



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 9. März 2005

Beiträge von
Prof. Dr. Thomas Geiser
Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer und
lic. iur. Saskia Lindenmeyer Lieb
Prof. Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag AG Bern · 2005



Stämpfli Verlag AG Bern · 2005

Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter

Stephan Wolf*

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Inhaltsverzeichnis | 47 |
| Literaturverzeichnis | 50 |
| I. Einleitung..... | 54 |
| II. Allgemeines zur Thematik..... | 55 |
| 1. Legaldefinition der einfachen Gesellschaft..... | 55 |
| 2. Vorliegend insbesondere zu beachtende Aspekte der einfachen Gesellschaft | 55 |
| 2.1. Fehlen besonderer Formvorschriften für den Gesellschaftsvertrag | 55 |
| 2.2. Halten und Verwalten von Sachen als Zweck der Gesellschaft? | 55 |
| 2.3. Gemeinschaft zur gesamten Hand..... | 56 |
| 2.4. Gesamthandsanteil als subjektives Recht..... | 57 |
| III. Lebzeitige personelle Wechsel im Bestand der Gesellschafter – Voraussetzungen und Folgen..... | 58 |
| 1. Übersicht..... | 58 |
| 2. Übertragung der Gesellschafterstellung | 58 |
| 2.1. Vorbemerkungen | 58 |
| 2.2. Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen im Allgemeinen | 59 |
| 2.3. Rechtsnatur..... | 59 |
| 2.4. Konkretes Vorgehen, insbesondere zu beachtende Formen | 60 |
| a. Anwendbare Rechtsnormen..... | 60 |
| b. Die einzelnen Schritte..... | 61 |

* Prof. Dr., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern, Direktor des Zivilistischen Seminars sowie des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis.

| | | |
|------|---|----|
| 2.5. | Wirkungen | 62 |
| a. | Allgemeines | 62 |
| b. | Grundstücke | 63 |
| c. | Zur Haftung des seine Stellung veräussernden Gesellschafters | 64 |
| 3. | Aufnahme eines neuen Gesellschafters | 65 |
| 3.1. | Vorbemerkungen | 65 |
| 3.2. | Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen | 65 |
| 3.3. | Rechtsnatur | 66 |
| a. | Einleitende Bemerkungen | 66 |
| b. | Gesamtrechts- oder Einzelrechtserwerb? | 67 |
| c. | Originärer oder derivativ-konstitutiver Erwerb? | 68 |
| 3.4. | Konkretes Vorgehen, insbesondere zu beachtende Formen | 69 |
| a. | Vorbemerkung | 69 |
| b. | Aufnahmevertrag als Verpflichtungsgeschäft | 69 |
| c. | Verfügung | 70 |
| 3.5. | Wirkungen | 71 |
| a. | Allgemeines | 71 |
| b. | Insbesondere Grundstücke | 71 |
| c. | Zur Haftung des neu aufgenommenen Gesellschafters | 72 |
| 4. | Ausscheiden eines Gesellschafters | 73 |
| 4.1. | Vorbemerkungen | 73 |
| 4.2. | Gesellschaftsrechtliche Ausgangslage | 74 |
| 4.3. | Voraussetzungen im Einzelnen | 74 |
| a. | Vorbemerkung | 74 |
| b. | Vereinbarung über das Ausscheiden | 75 |
| c. | Verfügung | 75 |
| 4.4. | Wirkungen | 76 |
| a. | Allgemeines | 76 |
| b. | Insbesondere Grundstücke | 77 |
| c. | Zur Haftung des ausscheidenden Gesellschafters | 79 |
| IV. | Tod eines Gesellschafters | 79 |
| 1. | Rechtliche Ausgangslage | 80 |
| 2. | Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Abrede: Auflösung der Gesellschaft | 80 |
| 3. | Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten | 82 |
| 3.1. | Einleitende Bemerkungen | 82 |

| | | |
|------|---|----|
| 3.2. | Vereinbarung der Fortsetzung der Gesellschaft unter den bisherigen Gesellschaftern | 83 |
| a. | Praktische Bedeutung | 83 |
| b. | Inhalt der Vereinbarung | 83 |
| c. | Form | 84 |
| d. | Folgen | 84 |
| 3.3. | Vereinbarungen über die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters | 87 |
| a. | Praktische Bedeutung | 87 |
| b. | Eintrittsklausel | 88 |
| c. | Nachfolgeklausel | 91 |
| V. | Fazit | 97 |

Literaturverzeichnis

- BECKER, HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern 1934 (zitiert: BK-BECKER)
- BOLLMANN, HANS, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zürich 1970, Zürich 1971
- BRÄM, BEAT, 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
- BRÄM, VERENA/HASENBÖHLER, FRANZ, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Teilband II 1c: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen (Art. 159-180 ZGB), Zürich 1998 (zitiert: ZK-BRÄM/HASENBÖHLER)
- BSK-AUTOR, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002
- BSK-AUTOR, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003
- DESCHENAUX, HENRI, Das Grundbuch, SPR Bd. V, Teilbd. 3, Abt. I und II, Basel und Frankfurt am Main 1988 und 1989
- DRUEY, JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002
- EHR SAM, PAUL, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, Diss. Lausanne 1943
- ESCHER, ARNOLD, Zürcher Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959 (zitiert: ZK-ESCHER)
- FELLMANN, WALTER, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 133 (1997), S. 285 ff.
- HABERSACK, MATHIAS, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, Habil. Heidelberg, Tübingen 1996
- HARTMANN, WILHELM, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bd. VII, 1. Abt.: Die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft, Art. 552-619 OR, Bern 1943 (zitiert: BK-HARTMANN)
- HAUSHEER, HEINZ, Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen zu denen unter Lebenden, in: Peter Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern 1991 (zitiert: HAUSHEER, Abgrenzung)
- HAUSHEER, HEINZ, Anmerkungen zur Ehegattengesellschaft, ZBJV 131 (1995), S. 617 ff. (zitiert: HAUSHEER, Ehegattengesellschaft)
- HAUSHEER, HEINZ, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Habil. Bern 1970 (zitiert: HAUSHEER, Probleme)
- HAUSHEER, HEINZ, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, ZBJV 105 (1969), S. 129 ff. (zitiert: HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag)
- HAUSHEER, HEINZ/GEISER, THOMAS/KOBEL, ESTHER, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2002
- HAUSHEER, HEINZ/PFÄFFLI, ROLAND, 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 (1994), S. 38 ff.
- HAUSHEER, HEINZ/REUSSER, RUTH/GEISER, THOMAS, Berner Kommentar zu Art. 221-251 ZGB, Bd. II, 1. Abteilung, 3. Teilband, 2. Unterband, Bern 1996 (zitiert BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HOCH, PATRICK M., Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 2000
- HOHL, IRENE, Gesellschaften unter Ehegatten, Diss. Basel 1996
- HOMBERGER, ARTHUR, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 917-977 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1938 (zitiert: ZK-HOMBERGER)
- KUNZ, ROMANO, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion, Diss. Zürich, Bern 1963
- LARENZ, KARL/WOLF, MANFRED, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997
- LENZ, MARTIN, Die Form von Eigentumsübertragungen am Immobilienvermögen bei Personengesellschaften, Diss. Basel, Bern 2001
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR, 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 (zitiert: BK-MEIER-HAYOZ)
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004
- MÜLLER, KARIN, Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft, Diss. Luzern 2003, Zürich 2003
- Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen (zitiert: Musterurkunde VbN mit Nummer)
- PFÄFFLI, ROLAND, Änderungen bei Personengesellschaften aus der Sicht der praktischen Grundbuchführung, ZBGR 72 (1991), S. 321 ff. (zitiert: PFÄFFLI, Änderungen)

- PFÄFFLI, ROLAND, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal 1999 (zitiert: PFÄFFLI, Ausweis)
- REY, HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, 2. Auflage, Bern 2000
- SCHAUB, RUDOLF P., Die Nachfolgeklausel im Personengesellschaftsvertrag, SAG 56 (1984), S. 17 ff.
- SCHMID, JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 2. Aufl. Zürich 2003
- SIEGWART, ALFRED, Zürcher Kommentar, Bd. V: Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich 1938 (zitiert: ZK-SIEGWART)
- SIMONIUS, PASCAL/SUTTER, THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel und Frankfurt am Main 1995
- TAORMINA, ANDREA, Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung, Diss. Freiburg 2003
- TUOR, PETER, Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952 (zitiert: BK-TUOR)
- VON GIERKE, OTTO, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. Aufl., Berlin 1902
- VON GREYERZ, CHRISTOPH, Die Unternachfolge in den Personengesellschaften, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, BTJP 1970, S. 69 ff.
- VON STEIGER, WERNER, Gesellschaftsrecht, SPR Bd. VIII, 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1976, S. 211 ff.
- VON TUHR, ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914
- VONZUN, RETO, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Diss. Basel 2000
- WEIMAR, PETER, Berner Kommentar zu Art. 457-480 ZGB, Bern 2000 (zitiert: BK-WEIMAR)
- WIELAND, KARL, Handelsrecht, Bd. I: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München und Leipzig 1921
- WOLF, STEPHAN, Anwendbarkeit des Miterben- bzw. Verkäuferpfandrechts bei akkreszenzweise erfolgenden Eigentumsübergängen im Todesfall?, AJP 1997, S. 1232 ff. (zitiert: WOLF, Anwendbarkeit)
- WOLF, STEPHAN, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Habil. Bern 2004 (zitiert: WOLF, Grundfragen)
- WOLF, STEPHAN, Notarielle Feststellung von aussergrundbuchlichen Eigentumsübergängen, BN 1998, S. 241 ff. (zitiert: WOLF, Feststellung)

- WOLF, STEPHAN, Subjektswechsel bei einfachen Gesellschaften, ZBGR 81 (2000), S. 1 ff. (zitiert: WOLF, Subjektswechsel)
- WOLF, STEPHAN, Verfügungsrecht und Grundbuchanmeldung – Betrachtungen zu Art. 963 ZGB, ZBGR 84 (2003), S. 1 ff. (zitiert: WOLF, Verfügungsrecht)
- ZOBL, DIETER, Änderungen im Personenbestand von Gesamthand-schaften, Diss. Zürich 1973

I. Einleitung

Einer der verschiedenen möglichen Gründe für das Eingehen einer einfachen Gesellschaft dürfte darin liegen, dass sie ein die Beteiligten eng verbindendes Gesamthandsverhältnis darstellt. Auf der Grundlage einer Berechtigung zur gesamten Hand lassen sich (immobilien)sachenrechtlich und erbrechtlich Wirkungen herbeiführen, welche die einfache Gesellschaft in mehrfacher Hinsicht interessant machen; damit angesprochen sind insbesondere die Möglichkeiten des lebzeitigen Ein- und Austretens von Gesellschaftern sowie die für das Ableben eines Gesellschafters im Vordergrund stehenden Vereinbarungen über die Fortsetzung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern bzw. über die Anwachsung des Gesellschaftsvermögens an den einzigen verbliebenen Gesellschafter.

In der nachfolgenden Darstellung sind vorerst einige *allgemeine Hinweise zur Thematik* anzubringen¹. Anschliessend sollen die Voraussetzungen und Folgen von *personellen Wechseln im Kreis der Gesellschafter zu Lebzeiten* behandelt werden². Sodann ist auf die *mit Blick auf das Ableben eines Gesellschafters möglichen Vereinbarungen* einzugehen³. Schliesslich soll versucht werden, ein *Fazit* zu ziehen⁴.

¹ II. sogleich.
² III. hienach.
³ IV. hienach.
⁴ V. hienach.

II. Allgemeines zur Thematik

1. Legaldefinition der einfachen Gesellschaft

Nach der Legaldefinition des Art. 530 Abs. 1 OR ist die einfache Gesellschaft die vertragliche Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Sie ist Grund- und Subsidiärform im Gesellschaftsrecht⁵.

2. Vorliegend insbesondere zu beachtende Aspekte der einfachen Gesellschaft

2.1. Fehlen besonderer Formvorschriften für den Gesellschaftsvertrag

Im Gesetz fehlen besondere Formvorschriften für den Gesellschaftsvertrag⁶. Dieser kann demzufolge formfrei abgeschlossen werden (vgl. Art. 11 OR)⁷. Ist das Eingehen des Gesellschaftsvertrages formlos möglich, so gilt Formfreiheit auch für dessen spätere Änderungen.

2.2. Halten und Verwalten von Sachen als Zweck der Gesellschaft?

Im *Schrifttum* kontrovers beantwortet wird die Frage, ob blosses Halten und Verwalten einer Sache – etwa eines Grundstückes, insbesondere im Rahmen einer Ehegattengesellschaft – einen hinreichenden Gesellschaftszweck i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR darstellt. Die Frage wird in der gesellschaftsrechtlichen Literatur herkömmlicherweise verneint⁸. Demgegenüber lässt die herrschende Lehre zum Eherecht „die „Liegenschafts- bzw. Vermögenszuordnungsgesellschaft“ unter Ehegatten ohne jedes zusätzliche Zweckerfordernis im Zusammenhang mit einer besonderen Nutzung einer Liegenschaft, d.h. auch mit dem ausschliesslichen Zweck zu, im Rahmen eines Güterstandes mit grundsätzlicher Trennung des Eigentums der Ehegatten an einer Liegenschaft Gesamtgut zu begründen“⁹.

⁵ Siehe statt vieler BSK-HANDSCHIN, N. 1 zu Art. 530 OR.

⁶ Vgl. BSK-HANDSCHIN, N. 3 zu Art. 530 OR.

⁷ Anders wäre die Situation dann, wenn sich die Parteien im Sinne von Art. 16 OR erkenntlicherweise erst mit Wahrung einer vorbehaltenen Form gesellschaftsvertraglich binden wollten; zum Ganzen VON STEIGER, S. 358.

⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 20; vgl. auch VON STEIGER, S. 332 f.

⁹ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 42 der Vorbemerkungen zu Art. 221 ff. ZGB, m.w.H. Vgl. sodann auch ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, N. 42 zu Art. 168 ZGB;

Auch die *Rechtsprechung* des Bundesgerichtes hat sich wiederholt mit der Ehegattengesellschaft befasst¹⁰ und diese soweit ersichtlich bisher nie wegen eines unzureichenden Gesellschaftszweckes verworfen. In der *Notariatspraxis* ist die Grundstücksgesellschaft unter Ehegatten weit verbreitet¹¹. M.E. ist denn das gemeinsame Innehaben, Verwalten und Nutzen von Grundstücken oder auch von anderen Vermögensgegenständen grundsätzlich durchaus als legitimer Gesellschaftszweck zu anerkennen¹². Und wenn die einfache Gesellschaft zum Zwecke der Begründung von Gesamteigentum an einem Gegenstand schon unter Ehegatten, welchen die besondere Möglichkeit zur Schaffung einer Gesamthandsberechtigung mittels der – allenfalls beschränkten – Gütergemeinschaft offen steht, zugelassen wird, so hat das a fortiori auch unter Dritten zu gelten. Dabei immer erforderlich ist aber selbstverständlich, dass die sich aus der Legaldefinition des Art. 530 OR¹³ ergebenden allgemeinen Voraussetzungen und insbesondere ein entsprechender *animus societatis* der Gesellschafter vorliegen¹⁴.

2.3. Gemeinschaft zur gesamten Hand

Die einfache Gesellschaft zählt zu den *Rechtsgemeinschaften*¹⁵. Als solche verfügt sie über keine Rechtspersönlichkeit. Gemäss Art. 544 Abs. 1 OR gehören Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, den Gesellschaftern gemeinschaftlich. Die gemeinschaftliche Berechtigung der einfachen Gesellschafter ist dabei – sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise Miteigentum vereinbart worden ist¹⁶ – eine solche *zur gesamten Hand*¹⁷. Sämtliche im Gesellschaftsvermögen befindlichen Rechte stehen in der Gesamthandsberechtigung aller Gesellschafter¹⁸.

HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 620; HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Rzn. 11.33 ff.; HOHL, S. 106 ff. Zum Ganzen FELLMANN, S. 302 ff., m.w.H.

¹⁰ Vgl. etwa BGE 119 II 119 ff.; BGer 5C.325/2001 vom 4. März 2002; BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002, insbesondere E. 3.3.; BGE 130 III 248 ff.

¹¹ Siehe als Beispiel Musterurkunde VbN Nr. 621.2.

¹² Ebenso schon FELLMANN, S. 303.

¹³ Dazu II.1. hievon.

¹⁴ Zum Ganzen auch FELLMANN, S. 304 f.

¹⁵ Statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 9 ff. Siehe zur Rechtsnatur der einfachen Gesellschaft auch die Darstellung bei VONZUN, S. 197 ff.; neuerdings für Rechtsfähigkeit der Gesamthand TAORMINA, N. 94 ff.

¹⁶ Was praktisch kaum vorkommt, wird die einfache Gesellschaft doch in der Regel nach dem Gesagten u.a. gerade deshalb vereinbart, weil sie ein Gesamthandsverhältnis darstellt.

¹⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 16; BSK-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, N. 3 zu Art. 544 OR.

¹⁸ Vgl. auch MÜLLER, N. 41 ff.

Damit untersteht die einfache Gesellschaft – und das ist in Zusammenhang mit der vorliegenden Thematik von Bedeutung – dem für die Gesamthandsberechtigung charakteristischen und wichtigen Grundsatz, dass *wer die Stellung eines Gesamthänders* – hier diejenige eines Gesellschafters – *hat, an der ungeteilten Berechtigung an sämtlichen Rechten des Gemeinschaftsvermögens teilnimmt*¹⁹.

Nach der für alle Gesamthandsverhältnisse massgebenden Bestimmung des Art. 652 ZGB geht die Berechtigung des einzelnen Gesamthänders – und damit auch diejenige des einfachen Gesellschafters²⁰ – auf die ganze Sache. Der Gesellschafter hat keinen frei verfügbaren Anteil an den einzelnen zum Gesamthandsvermögen gehörenden Rechten. Wohl aber steht ihm ein *Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögen* zu. Dieser ist – wie sich aus Art. 542 Abs. 1 und 2 OR ergibt – dem Grundsatz nach unselbständig²¹, allerdings nicht absolut, worauf sogleich²² einzugehen ist.

2.4. Gesamthandsanteil als subjektives Recht

Die Unselbständigkeit des Gesellschaftsanteils ist keine absolute²³. Vielmehr bestehen je nach vorliegender Gesamthandschaft durchaus – mehr oder weniger weit gehende – Möglichkeiten des Gesamthänders, über seinen Anteil auch zu verfügen²⁴. Im neueren Schrifttum wird denn die Position eines Gesamthänders richtigerweise als ein *subjektives Recht* qualifiziert, welches jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen auch der Übertragung zugänglich ist²⁵.

Dementsprechend ist nach heute wohl überwiegender Auffassung die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft nicht nur ein internes Rechtsverhältnis zwischen einem Gesellschafter und der Gesamtheit der Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses, sondern ebenfalls ein externe Wirkung aufweisendes subjektives Recht^{26 27}. Wird der Mitgliedschaft die Quali-

¹⁹ Dazu grundlegend GIERKE, S. 27; vgl. auch KUNZ, S. 145 ff.

²⁰ Siehe BSK-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, N. 3 zu Art. 544 OR.

²¹ Vgl. WOLF, Subjektwechsel, S. 5.

²² II.2.4.

²³ Soeben II.2.3. i.f.

²⁴ Bereits von Gesetzes wegen ist das in Art. 635 ZGB für den Anteil des Miterben in der Erbengemeinschaft vorgesehen.

²⁵ Vgl. LARENZ/WOLF, § 14 N. 20 ff. und § 15 N. 105 ff.; eingehend HABERSACK, S. 62 ff. Aus der schweizerischen Literatur mit Bezug auf die Gesellschafterstellung MÜLLER, N. 274 ff., und hinsichtlich des Erbanteils WOLF, Grundfragen, S. 50 ff.; beide m.w.H.

²⁶ HABERSACK, S. 62 ff. und 98 ff.; MÜLLER, N. 274 ff., m.w.H.

tät eines subjektiven Rechts zugesprochen, so heisst das u.a., dass sie Gegenstand einer *Verfügung* sein kann^{28 29}. Insbesondere bedeutet das auch, dass die Bewirkung von Veränderungen der Gesellschafterstellung – wie das für jedes subjektive Recht gilt – einer Verfügung bedarf.

III. Lebzeitige personelle Wechsel im Bestand der Gesellschafter – Voraussetzungen und Folgen

1. Übersicht

Inter vivos sind personelle Wechsel im Bestand der Gesellschafter möglich in den Varianten der *Übertragung* der Gesellschafterstellung³⁰, der *Aufnahme* eines neuen Gesellschafters³¹ sowie des *Ausscheidens* eines Gesellschafters³². Auf diese Möglichkeiten ist nun je einzeln einzugehen.

2. Übertragung der Gesellschafterstellung

Beispiel 1:

A, B und C bilden eine einfache Gesellschaft im Sinne der Art. 530 ff. OR. C will seinen Gesellschaftsanteil an D veräussern. Zum Gesellschaftsvermögen gehören zwei Grundstücke, einige Mobilien und ein Bankkonto.

2.1. Vorbemerkungen

Nach früheren Kontroversen ist nunmehr im Ergebnis unstreitig, dass die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft mit Zustimmung der Gesellschafter durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten – oder auch auf einen Mitge-

²⁷ Vgl. ebenso für die Qualifikation des Anteils des Gesamthänders im Allgemeinen und insbesondere denjenigen des Miterben als subjektives Recht WOLF, Grundfragen, S. 50 ff.

²⁸ HABERSACK, S. 63; MÜLLER, N. 276, m.w.H.

²⁹ Terminologisch werden in Lehre und Rechtsprechung Mitgliedschaft und Gesellschaftsanteil häufig als identische Begriffe verwendet. Teilweise werden die Termini aber auch unterschieden, und es wird unter Mitgliedschaft die auf der Zugehörigkeit zur Gesellschaft beruhende Rechtsstellung, mithin ein Status, und unter Gesellschaftsanteil der materielle Ausdruck dieser Position, mithin die Folgewirkungen des Status, verstanden; vgl. MÜLLER, N. 266 ff. Nachfolgend wird – insbesondere hinsichtlich des Gegenstandes der Verfügung – von der Gesellschafterstellung gesprochen.

³⁰ III.2. sogleich.

³¹ III.3. hienach.

³² III.4. hienach.

sellschafter – übertragen werden kann³³. Der Gesellschafterstellung wird die Qualität eines auch externe Wirkung aufweisenden subjektiven Rechts zuerkannt³⁴.

Die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Übertragung der Gesellschafterstellung³⁵ sind im Gesetz geregelt und insofern geklärt. Im Übrigen aber ist die Übertragung der Gesellschafterstellung angesichts des Fehlens einer weitergehenden Normierung nach wie vor mit *vielen offenen Fragen* verbunden³⁶. Auf sie soll anschliessend³⁷ näher eingegangen werden

2.2. Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen im Allgemeinen

Die Gesellschafterstellung ist nicht per se übertragbar. Aus Art. 542 Abs. 1 OR ergibt sich vielmehr, dass ein Gesellschafter seine Gesellschafterstellung nur dann an einen Dritten übertragen kann, wenn sämtliche übrigen Gesellschafter einwilligen³⁸. Gesellschaftsrechtlich ist somit für die Übertragung des Gesellschaftsanteils vorerst³⁹ zweierlei erforderlich: Erstens ein *Vertrag* zwischen dem veräussernden Gesellschafter und dem Erwerber als den am Übertragungsvorgang beteiligten Parteien⁴⁰ und zweitens die *Zustimmung der Mitgesellschafter* des Veräusserers.

2.3. Rechtsnatur

Gegenstand der Übertragung ist die ein subjektives Recht darstellende *Gesellschafterstellung* als solche⁴¹. Verfügt wird ausschliesslich über sie und nicht über die einzelnen, im Gesellschaftsvermögen sich befindlichen Rechte⁴². Die Gesellschafterstellung wird mithin als spezifiziertes – und inhaltlich unverändert bleibendes – Objekt mittels einer Verfügung vom Veräusserer auf den Erwerber übertragen. Die Übertragung der Gesellschaf-

³³ ZK-SIEGWART, N. 6 zu Art. 542 OR; BK-BECKER, N. 2 zu Art. 542 OR; BSK-HANDSCHIN, N. 2 zu Art. 542 OR; VON STEIGER, S. 408; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 94 f.

³⁴ Dazu schon II.2.4.

³⁵ Zu diesen III.2. sogleich.

³⁶ Siehe auch MÜLLER, N. 251.

³⁷ III.2.3. ff.

³⁸ VON STEIGER, S. 408; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 94; ZOBL, S. 165 f.; BRÄM, S. 70.

³⁹ Siehe zu weiteren Voraussetzungen III.2.4. hienach.

⁴⁰ ZOBL, S. 161.

⁴¹ Vgl. schon II.2.4. hievon und III.2.2. soeben.

⁴² Siehe entsprechend auch für die Erbanteilsabtretung i.S.v. Art. 635 ZGB WOLF, Grundfragen, S. 152.

terstellung stellt somit eine *Rechtsnachfolge* dar, d.h. einen derivativen Rechtserwerb oder eine Sukzession⁴³.

Dabei handelt es sich nicht um eine Universalsukzession oder Gesamtrechtsnachfolge⁴⁴, sondern vielmehr um eine Singularsukzession⁴⁵. Denn abgetreten wird ja die Gesellschafterstellung als solche, verstanden als ein einheitliches subjektives Recht⁴⁶. Es liegt ein *Erwerbsvorgang in Einzelnachfolge* vor^{47 48}.

Mit der *Übertragung der Gesellschafterstellung* gehen aber zugleich auch *alle mit dieser verbundenen Rechte* uno actu auf den Erwerber *über*^{49 50}. Die einzelnen Rechte des Gesellschaftsvermögens sind aber gerade nicht selbst Übertragungsobjekte, sondern sie gehen bloss als Folge der Übertragung des einheitlichen subjektiven Rechts „Gesellschafterstellung“ auf den Erwerber über. Es findet also nicht zusätzlich zur Singularsukzession hinsichtlich der Gesellschafterstellung auch eine Universalsukzession in Bezug auf die einzelnen Rechte des Gesellschaftsvermögens statt⁵¹.

2.4. Konkretes Vorgehen, insbesondere zu beachtende Formen

a. Anwendbare Rechtsnormen

Die Frage nach dem konkreten Vorgehen bei der Übertragung der Gesellschafterstellung, insbesondere auch nach den dabei zu beachtenden Formen, ist anhand der als anwendbar erachteten Rechtsnormen zu beantworten. Die überwiegende Auffassung unterstellt die Übertragung der Gesellschafterstellung sinngemäss den *Regeln des Zessionsrechtes* (Art. 164 ff. OR)⁵². Abge-

⁴³ ZK-SIEGWART, N. 6 zu Art. 542 OR; ZOBL, S. 128, 133 und 167; WOLF, Subjektwechsel, S. 11 und 12; MÜLLER, N. 309.

⁴⁴ So VON STEIGER, S. 409, WIELAND, S. 612 und 659, und auch noch der Schreibende in WOLF, Subjektwechsel, S. 12 f.

⁴⁵ ZOBL, S. 133 und 141; MÜLLER, N. 310.

⁴⁶ MÜLLER, N. 310.

⁴⁷ Vgl. ebenso für die Abtretung des Erbanteils unter Miterben WOLF, Grundfragen, S. 153.

⁴⁸ Damit liegt insbesondere kein Fall von Akkreszenz oder Dekreszenz vor; vgl.

MÜLLER, N. 309.

⁴⁹ Vgl. ZK-SIEGWART, N. 9 zu Art. 542 OR.

⁵⁰ Dieser Umstand mag zur – unzutreffenden – Annahme verleiten, es liege eine Gesamtrechtsnachfolge vor.

⁵¹ Zutreffend MÜLLER, N. 310. Siehe zum Ganzen auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 95; VON STEIGER, S. 409; MÜLLER, N. 368 und 382.

⁵² ZK-SIEGWART, N. 6 zu Art. 542 OR; WIELAND, S. 658, 659 ff.; VON STEIGER, S. 408; BSK-HANDSCHIN, N. 3 zu Art. 542 OR. Ausführlich ZOBL, S. 136 ff., mit

lehnt werden demgegenüber die alternativ denkbaren Möglichkeiten einer Anwendung der Bestimmungen über die Anteilsübertragung bei der GmbH⁵³ und die Abtretung von Erbanteilen (Art. 635 ZGB)⁵⁴. Mit Blick auf die Frage nach den einzuhaltenden *Formen* ist der analogieweisen Unterstellung der Übertragung der Gesellschafterstellung unter das Zessionsrecht zuzustimmen. Die Anwendung von Zessionsrecht führt weiter dazu, dass das *Abstraktionsprinzip* greift⁵⁵.

b. Die einzelnen Schritte

aa. Vorbemerkung

Stellt die Übertragung der Gesellschafterstellung einen derivativen Rechtserwerb in Einzelnachfolge dar⁵⁶ und ist darauf analogieweise Zessionsrecht anzuwenden⁵⁷, so lassen sich nun auf dieser Grundlage die für den Vorgang konkret erforderlichen einzelnen Schritte festsetzen. Die Übertragung der Gesellschafterstellung erfolgt – entsprechend den für einen derivativen Rechtserwerb allgemein üblichen Regeln – durch ein *Verpflichtungsgeschäft* und eine *Verfügung*. Zum Übertragungsvorgang ist – nach dem schon Gesagten⁵⁸ – weiter die *Zustimmung der übrigen Gesellschafter* einzuholen, und es ist diesen schliesslich die Übertragung zu *notifizieren*.

bb. Verpflichtungsgeschäft

Das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung der Gesellschafterstellung wird in der Regel ein Kaufvertrag sein. Denkbar sind aber auch andere Veräusserungsgeschäfte wie Schenkung oder Tausch. Gegenstand der Verpflichtung ist dabei die Gesellschafterstellung als solche; es sind dies dagegen nicht die einzelnen, das Gesellschaftsvermögen ausmachenden Rechte^{59 60}. Bei sinnvoller Anwendung des Zessionsrechtes kann das Verpflichtungsgeschäft

Zusammenfassung des Ergebnisses S. 160, sowie neuerdings MÜLLER, N. 312 ff.; beide m.w.H. auch auf a.M.

⁵³ Dazu ZOBL, S. 155 f., und MÜLLER, N. 316 ff.

⁵⁴ MÜLLER, N. 321 ff.

⁵⁵ Dies hätte die der Rechtssicherheit dienende Konsequenz, dass die Mitgesellschafter den Erwerber der Gesellschafterstellung trotz allfälliger Mängel im Verpflichtungsgeschäft als Gesellschafter betrachten dürfen. Siehe zum Ganzen MÜLLER, N. 331 ff.

⁵⁶ III.2.3. hievior.

⁵⁷ III.2.4.a. soeben.

⁵⁸ III.2.2. hievior.

⁵⁹ Vgl. auch MÜLLER, N. 351 f.

⁶⁰ Dazu schon III.2.3. hievior.

formlos eingegangen werden (Art. 165 Abs. 2 OR). Das gilt selbst dann, wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören, denn Übertragungsobjekte bilden ja eben nicht die einzelnen Rechte des Gesellschaftsvermögens, sondern die Gesellschafterstellung als solche⁶¹.

cc. Verfügung

Zur Erfüllung der im Grundgeschäft eingegangenen Verpflichtung zur Übertragung der Gesellschafterstellung bedarf es der Verfügung. Das Verfügungsgeschäft ist bei analoger Anwendung des Zessionrechtes der *Schriftform* zu unterstellen (Art. 165 Abs. 1 OR). Dabei genügt die Unterschrift des veräussernden Gesellschafters (vgl. analog Art. 13 OR)⁶².

dd. Notifikation

Entsprechend der zessionsrechtlichen Vorschrift des Art. 167 OR ist die Anteilsübertragung den übrigen Gesellschaftern zu notifizieren. Die Notifikation verschafft den Gesellschaftern einen Überblick über den tatsächlichen Kreis der Mitglieder⁶³.

2.5. Wirkungen

a. Allgemeines

Der *Veräusserer scheidet* mit der Übertragung der Gesellschafterstellung aus der Gesellschaft *aus* und *verliert* zugleich seine anteilmässige *Gesamthandsberechtigung* an allen einzelnen Rechten des Gesellschaftsvermögens⁶⁴. Dagegen wird er nicht auch von selbst von der Haftung für Verbindlichkeiten befreit⁶⁵.

Der *Erwerber* seinerseits *erlangt die Position eines Gesellschafters* und er wird damit zugleich – *uno actu* – auch *anteilmässiger Träger sämtlicher Rechte* am Gesellschaftsvermögen⁶⁶.

⁶¹ ZK-SIEGWART, N. 7 zu Art. 542 OR; ZOBL, S. 162; VON STEIGER, S. 408; WOLF, Subjektswechsel, S. 12; MÜLLER, N. 353, m.w.H. A.M. SIMONIUS/SUTTER, § 16 N 66; LENZ, S. 140 ff.

⁶² ZOBL, S. 163 f.; WOLF, Subjektswechsel, S. 12; MÜLLER, N. 355.

⁶³ ZOBL, S. 164; MÜLLER, N. 358.

⁶⁴ ZOBL, S. 167; MÜLLER, N. 368.

⁶⁵ Zur Haftung unten III.2.5.c.

⁶⁶ Vgl. MÜLLER, N. 362 und 382.

b. Grundstücke

Befinden sich im Gesellschaftsvermögen Grundstücke, so tritt auch an diesen als Auswirkung der Übertragung der Gesellschafterstellung *eo ipso* und folglich *aussergrundbuchlich* ein Eigentumsübergang ein. Die Eintragung des Erwerbers der Gesellschafterstellung in der Eigentumsspalte des Grundbuchs ist demnach von bloss *deklaratorischer Bedeutung*⁶⁷. Entsprechend Art. 665 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 963 Abs. 2 ZGB kann der Erwerber die Grundbuchanmeldung selber vornehmen^{68 69}.

Dem Grundbuchamt ist zur Behandlung der Übertragung der Gesellschafterstellung die *schriftliche Abtretungserklärung*, d.h. die Zessionsurkunde, einzureichen; diese belegt, dass über die Gesellschafterstellung verfügt worden ist. Zudem ist dem Grundbuchverwalter die *Übertragbarkeit* der Gesellschafterstellung nachzuweisen, was mittels Vorlage des schriftlichen Gesellschaftsvertrages oder der Zustimmungserklärung aller Gesellschafter geschehen kann⁷⁰.

Obschon der Erwerber mit Übertragung der Gesellschafterstellung bereits Gesellschafter und damit *uno actu* Gesamthandsberechtigter an allen Rechten des Gesellschaftsvermögens – mithin auch an Grundstücken – geworden ist, empfiehlt es sich, die Nachführung des Grundbuchs zu veranlassen. Die deklaratorische Eintragung des Erwerbers ist einmal zur Herstellung seines *grundbuchlichen Verfügungsrechts* unabdingbar (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB i.f.). Angezeigt ist die Eintragung sodann insbesondere auch zum *Schutz des Erwerbers* der Gesellschafterstellung vor dem Risiko einer Verfügung durch die Gesellschafter in ihrem bisherigen personellen Bestand und der damit geschaffenen Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs durch einen Dritten (Art. 973 ZGB)⁷¹.

Anwendung auf das Beispiel 1:

In unserem Beispiel hat C die Gesellschafterstellung an D übertragen. Mit wirksamer Übertragung der Gesellschafterstellung sind A, B und D Gesamteigentümer des Grundstückes. Vor der Nachführung des Grundbuchs er-

⁶⁷ ZK-SIEGWART, N. 9 zu Art. 542 OR; ZOBL, S. 169; VON STEIGER, S. 409.

⁶⁸ WOLF, Subjektswechsel, S. 13.

⁶⁹ Die hier im Rahmen des relativen Eintragungsprinzips abgegebene Grundbuchanmeldung stellt bloss den formellen Antrag dar, das Grundbuch an die ausserbuchlich – mit der Verfügung über die Gesellschafterstellung – bereits eingetretene neue materielle Rechtslage anzupassen. Dagegen weist sie keine materielle Bedeutung im Sinne einer Verfügung über das Recht auf; vgl. WOLF, Verfügungsrecht, S. 3.

⁷⁰ ZOBL, S. 169; BRÄM, S. 72; WOLF, Subjektswechsel, S. 13.

⁷¹ Siehe auch WOLF, Subjektswechsel, S. 13.

scheinen aber nach wie vor A, B und C als verfügungsberechtigt. Insofern besteht für D das Risiko, dass die Gesellschafter in ihrer alten Zusammensetzung über das Grundstück zugunsten eines Dritten verfügen, welcher gegebenenfalls gestützt auf seinen guten Glauben in seinen erworbenen Rechten zu schützen sein wird (Art. 973 ZGB).

c. Zur Haftung des seine Stellung veräussernden Gesellschafters

Die Übertragung der Gesellschafterstellung ändert an der Haftung des Veräusserers für die bis dahin entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten dem Grundsatz nach nichts. Der Veräusserer haftet somit den Gläubigern prinzipiell weiterhin für diejenigen Verbindlichkeiten, die vor der Übertragung der Gesellschafterstellung begründet worden sind⁷².

In der Regel wird es dem Willen der beteiligten Parteien entsprechen, dass mit der Übertragung der Gesellschafterstellung auch die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf den Erwerber übergeht⁷³. Die gesellschaftsrechtliche Literatur geht diesfalls davon aus, es liege ein Anwendungsfall von Art. 181 OR – bzw. neuerdings u.U. ein solcher von Art. 69 FusG⁷⁴ – vor. Der Erwerber der Gesellschafterstellung wird danach den Gläubigern mit Mitteilung der Übernahme haftbar. Umgekehrt haftet der veräussernde Gesellschafter weiterhin während zweier Jahre (Art. 181 Abs. 2 OR) – bzw. dreier Jahre (Art. 75 Abs. 1 FusG) – solidarisch mit dem Erwerber^{75 76}.

Zusammenfassung anhand des Beispiels 1:

Parteien der Übertragung der Gesellschafterstellung sind Veräusserer C und Erwerber D. Die weiteren Gesellschafter A und B haben der Übertragung zuzustimmen und diese ist ihnen auch zu notifizieren. Die Übertragung der Gesellschafterstellung bedarf des formfreien Verpflichtungsgeschäftes und der schriftlichen Verfügung.

⁷² Vgl. MÜLLER, N. 376.

⁷³ Siehe ZK-SIEGWART, N. 9 zu Art. 542 OR.

⁷⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 95.

⁷⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 95; ZK-SIEGWART, N. 9 zu Art. 542 OR; BRÄM, S. 71; VON STEIGER, S. 410; MÜLLER, N. 377.

⁷⁶ MÜLLER, N. 380 f., verlangt mit guten Gründen, dass die Abrede nach Art. 181 OR ausdrücklich zu vereinbaren ist, weil für eine entsprechende Vermutung – insbesondere auch mit Blick auf Art. 551 OR – kein Platz sei; zusätzlich sei für die Übernahme der Gesellschaftsschulden durch den Erwerber der Gesellschafterstellung das Einverständnis der übrigen Gesellschafter erforderlich, weil durch die Beschränkung der Haftung des Veräusserers auf zwei Jahre auch die Haftungsordnung unter den bisherigen Gesellschaftern verändert werde.

Mit Übertragung der Gesellschafterstellung wird D Gesellschafter und erlangt zugleich eo ipso die Gesamthandsberechtigung an den im Gesellschaftsvermögen vorhandenen Grundstücken, Mobilien und dem Bankkonto, ohne dass für diese einzelnen Objekte besondere Übertragungshandlungen wie Eintragung im Grundbuch, Traditio, Zession usw. erforderlich wären.

3. Aufnahme eines neuen Gesellschafters

Beispiel 2:

Die einfachen Gesellschafter A und B wollen C als neuen Gesellschafter aufnehmen.

3.1. Vorbemerkungen

Anders als bei der Übertragung der Gesellschafterstellung⁷⁷, wo der Veräusserer durch den Erwerber ersetzt wird und sich somit die Zahl der Gesellschafter nicht verändert, bleiben im Fall der Aufnahme alle bisherigen Gesellschafter⁷⁸ weiterhin in der Gesellschaft und ein neuer⁷⁹ tritt hinzu. Es findet somit eine Vermehrung der Anzahl Gesellschafter statt⁸⁰.

Das Gesetz sieht zwar in Art. 542 Abs. 1 OR die Möglichkeit der Aufnahme eines neuen Gesellschafters vor und umschreibt die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen⁸¹. Es äussert sich aber nicht näher zu den Modalitäten der Aufnahme. *Offen* bleibt damit insbesondere, welche Rechtsnatur der Aufnahme zukommt und welche Formen gegebenenfalls zu wahren sind. Diese Fragen sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantworten⁸².

3.2. Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen

Gemäss Art. 542 Abs. 1 OR kann ein Gesellschafter ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen⁸³. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters bedarf somit der *Zustimmung aller bisheriger Gesellschafter*. Art. 542 Abs. 1 OR ist dispositiver Natur⁸⁴, so dass

⁷⁷ Zu dieser III.2. hievorig.

⁷⁸ Im eingangs angeführten Beispiel 2 A und B.

⁷⁹ Im Beispiel 2 C.

⁸⁰ Siehe auch WOLF, Subjektswechsel, S. 6 und 11.

⁸¹ Zu diesen III.3.2.

⁸² ZOBL, S. 68. Vgl. auch MÜLLER, N. 481.

⁸³ Einseitig möglich sind dagegen gemäss der dispositiven Regelung des Art. 542 Abs. 2 OR die Unterbeteiligung und die Abtretung des Anteils eines Gesellschafters mit bloss obligatorischer Wirkung; in beiden Fällen wird der Dritte nicht Gesellschafter. Vgl. dazu VON STEIGER, S. 410 ff.

⁸⁴ BK-BECKER, N. 1 zu Art. 542 OR; ZOBL, S. 68.

im Gesellschaftsvertrag abweichende Regelungen vorgesehen werden können. So kann die Aufnahme neuer Mitglieder erleichtert werden, indem der Gesellschaftsvertrag hierfür einen Mehrheitsbeschluss⁸⁵ oder die Zuständigkeit des Geschäftsführers vorsieht⁸⁶.

3.3. Rechtsnatur

a. Einleitende Bemerkungen

Die Rechtsnatur des Vorgangs der Aufnahme eines neuen Gesellschafters ist *umstritten*. Im Schrifttum vertreten werden die Konstruktionen der Anwachsung⁸⁷, der Gesamtrechtsnachfolge⁸⁸, des originären Rechtserwerbs⁸⁹ und des derivativ-konstitutiven Rechtserwerbs⁹⁰.

Eine Qualifikation der Aufnahme als Anwachsungsvorgang muss von vornherein entfallen. Eine Anwachsung (Akkreszenz) ist nur möglich zugunsten einer Person, die bereits bisher anteilmässig am Gesamthandsvermögen berechtigt ist. Denn anwachsen kann nur dort etwas, wo schon etwas existiert. Insofern setzt Anwachsung voraus, dass Rechte bereits bestehen⁹¹. Damit aber kann beim neu aufzunehmenden – bisher an der Gesellschaft und damit am Gesellschaftsvermögen nicht beteiligten – Gesellschafter keine Anwachsung stattfinden.

⁸⁵ BK-BECKER, N. 1 zu Art. 542 OR; ZK-SIEGWART, N. 11 zu Art. 542 OR; BSK-HANDSCHIN, N. 1 zu Art. 542 OR; VON STEIGER, S. 412; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 94.

⁸⁶ ZK-SIEGWART, N. 11 zu Art. 542 OR; VON STEIGER, S. 412; ZOBL, S. 70; WOLF, Subjektwechsel, S. 6; MÜLLER, N. 181 und 479.

⁸⁷ So VON STEIGER, S. 412 f.

⁸⁸ So KUNZ, S. 145 ff., insbesondere S. 150 und 159; DESCHENAUX, SPR V/3, I, S. 312, Fn. 10; REY, N. 1670; BK-MEIER-HAYOZ, N. 10 und 60 zu Art. 652 ZGB; WOLF, Subjektwechsel, S. 8.

⁸⁹ So ZOBL, S. 52, 66, 77, 128 und 132; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 96; BK-MEIER-HAYOZ, N. 69 zu Art. 652 ZGB i.f.; BRÄM, S. 64.

⁹⁰ WOLF, Subjektwechsel, S. 8 f.

⁹¹ Vgl. KUNZ, S. 158. Siehe zum Ganzen MÜLLER, N. 414 ff., insbesondere N. 417, und 497; ferner ebenso WOLF, Grundfragen, S. 155 f., wonach die beiden Vorgänge der Akkreszenz und der Universalsukzession begrifflich danach zu unterscheiden sind, „ob die anteilmässige Berechtigung des ausscheidenden einem *bisherigen* Gesamthänder, der als solcher bereits selbst anteilmässiger Träger aller Gesamthandsrechte ist, oder aber einer bis anhin nicht an der Gesamthandsgemeinschaft beteiligten und somit erst *neu* in diese *aufzunehmenden Person* anfällt. Nur die ersterwähnte Situation ist als Anwachsung (Akkreszenz) zu qualifizieren ...“. Akkreszenz setzt somit Rechtsinhabung bereits voraus, während für die Universalsukzession das Gegenteil gilt.

Im Übrigen sind hinsichtlich der Qualifikation der Rechtsnatur *zwei verschiedene Fragen* zu prüfen: Erstens, ob bei der Aufnahme ein Gesamtrechts- oder aber ein Einzelrechtserwerb stattfindet⁹², und zweitens, ob ein originärer oder aber ein derivativ-konstitutiver Erwerb vorliegt⁹³.

b. Gesamtrechts- oder Einzelrechtserwerb?

Diesbezüglich auszugehen ist von der Frage, was *Gegenstand der Aufnahme* ist. Im Ergebnis führt die Aufnahme zum Erwerb der Gesellschafterstellung⁹⁴. Entsprechend enthält denn auch der Aufnahmevertrag die Verpflichtung der bisherigen Gesellschafter, dem Aufzunehmenden die Gesellschafterstellung zu verschaffen, sowie die Verpflichtung des Aufzunehmenden, die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Pflichten zu erfüllen⁹⁵. Gegenstand des Rechtsgeschäftes ist damit die *Herstellung der Gesellschafterstellung* des Aufzunehmenden.

Die Gesellschafterstellung ihrerseits stellt nach zutreffender neuerer Auffassung ein *subjektives Recht* dar⁹⁶. Zugunsten des Aufzunehmenden zu begründen ist die Gesellschafterstellung, und es sind dies nicht die einzelnen Rechte des Gesellschaftsvermögens⁹⁷. Folglich liegt nicht ein sich auf eine unbestimmte Vielzahl von Objekten beziehender Gesamterwerb, sondern der *Erwerb eines einzelnen Rechts* – nämlich eben der Gesellschafterstellung – vor.

Mit der Aufnahme *fällt* dem Aufzunehmenden ipso iure *zugleich die anteilmässige Gesamthandsberechtigung an sämtlichen* im Gesellschaftsvermögen befindlichen *Rechten zu*. Das ist aber kein zusätzlich zum Erwerb der Gesellschafterstellung stattfindender Erwerbsvorgang, sondern eine blosser Ausstrahlung des Gemeinschaftsverhältnisses⁹⁸.

⁹² Dazu III.3.3.b. sogleich.

⁹³ Dazu III.3.3.c. hienach.

⁹⁴ Siehe auch ZK-SIEGWART, N. 12 zu Art. 542 OR, wo von „Erwerb der Mitgliedschaft“ die Rede ist; ebenso ZOBL, S. 65.

⁹⁵ Vgl. ZOBL, S. 71; MÜLLER, N. 485.

⁹⁶ Siehe II.2.4. hievior.

⁹⁷ Entsprechend wird auch vom „Erwerb der Mitgliedschaft“ gesprochen; vgl. Fn. 94 hievior.

⁹⁸ ZK-SIEGWART, N. 12 zu Art. 542 OR; ZOBL, S. 65.

c. Originärer oder derivativ-konstitutiver Erwerb?

Damit ist nun einzugehen auf die zweite Frage, ob mit Blick auf die Herstellung der Gesellschafterstellung zugunsten des Aufzunehmenden ein originärer oder ein derivativ-konstitutiver Rechtserwerb vorliegt.

Diesbezüglich zu beachten ist, dass die einfache Gesellschaft anlässlich der Aufnahme eines neuen Gesellschafters nicht erst begründet wird⁹⁹, sondern dass sie vorbesteht. *Nur und ausschliesslich die bisherigen Gesellschafter können dem Aufzunehmenden die Gesellschafterstellung verschaffen*, und sie tun dies auf der Grundlage eines Aufnahmevertrages¹⁰⁰. Die Aufnahme in die Gesellschaft setzt mithin ein mit ganz bestimmten Personen und nur mit diesen abzuschliessendes Rechtsgeschäft voraus. Damit aber muss die Figur eines originären Erwerbs im Grunde bereits entfallen, denn originärer Erwerb bedeutet „Erwerb nicht von einem Vormann“¹⁰¹.

Natürlich liegt mit der Aufnahme eines neuen Gesellschafters nicht eine gewöhnliche Rechtsnachfolge vor, welche – wie typischerweise beim Kauf als dem Grundfall eines Veräusserungsgeschäftes – einen Wechsel in der Person des Berechtigten – nämlich vom Verkäufer auf den Käufer – nach sich zieht. Damit ist aber eben bloss ein derivativ-translativer Erwerb ausgeschlossen¹⁰².

Gesellschafterstellung und daran geknüpfte Rechte bestehen im Falle der Aufnahme eines neuen Gesellschafters in den Personen der bisherigen Gesellschafter vor¹⁰³. Aus der Substanz dieser bereits vorhandenen subjektiven Rechte der bisherigen Gesellschafter wird die Gesellschafterstellung des Aufzunehmenden hergestellt, und zwar ohne dass Identität des Rechts der bisherigen Gesellschafter mit jenem des neuen Gesellschafters vorliegt. Damit stellt aber die Aufnahme in die Gesellschaft einen Fall eines *derivativ-konstitutiven Rechtserwerbs* dar¹⁰⁴. Der Vorgang ist dem Fall vergleichbar, in dem ein Grundeigentümer sein Grundstück mit einem beschränkten dinglichen Recht, z.B. einer Nutzniessung oder einem Grundpfandrecht, belastet. Nutzniessung und Grundpfandrecht werden durch den beschränkt dinglich Berechtigten nicht originär erworben, sondern derivativ-konstitutiv vom

⁹⁹ Bei Gründung der Gesellschaft läge ohne weiteres ein originärer Erwerb der Gesellschafterstellungen vor, denn diese werden ja in jenem Zeitpunkt erstmals geschaffen.

¹⁰⁰ Zu diesem III.3.4.b. hienach.

¹⁰¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1038.

¹⁰² Das scheint MÜLLER, N. 498 f., zu übersehen.

¹⁰³ Originärer Erwerb würde dagegen gerade Erwerb unabhängig vom Bestehen eines anderen Rechts voraussetzen; vgl. VON TUHR, II/1, S. 35 und 41.

¹⁰⁴ So im Wesentlichen schon WOLF, Subjektswechsel, S. 8, mit weiterer Begründung.

Grundeigentümer. Dieser selber bleibt trotz Begründung des beschränkten dinglichen Rechts Eigentümer des Grundstücks.

3.4. Konkretes Vorgehen, insbesondere zu beachtende Formen

a. Vorbemerkung

Die Aufnahme beruht auf einem Aufnahmevertrag¹⁰⁵. Sie bedarf nach hier vertretener Auffassung auch einer Verfügung¹⁰⁶.

b. Aufnahmevertrag als Verpflichtungsgeschäft

Die Aufnahme erfolgt durch den Abschluss eines Aufnahmevertrages zwischen allen bisherigen Gesellschaftern und dem neu aufzunehmenden Gesellschafter. Der Aufnahmevertrag führt im Ergebnis zu einer Änderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages¹⁰⁷.

Inhaltlich verpflichten sich die bisherigen Gesellschafter im Aufnahmevertrag, dem Aufzunehmenden die Gesellschafterstellung zu verschaffen. Der Aufzunehmende seinerseits verpflichtet sich, die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Pflichten zu erfüllen¹⁰⁸.

Der Aufnahmevertrag bedarf – ebenso wie der Vertrag zur Gründung der einfachen Gesellschaft – von Gesetzes wegen *keiner besonderen Form*¹⁰⁹. Formfreiheit für den Aufnahmevertrag gilt nach überwiegender und zutreffender Ansicht auch dann, wenn Grundstücke zum bereits vorhandenen Gesellschaftsvermögen gehören¹¹⁰. Allerdings kann der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag für die Vereinbarung der Aufnahme neuer Gesellschafter die Einhaltung einer bestimmten Form vorbehalten¹¹¹. Formvorschriften sind weiter auch dann zu beachten, wenn mit der Aufnahme Verpflichtungen des neuen Gesellschafters verbunden sind, deren Eingehung ihrerseits formgebunden ist¹¹².

¹⁰⁵ Dazu III.3.4.b. sogleich.

¹⁰⁶ Dazu III.3.4.c. hienach.

¹⁰⁷ ZOBL, S. 69 f. Vgl. auch WOLF, Subjektswechsel, S. 7; MÜLLER, N. 483.

¹⁰⁸ Vgl. ZOBL, S. 71.

¹⁰⁹ ZK-SIEGWART, N. 12 zu Art. 542 OR; VON STEIGER, S. 412.

¹¹⁰ A.M. LENZ, S. 91 ff.

¹¹¹ ZOBL, S. 71 f.; MÜLLER, N. 491 ff.

¹¹² ZOBL, S. 72 ff. Zum Ganzen auch WOLF, Subjektswechsel, S. 7.

c. Verfügung

Der Aufnahmevertrag ist auf die Verschaffung der Gesellschafterstellung an den Aufzunehmenden gerichtet¹¹³.

Im Allgemeinen wird in der Literatur gesagt, es erfolge „der Erwerb [der Mitgliedschaft] mit Abschluss des Vertrages automatisch, d.h. uno actu und ipso iure“¹¹⁴. Es wird dann zwar darauf verwiesen, der rechtsgeschäftliche Rechtserwerb erfolge regelmässig auf den beiden Stufen des Verpflichtungsgeschäftes und des Verfügungsgeschäftes. Die Verfügungsarten – Tradition, Grundbuchanmeldung, Zession – beschränkten sich aber auf Fälle der Singularsukzession¹¹⁵. Der Mitgliedschaftserwerb durch Aufnahme erfolge nun aber nicht auf dem Weg einer Singularsukzession, sondern sei ursprünglicher Rechtserwerb¹¹⁶ oder Gesamtrechtsnachfolge oder Anwachsung.

M.E. wird damit übersehen, dass es bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters um die *Herstellung* der Gesellschafterstellung – als eines einzelnen subjektiven Rechts¹¹⁷ – des Aufzunehmenden – und zugleich um eine *Veränderung im Bestand subjektiver Rechte* der bisherigen Gesellschafter – nämlich deren Gesellschafterstellungen – geht. Damit wird aber auch für die Aufnahme eines neuen Gesellschafters eine *Verfügung erforderlich*. Denn das schweizerische Recht lässt dem Grundgeschäft oder Verpflichtungsgeschäft als solchem regelmässig nicht unmittelbar die Wirkung einer Veränderung im Bestand subjektiver Rechte zukommen. Nicht ausgeschlossen ist aber selbstverständlich, dass im Verpflichtungsgeschäft zugleich die Verfügung mitenthalten ist.

Bedarf die Aufnahme aber einer Verfügung, so stellt sich sogleich die Frage nach deren *Form*. Die Frage ist bisher soweit ersichtlich für das schweizerische Recht nicht näher diskutiert worden. Im Rahmen der Begründung der Gesellschafterstellung kann die Gesellschafterstellung als subjektives Recht formfrei hergestellt werden. Das spricht dafür, die Herstellung der Gesellschafterstellung auch im Rahmen der Aufnahme eines neuen Gesellschafters formfrei zuzulassen. Andererseits wäre aber auch denkbar, dass die Aufnahme – wie die Übertragung der Gesellschafterstellung¹¹⁸ – analogieweise dem Zessionsrecht unterstellt wird, was für die Verfügung zum Erfordernis der Schriftform (vgl. Art. 165 Abs. 1 OR) führen müsste.

¹¹³ Vgl. III.3.4.b. soeben.

¹¹⁴ ZOBL, S. 76 f.

¹¹⁵ ZOBL, S. 77.

¹¹⁶ So ZOBL, S. 77.

¹¹⁷ Siehe II.2.4. und III.3.3.b. hievor.

¹¹⁸ Dazu III.2.4.a. hievor.

3.5. Wirkungen

a. Allgemeines

Mit wirksamer Aufnahme *erwirbt* der neu Eintretende die *Gesellschafterstellung*. Zugleich mit dem Erwerb der Gesellschafterstellung *fällt* dem Aufgenommenen auch *die anteilmässige Gesamtberechtigung an sämtlichen Rechten des Gesellschaftsvermögens zu*, und zwar mit unmittelbarer Wirkung. Besondere Übertragungshandlungen für die einzelnen Rechte des Gesellschaftsvermögens – Grundstücke, Mobilien, Forderungen usw. – sind nicht erforderlich, denn der Erwerb der Gesamtberechtigung ist „blosse Ausstrahlung“ der Begründung der Gesellschafterstellung¹¹⁹.

b. Insbesondere Grundstücke

Mit Begründung seiner Gesellschafterstellung erwirbt der Aufgenommene an im Gesellschaftsvermögen befindlichen Grundstücken unmittelbar anteilmässig Gesamteigentum.

Der Erwerb findet im Rahmen des relativen Eintragungsprinzipes statt. Es liegt mithin ein Fall des *aussergrundbuchlichen* Eigentumserwerbs vor, so dass die Eintragung des neu aufgenommenen Gesellschafters in der Eigentumskolumne des Grundbuchs von bloss *deklaratorischer* Bedeutung ist¹²⁰.

Vor Nachführung des Grundbuches klaffen somit die materiellrechtliche und die formell-grundbuchrechtliche Lage auseinander: In materiellrechtlicher Hinsicht ist der neu aufgenommene Gesellschafter mit wirksamer Aufnahme unmittelbar Gesamteigentümer geworden, während nach Ausweis des Grundbuches nach wie vor nur die bisherigen Gesellschafter als Gesamteigentümer erscheinen.

Der Aufgenommene kann seine Eintragung in der Eigentumsspalte nach Art. 665 Abs. 2 bzw. Art. 963 Abs. 2 ZGB selber veranlassen¹²¹. Zuhanden des Grundbuchamtes ist die Vornahme der Aufnahme nachzuweisen, was mittels

¹¹⁹ ZK-SIEGWART, N. 12 zu Art. 542 OR. Vgl. auch WOLF, Subjektswechsel, S. 7; MÜLLER, N. 504.

¹²⁰ BK-MEIER-HAYOZ, N. 65 zu Art. 657 ZGB, N. 69 zu Art. 652 ZGB; ZK-HOMBERGER, N. 26 zu Art. 963 ZGB; DESCHENAUX, SPR V/3, I, S. 312; REY, N. 1670; WOLF, Subjektswechsel, S. 9.

¹²¹ BK-MEIER-HAYOZ, N. 19 und 34 zu Art. 665 ZGB. Vgl. auch BRÄM, S. 66, und WOLF, Subjektswechsel, S. 9.

eines *schriftlichen Vertrages* geschehen kann. Trotz an sich gegebener Möglichkeit, den Aufnahmevertrag formlos zu schliessen, ist somit Schriftform zu empfehlen. Wer den Aufnahmevertrag in Schriftform kleidet, wird darin vorzugsweise auch die Verfügung aufnehmen. Er verschafft sich damit einerseits ein Beweismittel über die Aufnahme, das er dem Grundbuchamt einreichen kann, und hat andererseits für den Fall, dass die Aufnahme mit Blick auf die Verfügung auch dem Zessionsrecht unterstellt werden sollte, ebenfalls deren Form (Art. 165 Abs. 1 OR) gewahrt.

Wie bei der Übertragung der Gesellschafterstellung¹²² empfiehlt sich auch bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters, das Grundbuch nachführen zu lassen. Obwohl die Eintragung nicht von konstitutiver Bedeutung ist, ist sie doch zur Herstellung des *grundbuchlichen Verfügungsrechts* der Gesellschafter in ihrem neuen personellen Bestand erforderlich (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB)¹²³. Überdies besteht bei Unterlassung der Eintragung des neuen Gesellschafters als Eigentümer im Grundbuch das *Risiko, dass die bisherigen Gesellschafter* als nach Ausweis des Grundbuches formell allein Verfügungsberichtigte ohne Beizug des neu aufgenommenen Gesellschafters *Verfügungen* über das Grundstück *vornehmen*. So können die bisherigen Gesellschafter das Grundstück etwa veräussern oder mit beschränkten dinglichen Rechten belasten; gutgläubige Dritte sind dabei gestützt auf Art. 973 ZGB im Erwerb ihrer Rechte zu schützen¹²⁴.

c. Zur Haftung des neu aufgenommenen Gesellschafters

Der neu aufgenommene Gesellschafter haftet grundsätzlich nur für Verbindlichkeiten, die im Sinne von Art. 543 Abs. 2 OR nach seiner Aufnahme begründet worden sind. Für bereits bestehende Verpflichtungen haftet er dagegen im Prinzip – vorbehältlich einer abweichenden besonderen Vereinbarung¹²⁵ – nicht, denn er hat sich den betreffenden Gläubigern gegenüber nicht verpflichtet^{126 127}.

¹²² Vgl. dazu III.2.5.b. hievov.

¹²³ BK-MEIER-HAYOZ, N. 34 zu Art. 665 ZGB; ZOBL, S. 78.

¹²⁴ WOLF, Subjektswechsel, S. 10.

¹²⁵ Abweichende Vereinbarungen sind möglich; sie werden im Aufnahmevertrag zu treffen sein. Vgl. dazu ZK-SIEGWART, N. 15 zu Art. 542 OR, der die Frage der Haftung für die bisherigen Schulden unter Hinweis auf BGE 48 I 403 nach der getroffenen Abrede beantwortet und argumentiert, wenn die Kontinuität der Gesellschaft gewahrt sei, so spreche die Vermutung dafür, den Eintretenden auch in dieser Hinsicht den anderen Gesellschaftern gleichzustellen. Siehe auch MÜLLER, N. 523.

¹²⁶ VON STEIGER, S. 413; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 96; ZOBL, S. 80 f.; MÜLLER, N. 520.

Zusammenfassung anhand des Beispiels 2:

Parteien des Aufnahmevertrages sind die beiden bisherigen Gesellschafter A und B sowie der aufzunehmende C.

Der Aufnahmevertrag als Grundgeschäft kann als Änderung des formfrei möglichen Gesellschaftsvertrages ebenfalls formfrei abgeschlossen werden. Zur Bewirkung der Aufnahme bedarf es nach hier vertratener Ansicht einer Verfügung. Für diese sieht das Gesetz keine Formvorschrift vor, so dass grundsätzlich – und in Übereinstimmung mit der Herstellung der Gesellschafterstellung bei der Gründung der Gesellschaft – von Formfreiheit ausgegangen werden kann. Denkbar ist aber ebenso eine sinngemässe Unterstellung unter das Zessionsrecht. Es empfiehlt sich, das Verpflichtungsgeschäft schriftlich einzugehen und darin auch die Verfügung aufzunehmen; auf diese Weise liegt jedenfalls ein Beweismittel zuhanden des Grundbuchamtes vor und es ist auch die allfällig für die Verfügung zur Anwendung gelangende Formvorschrift des Zessionsrechts gewahrt.

Mit Aufnahme in die Gesellschaft erlangt C Gesellschafterstellung und damit zugleich eo ipso die Gesamthandsberechtigung an allen im Gesellschaftsvermögen vorhandenen Rechten, ohne dass für diese einzelnen Objekte besondere Übertragungshandlungen wie Eintragung, Traditio, Zession usw. erforderlich wären. Der Erwerb von Gesellschaftsgrundstücken findet ausserbuchlich statt.

4. Ausscheiden eines Gesellschafters

Beispiel 3:

A, B, C sind einfache Gesellschafter. C will aus der Gesellschaft ausscheiden.

4.1. Vorbemerkungen

Das Gesetz umschreibt die sich bei lebzeitigem Ausscheiden eines Gesellschafters ergebende Ausgangslage¹²⁸. Es äussert sich aber nicht näher zu den einzelnen Voraussetzungen des Ausscheidens¹²⁹ und dessen Wirkungen¹³⁰, so dass diesbezüglich auf allgemeine Rechtsgrundsätze abzustellen ist.

¹²⁷ Vgl. demgegenüber die ex lege bestehende solidarische Haftung des in eine Kollektivgesellschaft eintretenden Dritten mit den übrigen Gesellschaftern auch für vor seinem Beitritt entstandene Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäss Art. 568 Abs. 3 und Art. 569 OR; siehe weiter für die Kommanditgesellschaft Art. 612 OR. Dazu VON STEIGER, S. 413 und 552; MÜLLER, N. 521 ff.

¹²⁸ Dazu IV.4.2. sogleich.

¹²⁹ IV.4.3. hienach.

¹³⁰ IV.4.4. hienach.

4.2. Gesellschaftsrechtliche Ausgangslage

Die einfache Gesellschaft beruht auf einem zwischen bestimmten Personen abgeschlossenen Vertrag, der ohne Zustimmung aller Beteiligten nicht geändert werden kann. Deshalb kann auch kein Gesellschafter ohne die Einwilligung der anderen aus der Gesellschaft ausscheiden¹³¹. Vielmehr wird die Gesellschaft *aufgelöst*, wenn ihr auch nur ein Gesellschafter nicht mehr angehören kann oder will¹³². Dementsprechend existieren von Gesetzes wegen grundsätzlich weder ein Recht auf Austritt¹³³ noch die Möglichkeiten des Ausscheidens bei Eintritt bestimmter Umstände oder der Ausschliessung eines Gesellschafters¹³⁴.

Den Gesellschaftern steht es demgegenüber frei, das *Ausscheiden* eines Gesellschafters – unter Weiterführung der Gesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter – *auf rechtsgeschäftlicher Grundlage zu vereinbaren*¹³⁵. Denkbare Varianten sind ein im Einzelfall geschlossener besonderer Ausscheidensvertrag, die Vereinbarung eines Austrittsrechts im Sinne einer Kündigung (Art. 530 Abs. 1, Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR), eines Ausscheidens im engeren Sinne bei Verwirklichung eines bestimmten Sachverhaltes (Art. 530 Abs. 1 OR) oder ein Ausscheiden gestützt auf einen Gesellschafterbeschluss¹³⁶.

4.3. Voraussetzungen im Einzelnen

a. Vorbemerkung

Das Ausscheiden setzt eine entsprechende Vereinbarung voraus¹³⁷. Nach hier verretener Auffassung bedarf es zusätzlich einer Verfügung¹³⁸.

¹³¹ MÜLLER, N. 419.

¹³² Vgl. die gesetzlichen Tatbestände von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2, 3, 6 und 7 OR. Siehe auch WOLF, Subjektwechsel, S. 14.

¹³³ Vorzubehalten 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.

¹³⁴ So auch die herkömmliche Ansicht in Lehre und Rechtsprechung; vgl. VON STEIGER, S. 414 f.

¹³⁵ Siehe auch HOCH, S. 126.

¹³⁶ ZOBL, S. 101; VON STEIGER, S. 413 f.; WOLF, Subjektwechsel, S. 14 f.

¹³⁷ IV.4.3.b. sogleich.

¹³⁸ IV.4.3.c. hienach.

b. Vereinbarung über das Ausscheiden

Der Austritt eines Gesellschafters beruht in der Regel¹³⁹ auf einem *Ausscheidensvertrag*¹⁴⁰. Parteien dieses Vertrages sind einerseits der ausscheidende Gesellschafter und andererseits die verbleibenden Gesellschafter¹⁴¹. Weil das Ausscheiden im Ergebnis eine Änderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages darstellt, haben sich alle Gesellschafter am Vertrag zu beteiligen¹⁴².

Der Abschluss des Ausscheidensvertrages begründet die Verpflichtung des ausscheidenden Gesellschafters, seine Gesellschafterstellung aufzugeben. Die verbleibenden Gesellschafter ihrerseits erklären, unter sich die Gesellschaft fortsetzen zu wollen¹⁴³ ¹⁴⁴. Regelmässig wird dem ausscheidenden Gesellschafter als Ersatz für den Verlust seiner bisherigen Rechte am Gesellschaftsvermögen ein Abfindungsanspruch zustehen¹⁴⁵.

Der Ausscheidensvertrag ist an *keine besondere Form* gebunden¹⁴⁶. Das gilt selbst dann, wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören¹⁴⁷.

c. Verfügung

Eine Verfügung ist erforderlich, weil der ausscheidende Gesellschafter ein subjektives Recht aufgibt, nämlich seine Gesellschafterstellung¹⁴⁸. Damit stellt sich die Frage nach der *Form* dieser Verfügung.

Wenn die Gesellschafterstellung anlässlich des Eingehens der einfachen Gesellschaft formfrei begründet werden kann, sollte sie an sich auch formfrei aufgehoben werden können. Bei einer analogieweisen Unterstellung unter das Zessionsrecht wäre demgegenüber Schriftform erforderlich. Zu letzterer ist deshalb nach dem Grundsatz der Beschreitung des sichereren Weges zu raten.

¹³⁹ Siehe für weitere Möglichkeiten III.4.2. hievior.

¹⁴⁰ BOLLMANN, S. 27 ff.; ZOBL, S. 103 ff.

¹⁴¹ ZOBL, S. 103 f.; LENZ, S. 100.

¹⁴² ZOBL, S. 104 und 69 f.; MÜLLER, N. 422.

¹⁴³ ZOBL, S. 105.

¹⁴⁴ Ohne Fortsetzungsvereinbarung gelangt die einfache Gesellschaft mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters zur Auflösung; vgl. III.4.2. hievior.

¹⁴⁵ BOLLMANN, S. 78; HOCH, S. 129; MÜLLER, N. 423.

¹⁴⁶ ZOBL, S. 106; WOLF, Subjektwechsel, S. 16; LENZ, S. 101 f.; MÜLLER, N. 424.

¹⁴⁷ ZOBL, S. 107; BRÄM, S. 68 f.; WOLF, Subjektwechsel, S. 16; MÜLLER, N. 426, m.w.H.

¹⁴⁸ Allgemein bedarf die Aufhebung eines subjektiven Rechts – wie auch dessen Begründung oder Änderung – einer Verfügung.

4.4. Wirkungen

a. Allgemeines

aa. Verlust der Gesellschafterstellung

Der ausscheidende Gesellschafter *verliert* seine *Gesellschafterstellung*¹⁴⁹. Mit der Gesellschafterposition *verliert* der ausscheidende Gesellschafter zugleich auch zwingend seine *Gesamthandberechtigung* an sämtlichen Rechten des Gesellschaftsvermögens¹⁵⁰.

bb. Anwachsung

Der *Gesamthandanteil* des Ausgeschiedenen an den Rechten des Gesellschaftsvermögens *wächst* den verbleibenden Gesellschaftern *uno actu* und *ipso iure an* (Anwachsung, Akkreszenz)¹⁵¹. Besondere Übertragungshandlungen für die einzelnen Rechte sind nicht erforderlich¹⁵². Eine Rechtsübertragung im Sinne einer Singular- oder Universalsukzession findet nicht statt¹⁵³, denn die verbleibenden Gesellschafter sind bereits zu gesamter Hand Träger all der im Gesellschaftsvermögen befindlichen Rechte und müssen diese somit nicht noch erwerben.

cc. Abfindungsanspruch

Zugunsten des Ausscheidenden entsteht ein dem Wert seines Gesellschaftsanteils entsprechender *schuldrechtlicher Abfindungsanspruch*¹⁵⁴. Die Bemessung der Abfindung ist nach den dafür im Ausscheidungsvertrag vorgesehenen Bestimmungen oder den nachträglich unter den Gesellschaftern getroffenen

¹⁴⁹ BOLLMANN, S. 60; ZOBL, S. 109 f., 117, 120; VON STEIGER, S. 417; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 91; WOLF, Subjektswechsel, S. 15; MÜLLER, N. 428.

¹⁵⁰ ZOBL, S. 108. Vgl. auch HOCH, S. 127.

¹⁵¹ BGE 75 I 275; ZK-SIEGWART, N. 49 zu Art. 545-547 OR; BK-MEIER-HAYOZ, N. 11 und 69 zu Art. 652 ZGB; VON STEIGER, S. 417 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 91; KUNZ, S. 149 ff.; BOLLMANN, S. 60 ff.; ZOBL, S. 110; WOLF, Subjektswechsel, S. 15.

¹⁵² BGE 116 II 53; ZK-SIEGWART, N. 49 zu Art. 545-547 OR; REY, N. 982b; VON STEIGER, S. 417 f.; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 8 der Vorbem. zu Art. 646-654a ZGB; BSK-WICHTERMANN, N. 32 zu Art. 652 ZGB; BOLLMANN, S. 76 f.; MÜLLER, N. 427.

¹⁵³ WOLF, Subjektswechsel, S. 15; MÜLLER, N. 431.

¹⁵⁴ VON STEIGER, S. 418; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 91. Dazu ausführlich BOLLMANN, S. 78 ff., HOCH, S. 129 ff., und MÜLLER, N. 449 ff.

Vereinbarungen vorzunehmen¹⁵⁵; fehlt diesbezüglich eine besondere Abrede, so ist auf den Wert der Beteiligung zur Zeit des Ausscheidens unter Berücksichtigung der Fortsetzung der Gesellschaft abzustellen¹⁵⁶. Für die Abfindungssumme haften die verbleibenden Gesellschafter dem Ausgeschiedenen persönlich und solidarisch^{157 158}.

dd. Sonderfälle: Zweipersonengesellschaft und Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen

Sind von Anfang an nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann ebenfalls vereinbart werden, dass der eine ausscheidet und der andere das Gesellschaftsvermögen ohne Liquidation übernimmt. Entsprechendes gilt für den Fall, dass bei einer Mehrpersonengesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden¹⁵⁹. Die Gesellschaft ist damit *aufgelöst*. Im Übrigen sind Voraussetzungen und Wirkungen dieselben wie bei einem Ausscheiden unter Fortsetzung der Gesellschaft unter mehreren verbleibenden Gesellschaftern. Es findet mithin ebenfalls eine *Anwachsung* des Gesellschaftsvermögens zugunsten des allein verbleibenden Gesellschafters statt¹⁶⁰. Eine eigentliche Liquidation der Gesellschaft erübrigt sich damit.

b. Insbesondere Grundstücke

Gehört zum Gesellschaftsvermögen ein Grundstück, so *wächst* – dem erwähnten allgemeinen Grundsatz entsprechend¹⁶¹ – die bisher dem Ausgeschiedenen daran zugestandene anteilmässige Gesamthandberechtigung den verbleibenden Gesellschaftern *aussergrundbuchlich an*. Die verbleibenden Gesellschafter erwerben nicht das Recht am Grundstück – das haben sie vielmehr als vorbestehende Gesamthänder bereits –, sondern der

¹⁵⁵ ZK-SIEGWART, N. 47 zu Art. 545-547 OR; VON STEIGER, S. 420; HOCH, S. 131 f.

¹⁵⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 91; VON STEIGER, S. 418; HOCH, S. 133 ff.; MÜLLER, N. 455. Siehe zur Kollektivgesellschaft auch BGE 93 II 254 f. und 100 II 379.

¹⁵⁷ VON STEIGER, S. 419; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 91; BOLLMANN, S. 85 f.; WOLF, Subjektswechsel, S. 15; HOCH, S. 137 f.; MÜLLER, N. 451; Obergericht Luzern, in: SJZ 92 (1996), S. 419 f.

¹⁵⁸ Befinden sich Grundstücke im Vermögen der Gesellschaft, so ist m.E. zur Sicherstellung der Abfindungssumme des Ausgeschiedenen die analoge Anwendbarkeit der Bestimmung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB über das Verkäuferpfandrecht zu bejahen; vgl. dazu WOLF, Anwendbarkeit, S. 1239. Siehe zur analogen Situation bei Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod IV.3.2.d.bb. hienach.

¹⁵⁹ ZK-SIEGWART, N. 50 zu Art. 545-547 OR.

¹⁶⁰ ZK-SIEGWART, N. 50 zu Art. 545-547 OR; HOCH, S. 128; siehe auch MÜLLER, N. 421.

¹⁶¹ III.4.4.a.bb. soeben.

Gesamtrechtsverlust des Ausgeschiedenen bewirkt eine Quotenverschiebung zugunsten der verbleibenden Gesellschafter¹⁶².

Dem Grundbuchamt ist zur deklaratorischen Nachführung des Grundbuches *das Ausscheiden* des Gesellschafters *nachzuweisen*. Dies kann mittels Vorlage eines schriftlichen Ausscheidungsvertrages geschehen¹⁶³. Gestützt auf dieses praktische Bedürfnis ist es also – trotz des Umstandes, dass aus dogmatischer Sicht Formfreiheit besteht¹⁶⁴ – angezeigt, den Vertrag über das Ausscheiden schriftlich abzufassen¹⁶⁵. Mit Wahrung der Schriftform wäre ausserdem auch den sich aus einer allfälligen Unterstellung der Verfügung des Ausscheidenden unter die Vorschriften der Zession ergebenden Formerfordernissen (Art. 165 Abs. 1 OR)¹⁶⁶ Genüge getan.

Im Anschluss an die Grundbuchanmeldung über das Ausscheiden wird der ausgeschiedene Gesellschafter in der Eigentumsspalte gestrichen¹⁶⁷. Die Streichung ist von bloss *deklaratorischer* Wirkung¹⁶⁸.

Nach der mit dem Ausscheiden aussergrundbuchlich eingetretenen Eigentumsverlust sind materiell nur noch die verbliebenen Gesellschafter an den Grundstücken des Gesellschaftsvermögens berechtigt. Vor Vornahme der Nachführung des Grundbuches erscheint aber auch der ausgeschiedene Gesellschafter formell weiterhin als Berechtigter. Die Herstellung der *grundbuchlichen Verfügungsmacht* i.S.v. Art. 656 Abs. 2 ZGB verlangt die Anpassung des Grundbuches an die ausserbuchlich eingetretene neue Rechtslage. Erst nach erfolgter Streichung des Ausgeschiedenen in der Eigentumskolonnen werden mithin die verbliebenen Gesellschafter alleine¹⁶⁹ grundbuchlich über das Grundstück verfügen können. Die Grundbuchanmeldung zur Streichung des Ausgeschiedenen können die verbliebenen Gesellschafter entsprechend Art. 665 Abs. 2 ZGB und Art. 963 Abs. 2 ZGB selber vornehmen^{170 171}.

¹⁶² Siehe ZOBL, S. 107; WOLF, Subjektwechsel, S. 15 f.

¹⁶³ Vgl. dazu auch Obergericht Luzern in ZBJV 133 (1997), S. 338 ff., und ZBJV 132 (1996), S. 831 ff.; siehe sodann PFÄFFLI, Änderungen, S. 325.

¹⁶⁴ Siehe III.4.3.b. hievor.

¹⁶⁵ Vgl. WOLF, Subjektwechsel, S. 16. Siehe dazu auch LENZ, S. 103, mit Hinweis auf die Grundbuchpraxis in Fn. 401.

¹⁶⁶ Dazu III.4.3.c. hievor.

¹⁶⁷ PFÄFFLI, Änderungen, S. 325; BRÄM, S. 69; MÜLLER, N. 212.

¹⁶⁸ VON STEIGER, S. 418, Fn. 203, m.w.H.; BRÄM, S. 68; WOLF, Feststellung, S. 252; WOLF, Subjektwechsel, S. 16; HOCH, S. 129. A.M. SIMONIUS/SUTTER, § 16 N. 64 und 66.

¹⁶⁹ In unserem Beispiel 3 sind das A und B ohne den ausgeschiedenen C.

¹⁷⁰ WOLF, Subjektwechsel, S. 16.

¹⁷¹ Anders als bei der Übertragung des Gesellschaftsanteils und der Aufnahme eines neuen Gesellschafters besteht hier freilich keine Gefahr, dass infolge einer nicht von

c. Zur Haftung des ausscheidenden Gesellschafters

Gemäss Art. 544 Abs. 3 OR haften die Gesellschafter Dritten gegenüber solidarisch für die gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung eingegangenen Verpflichtungen. Im Ausscheidensvertrag kann diese Haftung im externen Verhältnis gegenüber den Gläubigern nicht verändert werden. Der ausscheidende Gesellschafter haftet deshalb für die im Zeitpunkt seines Ausscheidens bestehenden Verbindlichkeiten den Gesellschaftsgläubigern weiterhin wie ein Gesellschafter¹⁷².

Zusammenfassung anhand des Beispiels 3:

Das Ausscheiden des C aus der einfachen Gesellschaft bedarf einer an sich formfrei möglichen rechtsgeschäftlichen Abrede. Nach hier vertretener Auffassung ist auch eine Verfügung erforderlich. Für diese ist gesetzlich keine besondere Form vorgeschrieben; wird sie analogieweise dem Zessionsrecht unterstellt, wäre demgegenüber Schriftform erforderlich. Mit Blick auf die Herstellung eines Beweismittels sowie gemäss dem Grundsatz der Beschreitung des sichereren Weges sind Verpflichtung und Verfügung vorzugsweise in Schriftform zu kleiden.

Mit seinem Ausscheiden verliert C seine Gesellschafterstellung und zugleich seine Gesamthandsberechtigung an sämtlichen im Gesellschaftsvermögen vorhandenen Rechten. Diese wachsen den verbleibenden Gesellschaftern A und B an.

IV. Tod eines Gesellschafters

Beispiel 4:

A, B und C bilden eine einfache Gesellschaft im Sinne der Art. 530 ff. OR. C verstirbt. Seine Erben sind X, Y und Z. Zum Gesellschaftsvermögen gehören zwei Grundstücke, einige Mobilien und ein Bankkonto.

allen Berechtigten vorgenommenen Verfügung gutgläubige Dritte gemäss Art. 973 ZGB Rechte erwerben könnten. Vgl. Näheres bei WOLF, Subjektwechsel, S. 16, Fn. 106.

¹⁷² VON STEIGER, S. 421 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 93; MÜLLER, N. 463.

1. Rechtliche Ausgangslage

Der Tod eines Gesellschafters bildet einen *Auflösungsgrund* für die Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR), es sei denn, es werde im Gesellschaftsvertrag von vornherein oder auch erst nach dem Tod eines Gesellschafters¹⁷³ die *Fortsetzung* der Gesellschaft *vereinbart*¹⁷⁴. Dem Fall des Todes gleichzustellen sind die Verschollenerklärung (Art. 38 ZGB) und bei juristischen Personen die Beendigung der Liquidation¹⁷⁵.

Der Tod eines Gesellschafters kann also je nachdem zur *Auflösung* der Gesellschaft¹⁷⁶, zur *Fortsetzung* der Gesellschaft *durch die verbliebenen Gesellschafter* unter Ausschluss der Erben¹⁷⁷ oder zur *Fortsetzung* der Gesellschaft *mit den Erben*¹⁷⁸ führen¹⁷⁹.

2. Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Abrede: Auflösung der Gesellschaft

Ohne Vorliegen – oder nunmehrigen Abschluss¹⁸⁰ – einer rechtsgeschäftlichen Abrede auf Fortsetzung der Gesellschaft zieht der Tod eines Gesellschafters die *Auflösung* der Gesellschaft nach sich¹⁸¹. Die Gesellschaft wird ex nunc – also sofort – aufgelöst und tritt damit in *Liquidation*¹⁸².

Während langer Zeit war im Schrifttum umstritten, ob diesfalls die Erben zur Liquidation in die Gesellschaft eintreten und eine absolut-dingliche Berechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens erwerben¹⁸³ oder ob

¹⁷³ Nach dem Tod eines Gesellschafters kann die Fortsetzung der Gesellschaft solange beschlossen werden, als sie noch nicht vollständig liquidiert worden ist. Dazu bedarf es aber eines einstimmigen Beschlusses aller überlebender Gesellschafter und aller Erben. Vgl. HOCH, S. 34 f., m.w.H.

¹⁷⁴ VON STEIGER, S. 423; BSK-WICHTERMANN, N. 13 zu Art. 654 ZGB; WOLF, Subjektwechsel, S. 16 f.

¹⁷⁵ BK-BECKER, N. 11 zu Art. 545 OR; BSK-STAEHELIN, N. 9 zu Art. 545/546 OR; HOCH, S. 30.

¹⁷⁶ Dazu IV.2. sogleich.

¹⁷⁷ IV.3.2. hienach.

¹⁷⁸ IV.3.3. hienach.

¹⁷⁹ ZK-SIEGWART, N. 4 zu Art. 545-547 OR.

¹⁸⁰ Vgl. IV.1. soeben, mit Fn. 173.

¹⁸¹ Die Auflösung ist insofern „die normale Folge des Todes“; vgl. so ZK-SIEGWART, N. 8 zu Art. 545-547 OR.

¹⁸² Siehe HOCH, S. 30.

¹⁸³ So ZK-SIEGWART, N. 9 zu Art. 545-547 OR; HAUSHEER, Probleme, S. 100; VON STEIGER, S. 454.

sie auf einen bloss obligatorischen Liquidationsanspruch verwiesen sind^{184 185}. Das Bundesgericht hat die Frage im Jahre 1993 im Sinne der ersten Variante entschieden¹⁸⁶. Die *Erben* erwerben also eine *dingliche Berechtigung*; sie treten als Liquidationsgesellschafter in die Gesellschaft ein¹⁸⁷. Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass die Gesellschafterstellung wegen ihrer höchstpersönlichen Natur grundsätzlich unvererblich ist¹⁸⁸. Die Unvererblichkeit der Gesellschafterstellung ist allerdings von vornherein von bloss dispositiver Natur¹⁸⁹. Zudem fallen die aktive Gesellschafterstellung und damit auch der Grund für ihre Unvererblichkeit dahin, wenn die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird und bloss noch auf absehbare Zeit als sog. *Abwicklungsgesellschaft* mit dem einzigen Zweck ihrer Liquidation fortbesteht. Die Erben erwerben deshalb richtigerweise gestützt auf die Universalsukzession gemäss Art. 560 ZGB eine unmittelbare Berechtigung an sämtlichen Rechten des Gesellschaftsvermögens und nicht nur einen obligatorischen Liquidationsanspruch¹⁹⁰. Es gibt keinen Grund, in dieser Situation, in der keinerlei besondere Vereinbarung des Fortbestehens der einfachen Gesellschaft ohne die Erben vorliegt, vom Prinzip der Universalsukzession abzuweichen und den Erben nur eine schuldrechtliche Abfindungssumme zuzugestehen¹⁹¹.

Mehrere Erben treten dabei als Miterben im Gesamthandsverhältnis der *Erben-gemeinschaft* in die einfache Gesellschaft ein. Sie bilden insofern eine *Untergesamthand* innerhalb der Gesellschaftsgesamthand. Zum Zwecke der Erleichterung der Liquidationstätigkeit haben die Erben – analog der die Kollektivgesellschaft betreffenden Bestimmung des Art. 584 OR – einen gemeinsamen Vertreter zu bestimmen¹⁹².

¹⁸⁴ So BK-BECKER, N. 5 zu Art. 545 OR; BOLLMANN, S. 40; ZOBL, S. 121 f.; PFÄFFLI, Änderungen, S. 324.

¹⁸⁵ Siehe zur Kontroverse auch LENZ, S. 117 f., m.w.H.

¹⁸⁶ BGE 119 II 119 ff. Dazu HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 39.

¹⁸⁷ WOLF, Subjektwechsel, S. 17; HOCH, S. 32 f., m.w.H.

¹⁸⁸ BK-TUOR, N. 12 der Einleitung zu Art. 457-536 ZGB; ZK-ESCHER, N. 5a der Einleitung zu Art. 457-536 ZGB. Siehe demgegenüber differenzierend MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 12.

¹⁸⁹ Vgl. DRUEY, § 13 N. 25. Siehe zur Möglichkeit, die Gesellschafterstellung mittels Nachfolgeklausel vererblich auszugestalten, IV.3.3.c. hienach.

¹⁹⁰ BGE 119 II 123 f. Dazu auch HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 39; WOLF, Subjektwechsel, S. 17.

¹⁹¹ Siehe auch BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR.

¹⁹² ZK-SIEGWART, N. 9 zu Art. 545-547 OR; HAUSHEER, Probleme, S. 100; vgl. auch LENZ, S. 121.

Zusammenfassung anhand des Beispiels 4:

Bei Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Abrede auf Fortsetzung der einfachen Gesellschaft führt der Tod des Gesellschafters C zu deren Auflösung (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Die Gesellschaft gelangt zur Liquidation. X, Y und Z als Erben des C treten als Liquidationsgesellschaftler in die Gesellschaft ein und werden am Gesellschaftsvermögen dinglich berechtigt. Für die im Gesellschaftsvermögen befindlichen Grundstücke sind dem Grundbuchamt eine Erbgangsurkunde mit der Anerkennung von X, Y und Z als einzige Erben des C sowie der Gesellschaftsvertrag einzureichen; C wird alsdann im Grundbuch gestrichen und an seiner Stelle werden die Erben X, Y und Z eingeschrieben¹⁹³.

3. Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten**3.1. Einleitende Bemerkungen**

Dass die einfache Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR zur *Auflösung* gelangt, ist in der Praxis in aller Regel *unerwünscht*. Das gilt insbesondere für Bauherrengemeinschaften¹⁹⁴. Denn mit der Auflösung der Gesellschaft wird die Gesellschaftstätigkeit regelmässig für längere Zeit – nämlich während der Abwicklung des Erbanges, in dessen Verlauf auch die einfache Gesellschaft zu liquidieren ist, d.h. jedenfalls während laufender Ausschlagungsfrist (Art. 566 ff. ZGB) und eventuell zusätzlich während der Errichtung eines öffentlichen Inventars (Art. 580 ff. ZGB) oder eines Erbschaftsinventars (Art. 553, 568 ZGB), u.U. mit sich hinziehenden Erbstreitigkeiten usw. – blockiert.

Aus diesem Grunde werden im Gesellschaftsvertrag häufig vorgängig bereits Vereinbarungen für den Fall des Ablebens eines Gesellschafters getroffen. Nachdem Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR eine dispositive Norm darstellt¹⁹⁵, steht entsprechenden besonderen Abreden grundsätzlich nichts entgegen. Das Gesetz sieht allerdings nur eine einzige Vereinbarung ausdrücklich vor. Nach dem Wortlaut des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR kann beim Tod eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vermieden werden, wenn vereinbart worden ist, dass sie mit den Erben fortbestehen soll. Vereinbarungen über die Fortsetzung der Gesellschaft sind allerdings nicht nur mit den Erben, sondern

auch unter den verbleibenden Gesellschaftern möglich¹⁹⁶. Die Norm des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR ist denn in Doktrin und Praxis entsprechend den gesellschaftsvertraglichen Möglichkeiten und innerhalb der erbrechtlichen Schranken weiter entwickelt worden¹⁹⁷. Auf die beiden möglichen Vereinbarungen – *Fortsetzung der Gesellschaft unter den bisherigen Gesellschaftern*¹⁹⁸ und *Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben*¹⁹⁹ – ist nun einzeln einzugehen.

3.2. Vereinbarung der Fortsetzung der Gesellschaft unter den bisherigen Gesellschaftern**a. Praktische Bedeutung**

Unter den mehreren Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Gestaltung für den Fall des Ablebens eines Gesellschafters *steht* praktisch die Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern *im Vordergrund*²⁰⁰. Das ist damit zu erklären, dass sich diese Personen kennen, dass sie selbst mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages die Grundlagen der Gesellschaft ausdrücklich gewollt haben und dass sie mit der Gesellschaftstätigkeit vertraut sind. All das Gesagte gilt für Erben, mit denen die Gesellschaft auch fortgesetzt werden kann²⁰¹, nicht oder jedenfalls nicht unbedingt.

b. Inhalt der Vereinbarung

Mit einer Fortsetzungsklausel vereinbaren die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag, dass die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern unter den verbleibenden Gesellschaftern und ohne die Erben des Verstorbenen fortgesetzt wird. Die Fortsetzungsklausel hat zur Folge, dass die *Gesellschaft* trotz Ausscheidens eines Gesellschafters *bestehen bleibt*²⁰², der *Erblasser* mit seinem Tod *ausscheidet*, mithin seine Gesell-

¹⁹³ Siehe für die grundbuchliche Behandlung PFÄFFLI, Ausweis, S. 117 f.

¹⁹⁴ Vgl. dazu als Beispiel Musterurkunde VbN Nr. 71, Einfache Gesellschaft, Gesellschaftsvertrag, mit sog. Fortsetzungsklausel in Ziff. IV.1., S. 12; siehe die Wiedergabe der Formulierung in Fn. 204 hienach.

¹⁹⁵ Siehe DRUEY, § 13 N. 25.

¹⁹⁶ Gesetzlich geregelt ist die Vereinbarung der Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen trotz Ausscheidens eines Gesellschafters nur für die Kollektivgesellschaft (Art. 576 OR). Sie ist aber auch bei der einfachen Gesellschaft zulässig; vgl. BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 545/546 OR.

¹⁹⁷ VON STEIGER, S. 423 f. Vgl. auch WOLF, Subjektswechsel, S. 17.

¹⁹⁸ IV.3.2. sogleich.

¹⁹⁹ IV.3.3. hienach.

²⁰⁰ Siehe diesbezüglich für ein Baukonsortium die Musterurkunde VbN Nr. 71, Ziff. IV.1., S. 12.

²⁰¹ Dazu IV.3.3. hienach.

²⁰² So die allgemeine Folge einer Fortsetzungsklausel, die sich auch auf andere Fälle des Ausscheidens eines Gesellschafters als denjenigen durch Tod beziehen kann; vgl. BOLLMANN, S. 69; HOCH, S. 126.

schafterstellung erlischt, und seine Gesamthandsberechtigung an den Rechten des Gesellschaftsvermögens den verbleibenden Gesellschaftern *anwächst*²⁰³
204

c. Form

Die Fortsetzungsklausel bedarf nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht der für Verfügungen von Todes wegen vorgeschriebenen Formen²⁰⁵. Die Fortsetzung der Gesellschaft kann vielmehr formfrei vereinbart werden, dies selbst dann, wenn sich im Gesellschaftsvermögen Grundstücke befinden²⁰⁶.

Aus Überlegungen der Beweissicherung und zwecks Herstellung eines Beleges zuhänden des Grundbuchamtes ist zur Abfassung der Klausel in Schriftform zu raten²⁰⁷. Damit wäre für die nach hier vertretener Ansicht hinsichtlich der Gesellschafterstellung wiederum erforderliche Verfügung für den Fall deren analogieweiser Unterstellung unter das Zessionsrecht die einzuhaltende Form (Art. 165 Abs. 1 OR) gewahrt.

d. Folgen

aa. Im Allgemeinen

aaa. Anwachsung

Liegt eine Fortsetzungsklausel vor, so *wächst* die Beteiligung des Erblassers an den Rechten des Gesellschaftsvermögens den überlebenden Gesellschaftern

²⁰³ HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 40; BRÄM, S. 82; HOCH, S. 33. Zu den Folgen im Einzelnen Näheres in IV.3.2.d. hienach.

²⁰⁴ Vgl. als Beispiel für die Formulierung einer Fortsetzungsklausel Musterurkunde VbN Nr. 71, Ziff. IV.1., S. 12:

„Beim Versterben eines Gesellschafter wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Die verbleibenden Gesellschafter setzen die Gesellschaft unter sich fort, so dass diese nur für den Verstorbenen endet.

Der Anteil des verstorbenen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen und damit auch an den dazugehörenden Grundstücken wächst den verbleibenden Gesellschaftern zu Eigentum an (Akkreszenz).

Demnach fällt lediglich eine auf Geld gehende Forderung in den Nachlass des verstorbenen Gesellschafter.“

²⁰⁵ BGE 116 II 53; BOLLMANN, S. 28; HAUSHEER, Abgrenzung, S. 95 f.; LENZ, S. 125; HOCH, S. 50; DRUEY, § 8 N. 46 f.; BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 545/546 OR.

²⁰⁶ BGE 116 II 53.

²⁰⁷ Vgl. auch LENZ, S. 125.

tern *an*. Die Erben werden nicht Gesellschafter und erwerben dementsprechend auch keinerlei unmittelbare Berechtigung am Gesellschaftsvermögen; zu ihren Gunsten entsteht ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch^{208 209}.

bbb. Abfindungsanspruch der Erben

Anordnungen über die Bemessung des Abfindungsanspruchs der Erben können in einer sog. *Abfindungsklausel* getroffen werden²¹⁰. Diese Abfindungsklausel bedarf der Form der Verfügung von Todes wegen, falls die Erben dadurch mehr belastet werden, als der Erblasser selber belastet worden wäre, wenn er lebzeitig aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre²¹¹
²¹². In allen Zweifelsfällen empfiehlt es sich diesbezüglich freilich, generell den sichereren Weg zu beschreiten und die Formen der Verfügungen von Todes wegen einzuhalten. Insofern ist der Abschluss eines Erbvertrages unter den Gesellschaftern angezeigt²¹³.

ccc. Sonderfall der Zweipersonengesellschaft

Auch wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, ist eine entsprechende Vereinbarung möglich, wonach beim Tod eines Gesellschafter dessen Anteil dem überlebenden Gesellschafter *anwächst*²¹⁴. Freilich kann diesfalls die Gesellschaft naturgemäss nicht fortgesetzt werden. Vielmehr kommt es zur „Gesellschaftsliquidation durch Anwachsung“²¹⁵. Der überlebende Gesellschafter wird *eo ipso Alleinberechtigter* am Gesamthandsvermögen und eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens erübrigt sich²¹⁶.

²⁰⁸ BGE 100 II 379; VON STEIGER, S. 424 f.; HAUSHEER, Probleme, S. 104; HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag, S. 134; VON GREYERZ, S. 79; HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 40; WOLF, Subjektswechsel, S. 17; BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 545/546 OR.

²⁰⁹ Vgl. das Beispiel einer Fortsetzungsklausel in Musterurkunde VbN Nr. 71, Ziff. IV.1., S. 12; für die Wiedergabe der Formulierung siehe Fn. 204 hievor.

²¹⁰ Wie die Fortsetzungsklausel – vgl. dazu bei Fn. 196 hievor – ist auch die Abfindungsklausel nur für die Kollektivgesellschaft besonders gesetzlich geregelt (Art. 580 OR), sie kann aber auch bei einer einfachen Gesellschaft vereinbart werden; vgl. BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 545/546 OR.

²¹¹ BGE 113 II 273; HAUSHEER, Probleme, S. 106; HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 43; BRÄM, S. 85; LENZ, S. 127 f.

²¹² Vgl. demgegenüber für eine Qualifikation der Abfindungsklausel als Rechtsgeschäft unter Lebenden: DRUEY, § 8 N. 48; BK-WEIMAR, N. 111 der Einleitung zum 14. Titel.

²¹³ Vgl. HOCH, S. 50 f., m.w.H.

²¹⁴ In der Notariatspraxis kommt die Zweipersonengesellschaft mit Anwachsungsvereinbarung vor allem unter Ehegatten vor; vgl. Musterurkunde VbN Nr. 621.2, mit entsprechender Vereinbarung in Ziff. V.17., S. 26 f.

²¹⁵ So treffend HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 42.

²¹⁶ Vgl. HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 42; WOLF, Feststellung, S. 253. Siehe für die analoge Situation beim Ausscheiden unter Lebenden III.4.4.a.dd. hievor.

bb. Insbesondere Grundstücke

Die Anwachsung des Gesellschaftsanteils des verstorbenen an die überlebenden Gesellschafter findet bei Grundstücken *aussergrundbuchlich* statt. Die Erben müssen dazu nicht begrüsst werden, denn sie bleiben auf einen obligatorischen Abfindungsanspruch verwiesen²¹⁷.

Für die deklaratorische Nachführung des Grundbuches ist der *Nachweis des Todes* des Gesellschafters und des *Vorliegens einer einfachen Gesellschaft mit Fortsetzungsklausel* – bzw. einer *Anwachsungsvereinbarung* für den Fall der Zweipersonengesellschaft²¹⁸ – erforderlich. Dem Grundbuchamt sind mithin ein Todesschein und der Gesellschaftsvertrag einzureichen. Gestützt auf diese beiden Dokumente ist auch die Errichtung einer Feststellungsurkunde durch den Notar möglich²¹⁹. Diesem ist dabei zu empfehlen, zusätzlich festzuhalten, dass ihm keine nachträgliche Aufhebung oder Änderung des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der Fortsetzungs- bzw. Anwachsungsklausel vorgelegt wurde^{220 221}.

Für die *Erfüllung des Abfindungsanspruchs der Erben* haften die verbliebenen Gesellschafter sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen als auch persönlich und solidarisch²²². Dabei stellt sich – insbesondere bei Vorhandensein von Grundstücken im Gesellschaftsvermögen – die Frage, ob die die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschafter den Erben für die Ausrichtung der Abfindung *Sicherheit* zu leisten haben. Das ist m.E. jedenfalls bei Vorliegen von Grundstücken zu bejahen, und es ist zur Sicherstellung des den Erben zustehenden Abfindungsanspruchs auf dem Wege der Analogie die Möglichkeit der Eintragung des Miterben- bzw. Verkäuferpfandrechts i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Ziff. 1 ZGB zuzulassen²²³.

²¹⁷ Dazu IV.3.2.d.aa.aaa. und bbb. hievov. Siehe auch WOLF, Subjektswechsel, S. 18.

²¹⁸ Von einer „Anwachsungsvereinbarung“ – und nicht einer Fortsetzungsklausel – wird hier gesprochen, weil die Zweipersonengesellschaft beim Ableben eines Gesellschafters nicht fortbestehen kann. Vgl. dazu auch IV.3.2.d.aa.ccc. soeben.

²¹⁹ Siehe als Beispiel für Ehegatten als einfache Gesellschafter Musterurkunde VbN Nr. 557.

²²⁰ So Musterurkunde VbN Nr. 557, Ziff. 4 i.f.

²²¹ Zum Ganzen auch WOLF, Feststellung, S. 253. Siehe sodann PFÄFFLI, Ausweis, S. 118 f.; LENZ, S. 126.

²²² HOCH, S. 38.

²²³ WOLF, Anwendbarkeit, S. 1234 ff., mit eingehender Begründung; zustimmend HOCH, S. 39. Demgegenüber hat das Obergericht Zürich in einem Entscheid aus dem Jahre 1983 die Pflicht zur Leistung einer Sicherheit, die vertraglich nicht vereinbart war, verneint; vgl. ZR 82 (1983), Nr. 70, S. 184.

Zusammenfassung anhand des Beispiels 4:

Bei Vorliegen einer Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft durch die bisherigen Gesellschafter unter Ausschluss der Erben führt der Tod des Gesellschafters C nicht zur Auflösung der einfachen Gesellschaft. Diese wird unter den verbleibenden Gesellschaftern A und B fortgesetzt, welchen die anteilmässigen Rechte des verstorbenen C am Gesellschaftsvermögen ipso iure anwachsen. Den Erben X, Y und Z steht ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch gegen A und B zu. Für die im Gesellschaftsvermögen befindlichen Grundstücke sind dem Grundbuchamt ein Todesschein sowie der Gesellschaftsvertrag mit der Fortsetzungs- bzw. Anwachsungsklausel einzureichen; C wird alsdann im Grundbuch mit deklaratorischer Wirkung gestrichen.

3.3. Vereinbarungen über die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters

a. Praktische Bedeutung

Wollen die Gesellschafter für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht auflösen, sondern mit den Erben des Verstorbenen fortsetzen, so ist die Fortsetzungsklausel mit einer *Eintrittsklausel*²²⁴ oder einer *Nachfolgeklausel*²²⁵ zu verbinden. Die Vereinbarung des Eintritts oder der Nachfolge von Erben des verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft kann verschiedene Gründe haben. Denkbar ist, dass sich die Gesellschafter durch die Mitwirkung eines Gesellschafter-Erben Vorteile für die Gesellschaft versprechen. Möglich ist aber auch, dass die Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen wollen, um die – die Gesellschaft u.U. wesentlich schwächende oder gar existenziell bedrohende – Auszahlung der Abfindungssumme an die Erben zu vermeiden²²⁶.

²²⁴ Dazu IV.3.3.b. sogleich.

²²⁵ IV.3.3.c. hienach.

²²⁶ VON STEIGER, S. 423. Zum Ganzen auch HOCH, S. 37 und 39.

b. Eintrittsklausel

aa. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

aaa. Offerte an die Erben zum Eintritt in die Gesellschaft

Im Gesellschaftsvertrag kann den Erben – und zwar allen, einzelnen oder auch nur einem Erben – eines verstorbenen Gesellschafters das Recht eingeräumt werden, in die Gesellschaft einzutreten. Die sog. Eintrittsklausel enthält eine die übrigen Gesellschafter im Falle des Todes eines Gesellschafters bindende *Offerte* an die Erben zum Eintritt in die Gesellschaft²²⁷. Über Annahme oder Ablehnung der Offerte entscheiden allein der oder die eintrittsberechtigten Erben. Der oder die Berechtigte(n) werden durch Abgabe der entsprechenden Willenserklärung in die Gesellschaft aufgenommen²²⁸. Mit dem Akzept der Offerte durch den oder die berechtigten Erben und deren Eintritt in die Gesellschaft wird der Abfindungsanspruch wiederum in die Gesellschaft eingebracht²²⁹. Wird dagegen die Offerte abgelehnt, so kommt es von Gesetzes wegen zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, wenn nicht für diesen Fall die Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern vereinbart worden ist²³⁰.

bbb. Einfache und qualifizierte Eintrittsklausel

Es lassen sich zwei Arten von Eintrittsklauseln unterscheiden: Steht das Eintrittsrecht allen Erben zu, handelt es sich um eine sog. einfache Eintrittsklausel; sind dagegen nur einzelne oder nur einer von mehreren Miterben zum Eintritt berechtigt, liegt eine sog. qualifizierte Eintrittsklausel vor²³¹.

ccc. Form

Die Eintrittsklausel stellt eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung dar, welche nicht in die Rechte der Erben eingreift; diese sind vielmehr frei im Entschieden, ob sie die Offerte zum Eintritt in die Gesellschaft annehmen wollen oder nicht. Dementsprechend wird die Eintrittsklausel im Schrifttum als *Rechtsgeschäft unter Lebenden* qualifiziert und somit nicht den Formvorschriften über die Verfügungen von Todes wegen unterstellt²³².

²²⁷ HAUSHEER, Probleme, S. 107 ff.; VON GREYERZ, S. 82; VON STEIGER, S. 425; BSK-STAEHELIN, N. 13 zu Art. 545/546 OR; LENZ, S. 128.

²²⁸ HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag, S. 135.

²²⁹ HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag, S. 135 f.; HOCH, S. 41.

²³⁰ Vgl. VON STEIGER, S. 426; HOCH, S. 40.

²³¹ Siehe VON GREYERZ, S. 80; WOLF, Subjektswechsel, S. 18; HOCH, S. 40 f.

²³² DRUEY, § 8 N. 46 f.; HAUSHEER, Abgrenzung, S. 95 f.; HOCH, S. 50.

ddd. Allfällig zu beachtender, zusätzlicher gesellschaftsvertraglicher Regelungsbedarf

Mit der Eintrittsklausel erhalten die Erben das Recht, nicht aber die Pflicht, der Gesellschaft beizutreten²³³. Deshalb ist, wenn von Anfang an sichergestellt werden soll, dass die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird, für den (Eventual-)Fall, dass die Erben die Offerte des Eintritts ablehnen, eine *Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern* zu vereinbaren.

Sodann empfiehlt es sich, für den Fall der Annahme der Offerte durch die Erben – insbesondere dann, wenn mehrere Erben vorhanden bzw. eintrittsberechtigt sind – im Gesellschaftsvertrag weitere Regelungen – etwa hinsichtlich des *Stimmrechts* oder der *Einlagen* – vorzusehen²³⁴.

bb. Erbrechtliche Aspekte

Über entsprechende gesellschaftsrechtliche Regelungen²³⁵ hinaus weckt das Planungsziel des Eintritts von Erben in die Gesellschaft regelmässig – vorbehalten bleibt der Fall, in dem der eintrittsberechtigte dereinstiger Alleinerbe sein wird, was freilich keinesfalls immer von vornherein feststeht²³⁶ – auch erbrechtlichen Handlungsbedarf.

Liegt eine einfache Eintrittsklausel vor, so kann der Erblasser das Eintrittsrecht mittels einer *Verfügung von Todes wegen* durch *Teilungsvorschrift* oder *Vermächtnis* demjenigen Erben zuweisen, dem er den Eintritt in die Gesellschaft ermöglichen will. Einer weiteren Absprache mit den anderen Gesellschaftern bedarf es dafür nicht^{237 238}.

²³³ BSK-STAEHELIN, N. 13 zu Art. 545/546 OR.

²³⁴ VON GREYERZ, S. 84 f.; VON STEIGER, S. 425; BSK-STAEHELIN, N. 13 zu Art. 545/546 OR.

²³⁵ Zu diesen IV.3.3.b.aa. soeben.

²³⁶ Man denke z.B. an die Möglichkeit, dass dem Gesellschafter zu einem späteren Zeitpunkt noch ein Nachkomme geboren wird oder dass er sich verheiratet, womit Pflichtteilserven (vgl. Art. 471 Ziff. 1 und 3 ZGB) geschaffen werden.

²³⁷ WOLF, Subjektswechsel, S. 18.

²³⁸ Wird in der Verfügung von Todes wegen des Gesellschafter-Erblassers das Eintrittsrecht nicht einem Erben allein zugewiesen und wollen mehrere oder alle Miterben in die Gesellschaft eintreten, so kann dem Grundsatz nach nicht jedem die volle bisherige Stellung des Erblassers in der Gesellschaft zugewiesen werden. Für diesen Fall sind allenfalls gesellschaftsvertraglich bereits bestimmte Regelungen zu vereinbaren; vgl. schon IV.3.3.b.aa.ddd. hievore. Siehe sodann zu den diesfalls bestehenden Schwierigkeiten HAUSHEER, Probleme, S. 146 ff., und VON GREYERZ, S. 84 f.

Ist im Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Eintrittsklausel zugunsten einzelner oder eines einzigen Miterben vereinbart worden, so verfügt der einzelne Berechtigte damit noch nicht über ein Vorrecht gegenüber seinen Miterben auf Beanspruchung des Eintrittsrechts. Dieses ist ihm deshalb in einer Verfügung von Todes wegen mittels einer *Teilungsvorschrift* oder eines *Vermachnisses* zuzuweisen. Gegebenenfalls wird es zur finanziellen Absicherung des Eintritts angezeigt oder gar erforderlich sein, den dazu berechtigten Erben zusätzlich auch wertmässig zu begünstigen, z.B. mittels Zuweisung einer erhöhten Erbquote oder eines Legats. Vorbehaltlich der Bereitschaft der Miterben zum Eingehen eines Erbverzichtsvertrages sind dabei deren Pflichtteilsrechte zu beachten²³⁹.

Schliesslich ist, damit der Eintritt des berechtigten Erben in die Gesellschaft vollzogen werden kann, die *Erbteilung* entsprechend den im Gesellschaftsvertrag sowie allenfalls zusätzlich in Verfügungen von Todes wegen enthaltenen Vorgaben abzuschliessen. Dafür gelten die allgemeinen, in Art. 634 ZGB vorgesehenen Formvorschriften²⁴⁰.

cc. Verpflichtung der Erben zum Eintritt?

Die gesellschaftsvertragliche Eintrittsklausel stellt nur eine Offerte an die Erben dar und keine Verpflichtung²⁴¹. Die Verankerung einer Eintrittspflicht der Erben im Gesellschaftsvertrag bleibt als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter von vornherein unwirksam²⁴². Allerdings wird gelegentlich in einer Verfügung von Todes wegen mittels Bedingungen und Auflagen eine erbrechtliche „Verpflichtung“ des Erben zum Eintritt in die Gesellschaft zu konstruieren versucht²⁴³. Die Beurteilung einer solchen – problematischen – Anordnung ist grundsätzlich gleich vorzunehmen wie für den Fall der Nachfolgeklausel, weshalb hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird²⁴⁴.

c. Nachfolgeklausel

aa. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

aaa. Inhalt und Zweck

Die Nachfolgeklausel enthält die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, dass die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird, sondern mit den Erben fortbesteht. Die Erben sollen demnach mit dem Ableben des Gesellschafters-Erblassers in die Gesellschaft eintreten. Mittels Nachfolgeklausel wird die *Gesellschafterstellung vererblich* gestaltet²⁴⁵. Die Gesellschaft wird damit beim Tod nicht aufgelöst und die Gesellschafterstellung des Verstorbenen erlischt nicht, sondern fällt als solche in dessen Nachlass²⁴⁶.

Mit der Eintrittsklausel beabsichtigen die Gesellschafter, der Gesellschaft den Kapitalanteil des Verstorbenen zu erhalten oder diesen – der vielleicht Geschäftsführer war – zu ersetzen. Diese Ziele können durch die Eintrittsklausel nur dann erreicht werden, wenn der Erbe die Offerte zum Eintritt auch annimmt²⁴⁷. Mit der Nachfolgeklausel wird deshalb der in mehrfacher Hinsicht *problematische Versuch* unternommen, *die Erben zur Fortsetzung der Gesellschaft zu verpflichten*²⁴⁸. Die Klausel dient denn in erster Linie dem „Schutz der überlebenden Gesellschafter“²⁴⁹.

bbb. Einfache und qualifizierte Nachfolgeklausel

Soll die Gesellschafterstellung auf alle Miterben übergehen, so liegt eine einfache Nachfolgeklausel vor. Soll dagegen die Gesellschafterstellung nur auf bestimmte oder einen Miterben übergehen, so handelt es sich um eine qualifizierte Nachfolgeklausel²⁵⁰.

²³⁹ Siehe zum Ganzen auch WOLF, Subjektwechsel, S. 18 f., m.w.H.; HOCH, S. 40 f.

²⁴⁰ WOLF, Subjektwechsel, S. 19.

²⁴¹ Vgl. IV.3.3.b.aa.aaa. hievor.

²⁴² VON STEIGER, S. 427.

²⁴³ Siehe dazu WOLF, Subjektwechsel, S. 19.

²⁴⁴ IV.3.3.c.cc. hienach.

²⁴⁵ HAUSHEER, Probleme, S. 123; VON GREYERZ, S. 90; HOCH, S. 41 f.; BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR.

²⁴⁶ VON STEIGER, S. 427; VON GREYERZ, S. 91; WOLF, Subjektwechsel, S. 20.

²⁴⁷ Vgl. dazu IV.3.3.b.aa.aaa. hievor. Siehe auch HOCH, S. 42, Fn. 216.

²⁴⁸ Siehe HOCH, S. 41 f.

²⁴⁹ So zu Recht HOCH, S. 41, Klammerbemerkung in Überschrift zu 2.2.

²⁵⁰ VON STEIGER, S. 427; VON GREYERZ, S. 90; BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR.

bb. Erbrechtliche Aspekte und Abwicklung

aaa. Form

Die Nachfolgeklausel, welche die Erben zur Übernahme der Gesellschafterstellung verpflichten will, ist als *Verfügung von Todes wegen* zu qualifizieren²⁵¹. Sie ist deshalb jedenfalls mindestens in der Form des Testaments anzusetzen. Eine „Verpflichtung“ eines Erben zur Nachfolge in die Gesellschaft kann nur mittels Erbvertrages mit dem entsprechenden Erben begründet werden²⁵².

bbb. Vorhandensein eines Alleinerben

Hinterlässt der verstorbene Gesellschafter einen Alleinerben, so wird dieser kraft Nachfolgeklausel mit dem Erbgang grundsätzlich von selbst *Gesellschafter*²⁵³. Selbstverständlich bleiben aber auch dem alleinigen Erben die jedem Erben zustehenden Möglichkeiten vorbehalten, die Erbschaft auszusprechen, diese bloss unter öffentlichem Inventar anzunehmen bzw. ein Begehren um amtliche Liquidation zu stellen oder die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen²⁵⁴.

ccc. Mehrere Erben

aaaa. Ausgangslage

Sind mehrere Erben des verstorbenen Gesellschafters vorhanden, so steht die Gesellschafterstellung vorerst ihnen allen als *Erbengemeinschaft* zu. Der Grundsatz der Universalsukzession (Art. 560 ZGB) greift hier, und zwar selbst dann, wenn die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung aufgrund einer qualifizierten Nachfolgeklausel personell auf einzelne oder auch nur einen Erben beschränkt worden ist²⁵⁵. Die Erbengemeinschaft kann auch mit einer Vereinbarung über die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung nicht umgangen werden²⁵⁶. Die Nachfolgeklausel macht mithin die Gesellschafterstellung zwar vererblich, vererbt sie aber nicht²⁵⁷. Damit besteht bei

²⁵¹ DRUEY, § 8 N. 46 f.; HOCH, S. 50. A.M. BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR.

²⁵² Zutreffend HOCH, S. 50.

²⁵³ VON GREYERZ, S. 93; WOLF, Subjektswechsel, S. 20.

²⁵⁴ Dazu IV.3.3.c.c.c. hienach.

²⁵⁵ VON GREYERZ, S. 92.

²⁵⁶ HAUSHEER, Probleme, S. 154; BRÄM, S. 86. A.M. BK-HARTMANN, N. 15 zu Art. 574 OR, wonach mittels Nachfolgeklausel die Gesellschafterposition direkt übertragen werden kann; solches bedeutete eine Sondererbfolge und ist daher mit HAUSHEER, Probleme, S. 140 ff., abzulehnen.

²⁵⁷ VON STEIGER, S. 427, Fn. 241; VON GREYERZ, S. 91.

Vorhandensein einer Mehrheit von Erben auch erbrechtlicher Handlungsbedarf²⁵⁸.

bbbb. Erbrechtliche Möglichkeiten der Zuweisung der Gesellschafterstellung

Ist eine einfache Nachfolgeklausel vereinbart, so kann der Erblasser einem beliebigen Erben die Gesellschafterstellung in einer Verfügung von Todes wegen mittels einer *Teilungsvorschrift* oder eines *Vermächtnisses* zuwenden.

Liegt eine qualifizierte Nachfolgeklausel vor, so ist die Gesellschafterstellung ebenfalls in einer Verfügung von Todes wegen durch *Teilungsvorschrift* oder *Vermächtnis* dem nachfolgeberechtigten Erben zuzuweisen. Denn dieser verfügt allein aufgrund der zu seinen Gunsten lautenden Nachfolgeklausel gegenüber seinen Miterben noch über keinen Anspruch auf Zuweisung der Gesellschafterstellung.

Gegebenenfalls wird erforderlich sein, den nachfolgeberechtigten Erben nicht nur im eben umschriebenen Sinne objektmässig, sondern zusätzlich wertmässig zu begünstigen, so dass er auch wirtschaftlich in die Lage versetzt wird, den Nachfolgeanspruch faktisch auszuüben²⁵⁹. Bei der entsprechenden Begünstigung sind allfällige Pflichtteilsrechte der Miterben zu berücksichtigen²⁶⁰.

cccc. Vollzug der Nachfolge

Zum Vollzug der Nachfolge eines oder mehrerer berechtigter Erben in die Gesellschaft bedarf es bei einer Erbenmehrheit des Abschlusses der *Erbteilung* in den allgemeinen Formen des Art. 634 ZGB bzw. der *Ausrichtung des entsprechenden Vermächtnisses*. Die Gesellschafterstellung ist im Erbteilungsvertrag bzw. in der Vereinbarung über die Auslieferung des Vermächtnisses dem nachfolgeberechtigten zuzuweisen²⁶¹. Die übrigen Gesellschafter sind an diesem Vorgang nicht beteiligt²⁶².

²⁵⁸ Zum Ganzen schon WOLF, Subjektswechsel, S. 20.

²⁵⁹ Dazu VON GREYERZ, S. 94 f.

²⁶⁰ Zum Ganzen WOLF, Subjektswechsel, S. 20.

²⁶¹ Siehe BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR; WOLF, Subjektswechsel, S. 21.

²⁶² Zu beachten ist, dass die Gesellschaft ohne anderslautende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nur dann fortgesetzt wird, wenn die Gesellschafterstellung in der Erbteilung bzw. bei der Ausrichtung des Legates auch tatsächlich dem nachfolgeberechtigten zugewiesen wird. Ist das nicht der Fall, so wird die Gesellschaft aufgelöst. Eine qualifizierte Nachfolgeklausel kann sodann gegen den Willen der daraus nicht berechtigten Erben nur dann durchgesetzt werden, wenn der Erblasser zusätzlich eine Teilungsvorschrift oder ein Vermächtnis zugunsten des

dddd. Erbengemeinschaft als Gesellschafterin?

Fraglich ist, ob bei einer Nachfolgeklausel zugunsten mehrerer Miterben die Erbengemeinschaft als solche Gesellschafterin wird²⁶³. Das ist zu verneinen. Die Erbengemeinschaft als solche kann nicht Gesellschafterin einer fortzusetzenden Gesellschaft sein²⁶⁴ ²⁶⁵. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass die Erbengemeinschaft eine bloss Liquidationsgesellschaft mit dem einzigen Zweck ihrer eigenen Auflösung darstellt²⁶⁶. Dementsprechend besteht denn – solange die Erbengemeinschaft andauert – gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB ein grundsätzlich jederzeitiger Teilungsanspruch jedes Miterben. Würde die Erbengemeinschaft als solche Gesellschafterin, so wäre folglich auch die einfache Gesellschaft, an der die Erbengemeinschaft beteiligt sein soll, einer jederzeitigen Auflösungsmöglichkeit unterworfen. Denn die Gesellschaft wird ja aufgelöst, wenn auch nur ein Gesellschafter ihr nicht mehr angehören kann oder will²⁶⁷.

Wenn mehrere Erben die Gesellschaft fortsetzen, so liegt in Bezug auf den Gesellschaftsanteil des Erblassers eine *Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft* vor²⁶⁸. Die mehreren Erben bilden unter sich anschliessend eine Untergesellschaft im Rahmen der einfachen Gesellschaft. Als Subgesellschafter zu gesamter Hand soll ihnen insgesamt nur die Stellung und das Stimmrecht zukommen, das ihrem Gesellschafter-Erblasser zustand. Es empfiehlt sich, bereits im Gesellschaftsvertrag entsprechende Regelungen zu treffen²⁶⁹.

cc. Zur Verpflichtung der Erben zur Nachfolge

Die Verankerung einer Verpflichtung der Erben zur Nachfolge in die Gesellschaft im inter vivos unter den Gesellschaftern abgeschlossenen *Gesell-*

Nachfolgeberechtigten vorgesehen hat; vgl. schon IV.3.3.c.bb.ccc.bbbb. soeben. Zum Ganzen VON GREYERZ, S. 95; BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR.

²⁶³ So BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR.

²⁶⁴ HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 41.

²⁶⁵ Dagegen wäre solches im Rahmen einer Liquidationsgesellschaft möglich, weil diese keine weiteren Zwecke als die eigene Liquidation verfolgt.

²⁶⁶ Dazu WOLF, Grundfragen, S. 8, 54, 180 f., m.w.H.

²⁶⁷ Vgl. III.4.2. hievon.

²⁶⁸ Eingehend zur Umwandlung der Erbengemeinschaft WOLF, Grundfragen, S. 169 ff.

²⁶⁹ Mit dem Eintritt mehrerer Miterben als nunmehrige Untergesellschafter in die Gesellschaft und entsprechender Regelung lässt sich vermeiden, dass bei einer Nachfolge mehrerer Miterben in die einfache Gesellschaft eine Vervielfältigung der Gesellschaftsrechte des Gesellschafter-Erblassers stattfindet, wodurch die bisherigen Kräfteverhältnisse in der Gesellschaft „völlig durcheinandergbracht“ werden; siehe dazu HAUSHEER, Probleme, S. 147.

schaftsvertrag ist als Vertrag zulasten Dritter zu qualifizieren und deshalb von vornherein *ausgeschlossen*²⁷⁰.

Demgegenüber erweist sich die Statuierung einer „Verpflichtung“ mortis causa zur Nachfolge der Erben in die Gesellschaft bei Wahrung der Form einer *Verfügung von Todes wegen* sowie im Rahmen der verfügbaren Quote dem Grundsatz nach als möglich. Eine möglichst weitgehende Verpflichtung zur Übernahme der Gesellschafterstellung lässt sich dabei nur mittels *Erbvertrages mit dem entsprechenden Erben* erreichen²⁷¹. Selbst dann ist aber nicht letzte Sicherheit darüber gewonnen, dass der Erbe tatsächlich Gesellschafter wird. Denn eine solche als Auflage oder Bedingung zu erlassende Disposition ist dem Risiko ausgesetzt, dass sie wegen ihres starken Eingriffs in die persönliche Freiheit des betroffenen Erben als *unsittlich oder widerrechtlich* einzustufen ist und damit i.S.v. Art. 482 Abs. 2 ZGB die Verfügung ungültig macht²⁷². Im Weiteren kann sich ergeben, dass die Erben die Gesellschafterstellung wegen der damit verbundenen persönlichen Belastungen bzw. Bindungen oder der finanziellen Risiken gar nicht übernehmen wollen. Die Nachfolge in die Gesellschaft kann die persönliche Freiheit der Erben übermässig einschränken, insbesondere dann, wenn der Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen zu Arbeitsleistungen bzw. zur Geschäftsführung oder ein Konkurrenzverbot enthält²⁷³. Dennoch wäre es nicht zutreffend, allein deswegen die formgerecht angeordnete Nachfolgeklausel per se als ungültig zu erklären²⁷⁴. Vielmehr können in solchen Fällen die Erben auch die erbrechtlichen Möglichkeiten der Annahme unter *öffentlichem Inventar* (Art. 580 ff. ZGB), des Begehrens um *amtliche Liquidation* der Erbschaft (Art. 593 ff. ZGB) – welches die Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht²⁷⁵ – sowie der *Ausschlagung* (Art. 566 ff. ZGB) ergreifen²⁷⁶. Der Erbe kann aber die Erbschaft auch annehmen und beim Richter die *Auflösung* der Gesellschaft *aus wichtigen Gründen* verlangen (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 und Abs. 2 OR). Was dabei als wichtiger Grund zu anerkennen ist, ist vor allem auch unter dem Gesichtspunkt der übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB zu beurteilen; eine solche kann sich insbesondere aus der Belastung des Erben durch die Gesellschafterstellung ergeben²⁷⁷. Generell sind die Anforderungen an den wichtigen Grund möglichst tief anzusetzen, denn die Gesellschaft ist ja nicht von den Erben, sondern vom Erblasser eingegangen worden. Eigentlich

²⁷⁰ Siehe HAUSHEER, Probleme, S. 115 ff.; VON GREYERZ, S.83; VON STEIGER, S. 427.

²⁷¹ Vgl. schon IV.3.3.c.bb.aaa., m.w.H.

²⁷² Siehe zum Ganzen auch VON STEIGER, S. 426 f.; WOLF, Subjektswechsel, S. 19.

²⁷³ SCHAUB, S. 17 ff. Siehe auch HAUSHEER, Probleme, S. 128 f.

²⁷⁴ BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 545/546 OR.

²⁷⁵ ZK-SIEGWART, N. 7 zu Art. 545-547 OR.

²⁷⁶ WOLF, Subjektswechsel, S. 20 f.

²⁷⁷ VON STEIGER, S. 428; VON GREYERZ, S. 93; HAUSHEER, Probleme, S. 133.

müsste – soll nicht der unter Lebenden unzulässige Vertrag zulasten Dritter auf dem Umweg über erbrechtliche Bedingungen und Auflagen doch noch ermöglicht werden – bereits der Wille der Erben, nicht Gesellschafter zu werden, als wichtiger Grund anerkannt werden²⁷⁸. Das hat jedenfalls dann zu gelten, wenn die Nachfolge bloss testamentarisch und nicht erbvertraglich unter Einbezug des entsprechenden Erben angeordnet worden ist.

Den Erben bleiben also mehrere Möglichkeiten, um nicht in die Gesellschaft nachfolgen zu müssen, ja sie können diese gar zur Auflösung bringen. Wollen die Gesellschafter diese Folgen vermeiden, so haben sie im Gesellschaftsvertrag für den (Eventual-)Fall, dass die Erben die Nachfolge nicht antreten, eine *Fortsetzungsklausel ohne Erben* vorzusehen. Die letzteren sind dann allerdings auf schuldrechtlicher Ebene abzufinden.

²⁷⁸ Zum Ganzen auch schon WOLF, Subjektswechsel, S. 21. Nach SCHAUB, S. 29, müssen die Erben überhaupt frei bestimmen können, ob sie in die Gesellschaft eintreten.

V. Fazit

Die einfache Gesellschaft erweist sich in ihren Bezügen zum Erb- und zum Sachenrecht als eine komplexe Erscheinung. Das liegt wesentlich daran, dass sich im Gesellschaftsrecht zwar Regelungen zur einfachen Gesellschaft im Allgemeinen sowie zu ihrer Gründung und ihrer Auflösung finden, dass aber im Übrigen vieles – wie insbesondere die Vorgänge des Gesellschafterwechsels und die im Hinblick auf das Ableben eines Gesellschafters möglichen Vereinbarungen – nicht näher normiert wird. Das lässt sich wohl daraus erklären, dass die erwähnten Vorgänge letztlich solche des allgemeinen Vermögensrechts, insbesondere des Sachen- und des Erbrechts, darstellen. Es steht denn m.E. nichts entgegen, diesbezüglich auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen.

Für die Beratungspraxis sowie die Tätigkeit der Notarinnen und Notare ist Folgendes mitzunehmen. Angesichts der bestehenden offenen Fragen und Kontroversen ist in allen Zweifelsfällen dem *Grundsatz der Beschreitung des sichereren Weges* nachzuleben. Das bedeutet insbesondere, dass für lebzeitige Gesellschafterwechsel das Grundgeschäft und die Verfügung wo immer möglich in *Schriftform* abzufassen und dass in allen Zweifelsfällen über das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden oder eines solchen von Todes wegen die *Formvorschriften der Verfügungen von Todes wegen* einzuhalten sind. Schliesslich ergibt sich für die Rechtsgeschäftsplanung die Einsicht, dass *nicht alles machbar* ist und dass es insbesondere *nicht sinnvoll* – ja letztlich für die Gesellschaft selbst kontraproduktiv – sein kann, Erben ohne oder gar gegen ihren Willen in die Gesellschaft aufnehmen zu wollen. Soll die Auflösung der Gesellschaft in den vom Gesetz vorgesehenen Tatbeständen tatsächlich unterbleiben, so ist dafür am ehesten die Fortsetzung unter den verbleibenden Gesellschaftern zu vereinbaren.