



Kommentar zu: Urteil: [4A_262/2021](#) vom 30. September 2021
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Einrede des nicht erfüllten Aktienkaufvertrags (Art. 82 OR)

Autor / Autorin

Michael Kündig, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_262/2021 vom 30. September 2021 verpflichtete das Bundesgericht den beklagten Käufer zur Zahlung des Kaufpreises, und zwar ohne, dass es den klagenden Verkäufer zur Zug-um-Zug-Erfüllung des Aktienkaufvertrags verpflichtete. Es begründete dies damit, dass der beklagte Käufer die der Einrede nach Art. 82 OR zugrunde liegenden Tatsachen verspätet in den Prozess eingeführt hatte. Das Bundesgericht liess die in der Lehre umstrittene Frage offen, bis zu welchem Zeitpunkt die Einrede nach Art. 82 OR im Prozess erhoben werden kann.

Sachverhalt

[1] Am 21. März 2018 schlossen B (Verkäufer, Kläger und Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) und A (Käufer, Beklagter und Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer) einen Aktienkaufvertrag über 3'500 Namenaktien (nachfolgend: Aktien) der C AG ab. Vereinbart wurde ein Kaufpreis von CHF 735'000 (Sachverhalt Teil A).

[2] Der Aktienkaufvertrag enthielt zur Kaufpreiszahlung folgende Klausel (Sachverhalt Teil A):

«4. Kaufpreiszahlung

Der Kaufpreis ist auf das Bankkonto [...] zu überweisen:

- CHF 70'000.00 sind dem Verkäufer per Valuta 5. März 2018 bezahlt worden.

- Die restlichen CHF 665'000.00 sind Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien auf das genannte Konto zu bezahlen, spätestens am 31. Mai 2018 [...].»

[3] Am 21. Dezember 2018 klagte der Verkäufer beim Bezirksgericht Höfe gegen den Käufer und beantragte, der Käufer sei zu verpflichten, ihm CHF 665'000 zzgl. Zins zu zahlen. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2019 kündigte der Käufer an, in seinem Schlussvortrag die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erheben. Der Käufer erhob in seinem Schlussvortrag am 10. September 2020 die Einrede des nicht erfüllten

Vertrags. Er führte aus, der Verkäufer habe seine Leistung weder erfüllt noch angeboten. Denn für die gültige Übertragung der Aktien fehle es nach wie vor an einer schriftlichen Zessionserklärung des Verkäufers resp. der Verkäufer habe keine schriftliche Zessionserklärung abgegeben (Sachverhalt Teil B.a).

[4] Mit Urteil vom 16. September 2020 verpflichtete das Bezirksgericht den Käufer, dem Verkäufer Zug um Zug gegen Übergabe der Aktien CHF 665'000 zu zahlen. Es erwog, der Käufer dringe mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zwar durch. Dies führe allerdings nicht zur Klageabweisung, sondern zur Verpflichtung zur Leistung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe der Aktien (Sachverhalt Teil B.a).

[5] Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung beim Kantonsgericht Schwyz. Mit Urteil vom 29. März 2021 kam das Kantonsgericht zum Schluss, dass das Tatsachenfundament der Einrede des nicht erfüllten Vertrags vom Käufer im Schlussvortrag verspätet vorgetragen worden sei, weshalb der Käufer mit der Einrede nicht durchdringe. Das Kantonsgericht wies die Berufung des Käufers ab und hiess diejenige des Verkäufers teilweise gut. Das Urteil des Bezirksgerichts (Rz. 4) wurde entsprechend insoweit abgeändert, dass der Käufer verpflichtet wurde, dem Verkäufer CHF 665'000 zzgl. Zins zu zahlen, d.h. ohne dass der Verkäufer seinerseits verpflichtet wurde, Zug um Zug die Aktien zu übertragen (Sachverhalt Teil B.b).

[6] Der Käufer erhob dagegen Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er beantragte, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben und die Rechtsbegehren des Verkäufers seien vollumfänglich abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 8).

Erwägungen

[7] Das Bundesgericht erwog, der Käufer wende sich in erster Linie gegen den Befund der Vorinstanz, er habe das Tatsachenfundament der Einrede des nicht erfüllten Vertrags verspätet vorgetragen. Er mache geltend, die Einrede nach Art. 82 [OR](#) unterstehe nicht dem Novenrecht, sondern sei jederzeit zulässig. Die Tatsachen seien auch nicht vom Käufer zu behaupten, die blosser Einrede genüge (E. 4).

[8] Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten wolle, müsse nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen habe. Art. 82 OR gewähre dem Schuldner damit eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten dürfe. Es obliege dem Schuldner, die Einrede zu erheben. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR sei nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (E. 5.1).

[9] Erhebe der Schuldner die Einrede, sei es am Gläubiger zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten habe. Hingegen führe Art. 82 OR zu keiner Umkehr der Beweislast. Die allgemeine Regel von Art. 8 [ZGB](#) gelte: Es obliege zunächst dem Gläubiger, der seine Forderung durchsetzen wolle, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die den Bestand seiner Forderung feststellen liessen. Der Schuldner, der die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebe, habe den Bestand seiner Gegenforderung zu beweisen. Es obliege anschliessend dem Gläubiger, die Erfüllung oder das gehörige Angebot seiner eigenen Leistung nachzuweisen, was auch bedeute, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trage (E. 5.2).

[10] Bis zu welchem Zeitpunkt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR im Verfahren zu erheben sei, bestimme sich nach dem Prozessrecht, hier nach der ZPO. Nach der ZPO haben die Parteien im ordentlichen Verfahren vor der ersten Instanz zwei Mal Gelegenheit, sich unbeschränkt zur Sache zu äussern sowie vorbehaltlos neue Tatsachen und Beweismittel in den Prozess einzuführen: ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels und ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder – wenn kein solcher durchgeführt wird – an einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 Abs. 2 [ZPO](#)) oder «zu Beginn der Hauptverhandlung» (Art. 229 Abs. 2 ZPO), d.h. vor den ersten Parteivorträgen. Danach haben die Parteien nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (E. 5.3).

[11] Da die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR auf Tatsachenbehauptungen beruhe, könne sie vom Gericht nur berücksichtigt werden, wenn die Tatsachen, mit denen sie begründet werde, prozesskonform in das Verfahren eingeführt wurden. Konkret seien im erstinstanzlichen Verfahren die Tatsachen, auf denen die

Einrede gründe, somit vor Aktenschluss vorzubringen oder es müssen die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sein. Weil es *in casu* an rechtzeitigen Tatsachenbehauptungen fehle, könne die in der Lehre umstrittene Frage offenbleiben, bis zu welchem Zeitpunkt die Einrede als solche im Prozess erhoben werden könne (E. 5.4).

[12] Nach dem Ausgeführten könne der Auffassung des Käufers nicht gefolgt werden. Obwohl der Gläubiger für die Erfüllung oder das Angebot der Erfüllung beweisbelastet sei, obliege es vorab dem Schuldner, die fehlende Erfüllung, bzw. die fehlende Erfüllungsbereitschaft zu behaupten. Denn auf diese Behauptungen stütze er seine Einrede. Somit habe es vorliegend dem beklagten Käufer als Schuldner obgelegen, rechtzeitig das Tatsachenfundament der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR vorzutragen. Dass er rechtzeitig behauptet hätte, der Verkäufer habe nicht erfüllt und die Erfüllung nicht angeboten, mache der Käufer nicht geltend. Solches sei im Übrigen auch nicht ersichtlich: Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt habe der Käufer erst nach Aktenschluss in seinem Schlussvortrag (Art. 232 ZPO) die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben und erst dort die der Einrede zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen angeführt. Diese Tatsachenbehauptungen seien damit erst nach Aktenschluss vorgebracht worden, woran auch nichts ändere, dass der Käufer die «Erhebung der Einrede» bereits vorher «angekündigt» hatte. Dass es sich bei den vom Käufer neu vorgetragenen Tatsachen um zulässige Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handeln würde, mache der Käufer nicht geltend und sei auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz habe demnach zu Recht befunden, dass die der Einrede zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen des Käufers zu spät vorgebracht wurden (E. 6).

Kurzkommentar

[13] Die in der Lehre umstrittene Frage, bis zu welchem Zeitpunkt im Prozess ein Schuldner die Einrede nach Art. 82 OR erheben kann,^[1] konnte das Bundesgericht offenlassen (siehe E. 5.4, Rz. 11).^[2] Denn der Käufer hatte die der Einrede nach Art. 82 OR zugrunde liegenden Tatsachen erst im Schlussvortrag, also nach Aktenschluss, in den Prozess eingeführt (siehe E. 6, Rz. 12). Daran änderte auch die Ankündigung des Käufers während der Hauptverhandlung nichts, er werde im Schlussvortrag die Einrede nach Art. 82 OR erheben (Rz. 3).

[14] Obwohl die Parteien im Aktienkaufvertrag vereinbart hatten, dass die Zahlung des Kaufpreises (bzw. der zweiten Kaufpreistranche) und die Übertragung des Eigentums an den Aktien Zug um Zug erfolgen sollen, führte das Nichteinhalten der prozessualen Regeln durch den Käufer im Ergebnis dazu, dass er verpflichtet wurde, dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen, ohne dass dieser seinerseits verpflichtet wurde, dem Käufer Zug um Zug die Aktien zu übertragen. Falls der Verkäufer vorliegend nach Erhalt des Kaufpreises die Übertragung der Aktien verweigert, müsste der Käufer gegen den Verkäufer klagen, um die Übertragung des Eigentums an den Aktien zu erwirken. Es würde mit anderen Worten in der gleichen Sache ein zweites Gerichtsverfahren stattfinden, was aus prozessökonomischer Sicht stossend ist.

[15] Die vorliegende Streitigkeit geht auf den gescheiterten Vollzug eines Aktienkaufvertrags zurück.^[3] In der Praxis wird die Pflicht der Parteien zum Vollzug (also zur Erfüllung) des Aktienkaufvertrags üblicherweise vom Eintritt gewisser Tatsachen (z.B. Erteilung öffentlich-rechtlicher Bewilligungen) abhängig gemacht.^[4] Solche Bedingungen werden als «Vollzugsbedingungen» oder «*Closing Conditions*» bezeichnet und sind in der Regel Suspensivbedingungen (Art. 151 Abs. 1 OR).^[5]

[16] Den Aktienkaufvertrag erfüllen die Parteien durch Vornahme der vertraglich vereinbarten Vollzugshandlungen («*Closing Actions*»), in der Regel durch Übergabe von Dokumenten («*Closing Deliverables*»). Üblicherweise vereinbaren die Parteien in der Praxis im Aktienkaufvertrag den Ort und den Zeitpunkt des Vollzugs (bei Vereinbarung von Vollzugsbedingungen wird der Zeitpunkt in Abhängigkeit von der Erfüllung derselben festgelegt) und umschreiben die Vollzugshandlungen. Betreffend die Vornahme der Vollzugshandlungen vereinbaren die Parteien in der Regel – wie auch *in casu* –, dass die Hauptleistungspflichten^[6] Zug um Zug («*trait pour trait*») erbracht werden müssen und erklären damit das Art. 184 Abs. 2 OR^[7] zugrunde liegende (dispositive) Konzept explizit für anwendbar.^[8] Häufig vereinbaren die Parteien in der Praxis aber auch, dass einzelne oder alle Nebenleistungspflichten^[9] ebenfalls Zug um Zug erfüllt werden müssen. Allerdings könnten die Parteien auch vereinbaren, dass eine Partei vorleistungspflichtig ist.^[10]

[17] Gilt das Zug-um-Zug-Prinzip und erfüllt eine Partei am Vollzugsdatum den Aktienkaufvertrag nicht, kann die

Partei, welche die Erfüllung angeboten hat, gegen die andere Partei auf Erfüllung des Aktienkaufvertrags klagen. Die beklagte Partei (wie hier der Käufer) kann jedoch die Einrede nach Art. 82 OR erheben, sofern die Parteien diese nicht ausgeschlossen haben.^[11] Tut die beklagte Partei dies nicht oder nicht rechtzeitig (oder führt sie die der Einrede nach Art. 82 OR zugrunde liegenden Tatsachen zu spät in den Prozess ein) und wird die Klage gutgeheissen, wird sie – wie das referierte Urteil illustriert – zur Erfüllung des Aktienkaufvertrags verpflichtet und zwar ohne, dass die klagende Partei zur Zug-um-Zug-Erfüllung verpflichtet wird.

MLaw MICHAEL KÜNDIG, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

[1] *Erhebung der Einrede vor Aktenschluss*: CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 229 ZPO N 14b m.w.N.; in diesem Sinne auch (betreffend Erhebung der Verrechnungseinrede), DENIS TAPPY, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 221 ZPO N 41. *Erhebung der Einrede zu einem beliebigen Zeitpunkt*: DANIEL WILLISEGGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 229 ZPO N 18; differenzierend: MIGUEL SOGO/GEORG NAEGELI, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 229 ZPO N 11b.

[2] Siehe auch NICOLAS ROUVINEZ, Simultaneous performance of the parties' obligations under a Share Purchase Agreement (SPA), Swiss Contract Law, 17 Dezember 2021, <https://swisscontract.law/11/>.

[3] Siehe zur Rechtsnatur des Aktienkaufvertrags z.B. MARKUS VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, S. 335 ff., S. 336 f.

[4] RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 381 ff.; URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 259.

[5] TSCHÄNI/DIEM/WOLF (Nr. 4), Rz. 381; PHILIPP CHIANI/MARKUS VISCHER, [Suspensivbedingungen in Kaufverträgen](#), in: dRSK, publiziert am 12. Januar 2012, Rz. 10; zum Verzicht auf Suspensivbedingungen in M&A Verträgen siehe CLAUDE SCHMID/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Konkludenter Verzicht der Parteien auf eine Suspensivbedingung](#), in: dRSK, publiziert am 12. November 2021, Rz. 18 ff.

[6] D.h. die Zahlung des Kaufpreises (Käufer) und die Übertragung des Eigentums an den verkauften Aktien (Verkäufer).

[7] Art. 184 Abs. 2 OR ist ein Anwendungsfall von Art. 82 OR (PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/1, Basel 1977, S. 17 f. mit dem Hinweis, dass Art. 213 Abs. 1 OR nur *prima vista* Art. 184 Abs. 2 OR widerspricht).

[8] SCHENKER (Nr. 4), S. 280 f.

[9] Die dispositive (z.B. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 76) Zug-um-Zug-Regel gemäss Art. 184 Abs. 2 OR gilt für jede das Austauschverhältnis (vgl. Nr. 6) einbezogene Leistung (z.B. SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 184 OR N 51; ALFRED KOLLER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 184 OR N 96; a.M. SCHENKER [Nr. 4], S. 390).

[10] Vgl. SCHENKER (Nr. 4), S. 280; siehe auch DARIO GALLI/LINDA BIERI/MARKUS VISCHER, [Beweislast für die](#)

[Kaufpreiszahlung](#), in: dRSK, publiziert am 19. August 2015, Rz. 9.

[11] ULRICH G. SCHROETER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 82 OR N 3.

Zitiervorschlag: Michael Kündig / Dario Galli / Markus Vischer, Einrede des nicht erfüllten Aktienkaufvertrags (Art. 82 OR), in: dRSK, publiziert am 27. Januar 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch