AJP/PJA 1/2015

Die Einrede des nicht erfüllten Aktionärbindungsvertrags

Daniel Baumann

Pascal Zysset

Die Autoren setzen sich mit der Frage auseinander, inwiefern die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Rahmen von Aktionärbindungsverträgen Anwendung findet. Lehre und Rechtsprechung äussern sich bisher nicht zu dieser konkreten Problematik. Aus den allgemeinen Formulierungen der Doktrin geht allerdings hervor, dass der nichtleistenden Vertragspartei der Rückgriff auf Art. 82 OR nur im Falle von schuldrechtlichen Elementen zustehen soll, nicht hingegen bei gesellschaftsrechtlichen. Der vorliegende Beitrag setzt sich kritisch mit der negierenden Haltung gegenüber gesellschaftsrechtlichen Aktionärbindungsverträgen auseinander und bejaht für bestimmte Konstellationen eine Einredemöglichkeit.

Les auteurs se penchent sur la question de savoir dans quelle mesure l'exception d'inexécution du contrat s'applique dans le cadre de conventions d'actionnaires. Jusqu'à présent, la doctrine et la jurisprudence ne se sont pas exprimées sur cette problématique concrète. On peut toutefois déduire des formulations générales de la doctrine que la partie contractante qui ne s'exécute pas ne pourrait invoquer l'art. 82 CO qu'en cas d'éléments relevant du droit des obligations, mais pas lorsque ceux-ci relèvent du droit des sociétés. La présente contribution porte un regard critique sur l'attitude hostile à l'encontre des conventions d'actionnaires relevant du droit des sociétés et admet pour certaines situations la possibilité d'invoquer l'exception.

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkungen
  1. Grundverständnis
  2. Problematik
  3. Hintergrund
II. Leistungsverweigerungsrecht
  1. Anwendungsbereich
  2. Tatbestand
III. Synallagmatischer Vertrag
  1. Definition
  2. Vertrag
  3. Gegenseitigkeit
    a. Allgemein
    b. Schuldrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen
    c. Gesellschaftsrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen
  4. Austauschverhältnis
    a. Allgemein
    b. Schuldrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen
    c. Gesellschaftsrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen
  5. Zwischenergebnis
IV. Gleichzeitigkeit
  1. Allgemein
  2. Schuldrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen
  3. Gesellschaftsrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen
  4. Zwischenergebnis
V. Rechtsmissbrauch
VI. Fazit

Daniel Baumann, MLaw, Rechtsanwalt, Bern.
Pascal Zysset, MLaw, Rechtsanwalt, Bern.
Die Autoren danken Prof. em. Dr. Bruno Huwiler, Rechtsanwalt und Dr. Gian Sandro Genna, Rechtsanwalt, für die Durchsicht des Manuskripts und die kritischen Anregungen.

I. Vorbemerkungen

1. Grundverständnis

In der Praxis scheint die Vielfalt der Ausgestaltung von Aktionärbindungsverträgen keine Grenzen zu kennen. Typischen Regelungsinhalt von Aktionärbindungsverträgen bilden etwa Stimmbindungen, Treuepflichten, Konkurrenzverbote oder Kaufrechte.[1] Ihre Abstraktheit ist nicht zuletzt Grund dafür, weshalb sie als solche – im Unterschied zu anderen Vertragstypen – nur schwer erfassbar und deshalb gesetzlich nicht geregelt sind.[2] Un-

[1] Vgl. als Überblick Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 579; Damian Fischer, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Vertrags-, gesellschafts- und börsenrechtliche Aspekte, Diss. Zürich, Zürich 2009, 23 ff.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 2 N 45 und § 39 N 146; Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Diss. Bern 2001, Bern 2001, 17 ff.; Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Habil. Bern 2001, Bern 2001, § 15 N 13; Theodor Lang, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2003, 30 ff.; Max Meyer, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis, ZBJV 136 (2000), 421–426, 422 ff.

[2] Nichtsdestotrotz gab die Normierung von Aktionärbindungsverträgen immer wieder Anlass zu Diskussionen, siehe dazu Amtliches Bulletin des Nationalrats, Herbstsession 1985, Geschäft 83.015: Obligationenrecht. Aktienrecht, 3. Oktober 1985, AB 1985 IV 17 N, 1763–1791, 1763 ff.; zusammenfassend Hintz-Bühler (FN 1), 23; Lang (FN 1), 9.

ter der Begriffsdefinition der Aktionärbindungsverträge werden vorliegend vertragliche Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Parteien über Rechte und Pflichten verstanden, welche einen Zusammenhang zur Aktionärsstellung einer oder mehrerer Beteiligter einer bestimmten Aktiengesellschaft haben.[3] Für die Aktionäre eröffnet dies die Möglichkeit, über die an sich kapitalistisch ausgestaltete Gesellschaft ein personenbezogenes Kleid zu stülpen.[4] Der Jubilar bezeichnete den Aktionärbindungsvertrag treffend als «vertraglichen Minderheitenschutz».[5]

Dem Prinzip der Vertragsfreiheit unterstehend, dienen Aktionärbindungsverträge im Allgemeinen der über das Gesetz hinausgehenden Regelung schuld- oder gesellschaftsrechtlicher Beziehungen zwischen den Parteien.[6] Diese rechtliche Differenzierung – Aktionärbindungsverträge als schuldrechtliche Verträge oder Gesellschaftsverträge – ist letztlich ausschlaggebend und gleichzeitig Problemfeld für die (analoge) Rechtsanwendbarkeit[7] von Art. 82 OR auf Aktionärbindungsverträge.

Terminologisch geht der vorliegende Beitrag von der Präsumtion aus, dass die zugrunde liegende Gesellschaft als AG konzipiert ist. Dies soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass Stimmbindungsverträge auch in anderen Gesellschaftsformen vorkommen können und dürfen.[8]

2. Problematik

Man stelle sich folgenden Sachverhalt vor: Aktionäre A, B und C schliessen untereinander einen Aktionärbindungsvertrag ab. Im Vorfeld der Generalversammlung wird bekannt, dass sich Aktionär C nicht an den Regelungsinhalt des Vertrags halten will. Können nun die übrigen Aktionäre A und B ebenfalls auf die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtung verzichten, ohne ihrerseits eine Vertragsverletzung zu begehen?

Im vorliegenden Beitrag geht es um die konkrete Frage, inwieweit die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR e contrario[9] im Rahmen eines Aktionärbindungsvertrags Anwendung findet, soweit die Parteien keine spezifische Regelung hierzu getroffen haben.[10] Vorausgesetzt wird für die vorliegende Abhandlung, dass der umstrittene Regelungsinhalt eine Hauptleistungspflicht des Aktionärbindungsvertrags betrifft. Für die zusätzlich zu beachtenden Voraussetzungen bei Nebenpflichten sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.[11]

---

3 Umfassend zu den einzelnen Begriffsmerkmalen Hintz-Bühler (FN 1), 5 ff.; ebenso Hansjürg Appenzeller, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Diss. Zürich 1996, Zürich 1996, 13 ff. und 29; Olivier Bloch, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse, Avec un aperçu du droit boursier, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, 14; ähnlich Fischer (FN 1), 6 ff.; Peter Forstmoser, Aktionärbindungsverträge, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, 359–381, 364; Lang (FN 1), 6; Annemarie Nussbaumer/Hans Caspar von der Crone, Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 i. S. Anstalt X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Streitgenossenschaft Y. AG in Konkurs (Klägerin und Berufungsbeklagte), SZW 2004, 138–146, 143; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 11 N 1.

4 Vgl. nur Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 1), § 2 N 48; von der Crone (FN 3), § 11 N 5 und N 15.

5 Kunz (FN 1), § 15 N 18.

6 Bloch (FN 3), 4 und 44; Forstmoser (FN 3), 364 f.; vgl. auch Peter V. Kunz, Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten bei Personengesellschaften in der Schweiz, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 171–199, 185; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 12 N 19 und N 111; entsprechend entfalten Aktionärbindungsverträge lediglich eine Wirkung inter partes und führen auf Gesellschaftsebene nur in den seltensten Fällen zu Tangierungen, Hintz-Bühler (FN 1), 62 ff.; ebenso Peter Forstmoser, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 375–407, 387; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 1), § 2 N 46; Kunz (FN 1), § 15 N 11; Nussbaumer/von der Crone (FN 3), 144.

7 Die Voraussetzungen einer analogen Rechtsanwendung sind Ähnlichkeit und Interessengleichheit («ratio legis»), vgl. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft, 3. A., Heidelberg 1995, 202 f.

8 Vgl. nur Appenzeller (FN 3), 10.

9 Erstaunlicherweise hat sich bisher niemand in der Lehre explizit für eine E-contrario-Anwendung ausgesprochen (in eine ähnliche Richtung aber Jean-Marc Schaller, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Zürich 2010, Zürich/St. Gallen 2010, N 430 ff., und Robert Simmen, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags [OR 82], Unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen, Zürich 1981, Bern 1981, 37). Dies ist als Versäumnis zu qualifizieren, umschreibt der Wortlaut von Art. 82 OR doch nur in positiver Weise, wer «den andern zur Erfüllung anhalten will» und nicht: wer die Leistung verweigern kann. Diese extensive Betrachtung erfolgt in Anlehnung an § 320 BGB, wo explizit die Rede von einem «Zurückbehaltungsrecht» ist.

10 Im Umkehrschluss wird ebenfalls die Frage behandelt, ob in «Muster-ABV» eine solche Klausel aufgenommen werden müsste, will man ein Leistungsverweigerungsrecht der anderen Vertragsparteien ausschliessen. Bereits diese Tatsache des «Ob» dürfte und sollte vorsichtige Anwälte zu einer Aufnahme drängen.

11 CHK-Wullschleger, N 16 zu Art. 16 OR; SPR-Merz, 86. Angesprochen ist das Kriterium des Austauschverhältnisses (dazu hinten Kapitel III/4).

Ohne Leistungsverweigerungsrecht müsste der betroffene Gesellschafter – sofern er nicht selbst eine Vertragsverletzung begehen möchte – seinerseits die Leistung erbringen, ohne dass einer bzw. mehrere Mitgesellschafter ihrerseits der Leistungspflicht nachkommen. Es bleibt ihm also nichts anderes übrig, als seinen Gegenanspruch auf prozessualem Weg durchzusetzen,[12] was allerdings mit Kosten verbunden und unter Umständen aufgrund der verstrichenen Zeit gar nicht mehr möglich ist.[13]

3. Hintergrund

Die Themenwahl der vorliegenden Jubiläumsschrift kommt nicht von ungefähr, wurden die Autoren zur Diskussion dieser Problemstellung bereits vom Jubilar aufgeboten. Da sich die vorliegende Frage damals unter vielen stellte und zudem augenfällig wurde, dass sich Lehre und Rechtsprechung bisher nur am Rande mit derselben auseinandergesetzt haben,[14] ist die vorliegend vertiefte Darstellung zu Ehren des Jubilars ein durchaus nachvollziehbarer Schritt.

II. Leistungsverweigerungsrecht

1. Anwendungsbereich

Obwohl Aktionärbindungsverträge gelegentlich schuldrechtliche Elemente enthalten, werden sie oftmals als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR qualifiziert.[15] Im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Aktionärbindungsverträge schliessen sich somit mehrere Gesellschafter einer Gesellschaft mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammen. Erforderlich ist folglich dreierlei: (i) eine vertragsmässige Verbindung mehrerer Personen und (ii) gemeinsame Zweckverfolgung (iii) mit gemeinsamen Kräften und Mitteln. Für jede einzelne Obligation muss u. E. eine separate Beurteilung erfolgen. [16]

Daraus ergibt sich für die gesellschaftsrechtlichen Elemente eines Aktionärbindungsvertrags ein Anwendungsproblem:[17] Die Normen des Allgemeinen Teils des OR (Art. 1–183 OR) sind auf die zweite Abteilung des OR beschränkt, infolgedessen finden sie auf dessen dritte Abteilung und somit auf das Gesellschaftsrecht keine direkte Anwendung.[18] Immerhin führt die Verweisung von Art. 7 ZGB grundsätzlich zur analogen Anwendung der Art. 1–183 OR auf das Gesellschaftsrecht.[19] Eine analoge Verwendung des Allgemeinen Teils in der dritten Abteilung des OR ist allerdings von einem Entscheid abhängig, der eine Wertung betreffend den Inhalt und den Zweck der Bestimmungen des OR enthält (Interessengleichheit) sowie der rechtlich relevanten Tatsachen mit Blick auf die Anwendbarkeit der Norm (Ähnlichkeit).[20] Ein gesellschaftsrechtliches Pendant zur allgemeingültigen Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann Art. 545 Abs. 2 OR u. E. nicht als gleichwertige

---

12 Gemeint sind Leistungsklagen (Art. 84 ZPO) entweder auf Primärerfüllung (z. B. Stimmabgabe; zur Problematik hierbei Forstmoser [FN 6], 387 f.; Hintz-Bühler [FN 1], 199 ff.) oder auf Sekundärleistungspflicht: vgl. zum Ganzen Bloch (FN 3), 85 f.; Forstmoser (FN 6), 387 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 1), § 39 N 191; Hintz-Bühler (FN 1), 190 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 6), § 16 N 676; von der Crone (FN 3), § 11 N 34. Der Möglichkeit der Leistungsklage wird im Folgenden nicht nachgegangen.

13 Vgl. zum Ganzen ZK-Handschin/Vonzun, N 103 zu Art. 531 OR. Als problematisch erweist sich hierbei die inter-partes-Wirkung (dazu nur Hintz-Bühler [FN 1], 6 und 61 m. w. H.), die dazu führt, dass etwa bei Stimmbindungsverträgen keine nachträgliche Möglichkeit besteht, den gefassten GV-Beschluss abzuändern.

14 Beide Themen – sowohl der Aktionärbindungsvertrag wie auch das Leistungsverweigerungsrecht – wurden für sich eingehend behandelt, ohne dass jedoch eine Verknüpfung hergestellt wurde. Gerade bei den einschlägigen Dissertationen erstaunt dieser Umstand.

15 Bloch (FN 3), 47; Fischer (FN 1), 29; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 1), § 39 N 162; Matthias Heiniger, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Die strafrechtliche Erfassung eines wirtschaftlichen Phänomens, Diss. Bern 2010, Bern 2011, 38; Meyer (FN 1), 421; eine andere Gesellschaftsform für Aktionärbindungsverträge ist zwar ohne Weiteres möglich, in der Praxis aber selten, siehe dazu Hintz-Bühler (FN 1), 33.

16 Ähnlich Bloch (FN 3), 56 und Hintz-Bühler (FN 1), 29 f. und 34 mit einem Hinweis auf den Innominatkontrakt; bei Letzterem erfolgt nach der bundesgerichtlichen «Blumenpflückmethode» (vgl. nur BGE 109 II 462 E. 3d S. 466) eine individuelle Beurteilung jedes Elements; vgl. auch Nussbaumer/von der Crone (FN 3), 144 FN 39. «Killerkriterium» hierbei bildet der gemeinsame Zweck: BSK-Handschin, N 10 zu Art. 530 OR; SPR-Merz, 84.

17 Davon abzugrenzen ist die Frage, ob die einzelnen Voraussetzungen des Art. 82 OR erfüllt sind (dazu hinten Kapitel III und IV).

18 Sozusagen den Allgemeinen Teil der die juristische Person betreffenden dritten Abteilung bilden dagegen die Bestimmungen nach Art. 52–59 ZGB, BK-Fellmann/Müller, N 426 zu Art. 530 OR; eingehend Walter Fellmann, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 133 (1997), 285–316, 290 f.

19 Zum Ganzen Robert Müller, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Die Anwendbarkeit der Normen über die synallagmatischen Verträge auf den Gesellschaftsvertrag, Diss. Zürich 1971, Zürich 1971, 52 ff.; ebenfalls BK-Fellmann/Müller, N 427 zu Art. 530 OR; Fellmann (FN 18), 290 f.; Martin Furrer, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 1996, Zürich 1996, 192.

20 BK-Fellmann/Müller, N 427 zu Art. 530 OR; Müller (FN 19), 54.

Norm verstanden werden, dürfte doch die Nichterfüllung einer Partei in aller Regel gerade nicht für eine Auflösung ausreichen.[21] Im Übrigen spricht Art. 82 OR die Erfüllung eines Geschäfts an, während Art. 545 Abs. 2 OR von der Beendigung einer rechtlichen Bindung ausgeht. Jedoch können auch «Sinn und Zweck einer Gesellschaftsform (…) die Anwendung einer Bestimmung aus dem Allgemeinen Teil des OR u. U. verbieten.»[22]

Aufgrund ihrer inneren Struktur wird die einfache Gesellschaft – obwohl in der zweiten Abteilung des OR geregelt (Art. 530 ff. OR) – dem Gesellschaftsrecht und somit der dritten Abteilung des OR zugeordnet.[23] Aus diesem Grund findet der Allgemeine Teil nur beschränkt auf die einfache Gesellschaft und somit auf Aktionärbindungsverträge gesellschaftsrechtlicher Natur Anwendung, nämlich dort, «wo der einzelnen Norm [des Allgemeinen Teils] Prinzipien zugrunde liegen, die auch im Gesellschaftsrecht gelten».[24] Ausgangslage für die Prüfung der Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils auf das Gesellschaftsrecht bilden entsprechend immer zuerst die Prinzipien der konkreten Norm des Allgemeinen Teils selbst, welche anschliessend auf Vereinbarkeit mit dem Gesellschaftsrecht analysiert werden müssen.

Während bei den schuldrechtlichen Elementen des Aktionärbindungsvertrags einer grundsätzlichen[25] Anwendung von Art. 82 OR nichts im Wege steht, muss somit bei den gesellschaftsrechtlichen immer eine Prinzipienprüfung vorausgehen.

Die Ermittlung der Art. 82 OR zugrunde liegenden Prinzipien erscheint durchaus mit einigen Problemen behaftet. In der Lehre werden die folgenden erwähnt: Treu und Glauben, pacta sunt servanda (als Grundsatz zu dieser Ausnahme) und funktionelles Synallagma.[26] Fraglich erscheint primär, wie weit man in der Kausalkette der übergeordneten Grundsätze zurückgehen soll. Das der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nächste Prinzip ist dabei zweifelsohne das bereits im Tatbestand vorkommende Synallagma[27], während die weiteren genannten Prinzipien als übergeordnet angesehen werden können. Es stellt sich dabei nicht mehr die Frage, worauf Art. 82 OR gründet, sondern worauf sich das in Art. 82 OR verankerte funktionelle Synallagma seinerseits stützt. U. E. greift eine unmittelbare Prinzipienanalyse zu kurz.[28] Das funktionelle Synallagma ist vielmehr als konkrete Voraussetzung in einem späteren Stadium zu prüfen.[29] Eine andere Lösung würde die Kontrolle der Tatbestandsmerkmale obsolet erscheinen lassen. Es geht vorliegend um die Frage, ob eine Norm des Allgemeinen Teils des OR in gesellschaftsrechtlichen Verträgen berücksichtigt werden kann und nicht darum, ob ihre Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Im Übrigen weist bereits der Wortlaut der zitierten Lehrmeinung auf eine weiterführende Betrachtung hin, da einerseits von Prinzipien in der Mehrzahl die Rede ist und andererseits von «zugrunde liegen».[30] Es ist daher auf die

---

21 Ähnlich SPR-von Steiger, 372; wohl anders BK-Becker, N 12 zu Art. 82 OR.

22 Furrer (FN 19), 192; vgl. auch SPR-von Steiger, 372.

23 Die Einordnung der einfachen Gesellschaft unter die zweite Abteilung des OR ist weitgehend historisch bedingt, BK-Fellmann/Müller, N 426 zu Art. 530 OR; Müller (FN 19), 50 m. w. H.; Fellmann (FN 18), 291. Diese Fehlzuordnung (a. M. Gian Sandro Genna, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, Unter Berücksichtigung des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz sowie der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2008, Bern 2008, 4) ist im OR im Übrigen nicht singulär: die GoA wurde beispielsweise dem OR BT zugeordnet («Die einzelnen Vertragsverhältnisse»), obwohl sie als Basis einer Obligationsentstehung konsequenterweise den Allgemeinen Bestimmungen, genauer dem Ersten Titel («Die Entstehung der Obligationen») hätte zugeordnet werden müssen (dazu BGE 126 III 382 E. 4b/ee S. 387). Die echte GOA hätte ihren Platz dabei nach dem Vertretungsrecht, die unechte innerhalb des Bereicherungsrechts gefunden.

24 Fellmann (FN 18), 292. Dies ist etwa der Fall, wenn das Recht der einfachen Gesellschaft explizit auf den Allgemeinen Teil des OR verweist, Hintz-Bühler (FN 1), 47 f. m. w. H.; siehe zum Ganzen auch BK-Fellmann/Müller, N 426 zu Art. 530 OR; Fellmann (FN 18), 286 f.; Furrer (FN 19), 193; Müller (FN 19), 69; ZK-Siegwart, Vorbem. zu Art. 530–551 N 63.

25 Zu den einzelnen Voraussetzungen hinten Kapitel III und IV.

26 Wolfgang Ernst, Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus – im römischen Recht bis Justinian, in: Horst Heinrich Jakobs/Eduard Picker/Jan Wilhelm (Hrsg.), Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, Heidelberg 1998, 1–57, 1; Schaller (FN 9), N 424 («Do ut des»); Astrid Stadler, in: Rolf Stürner (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 15. A., München 2014, N 2 zu § 320 BGB und die hinten FN 33 und 35 erwähnte Literatur.

27 Historisch betrachtet müsste selbst eine Prinzipienbetrachtung anhand des Synallagmas zum hinten in diesem Kapitel umschriebenen Ergebnis führen, betrachtete die Lehre des gemeinen Rechts doch die societas als «Vertrag, durch den sich die Gesellschafter wechselseitig zu Beiträgen zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verpflichteten». Nach dieser Ansicht wurde der Gesellschaftsvertrag ebenfalls als synallagmatisch qualifiziert, zu alldem: Stephan Szalai, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen. Leistungsstörungen bei (rechtsfähigen) Personengesellschaften, Diss. Leipzig 2012, Baden-Baden 2013, 172 ff., m. w. H.

28 Offenbar nicht ausschliessend Müller (FN 19), 98.

29 Dazu hinten Kapitel III; ähnlich Müller (FN 19), 90: «Dass beide Parteien gleichzeitig Zug um Zug zu erfüllen haben, folgt in erster Linie aus dem Grundsatz von *Treu und Glauben*.» (Hervorhebung im Original); wohl a. M. Peter Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Habil. Linz 1981, Wien 2009, 28 f.

30 Siehe FN 24.

Prinzipien von Treu und Glauben sowie pacta sunt servanda näher einzugehen.

Der Dogmatiker kommt bei der Abklärung der Art. 82 OR zugrunde liegenden Prinzipien nicht darum herum, zu den Ursprüngen zurückzukehren. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kommt als exceptio non adimpleti contractus[31] in ihrer ursprünglichen Form bereits im römischen Recht vor.[32] Der Hintergrund dafür kann im Grundsatz von Treu und Glauben erblickt werden.[33] Somit ist es primär dieses Prinzip, welches die Grundlage für Art. 82 OR bildet.

Nicht auf den ersten Blick erkennbar erscheint der Zusammenhang von Art. 82 OR mit dem Prinzip der Vertragstreue (pacta sunt servanda)[34], da vorgebracht wird, die Einrede stelle eine Ausnahme dazu dar.[35] Art. 82 OR kann jedoch nur dann als Ausnahme greifen, wenn der Grundsatz pacta sunt servanda zugrunde gelegt wird. Somit sollte eine Prinzipienprüfung ebenfalls den Grundsatz der Vertragstreue zum Ausgangspunkt nehmen.[36] Allerdings muss geprüft werden, ob historisch gesehen die exceptio non adimpleti contractus auf diesem Grundsatz aufgebaut wurde. Der terminus technicus als Form dieses Grundsatzes entwickelte sich erst nach der römischen Zeit.[37] In der Sache war die Treue zum gegebenen Wort (fides) jedoch schon in Rom tief verankert.[38] Bereits in den Wurzeln der Einrede des nicht erfüllten Vertrags wird daher das Prinzip von pacta sunt servanda erkannt. Anlässlich einer Prinzipienprüfung kann deshalb durchaus nach einer Ausnahme zu pacta sunt servanda Ausschau gehalten werden.

Als Zwischenergebnis gilt deshalb festzuhalten, dass der Einrede des nicht erfüllten Vertrags diverse Prinzipien – nämlich jenes des funktionellen Synallagmas, des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie von pacta sunt servanda – zugrunde liegen. Während das Synallagma als spezifische Tatbestandsvoraussetzung noch nicht auf der Ebene der Anwendbarkeit überprüft werden darf, hat ein Prinzipienvergleich primär anhand von Treu und Glauben (bona fides), aber auch unter Berücksichtigung des daraus abgeleiteten Grundsatzes pacta sunt servanda als Gegenstück des Leistungsverweigerungsrechts zu erfolgen. Es muss somit verifiziert werden, ob im gesellschaftsrechtlichen Verhältnis die Prinzipien von Treu und Glauben sowie pacta sunt servanda gelten.

Anhand der gesellschaftsrechtlichen Tatbestandselemente beurteilt ist das allen Aktionärbindungsverträgen immanente Vertragselement betroffen und nicht das zentrale Abgrenzungskriterium des Zwecks.[39] Das Prinzip von Treu und Glauben ist auf solche Sonderverbindun-

---

31 So der lateinische Name dieser Einrede, vgl. nur BK-Weber, N 5 zu Art. 82 OR; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 309; Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, in: Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff (Hrsg.), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 14. A., Tübingen 1954, 134; Ernst (FN 26), 1 und Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht: ein Studienbuch, 20. A., München 2014, § 38 N 26. Jabornegg (FN 29), 35 weist zu Recht darauf hin, dass dieser Begriff erst nach dem römischen Recht geprägt wurde. Vorliegend interessiert jedoch vielmehr der Ursprung dieses Instituts, bei dessen Betrachtung u. E. auch ein «Prototyp» herangezogen werden kann.

32 Erstmals ersichtlich ist sie bei den römischen Klassikern Publius Salvius Iulianus (D 47.2.14.1), Domitius Ulpianus (D 19.1.13.8 und 21.1.31.8) und Iulius Paulus (D 12.1.31.1 und 21.1.57). Der Name selber taucht erst 1560 zum ersten Mal auf: Hans-Peter Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Diss. Hamburg 1964, Hamburg 1965, 2 m. w. H.

33 Bereits Domitius Ulpianus im römischen Recht (D 19.1.9) gestützt auf die exceptio doli, die ihrerseits eine Konsequenz von Treu und Glauben ist (dazu Bruno Huwiler, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes [Art. 2 Abs. 2 ZGB], in: Bruno Schmidlin [Hrsg.], Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft ZSR 16 (1994), 67, 70 und 82 jeweils m. w. H.; vgl. auch Stéphane Abbet, De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit, Etude de droit romain et de droit suisse, Thèse Lausanne 2006, Zurich 2006, 213, 217, 220 und 227 m. w. H.; kritisch Kaser/Knütel [FN 31], § 38 N 25). Zudem: BGE 61 II 259 E. 4 S. 264 («Daraus ergibt sich der Charakter des allgemeinen, im Sachenrecht geregelten Retentionsrechtes als eines eigentlichen Zurückbehaltungsrechtes im Sinn einer exceptio doli, ähnlich der Einrede aus Art. 82 OR»); BK-Becker, N 2 zu Art. 82 OR; Enneccerus/Lehmann (FN 31), 134 («Die Einrede konkretisiert die Anforderungen aus Treu und Glauben»); Simmen (FN 9), 34 f. («Das Zug-um-Zug-Prinzip […] ergibt sich vielmehr aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.»).

34 Die Lehre verwendet diese Begriffe als Synonyme, Marc-Philippe Weller, Die Vertragstreue, Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Habil. Köln 2008, Tübingen 2009, 37.

35 Jean-Marc Schaller, Darf ein Schuldner die Leistung verweigern?, Jusletter 21. März 2011, Rz. 4 f.; in diese Richtung ebenfalls Bernhard Pfister, Der mehrseitige Austauschvertrag, JZ 1971, 284–286, 286.

36 Im Übrigen hat der Vertragstreue-Grundsatz seine Wurzeln in Treu und Glauben, Weller (FN 34), 39.

37 Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, 397; Weller (FN 34), 85 f.

38 Grundlegend Wolfgang Kunkel, Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, in: Max Kaser/Hans Kreller/Wolfgang Kunkel (Hrsg.), Festschrift für Paul Koschaker, II. Band, Weimar 1939; seither Max Kaser, Das römische Privatrecht, 2. A., München 1971, 171 und inb. 475 ff.; Max Kaser, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Wien/Köln/Graz 1986, 92; Coing (FN 37), 40; BK-Merz, N 9 zu Art. 2 ZGB.

39 Dazu vorne Kapitel II/1.

gen, worunter idealiter der Vertrag zu subsumieren ist, ausgerichtet.[40] Dasselbe gilt für den Grundsatz pacta sunt servanda. Dieser bildet «in allen Bereichen des Vertragsrechts», mithin auch beim Gesellschaftsvertrag, einen selbstverständlichen Grundsatz.[41]

Der Einrede des nicht erfüllten Vertrags liegen demzufolge dieselben Prinzipien wie dem Gesellschaftsvertrag zugrunde.[42] Der Anwendungsbereich des Art. 82 OR erstreckt sich somit analog ebenfalls auf gesellschaftsrechtliche Elemente von Aktionärbindungsverträgen.[43] Auf schuldrechtliche Elemente ist das Leistungsverweigerungsrecht ohne Weiteres (direkt) anwendbar.

2. Tatbestand

Gemäss der dispositiven Regelung[44] von Art. 82 OR[45] muss derjenige, der bei einem zweiseitig verpflichtenden Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, sofern er nicht vorleistungspflichtig ist.[46] Das Leistungsverweigerungsrecht gründet auf der Idee, dass zwischen den gegenseitigen Leistungspflichten der Vertragspartner ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, welches grundsätzlich Zug-um-Zug befriedigt werden soll.[47]

Das Leistungsverweigerungsrecht von Art. 82 OR ist an folgende Voraussetzungen geknüpft: (a) bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag muss es sich um einen gegenseitigen handeln, (b) wobei die Vertragsleistungen in einem Austauschverhältnis, (c) von Bestand und fällig sein müssen. Zudem sind die Leistungen (d) gleichzeitig zu erbringen und (e) beim Leistungspflichtigen muss die Erfüllungsbereitschaft fehlen.[48] Diese Voraussetzungen sind kumulativ.[49]

Die Autoren verzichten auf Ausführungen zum Bestand und zur Fälligkeit (c) sowie zur fehlenden Erfüllungsbereitschaft (e). Dies soll jedoch nicht bedeuten, dass die letztgenannten Elemente zu vernachlässigen seien, im Gegenteil wird in der Praxis ein sich auf Art. 82 OR Berufender nicht um eine Prüfung herum kommen. In vorliegender theoretischer Abhandlung sind diese Kriterien als gegeben anzunehmen.

III. Synallagmatischer Vertrag

1. Definition

Der Begriff des synallagmatischen Vertrags setzt sich aus den Elementen Vertrag, Gegenseitigkeit und Austauschverhältnis zusammen.[50] Die erste Ebene der Prüfung be-

---

40 Allgemein dazu BK-Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, N 4 zu Art. 2 ZGB; spezifisch zum Gesellschaftsvertrag etwa: BGE 125 III 257 E. 3 S. 261; ähnlich Bloch (FN 3), 138; Müller (FN 19), 98; Simmen (FN 9), 115.

41 Vgl. Pascal Hachem, Die Konturen des Prinzips Pacta Sunt Servanda, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law, National – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 647–667, 647.

42 Müller (FN 19), 69 und 90, argumentiert auf einer ähnlichen Linie. Die Ausführungen auf S. 69 sind im Hinblick auf die konkreten Voraussetzungen zu verstehen. Dies erhellt durch die Aussage «Für jede einzelne Synallagma-Bestimmung [– somit auch für Art. 82 OR –] ist deshalb gesondert zu prüfen, welche Prinzipien ihr zugrundeliegen und inwiefern diese auch für den Gesellschaftsvertrag relevant sind.»

43 Im Ergebnis gl. M., jedoch auf einem pragmatischeren Weg: Hintz-Bühler (FN 1), 48.

44 BGE 117 II 604 E. 4 S. 607.

45 Gemäss einem Vorschlag der Forschungsgruppe «Obligationenrecht 2020» soll Art. 82 OR zukünftig in einer abgeänderten Form in Art. 101 nOR aufgehen. Dabei soll selbst ohne Austauschverhältnis die Einrede des nichterfüllten Vertrags zustehen, sofern die Leistung durch den Vertragspartner nicht sichergestellt wird (Abs. 1). Insofern kann von einer Erweiterung des Leistungsverweigerungsrechts gesprochen werden. Abs. 2 hingegen entspricht der geltenden Lösung. Die Konzeption des Art. 101 nOR passt insofern nicht ins System, als bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags – anders als beim allgemeinen Zurückbehaltungsrecht (Art. 895 ff. ZGB und insbesondere Art. 898 Abs. 1 ZGB) – gerade keine Ablösung durch Sicherheitsleistung möglich ist; dazu Jabornegg (FN 29), 37; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A., Zürich 1974, 68. Mit einer Abstützung auf § 273 BGB (so der Kommentar von Hubert Stöckli/Bertrand Stoffel, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013, N 2 zu Art. 101 nOR) verkennt der Vorschlag «Obligationenrecht 2020» den graduellen Unterschied der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zum allgemeinen Zurückbehaltungsrecht nach Art. 895 ZGB. Dabei erscheint die Einrede des nicht erfüllten Vertrags als Unterart der Einrede des Zurückbehaltungsrechts, Enneccerus/Lehmann (FN 31), 134.

46 Zur Vorleistungspflicht vgl. ausführlich BK-Weber, N 140 ff. zu Art. 82 OR; von Tuhr/Escher (FN 45), 58, 65. Hervorgehoben sei, dass es bei vorliegender Frage um das Erfüllungsrecht (funktionelles Synallagma) und nicht etwa um den Inhalt selber geht: Ernst (FN 26), 53 f.

47 BK-Weber, N 5 zu Art. 82 OR.

48 Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen BK-Weber, N 30 ff. zu Art. 82 OR; CHK-Wullschleger, N 5 zu Art. 82 OR; Schaller (FN 9), N 422.

49 Vgl. nur die Ausnahme der analogen Anwendung von Art. 82 OR bei einem nicht zweiseitig verpflichtenden Vertrag mit Austauschverhältnis, von Tuhr/Escher (FN 45), 69.

50 Müller (FN 19), 5; Szalai (FN 27), 186 f.; von Tuhr/Escher (FN 45), 57. Franz Bydlinski, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen, in: Hermann Baltl (Hrsg.), Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag, Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien Bd. 3, Graz/Köln 1958, 140–151, 142, spricht treffend von einer «wechselseitigen Bedingtheit der Ansprüche».

handelt das Vertragselement. Angesprochen ist neben einem Konsens ebenfalls die personelle Zusammensetzung. Auf der zweiten Ebene ist mit der Gegenseitigkeit das konkrete Vertragsverhältnis – verstanden als Bündel von Obligationen – zu betrachten.[51] Dabei ist ausreichend, dass auf jeder Seite der Vertragsparteien mindestens eine Leistungspflicht besteht.[52] Das zugrunde liegende römischrechtliche Prinzip «do ut des» («ich gebe, damit du gibst») verlangt noch kein Austauschverhältnis.[53] Dieses ist erst auf dritter Ebene zu prüfen – die Rede ist vom vollkommen zweiseitigen Vertrag.[54] Betrachtet wird dabei nicht mehr das Bündel von Obligationen, sondern die konkreten Leistungspflichten innerhalb des Vertragsverhältnisses werden zueinander in Abhängigkeit gesetzt («Obligation 1 im Vergleich zu Obligation 2»).

2. Vertrag

Der Vertrag wird verstanden als eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung zwischen mindestens zwei Parteien (Art. 1 OR).[55] Dabei entstehen in der Regel bei jeder Partei ganze Bündel von Obligationen. Diese Ausführungen gelten unabhängig davon, ob ein schuldrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Vertrag vorliegt. Der Unterschied liegt in den anderen Tatbestandselementen der Gesellschaft, nämlich der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.[56] Dieser Zweck geht beim gesellschaftsrechtlichen Verhältnis gerade über das Interesse der Vertragserfüllung hinaus.[57] Die «gebündelten Interessen» sollen weitergehend für einen hinter der Vertragserfüllung liegenden Zweck aufgewendet werden.

Für vorliegende Abhandlung ist das Vertragselement unproblematisch. Der Aktionärbindungsvertrag ist bereits per definitionem als übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung zu verstehen.[58] Derweil gehen mehrere Parteien – mindestens jedoch zwei[59] – eine rechtliche Sonderverbindung ein.

3. Gegenseitigkeit

a. Allgemein

Anders als beim Vertragselement wird bei der Gegenseitigkeit nicht mehr der Konsens, sondern der Zusammenhang von einzelnen Obligationen zueinander näher abgehandelt. Ein Vertrag liegt also vor, während nun mit verschärftem Objektiv bereits die Richtungen der einzelnen Leistungspflichten fokussiert werden. Die Beurteilung hängt wesentlich vom Vertragstypus ab.

Gegenseitigkeit wird bejaht, wenn notwendigerweise jede Vertragspartei in Bezug auf die selbst zu erbringende Leistung Schuldnerin ist und in Bezug auf die Gegenleistung Gläubigerin.[60] Entsprechend bedarf es mindestens je einer Leistung bzw. Gegenleistung pro Vertragspartei.[61]

Zur Abhandlung des vorliegenden Tatbestandselements müssen die Elemente des Aktionärbindungsvertrags in schuldrechtliche und gesellschaftsrechtliche unterteilt werden.

b. Schuldrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen

Für schuldrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen ist sowohl möglich, dass sie als einseitige wie auch als zwei- oder mehrseitige auftreten.[62] Der zwei- und der mehrseitige Vertrag werden dabei häufig in derselben Kategorie abgehandelt.[63] Eine solche Terminologie erscheint als zu ungenau und ist abzulehnen.

aa. Einseitige Bestimmungen

Bei einseitigen Vertragsbestimmungen entsteht nur eine Forderung.[64] Eine Gegenleistung ist demgegenüber keine

---

51 Vgl. dazu Szalai (FN 27), 187.

52 BGE 67 II 123 E. 2 S. 123; BK-Weber, N 37 zu Art. 82 OR; Szalai (FN 27), 187.

53 Szalai (FN 27), 187 m. w. H.

54 Vgl. nur BGE 136 III 247 E. 5 S. 252; ebenso Fischer (FN 1), 147; Simmen (FN 9), 23 und 25 f.; Szalai (FN 27), 171.

55 Die Aussage, dass zwei oder mehrere Parteien involviert sind, besteht unabhängig von der Ein-, Zwei- oder Mehrseitigkeit des Vertrags. Mit anderen Worten können selbst mehrere Parteien einen einseitigen Vertrag schliessen (etwa bei einem Schenkungsversprechen der Gesamteigentümeraktionäre A und B gegenüber dem zu beschenkenden zukünftigen Aktionär C).

56 Vgl. auch Kapitel II/1; ebenso BSK-Handschin, N 10 zu Art. 530 OR. Keine Unterscheidung kann mit dem Tatbestandsmerkmal «zwei oder mehrere Personen» oder «gemeinsamen Kräften oder Mitteln» erreicht werden, da diese auch beim schuldrechtlichen Vertrag vorliegen müssen – wenn auch die Betonung dabei nicht auf «gemeinsam» liegen dürfte (noch deutlicher BGE 104 II 108 E. 2 S. 112, der von einem «Interessengegensatz» spricht).

57 BSK-Handschin, N 5 zu Art. 530 OR.

58 Vgl. auch Bloch (FN 3), 17; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 1), § 39 N 156; Hintz-Bühler (FN 1), 6.

59 Der Sonderfall einer Gesellschaftsbildung als Einmann-AG (Art. 625 OR) soll vorliegend nicht zur Sprache kommen.

60 Bloch (FN 3), 45; BSK-Leu, N 2 zu Art. 82 OR; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. A., München 1987, 203; Simmen (FN 9), 23; ausführlich zu den einzelnen Synallagma-Theorien: BK-Weber, N 42 ff. zu Art. 82 OR; CHK-Wullschleger, N 6 zu Art. 82 OR.

61 BK-Weber, N 37 zu Art. 82 OR.

62 Vgl. zum Ganzen Bloch (FN 3), 44 f.; von der Crone (FN 3), § 11 N 2.

63 Vgl. nur Hintz-Bühler (FN 1), 25.

64 Müller (FN 19), 5.

zu erbringen.[65] Denkbar ist etwa, dass der Aktionär A für die Liberierung (Art. 632 ff. OR i. V. m. Art. 680 Abs. 1 OR) des Aktionärs B bürgt (Art. 492 OR). Eine solche Vereinbarung dürfte immer noch unter die Begriffsmerkmale von Aktionärbindungsverträgen fallen, da ein gewisser Zusammenhang zur Aktionärsstellung besteht.[66] Die einseitige Interessenlage ist Grund dafür, dass solche Aktionärbindungsverträge in der Praxis eher selten vereinbart werden. Kaum je ein Aktionär auferlegt sich selber Pflichten ohne eine entsprechende Gegenleistung zu empfangen.[67]

Diese Konstellation ist nicht mit dem Tatbestandselement der Gegenseitigkeit zu vereinbaren. Falls also Aktionärbindungsverträge solche Elemente enthalten sollten, muss von einer Anwendung des Leistungsverweigerungsrechts abgesehen werden.

bb) Zweiseitige Bestimmungen

Bei zweiseitigen Bestimmungen gehen beide am Vertrag beteiligten Parteien Verpflichtungen ein und sind gleichzeitig auch Gläubiger ihrer Vertragspartner.[68] Mögliches Beispiel dazu: Gemäss vertraglicher Bestimmung bezahlt Aktionär A dem Aktionär B CHF 1'000, damit Letzterer ihn in den Verwaltungsrat wählt.[69] Diese Konstellation ist als Paradefall eines gegenseitigen Vertragsverhältnisses ohne Weiteres als unter Art. 82 OR fallend zu qualifizieren. Bereits der Wortlaut des Gesetzestexts und ebenfalls die Marginalie sprechen vom «zweiseitigen Vertrage». Enthalten Aktionärbindungsverträge also solche Bestimmungen, kann das Leistungsverweigerungsrecht (unter gleichzeitiger Erfüllung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen) angewendet werden.

cc) Mehrseitige Bestimmungen

Als schwieriger erweist sich die Beurteilung betreffend die Anwendbarkeit bei mehrseitigen Verträgen. Solche liegen etwa vor bei «Tauschtransaktionen», wobei eine ringförmige Struktur Wesensmerkmal ist.[70] Dabei leistet jeweils Aktionär A dem Aktionär B, Aktionär B dem Aktionär C und Aktionär C dem Aktionär A das geschuldete Objekt. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob über den Wortlaut von Art. 82 OR hinaus auch mehrseitige Vertragsverhältnisse erfasst sein sollen. Dabei scheint angebracht, anhand der involvierten «Lager» zwischen bi- und multipolar-mehrseitigen Verträgen zu unterscheiden.[71] Auslegungstechnisch lautet die Frage im ersteren bipolar-mehrseitigen Fall dahingehend, ob der Wortlaut von Art. 82 OR ebenfalls das Zweiparteienverhältnis erfasst, während in der multipolar-mehrseitigen Variante zu fragen ist, ob entgegen dem Wortlaut ein Analogieschluss[72] vollzogen werden kann.

Für den bipolar-mehrseitigen Vertrag erhellt im historischen Kontext, dass die Zweiseitigkeit die zweiparteilichen Gebilde erfassen wollte.[73] Das bipolare Element lässt sich mit dem Wortlaut von Art. 82 OR vereinbaren. Grammatikalisch kann das lateinische «bi» mit dem deutschen «zwei», «polar» mit «zwei gegensätzlichen Seiten» übersetzt werden.[74] Auch teleologisch spricht nichts gegen

---

65 Lang (FN 1), 20; vgl. auch Hans Glattfelder, Aktionärbindungs-Verträge, ZSR 1959, 229a; SPR-Merz, 83.

66 Zu dieser Voraussetzung Hintz-Bühler (FN 1), 11.

67 Hintz-Bühler (FN 1), 24; Lang (FN 1), 20.

68 Die Verpflichtung muss dabei nicht alle Parteien in ihrer Aktionärsstellung betreffen, vgl. etwa Glattfelder (FN 65), 229a f.; Hintz-Bühler (FN 1), 25; Lang (FN 1), 21.

69 Eine solche Vereinbarung ist grundsätzlich zulässig (d. h. sofern kein Verstoss gegen Stimmrechtsbeschränkungen und Vinkulierungsbestimmungen vorliegt; vgl. etwa BGE 109 II 43 E. 3b S. 46; 81 II 534 E. 3 S. 540), da des Aktionärs einzige Pflicht die Liberierung ist (Art. 680 Abs. 1 OR): Appenzeller (FN 3), 40 ff.; Jürgen Dohm, Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Etude de droit suisse et allemand (Thèse Genève 1971 = Mémoires publiés par la Faculté de Genève No. 33), Genève 1971, 86; Ernst Sontag, Stimmrechtsprobleme im Aktienrecht, SAG 21 (1948/49), 210–212, 210 f.; von der Crone (FN 3), § 11 N 8 ff. Diese Meinung ist allerdings umstritten: Peter Böckli, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel 1961, Basel 1961, 59 f.; Forstmoser (FN 3), 379 und Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 1), § 39 N 207 sind der Meinung, dass ein Rechtsgeschäft mit solchem Inhalt sittenwidrig ist (als Resultat erhellt aus dem genetischen Synallagma, dass in einem solchen Fall auch die Gegenleistung nicht mehr zu erbringen ist: Art. 20 OR). Das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen: BGE 109 II 43 E. 3c S. 47.

70 Michael Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen, Diss. Bayreuth 2012, Tübingen 2013, 38 f.; vgl. auch BK-Weber, N 77 zu Art. 82 OR. Zu generell: SPR-Merz, 85 FN 3.

71 Zu dieser Unterscheidung Zwanzger (FN 70), 11. Als bipolar-mehrseitige Verträge werden dabei kontraktuelle Rechtsverbindungen mit nur zwei Interessenlagern, als multipolar-mehrseitige solche mit drei oder mehr Lagern bezeichnet.

72 Dazu BK-Emmenegger/Tschentscher, N 376 ff. zu Art. 1 ZGB.

73 Zwanzger (FN 70), 23 f.

74 Im Ergebnis ebenso ZK-Schraner, N 14 zu Art. 82 OR und Zwanzger (FN 70), 11. Das Bundesgericht tendiert ebenfalls in diese Richtung, indem es folgende Aussage zum Besten gibt (BGE 67 II 123 E. 2 S. 126): «Art. 82 OR setzt einen gegenseitigen Vertrag voraus. Und ein solcher liegt vor, wenn auf Grund eines Vertrages für *zwei Vertragsteile* je eine Verpflichtung in der Weise begründet ist, dass diese Verpflichtungen genetisch und funktionell voneinander abhängen (…)» (Hervorhebung hinzugefügt); ähnlich Art. 95 aOR in seiner Fassung vom 18. Juni 1881: «Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den *anderen Theil* zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, ausser wenn er nach dem Inhalte oder der Natur des Geschäftes erst später zu erfüllen hat.» (Hervorhebung hinzugefügt).

eine extensive Auslegung der Zweiseitigkeit, können doch die dem Leistungsverweigerungsrecht zugrunde liegenden Prinzipien[75] unisono auf ein Streitverhältnis zweier Gruppen gegeneinander übertragen werden.

Betreffend multipolar-mehrseitige Verträge mit «ringförmigem Leistungsaustausch» gehen Stöckli und Weber[76] davon aus, dass – sofern von einem Schuldvertragselement gesprochen wird – die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur Anwendung gelangen kann. Die genannten Autoren begründen dies mit teleologischen Überlegungen.[77] Diese Ansicht erscheint nicht unproblematisch, kann doch durch die Nichtleistung einer einzigen Partei ein ganzes System zum Erliegen gebracht werden. Als passende Metapher kann die Reihenschaltung in der Elektrotechnik herangezogen werden,[78] wobei Abhilfe geschafft werden kann: Zum einen ist es möglich, das System zu wechseln (Parallelschaltung) und zum anderen kann sich eines Tricks (Überbrückungswiderstand) bedient werden.[79] Auf den Aktionärbindungsvertrag übertragen bedeutet dies, dass zum einen statt einer ringförmigen Vereinbarung etwa ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag («jeder wählt jeden») vereinbart werden könnte[80] oder zum anderen aufgrund der dispositiven Natur des Art. 82 OR ein Ausschluss der Einrede des nicht erfüllten Vertrags möglich bleibt. Dadurch kann die beschriebene Problematik mindestens entschärft werden.[81]

Im Ergebnis kann sowohl bei bi- wie auch bei multipolar-mehrseitigen Aktionärbindungsvertragselementen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben werden. Im ersten Falle fehlen allerdings ausdrückliche Schweizer Lehrmeinungen, während sich die Doktrin im zweiten Falle zwar für eine Anwendung ausspricht, was u. E. allerdings nicht unproblematisch erscheint.

c. Gesellschaftsrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen

Anders als die schuldrechtlichen Elemente zeichnen sich die gesellschaftsrechtlichen dadurch aus, dass ein gemeinsamer Zweck vorliegen muss. Einseitige Bestimmungen fallen aus diesem Grund von vornherein weg. In Frage kommen jedoch zwei- oder mehrseitige Bestimmungen.[82] Als Grundsatz gilt dabei, dass beim Gesellschaftsvertrag von einem mehrseitig verpflichtenden Vertrag auszugehen ist, während in Ausnahmefällen ebenfalls ein zweiseitig verpflichtender vorliegen kann.[83] Diese Ausnahmefälle betreffen Zweipersonengesellschaften, da hier die rechtlichen Interessen nur auf zwei Seiten hin verteilt sind.[84]

Fraglich ist, wie das in der Lehre vorgebrachte Argument des Interessenvorrangs der Gesellschaft zu deuten und insbesondere einzuordnen ist, wonach das Gesellschaftsinteresse höher zu gewichten sei als das Interesse des Einzelnen an der Vertragserfüllung der übrigen Gesellschafter.[85] Das Gesellschaftsinteresse seinerseits sei durch die drohende Lähmung der Gesellschaft gefährdet. Die Doktrin scheint diesen Punkt unter dem Tatbestandselement der Gegenseitigkeit zu begreifen. Dieser systematischen Einordnung kann nicht gefolgt werden. Angesprochen ist u. E. nicht die Gegenseitigkeit – verstanden als das Verhältnis Leistung/Gegenleistung – sondern vielmehr ein der Einrede des nicht erfüllten Vertrags übergeordnetes Element. Dabei ist denkbar, dass dem Fordernden gegenüber der exceptio des Nichtleistenden eine replicatio non adimpleti contractus zusteht.[86]

---

75 Dazu vorne Kapitel II/1.

76 BK-Weber, N 77 zu Art. 82 OR; Hubert Stöckli, Das Synallagma im Vertragsrecht – Begründung/Abwicklung/Störungen, Habil. Freiburg i. Ue. 2006, Zürich/Basel/Genf 2008, N 94. Weber spricht dabei von «grundsätzlich», ohne jedoch Ausnahmen zu betiteln. Ein ähnliches Bild zeigt sich in der deutschen Literatur (zu deren Berücksichtigung: Simmen [FN 9], 20): Larenz (FN 60), 210; Pfister (FN 35), 284; Peter W. Heermann, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen, Habil. Berlin 1997, Tübingen 1998, 184 ff.; kritisch jedoch Zwanzger (FN 70), 343 ff.

77 In der Lehre werden auch historische Gründe genannt: Pfister (FN 35), 284. Diese sind an dieser Stelle ausnahmsweise kritisch zu betrachten, da multipolar-mehrseitige Verträge erst in jüngerer Zeit aufkamen: Heermann (FN 76), 144.

78 Bekannt sein dürfte aus der Weihnachtszeit die Lichterkette, die wegen einer defekten Glühbirne als Ganze zum Erliegen kommt, vgl. Jürgen Zeitler/Günter Simon, Physik für Techniker, 7. A., München 2013, 191.

79 Vgl. dazu nur Zeitler/Simon, 187 ff.; Matthias Richter, Grundwissen Mathematik für Ingenieure, 2. A., Wiesbaden 2009, 403 f.

80 Bei diesem kommt nach restriktiver h. L. Art. 82 OR einschränkender zur Anwendung, vgl. hinten Kapitel III/3c, III/4c und IV/3.

81 Im Ergebnis ähnlich: Zwanzger (FN 70), 343 (allerdings mit der abweichenden Begründung, dass «immerhin jede Partei auf der Gewinner- und Verliererseite» sei).

82 Implizit wohl ebenso Zwanzger (FN 70), 99.

83 Müller (FN 19), 5; Simmen (FN 9), 26 f. und 114 f.; Zwanzger (FN 70), 11 und 99 m. w. H.; vgl. auch BK-Fellmann/Müller, N 418 zu Art. 530 OR; BK-Weber, N 77 zu Art. 82 OR; SPR-Merz, 84. Dem Bundesgericht (BGE 109 II 228 E. 2b S. 230) ist folgende Aussage zu entnehmen: «Anderseits können im Rahmen einer einfachen Gesellschaft Leistungen erbracht werden, die für sich allein durchaus einem zweiseitigen Vertrag zuzuordnen wären».

84 Vgl. nur Zwanzger (FN 70), 11 und 99.

85 BK-Weber, N 75a zu Art. 82 OR; Müller (FN 19), 96 f. und 100; ZK-Schraner, N 48 zu Art. 82 OR. Differenziert ZK-Siegwart, N 78 zu Art. 530 OR; a. M. Appenzeller (FN 3), 40.

86 Inhaltlich wird der Frage der replicatio vorliegend nicht weiter nachgegangen, da sich der Beitrag auf die Frage des Leistungsver-

aa) Zweiseitige Bestimmungen

Zweiseitige Bestimmungen in Aktionärbindungsverträgen sind bei Zweipersonengesellschaften möglich.[87] Gestützt auf die Rechtsgrundlage von Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) soll in dieser Konstellation Art. 82 OR angewendet werden können.[88] Dieser Auffassung ist im Ergebnis zuzustimmen: Durch die Nähe zum schuldrechtlichen Element – obwohl die einfache Gesellschaft als Gesamthandskonstrukt Empfängerin bzw. Veräusserin der Leistung/Gegenleistung ist, ermöglichen die einfachen Verhältnisse[89] eine differenzierte Betrachtung – erhellt das schuldrechtliche Element durch die Gesellschaftsstruktur hindurch.[90] In einer Zweipersonengesellschaft gibt es nie einen nicht in den Streit einbezogenen Drittgesellschafter.[91] Die Begründung hat sich nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht auf das Rechtsmissbrauchsverbot zu stützen, sondern ergibt sich aus der grammatikalischen[92] und teleologischen Auslegung des Art. 82 OR.[93]

bb) Mehrseitige Bestimmungen

Die h.L. verneint für übliche, d. h. mehrseitige Gesellschaftsverträge die Gegenseitigkeit.[94] Bei genauerem Hinsehen fällt auf, dass praktisch alle (sic!) Autoren das Austauschverhältnis betreffende Argumente aufführen.[95] Diese Tatsache dürfte ebenfalls die historische Begebenheit erklären, warum der Gesellschaftsvertrag als von der exceptio non adimpleti contractus umfasst betrachtet wurde: Das Tatbestandsmerkmal des Austauschverhältnisses war nach damaligem Verständnis offenbar noch nicht erforderlich.[96] U. E. sind die Argumente der h.L. erst bei der Prüfung des Tatbestandselements des Austauschverhältnisses zu prüfen.[97]

Eine Sonderstellung geniessen die besonderen Rechtsverhältnisse bei bipolar-mehrseitigen Verträgen.[98] Nicht nur die Zweipersonengesellschaft, sondern allgemein Verhältnisse mit zwei Lagern sind als grundsätzlich zweiseitig zu betrachten.[99] Obwohl also ein mehrseitiger Vertrag vorliegt, drängt sich eine Einordnung in zweiseitige Bestimmungen auf.[100]

Der Umstand, dass an vorliegender Stelle (noch) nicht mit dem fehlenden Austauschverhältnis argumentiert werden darf, sagt noch nichts über das Kriterium der Ge-

---

weigerungsrechts als Einrede des nicht erfüllten Vertrags konzentriert.

87 BK-Weber, N 75 zu Art. 82 OR; ZK-Schraner, N 50 zu Art. 82 OR. Diesen Zweipersonengesellschaften gleichzusetzen sind – wie noch zu sehen sein wird (vgl. hinten Kapitel III/4c) – Zweiparteienverhältnisse.

88 BK-Weber, N 75 zu Art. 82 OR; Müller (FN 19), 101; SPR-von Steiger, 372 f.; Felix Tschudi, Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechtes, Diss. Bern 1956, Zürich 1956, 156; ZK-Schraner, N 50 zu Art. 82 OR; a. M. Otto Bürgi, Die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus im Gesellschaftsrecht, SJZ 57 (1961), 334–336, 336 m. w. H. (auch dieser will jedoch in Härtefällen Art. 2 ZGB anwenden; die Differenz ist im hier statuierten Ausnahmecharakter auszumachen: die h. L. will in dieser Konstellation grundsätzlich das Rechtsmissbrauchsverbot angewendet sehen).

89 Nicht umsonst hiess es im römischen Recht noch «tres faciunt collegium» (Ulpius Marcellus, D. 50.16.85). Dies ist allerdings primär darauf zurück zu führen, dass eine Mehrheitsentscheidung möglich wird: Ralf Mehr, Societas und universitas, Römischrechtliche Institute im Unternehmensgesellschaftsrecht vor 1800, Diss. Jena 2006, Köln/Weimar/Wien 2008, 232.

90 Ähnlich Simmen (FN 9), 115.

91 Man stelle sich folgenden Sachverhalt vor: Die Gesellschafter A, B und C bilden eine einfache Gesellschaft (durch Aktionärbindungsvertrag). Alle haben sich verpflichtet, CHF 1'000 an die gesamte Hand zu leisten. Während Gesellschafter A seinen Beitrag bereits geleistet hat, will B die Einrede des nicht erfüllten Vertrags anstreben, weil er vernimmt, dass C sich weigert seine Leistung zu erbringen. Vgl. auch Tschudi (FN 88), 156.

92 Vgl. dazu vorne Kapitel III/3b/cc.

93 Fraglich ist, ob auch SPR-von Steiger, 376 in diese Richtung gehen will, indem er sich auf Treu und Glauben und nicht auf das Rechtsmissbrauchsverbot stützt.

94 BK-Weber, N 75 zu Art. 82 OR; CHK-Wullschleger, N 12 zu Art. 82 OR; SPR-von Steiger, 375; ZK-Schraner, N 46 zu Art. 82 OR. Ebenso für das deutsche Recht: Larenz (FN 60), 209. Differenziert ZK-Siegwart, N 61 Vorbem. zu Art. 530–551 OR und N 78 zu Art. 530 OR.

95 Wohl einzige Ausnahme in der schweizerischen Literatur stellen ZK-Oser/Schönenberger, N 4 zu Art. 82 OR. Sie halten ihre Ausführungen kurz und weisen auf abweichende Grundsätze hin.

96 Der Gesellschaftsvertrag wurde als zweiseitig verpflichtender im Sinne des Synallagmas verstanden: Vgl. Brockhaus' Konversations-Lexikon, 14. A., Leipzig 1908, 56.461; Szalai (FN 27), 172 ff. (allerdings gab es bereits zu dieser Zeit kritische Stimmen, die einen Unterschied des Gesellschaftsvertrags etwa zum Kauf oder zur Miete monierten, Szalai [FN 27], 174 und Simmen [FN 9], 26 jeweils m. w. H.; ebenfalls a. M. Benöhr [FN 32], 5). Dabei war es ausreichend, dass «jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner ist», Szalai (FN 27), 174.

97 Vgl. hinten Kapitel III/4; ebenso Enneccerus/Lehmann (FN 31), 133.

98 Dazu vorne Kapitel III/3b/cc.

99 Vgl. auch Zwanzger (FN 70), 11 dazu: «(…) die Komplexität eines Vertrages [wird] nicht in erster Linie von der Zahl der Vertragsparteien, sondern von der Zahl der Interessengegensätze bestimmt».

100 Ebenso Zwanzger (FN 70), 99 (allerdings erachtet er den Gesellschaftsvertrag mit mehr als zwei Parteien, aber nur zwei Lagern, als selten); differenzierend Müller (FN 19), 67, der hervorhebt, dass selbst in einem solchen Falle das Zweiparteienverhältnis nicht mit jenem des schuldrechtlichen Vertrags gleichgesetzt werden kann. Wohl a. M. BK-Weber, N 75 zu Art. 82 OR; Simmen (FN 9), 115; ZK-Schraner, N 50 zu Art. 82 OR; ZK-Siegwart, N 60 zu Vorbem. Art. 530–551.

genseitigkeit multipolar-mehrseitiger Verträge aus. Bei Aktionärbindungsverträgen mit gesellschaftsrechtlichen Elementen und mehr als drei Vertragsparteien bzw. Vertragsparteigruppen kann nicht mehr ohne Weiteres von einer Gegenseitigkeit der Leistungen der Gesellschafter untereinander ausgegangen werden. Vielmehr erscheint die einfache Gesellschaft als gegenüberstehendes Gebilde[101] der Gegenseitigkeit: Die zu leistenden Beiträge (Art. 531 Abs. 1 OR) richten sich an die Gesamthandschaft und diese schüttet einen allfälligen Gewinn gleichmässig an die Gesellschafter aus (Art. 532 und Art. 533 Abs. 1 OR).[102] Dabei sind die Verhältnisse bereits derart ausgestaltet,[103] dass immer ein unbeteiligter Drittgesellschafter vorhanden ist. Die Gesellschafter können aus diesem Grunde untereinander nicht mehr von einer Gegenseitigkeit im Sinne von Art. 82 OR ausgehen.[104]

Dennoch kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags unter anderer Betrachtungsweise zur Anwendung gelangen, wenn man nämlich die Gesellschaft als Gesamthandschaft gegenseitig zum Gesellschafter betrachtet.[105] Mangels Rechtsfähigkeit ist dabei die Gesamthandschaft[106] der Gesellschafter das gegenüberstehende leistungserbringende bzw. -empfangende Konstrukt.[107] Eine prozessuale Geltendmachung erfolgt mittels notwendiger Streitgenossenschaft unter Ausschluss des gegenparteilichen nichtleistenden Gesellschafters.[108] Mit der so verstandenen Lösung wird der bereits mehrmals erwähnte Drittgesellschafter genügend einbezogen, da das Gesellschaftsrecht diesen ausreichend schützt (Art. 534 Abs. 1 OR bzw. Art. 535 Abs. 3 OR)[109] oder aber der Drittgesellschafter freiwillig (durch Gesellschaftsvertrag) auf seinen Schutz verzichtet hat.[110] Die bei der einfachen Gesellschaft wesentliche Einstimmigkeit[111] führt so zu einem Zweiparteienverhältnis – der säumige Gesellschafter hat alle übrigen gegen sich – und ist daher vereinbar mit der Lösung bei den zweiseitigen Bestimmungen.

4. Austauschverhältnis

a. Allgemein

Beim Austauschverhältnis müssen neben[112] der Minimalvoraussetzung der Gegenseitigkeit, bei welcher beide Vertragsparteien mindestens einer Leistungspflicht unterliegen, zusätzlich «die beiden Pflichten in einer bestimmten *Beziehung* zueinander stehen.»[113] Der Fokus aus der Gegenseitigkeitsbetrachtung muss also weiter verschärft werden auf einzelne Vertragselemente, deren Zusammenhang der Obligationen untersucht wird.

Die Rechtsprechung verlangt zwischen den Leistungen ein Austauschverhältnis in dem Sinne, dass die eine Leistung jeweils «Entgelt» für die andere ist.[114] Dieses

---

101 Mangels Rechtspersönlichkeit der einfachen Gesellschaft kann vorliegend nicht von einem Subjekt in einem technisch-juristischen Sinne gesprochen werden.

102 Der «allfällige Gewinn» ist als Anwartschaft zu qualifizieren: BGE 112 II 300 E. 4c und 4d. Dieser Umstand ist nach hier vertretener Meinung nicht problematisch im Hinblick auf das Synallagma (ebenso ZK-Siegwart, N 20 zu Art. 558–560 OR), wohl aber beim Kriterium der Gleichzeitigkeit (dazu hinten Kapitel IV); a. M. (kein Synallagma zwischen Beitragspflicht und Gewinnanteil) Müller (FN 19), 102.

103 Gemeint ist, dass (kumulativ) mindestens drei Gesellschafter und mindestens drei Parteien (verstanden als allfällige Gesellschaftergruppen) vorhanden sind, welche wiederum eine Gesamthandschaft bilden und dieser als Gesellschafter gegenüberstehen.

104 Im Ergebnis gl. M. Bürgi (FN 88), 335; Simmen (FN 9), 115; a. M. Enneccerus/Lehmann (FN 31), 133.

105 In die gleiche Richtung Simmen (FN 9), 115. Nicht an dieser Stelle, sondern hinten in Kapitel IV behandelt wird die in diesem Fall problematische Gleichzeitigkeit.

106 Die Rede ist denn auch von einer Gesamthandsklage.

107 In eine ähnliche Richtung geht Szalai (FN 27), 205. Allerdings beschränkt dieser Autor eine Anwendung auf rechtsfähige Gesellschaften. Das erscheint u. E. zu eng, da die mangelnde Rechtsfähigkeit nur bedeutet, dass schliesslich die Gesellschafter zur gesamten Hand auf der Gegenseite handeln. Mit einer solchen Lösung besteht die Problematik des Vertrags zugunsten Dritter (dazu Szalai [FN 27], 204 f.) nicht, da nach wie vor die übrigen Gesellschafter gemeinsam Partei im technischen Sinne sind.

108 BK-Fellmann/Müller, N 631 zu Art. 530 OR; BK-Gross/Zuber, N 15 zu Art. 70 ZPO; ZK-Handschin/Vonzun, N 303 zu Art. 530 OR; Cristina von Holzen, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2006, Basel/Genf/München, 2006, 89 f. (Lösung einer einfachen Streitgenossenschaft).

109 In der Lehre ist umstritten, auf welchen Artikel sich die interne Entscheidfindung in casu zu richten hat: ZK-Handschin/Vonzun, N 160 zu Art. 531 OR. Dieser Theorienstreit ist vorliegend nicht von Relevanz, da beiderorts von Einstimmigkeit ausgegangen wird.

110 Während diese Möglichkeit im Falle von Art. 534 OR explizit vorgesehen ist (Abs. 2), geht die Lehre davon aus, dass dies auch bei Art. 535 OR gemacht werden könne: ZK-Handschin/Vonzun, N 22 zu Art. 534–535 OR.

111 Selbstredend nicht gefordert wird die Stimme des gegenparteilichen Gesellschafters. Dieser hat in den Ausstand zu treten: ZK-Handschin/Vonzun, N 161 zu Art. 531 OR und N 85 zu Art. 534–535 OR.

112 Die Voraussetzung des Austauschverhältnisses kann nicht mit dem Kriterium der zweiseitig verpflichtenden Aktionärbindungsverträge gleichgesetzt werden, BK-Weber, N 79a zu Art. 82 OR; SPR-Merz, 84. Ersteres Tatbestandsmerkmal ist als zusätzliche Einschränkung zur rechtmässigen Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts zu begreifen.

113 Müller (FN 19), 9 (Hervorhebung im Original).

114 BGE 107 II 411 E. 1. S. 413. Die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung wird in der Lehre unterteilt in genetische (wenn die eine Forderung nicht entsteht, ist auch die andere nicht vorhanden),

Abhängigkeitsverhältnis der Leistungen muss auf ein und demselben Vertrag beruhen, ansonsten Art. 82 OR keine Anwendung findet.[115] Im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen dürfte dieser Umstand in der Regel zu keinen Problemen führen.[116]

Das Abhängigkeitsverhältnis beruht jedoch nicht auf der Äquivalenztheorie, sofern damit der Wert der Leistungen angesprochen wird.[117] Es genügt, dass Leistung und Gegenleistung von den Parteien subjektiv gleichgesetzt werden wollen.[118] Allerdings müssen die beiden Leistungen in einer wechselseitigen Zweckbeziehung miteinander verknüpft sein.[119] Mit anderen Worten entsteht die eine Leistungspflicht «nur um der andern willen.»[120]

Das Erfordernis des Austauschverhältnisses im heutigen Verständnis war im historischen Kontext noch nicht erforderlich. In der gemeinrechtlichen Lehre war eine Beschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags auf reine Austauschverträge noch nicht ersichtlich.[121] Obwohl eine solche Entwicklung kritisch analysiert werden könnte, wird im vorliegenden Beitrag anhand der nun h. A. das Kriterium des Austauschverhältnisses durchgeprüft.

Falls ein Austauschverhältnis – ohne gegenseitigen Vertrag – vorliegt, drängt sich eine analoge Anwendung des Art. 82 OR auf.[122] Dies verdeutlicht die Relevanz dieses Tatbestandsmerkmals.[123]

b. Schuldrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen

Bei den schuldrechtlichen Elementen in Aktionärbindungsverträgen ist anhand der konkreten Ausgestaltung einer Bestimmung zu prüfen, ob ein Austauschverhältnis vorliegt. Es sind dabei keine generellen Schranken zu beachten. Sowohl bei zwei- wie auch bei mehrseitigen Bestimmungen ist ohne Weiteres denkbar, dass sie dieses Tatbestandselement erfüllen. Paradebeispiel eines schuldrechtlichen Austauschverhältnisses stellt der Sachverhalt dar, bei welchem in einem Aktionärbindungsvertrag festgehalten wird, dass anlässlich der nächsten Generalversammlung Aktionär A den Aktionär B in den Verwaltungsrat wählt und Aktionär B im Gegenzug im Geschäft X die Interessen des A geltend zu machen hat.[124] Gleich verhält es sich beim multipolaren, ringförmigen Leistungsverhältnis: Im Aktionärbindungsvertrag wird abgemacht, dass Aktionär A den Aktionär B, Aktionär B den Aktionär C und Aktionär C den Aktionär A in den Verwaltungsrat wählt und die Parteien ansonsten in ihrem Stimmverhalten frei sind.[125]

In gewissen Konstellationen ist denkbar, dass das Austauschverhältnis, nicht aber die Gegenseitigkeit zu bejahen ist.[126] Man stelle sich folgenden Sachverhalt vor: Nichtaktionär A beauftragt Aktionär B, sich fiduziarisch an der GV für einen Kauf des Gesellschaftsaktivums X zu empfehlen. Nach einem Verkauf von der Gesellschaft an Aktionär B, erweist sich die Herausgabepflicht an A im Austauschverhältnis zum Auslagenersatz (z. B. entstandene Notariatskosten). Obwohl gemäss der erwähnten Lehre der Auftrag als nicht gegenseitig zu betrachten ist, drängt sich eine analoge Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags auf, sofern die übrigen Tatbestandselemente des Art. 82 OR erfüllt sind.[127]

c. Gesellschaftsrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen

Beim gesellschaftsrechtlichen Vertrag mit mehr als zwei Gesellschaftern unter gleichzeitiger Annahme von mehr als zwei Gesellschafterparteien ist nach h.L. ein Austauschverhältnis unter den Gesellschaftern ausgeschlos-

---

konditionelle (soweit die eine Forderung erlischt, geht auch die andere unter) und funktionelle Abhängigkeit (wenn die Erfüllung der einen Forderung begehrt wird, muss auch die andere befriedigt sein bzw. werden), Benöhr (FN 32), 1; vgl. zudem BK-Weber, N 49 zu Art. 82 OR; Müller (FN 19), 18 ff; ZK-Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 82 OR; ZK-Schraner, N 20 ff. zu Art. 82 OR.

115 BGE 84 II 149 S. 150; ebenso von Tuhr/Escher (FN 45), 63.

116 Vgl. dazu vorne Kapitel III/1 und Kapitel III/2.

117 Müller (FN 19), 10 ff.; ebenso BK-Weber, N 48 zu Art. 82 OR; van den Daele (FN 70), 13 f.

118 Müller (FN 19), 12; van den Daele (FN 70), 13 f.

119 Müller (FN 19), 16; van den Daele (FN 70), 15 ff.; vgl. auch Andreas von Tuhr/Alfred Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, 2. A., Zürich 1942, 192.

120 Müller (FN 19), 16.

121 Dazu Szalai (FN 27), 174.

122 Simmen (FN 9), 114; von Tuhr/Escher (FN 45), 69; wohl a. M. Bürgi (FN 88), 334.

123 Es gibt jedoch auch den Spezialfall der umgekehrten Konstellation, vgl. dazu hinten Kapitel IV/3 (Dauerschuldverhältnis).

124 Beispiel bei Hintz-Bühler (FN 1), 30; Böckli (FN 69), 68, scheint dagegen einen so gelagerten Fall als sittenwidrig zu betrachten. Zu den Problemen im Zusammenhang mit dem Tatbestandselement der Gleichzeitigkeit hinten Kapitel IV.

125 Als gesellschaftsrechtlich qualifiziert werden kann demgegenüber der Fall, bei welchem sich die Aktionäre A, B und C gegenseitig in den Verwaltungsrat zu wählen haben, da bereits ein gemeinsamer Zweck vorliegen dürfte, vgl. auch Böckli (FN 69), 66. Im Einzelnen gestaltet sich die Abgrenzung diffizil, wird jedoch vorliegend nicht vertieft behandelt.

126 Von Tuhr/Escher (FN 45), 67 ff., insbesondere 69 und Müller (FN 19), 93 nennen den Einkaufsauftrag als Beispiel.

127 Vgl. auch vorne Kapitel III/4a. Geschützt werden sollen in beiden Fällen die Interessen der belangten Partei.

sen.[128] Die Gesellschafter leisten nicht um der anderen Gesellschafter Willen, sondern bündeln ihre Leistungen zur Gesamthand. In einem so gelagerten Fall kann der actio pro socio – verstanden als Klage eines Gesellschafters gegen einen anderen auf Leistung eines Gesellschaftsanspruchs an dieselbe[129] – die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht entgegen gehalten werden.

Anders ist die Rechtslage gemäss h.L. bei der Zweipersonen- bzw. Zweiparteienbestimmung im Aktionärbindungsvertrag.[130] In diesem Fall rechtfertige die einfache Struktur eine Bejahung des Austausches durch die Gesamthand hindurch. Eine solche Lösung ergebe sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot. Dieser Ansicht kann u.E. im Einzelfall gefolgt werden. Trotzdem scheint eine Differenzierung angebracht: Gerade bei komplexeren Leistungspflichten mit einer gewissen Thesaurierungswirkung ist es schwierig, eine Leistungspflicht nur um der anderen willen auszumachen.[131] Das Ergebnis erscheint jedoch mit einer anderen Begründung als richtig: Selbst wenn das Austauschverhältnis schwer zu erkennen ist, sind letztlich keine unbeteiligten Drittgesellschafter die Leidtragenden.[132] Eine so geartete teleologische Betrachtungsweise führt nach hier vertretener Meinung zu einer extensiven Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung des Austauschverhältnisses.

Wiederum bleibt zu prüfen, ob im Verhältnis Gesellschaft – ohne Rechtspersönlichkeit aber als Gesamthandskonstrukt – gegenüber einem Gesellschafter bzw. einer Gesellschaftergruppe ein Austauschverhältnis vorliegen kann. Im Einzelfall kann dies auf dieser Stufe der Prüfung bejaht werden.[133] Zu nennen ist folgendes Beispiel: Die Aktionäre A, B und C leisten einen Beitrag und erwarten später von der Gesamthand einen Gewinn, welcher wiederum an Aktionäre als Vertragsparteien fliesst. Der Beitrag erfolgt nur wegen eines späteren Gewinns. Eine sorgfältige Prüfung der sich gegenüberstehenden Leistungen scheint jedoch angebracht. Ein Austauschverhältnis müsste bisweilen bei einem Konkurrenzverbot (Art. 536 OR) der Gesellschafter – also etwa der Pflicht, nicht gleichzeitig Aktionärbindungsverträge im Zusammenhang mit derselben Aktiengesellschaft und divergierenden Interessen abzuschliessen – und desselben Gewinnanspruchs (Art. 533 Abs. 1 OR) verneint werden. Es bedarf mithin eines engeren Konnexes zwischen der Leistungserbringung und dem Leistungsempfang als solchem, damit ein Austauschverhältnis bejaht werden kann.

Anders als bei den schuldrechtlichen Elementen ist auf Anhieb keine Konstellation auszumachen, bei welcher ohne Gegenseitigkeit das Austauschverhältnis zu bejahen ist. Somit ist das Tatbestandselement des Austausches als rein einschränkend zu begreifen.

5. Zwischenergebnis

Während das Vertragselement bei Aktionärbindungsverträgen begriffsimmanent ist, ergeben sich bei der Voraussetzung der Gegenseitigkeit Probleme, sofern gesellschaftsrechtliche Elemente betroffen sind. Im Fokus sind multipolar-mehrseitige Bestimmungen wie etwa gegenseitige Wahlverpflichtungen in den Verwaltungsrat. Die Gegenseitigkeit besteht dabei nicht unter den Gesellschaftern, sondern im Verhältnis eines jeden Gesellschafters gegenüber der Gesamthand. Dies ist gleichzeitig der Anwendungsbereich der Gesamthandsklage – im Gegensatz zur actio pro socio.[134] Der Umstand, dass Letztere im Vergleich zur Gesamthandsklage subsidiär sein soll,[135] kommt der Anwendung des Leistungsverweigerungsrechts aus Art. 82 OR entgegen.

Ein praktisch identisches Bild ist hinsichtlich des Tatbestandselements des Austauschverhältnisses auszumachen. Diese generelle Möglichkeit der Anwendung soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Einzelfall durchaus eine Einschränkung auszumachen ist. Aus diesem Grund rechtfertigt sich eine separate Prüfung von «Gegenseitigkeit» und «Austauschverhältnis» innerhalb desselben Oberkapitels «synallagmatischer Vertrag».

---

128 BK-Weber, N 75 zu Art. 82 OR; CHK-Wullschleger, N 12 zu Art. 82 OR; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 6), § 1 N 84 ff.; Simmen (FN 9), 115; ZK-Schraner, N 17 und N 46 zu Art. 82 OR; vgl. auch BGE 116 III 70 E. 3 S. 74 f. (nur Willkürprüfung).

129 Dazu BK-Fellmann/Müller, N 636 ff. zu Art. 530 OR; Peter V. Kunz, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. A., Bern 2012, Fn. 235; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 6), § 3 N 35 und § 12 N 41; ZK-Handschin/Vonzun, N 177 ff. zu Art. 531 OR.

130 BK-Weber, N 75 zu Art. 82 OR; Müller (FN 19), 101; Tschudi (FN 88), 156; ZK-Schraner, N 50 zu Art. 82 OR; a. M. Bürgi (FN 88), 336 m. w. H.; vgl. auch SPR-von Steiger, 373, der zwar keinen Austauschvertrag annehmen will, aber dennoch eine analoge Situation.

131 So die Formulierung von Müller (FN 19), 16, vgl. vorne FN 115.

132 Mit derselben Begründung Tschudi (FN 88), 156.

133 Vgl. zum heikleren Punkt der Gleichzeitigkeit hinten Kapitel IV.

134 Zu diesen Begrifflichkeiten Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 6), § 12 N 41.

135 BK-Fellmann/Müller, N 641 zu Art. 530 OR; ZK-Handschin/Vonzun, N 184 zu Art. 531 OR; a. M. Nicole G. Zürcher Fausch, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Diss. St. Gallen 2007, Bern 2007, 212.

IV. Gleichzeitigkeit

1. Allgemein

Das Tatbestandselement der Gleichzeitigkeit hat sich aus demjenigen des synallagmatischen Vertrags heraus gebildet ohne ein Kriterium dessen zu sein.[136] Die Gleichzeitigkeit orientiert sich am Handkauf, bei welchem die Übergabe der Kaufsache gewissermassen mit der einen Hand erfolgt, während mit der anderen der Kaufpreis entgegengenommen wird.[137] So kommt es nicht von ungefähr, dass Art. 184 Abs. 2 OR dieses Zug-um-Zug-Prinzip für den Kauf ausdrücklich festhält.[138] Art. 75 OR verallgemeinert dieses Prinzip für jegliche Vertragsverhältnisse.[139] Demnach wird die gleichzeitig zu erfüllende Obligation vermutet, sofern nicht eine vom Zug-um-Zug-Prinzip abweichende vertragliche Regelung getroffen wurde oder die Natur des Rechtsverhältnisses eine solche gebietet.[140]

Davon ausgehend, dass sich im entsprechenden Aktionärbindungsvertrag keine expliziten Bestimmungen betreffend die zeitlichen und örtlichen Erfüllungsmodalitäten vorfinden, fragt sich, ob der Natur der Sache nach solche auszumachen sind. Einmal mehr drängt es sich auf, zwischen schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Elementen zu unterscheiden.

2. Schuldrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen

Bei Vorliegen von schuldrechtlichen Elementen ist ohne Weiteres denkbar, dass das Kriterium der Gleichzeitigkeit erfüllt wird. So kann etwa ein Aktienkauf des Käufers A von Aktionär B[141] problemlos als Handkauf ausgestaltet werden. Mit der Entmaterialisierung der Wertpapiere und der zunehmenden Relevanz des bargeldlosen Zahlungsverkehrs gerät diese Art des Kaufs heute vermehrt ausser Mode und stattdessen wird ein Kreditkauf gewählt, welchem die Gleichzeitigkeit abgeht.[142]

Selbst für den Spezialfall der multipolar-mehrseitigen Verträge («ringförmiger Leistungsaustausch») dürfte sich die Gleichzeitigkeit der Leistungserbringung zwar nicht unproblematisch, aber durchaus möglich darstellen – gerade im Hinblick darauf, dass der Begriff «Zug um Zug» nicht streng grammatikalisch auszulegen ist.[143]

3. Gesellschaftsrechtliche Elemente in Aktionärbindungsverträgen

Müller[144] will das Gleichzeitigkeitserfordernis für Gesellschaftsverträge generell verneinen, indem er festhält: «Bei mehrseitigen Verhältnissen kann es im Grunde genommen gar keine Zug um Zug-Erfüllung geben.» Dieser Aussage kann so nicht gefolgt werden. Sie verkennt, dass gerade im – für Aktionärbindungsverträge sehr häufigen – Fall von Stimmbindungen[145] sehr wohl eine gleichzeitige Erfüllungspflicht vorliegen kann. Zu denken ist ebenfalls an die Wahl des Verwaltungsrates, die in nicht kotierten Gesellschaften[146] auch als Gesamtwahl stattfinden kann.[147] Die sich gegenseitig zur Wahl Verpflichteten

---

136 Vgl. nur BK-Weber, N 135 zu Art. 82 OR; Müller (FN 19), 95; vgl. zum deutschen Recht auch Fritz Oesterle, Die Leistung Zug um Zug, Diss. Tübingen 1980, Berlin 1980, 70 ff. und Hartmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Habil. Kiel 1994, Tübingen 1994, 394.

137 Vgl. BK-Weber, N 136 zu Art. 82 OR.

138 Vgl. auch BK-Weber, N 135 zu Art. 82 OR.

139 Vgl. ZK-Schraner, N 103 zu Art. 82 OR.

140 BK-Weber, N 113 zu Art. 75 OR; ZK-Schraner, N 87 zu Art. 75 OR.

141 Dieser ist als schuldrechtliches Element zu qualifizieren: Alex Domeniconi/Hans Caspar von der Crone, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 2009, 223–233, 225; Meyer (FN 1), 421.

142 Gemäss BK-Weber, N 139 zu Art. 82 OR bedeutet die Einräumung einer kurzen Zahlungsfrist jedoch noch nicht, dass ein Kreditkauf vorliegt. Demzufolge würde dieser Sachverhalt immer noch unter die Gleichzeitigkeit fallen. Das Kriterium der «kurzen Zahlungsfrist» erscheint dabei als auslegungsbedürftig und ist erheblichem richterlichen Ermessen zugänglich. Ohne dieser Meinung zu widersprechen, ist auf die damit zusammenhängende Rechtsunsicherheit hinzuweisen. Jedenfalls scheint die «kurze Zahlungsfrist» vom Bundesgericht eher restriktiv ausgelegt zu werden (BGE 122 III 43 E. 3d S. 47): «(…) die gleichzeitige Erfüllung beider Leistungen ist möglich, wenn nicht nur der Zeitpunkt der Erfüllung, sondern auch der Ort der Erfüllung für Leistung und Gegenleistung identisch ist. Anderenfalls kann eine Partei nicht sofort feststellen, ob die Gegenpartei ihre Leistung tatsächlich gleichzeitig erbringt, und deshalb nicht von ihrem Recht Gebrauch machen, ihre eigene Leistung bis zur Leistung der Gegenseite zurückzuhalten.»

143 Dazu BK-Weber, N 139 zu Art. 82 OR.

144 Müller (FN 19), 96.

145 Diese können durchaus auch ausserhalb von Dauerschuldverhältnissen vorkommen – gerade im Hinblick darauf, dass Verwaltungsräte mangels abweichender Bestimmung einmal gewählt, ohnehin drei Jahre im Amt bleiben (Art. 710 Abs. 1 OR; Ausnahmen: Art. 705 Abs. 1 OR und Art. 8 Abs. 4 VegüV).

146 Anders nunmehr für kotierte Gesellschaften: Art. 3 Abs. 1 VegüV.

147 Peter Böckli, Die Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 11, Zürich 1997, 67; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014, 460. Gerade bei beantragter Wiederwahl aller Verwaltungsratsmitglieder dürfte eine Gesamtwahl auch effizienter sein.

haben ihre Leistung diesfalls gleichzeitig zu erbringen. Nicht zuletzt im Falle der Einzelwahl des Verwaltungsrats ist Gleichzeitigkeit in jedem Fall zu bejahen, wenn die Wahl einen Vertragsexternen betrifft, mit dem ebenfalls ein Stimmverhalten abgemacht wurde. Die Verpflichtung einer «gegenseitigen Wahl» könnte bei der Einzelwahl aufgrund der Natur der Sache nicht mehr gleichzeitig erfüllt werden. Trotzdem kann am Beispiel der Stimmbindungsabsprachen gezeigt werden, dass es in gesellschaftsrechtlichen Verträgen durchaus ein gleichzeitiges Leistungserfordernis geben kann.

Bei gesellschaftsrechtlichen Elementen handelt es sich häufig um Dauerschuldverhältnisse[148] – zu denken ist etwa an Treuepflichten oder Konkurrenzverbote. In einer solchen Konstellation gehen die einschlägige Lehre[149] und Rechtsprechung[150] von einer analogen Anwendung des Art. 82 OR aus.[151] Auf verletzte Treuepflichten oder Konkurrenzverbote übertragen bedeutet dies, dass bei einer begangenen Verletzung durch einen Vertragspartner dem oder den anderen Vorleistungspflichtigen eine Verweigerung der Gegenleistungsverpflichtung ex nunc zusteht[152] – immer unter dem Vorbehalt, dass die übrigen Tatbestandselemente des Art. 82 OR ebenfalls erfüllt sind. Falls also die vorleistungspflichtige Partei A vertragskonform stimmt, B jedoch später an derselben Versammlung entgegen der Abmachung,[153] so muss sich der wiederum vorleistungspflichtige A an der kommenden Versammlung X+1 ebenfalls nicht mehr vertragskonform verhalten, wobei derselbe inhaltliche Gegenstand betroffen sein muss und ein allfälliges Traktandierungsrecht (Art. 699 Abs. 3 OR) zu berücksichtigen ist. Neben der Spezialregelung betreffend das Austauschverhältnis soll aufgrund der nicht zumutbaren Kreditierung also ebenfalls betreffend die Gleichzeitigkeit eine Ausnahme gemacht werden.[154] Im umgekehrten Fall, bei welchem der Vorleistungspflichtige selber seiner Leistung nicht nachkommt, ist die Gegenpartei ohnehin genügend geschützt.[155]

Bisher nicht thematisiert wurde der Sachverhalt, bei welchem dem Dauerschuldverhältnis ebenfalls ein Dauerschuldverhältnis gegenüber steht, ohne dass eine Seite vorleistungspflichtig ist.[156] Eine solche Konstellation dürfte im Falle von Treue- oder Konkurrenzverboten durchaus häufig sein. Anders als bei vorleistungspflichtigen Sachverhalten ist in einem solchen Falle u.E. das Austauschverhältnis nicht per se ausgeschlossen. Ebenso erhellt aus dem geforderten allgegenwärtigen Verhalten als Leistungspflicht das Kriterium der Gleichzeitigkeit als vernachlässigbar. Bei solchen gegenseitigen Dauerschuldverhältnissen und Verletzung durch die eine Vertragspartei erscheint in Anlehnung an die Einrede des nicht erfüllten Vertrags für die andere Partei eine Kündigungsmöglichkeit ex nunc als einzig sachgerechte Lösung.[157] Sofern die übrigen Tatbestandselemente des Art. 82 OR nicht erfüllt sein sollten, verbliebe allenfalls immer noch die höhere Schranke der Auflösung aus wichtigem Grund (Art. 545 Abs. 2 OR).

4. Zwischenergebnis

Das Tatbestandselement der Gleichzeitigkeit hat für die Anwendung des Art. 82 OR generell, und für Aktionärbindungsverträge im Besonderen, einschränkende Wirkung. Trotzdem konnten die Autoren vorliegend aufzeigen, dass es durchaus Anwendungsbeispiele gibt, die dieses Kriteri-

---

148 Pauschaler BK-Fellmann/Müller, N 419 zu Art. 530 OR und Peter Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg i. Ue. 1968, Freiburg i. Ue. 1968, 15 (allerdings scheinen sich diese Autoren auf die einfache Gesellschaft an sich und nicht auf die einzelnen, nach wie vor als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Elemente zu berufen; in diese Richtung Müller [FN 19], 125).

149 BK-Weber, N 90 f. zu Art. 82 OR; CHK-Wullschleger, N 18 zu Art. 82 OR; ZK-Schraner, N 112 zu Art. 82 OR.

150 BGE 136 III 313 E. 2.3.1 S. 319; BGE 120 II 209 E. 6a S. 211 f.

151 Eine direkte Anwendung fällt deshalb ausser Betracht, weil das Tatbestandselement des Austauschverhältnisses nicht erfüllt wird: BGE 120 II 209 E. 6a S. 212; vgl. auch Bydlinski (FN 50), 143. Auch unter dem Aspekt der Gleichzeitigkeit erscheint eine extensive Auslegung zu resultieren.

152 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde anlässlich der nichterfolgten Lohnzahlung des Arbeitnehmers entwickelt und besagt, Letzterem stehe danach ein Arbeitsverweigerungsrecht für die Zukunft zu. Betont wurde die Ähnlichkeit zum Sukzessivlieferungsvertrag. Während die Lohnzahlung als solche betrachtet werden kann, steht mit der Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers ein Dauerschuldverhältnis gegenüber. Da historisch gesehen bereits eine Abkupferung erfolgte, kann davon ausgegangen werden, dass diese Rechtsprechung keinen typischen Arbeitnehmerschutz darstellen soll und vielmehr ebenfalls auf andere Kontrakte – wie Aktionärbindungsverträge – angewendet werden kann.

153 Aktienrechtlich ist dies durchaus zulässig, da der Aktionärbindungsvertrag nur inter partes wirkt, dazu vorne FN 6.

154 Dazu Bydlinski (FN 50), 149.

155 Vgl. dazu die Ausführungen von BK-Weber, N 146 ff. zu Art. 82 OR.

156 Für Oetker (FN 136), 397 f. und 409 ist die Vorleistungspflicht bei Dauerleistungen stets erforderlich. Allerdings geht dieser Autor davon aus, dass «[d]ie Gegenleistung für die Dauerleistung (…) regelmässig nicht ebenfalls in einer Dauerleistung» besteht (397).

157 Zürcher Fausch (FN 135), 211 erwähnt diese Möglichkeit nicht. Dies dürfte jedoch nicht zuletzt daran liegen, dass gesellschaftsrechtlich die übrigen Tatbestände des Art. 82 OR häufig eine Anwendung versagen (insbesondere bei – wie von der h. L. vorgenommener – restriktiver Interpretation; wohl ebenso im Urteil des Bundesgerichts 4A_340/211 vom 13. September 2011 E. 3.4.3). Vgl. aber Gauch (FN 148), 97, der zumindest Art. 83 Abs. 2 OR ebenfalls in ein Kündigungsrecht umdeutet.

um erfüllen. Bei vorleistungspflichtigen Dauerschuldverhältnissen ist zudem eine Ausnahme zur Gleichzeitigkeit festzustellen, während sich bei gegenüberstehenden Dauerschuldverhältnissen u.E. statt dem Leistungsverweigerungsrecht eine (einfache) Kündigungsmöglichkeit greift.

V. Rechtsmissbrauch

Art. 2 ZGB kann zwar als ursprüngliche Grundlage der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gesehen werden,[158] erfährt aber auf ebendieser Grundlage auch Modifikationen. Die vorliegend aufgelisteten Sachverhalte sollen hierzu einen aktionärbindungsvertraglich relevanten Überblick verschaffen.

Der am häufigsten genannte Ausnahmefall betrifft die De-minimis-Schranke.[159] Diese soll den Anwendungsbereich der Einrede derart einschränken, dass unverhältnismässig kleine Gegenbeträge, die noch nicht geleistet wurden, nicht zur Begründung herangezogen werden können. Werden also beispielsweise bei einem aktionärbindungsvertraglich vereinbarten Aktienkauf CHF 999 von geschuldeten CHF 1'000 geleistet, so soll dem Verkäufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht zustehen. Unklar ist, ob dieser Fall einer Gegenausnahme im Falle von Böswilligkeit zugänglich ist.

Die Lehre[160] bringt für gesellschaftsrechtliche Verträge unter dem Rechtsmissbrauchsverbot weiter vor, dass bei Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Anwendungsbereich der Einrede des nicht erfüllten Vertrags erweitert werden soll. Als Beispiel wird jener Fall genannt, bei dem nur ein einzelner von mehreren zahlungsunwilligen Gesellschaftern zur Leistung angehalten wird. Dieser Ansicht kann zugestimmt werden.

Für die Anwendung der actio pro socio will die Doktrin[161] schliesslich eine Geltendmachung der Einrede durch den sich selbst im Verzug Befindlichen basierend auf dem Rechtsmissbrauchsverbot verhindern. Anders gestalte sich die Lage nur, wenn mit der Gesamthandsklage vorgegangen werde. Einmal mehr kann diesem Ergebnis zugestimmt werden. Nach hier vertretener Meinung ist jedoch auch diese Konstellation vom Synallagma zum einen und von Art. 82 OR zum andern – da nicht im Tatbestand aufgeführt – abzugrenzen. Die Grundlage resultiert aus Art. 2 Abs. 2 ZGB.[162]

VI. Fazit

Anlässlich der letzten grossen Aktienrechtsrevision in den Achtzigerjahren[163] wurde diskutiert, ob Regelungen betreffend die Aktionärbindungsverträge in das Gesetz aufgenommen werden sollten.[164] Moritz Leuenberger[165] äusserte sich wie folgt:

> «Lassen wir doch den Anwälten, ihrer Innovationsfreudigkeit und ihrer Phantasie freien Lauf. Sie finden schon Lösungen. Es hat bis jetzt funktioniert. Ich muss Sie also bitten, diesen heiklen Antrag [um Annahme einer Bestimmung zum Aktionärbindungsvertrag] abzulehnen.»

Diese Worte sollten Gewicht haben, wurde doch der Antrag in der Folge knapp abgelehnt.[166]

Mangels bisher ausdrücklicher Behandlung der vorliegenden juristischen Problematik um Anwendung des Art. 82 OR für Aktionärbindungsverträge könnte man durchaus versucht sein, die Autoren als phantasievoll zu bezeichnen. Bei genauerem Hinsehen wird einem bewusst, dass es sich um eine Fragestellung mit dogmatischer Substanz handelt. Die Lösung liegt alles andere als auf der Hand, wobei eine differenzierte Kategorisierung unumgänglich ist. Die Kategorisierung spricht dabei nicht zuletzt gegen – wie bis anhin in der Lehre häufig geäusserte – pauschale Aussagen zu gesellschaftsrechtlichen Verträgen. Es braucht deshalb nicht halb so viel Phantasie, wie Moritz Leuenberger erwartet, um die Kernbestimmung von Art. 82 OR – bedingt durch die Tatbestandsvoraussetzungen und eine Betrachtung im Einzelfall – ebenfalls anzuwenden.

Die Autoren haben ihre angewendete Phantasie nicht zuletzt durch die vom Jubilar gewährte geistige Freiheit in ihrer Arbeit am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern erlangt. An dieser Stelle sei unser grosser Dank hierfür auszusprechen. Wir wünschen Dir, Peter, alles Gute zum 50. Geburtstag!

---

158 Dazu vorne Kapitel II/1.

159 BK-Weber, N 194 zu Art. 82 OR; CHK-Wullschleger, N 33 zu Art. 82 OR; Schaller (FN 9), N 456; von Tuhr/Escher (FN 45), 64; vgl. Simmen (FN 9), 88 ff.

160 SPR-von Steiger, 376; ZK-Handschin/Vonzun, N 105 zu Art. 531 OR; Müller (FN 19), 98 f.; ZK-Schraner, N 51 zu Art. 82 OR.

161 BK-Weber, N 75c zu Art. 82 OR; BSK-Handschin, N 4 zu Art. 531 OR; Müller (FN 19), 98; SPR-von Steiger, 376; ZK-Handschin/Vonzun, N 106 zu Art. 531 OR; ZK-Schraner, N 51 zu Art. 82 OR.

162 BK-Weber, N 192 zu Art. 82 OR, spricht zurecht von einer «Grenze» der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und nicht von einer Art. 82 OR immanenten Schranke.

163 Die definitive Gesetzesfassung datiert vom 4. Oktober 1991, die Inkraftsetzung vom 1. Juli 1992.

164 AB 1985 IV 17 N, 1763 ff.

165 AB 1985 IV 17 N, 1764.

166 AB 1985 IV 17 N, 1765; eingehend dazu Böckli (FN 1), § 12 N 573 ff.