

Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

80. Jahrgang – 1999

Redaktion:

Jürg Schmid, Notariatsinspektor, Volketswil
Roger Dunand, notaire, Fribourg
Peter Voser, Notar, Schlieren
Bruno Rusterholz, Notar-Stellvertreter, Oberrieden (bis Heft 5)
Roman Sandmayr, Notar-Stellvertreter, Zollikon

Ständige Mitarbeiter:

Dr. iur. Hans Huber, a. Notariatsinspektor, Bassersdorf
Dr. iur. Alois Burri, a. Grundbuchinspektor
des Kantons Luzern, Ebikon
Lic. iur. Martin Schmidt, Grundbuchverwalter, Baden (bis Heft 4)
Lic. iur. Hans Geiser, Grundbuchverwalter, Laufenburg (ab Heft 5)

Verlag:

Zürcher Notariatsverein

Expedition:

Stutz Druck, 8820 Wädenswil

**Schweizerische Zeitschrift
für Beurkundungs-
und Grundbuchrecht**
**Revue Suisse
du Notariat et du Registre
foncier**

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck
Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen
Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung
der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände /
Organe des associations sui-
vantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV),
Aargauische Notariatsgesell-
schaft, Verein der Grundbuch-
verwalter und Konkursbeamten
des Kantons Luzern und der
Innerschweiz, Verband schwei-
zerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édi-
tion sont réservés. La réimpres-
sion, la polycopie et l'enregistre-
ment électronique de tout ou
partie des articles de la Revue
sont autorisés qu'avec l'accord
de la Rédaction.

Subjektswechsel bei einfachen Gesellschaften*

Von Dr. *Stephan Wolf*, Fürsprecher und Notar,
Oberassistent an der Universität Bern, Thun

Literatur

Peter Bergsma, Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften, Diss. Zürich 1990, Bern/Frankfurt am Main/New York/Paris 1990; *Hans Bollmann*, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zürich 1970, Zürich 1971; *Beat Bräm*, Gemeinschaftliches Grundeigentum unter Ehegatten an Grundstücken, Bildet Gesamteigentum als einfache Gesellschaft eine gute Alternative zum Miteigentum und zum Gesamteigentum im Güterstand der Gütergemeinschaft?, Diss. Bern 1997 (ASR 605); *Henri Deschenaux*, Das Grundbuch, SPR Bd. V, Teilbd. 3, Abt. I und II, Basel und Frankfurt am Main 1988 und 1989; *Paul Ehrensam*, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, Diss. Lausanne 1943; *Arnold Escher*, Zürcher Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959; *Walter Fellmann*, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 133 S. 285 ff.; *Otto von Gierke*, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. Aufl., Berlin 1902; *Christoph von Greyerz*, Die Unternehmensnachfolge in den Personengesellschaften, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, BTJP 1970 S. 69 ff.; *Theo Guhl/Max Kummer/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991; *Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl*, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum (Art. 641–729), 2. Aufl., Zürich 1977 (zitiert: Haab); *Wilhelm Hartmann*, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bd. VII, 1. Abt.: Die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft, Art. 552–619 OR, Bern 1943; *Heinz Hausheer*, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Habil. Bern 1970 (ASR 399); *Heinz Hausheer*, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, ZBJV 105 S. 129 ff. (zitiert: Hausheer, Gesellschaftsvertrag); *Heinz Hausheer/Roland Pfäffli*, Zur Bedeutung des Anwachsungsprinzips bei der einfachen Gesellschaft und bei der Gütergemeinschaft im Todesfall; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung, ZBJV 130 S. 38 ff.; *Arthur Homberger*, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 917–977 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1938; *Franz Jenny*, Gesamteigentum und Grundbuch, ZBGR 40 S. 193 ff.; *Romano Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion, Diss. Zürich 1963, Bern 1963 (ASR 355); *Peter Liver*, Gemein-

* Überarbeitete und erweiterte Fassung des Textes zu einem am 6. November 1998 anlässlich der 76. Generalversammlung des Verbandes Solothurnischer Notare in Olten gehaltenen Vortrag.

schaftliches Eigentum, ZBJV 100 S. 261 ff.; *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, 1. Teilbd.: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981; 2. Teilbd.: Das Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998; *OR-Bearbeiter*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vögt, Rolf Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel und Frankfurt am Main 1994 (zitiert: *OR-Bearbeiter*); *Fritz Ostertag*, Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, III. Abt.: Art. 919–977 ZGB, 2. Aufl., Bern 1917; *Roland Pfäffli*, Änderungen bei Personengesellschaften aus der Sicht der praktischen Grundbuchführung, ZBGR 72 S. 321 ff.; *Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, Bern 1991; *Rudolf P. Schaub*, Die Nachfolgeklausel im Personengesellschaftsvertrag, SAG 56 S. 17 ff.; *Alfred Siegwart*, Zürcher Kommentar, Bd. V: Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619), Zürich 1938; *Pascal Simonius/Thomas Sutter*, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel und Frankfurt am Main 1995; *Werner von Steiger*, Gesellschaftsrecht, SPR Bd. VIII, 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1976, S. 211 ff.; *Andreas von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914; *Peter Tuor*, Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952; *Karl Wieland*, Handelsrecht, Bd. I: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München und Leipzig 1921; *Stephan Wolf*, Anwendbarkeit des Miterben- bzw. Verkäuferepfandrechts bei akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsübergängen im Todesfall?, AJP 1997 S. 1232 ff.; *ZGB-Bearbeiter*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vögt, Thomas Geiser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, Basel und Frankfurt am Main 1998 (zitiert: *ZGB-Bearbeiter*); *Dieter Zobl*, Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1973 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 418).

A. Einleitung

Der einfachen Gesellschaft kommt in der Rechtspraxis überaus grosse Bedeutung zu. Von besonderem Interesse sind dabei die – an sich im Widerspruch zum Prinzip der Personenbezogenheit¹ der einfachen Gesellschaft stehenden – Möglichkeiten, Gesellschafter unter Aufrechterhaltung der Gesellschaft, d.h. ohne deren Auflösung und Neugründung, ein- und austreten zu lassen. Nachfolgend ist vorerst kurz die einfache Gesellschaft in ihren Grundzügen darzustellen². Anschliessend soll zum einen auf den Eintritt neuer Gesellschafter³ und zum anderen auf das Ausscheiden von Gesellschaftern unter Lebenden sowie von Todes wegen⁴ eingegangen werden. Dabei ist den rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeiten sowie den Verhältnissen bei Grundstücken besondere Beachtung zu schenken.

B. Grundzüge der einfachen Gesellschaft

I. Begriff

Die einfache Gesellschaft ist nach der Legaldefinition des Art. 530 Abs. 1 OR die vertragliche Verbindung von zwei oder mehreren Personen

¹ Dazu B.III.1. hienach.

² Vgl. sogleich B.

³ C. hienach.

⁴ D. hienach.

zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Sie ist nach den Intentionen des Gesetzgebers eine für vielfältige Zwecke verwendbare Grundform im Gesellschaftsrecht; insbesondere ist sie Grundform für die Kollektivgesellschaft⁵ und die Kommanditgesellschaft⁶. Die einfache Gesellschaft ist sodann eine Subsidiärform (Art. 530 Abs. 2 OR), die immer dann Anwendung finden soll, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind⁷. So entsteht eine einfache Gesellschaft auch immer dann, wenn die Parteien zwar eine andere Gesellschaftsform anstrebten, dieses Ziel aber nicht oder noch nicht erreicht haben⁸.

II. Entstehung

1. Einigung mehrerer Personen

Als Vertrag beruht die einfache Gesellschaft auf der Einigung mehrerer Personen. Zu ihrer Entstehung ist ausreichend, dass sich die mehreren Personen darüber einigen, die Erreichung eines bestimmten Zwecks gemeinsam fördern zu wollen⁹. Zwingend Gegenstand der Einigung sind demnach ausschliesslich die gemeinsame Zweckverfolgung¹⁰ und die Tatsache der Beitragspflicht jedes Beteiligten¹¹. Für alles weitere – d.h. Organisation, Rechte und Pflichten der Gesellschafter, Verhältnis zu Dritten – besteht dispositives Gesetzesrecht. Indessen muss über alle Punkte Einigkeit erzielt worden sein, auf die auch nur ein Gesellschafter Wert gelegt hat¹².

Vertragsparteien können neben natürlichen auch juristische Personen oder Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sein¹³. Nach wohl überwiegender Auffassung kann auch eine einfache Gesellschaft ihrerseits Mitglied einer einfachen Gesellschaft sein¹⁴.

2. Form

Die einfache Gesellschaft ist die loseste Verbindung mehrerer Personen¹⁵. Entsprechend kann der Gesellschaftsvertrag formfrei abgeschlossen

⁵ Vgl. die Verweisung in Art. 557 Abs. 2 OR.

⁶ Vgl. die Verweisung in Art. 598 Abs. 2 OR auf die Kollektivgesellschaft und damit via Art. 557 Abs. 2 OR wiederum auf die einfache Gesellschaft.

⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 4. Vgl. ebenso von *Steiger*, S. 324, wonach die einfache Gesellschaft auch als «Auffanggesellschaft» sowie als «subsidiäre Rechtsquelle für andere Gesellschaftsformen dient».

⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 73 und 33. Vgl. für den Verein Art. 62 ZGB, für die AG – wo allerdings auch die besondere Bestimmung von Art. 645 OR zu beachten ist – BGE 102 II 423 = ZBGR 60 S. 353.

⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 72.

¹⁰ Siehe zum gemeinsamen Zweck *Fellmann*, S. 294 ff., m.w.H.

¹¹ *OR-Handschrift*, N. 2 zu Art. 530; *Guhl/Kummer/Druey*, S. 585.

¹² *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 72. Zum Ganzen auch von *Steiger*, S. 357 f.

¹³ von *Steiger*, S. 355.

¹⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 14; von *Steiger*, S. 355.

¹⁵ *Guhl/Kummer/Druey*, S. 585.

sen werden (vgl. Art. 11 OR). Anderes gilt, wenn sich die Parteien im Sinne von Art. 16 OR erkenntlicherweise erst mit Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrages verpflichten wollen¹⁶. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages kann auch stillschweigend durch konkludentes Verhalten erfolgen. Den Parteien muss nicht bewusst sein, dass sie eine einfache Gesellschaft bilden¹⁷. Erforderlich ist dagegen natürlich, dass sie überhaupt eine rechtliche Bindung wollen¹⁸.

Vom formfrei möglichen Vertrag über die Entstehung der Gesellschaft sind Vereinbarungen zu unterscheiden, durch welche sich Gesellschafter zu Beitragsleistungen verpflichten, die ihrerseits formbedürftig sind. Diesfalls sind die entsprechenden Formvorschriften zu beachten¹⁹. So bedarf die Verpflichtung eines Gesellschafters, ein in seinem Eigentum stehendes Grundstück in die Gesellschaft einzubringen, der öffentlichen Beurkundung. Gesamteigentum der Gesellschafter entsteht erst mit der gestützt auf den Illationsvertrag erfolgenden Eintragung im Grundbuch²⁰.

3. Keine Eintragung im Handelsregister

Die einfache Gesellschaft kann keine Firma führen und ist zur Eintragung im Handelsregister weder verpflichtet noch berechtigt²¹. Besteht eine Gesellschaft ausschliesslich aus natürlichen Personen, so ist eine Eintragung zwar möglich, doch ändert sich dadurch die Rechtsform und es wird die einfache Gesellschaft zur nichtkaufmännischen Kollektivgesellschaft²².

III. Hauptmerkmale der einfachen Gesellschaft

1. Personenbezogenheit

Die einfache Gesellschaft ist personenbezogen, d.h. sie baut auf der Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters auf und nicht auf dessen Kapitalbeteiligung²³.

Entsprechend dem Prinzip der Personenbezogenheit hat jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten (Art. 531 Abs. 1 OR). Sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu erbringen (Art. 531 Abs. 2 OR). Ebenso stehen grundsätzlich jedem Mitglied gleiche Rechte unabhängig vom Kapitaleinsatz zu. Unter Vorbehalt einer anderen vertraglichen Regelung hat jeder Gesellschafter ohne Rücksichtnahme auf Art und Grösse seines Beitrages gleichen Anteil an

¹⁶ von Steiger, S. 358.

¹⁷ BGE 116 II 710 = ZBGR 74 S. 233; BGE 108 II 208; ZBJV 122 S. 204 f.

¹⁸ Zum Ganzen Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 74 und 76, mit Beispielen.

¹⁹ von Steiger, S. 358; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 75.

²⁰ Meier-Hayoz, N. 61 zu Art. 652 ZGB, N. 30 zu Art. 657 ZGB; Siegwart, N. 63 f. und 66 f. zu Art. 530 OR; je m.w.H.

²¹ BGE 79 I 181 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 6 N. 53. Vgl. auch Guhl/Kummer/Druey, S. 584.

²² Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 77.

²³ Ausführlich zur Abgrenzung von personenbezogenen und kapitalbezogenen Gesellschaften Meier-Hayoz/Forstmoser, § 3.

Gewinn und Verlust (Art. 533 Abs. 1 OR). Nach dispositivem Gesetzesrecht bedürfen Gesellschaftsbeschlüsse der Zustimmung aller Gesellschafter (Art. 534 Abs. 1 OR) und es wird das Stimmrecht nach Köpfen bemessen (Art. 534 Abs. 2 OR). Die Geschäftsführung steht vorbehaltlich anderer Abmachung allen Gesellschaftern zu (Art. 535 OR).

Der Personenbezogenheit entsprechend ist die Gesellschafterstellung dem Grundsatz nach unübertragbar und unvererblich. Zudem gilt das Prinzip der festen Mitgliederzahl. Die Gesellschaft wird grundsätzlich beim Ausscheiden auch nur eines Gesellschafters aufgelöst (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2, 3 und 6 OR)²⁴.

2. Rechtsgemeinschaft

a) Fehlende Rechtspersönlichkeit

Als blosses Vertragsverhältnis verbindet die einfache Gesellschaft die Gesellschafter in gegenseitigen Rechten und Pflichten, ohne zu einem neuen Rechtsträger zu führen²⁵. Die einfache Gesellschaft verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit. Träger der Rechte und Pflichten aus der Gesellschaft sind die einzelnen Gesellschafter. Die einfache Gesellschaft stellt daher eine Rechtsgemeinschaft dar.

b) Gesamthandschaft

Nach Art. 544 Abs. 1 OR gehören Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind, den Gesellschaftern gemeinschaftlich. Die gemeinschaftliche Berechtigung der einfachen Gesellschafter ist, soweit nicht ausnahmsweise Miteigentum vereinbart ist, eine solche zur gesamten Hand²⁶.

Klagen müssen alle Gesellschafter zusammen. Dagegen können wegen der solidarischen Haftung sämtlicher Gesellschafter auch nur einer oder einzelne unter ihnen beklagt werden²⁷.

c) Berechtigung des einzelnen Gesellschafters

Der einfache Gesellschafter ist in aller Regel²⁸ Gesamthänder. Nach der für sämtliche Gesamthandverhältnisse geltenden Bestimmung von Art. 652 ZGB geht die Berechtigung jedes einzelnen Gesellschafters auf die ganze Sache. Der einfache Gesellschafter hat keinen frei verfügbaren Anteil an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Objekten. Wohl aber steht ihm ein unselbständiger Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögen zu²⁹.

²⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser, § 3 N. 31 f.

²⁵ Guhl/Kummer/Druey, S. 584.

²⁶ von Steiger, S. 382; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 16; OR-Pestalozzi/Wettenschwiler, N. 3 zu Art. 544 OR; Fellmann, S. 287 f.

²⁷ Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 15.

²⁸ Vorbehalten bleibt der Fall, wo vertraglich Miteigentum begründet worden ist. Vgl. soeben B.III.2.b.

²⁹ Siehe zu den Anteilen eines Gesamthänders zuletzt Bräm, S. 10 ff.

IV. Praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung der einfachen Gesellschaft ist gross, und zwar sowohl im nichtwirtschaftlichen Bereich als auch im Wirtschaftsleben. Die grosse Verbreitung der einfachen Gesellschaft lässt sich namentlich auf zwei Gründe zurückführen: Einerseits auf ihre Anpassungsfähigkeit, welche sich aus ihrer Funktion als Grund- und Subsidiärform im Gesellschaftsrecht ergibt, andererseits auf die einfachen Entstehungsvoraussetzungen, insbesondere das Fehlen einer Pflicht zur Eintragung im Handelsregister³⁰.

C. Eintritt neuer Gesellschafter

I. Vorbemerkung

Der rechtsgeschäftliche Eintritt eines neuen Gesellschafters kann auf zwei verschiedene Arten erfolgen: Entweder auf dem Wege der Aufnahme³¹ oder auf jenem der Übertragung der Gesellschafterstellung³². Im ersten Fall bleiben sämtliche bisherigen Gesellschafter weiterhin Mitglieder der Gesellschaft und ein neuer tritt hinzu, im zweiten dagegen überträgt ein bisheriger Gesellschafter seine Stellung an einen neuen Gesellschafter und wird durch diesen ersetzt.

Die Kontinuität der Gesellschaft wird weder durch die Aufnahme eines neuen Gesellschafters noch durch die «Auswechslung» eines Gesellschafters tangiert. Aufnahme neuer Mitglieder und Übertragung der Gesellschafterstellung sind daher grundsätzlich möglich, ohne dass die Auflösung der bestehenden und die Gründung einer neuen Gesellschaft erforderlich wäre³³.

II. Aufnahme eines neuen Gesellschafters

1. Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen.

Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters bedarf nach der gesetzlichen Regelung des Art. 542 Abs. 1 OR der Zustimmung aller bisheriger Gesellschafter³⁴. Dieses Erfordernis ergibt sich bereits aus dem der einfachen Gesellschaft eigenen Merkmal der Personenbezogenheit, wonach für das Eingehen – und damit auch die Änderung – des Gesellschaftsvertrages für jeden Beteiligten die Person jedes anderen Gesellschafters wesentlich ist. Der Gesellschaftsvertrag kann die Aufnahme neuer Gesellschafter erleichtern, etwa indem er hierfür einen Mehrheitsbeschluss oder die Zuständigkeit der Geschäftsführung vorsieht³⁵.

³⁰ Zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 99 ff. Siehe zum Anwendungsbereich der einfachen Gesellschaft auch *von Steiger*, S. 334 ff.

³¹ Dazu sogleich C.II.

³² Dazu C.III. hienach.

³³ *Sieglwart*, N. 10 und 6 zu Art. 542 OR. Vgl. zur Kontinuität der Gesellschaft auch *Bräm*, S. 62 ff.

³⁴ Art. 542 Abs. 1 OR verbietet im Interesse der Mitgesellschafter einzig die einseitige Aufnahme eines neuen Gesellschafters, wogegen eine solche unter allseitiger Zustimmung selbstverständlich möglich ist; vgl. *Zobl*, S. 68.

³⁵ *Sieglwart*, N. 11 zu Art. 542 OR; *von Steiger*, S. 412.

Die Aufnahme erfolgt somit durch den Abschluss eines Aufnahmevertrages zwischen allen bisherigen Gesellschaftern bzw. – im Falle des Vorliegens einer entsprechenden Kompetenzdelegation – der Geschäftsführung und dem neuen Gesellschafter. Der Aufnahmevertrag stellt eine Änderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages dar³⁶.

Wie der Vertrag zur Gründung der einfachen Gesellschaft bedarf auch der Aufnahmevertrag von Gesetzes wegen grundsätzlich keiner besonderen Form³⁷. Allerdings kann der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag für die Vereinbarung des Eintritts neuer Mitglieder die Einhaltung einer bestimmten Form vorschreiben³⁸.

Formvorschriften sind gegebenenfalls für das Eingehen von Verpflichtungen des neuen Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft zu wahren³⁹. Verpflichtet sich der neu aufzunehmende Gesellschafter zur Einbringung eines Grundstücks in die bestehende Gesellschaft, so bedarf dieser Illationsvertrag der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB. Die gestützt darauf erfolgende Eintragung im Grundbuch ist für die Begründung von Gesamteigentum aller Gesellschafter am einzubringenden Grundstück von konstitutiver Bedeutung⁴⁰.

2. Wirkungen

a) Konstitutive Gesamtrechtsnachfolge

Der Aufnahmevertrag führt zum Erwerb der Gesellschafterstellung für den neu Eintretenden. Die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte werden nach Lehre⁴¹ und Rechtsprechung⁴² automatisch, d.h. *uno actu und ipso iure* mit dem Eintritt, erworben⁴³. Als Folge des Erwerbs der Gesellschafterstellung fällt dem Eintretenden die anteilmässige Gesamtberechtigung am Gesellschaftsvermögen mit absolut-unmittelbarer Wirkung⁴⁴. Die für den Rechtserwerb in der Regel geltende Stufenfolge des Abschlusses eines obligatorisch wirkenden Verpflichtungsgeschäftes mit anschliessendem, den Bestand subjektiver Rechte veränderndem Verfügungsgeschäft in den für jedes einzelne Objekt erforderlichen Formen ist nicht anwendbar. Diese Stufenfolge gilt nur für den deri-

³⁶ Vgl. ausführlich dazu *Zobl*, S. 69 ff., m.w.H.

³⁷ *von Steiger*, S. 412.

³⁸ Vgl. *Zobl*, S. 71 f.

³⁹ Siehe zur selben Fragestellung im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft B.II.2. hievore.

⁴⁰ BGE 58 II 363 f. = ZBGR 14 S. 154; BGE 60 II 98 f. = ZBGR 22 S. 248 f.; *Sieglwart*, N. 12 zu Art. 542 OR; *Meier-Hayoz*, N. 61 zu Art. 652 ZGB, N. 30 zu Art. 657 ZGB; *von Steiger*, S. 412; ausführlich zum Ganzen *Zobl*, S. 72 ff.

⁴¹ *Meier-Hayoz*, N. 9 f. und 69 zu Art. 652 ZGB; *Haab*, N. 40 zu Art. 652–654 ZGB; *Sieglwart*, N. 14 zu Art. 542 OR.

⁴² BGE 51 I 432 = ZBGR 7 S. 131f.; BGE 78 I 12 f. = ZBGR 33 S. 246 (Fussnote).

⁴³ Vgl. auch *Zobl*, S. 76 f., m.w.H.

⁴⁴ Vgl. *Sieglwart*, N. 12 zu Art. 542 OR, wonach der Erwerb der Gesamtberechtigung «blosse Ausstrahlung» der Begründung des persönlichen Bandes der Mitgliedschaft ist.

vativen Rechtserwerb in Singularsukzession⁴⁵. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft stellt aber nach herrschender Auffassung keinen Fall der Singularsukzession dar. Eine Kontroverse besteht lediglich darüber, ob eine Gesamtrechtsnachfolge⁴⁶ oder ein originärer Rechtserwerb⁴⁷ des Eintretenden vorliegt. M.E. lässt sich der Eintritt durch Aufnahme in die Gesellschaft einzig als Gesamtrechtsnachfolge qualifizieren. Der Erwerb der Gesellschafterstelle und damit auch der anteilmässigen Rechte am Gesellschaftsvermögen durch den Aufgenommenen erfolgt nämlich nicht unabhängig vom Bestehen der Rechte der bisherigen Gesellschafter⁴⁸. Wenn auch zutrifft, dass die Gesellschafterstelle des neu aufgenommenen Gesellschafters nicht vorbestanden hat und sie insofern natürlich nicht in ihrem bereits vorhandenen vollen objektiven Bestand vom Rechtsvorgänger auf den Rechtsnachfolger übergehen kann, so ist damit aber doch bloss ein derivativ-translativer Rechtserwerb⁴⁹ ausgeschlossen. Es verbleibt indessen die Möglichkeit des derivativ-konstitutiven Rechtserwerbs, bei welchem nicht ein ganzes Recht, sondern Teilbefugnisse eines Rechts auf ein anderes Rechtssubjekt übergehen⁵⁰. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters stellt einen solchen Fall des derivativ-konstitutiven Rechtserwerbs dar: Gesellschafterstelle und daran geknüpfte Rechte der bisherigen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen bestehen als alte Rechte vor, und aus deren Substanz werden die Gesellschafterstelle und die damit verbundenen Vermögensrechte des Neuaufgenommenen hergestellt, ohne dass Identität des Rechts der bisherigen Gesellschafter mit jenem des neuen Gesellschafters vorliegt⁵¹. Es handelt sich daher bei der Aufnahme in die Gesellschaft nicht um einen originären Rechtserwerb, sondern um eine konstitutive Gesamtnachfolge⁵².

Der neue Gesellschafter tritt demnach auf dem Wege einer konstitutiven Gesamtrechtsnachfolge mit Begründung seiner Gesellschafterstelle

⁴⁵ Einen typischen Fall des derivativen Rechtserwerbs in Singularsukzession stellt der Grundstückkaufvertrag dar, wo ein öffentlich beurkundetes Grundgeschäft abzuschliessen ist und alsdann gestützt auf dieses das Grundeigentum durch konstitutive Eintragung des Käufers im Grundbuch erworben wird.

⁴⁶ So *Kunz*, §. 145 ff., besonders S. 150; *Deschenaux*, SPR V/3, I, S. 312, Anm. 10; *Rey*, N. 1670.

⁴⁷ So *Zobl*, S. 52, 66 und 77; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 96; *Bräm*, S. 64.

Unentschieden *Meier-Hayoz*, der einerseits – N. 10 und 69 zu Art. 652 ZGB – von Universalsukzession bzw. Gesamtrechtsnachfolge ausgeht, andererseits – N. 69 zu Art. 652 ZGB i.f. – aber für den Eintritt ebenfalls originären Erwerb annimmt.

⁴⁸ Originärer, ursprünglicher Rechtserwerb würde dagegen gerade Erwerb unabhängig vom Bestehen eines anderen Rechts voraussetzen; dazu grundlegend *von Tuhr*, II/1, S. 35 und 41.

⁴⁹ Zu diesem *von Tuhr*, II/1, S. 35 und 59 ff.

⁵⁰ *von Tuhr*, II/1, S. 35 und 62 ff.

⁵¹ So die Umschreibung des derivativ-konstitutiven Rechtserwerbs bei *von Tuhr*, II/1, S. 35.

⁵² Die Gesamtnachfolge kann – wie hier – konstitutiv sein, ist aber in der Regel translativ; vgl. *von Tuhr*, II/1, S. 89.

Einen Fall der translativen Gesamtnachfolge bildet die Übertragung der Gesellschafterstelle; dazu C.III.2.a. hienach. Ebenso erfolgt im Erbgang als häufigstem Fall der Universalsukzession ein derivativ-translativer Rechtserwerb.

lung unmittelbar in die mit dieser verknüpften Vermögensrechte ein; der für die Singularsukzession erforderlichen besonderen Verfügungsakte (Eintragung im Grundbuch, Tradition, Zession, Indossament) bedarf es nicht⁵³. Für die bisherigen Gesellschafter tritt eine als sog. Dekreszenz bezeichnete Machteinbusse ein⁵⁴.

Der durch die konstitutive Gesamtrechtsnachfolge mit automatisch-absoluter Wirkung erfolgende Rechtserwerb des eintretenden Gesellschafters liegt im Grundsatz der Kontinuität der Gesellschaft in Verbindung mit dem Gesamthandsprinzip begründet. Nach diesem kann am Gemeinschaftsvermögen nur berechtigt sein, wer Mitglied der dem Gesamthandsverhältnis zugrundeliegenden personenrechtlichen Gemeinschaft ist; umgekehrt aber nimmt, wer Gesamthänder ist, an der ungeteilten Berechtigung an sämtlichen Werten des Gemeinschaftsvermögens teil⁵⁵.

b) Grundstücke

Bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine einfache Gesellschaft ist – wie dargelegt⁵⁶ – das für die Singularsukzession geltende sachenrechtliche Spezialitätsprinzip ausgeschaltet. Der Neueintretende erwirbt somit an im Gesellschaftsvermögen vorhandenen Grundstücken unmittelbar mit wirksamer Begründung seiner Gesellschafterstelle anteilmässig Gesamteigentum. Der Erwerb erfolgt im Rahmen des relativen Eintragungsprinzips. Es liegt ein Fall des aussergrundbuchlichen Eigentumserwerbs vor, so dass die Eintragung des neuen Gesellschafters in der Eigentumsspalte des Grundbuchs von bloss deklaratorischer Bedeutung ist⁵⁷. Damit klaffen vor Bereinigung des Grundbuchs die materiellrechtliche Rechtslage und die formelle grundbuchliche Lage auseinander: In materiellrechtlicher Hinsicht ist der neu eingetretene Gesellschafter ipso iure Gesamteigentümer der im Gesellschaftsvermögen befindlichen Grundstücke geworden, nach Ausweis des Grundbuchs sind dies aber nach wie vor nur die bisherigen Gesellschafter. Entsprechend Art. 656 Abs. 2 ZGB erlangt der aufgenommene Gesellschafter das grundbuchliche Mitverfügungsrecht über Grundstücke erst nach erfolgter Anpassung des Grundbuchs an die ausserbuchlich bereits eingetretenen Rechtsverhältnisse⁵⁸. Seine deklaratorische Eintragung im Grundbuch kann der neue Gesellschafter nach den Bestimmungen von Art. 665 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 963 Abs. 2 ZGB selbst veranlassen⁵⁹. Die Aufnahme in

⁵³ *Siegwart*, N. 63 zu Art. 530 OR sowie N. 12 und 14 zu Art. 542 OR; *Liver*, S. 263 f.; *von Steiger*, S. 412; *Meier-Hayoz*, N. 10 zu Art. 652 ZGB; *Kunz*, S. 150; *Zobl*, S. 77.

⁵⁴ *Siegwart*, N. 12 zu Art. 542 OR; *Meier-Hayoz*, N. 10 und 69 zu Art. 652 ZGB; *Rey*, N. 1670.

⁵⁵ Vgl. *Kunz*, S. 145 ff.

⁵⁶ *Soeben* C.II.2.a.

⁵⁷ *Meier-Hayoz*, N. 65 zu Art. 657 ZGB, N. 69 f. zu Art. 652 ZGB; *Homburger*, N. 26 zu Art. 963 ZGB; *Deschenaux*, SPR V/3, I, S. 312; *Rey*, N. 1670; *Jenny*, S. 207; *Pfäffli*, S. 322 f.

⁵⁸ *Meier-Hayoz*, N. 34 zu Art. 665 ZGB; *Zobl*, S. 78.

⁵⁹ *Meier-Hayoz*, N. 19 i.V.m. N. 34 zu Art. 665 ZGB. Vgl. auch *Bräm*, S. 66.

die Gesellschaft selbst kann an sich formfrei vereinbart werden⁶⁰. Zuhanden des Grundbuchamtes ist allerdings die aussergrundbuchlich eingetretene Eigentumsänderung nachzuweisen, was am einfachsten mittels Vorlage des Aufnahmevertrages geschieht. Obschon zur Gültigkeit nicht verlangt, ist daher doch zwecks Nachweises des Eigentumsüberganges ein schriftlicher Vertrag dienlich, wenn man nicht auf andere, im Ergebnis nicht einfachere, Beweismittel⁶¹ abstellen will.

Obwohl nicht von konstitutiver Bedeutung, empfiehlt es sich doch, die Eintragung des neuen Gesellschafters umgehend zu veranlassen. Dies nicht nur zur Herstellung des grundbuchlichen Verfügungsrechts für alle Gesellschafter in ihrem neuen personellen Bestand⁶², sondern vor allem auch zum im Hinblick auf das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) erforderlichen Schutz des neuen Gesellschafters⁶³. Wird nämlich die Eintragung des neuen Gesellschafters unterlassen, so besteht das Risiko, dass die bisherigen Gesellschafter, welche nach Ausweis des Grundbuchs nach wie vor als formell allein Verfügungsberechtigt erscheinen, ohne Beizug des neuen Gesellschafters Verfügungen über das Grundstück vornehmen. So können die bisherigen Gesellschafter das Grundstück an einen Dritten verkaufen, mit Dienstbarkeiten belasten oder verpfänden; gutgläubige Dritte sind dabei gestützt auf Art. 973 ZGB in ihrem Erwerb zu schützen⁶⁴.

⁶⁰ Vgl. C.II.1. hievor.

⁶¹ Nicht ausgeschlossen erschiene etwa die Abgabe übereinstimmender schriftlicher Erklärungen aller Gesellschafter gegenüber dem Grundbuchverwalter. In jedem Falle erforderlich ist die schriftliche Grundbuchanmeldung.

⁶² Vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB.

⁶³ Zobl, S. 78.

⁶⁴ Eine grundsätzlich andere Auffassung über Voraussetzungen und Wirkungen des Aus- und Eintretens von einfachen Gesellschaftern vertreten *Simonius/Sutter*, § 16 N. 64 und 66, gefolgt von *ZGB-Wichterhann*, N. 42 zu Art. 652 ZGB, wo dann allerdings für den Subjektwechsel wiederum auf eine Nachführung des Grundbuchs im Verfahren nach Art. 963 Abs. 2 ZGB verwiesen wird, somit auf ein Verfahren, wie es beim aussergrundbuchlichen Erwerb, nicht aber beim Eigentumserwerb gestützt auf ein Verpflichtungsgeschäft mit anschließender konstitutiver Grundbucheintragung zur Anwendung gelangt. Art. 963 Abs. 2 ZGB betrifft Fälle, in welchen Rechte ipso iure erworben werden oder untergegangen sind; vgl. *Deschenaux*, SPR V/3, I, S. 254, 316 f., SPR V/3, II, S. 815 f., sowie ausdrücklich für Änderungen in der Zusammensetzung von Gesamthandverhältnissen SPR V/3, I, S. 312, SPR V/3, II, S. 898 f.

Nach Meinung von *Simonius/Sutter* sind Ein- und Austritt analog den Vorschriften zur Begründung gemeinschaftlichen Eigentums der Gesellschafter zu behandeln. Entsprechend bedürfte der Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften der öffentlichen Beurkundung und der konstitutiven Eintragung im Grundbuch. Wenn auch die dieser Auffassung zugrundeliegenden Überlegungen in Einzelfällen berechtigt sein mögen, kann ihr doch mit der h.L. und Praxis grundsätzlich nicht gefolgt werden. Vorbehalten bleibt der Ausnahmefall, in welchem durch den Subjektwechsel die Kontinuität der Gesellschaft nicht mehr gewahrt ist; siehe dazu *Bräm*, S. 62 ff. und 76 f. Der Vergleich mit der Einbringung von Vermögenswerten in die Gesellschaft ist nicht stichhaltig, weil ein Wechsel im Personenbestand der Gesellschaft mit der Übertragung von Werten eines Gesellschafters an sämtliche Gesellschafter nichts zu tun hat. Der Subjektwechsel lässt die Kontinuität und das Vermögen der Gesellschaft grundsätzlich unberührt. Es geht dabei nicht um die Einbringung von Vermögenswerten in die Gesellschaft, sondern um einen

III. Übertragung der Gesellschafterstellung

1. Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen

Ein Eintritt in eine einfache Gesellschaft ist auch auf dem Weg der Übertragung der Gesellschafterstellung möglich. Im Gegensatz zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters, welche zur Vermehrung der Anzahl Gesellschafter führt, wird bei der Übertragung der Mitgliedschaft ein Gesellschafter durch einen anderen ersetzt⁶⁵. Die Anzahl der Gesellschafter erfährt somit keine Veränderung. Für den neuen Gesellschafter liegt ein derivativer, vom ausscheidenden Gesellschafter abgeleiteter Rechtserwerb vor⁶⁶. Die Übertragung der Gesellschafterstellung ist abzugrenzen von der Unterbeteiligung eines Dritten und von der Abtretung des Anteils eines Gesellschafters an einen Dritten; in diesen beiden Fällen wird der Dritte nicht Gesellschafter (Art. 542 Abs. 2 OR) und ist damit auch nicht unmittelbar am Gesellschaftsvermögen beteiligt⁶⁷.

Wie für den Aufnahmevertrag gilt auch für die Übertragung von Gesellschaften wegen (Art. 542 Abs. 1 ZGB), dass ein Gesellschafter seine Gesellschafterstellung nur an Dritte übertragen kann, wenn sämtliche übrigen

Personenwechsel unter Beibehaltung des Gesellschaftsvermögens. Objekt von Aufnahmevertrag und Übertragung der Gesellschafterstellung – dazu C.III. hienach – ist im Gegensatz zum Illationsvertrag nicht das Grundstück, sondern die Rechtsstellung als Gesellschafter, an welche sich die gesamten anteilmässigen Rechte an sämtlichen Werten des Gesellschaftsvermögens knüpfen. Die Bedenken, wonach herrschender Auffassung und Praxis die Eigentümerschaft an Liegenschaften über längere Zeit frei übertragen werden kann, ohne dass dies je im Grundbuch Niederschlag finden würde, was einen unerträglichen Zustand hervorrufe, sind angesichts der Personenbezogenheit und der rechtsgemeinschaftlichen, regelmässig gesamthandschaftlichen Struktur der einfachen Gesellschaft zu relativieren. Sodann wird in Extremfällen, insbesondere beim gleichzeitigen Wechsel aller Gesellschafter, in der Regel die Kontinuität der Gesellschaft nicht mehr gewahrt sein, womit die öffentliche Beurkundung und die konstitutive Grundbucheintragung für den Subjektwechsel erforderlich werden; vgl. dazu *Bräm*, S. 76 f. Auch in der praktischen Rechtsanwendung entstehen aus dem von h.L. und Praxis vertretenen aussergrundbuchlichen Eigentumsübergang keine übermässigen Schwierigkeiten. Wollte man der Auffassung, dass Subjektwechsel erst mit Vornahme der für die Einzelnachfolge erforderlichen Formen, d.h. bei Grundstücken mit Eintragung im Grundbuch, vollzogen werden, generell folgen, entstünden sodann neue Probleme: Wäre für jedes einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörende Recht eine Übertragungshandlung nach den Regeln der Singulärsukzession erforderlich und würden die einzelnen Übertragungsakte nicht alle gleichzeitig für sämtliche Bestandteile des Gesellschaftsvermögens vorgenommen, so wäre ein Gesellschafter nicht an allen Werten des Gesellschaftsvermögens beteiligt; es entstünden für jedes einzelne im Gesellschaftsvermögen befindliche Recht unterschiedlich zusammengesetzte Berechtigtenkreise. Es läge Gesellschafterstellung ohne gleichzeitige Rechtsträgerschaft vor, was dem Gesamthandprinzip widerspricht; vgl. *Kunz*, S. 145. Damit wäre der Grundsatz, dass, wer die Stellung eines Gesamthänders hat, an der ungeteilten Berechtigung an sämtlichen Werten des Gesellschaftsvermögens teilnimmt, durchbrochen. Vgl. dazu grundlegend bereits *Gierke*, S. 27: «Und welche unerträglich verwickelten, ja überhaupt unvorstellbaren Verhältnisse ergäben sich, wenn nun hinsichtlich einzelner Gegenstände die Antheilsübertragung unterbliebe ...!». Zum Ganzen auch *Kunz*, S. 145 ff., besonders S. 149 f., und *Bräm*, S. 62 ff. und 74 ff.

⁶⁵ *Siegiwart*, N. 6 zu Art. 542 OR.

⁶⁶ *Zobl*, S. 128. Dazu sogleich C.III.2.a.

⁶⁷ Vgl. dazu *von Steiger*, S. 410 ff.

Gesellschafter einwilligen⁶⁸. Das Gesellschaftsrecht enthält im übrigen keine besonderen Bestimmungen zur Übertragung der Gesellschafterstellung. Die Übertragung der Mitgliedschaft wird nach überwiegender Auffassung den Regeln des Zessionsrechts unterstellt⁶⁹. Es bedarf daher vorab eines Verpflichtungsgeschäftes zwischen Veräusserer und Erwerber der Gesellschafterstellung. Gemäss Art. 165 Abs. 2 OR gilt hiefür Formfreiheit, und dies selbst dann, wenn sich im Gesellschaftsvermögen Grundstücke befinden. Gegenstand der Abtretung bilden nämlich nicht die Grundstücke, sondern die Gesellschafterstellung; der Übergang der mit dieser verbundenen gesamthänderischen Berechtigung an den Werten des Gesellschaftsvermögens ist bloss Folge der Übertragung der Mitgliedschaft⁷⁰. Sodann ist eine Zession erforderlich, die als Verfügungsgeschäft die unmittelbare Rechtsänderung bewirkt und der Schriftform bedarf (Art. 165 Abs. 1 OR)⁷¹. Schliesslich ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Übertragung der Mitgliedschaft vorauszusetzen⁷². Abweichend vom dispositiven Gesetzesrecht kann der Gesellschaftsvertrag eine andere Ordnung hinsichtlich der Übertragung der Gesellschafterstellung treffen. So kann die Übertragung ausgeschlossen oder durch Mehrheitsbeschluss gestattet oder eine solche an bestimmte oder bestimmbare Nachfolger vorgesehen werden⁷³.

Die Übertragung der Gesellschafterstellung auf eine andere Person ist kein Ausscheiden im technischen Sinne, weil damit die Gesellschafterstellung nicht beendet wird, sondern beim Erwerber fortbesteht⁷⁴.

2. Wirkungen

a) Translative Gesamtrechtsnachfolge

Bei Vorliegen der Zustimmung der übrigen Gesellschafter verliert der veräussernde Gesellschafter mit Vornahme der Zession als Verfügungsgeschäft seine Mitgliedschaft und scheidet aus der Gesellschaft aus. Der Erwerber tritt derivativ in die Rechtsstellung des ausgeschiedenen Gesellschafters ein. Alle mit der Gesellschafterstellung verbundenen Vermögens- und Verwaltungsrechte gehen uno actu, auf dem Weg der Gesamtrechtsnachfolge, auf den Erwerber über⁷⁵. Es liegt eine translative Gesamtrechtsnachfolge vor⁷⁶. Der einzelnen, für die Singularsukzession erforderlichen Übertragungshandlungen bedarf es nicht; der Übergang

⁶⁸ von Steiger, S. 408.

⁶⁹ Ausführlich und mit Hinweis auf a.M. Zobl, S. 128 ff., besonders S. 142 ff.

⁷⁰ von Steiger, S. 408. Das Gesamtgut ist nur eine «Ausstrahlung» der Übertragung der Gesellschafterstellung; vgl. Siegwart, N. 7 zu Art. 542 OR.

⁷¹ Zobl, S. 163.

⁷² Zobl, S. 165 f. Vgl. auch von Steiger, S. 408.

⁷³ von Steiger, S. 408 f.; Siegwart, N. 8 zu Art. 542 OR.

⁷⁴ Zobl, S. 97.

⁷⁵ von Steiger, S. 409; Siegwart, N. 9 zu Art. 542 OR; Zobl, S. 167.

⁷⁶ Dies im Gegensatz zur Aufnahme eines Gesellschafters, welche eine konstitutive Gesamtrechtsnachfolge bewirkt; vgl. C.II.2.a. hievor.

der Gesellschafterstellung ist «nicht Übergang einzelner Rechte, sondern eines Rechtsverhältnisses»⁷⁷.

b) Grundstücke

Befinden sich im Gesellschaftsvermögen Grundstücke, so tritt mit Vollzug der Übertragung der Gesellschafterstellung ein aussergrundbuchlicher Eigentumsübergang ein. Die Eintragung des Erwerbers der Gesellschafterstellung in der Eigentumskolonnie des Grundbuchs ist somit von bloss deklaratorischer Bedeutung⁷⁸. Entsprechend Art. 665 Abs. 2 ZGB bzw. gemäss Art. 963 Abs. 2 ZGB kann der Erwerber selber die Grundbuchanmeldung abgeben⁷⁹. Als Rechtsgrundausweis zuhanden des Grundbuchamtes dient die Zessionsurkunde. Auf Verlangen ist dem Grundbuchverwalter zudem die Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung nachzuweisen, was mittels Vorlage des Gesellschaftsvertrages oder einer Erklärung aller Gesellschafter erfolgen kann⁸⁰.

Auch im Falle der Übertragung der Gesellschafterstellung empfiehlt es sich, die Nachführung des Grundbuchs in die Wege zu leiten. Die deklaratorische Eintragung ist zur Herstellung des Verfügungsrechtes und insbesondere zum Schutz des Erwerbers der Gesellschafterstellung vorzunehmen. Es gelten diesbezüglich dieselben Überlegungen wie bei der Aufnahme eines Gesellschafters⁸¹.

D. Ausscheiden eines Gesellschafters

I. Vorbemerkungen

Ausscheiden heisst Beendigung der Mitgliedschaft für einen Gesellschafter bei Fortbestand der Gesellschaft⁸².

Der Terminus «Ausscheiden» wird in einem weiteren Sinne als Oberbegriff für mehrere Wege, auf welchen ein Gesellschafter die Gesellschaft verlassen kann, verwendet. Der Ausdruck Ausscheiden im engeren Sinne bezeichnet nur jene Fälle, in welchen das Ausscheiden unabhängig vom Willen des Betroffenen und der übrigen Gesellschafter erfolgt. Dazu gehören der Tod, die Bevormundung und die Zwangsvollstreckung⁸³. Bei der Kündigung oder bei unverschuldetem Eintritt eines wichtigen Grundes, welcher für den betroffenen Gesellschafter das Verbleiben in der Gesellschaft unzumutbar macht, hängt demgegenüber das Ausscheiden vom Willen des entsprechenden Gesellschafters ab. Man spricht diesfalls

⁷⁷ Wieland, S. 661.

⁷⁸ Siegwart, N. 9 zu Art. 542 OR; Zobl, S. 169; von Steiger, S. 409.

⁷⁹ Ostertag, N. 22 zu Art. 963 ZGB.

⁸⁰ Zum Ganzen Zobl, S. 169; Bräm, S. 72.

⁸¹ Siehe C.II.2.b. hievor.

Grundlegend a.M. – für öffentliche Beurkundung und konstitutive Eintragung des Erwerbers der Gesellschafterstellung – Simonius/Sutter, § 16 N. 66. Vgl. dazu ausführlich Anm. 64 hievor.

⁸² Bollmann, S. 4; Zobl, S. 52 f.

⁸³ Siegwart, N. 41 zu Art. 545–547 OR.

von einem Austritt⁸⁴. Schliesslich kann ein von einem Gesellschafter verschuldeter wichtiger Grund vorliegen, welcher dessen weiteres Verbleiben in der Gesellschaft für die anderen Gesellschafter unzumutbar macht. Diesfalls ist der Wille der Mitgesellschafter für das Ausscheiden bestimmend, und man spricht von einer Ausschliessung⁸⁵.

II. Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Grundlage

Die einfache Gesellschaft ist personenbezogen. Sie gelangt folglich zur Auflösung, wenn ihr auch nur ein Gesellschafter nicht mehr angehören kann oder will. So wird die Gesellschaft aufgelöst, wenn ein Gesellschafter stirbt, in Konkurs gerät, bevormundet wird oder die Gesellschaft kündigt⁸⁶. Ein Ausscheiden unter Fortsetzung der Gesellschaft ist positivrechtlich einzig in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR für den Fall des Todes eines Gesellschafters vorgesehen; es bedarf entsprechender vertraglicher Regelung⁸⁷. Dagegen sieht das Gesetz ein Ausscheiden einzelner Gesellschafter zu Lebzeiten bei fortbestehender einfacher Gesellschaft nicht vor⁸⁸; ein solches kann aber aufgrund des im internen Gesellschaftsrecht geltenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit vereinbart oder einstimmig durch alle Gesellschafter beschlossen werden⁸⁹.

Damit die Beendigung der Mitgliedschaft eines Gesellschafters nicht Auflösung, sondern Fortsetzung der Gesellschaft bedeutet, bedarf es demnach grundsätzlich⁹⁰ einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Grundlage in einem Vertrag oder einem Beschluss.

III. Ausscheiden unter Lebenden

1. Fälle

Von Gesetzes wegen gibt es grundsätzlich weder ein Recht auf Austritt⁹¹ noch ein Ausscheiden eines Gesellschafters bei Eintreten bestimmter Umstände noch eine Ausschliessung⁹². Dagegen ist auf rechtsgeschäftlicher Grundlage die Vereinbarung des Ausscheidens eines Gesellschafters möglich, sei dies als Austrittsrecht im Sinne einer Kündigung

⁸⁴ Siegwart, N. 42 zu Art. 545–547 OR.

⁸⁵ Siegwart, N. 43 ff. zu Art. 545–547. Ausführlich zum Ausschluss aus wichtigem Grund Bergsma, S. 87 ff.

Zum Ganzen auch: von Steiger, S. 413 f.; Bollmann, S. 19 f.

⁸⁶ Vgl. die Tatbestände von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2, 3, 6 und 7 OR.

⁸⁷ Dazu D.IV.2. hienach.

⁸⁸ Vgl. demgegenüber für die Kollektivgesellschaft Art. 575 ff. OR.

⁸⁹ Siegwart, N. 38–40 zu Art. 545–547 OR; von Steiger, S. 413; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 87 f.; Bergsma, S. 146.

⁹⁰ Vorzubehalten ist gegebenenfalls die nichtrechtsgeschäftliche Möglichkeit der richterlichen Ausschliessung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund; vgl. dazu von Steiger, S. 414 f.

⁹¹ Vorbehalten bleibt Art. 546 Abs. 1 OR, wonach bei einer auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit geschlossenen Gesellschaft jeder Gesellschafter den Vertrag auf sechs Monate kündigen kann.

⁹² So jedenfalls die traditionelle Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz; vgl. von Steiger, S. 414 f., m.w.H. und zutreffender Kritik für den Fall der Ausschliessung.

(Art. 530 Abs. 1 OR, Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR), als Ausscheiden im engeren Sinne bei Verwirklichung eines bestimmten Sachverhaltes (Art. 530 Abs. 1 OR)⁹³ oder gestützt auf einen Gesellschafterbeschluss (Art. 530 Abs. 1 OR)⁹⁴.

2. Wirkungen

a) Anwachsung

Liegt eine Vereinbarung bzw. ein Beschluss über den Fortbestand der Gesellschaft trotz Wegfallens eines Mitgliedes vor, berührt das Ausscheiden die Kontinuität der unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführten Gesellschaft nicht⁹⁵. Nach überwiegender heutiger Auffassung⁹⁶ erfolgt die Fortsetzung des Gesamthandverhältnisses auf dem Weg der Anwachsung an die verbleibenden Gesellschafter. Mit Eintritt des Ausscheidungsgrundes verliert der Ausscheidende seine Gesellschafterstellung⁹⁷. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den verbleibenden Gesellschaftern *am actu und ipso iure* an⁹⁸. Es liegt keine Rechtsübertragung im Sinne einer Singular- oder Universalsukzession vor, sondern vielmehr eine Gesamtrechtsaufgabe. Die das Gesellschaftsvermögen ausmachenden Rechte wachsen dem oder den verbleibenden Gesellschafter(n) automatisch an, ohne dass es der für die Einzelnachfolge erforderlichen besonderen Übertragungsakte bedürfte⁹⁹. Zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters entsteht ein dem Wert seines Anteils entsprechender schuldrechtlicher Abfindungsanspruch¹⁰⁰; für die Abfindung haftet jeder der verbleibenden Gesellschafter persönlich und solidarisch¹⁰¹.

b) Grundstücke

Befindet sich im Gesellschaftsvermögen ein Grundstück, so wächst

⁹³ Zu denken ist etwa an den Wegfall einer beruflichen oder betrieblichen Voraussetzung bei einem Gesellschafter.

⁹⁴ Zobl, S. 101, mit tabellarischer Übersicht; von Steiger, S. 413 f.

⁹⁵ Vorbehalten sind die Fälle des Ausscheidens eines von zwei Gesellschaftern oder aller Gesellschafter bis auf einen, welche zur Beendigung der Gesellschaft führen. Wird das gesamte Gesellschaftsvermögen durch einen bisherigen Gesellschafter übernommen, treten allerdings dieselben Wirkungen der Anwachsung ein wie bei Fortführung der Gesellschaft durch die mehreren verbleibenden Gesellschafter; vgl. von Steiger, S. 416, Anm. 197; ausführlich Bollmann, S. 8 ff.; Bergsma, S. 143. Eine Anwachsung erfolgt insbesondere auch bei Zweipersonengesellschaften, wenn ein Gesellschafter das ganze Gesellschaftsvermögen übernimmt; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 92.

⁹⁶ Vgl. im einzelnen zu den Kontroversen über die Rechtsnatur, den Zeitpunkt und die Wirkungen des Ausscheidens von Steiger, S. 416 ff., m.w.H.

⁹⁷ Bollmann, S. 60; Zobl, S. 109 f., 117, 120; von Steiger, S. 417.

⁹⁸ BGE 75 I 275 = ZBGR 31 S. 56; Siegwart, N. 49 zu Art. 545–547 OR; Meier-Hayoz, N. 11 und 69 zu Art. 652 ZGB; Liver, S. 263; von Steiger, S. 417 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 91; Kunz, S. 149 ff.; Bollmann, S. 60 ff.; Zobl, S. 110; OR-Staehelin, N. 8 zu Art. 576 OR.

⁹⁹ Siegwart, N. 49 zu Art. 547 OR; Meier-Hayoz, N. 69 zu Art. 652 ZGB; Jenny, S. 207; Liver, S. 264; Bollmann, S. 73 ff.; Zobl, S. 110; von Steiger, S. 417 f.

¹⁰⁰ von Steiger, S. 418; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N. 91. Ausführlich zur Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters Bollmann, S. 78 ff.

¹⁰¹ Obergericht des Kantons Luzern, in: SJZ 92 S. 419 f. = LGVE 1995 I Nr. 115 S. 21.

die anteilmässige Berechtigung des ausscheidenden Gesellschafters aussergrundbuchlich den verbleibenden Gesellschaftern an. Es liegt kein Rechtserwerb vor, sondern eine zu Quotenverschiebungen zugunsten der verbleibenden Gesellschafter führende Gesamtrechtsaufgabe. Der Ausscheidungsvertrag bedarf keiner öffentlichen Beurkundung¹⁰². Grundsätzlich gilt auch hierfür Formfreiheit. Soll allerdings das Grundbuch nachgeführt werden, so ist das Ausscheiden gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen, was am einfachsten durch Vorlage des Ausscheidungsvertrages geschieht¹⁰³. Aus praktischen Bedürfnissen ist es daher angezeigt, den Vertrag über das Ausscheiden schriftlich abzufassen¹⁰⁴. Die Streichung des Ausgeschiedenen im Grundbuch ist von bloss deklaratorischer Wirkung¹⁰⁵. Nach der infolge Ausscheidens aussergrundbuchlich eingetretenen neuen Rechtslage sind materiellrechtlich nur noch die verbleibenden Gesellschafter an Gesellschaftsgrundstücken berechtigt; vor der Nachführung des Grundbuches erscheint allerdings auch der ausgeschiedene Gesellschafter formell noch als Berechtigter. Auch beim Ausscheiden eines Gesellschafters empfiehlt es sich, im Hinblick auf die Herstellung der grundbuchlichen Verfügungsmacht nach Art. 656 Abs. 2 ZGB das Grundbuch an die ausserbuchlich eingetretene neue materielle Rechtslage anzupassen¹⁰⁶. Erst nach erfolgter Nachführung der Eigentumsspalte werden die verbliebenen Gesellschafter allein verfügen können. Diese können dabei die Grundbuchanmeldung zur Streichung des ausgeschiedenen Gesellschafters entsprechend Art. 665 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 963 Abs. 2 ZGB selbst abgeben.

IV. Tod eines Gesellschafters

1. Rechtslage bei Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Regelung

Der Tod eines einfachen Gesellschafters führt nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR zur Auflösung der Gesellschaft, wenn für diesen Fall nicht im

¹⁰² *Zobl*, S. 107; *Bräm*, S. 68 f.

¹⁰³ Vgl. den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, Justizkommission, vom 9. Dezember 1996, in: ZBJV 133 S. 338 ff. = ZBGR 80 S. 10; Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, Justizkommission, vom 4. Juni 1996, in: ZBJV 132 S. 831 ff. = ZBGR 80 S. 15 betr. Kündigung eines einfachen Gesellschafters; siehe auch *Pfäffli*, S. 325.

¹⁰⁴ Die Vorlage eines schriftlichen Vertrages kann allerdings vom Grundbuchamt nicht verlangt werden, sofern der Nachweis des Ausscheidens anderweitig erbracht wird. In jedem Falle grundbuchrechtlich erforderlich ist eine schriftliche Grundbuchanmeldung.

¹⁰⁵ Vgl. *von Steiger*, S. 418, Anm. 203, m.w.H.; *Bräm*, S. 68. A.M. *Simonius/Sutter*, § 16 N. 64 und 66; siehe dazu eingehend Anm. 64 hiev.

¹⁰⁶ Im Unterschied zum Eintritt eines neuen Gesellschafters besteht hier allerdings die Gefahr nicht, dass infolge einer nicht durch alle Berechtigten vorgenommenen Verfügung gutgläubige Dritte gestützt auf Art. 973 ZGB Rechte erwerben können. Wird der ausgeschiedene Gesellschafter im Grundbuch nicht gestrichen, so können vielmehr die materiell allein verfügungsberechtigten verbleibenden Gesellschafter nicht ohne jenen verfügen. Bei Unterlassung der deklaratorischen Grundbucheintragung würde also nicht wie beim Eintritt ein Gesellschafter – nämlich der Eingetretene – zu wenig, sondern vielmehr einer zu viel – nämlich der Ausgeschiedene – begrüsst. Vgl. auch sogleich im Text.

ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder nachträglich¹⁰⁷ ein Fortbestehen der Gesellschaft vereinbart worden ist. Ohne Vorliegen einer besonderen rechtsgeschäftlichen Abrede tritt die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters in Liquidation. Die Erben erwerben eine dingliche Berechtigung und treten als Liquidationsgesellschaft in die Gesellschaft ein¹⁰⁸. Die Gesellschaftstellung ist zwar wegen ihrer höchstpersönlichen Natur unvererblich¹⁰⁹. Sie und mit ihr auch der Grund für ihre Unvererblichkeit entfallen jedoch, wenn die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird und bloss noch als sog. Abwicklungsgesellschaft mit dem einzigen Zweck der Liquidation auf absehbare Zeit weiterbesteht. Die Erben erwerben daher gestützt auf Art. 560 ZGB eine unmittelbare Berechtigung an sämtlichen Werten des Gesellschaftsvermögens und nicht etwa bloss einen obligatorischen Liquidationsanspruch¹¹⁰.

2. Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten

a) Allgemeines

Nach dem Wortlaut des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR kann die Auflösung der Gesellschaft vermieden werden, wenn vereinbart worden ist, dass sie mit den Erben fortbestehen soll. Die erwähnte Gesetzesbestimmung ist in Doktrin und Praxis entsprechend den gesellschaftsvertraglichen Möglichkeiten und innerhalb der erbrechtlichen Schranken weiter entwickelt worden¹¹¹.

b) Fortsetzungsklausel

Im Gesellschaftsvertrag kann vereinbart werden, dass im Falle des Ablebens eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird. Die Fortsetzungsklausel bewirkt, dass die Gesellschaft bestehen bleibt, der Erblasser mit seinem Tod ausscheidet und seine Gesellschaftstellung erlischt¹¹². Die vermögensrechtliche Beteiligung des Verstorbenen wächst den überlebenden Gesellschaftern uno actu und ipso iure an. Die Erben erwerben keinerlei unmittelbare Berechtigung am Gesellschaftsvermögen; zu ihren Gunsten entsteht ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch¹¹³. Wird für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters durch Tod eine Abfin-

¹⁰⁷ BGE 70 II 56 f. Dabei ist umstritten, ob die bisherigen Gesellschafter unter sich allein abmachen können, ob sie die Gesellschaft ohne die Erben weiterführen wollen, oder ob es dazu des Einverständnisses auch der Erben bedarf; für ersteres *Bollmann*, S. 42 f., m.w.H. in Anm. 37.

¹⁰⁸ BGE 119 II 119 = ZBGR 74 S. 371.

¹⁰⁹ *Tuor*, N. 12 der Einleitung zu Art. 457–536 ZGB; *Escher*, N. 5a der Einleitung zu Art. 457–536 ZGB; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 12.

¹¹⁰ Vgl. BGE 119 II 123 f. = ZBGR 74 S. 374; dazu auch *Hausheer/Pfäffli*, S. 39.

¹¹¹ *von Steiger*, S. 423 f.

¹¹² *Bräm*, S. 82.

¹¹³ *Bollmann*, S. 42; *von Steiger*, S. 424 f.; *Hausheer*, S. 104; *ders.*, Gesellschaftsvertrag, S. 134; *von Greyerz*, S. 79; *Hausheer/Pfäffli*, S. 40. Vgl. auch BGE 100 II 379 = ZBGR 57 S. 176.

dungsklausel vereinbart, so bedarf diese der Form der Verfügung von Todes wegen, wenn die Erben dadurch mehr belastet werden, als der Erblasser selber belastet worden wäre, wenn er lebzeitig aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre¹¹⁴.

Entsprechend der allgemeinen Regel geht auch der Gesamteigentumsanteil des verstorbenen Gesellschafters an im Gesellschaftsvermögen vorhandenen Grundstücken durch Akkreszenz aussergrundbuchlich an die überlebenden Gesellschafter über, und es verbleibt den Erben ein Abfindungsanspruch¹¹⁵.

c) Eintrittsklausel

Der Fortbestand der Gesellschaft trotz Todes eines Gesellschafters kann auch dadurch sichergestellt werden, dass im Gesellschaftsvertrag den Erben eines verstorbenen Gesellschafters das Recht eingeräumt wird, in die Gesellschaft einzutreten. Steht das Eintrittsrecht allen Erben zu, liegt eine sog. einfache Eintrittsklausel vor; sind dagegen nur einzelne oder ist nur einer von mehreren Miterben zum Eintritt berechtigt, spricht man von einer qualifizierten Eintrittsklausel¹¹⁶. Derartige Eintrittsklauseln stellen eine mit dem Tod des Gesellschafters verbindlich werdende Offerte an die Erben zum Eintritt in die Gesellschaft dar¹¹⁷. Über Annahme oder Ablehnung der Offerte befinden einzig die Eintrittsberechtigten¹¹⁸.

Die Sicherung des Eintritts von Erben in die Gesellschaft weckt mit Ausnahme des Falles, wo der Eintrittsberechtigte Alleinerbe ist¹¹⁹, auch erbrechtlichen Handlungsbedarf. Bei Vorliegen einer einfachen Eintrittsklausel kann der Erblasser-Gesellschafter das Eintrittsrecht mittels Verfügung von Todes wegen jenem Erben zuweisen, dem er den Eintritt in die Gesellschaft ermöglichen will. Eine weitere Absprache mit den anderen Gesellschaftern ist nicht erforderlich¹²⁰. Ist gesellschaftsvertraglich eine qualifizierte Eintrittsklausel vereinbart, so verfügt der einzelne eintrittsberechtigte Erbe damit noch nicht über ein Vorrecht gegenüber seinen Miterben auf Ausübung des Eintrittsrechts. Dieses ist ihm daher mit-

¹¹⁴ Hausheer, S. 106; Hausheer/Pfäffli, S. 43; Bräm, S. 85; BGE 113 II 273 = ZBGR 71 S. 33.

¹¹⁵ Zur Sicherstellung des den Erben entstehenden Abfindungsanspruches ist die Möglichkeit der Eintragung des Miterbenpfandrechts bzw. Verkäuferpfandrechts entsprechend Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. 1 ZGB zu bejahen; vgl. Wolf, S. 1234 ff.

¹¹⁶ Vgl. von Greyerz, S. 80.

¹¹⁷ Ausführlich zur Rechtsnatur der Eintrittsklausel Hausheer, S. 107 ff.; vgl. auch von Greyerz, S. 82; OR-Staehelin, N. 13 zu Art. 545/546 OR.

¹¹⁸ Wird die Offerte abgelehnt, so kommt es zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Vgl. von Steiger, S. 426.

¹¹⁹ Diesfalls entstehen keine besonderen erbrechtlichen Probleme; vgl. von Greyerz, S. 84.

¹²⁰ Wird das Eintrittsrecht nicht einem Erben allein zugewiesen und wollen mehrere oder alle Erben in die Gesellschaft eintreten, so ist zu beachten, dass grundsätzlich nicht jedem die volle Rechtsstellung des Erblassers eingeräumt werden kann. Vgl. zu den in diesem Zusammenhang bestehenden Schwierigkeiten Hausheer, S. 146 ff.; ferner von Greyerz, S. 84 f.

tels Teilungsvorschrift oder eines Vermächtnisses¹²¹ in einer Verfügung von Todes wegen zuzuweisen. Allenfalls ist zur finanziellen Absicherung des Eintritts zusätzlich eine Begünstigung zugunsten des berechtigten Erben zu verfügen, wobei vorbehaltlich der Bereitschaft der Miterben zum Abschluss eines Erbverzichtsvertrages deren Pflichtteilsrechte zu wahren sind.

Die Statuierung einer «Verpflichtung» von Todes wegen zum Eintritt in die Gesellschaft ist grundsätzlich im Rahmen der verfügbaren Quote in Form einer Verfügung mortis causa möglich; allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass eine derartige Auflage oder Bedingung wegen ihres starken Eingriffs in die persönliche Freiheit des Eintrittsberechtigten als unsittlich oder widerrechtlich qualifiziert wird und damit die Rechtsfolgen gemäss Art. 482 Abs. 2 ZGB auslösen kann. Die Statuierung einer Eintrittspflicht im Gesellschaftsvertrag dagegen ist als Vertrag zulasten Dritter ausgeschlossen¹²².

Fehlt im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag eine Eintrittsklausel, so kann auch nach dem Ableben eines Gesellschafters der Eintritt eines oder aller Erben im allseitigen Einverständnis vereinbart werden¹²³. In diesem Fall tritt die einfache Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters vorerst in Liquidation, wird aber anschliessend ohne Verlust ihrer Kontinuität wieder aktiviert¹²⁴.

Damit der Eintritt des oder der berechtigten Erben in die Gesellschaft erfolgen kann, ist die Erbteilung entsprechend den gesellschaftsvertraglichen Vorgaben, d.h. mit Zuweisung des Eintrittsrechts an den oder die berechtigten Erben, vorzunehmen. Für den Abschluss der Erbteilung gelten allgemein die Formen des Art. 634 ZGB.

d) Nachfolgeklausel

Im Gesellschaftsvertrag kann auch vereinbart werden, dass die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters auf dessen Erben übergeht. Wie bei der Eintrittsklausel wird zwischen einfacher und qualifizierter Nachfolgeklausel unterschieden, je nachdem, ob die Mitgliedschaft nur auf einen bzw. einzelne oder auf alle Miterben übergehen soll¹²⁵. Eine Erbengemeinschaft als solche kann nicht Gesellschafterin einer fortzusetzenden Gesellschaft sein¹²⁶. Dies ergibt sich daraus, dass die Erbengemeinschaft eine blosser Liquidationsgemeinschaft mit dem einzigen Zweck ihrer Auflösung darstellt. Nicht ausgeschlossen ist dagegen, dass die Erben ihrerseits als Untergemeinschaft in Form einer einfa-

¹²¹ In der Literatur – vgl. Hausheer, S. 117 und 122; von Greyerz, S. 85 – wird regelmässig von einer Zuweisung der Abfindungssumme mittels Teilungsvorschrift gesprochen. Denkbar ist aber auch ein (Voraus-)Vermächtnis als Möglichkeit, den zum Eintritt berechtigten Miterben zusätzlich zu begünstigen; vgl. zur Begünstigung sogleich im Text.

¹²² Hausheer, S. 115 ff.; von Greyerz, S. 83. Zum Ganzen auch von Steiger, S. 426 f.

¹²³ Bollmann, S. 43; Ehrsam, S. 40.

¹²⁴ Siegwart, N. 6 zu Art. 545/547 OR. Vgl. auch Pfäffli, S. 324.

¹²⁵ von Steiger, S. 427; von Greyerz, S. 90; Schaub, S. 17.

¹²⁶ Vgl. Hausheer/Pfäffli, S. 41.

chen Gesellschaft Mitglied der vom Erblasser eingegangenen einfachen Gesellschaft werden¹²⁷.

Die Vereinbarung einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag macht die Gesellschafterstellung vererblich, sie vererbt sie aber noch nicht¹²⁸. Ist eine Nachfolgeklausel vereinbart, so wird die Gesellschaft beim Tod des Gesellschafters nicht aufgelöst; die Gesellschafterstellung des Verstorbenen erlischt nicht, sondern fällt vielmehr in dessen Nachlass¹²⁹.

Hinterlässt der Gesellschafter-Erblasser nur einen einzigen Erben, so ist dieser nicht nur zum Eintritt berechtigt, sondern wird kraft Nachfolgeklausel mit dem Erbgang *eo ipso* Gesellschafter¹³⁰.

Sind dagegen mehrere Erben vorhanden, steht die Gesellschafterstellung ihnen allen in erbengemeinschaftlicher Verbundenheit zu, und zwar zufolge des Grundsatzes der Universalsukzession auch dann, wenn die Vererblichkeit aufgrund einer qualifizierten Nachfolgeklausel personell beschränkt ist¹³¹. Die Erbengemeinschaft lässt sich auch mit rechtsgeschäftlicher Herstellung der Vererblichkeit der Gesellschafterstellung nicht umgehen¹³². Bei Vorhandensein mehrerer Erben besteht somit auch erbrechtlicher Handlungsbedarf. Liegt eine einfache Nachfolgeklausel vor, kann der Gesellschafter-Erblasser einem zur Nachfolge geeigneten Erben die Gesellschafterstellung mittels Teilungsvorschrift oder Vermächtnis¹³³ zuweisen. Ist eine qualifizierte Nachfolgeklausel vereinbart, so ist die Gesellschafterstellung ebenfalls durch Teilungsvorschrift oder Vermächtnis¹³⁴ dem nachfolgeberechtigten Erben zuzuweisen, weil dieser allein aufgrund der Nachfolgeklausel gegenüber seinen Miterben über keinen Anspruch auf Zuweisung der Mitgliedschaft verfügt. Gegebenenfalls ist der zur Nachfolge vorgesehene Erbe zusätzlich wertmässig zu begünstigen, damit er wirtschaftlich in der Lage ist, den Nachfolgeanspruch auch tatsächlich auszuüben¹³⁵. Die Begünstigung hat allfällige bestehende Pflichtteilsrechte der Miterben zu beachten.

Wollen der oder die Erben die Gesellschafterstellung wegen der damit verbundenen finanziellen Risiken oder persönlichen Belastungen nicht

¹²⁷ Siehe zur einfachen Gesellschaft als Mitglied einer einfachen Gesellschaft *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 12 N. 14; ferner *von Steiger*, S. 355.

¹²⁸ *von Steiger*, S. 427, Anm. 241; *von Greyerz*, S. 91. Kritisch zur Nachfolgeklausel *Schaub*, S. 20 ff.

¹²⁹ *von Steiger*, S. 427; *von Greyerz*, S. 91.

¹³⁰ *von Greyerz*, S. 93.

Vorbehalten bleiben die dem Erben zustehenden Möglichkeiten, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen oder die Erbschaft auszuschlagen bzw. unter öffentlichem Inventar anzunehmen. Siehe dazu weiter unten im Text.

¹³¹ *von Greyerz*, S. 92.

¹³² *Hausheer*, S. 154; *Bräm*, S. 86. A.M. *Hartmann*, N. 15 zu Art. 574 OR, wonach mittels Nachfolgeklausel die Gesellschaft direkt übertragen werden kann, was eine Sondererfolge bedeuten würde und daher abzulehnen ist; vgl. ausführlich *Hausheer*, S. 140 ff.

¹³³ Zur Möglichkeit des Vermächtnisses siehe Anm. 121 hievov.

¹³⁴ Siehe Anm. 121 hievov.

¹³⁵ Zum Ganzen *von Greyerz*, S. 94 f.

übernehmen, so stehen ihnen die erbrechtlichen Möglichkeiten der Ausschlagung (Art. 566 ff. ZGB) oder der Annahme unter öffentlichem Inventar (Art. 580 ff. ZGB) zur Verfügung. Der Erbe kann die Erbschaft aber auch annehmen und beim Richter die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangen (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 und Abs. 2 OR). Wichtige Gründe können sich insbesondere aus der Belastung des Erben durch die Gesellschafterstellung ergeben¹³⁶. Dabei sind die Anforderungen an den wichtigen Grund angesichts der Tatsache, dass nicht die Erben, sondern der Erblasser die Gesellschaft eingegangen ist, möglichst tief anzusetzen¹³⁷. Eine Verpflichtung zur Nachfolge in die Gesellschaft kann den Erben im Gesellschaftsvertrag nicht auferlegt werden, weil ein Vertrag zulasten Dritter ausgeschlossen ist. Mittels Verfügung von Todes wegen ist allerdings die Begründung einer «Verpflichtung» der Erben zur Nachfolge im Todesfall als erbrechtliche Auflage oder Bedingung möglich. Allerdings ist dabei Art. 482 Abs. 2 ZGB, wonach Auflagen oder Bedingungen nicht unsittlich oder rechtswidrig sein dürfen, zu beachten. In jedem Fall sind auch allfällige Pflichtteilsrechte der Noterben ungeschmälert zu wahren.

Zur Realisierung der Nachfolge des oder der berechtigten Erben in die Gesellschaft bedarf es bei einer Erbenmehrheit des Abschlusses der Erbteilung in den allgemeinen Formen des Art. 634 ZGB. Die Gesellschafterstellung ist im Erbteilungsvertrag dem oder den nachfolgeberechtigten Erben zuzuweisen. Mit Vollzug der Erbteilung gehen als «Ausstrahlung» der Gesellschafterstellung auch alle an diese geknüpften gesamthänderischen Rechte an den oder die angewiesenen Erben über.

e) Abstimmung von gesellschafts- und erbrechtlicher Regelung

Für die Beratungspraxis ist unerlässlich, dass eine Abstimmung der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Eintritts- bzw. Nachfolgeklausel mit den entsprechenden Verfügungen von Todes wegen erfolgt. Auf diese Vorgaben ist sodann auch in der Erbteilung Rücksicht zu nehmen. Wird in der Erbteilung etwa die Gesellschafterstellung einem nicht eintritts- oder nachfolgeberechtigten Erben zugewiesen, so hat dieser keinen Anspruch auf Eintritt oder Nachfolge in die Gesellschaft.

¹³⁶ *von Steiger*, S. 428; *von Greyerz*, S. 93; vgl. auch *Hausheer*, S. 133, m.w.H.

¹³⁷ Strenger *von Greyerz*, S. 93. Vgl. demgegenüber die bedenkenswerte Auffassung von *Schaub*, S. 29, wonach die Erben überhaupt frei bestimmen können müssen, ob sie in die Gesellschaft eintreten. M.E. wird man in der Tat den Willen der Erben, nicht Gesellschafter zu werden, bereits als wichtigen Grund anerkennen müssen. Im Rahmen der verfügbaren Quote bleiben allerdings entsprechende Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich möglich; siehe dazu sogleich im Text.