhob.

Im Rahmen der Prüfung der Rechtswirksamkeit des ABV nach der 1999 erfolgten Kündigung durch A. bestätigte das Bundesgericht zunächst seine neuere Praxis (vgl. BGE 129 III 209), dass ein Vertrag im Falle einer übermässigen, die Persönlichkeitsrechte gemäss

Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzenden Bindung („Knebelungsvertrag“) nur dann als nichtig zu betrachten sei, wenn die übermässige Bindung den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betreffe. Dies sei bei ABV regelmässig nicht der Fall, so dass bei einem ABV lediglich ein Recht auf einseitige Vertragsbeendigung bestehe. Im genannten Entscheid offengelassen wurde aber, ob es dazu einer Willenserklärung der anderen Partei bedarf oder ob eine unmittelbare Nichteinhaltung des Vertrages zulässig sei.

Dazu hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass es sich bei der Berufung auf Art. 27 ZGB nicht um einen Anwendungsfall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigen Gründen handelt und definierte den Unterschied wie folgt: Ein wichtiger Grund für eine Kündigung ergibt sich regelmässig aus einer Veränderung der objektiven Vertragsgrundlagen oder der persönlichen Verhältnisse einer Vertragspartei. Demgegenüber ergibt sich die übermässige Bindung gemäss Art. 27 ZGB vor allem aus der Vertragsgestaltung selbst in Kombination mit der Bindungsdauer.

Dabei präzisierte das Bundesgericht seinen früheren Entscheid, indem es festhielt, dass eine übermässige Bindung weder vom Gericht von Amtes wegen festzustellen noch mittels Kündigung oder gar Klage geltend zu machen sei. Vielmehr stehe der betroffenen Person eine (untechnische) „Einrede“ gegen den Erfüllungsanspruch des Kontrahenten zu, so dass diese gestützt darauf einfach die Vertragserfüllung verweigern könne.

Das Bundesgericht erinnert in seiner Begründung daran, dass Verträge nicht auf ewige Zeit geschlossen werden können und Art. 27 ZGB nicht vor langer Vertragsdauer, sondern nur vor übermässiger Bindung schützt. Sieht ein Vertrag keine Kündigungsmöglichkeit vor, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, wann der Zeitpunkt gekommen ist, in dem das Vertragsverhältnis aufgelöst werden kann. Dabei wird eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit nur dann als übermässig qualifiziert, wenn sie den Ver-

pflichteten der Willkür des anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder diese in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind.

Bei der Prüfung der Frage, ob in einem Fall eine übermässige Bindung vorliegt, sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Geltendmachung der übermässigen Bindung zu beurteilen. Massgebend ist in diesem Zusammenhang die tatsächliche Freiheitsbeschränkung und wie der Vertrag tatsächlich gehandhabt wurde, was von der Gesamtheit der vom Vertrag geregelten Gegenstände, der den Parteien auferlegten Pflichten und deren Dauer abhängt.

Das Bundesgericht hält in seinem Entscheid fest, dass in einem ABV eine lange Bindung zulässig ist, wenn die Bindung an die Aktionärseigenschaft gekoppelt ist und diese zu fairen, nicht erheblich erschwerten Bedingungen aufgegeben werden kann.

Im zu beurteilenden Fall enthielt der ABV einerseits ein Vorhandrecht (Vorkaufsrecht) – wobei ein Vorkaufsrecht als solches auch im Hinblick auf eine Unterneh-

mensnachfolge noch keine übermässige Bindung darstellt – und andererseits eine Pflicht, den ABV auf Rechtsnachfolger zu übertragen. Da der ABV zudem weitere Bestimmungen umfasste, welche auf eine Beibehaltung der ursprünglichen Kräfteverhältnisse ausgerichtet waren wie die Mitwirkung im Verwaltungsrat und ein nicht veränderbares Verhältnis zwischen den Löhnen und Lohnerhöhungen der Parteien, schloss das Bundesgericht, dass sich die Aktien kaum auf ausgewogene Weise auf mehrere Personen übertragen liessen, was eine Nachfolgeplanung erschwerte und einem Generationenwechsel im Wege stand.

Im vorliegenden Fall beurteilte das Bundesgericht deshalb die Bindung des bereits seit rund 30 Jahren bestehenden ABV insgesamt als übermässig, weil dieser – eine Generation nach dessen Abschluss - die persönliche Gestaltungsfreiheit bei der Nachfolgeplanung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 27 ZGB übermässig beschränkte. Dem trug das Bundesgericht Rechnung, indem der ABV zeitlich begrenzt wurde und mit Wirkung ex nunc (d.h. ab dem Zeitpunkt der übermässigen Bindung) dahinfiel.

## KOMMENTAR

Im Rahmen von Verhandlungen von Aktionärbindungsverträgen bildet deren zulässige Dauer bzw. die Zulässigkeit einer unbestimmten Dauer regelmässig Gegenstand von Diskussionen.

Angesichts des Risikos, dass sich eine solche Regelung wegen Verletzung der Persönlichkeitsrechte als ungültig erweisen könnte, wird dabei im Interesse der Rechtssicherheit bzw. einer klaren Kündigungsregelung oft postuliert, einen ABV hinsichtlich seiner Dauer z.B. auf 10 Jahre zu beschränken. Dem steht jedoch das Interesse entgegen, die Verhältnisse unter den Aktionären langfristig und wie in den Statuten für die gesamte Dauer der Aktionärseigenschaft zu regeln und somit namentlich zu verhindern, dass vereinbarte Vorkaufs- und Kaufrechte infolge Kündigung oder Ablauf der festen Vertragsdauer dahinfallen.

Das vorliegende Urteil des Bundesgerichts bringt eine willkommene Präzisierung der anwendbaren Grundsätze, indem es einerseits bestätigt, dass die Vereinbarung einer unbestimmten, an die Aktionärseigenschaft geknüpfte Vertragsdauer zulässig ist und auch eine übermässig lange Dauer einen Aktionärbindungsvertrag nicht nichtig macht, und andererseits die Kriterien für die Annahme einer übermässigen Bindung und das Vorgehen für deren Geltendmachung präzisiert.

Diese Grundsätze sind nicht nur auf Aktionärbindungsverträge, sondern auf alle Arten langfristig ausgelegter Verträge sinngemäss anwendbar.

Mietrecht

## Begründung der Kündigung eines Mietvertrages

In einem neueren Entscheid machte das Bundesgericht grundsätzliche Ausführungen zur Begründung der Kündigung eines Mietvertrages. Dabei präzisierte es insbesondere seine jüngste Rechtsprechung zur Begründung der Kündigung eines Mietvertrages im Hinblick auf Sanierungs- und Umbauarbeiten.

Das Bundesgericht hat sich in einem am 24. Mai 2017 ergangenen, zur amtlichen Publikation bestimmten Entscheid (4A\_703/2016) mit der Frage beschäftigt, welchen Anforderungen die Begründung einer Kündigung eines Mietvertrages bei Sanierungs- und Umbauarbeiten genügen müsse.

Der Mieter einer 5½-Zimmer-Maisonettewohnung eines Mehrfamilienhauses, welches Teil einer Überbauung von insgesamt acht Mehrfamilienhäusern bildete, hatte von der Vermieterin eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages erhalten. Die Vermieterin hatte im Begleitschreiben zum amtlichen Kündigungsformular ausgeführt, sie sehe sich gezwungen, „aufgrund einer dringenden Sanierung der Gipsdecken in sämtlichen Wohnungen der Überbauung C, die nicht in Anwesenheit von Mietparteien durchgeführt werden kann“, das Mietverhältnis aufzulösen.

Der Mieter hatte diese Kündigung unter anderem mit dem Argument angefochten, sie verstosse gegen Treu und Glauben, weil die Begründung zur Kündigung unvollständig und ungenau gewesen sei. Erstens sei die Sanierung nicht dringend gewesen, da im Kündigungszeitpunkt hinsichtlich der Deckensanierung keine Sofortmassnahmen mehr notwendig gewesen seien. Zweitens sei das wahre Ausmass der Arbeiten verschwiegen worden, indem bloss Gipserarbeiten, nicht aber weitere ins Auge gefasste Sanierungsarbeiten genannt worden seien. Drittens hätten nicht wie angegeben in sämtlichen Wohnungen der Überbauung die Gipsdecken saniert werden müssen.

Das Bundesgericht rief mit Bezug auf diese Einwendungen vorab in Erinnerung, dass eine ordentliche Kündigung keiner Begründung bedürfe, um gültig zu sein, der Mieter jedoch eine Begründung verlangen dürfe. Eine mangelnde oder fehlerhafte Begründung führe nicht automatisch zur Treuwidrigkeit der Kündigung, könne aber ein Indiz dafür sein, dass an der Kündigung kein schützenswertes Interesse bestehe (dies insbesondere dann, wenn der angegebene Kündigungsgrund bloss vorgeschoben und zugleich der

wahre Grund nicht feststellbar sei). Das Gesetz bestimme nicht, bis wann die Gründe für eine ordentliche Kündigung vorgebracht werden könnten. Dementsprechend sei es möglich, die Kündigungsgründe auch noch im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren vorzubringen oder – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots – zusätzliche Gründe nachzuschieben. Ohne Weiteres zulässig sei auch die Ergänzung oder Präzisierung schon vorgebrachter Gründe.

Sodann nahm das Bundesgericht Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung, welche es spezifisch mit Bezug auf Kündigungen, die im Hinblick auf Sanierungs- oder Umbauarbeiten erfolgten, gerade auch erst jüngst erlassen hatte (vgl. dazu auch [Newsletter vom November 2016](#) betreffend Bundesgerichtsentscheid 142 III 91). In diesem Kontext habe das Bundesgericht jeweils festgehalten, dass ein Mieter ohne hinreichend genaue Auskünfte über die geplanten Sanierungs- oder Umbauarbeiten nicht in der Lage sei, den Realitätsbezug des Projekts und die Belastung einzuschätzen, die seine Anwesenheit für die Durchführung der beabsichtigten Arbeiten haben würde. Der Mieter habe deshalb das Recht, eine Begründung zu erhalten, die es ihm erlaube, innert der 30-tägigen Frist die Chancen einer Anfechtung abzuschätzen.

Im vorliegenden Entscheid stellte das Bundesgericht nunmehr klar, dass – entgegen den missverständlichen Formulierungen in früheren Bundesgerichtsentscheiden – die **Begründung einer Kündigung auch dann kein Gültigkeitserfordernis sei, wenn die Kündigung im Hinblick auf Sanierungs- oder Umbauarbeiten erfolge**. Bei der Begründung handle es sich aus rechtlicher Sicht bloss um eine Obliegenheit der kündigenden Partei. Gleichwohl komme der Begründung auf faktischer Ebene, d.h. im Rahmen einer Beweismwürdigung, eine erhebliche Bedeutung zu. Spezifisch bei Sanierungs- oder Umbaukündigungen verhalte es sich so, dass dem Vermieter, wenn er im Zeitpunkt der Kündigung über ein genügend ausgereiftes Projekt verfüge, es an sich ohne weiteres möglich und zumutbar sei, die Kündigung auch entsprechend genau zu begründen, so

dass sich gestützt auf diese Angaben ein Bild machen lasse, ob und inwiefern die Anwesenheit des Mieters diese Arbeiten tangieren würde. Würden zur Begründung der Kündigung bloss pauschal Sanierungs- oder Umbauarbeiten angegeben, könne dies ein Indiz dafür sein, dass an der Kündigung kein schützenswertes Interesse bestehe.

Im vorliegenden Fall hielt das Bundesgericht dafür, dass gestützt auf die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz im Kündigungszeitpunkt ein Sanierungspro-

jekt bestanden habe, welches sämtliche Kriterien erfüllt habe, um im Hinblick auf dessen Realisierung die Mietverhältnisse kündigen zu können, ohne dadurch gegen Treu und Glauben zu verstossen. Daher kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Kündigung selbst dann nicht als treuwidrig zu qualifizieren wäre, wenn die Begründung der Kündigung bezüglich Dringlichkeit der Arbeiten und deren Durchführung in sämtlichen Wohnungen der Überbauung ungenau sowie hinsichtlich des Umfangs der Arbeiten (zunächst) unvollständig gewesen sein sollte.

## KOMMENTAR

In Präzisierung seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Begründung einer Kündigung in keinem Fall – auch nicht bei Sanierungs- und Umbauarbeiten – ein Gültigkeitserfordernis ist. Gleichwohl kann sich ein Vermieter mit einer nur allgemein formulierten Kündigungsbegründung dem Verdacht aussetzen, dass an einer Kündigung kein schützenswertes Interesse besteht. Vor diesem Hintergrund ist eine möglichst genaue Kündigungsbegründung zu empfehlen. Bei Sanierungs- und Umbauarbeiten sollte in der Begründung das geplante Projekt so detailliert umschrieben sein, dass der Mieter in der Lage ist abzuschätzen, ob die geplanten Arbeiten eine Räumung des Mietobjekts erforderlich machen.

Im besprochenen Entscheid hat das Bundesgericht eine in einem früheren Fall (Entscheid 4A\_409/2016 vom 13. September 2016) thematisierte Kündigungsbegründung im Zusammenhang mit Sanierungs- und Umbauarbeiten als „geradezu vorbildlich“ taxiert, weshalb diese vorliegend auszugsweise wiedergegeben sei (Originaltext Französisch):

*„Hiermit informieren wir Sie darüber, dass das Gebäude an der [Adresse], in welchem Sie von [Vermieter] eine Wohnung gemietet haben, erheblich renoviert wird. Es handelt sich zwar nicht um eine Gesamtsanierung, indes gleichwohl um eine Renovation, welche mit einer Fortführung der Mietverhältnisse und einem Verbleib der Mieter in den Wohnungen nicht vereinbar ist. Insbesondere sind folgende Arbeiten vorgesehen, welche mit einem Verbleib der Mieter in den Wohnungen nicht vereinbar sind (Aufzählung nicht abschliessend)“: [Es folgt die Aufzählung der einzelnen Arbeiten inkl. (teilweiser) Angabe der Auswirkungen der Arbeiten auf die Mietobjekte, zum Beispiel: „Die komplette Sanierung der vertikalen Versorgungs- und Entsorgungsleitungen (Abwasserleitungen), was ein Öffnen der Wände, allenfalls gar ein Öffnen der Fussböden erforderlich macht“].*

Arbeitsrecht

## Fristlose Kündigung wegen Bagatelldelikt

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung bestätigt, wonach auch ein geringfügiger Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen vermag.

In einem Entscheid vom 22. Juni 2017 (4A\_177/2017) befasste sich das Bundesgericht mit einer fristlosen Kündigung, welche der Arbeitgeber aufgrund eines Diebstahls der Arbeitnehmerin von Waren mit bloss geringem Wert ausgesprochen hatte.

Die Arbeitnehmerin war seit 2004 als Kassiererin beim Arbeitgeber tätig. Am 4. November 2014 wurde der Arbeitnehmerin der Diebstahl von zwei Packungen Vollkorncracker und zwei Packungen Aufschnitt vorgeworfen, nachdem am Ausgang der Filiale eine Mitarbeiterkontrolle stattgefunden hatte. Die Waren wurden in der privaten Handtasche der Arbeitnehmerin unter einer Zeitung gefunden. Die Arbeitnehmerin erklärte, dass sie die Waren eigentlich habe bezahlen wollen, es aber vergessen habe. Am 5. November 2014 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos.

Die Arbeitnehmerin focht die Kündigung an, wobei sowohl das erstinstanzliche wie auch das zweitinstanzliche Gericht die Klage abwies. Die zweite Instanz stellte dabei fest, dass die Arbeitnehmerin den Aufschnitt sowie die Vollkorncracker vor dem Verlassen der Filiale absichtlich nicht bezahlt hatte. Die Arbeitnehmerin erhob dagegen Beschwerde ans Bundesgericht. Die vorinstanzliche Feststellung, wonach sie die fraglichen Lebensmittel mit Absicht nicht bezahlt hatte, focht die Arbeitnehmerin dabei nicht an.

Eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber ist gemäss Art. 337 OR nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen sie auch tatsächlich zu einer Zerstörung oder Erschütterung des Vertrauensverhältnisses geführt haben.

Das Bundesgericht führte unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung aus, dass anerkannt sei, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten des Arbeitgebers begehe, einen wichtigen

Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden könnten. Es komme indessen auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände des Einzelfalles an, insbesondere auf die Schwere der Straftat. Darüber hinaus sei relevant, ob die Straftat unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis habe. Das Entwenden von Handelswaren des Arbeitgebers sei als schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers zu qualifizieren. Unerheblich sei dabei der geringe Wert des Diebesguts. Nach der Rechtsprechung sei auch ein geringfügiger Diebstahl geeignet, das Vertrauensverhältnis zu zerstören, woran die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses nichts ändere.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Arbeitnehmerin als Kassiererin für die Kontrolle des Warenhandels verantwortlich sei und daher in einem besonderen Vertrauensverhältnis stehe. Die Arbeitnehmerin habe in ihrer Funktion die Verantwortung für einen reibungslosen Verkaufsabschluss und Zahlungsverkehr an der Kasse getragen. Zu deren Aufgabenbereich hätten unter anderem das Bedienen der Kasse, die Bedienung von Kunden, das Sicherstellen des Geldflusses sowie das Erstellen der Kassenabrechnung gehört. Diesen besonderen Aufgaben und der Treuepflicht entsprechend sei es offenkundig, dass der Arbeitgeber ihr im besonderen Masse habe vertrauen müssen.

Der von der Arbeitnehmerin begangene Diebstahl habe somit eine schwere Verfehlung im Kernbereich ihrer Aufgaben dargestellt und eine fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt. Soweit die Arbeitnehmerin auf ihre lange Anstellungsdauer verwies, bemerkte das Bundesgericht, dass ihr von vornherein bekannt gewesen sei, dass laut internem Betriebsreglement bei Diebstahl fristlos gekündigt werde, weshalb nicht massgeblich sei, dass das Arbeitsverhältnis bereits mehr als zehn Jahre gedauert habe und es sich um eine einmalige Verfehlung gehandelt habe. Die Grundlage für das Vertrauensverhältnis sei aufgrund des Diebstahls in schwerwiegender Weise gestört worden und die Fortsetzung des Arbeitsvertrags unter diesen Umständen nicht mehr zumutbar gewesen.

#### KOMMENTAR

Das Urteil bestätigt den anerkannten Grundsatz, dass auch ein Bagatelldelikt eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Relevant sind jedoch immer die Umstände des Einzelfalles, wobei jeweils die Frage zu beantworten ist, ob es nach Treu und Glauben noch zumutbar gewesen wäre, bis zum nächsten ordentlichen Vertragsende mit dem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten. Relevante Prüfungskriterien sind etwa die Schwere des Delikts, ob der Arbeitnehmer mit Vorsatz oder lediglich fahrlässig gehandelt hat oder auch die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb (bspw. Kaderposition oder besondere Vertrauensstellung). Wie der vorliegende Entscheid zeigt, ist zudem auch von Relevanz, ob der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag oder reglementarisch auf die Folgen eines Delikts im Rahmen des Arbeitsverhältnisses hingewiesen worden ist. Insofern ist Arbeitgebern zu empfehlen, Arbeitnehmer vorgängig auf die Kündigungsfolgen zu sensibilisieren, die ein Delikt am Arbeitsplatz haben kann.

Abschliessend ist zu bemerken, dass ein Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung – vor allem bei paritätischen Zweimanngesellschaften oder wenn sich paritätische Aktionärsgruppen gegenüberstehen – regelmässig problematisch ist. Die statutarische Einführung eines Stichentscheides muss deshalb sehr gut überlegt werden bzw. ist in der Regel nicht empfehlenswert.

Auftragsrecht

## Beendigung eines Auftragsverhältnisses

Das Bundesgericht hat seine ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach die Kündigung eines Auftragsverhältnisses nicht zur Unzeit erfolgt, wenn für die Auflösung ein begründeter Anlass vorliegt. Ein solcher Anlass kann insbesondere bei Schlechterfüllung des Auftrags durch den Beauftragten vorliegen.

In einem Entscheid vom 12. Juli 2017 (4A\_680/2016 bzw. 4A\_686/2016) hatte sich das Bundesgericht mit der Beendigung eines Auftragsverhältnisses und deren Folgen zu befassen.

Hintergrund der Streitigkeit bildeten drei Verträge, welche die Gesellschaft X. (Auftraggeberin), eine Betreiberin von Juwelier-, Uhren- und Luxusgeschäften, mit der Gesellschaft Z. (Auftragnehmerin), einer Gesellschaft im Bereich Objekt- und Personenschutz, in den Jahren 2005, 2009 und 2011 abgeschlossen hatte. Die X. beauftragte die Z. mit der Überwachung ihrer drei Filialen in der Stadt V. Die drei Verträge sahen jeweils eine Mindestvertragsdauer von zwei Jahren bzw. vier Monaten vor, wobei sich die Verträge stillschweigend verlängerten, wenn sie nicht von einer der Parteien vier bzw. drei Monate vor Ablauf gekündigt wurden. Für den Fall einer Kündigung durch X. ohne Einhaltung dieser Kündigungsfristen sahen die allgemeinen Vertragsbedingungen jeweils wegen Kündigung zur Unzeit einen Schadenersatzanspruch von Z. in Höhe der Vergütung während der letzten drei Monate vor Vertragsauflösung vor.

Die allgemeinen Vertragsbedingungen untersagten der X. zudem, während der Vertragsdauer und der Dauer eines Jahres nach Beendigung weder direkt noch indirekt die Dienste von Mitarbeitern der Z. für ähnliche Aktivitäten, wie sie die Z. anbietet, anzuwerben oder diese einzustellen, in welcher Form auch immer. Für den Widerhandlungsfall wurde eine Entschädigung von CHF 20'000.- vereinbart.

Am 25. Juli 2011 löste die X. alle drei Verträge per 1. September 2011 bzw. 1. November 2011 auf. Z. machte in der Folge geltend, dass zwei der drei Kündigungen unter Nichteinhaltung der vertraglichen Kündigungsfristen erfolgt seien. Wegen Kündigung zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) erhob Z. Klage auf Bezahlung von Schadenersatz gegen X.

Gleichzeitig klagte Z. auf Bezahlung einer Entschädigung durch X. wegen Verletzung des vertraglich vereinbarten Abwerbverbots. Dies, weil H., der als Si-

cherheitsagent in den drei Filialen der X. für Z. gearbeitet hatte, vom 17. Oktober bis 3. Dezember 2011 von der Gesellschaft I. angestellt und zur Überwachung ebendieser Filialen eingesetzt wurde. Dabei war I. Unterauftragnehmerin derjenigen Gesellschaft, welche die X. nach der Auflösung der Verträge mit der Z. neu mit der Überwachung ihrer drei Filialen beauftragt hatte.

Während das erstinstanzliche Gericht die Klage vollumfänglich abwies, hiess die zweite Instanz die Klage teilweise gut und sprach der Z. gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR Schadenersatz wegen Kündigung zur Unzeit zu. Die Entschädigungsforderung wegen Verletzung des Abwerbverbots wies auch die zweite Instanz ab. Beide Parteien erhoben gegen diesen Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht hielt fest, dass nicht bestritten sei, dass es sich bei den drei Überwachungsverträgen um Aufträge im Sinne von Art. 394 ff. OR handle. Nach seiner ständigen Rechtsprechung, an der es trotz Kritik in der Lehre festgehalten habe, könne der Auftrag gemäss Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Dieses Beendigungsrecht sei zwingend und könne weder ausgeschlossen noch vertraglich eingeschränkt werden. Dies gelte auch bei befristeten oder atypischen Aufträgen.

Das Bundesgericht führte weiter aus, dass Art. 404 Abs. 2 OR vorsehe, dass diejenige Partei, welche den Auftrag zur Unzeit widerrufe oder kündige, der anderen Partei zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet sei. Diese Haftung setze zweierlei voraus: das Fehlen ernsthafter Gründe für die Auflösung und das Erleiden eines Schadens durch die Gegenpartei aufgrund der Dispositionen, die sie zur Auftrags Erfüllung getroffen habe. Entsprechend liege keine Kündigung zur Unzeit vor, wenn der Beauftragte der Auftraggeberin begründeten Anlass zur Vertragsbeendigung gegeben habe. Die Auflösung erfolge dann ohne ernsthafte Gründe, wenn keine Umstände erkennbar seien, die aus objektiver Sicht die Weiterführung des Vertrags

unzumutbar machten, insbesondere die Vertrauensbeziehung mit der Gegenpartei zerstörten.

Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass X. begründeten Anlass zur Vertragsauflösung im Sinne dieser Rechtsprechung gehabt hatte. Es war erstellt, dass die Z. mindestens seit dem Jahr 2010 ihre Dienstleistungen nicht zur Zufriedenheit der X. erbracht hatte. Abgesehen davon, dass deren Sicherheitspersonal wiederholt die Öffnungszeiten der Filialen missachtet hatte, was dazu führte, dass den Kunden erst verspätet Einlass gewährt werden konnte, legte das Sicherheitspersonal auch nicht das Verhalten an den Tag, das die X. erwarten durfte. Es war nachgewiesen, dass ein Sicherheitsagent im Eingang einer Boutique mit geöffneter Türe geraucht hatte, dass ein anderer Sicherheitsagent den halben Tag in den Fauteuils für die Kunden herumgesessen hatte und dass ein dritter Sicherheitsagent im Stehen eingeschlafen war, den Kopf gegen die Eingangstüre gelehnt. Das Bundesgericht hielt fest, dass ein solches Verhalten des Sicherheitspersonals in Luxusboutiquen inakzeptabel sei. Hinzu kam, dass das Sicherheitspersonal der Z. nicht ausgebildet war, im Falle eines Angriffs zu reagieren, was das Verkaufspersonal beunruhigte, und dass das Sicherheitspersonal sich darüber hinaus wenig um die zu erledigenden Aufgaben kümmerte.

Es war darüber hinaus erstellt, dass die Verfehlungen des Sicherheitspersonals der Z. gemeldet worden waren. Diese hatte indessen nichts zur Verbesserung der Situation unternommen. Die genannten Umstände waren deshalb gemäss Bundesgericht zweifellos geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zu zerstören. Die X. hatte damit begründeten Anlass, die Verträge mit der Z. aufzulösen, weshalb die Vertragsbeendigung nicht zur Unzeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR erfolgte und der Z. keine Schadenersatzansprüche zustanden.

In Bezug auf die geltend gemachte Verletzung des vertraglichen Abwerbverbots hielt das Bundesgericht fest, dass „etwas abwerben“ nach dem gewöhnlichen Sinn des Wortes bedeute, etwas „deutlich und mit Nachdruck“ zu verlangen. Es war indessen nicht erstellt, dass die X. nachdrücklich verlangt hatte, dass H. sich in ihren Dienst stelle, nachdem er die Z. verlassen hatte. Es war auch nicht festgestellt, dass die X. Druck auf ihre neue Auftragnehmerin ausgeübt hatte, damit deren Unterauftragnehmerin I. den Mitarbeiter H. anstelle.

Das Bundesgericht hob deshalb das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Klage vollumfänglich ab.

## KOMMENTAR

Das Urteil bestätigt die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach ein Auftrag dann zur Unzeit im Sinn von Art. 404 Abs. 2 OR beendet wird, wenn die auflösende Partei ohne Grund, d.h. in einem ungünstigen Moment ohne sachliche Rechtfertigung der anderen Partei besondere Nachteile verursacht. Der vorliegende Fall liefert ein sehr anschauliches Beispiel dafür, dass der Auftraggeber bei Schlechterfüllung eines Auftrags seitens des Beauftragten einen begründeten Anlass zur Auftragsauflösung haben kann, welcher Schadenersatzansprüche von vornherein ausschliesst.

Interessant sind im Übrigen die Ausführungen des Bundesgerichts zum Begriff des „Abwerbens“. Das Bundesgericht stellt klar, dass es für das Vorliegen einer Abwerbbehandlung eines nachdrücklichen Verlangens bedarf. Demgegenüber wird ein Abwerbverbot bei passivem Verhalten nicht verletzt. Dies ist auch für den Bereich des Arbeitsrechts von Relevanz, wo nachvertragliche Abwerbverbote in Bezug auf Kunden und Mitarbeiter in der Praxis häufig anzutreffen sind.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:

**Dr. André Bloch**

Partner

[andre.bloch@suterhowald.ch](mailto:andre.bloch@suterhowald.ch)**Dr. Mauro Loosli**

Partner

[mauro.loosli@suterhowald.ch](mailto:mauro.loosli@suterhowald.ch)**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Senior Associate

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)