

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

154. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
März
2018

3 2018

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 163** Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärbindungsvertrags
Von Prof. Dr. iur. THOMAS JUTZI und
MLaw FABIAN EISENBERGER, Bern
- 208** Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016
Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER und
MANFRED STRIK, MLaw, Rechtsanwalt, Bern

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiber INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTTEBACH, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 187.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 146.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 163.–, Ausland CHF 205.–,
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 128.–,
Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25

E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 2014 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärbindungsvertrags

Von Prof. Dr. iur. THOMAS JUTZI und
MLaw FABIAN EISENBERGER (Bern)*

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage**
- II. Rechtliche Qualifikation eines Aktionärbindungsvertrags**
 - A. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge
 - B. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge
 - C. Mischformen
- III. Beitritt einer Vertragspartei**
 - A. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge
 - B. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge
- IV. Ausscheiden einer Vertragspartei**
 - A. Überblick
 - 1. Terminologie
 - 2. Das Instrument der Fortsetzungsklausel
 - B. Ausscheiden im engeren Sinn
 - 1. Ausscheiden als Todesfolge
 - 2. Ausscheiden infolge Liquidation/Konkurs
 - 3. Weitere Möglichkeiten des Ausscheidens
 - C. Austritt
 - 1. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge
 - 2. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge
 - D. Ausschluss
 - 1. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge
 - 2. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge

* Überarbeitete und erweiterte Fassung eines anlässlich von der Universität St. Gallen durchgeführten Tagung «St. Galler Gesellschaftsrechtstagung XIII» am 4. Mai 2017 in Zürich gehaltenen Referats des erstgenannten Autors. Die Autoren danken MLaw Janine Müller, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, für ihre kritische Durchsicht und wertvollen Hinweise.

V. Subjektwechsel

- A. Subjektwechsel aufgrund erbrechtlicher Rechtsnachfolge
 - 1. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge
 - 2. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge
- B. Rechtsgeschäftlicher Subjektwechsel
 - 1. Natürliche Personen
 - 2. Juristische Personen

VI. Aktien im Gesamteigentum als Sonderfall

- A. Beitritt
- B. Ausscheiden
- C. Subjektwechsel

VII. Exkurs: Bestandsänderungen von ABV bei Publikumsgesellschaften

- A. ABV als Gruppentatbestand des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes
- B. Bestandsänderungen bei Publikumsgesellschaften
 - 1. Meldepflicht
 - 2. Angebotspflicht

VIII. Fazit

I. Ausgangslage

Um die Nachteile der fehlenden Treue- und Sorgfaltspflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft oder ihren Mitgesellschaftern ausgleichen bzw. um personalistische Elemente einführen zu können, schliessen die Gesellschafter einer Aktiengesellschaft Aktionärbindungsverträge (ABV) ab.¹ ABV erlauben den Aktionären, sich zusätzlich zur gesetzlichen Liberierungspflicht² weitere Pflichten aufzuerlegen,³ primär mit dem Ziel, die Willensbildung von Aktien-

1 Ausführlich zu diesen Gründen: BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 280; DIETER HAAB, Der Aktionärbindungsvertrag, Vereinbarung zur Ergänzung des Aktienrechts und Mittel für eine massgeschneiderte Nachfolgeregelung, ST 2007, 383 ff.; ROLAND MÜLLER/KATRIN BIEDERMANN, Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung, AJP 2015, 885 ff.

2 Vgl. Art. 680 Abs. 1 OR.

3 ABV sind demzufolge vertragliche Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Parteien über Rechte und Pflichten, welche einen Zusammenhang zur Aktionärsstellung eines oder mehrerer Beteiligten bei einer bestimmten Aktiengesellschaft haben. Daher muss mindestens eine Vertragspartei als Aktionär, als künftiger Ak-

gesellschaften effektiver zu beeinflussen,⁴ aber auch um zur Stabilisierung der Machtverhältnisse beizutragen sowie zu Konzernierungszwecken.⁵ Um einen dauerhaften Einfluss auf die den ABV betreffende Aktiengesellschaft ausüben zu können, haben die Vertragsparteien ein grosses Interesse daran, die Stimmrecht vermittelnden Aktien im ABV eingebunden zu behalten.⁶ Konkret sollen vom ABV umfasste Aktien auch dann gebunden bleiben, wenn sie verkauft oder vererbt werden. Aus diesem Grund sind ABV in der Regel als Dauerrechts- bzw. Dauerschuldverhältnisse ausgestaltet.⁷ Die lange Dauer des Vertragsverhältnisses und die i. d. R. grosse Anzahl an Vertragsparteien haben allerdings zur Folge, dass es häufig zu einer Änderung im Bestand der Vertragsparteien kommt. Eine solche Änderung kann entweder einen Einfluss auf die Gesamtzahl der Vertragsparteien haben oder bestandsneutral erfolgen. Der erste Fall tritt

tionär qualifizieren oder zur Ausübung von Aktionärsrechten befugt sein. Siehe MONIKA HINTZ-BÜHLER, Aktionärbindungsverträge, Diss. Bern 2001, 5 f.; vgl. auch HAAB (Fn. 1), 384. ABV werden häufig auch als Aktionärskonsortium, Aktionärs-syndikat, Poolvertrag oder Stimmbindungsvertrag bezeichnet (vgl. MÜLLER/BIEDERMANN [Fn. 1], 886; SANDRO GERMANN, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich, St. Gallen 2015, 40). Inhaltlich betreffen ABV häufig folgende Bereiche: (i) Verfügungsbindungen: Bindung der von Vertragsparteien gehaltenen Aktien (Beschränkungen oder Verbot von Veräusserungen oder gegenseitige Erwerbsberechtigungen), vgl. DAMIAN FISCHER, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Vertrags-, gesellschafts- und börsenrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 2009, 26 f.; HAAB [Fn. 1], 385 f.; (ii) Stimmrechtsbindung: Bindung hinsichtlich der Ausübung von Mitwirkungsrechten und -pflichten als Aktionär oder als Organ der Gesellschaft (vgl. PETER FORSTMOSER, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl [Hrsg.], Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 377 ff., 384; HAAB [Fn. 1], 385); und (iii) vermögensrechtliche Vereinbarungen: Verpflichtungen bezüglich der vermögensmässigen Aktionärsrechte (z. B. Absprachen bezüglich Gewinnverwendungspolitik), vgl. GERMANN [Fn. 3], 55; FISCHER [Fn. 3], 27.

4 HANS GLATTFELDER, Die Aktionärbindungsverträge, ZSR 78 (1959) II, 141a ff., 156a; MARKUS VISCHER, Der Aktionärsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425 ff., 426.

5 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 16; FISCHER (Fn. 3), 17 f.

6 Terminologisch bedeuten «gebundene Aktien», dass sich die Vertragsparteien vertraglich in der Ausübung ihrer Aktionärsrechte beschränken und daher die Aktien gebunden sind, vgl. FISCHER (Fn. 3), 2 und 7.

7 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 150.

ein, wenn eine Vertragspartei neu beitrifft oder eine bisherige Partei ausscheidet. Wenn sich die Zusammensetzung, nicht aber die Anzahl der Vertragsparteien ändert (Eintritt bei gleichzeitigem Austritt), wird hingegen von einem Subjektwechsel im ABV gesprochen.⁸

Nachfolgend sollen die unterschiedlichen Möglichkeiten und Rechtsfolgen eines Parteiwechsels im ABV dargestellt werden. Da diese häufig von der Art der ABV abhängen, werden vorgängig die unterschiedlichen rechtlichen Qualifikationsmöglichkeiten der ABV dargestellt.

II. Rechtliche Qualifikation eines Aktionärbindungsvertrags

Die Lehre unterscheidet im Zusammenhang mit ABV grundsätzlich zwei Vertragstypen: (i) Gesellschaftsverträge sowie (ii) ein- bzw. zweiseitige Schuldverträge.⁹ Zudem existieren auch Mischformen oder zusammengesetzte Verträge.¹⁰

A. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge

Die meisten ABV sind in der Form einer einfachen Gesellschaft ausgestaltet.¹¹ Art. 530 Abs. 1 OR schreibt vor, dass eine solche Gesellschaft vorliegt, wenn eine «vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln» gegeben ist. Die wichtigste Voraussetzung eines gesellschaftsrechtlichen ABV – in Abgrenzung

8 Subjektwechsel sind insbesondere bei Nachfolgeplanungen in kleineren und mittleren Familienunternehmen von Relevanz. Gerade hier ist die rechtliche Situation sehr komplex, kommen doch zu den vertraglichen Schwierigkeiten in der Regel noch steuer- und erb- bzw. eherechtliche Fragestellungen hinzu. Vgl. unten IV. A.; siehe auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, *Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2015, 155.

9 BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 620 N 36; HAAB (Fn. 1), 383.

10 FORSTMOSER (Fn. 3), 385; MÜLLER/BIEDERMANN (Fn. 1), 887.

11 FISCHER (Fn. 3), 29; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 49; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 25; kritisch: VISCHER (Fn. 4), 427 ff., der vor einer vorschnellen Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft bei ABV warnt und sich dagegen für eine vermehrte Annahme von Innominatkontrakten ausspricht.

zu einem schuldrechtlichen ABV – ist der auf einem rechtlichen Bindungswillen beruhende, gemeinsam verfolgte Zweck. Klassische gesellschaftsrechtliche ABV stellen Vereinbarungen im Rahmen eines gemeinsamen Erwerbs bzw. einer gemeinsamen Veräusserung von Aktien oder im Rahmen von Stimmbindungsvereinbarungen dar.¹² So schliessen sich einzelne Aktionäre in Mehrheits- oder Beherrschungskonsortien zusammen, um eine Stimmenmehrheit an der Generalversammlung ausüben zu können, bzw. in Minderheitskonsortien, um beispielsweise eine Sperrminorität aufzubauen.¹³ Schliessen sich sämtliche Aktionäre zusammen, liegt der Spezialfall einer «Doppelgesellschaft» vor,¹⁴ d. h., der Gesellschafterkreis der Aktiengesellschaft und der ABV ist kongruent.¹⁵

B. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge

Eine generelle rechtliche Qualifikation von schuldrechtlichen ABV gestaltet sich angesichts der vielen auftretenden Varianten von ABV als schwierig.¹⁶ Allgemein kann konstatiert werden, dass – im Unterschied zu gesellschaftsrechtlichen ABV – die Vertragsparteien bei einem schuldrechtlichen ABV keinen gemeinsamen Zweck verfolgen.¹⁷ Verpflichtungen, die eine oder mehrere Vertragsparteien im ABV eingehen, entstehen deshalb immer zwischen den einzelnen Vertragsparteien und nicht gegenüber der Gesamtheit der Vertragsparteien.

In der Praxis werden ein- und zweiseitige (schuldrechtliche) ABV unterschieden:¹⁸ Bei einseitigen ABV verpflichtet sich nur eine Vertragspartei bezüglich eigener Rechte und Pflichten aus ihrer Aktionärsstellung.¹⁹ Beispielsweise kann sich der Verkäufer vom Käu-

12 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 50.

13 FISCHER (Fn. 3), 30; GERMANN (Fn. 3), 44; GLATTFELDER (Fn. 4), 163a.

14 Ausführlich dazu: BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 530 N 16; HAAB (Fn. 1), 384.

15 Solche Doppelgesellschaften treten häufig im Zuge von geplanten Unternehmensnachfolgen auf. Ausführlich zu den Unternehmensnachfolgen: HAAB (Fn. 1), 384.

16 Ähnlich auch: HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 31 f.

17 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 25 und 29 ff.

18 MÜLLER/BIEDERMANN (Fn. 1), 887; vgl. auch: GERMANN (Fn. 3), 40.

19 Dieser Typus kommt in der Praxis allerdings kaum vor. Siehe dazu FISCHER (Fn. 3), 32; GERMANN (Fn. 3), 41; THEODOR LANG, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Diss. Basel 2003, 20.

fer seiner Aktien zusätzlich zum Verkauf zusichern lassen, dass dieser die Aktien in einer bestimmten Weise verwendet. Dagegen schulden sich bei zwei- oder mehrseitigen Vertragsverhältnissen, z. B. bei Kaufs- oder Vorkaufsverträgen, sämtliche Vertragsparteien gegenseitig eine Leistung, ohne dass ein gemeinsames Gesellschaftsziel im Vordergrund steht.²⁰

C. Mischformen

In vielen Fällen enthalten ABV sowohl gesellschafts- wie auch schuldrechtliche Elemente und gelten somit als Innominatverträge, d. h. entweder als gemischte Verträge, in denen Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert wurden, oder als Verträge eigener Art (auch Verträge *sui generis* genannt).²¹ Beispielsweise kann ein ABV sowohl eine (gesellschaftsrechtliche) Stimmrechtsbindungsklausel als auch eine (schuldrechtliche) Verkaufsrechtsklausel enthalten. Ob ein bestimmter Abschnitt des ABV schuldrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Natur ist, muss durch einzelfallbezogene Auslegung ermittelt werden. Um dieser drohenden Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken, ist es ratsam, den ABV möglichst exakt und umfassend abzufassen, d. h. genaue Regelungen bezüglich Rechtswirkungen und -folgen zu vereinbaren.

III. Beitritt einer Vertragspartei

Bei einem Beitritt (oder auch Eintritt) tritt eine neue Vertragspartei in den ABV ein, ohne dass sie die Vertragsstellung einer anderen Partei einnimmt (d. h., es erhöht sich die Anzahl der Vertragsparteien).²²

20 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 25; MÜLLER/BIEDERMANN (Fn. 1), 887 f.

21 FISCHER (Fn. 3), 28; HAAB (Fn. 1), 383; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 29; VISCHER (Fn. 4), 430 f.; vgl. generell zum Innominatvertrag: BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 5 ff.

22 So auch FISCHER (Fn. 3), 153; GERMANN (Fn. 3), 77; STEPHAN WOLF, Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften, ZBGR 81/2000, 1 ff., 6 (zit. WOLF, Subjektwechsel).

Der Vorgang des Beitritts kann somit als Aufnahme in den Kreis der Vertragsparteien bezeichnet werden;²³ dagegen ist der (Zu-)Kauf weiterer Aktien kein Beitritt im obigen Sinne.²⁴ Die Voraussetzungen für einen Beitritt unterscheiden sich je nach Qualifikation des infrage stehenden ABV.

A. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge

Für gesellschaftsrechtliche ABV gilt das Recht der einfachen Gesellschaft.²⁵ Ein Beitritt von neuen Vertragsparteien ist somit nur mit der Einwilligung der übrigen Gesellschafter möglich (Art. 542 Abs. 1 OR). Allerdings ist diese Bestimmung nicht zwingender Natur;²⁶ Der ABV kann eine davon abweichende Beschlussfassung vorsehen, worunter Mehrheitsbeschlüsse oder Beschlüsse durch ein Beitrittsgremium fallen, weiter können auch Bedingungen an die Person des neu Eintretenden gestellt werden.²⁷

Bei dem hier interessierenden rechtsgeschäftlichen Beitritt erfolgt die Beschlussfassung zum Beitritt durch Mitwirkung an einem zu schliessenden Beitrittsvertrag; d. h., zwischen der neuen Vertragspartei und den bisherigen Parteien ist ein Beitrittsvertrag abzuschlies-

23 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 188 f.

24 Allerdings enthalten die meisten ABV eine Klausel, die nicht nur jene Aktien bindet, die sich gegenwärtig im Besitz der Vertragsparteien befinden, sondern auch alle zukünftigen. Vgl. dazu BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 55.

25 In diesem Beitrag wird hauptsächlich der rechtsgeschäftliche Beitritt einer Vertragspartei behandelt. Für einen Beitritt von Gesetzes wegen oder durch Urteil fehlt eine entsprechende (positive) Gesetzesvorschrift. Ausführlich zum Beitritt von Gesetzes wegen: FISCHER (Fn. 3), 155 und 160 f.; GERMANN (Fn. 3), 77; KARIN MÜLLER, Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 2003, N 175 ff.

26 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 55; BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 1; FISCHER (Fn. 3), 155; GERMANN (Fn. 3), 46 f.; MÜLLER (Fn. 25), N 181; a. M.: ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 8, die Mehrheitsbeschlüsse nur in ausgewählten Fällen zulassen wollen.

27 BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 1; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 188 f.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 12 N 99; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 65.

sen, in dem einerseits die bisherigen Vertragsparteien dazu verpflichtet werden, die beitretende Vertragspartei im ABV aufzunehmen. Andererseits verpflichtet sich die beitretende Vertragspartei, die im ABV festgesetzten Pflichten zu erfüllen.²⁸ Der Beitrittsvertrag kann formfrei²⁹ innerhalb der Schranken von Art. 19/20 OR ausgestaltet werden. Eine Ausgestaltungsmöglichkeit besteht darin, dass der Beitritt vom Willen der bisherigen Vertragsparteien oder des Beitretenden abhängig gemacht werden kann.³⁰ Der Abschluss des Beitrittsvertrags führt zu einer Änderung des bisherigen ABV bezüglich der Vertragsparteien. Aus diesem Grund bildet im Anschluss der Beitrittsvertrag zusammen mit dem eigentlichen ABV die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses.

Durch den Beitritt haftet die neueintretende Vertragspartei grundsätzlich nur für Verbindlichkeiten, die nach ihrem Eintreten in den ABV begründet werden.³¹ Für jene Verbindlichkeiten, die vor dem Beitritt eingegangen wurden, haftet die neueintretende Vertragspartei (im Aussenverhältnis) nicht, ausser wenn sie eine Schuldübernahme nach aussen hin kundgibt oder wenn die Kontinuität der Gesellschaft ausdrücklich im Vordergrund steht.³² Insbesondere letztere Ausnahme dürfte bei gesellschaftsrechtlichen ABV regelmässig gegeben sein, weshalb im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine umfassende Haftung bei Neueintritt vorliegt. Im Übrigen haftet die neueintretende Vertragspartei im Innenverhältnis mangels Gesellschaftsvermögens sowohl persönlich als auch solidarisch.³³

28 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 60; FISCHER (Fn. 3), 156; STEPHAN WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschaft, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, Schriften INR 1, Bern 2005, 47 ff., 80 (zit. WOLF, Aspekte).

29 MÜLLER (Fn. 25), N 179; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 7.

30 In letzterem Fall wird der neueintretenden Partei ein Beitrittsrecht eingeräumt, vgl. FISCHER (Fn. 3), 157.

31 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 88; BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 2 bzw. Art. 544 N 25; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 27), § 12 N 101.

32 BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 2; ZK OR-SIEGWART, Art. 542 N 15.

33 Vgl. Art. 544 Abs. 3 OR.

B. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge

Der rechtsgeschäftliche Beitritt einer Vertragspartei zu einem schuldrechtlichen ABV ist gesetzlich nicht explizit vorgesehen.³⁴ Die neueintretende Partei kann dem (zwei- oder mehrseitigen) schuldrechtlichen ABV auf der einen oder anderen Seite des schuldrechtlichen Austausch- oder Leistungsverhältnisses aus eigenem Antrieb oder auf Offerte hin beitreten.³⁵ Für diesen Beitritt ist allerdings die Zustimmung aller aktuellen und künftigen Vertragsparteien notwendig,³⁶ da sich auch die Rechtsposition sämtlicher Parteien durch einen Vertragseintritt verändern könnte.³⁷ Deshalb ist dogmatisch davon auszugehen, dass der Vertragsbeitritt mittels drei- oder mehrseitigem Innominatkontrakt erfolgt, welcher zwischen der eintretenden Partei und den bisherigen Vertragsparteien geschlossen wird.³⁸

Als Folge des Vertragsbeitritts verpflichtet sich die neueintretende Partei (zusammen mit den bisherigen Vertragsparteien) als Solidarschuldnerin gemäss Art. 143 ff. OR.³⁹ Die Haftung der anderen Vertragsparteien wird durch den Eintritt nicht berührt bzw. nicht vermindert.⁴⁰

IV. Ausscheiden einer Vertragspartei

Eine Partei scheidet aus dem ABV aus, wenn die Parteistellung beendet wird, der Vertrag an sich aber gleichzeitig fortbesteht.⁴¹ Im Unterschied zum Subjektwechsel⁴² geht die Vertragsstellung der ausscheidenden Partei vollständig unter; eine Übertragung findet nicht statt.

34 Ein Beitritt von Gesetzes wegen bzw. durch ein gerichtliches Urteil ist nicht möglich, vgl. FISCHER (Fn. 3), 164.

35 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 214.

36 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 189.

37 Z. B. können nach einem Vertragseintritt mehrere Parteien anteilmässig vorkaufsberechtigt sein und somit das Vorkaufsrecht einzelner Vertragsparteien abschwächen.

38 Ähnlich auch GERMANN (Fn. 3), 78.

39 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 214.

40 BSK OR I-GRABER, Art. 144 N 1; vgl. auch Urteil des BGer 4C.269/2003 vom 15. Dezember 2004, E. 6.

41 FISCHER (Fn. 3), 123; GERMANN (Fn. 3), 71; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 186.

42 Vgl. zum Subjektwechsel unten V.

A. Überblick

1. Terminologie

Beim Ausscheiden kann (terminologisch) unterschieden werden, ob dieses vom Willen einer der Vertragsparteien oder vom Eintreten eines bestimmten Sachverhalts abhängig war. Als Austritt bezeichnet man ein Ausscheiden, das vom Willen der ausscheidenden Vertragspartei abhängig ist⁴³ – m. a. W. wenn einzelne oder alle Vertragsparteien die Möglichkeit der Kündigung bzw. einer Austrittserklärung haben. Ein Ausscheiden, das vom Willen der übrigen Vertragspartner abhängig ist, wird hingegen Ausschluss genannt⁴⁴ und stellt aus Sicht des Betroffenen ein unfreiwilliges Ausscheiden dar.

In der Regel kommt es zum Ausscheiden, wenn ein bestimmter Sachverhalt vorliegt bzw. eintritt. Dies wird auch als Ausscheiden im engeren Sinn bezeichnet.⁴⁵ Der ABV kann im Rahmen von Art. 19/20 OR verschiedene Tatbestände oder Voraussetzungen vorsehen, bei deren Eintritt eine Vertragspartei ohne weitere Massnahmen aus dem ABV ausscheidet (beispielsweise handelt es sich bei diesen Tatbeständen um den Verlust der Aktionärsstellung infolge Verkauf bzw. Liquidation, den Tod der Vertragspartei oder die Aufgabe der Erwerbstätigkeit im betreffenden Unternehmen).⁴⁶

2. Das Instrument der Fortsetzungsklausel

In der Praxis werden in einem ABV häufig die Folgen des Eintritts einer der obengenannten Voraussetzungen oder eines Tatbestands nicht oder nur unzureichend geregelt. Dieses Versäumnis zieht je nach Qualifikation des ABV gesetzliche Folgen nach sich, die sehr unterschiedlich und unerwünscht sein können – beispielsweise ist die (ganzheitliche) Vertragsbeendigung bei Ausscheiden einer Vertragspartei, wie sie häufig im dispositiven (Gesellschafts-)Recht vorgesehen wird, meistens von den übrigen Vertragsparteien unerwünscht.⁴⁷ Soweit

43 FISCHER (Fn. 3), 136; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 187.

44 FISCHER (Fn. 3), 140 ff.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 188; WOLF, *Subjektwechsel* (Fn. 22), 13 f.

45 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 187.

46 Ähnlich zu den Ausscheidensgründen: FISCHER (Fn. 3), 132 ff.; GERMANN (Fn. 3), 74.

47 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 177.

keine dispositive Regelung vorhanden ist, ergibt sich aus dem Willen der Vertragsparteien zumeist, dass der ABV fortgesetzt werden soll. Diesfalls ist aber unklar, unter welchen Bedingungen die Beteiligten die Zusammenarbeit fortsetzen. Deshalb enthalten ABV oft (entweder implizit oder explizit) eine sogenannte Fortsetzungsklausel, die besagt, dass der Vertrag unter den verbleibenden Parteien fortgesetzt wird. Die Fortsetzungsklausel wird in der Regel an Art. 576 OR angelehnt⁴⁸ und kann entweder im ABV enthalten sein oder mit Zustimmung aller Gesellschafter auch nach Vertragsschluss vereinbart werden.⁴⁹

B. Ausscheiden im engeren Sinn

Im Folgenden wird auf die Rechtsfolgen eingegangen, die ein Ausscheiden im engeren Sinn haben. Diese können je nach Vertragsqualifikation und eingetretenem Sachverhalt unterschiedlicher Natur sein.

1. *Ausscheiden als Todesfolge*

a. *Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Grundsätzlich führt der Tod einer Vertragspartei zur Auflösung der einfachen Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR) und somit auch zur Auflösung des ABV.⁵⁰ Die verstorbene Vertragspartei scheidet im Todeszeitpunkt aus dem ABV aus, und die von ihr gehaltenen Aktien gehen mittels Universalsukzession auf die Erben über. Da allerdings die Auflösung der Gesellschaft gemäss Art. 545 OR dispositiver Natur ist, kann eine anderweitige Regelung getroffen werden.

48 Art. 576 OR hält für die Kollektivgesellschaft fest, dass, wenn die Gesellschafter vor der Auflösung übereingekommen sind, dass trotz des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, sie nur für die Ausscheidenden endet und sie im Übrigen mit allen bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fortbesteht.

49 FISCHER (Fn. 3), 185 f.; GERMANN (Fn. 3), 72.

50 Ob die mitgliedschaftliche Stellung in einer Gesellschaft vererblich ist, ist aufgrund ihrer Höchstpersönlichkeit mindestens umstritten. Vgl. dazu unten V. A.1. Beim Ausscheiden als Todesfolge dagegen treten die Erben der verstorbenen Vertragspartei gerade nicht in den ABV ein.

In der Regel wird die Gesellschaft fortgesetzt; entweder mit oder ohne die Erben. Ersteres wird im Abschnitt V unter der Thematik «Subjektwechsel» behandelt. Soll die Gesellschaft ohne die Erben weitergeführt werden, bedarf es im ABV lediglich einer Übereinkunft über die Fortsetzung der Gesellschaft. Die Fortsetzung ist sowohl explizit durch Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel⁵¹ als auch konkludent durch das Verhalten der übrigen Vertragsparteien möglich, soweit klar erkennbar ist, dass der ABV ohne die Erben fortgesetzt werden soll. Die verbleibenden Parteien können jederzeit – selbst nach dem Tod einer Vertragspartei – die Fortsetzung des ABV vereinbaren; in diesem Fall liegt eine Fortsetzungsvereinbarung vor.⁵² Sowohl bei der Fortsetzungsklausel als auch bei der Fortsetzungsvereinbarung handelt es sich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, weshalb die Vereinbarung an keine besondere Form gebunden ist.⁵³

Die Erben haben, soweit die Gesellschaft ohne sie fortgesetzt wird, analog zu Art. 580 Abs. 2 OR einen obligatorischen Abfindungsanspruch in der Höhe des anteilmässigen Fortführungswertes des gesellschaftsrechtlichen ABV.⁵⁴ Soweit die gebundenen Aktien nicht im gemeinsamen Eigentum aller Gesellschafter stehen,⁵⁵ dürfte dieser Wert allerdings eher gering ausfallen. Berechnet wird ein solcher Abfindungsanspruch entweder nach den in der Betriebswirtschaftslehre etablierten Bewertungsmethoden⁵⁶ oder nach Vereinbarung (Abfindungsklausel⁵⁷).

b. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge

Der schuldrechtliche ABV ist ein Innominatkontrakt, weswegen eine gesetzliche Beendigungsfolge aufgrund Todesfalls fehlt. Art. 560 Abs. 2 ZGB statuiert lediglich, dass die Rechte und Pflichten eines

51 Vgl. oben IV. A.2.

52 BGE 100 II 376 E. 2b S. 379; FISCHER (Fn. 3), 183; GERMANN (Fn. 3), 93; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 179.

53 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 12; FISCHER (Fn. 3), 186.

54 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 580 N 4 f.; FISCHER (Fn. 3), 186; GERMANN (Fn. 3), 93; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 174 ff.

55 Vgl. unten VI.

56 Vgl. eine Zusammenstellung von Methoden bei FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 160 (dort Fn. 23).

57 FISCHER (Fn. 3), 186 (dort Fn. 994); GERMANN (Fn. 3), 93.

Vertrags mittels Universalsukzession auf die Erben übergehen, wenn eine Vertragspartei verstirbt. Weder der Inhalt noch der Bestand des Vertrags werden dadurch beeinträchtigt oder verändert.⁵⁸ Von der Universalsukzession dagegen ausgenommen sind höchstpersönliche Rechte,⁵⁹ welche allerdings bei einem ABV i. d. R. von geringer Bedeutung sind.

Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann für die Erben oder die übrigen Vertragsparteien durch den Tod des Erblassers ein Kündigungsgrund vorliegen. Dies kann der Fall sein, wenn z. B. die persönlichen Eigenschaften oder Fähigkeiten der verstorbenen Partei von wesentlicher Bedeutung waren oder die Fortsetzung des Vertrags ohne den Erblasser für die Parteien unzumutbar ist.⁶⁰

2. *Ausscheiden infolge Liquidation/Konkurs*

Juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Personengesellschaften können entweder freiwillig liquidiert werden oder aufgrund Konkurses ausscheiden.

a. *Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Eine explizite gesetzliche Regelung bezüglich der Ausscheidensfolgen infolge Liquidation bzw. Konkurs gibt es nicht. Allerdings finden Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Ziff. 3 OR Anwendung, und die Liquidation bzw. der Konkurs stellt einen Beendigungsgrund für den ABV dar.⁶¹ Der Zeitpunkt der Beendigung entspricht hier dem Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft.⁶² Im Unterschied zum Tod von natürlichen Vertragsparteien findet keine Universalsukzession statt. Stattdessen müssen die einzelnen Rechtsverhältnisse gesondert abgewickelt bzw. beendet werden. Der Vertrag zwischen den übrigen Ver-

58 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 163.

59 GERMANN (Fn. 3), 89.

60 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 163; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 171.

61 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 15; BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 9 und 15; GLATTFELDER (Fn. 4), 301a; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 170 f.; PATRICK M. HOCH, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss. Basel 2001, 30 und 34 f.; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 80.

62 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 9; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 35.

tragsparteien kann analog zum zuvor Ausgeführten⁶³ durch Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel aufrechterhalten werden. In der Lehre war allerdings umstritten, ob eine Fortsetzungsklausel auch im Konkursfall möglich ist. Das Bundesgericht hielt im bisher einzigen Entscheid⁶⁴ zu dieser Thematik fest, dass der Konkurs eines einfachen Gesellschafters ohne Weiteres zur Auflösung der Gesellschaft führt.⁶⁵ Die ältere Lehre ging deshalb davon aus, dass Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR zwingend sei.⁶⁶ Dagegen erachtet die derzeit herrschende Lehre die Möglichkeit einer Fortsetzungsklausel und somit die Fortsetzung der Gesellschaft einhellig als zulässig.⁶⁷ Die Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird in der Regel nicht begründet. Z. T. wird der für die Kollektivgesellschaft geltende Art. 576 OR analog herangezogen.⁶⁸ Allerdings darf die ausgeschiedene Partei durch die Fortführung des ABV nicht schlechtergestellt werden.⁶⁹ Auch nach einer Konkurseröffnung können die verbleibenden Gläubiger eine Fortsetzung vereinbaren, soweit die zweite Gläubigerversammlung der konkursiten Vertragspartei zugestimmt hat.⁷⁰

b. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge

Schuldrechtliche ABV werden nicht automatisch durch den Eintritt eines Gesellschafters in das Liquidationsstadium beendet, d. h., vertraglich vorgesehene Rechte und Pflichten sind auch weiterhin einzuhalten.⁷¹ Die Vertragspartei in Liquidation muss allerdings den ABV – wie alle anderen Rechtsverhältnisse – beenden und abwickeln.

63 Vgl. oben IV. A.2 sowie IV. B.1.

64 HOCH (Fn. 61), 67.

65 BGE 78 III 167 E. 3 S. 171.

66 HOCH (Fn. 61), 66 m. w. H.

67 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 16a; FISCHER (Fn. 3), 208 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 167; HOCH (Fn. 61), 67; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 84.

68 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 12 sowie 16a.

69 Die ausgeschiedene Partei darf m. a. W. nicht weniger erhalten, als ihr nach der dispositiven Norm von Art. 580 Abs. 2 OR bei Auflösung der Gesellschaft zustehen würde, vgl. auch BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 16a; FISCHER (Fn. 3), 208 f.; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 85 f.

70 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 16a; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 167.

71 BSK OR II-STÄUBLI, Art. 743 N 1; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 55 N 160; ZK OR-BÜRGI/NORDMANN, Art. 739 N 2.

Ein Konkurs hat ebenfalls Auswirkungen auf den schuldrechtlichen ABV: Im Konkursfall gelten ausschliesslich die Regeln des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, und die Abwicklung des Ausscheidens wird durch die Konkursverwaltung veranlasst.⁷²

3. *Weitere Möglichkeiten des Ausscheidens*

a. *Ausscheiden infolge Umstrukturierung*

Geht eine juristische Person aufgrund einer Umstrukturierung (namentlich bei Spaltung gemäss Art. 29 FusG oder Fusion gemäss Art. 3 FusG) unter, ist die Rechtsfolge bezüglich gesellschaftsrechtlicher und schuldrechtlicher Verträge dieselbe: Der ABV wird gemäss Art. 22 Abs. 1 FusG bzw. Art. 52 FusG mittels Universalsukzession auf den neuen Rechtsträger übertragen. Ein Einverständnis der übrigen Vertragsparteien ist nicht notwendig. Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann sich allerdings eine Kündigungsmöglichkeit ergeben.⁷³

b. *Ausscheiden infolge Veräusserung der Aktien*

Grundsätzlich ist das Eigentum an Aktien dinglich nicht an die Parteistellung im ABV gebunden.⁷⁴ Die Aktien können daher veräussert werden, ohne dass der ABV auf den Käufer übergeht. Dies kann wiederum dazu führen, dass eine Vertragspartei des ABV ihren Pflichten aus dem ABV nicht mehr nachkommen kann, da sie nicht mehr im Eigentum der Aktien ist. Um solche Probleme zu vermeiden, ist die Veräusserung von Aktien in der Regel ein vertraglicher Ausscheidensgrund.⁷⁵ Zusätzlich kann den übrigen Vertragsparteien im ABV ein Vorkaufsrecht eingeräumt werden.

C. **Austritt**

Wie bereits erwähnt, ist mit dem Austritt einer Vertragspartei die freiwillige Beendigung der Parteistellung bei gleichzeitigem Fort-

⁷² Art. 221 ff. SchKG; vgl. BSK OR II-STÄUBLI, Art. 736 N 16; BSK SchKG-SCHWOB, Art. 211 N 1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 71), § 56 N 5.

⁷³ Ausführlich zur Kündigungsmöglichkeit: FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 166; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 71), § 25 N 29 ff. sowie 67 f.

⁷⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 168.

⁷⁵ FISCHER (Fn. 3), 134 f.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 187.

bestehen des Vertrags gemeint, d. h., das Ausscheiden wird vom Willen der ausscheidenden Vertragspartei abhängig gemacht.⁷⁶ Weder im allgemeinen Schuldvertragsrecht noch im Recht der einfachen Gesellschaft ist diese Kündigungsmöglichkeit vorgesehen – lediglich die vollständige Vertragsbeendigung ist gesetzlich kodifiziert.⁷⁷ Der ABV kann aber ein individuelles Austrittsrecht vorsehen,⁷⁸ welches für den Fortbestand des ABV unerlässlich ist. Die Vertragsparteien sollten bei einer solchen vertraglichen Austrittsmöglichkeit insbesondere die Modalitäten (wie etwa Kündigungstermin und Austrittsdauer) detailliert regeln.⁷⁹

1. *Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Soweit für einen gesellschaftsrechtlichen ABV keine Vertragsdauer vereinbart wurde (oder der Vertrag trotz Ablauf dieser Dauer fortgesetzt wird), wird der ABV auf unbestimmte Zeit geschlossen.⁸⁰ Auf unbestimmte Zeit geschlossene Verhältnisse aus einfacher Gesellschaft können gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR i. V. m. Art. 546 Abs. 1 OR unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten (ordentlich) gekündigt werden. Eine Begründung ist dabei nicht erforderlich.⁸¹

Soweit ein einseitiges Austrittsrecht vorgesehen ist, kann auf die Ausführungen bezüglich Ausscheidens einer Vertragspartei als Todesfolge verwiesen werden.⁸² Die Vertragsparteien müssen auch bei einem einseitigen Austrittsrecht die Fortsetzung des gesellschaftsrechtlichen ABV vereinbaren (sog. Fortsetzungsklausel). Art und die Voraussetzungen des Austritts können entweder im Voraus oder im Austrittsfall selbst durch (einstimmigen) Beschluss der Vertragsparteien geregelt werden. Die austretende Vertragspartei besitzt einen obligatorischen Abfindungsanspruch, dessen Höhe sich nach der vertraglichen Vereinbarung bzw. bei fehlender vertraglicher Regelung

76 GERMANN (Fn. 3), 75.

77 Vgl. Art. 545 OR.

78 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 5; FISCHER (Fn. 3), 125 und 135 ff.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 187; HOCH (Fn. 61), 125; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 75; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 14 f.

79 Ähnlich auch FISCHER (Fn. 3), 138 sowie 273.

80 Art. 546 Abs. 3 OR, vgl. auch BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 21.

81 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 21.

82 Vgl. IV.B.2; siehe auch HOCH (Fn. 61), 126 ff.; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 76; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 15.

nach Art. 580 Abs. 2 OR richtet.⁸³ Wenn aufgrund von Austritten nur noch eine Vertragspartei übrig bleibt, wird der ABV mangels Vorliegen einer einfachen Gesellschaft⁸⁴ beendet, und die gemeinschaftlich gehaltenen Vermögenswerte gehen ex lege in den Besitz der letzten Vertragspartei über.⁸⁵

2. *Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Vertragsparteien von schuldrechtlichen ABV haben ihren Vertragsaustritt und dessen Rechtsfolgen mangels gesetzlicher Vorgaben vertraglich zu regeln.⁸⁶ Wenn vertraglich keine Regelung vorhanden ist, liegt eine Rechtslücke vor,⁸⁷ und es muss eine Vertragsergänzung vorgenommen werden.⁸⁸ Enthält ein schuldrechtlicher ABV auch Elemente der Kooperation, ist zumindest zu überprüfen, ob das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung gelangt.⁸⁹ Ausserdem kann nachträglich auch ein zweiseitiger Austrittsvertrag vereinbart werden.⁹⁰

D. **Ausschluss**

Der Ausschluss bezeichnet das nicht freiwillige Ausscheiden einer Vertragspartei aus dem ABV bei gleichzeitiger Fortführung der

83 Demnach setzt der Richter, soweit sich die Beteiligten nicht einigen konnten, den Betrag der Abfindung fest. Dabei berücksichtigt er die Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens. Vgl. dazu auch BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 174 ff.; BSK OR II-STAEHELIN, Art. 580 N 4; FISCHER (Fn. 3), 131; HOCH (Fn. 61), 131 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 27), § 12 N 96; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 76 f.; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 191 ff.

84 Es liegt keine Personenmehrheit i. S. v. Art. 530 Abs. 1 OR vor, wenn sich der ABV nur noch aus einer Partei zusammensetzt.

85 Urteil des BGer 5A.28/2005 vom 13. Februar 2006, E. 3.3; siehe dazu auch HOCH (Fn. 61), 128; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 27), § 12 N 97; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 77.

86 FISCHER (Fn. 3), 125 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 171 f.

87 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 36; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 542.

88 Vgl. zu den Rechtsanwendungstheorien statt vieler: BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 13 ff.

89 Vgl. für das Recht der einfachen Gesellschaft oben IV. C.1.

90 FISCHER (Fn. 3), 126 ff.

Gesellschaft mit den übrigen Parteien,⁹¹ wobei die ausscheidende Vertragspartei aufgrund eines Beschlusses der übrigen Vertragsparteien ausgeschlossen wird. Dieser Vorgang dient dazu, die Funktionsfähigkeit des ABV aufrechtzuerhalten, beispielsweise wenn (gewisse) Vertragsparteien ihren Pflichten nicht nachkommen oder untereinander zerstritten sind.⁹² In der Regel räumen sich die Vertragsparteien gegenseitig im Vorfeld ein auf die Ausschliessung bedingtes Kaufrecht oder eine Kaufpflicht (auch zum Schutz der Auszuschliessenden) ein,⁹³ sodass die gebundenen Aktien im ABV verbleiben.

1. *Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Der Ausschluss einer Vertragspartei durch Gesellschafterbeschluss ist im Recht der einfachen Gesellschaft nicht vorgesehen. Zudem wird eine analoge Anwendung des Ausschlussrechts von Art. 577 OR (Recht der Kollektivgesellschaft) von Lehre und Rechtsprechung zu Recht abgelehnt.⁹⁴ Aufgrund der Dispositionsfreiheit kann der ABV jedoch vertraglich eine Ausschlussmöglichkeit vorsehen.⁹⁵ Gleichzeitig ist im ABV festzulegen, unter welchen Voraussetzungen ein Ausschluss möglich ist.⁹⁶ Soweit eine vertragliche Ausschlussmöglichkeit fehlt, ist u.E. ein Ausschluss nur durch Vertragsauflösung mit anschliessender Neugründung (ohne die ausgeschlossene Partei) möglich.⁹⁷

91 FISCHER (Fn. 3), 140; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 174; GERMANN (Fn. 3), 76; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 188.

92 Siehe FISCHER (Fn. 3), 141, insbesondere Fn. 794, der als Beispiel für eine solche Pflicht das Nichteinhalten einer vertraglichen Stimmabgabeweisung nennt.

93 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 176 sowie 409.

94 Der Gesetzgeber hat bewusst keine entsprechende Ausschlussmöglichkeit im Recht der einfachen Gesellschaft vorgesehen, vgl. insbesondere BGE 94 II 119 sowie BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 6; FISCHER (Fn. 3), 141 bzw. 233; GERMANN (Fn. 3), 76; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 188; HOCH (Fn. 61), 108 f. A. M.: GLATTFELDER (Fn. 4), 345a f.

95 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 6; FISCHER (Fn. 3), 142; HOCH (Fn. 61), 305 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 27), § 12 N 96; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 183.

96 Die Einführung von Voraussetzungen zum Ausschluss bedarf allerdings der Einstimmigkeit, vgl. FISCHER (Fn. 3), 142.

97 So auch FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 175; GERMANN (Fn. 3), 76.

Im ABV können verschiedene Tatbestände als Ausschlussgrund vorgesehen werden.⁹⁸ So beispielsweise, wenn (i) Aktien einer Vertragspartei zwangsverwertet werden (ohne dass Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR Anwendung findet); (ii) bei dauerhafter Handlungsunfähigkeit einer Vertragspartei oder wenn (iii) eine Vertragspartei unter eine umfassende Beistandschaft gestellt wird. Dagegen ist u.E. ein Ausschluss ohne Grund nicht zulässig, da dies gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstösst.⁹⁹

Ohne anderweitige Vereinbarung bedarf der Ausschluss der Zustimmung aller Gesellschafter,¹⁰⁰ wobei der Auszuschliessende für den Beschluss nicht zu zählen ist. Es kann aber auch ein Ausschluss durch Mehrheitsbeschluss oder durch ein Gremium vorgesehen werden.¹⁰¹

Der Ausschluss kann entweder unmittelbar oder auf einen bestimmten Zeitpunkt hin wirksam sein, eine richterliche Mitwirkung ist dabei nicht erforderlich. Gerichtlich kann allenfalls festgestellt werden, ob das vertragliche Ausschlussrecht gültig ausgeübt wurde. Eine rechtserzeugende Wirkung haben gerichtliche Urteile allerdings nicht.¹⁰²

Der aus dem ABV ausgeschlossenen Vertragspartei kann – analog zum Austritt – ein Abfindungsanspruch zustehen, sofern ein Gesellschaftsvermögen bestand.¹⁰³ Daher empfiehlt es sich, wie bezüglich des Austritts erläutert,¹⁰⁴ eine Regelung über die finanziellen Folgen eines Ausschlusses im ABV vorzusehen. Umgekehrt können die im ABV verbleibenden Vertragsparteien unter Umständen von der ausgeschlossenen Partei Schadenersatz verlangen, bzw. – wenn dies vertraglich vorgesehen wurde – es kann eine Konventionalstrafe fällig werden, soweit der Ausschlussgrund von der ausgeschlossenen Partei verschuldet ist.

98 HOCH (Fn. 61), 69.

99 So auch FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 175; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 186.

100 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 6.

101 FISCHER (Fn. 3), 142 sowie 87 ff.

102 FISCHER (Fn. 3), 144 ff.; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 191 ff.

103 Vgl. zu den Ausführungen bezüglich Ausscheiden als Todesfolge: oben IV.B.1.a.

104 Vgl. oben IV.C.1.

2. *Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Der Ausschluss einer Vertragspartei ist im Schuldvertragsrecht nicht explizit vorgesehen, kann allerdings vertraglich im ABV vereinbart werden.¹⁰⁵ Das zu den gesellschaftsrechtlichen ABV Ausgeführten gilt analog, insbesondere bezüglich der Ausschlussmodalitäten.

V. *Subjektwechsel*

Ein Subjektwechsel (bzw. der Übergang der Parteistellung) bezeichnet das Ausscheiden einer Vertragspartei einerseits und die Weiterführung ihrer vertraglichen Position durch eine neueintretende Person andererseits. Die Zahl der Vertragsparteien bleibt dabei unverändert.¹⁰⁶ Die besondere Problematik eines Subjektwechsels liegt darin, dass die rechtliche Stellung als Aktionär völlig unabhängig von der vertraglichen Stellung als Gesellschafter des ABV ist.¹⁰⁷ Dies hat zur Folge, dass beispielsweise eine Veräusserung oder Vererbung von Aktien nicht zwangsläufig den Übergang der Stellung als Vertragspartei eines ABV nach sich zieht.¹⁰⁸ Aus diesem Grund sollten die Vertragsparteien eines ABV entsprechende Vorkehrungen treffen, damit ein allfälliger Rechtsnachfolger ebenfalls dem ABV unterworfen ist und die Einheit von Vertrags- und Aktionärsstellung erhalten bleibt.¹⁰⁹

Der typische und häufigste Fall eines Subjektwechsels stellt die Weiterführung eines ABV mit den Erben einer verstorbenen Vertragspartei dar, weshalb dieser Fall zunächst gesondert betrachtet wird.¹¹⁰ Eine ähnlich grosse Bedeutung kommt dem ABV in der Unternehmensnachfolge zu: Insbesondere Familien- oder Einpersonengesellschaften haben ein grosses Interesse daran, den Weiterbestand des Unternehmens bei einem allfälligen Austritt eines Gesellschafters zu sichern. Für einen solchen Übergang auf die kommende Generation

105 FISCHER (Fn. 3), 145 ff.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 188.

106 FISCHER (Fn. 3), 166; GERMANN (Fn. 3), 78; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 11.

107 FISCHER (Fn. 3), 167 ff.; GERMANN (Fn. 3), 78; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 182 f.

108 GERMANN (Fn. 3), 78, der auf das Urteil des HGer ZH vom 21. November 1939 (in ZR 39 [1940], Nr. 98) verweist; vgl. auch FISCHER (Fn. 3), 167 f.

109 GERMANN (Fn. 3), 79.

110 Vgl. unten V.A.

stellt der ABV nicht nur ein sehr flexibles, sondern auch ein variantenreiches Instrument dar.¹¹¹

A. **Subjektwechsel aufgrund erbrechtlicher Rechtsnachfolge**

Wie vorgängig erwähnt, führt der Tod einer Vertragspartei grundsätzlich zur Beendigung des ABV bzw. bei entsprechender Abrede zur Beendigung der Parteistellung.¹¹² Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann der ABV aber unter Einschluss einzelner oder aller Erben fortgesetzt werden.

1. *Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Gemäss Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB erwerben die Erben die Erbschaft durch Universalsukzession als Ganzes.¹¹³ Fraglich ist, ob dies auch die Stellung im gesellschaftsrechtlichen ABV umfasst. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diesbezüglich uneinheitlich: In BGE 95 II 547 hat das Bundesgericht in einem obiter dictum festgehalten, es könne vereinbart werden, dass eine (Personen-)Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird, wobei die Erben «je nach den Umständen verpflichtet oder bloss berechtigt sein» können.¹¹⁴ Dagegen stellte das Bundesgericht in einem späteren Entscheid fest, dass die Mitgliedschaft in einer einfachen Gesellschaft unvererblich sei, um diesen Grundsatz anschliessend direkt wieder einzuschränken: Soweit die Gesellschaft aufgelöst bzw. liquidiert werde und nur noch als Abwicklungsgesellschaft bestehe, gelte der Grundsatz der Unvererblichkeit nicht mehr.¹¹⁵ Auch die Lehre ist sich bezüglich der Vererblichkeit der Gesellschafterstellung uneins. Ein Teil der Lehre folgt der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und verneint eine Ver-

111 Ausführlich zu dieser Thematik: ANGELA HENSCH/LEO STAUB, Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeregelung: In Familiengesellschaften von zentraler Bedeutung für die Kontinuität, ST 2002, 1177 ff.

112 Vgl. oben IV. B.1.a. Eine Verschollenerklärung ist dem Tod gleichzusetzen, vgl. BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 9; HOCH (Fn. 61), 30.

113 Vgl. dazu statt vieler: Urteil des BGer 5C.291/2006 vom 30. Mai 2008, E. 4.1; BGE 133 III 664 E. 2.5 S. 667; BGE 112 II 300 E. 4b S. 305 f.

114 BGE 95 II 547 E. 3 S. 551 ff.

115 BGE 119 II 119 E. 3b S. 123 f.

erblichkeit der Gesellschafterstellung aufgrund der Personenbezogenheit der einfachen Gesellschaft und der damit verbundenen Höchstpersönlichkeit der Mitgliedschaft.¹¹⁶ U. E. ist aber der vorherrschenden Lehrmeinung zu folgen, die eine Vererblichkeit der Gesellschafterstellung in der Regel zulassen will.¹¹⁷ Gerade bei ABV steht nicht die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters im Vordergrund, sondern seine Eigenschaft als Aktionär.¹¹⁸ Des Weiteren steht jedem einzelnen Erben wohl ein fristloses Kündigungsrecht i. S. v. Art. 27 Abs. 2 ZGB zu, weshalb ein betroffener Erbe nicht gegen seinen Willen in der Gesellschaft verbleiben muss.¹¹⁹

Sollen die Erben einer verstorbenen Vertragspartei anstelle dieser in den gesellschaftsrechtlichen ABV eintreten, reicht eine gewöhnliche Fortsetzungsklausel nicht aus.¹²⁰ Stattdessen gibt es verschiedene vertragliche Möglichkeiten, den ABV entsprechend zu modifizieren. Auf diese Möglichkeiten soll nachfolgend eingegangen werden.

a. *Eintrittsklausel*

Mittels einer Eintrittsklausel erhalten die Erben einer verstorbenen Vertragspartei das Recht, aber nicht die Pflicht, anstelle des Erblassers in den ABV einzutreten.¹²¹ Diese Klausel führt also dazu,

116 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 172 sowie 175; HOCH (Fn. 61), 31; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 27), § 12 N 94.

117 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 10; FISCHER (Fn. 3), 193 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 191 f.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 179 ff.; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 19 f.

118 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 191.

119 Statt vieler: BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 10, der an gleicher Stelle aus Praktikabilitätsgründen gegen eine vollständige Ungültigkeitserklärung von Nachfolgeklauseln plädiert.

120 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 180; GERMANN (Fn. 3), 91.

121 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 13; FISCHER (Fn. 3), 187 ff.; GERMANN (Fn. 3), 93; CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Unternehmensnachfolge in den Personengesellschaften, in: Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1970, 69 ff., 78; HEINZ HAUSHERR, Erbrechtliche Probleme des Unternehmens, Habil. Bern 1970, 107; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 179; HOCH (Fn. 61), 36 sowie 40; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 88; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 18; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 73 f.

dass die Mitgliedschaft am ABV vererblich wird,¹²² und beinhaltet in der Regel zwei Elemente: Zum einen wird dem oder den Erben eine Offerte zum Vertragsbeitritt unterbreitet,¹²³ zum anderen wird eine bedingte Fortsetzungsklausel vereinbart, für den Fall, dass die Erben den Eintritt ausschlagen.¹²⁴ Unterschieden wird bei der Eintrittsklausel, ob das Angebot generell an alle Erben (einfache Eintrittsklausel) oder an einzelne oder mehrere, bestimmte Erben erfolgen muss (qualifizierte Eintrittsklausel)¹²⁵.

Die Rechtsnatur der Eintrittsklausel war lange Zeit umstritten. Inzwischen gilt sie jedoch unbestrittenermassen als eine für die überlebenden Mitglieder bindende Offerte an den oder die Erben des verstorbenen Mitglieds.¹²⁶ Grundlage für die Eintrittsklausel bildet gemäss herrschender Lehre ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, d. h., die Klausel greift nicht in die Rechte der Erben ein¹²⁷ und untersteht folglich nicht den erbrechtlichen (Form-)Vorschriften.¹²⁸ Jeder Eintretende kann dem ABV durch eine einfache Annahmeerklärung beitreten.¹²⁹

Reine Eintrittsklauseln sind in Bezug auf die Stabilität und Kontinuität des ABV kritisch zu betrachten: Erben werden lediglich zum Eintritt berechtigt und nicht verpflichtet. Deshalb empfiehlt es sich, die Eintrittsklausel mit einem bedingten Erwerbsrecht zu verknüpfen.¹³⁰

122 Die Mitgliedschaft wird nicht direkt vererbt, sondern die Vererbung wird lediglich gestattet, vgl. GERMANN (Fn. 3), 93; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 20.

123 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 13; FISCHER (Fn. 3), 188; GERMANN (Fn. 3), 94; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 18 f.

124 FISCHER (Fn. 3), 189; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 89.

125 FISCHER (Fn. 3), 187 ff.; VON GREYERZ (Fn. 121), 85; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 179.

126 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 13; FISCHER (Fn. 3), 188; GERMANN (Fn. 3), 94; HAUSHERR (Fn. 121), 114; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 18 f.

127 Stattdessen liegt eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung vor, vgl. FISCHER (Fn. 3), 188; HOCH (Fn. 61), 50.

128 FISCHER (Fn. 3), 189; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 181; GERMANN (Fn. 3), 93; HAUSHERR (Fn. 121), 107 ff.

129 FISCHER (Fn. 3), 188; HOCH (Fn. 61), 40.

130 OLIVIER BLOCH, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme, avec un aperçu du droit boursier, Diss. Lausanne 2006, 73; FISCHER (Fn. 3), 186; GLATTFELDER (Fn. 4), 344a.

aa) Einfache Eintrittsklausel

Mittels einfacher Eintrittsklausel vereinbaren die Vertragsparteien, dass der oder die Erben der verstorbenen Partei dem Aktionärsvertrag beitreten können. Dabei erhalten die Erben je einzeln die Eintrittsmöglichkeit.¹³¹ Der Erblasser kann in diesem Fall durch seine Verfügung von Todes wegen das Eintrittsrecht dem- oder denjenigen Erben zuweisen, den oder die er zunächst als Rechtsnachfolger im ABV einsetzen will.¹³² Ein Eintritt in den ABV als gesamthandschaftliche Erbengemeinschaft ist dagegen eher selten, kann aber ausnahmsweise bei längeren Erbteilungen oder gemeinsamer Fortführung der Erbschaft vorkommen.¹³³

bb) Qualifizierte Eintrittsklausel

Im Unterschied zur einfachen Eintrittsklausel vereinbaren die Vertragsparteien mittels qualifizierter Eintrittsklausel, im Todesfall den Eintritt zum ABV einem oder mehreren bestimmten Erben bzw. Dritten anzubieten.¹³⁴ Dabei sollten die Vertragsparteien zusätzlich zur qualifizierten Eintrittsklausel mittels letztwilliger Verfügung dafür sorgen, dass die im ABV bestimmten Erben auch tatsächlich in der letztwilligen Verfügung als Erben der gehaltenen Aktien vorgesehen sind.¹³⁵ Der ABV kann eine diesbezüglich gegenseitige Verpflichtung vorsehen, indem z. B. alle Vertragsparteien ihre letztwilligen Verfügungen offenlegen müssen. Dies hindert die Vertragsparteien allerdings nicht an einer späteren Änderung der vorgenommenen letztwilligen Verfügung, sodass eine tatsächliche Erfüllung schwer durchzusetzen ist.¹³⁶ Unter Umständen wird keine bestimmte Person durch die Eintrittsklausel benannt, sondern die Klausel beschränkt lediglich aufgrund bestimmter qualifizierender Merkmale die Eintrittsberech-

131 VON GREYERZ (Fn. 121), 80.

132 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 13; FISCHER (Fn. 3), 188; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 18.

133 FISCHER (Fn. 3), 190; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 182 f.; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 94; die Erbengemeinschaft wird diesfalls zur einfachen Gesellschaft, die ihrerseits einfacher Gesellschafter des ABV ist.

134 FISCHER (Fn. 3), 189; GERMANN (Fn. 3), 94; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 179; HOCH (Fn. 61), 40 f.; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 88; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 18.

135 FISCHER (Fn. 3), 167 ff.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 179.

136 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 184 und 197.

tigten (z. B. Einschränkung bezüglich Berufsbildung der Erben oder Geschäftstätigkeit in der betreffenden AG). Grundsätzlich ist zu empfehlen, dass der Erblasser selbst die Auswahlkriterien festlegt; schliesslich ist er es, der die Aktien bzw. einen diesbezüglichen Abfindungsanspruch durch letztwillige Verfügung vererbt.

b. Nachfolgeklausel

Eine Nachfolgeklausel hat zur Folge, dass der ABV im Todesfall einer Vertragspartei fortbesteht und überdies die Vertragsmitgliedschaft der verstorbenen Partei eo ipso an sämtliche Erben (einfache Nachfolgeklausel) bzw. an einen oder mehrere bestimmte Erben (qualifizierte Nachfolgeklausel) weitervererbt wird.¹³⁷ Die herrschende Lehre bestreitet die Zulässigkeit von Nachfolgeklauseln nicht.¹³⁸ Dem ist zuzustimmen, wobei die Gegenargumente nähere Betrachtung verdienen:¹³⁹ Zunächst wird vorgebracht, dass die Nachfolgeklausel gegen das Verbot von Verträgen zulasten Dritter verstossen würde.¹⁴⁰ Dem kann entgegengehalten werden, dass die Erben nicht durch den ABV selbst verpflichtet werden, sondern die Verpflichtung lediglich eine Folge der (zulässigen) erbrechtlichen Universalsukzession ist.¹⁴¹ Ausserdem wird häufig auf die höchstpersönliche Natur der Mitgliedschaft in einer einfachen Gesellschaft hingewiesen, die eine Nachfolgeklausel verunmögliche.¹⁴² Und schliesslich wird vorgebracht, dass die Vererbung von Mitgliedschaftspositionen die Persönlichkeitsrechte der Erben verletze, da diese übermässig in ihrer persönlichen Freiheit eingeschränkt würden. Allerdings ist der höchstpersönliche Bereich in der Regel gar nicht betroffen, und somit fällt eine Beschränkung

137 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 10; FISCHER (Fn. 3), 191; GERMANN (Fn. 3), 95; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 179; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 19.

138 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 10; BLOCH (Fn. 130), 70; FISCHER (Fn. 3), 193 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 190; GERMANN (Fn. 3), 100 f.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 171; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 91; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 20.

139 Nachfolgend nur überblicksartig, da die Argumente ausgiebig in der Lehre besprochen wurden, u. a. durch: FISCHER (Fn. 3), 193 ff.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 180 f.; HOCH (Fn. 61), 39 ff.; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 94 f.

140 GERMANN (Fn. 3), 99; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 180; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 94 f.; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 20 f.

141 BLOCH (Fn. 130), 68 f.; FISCHER (Fn. 3), 193; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 191.

142 Vgl. dazu oben V.A.1.

nur ausnahmsweise unter Art. 27 Abs. 2 ZGB¹⁴³. Zudem besteht seitens des (belasteten) Erben die Möglichkeit, auf die gesamte Erbschaft zu verzichten oder den ABV direkt ordentlich oder aus wichtigem Grund zu kündigen, sodass er diesbezüglich keine übermässige Belastung erfährt.¹⁴⁴

Materiell werden die Erben aufgrund einer Nachfolgeklausel – im Unterschied zur Eintrittsklausel – zum Eintritt in den ABV verpflichtet.¹⁴⁵ So soll verhindert werden, dass die vererbten Aktien an vertraglich ungebundene Rechtsnachfolger gelangen, d. h. aus dem ABV herausfallen. Die Lehre ist sich bezüglich der Rechtsnatur derartiger Nachfolgeklauseln weitestgehend¹⁴⁶ einig: Die Nachfolgeklausel führt zur Vererblichkeit bzw. Übertragbarkeit der Mitgliedschaft, ohne dass sie sie vererbt.¹⁴⁷ Somit ist eine Nachfolgeklausel «zunächst einmal nichts anderes als die durch das Versterben einer Vertragspartei bedingte vorgängige (und notwendige) Zustimmung aller Mitglieder einer einfachen Gesellschaft zur Übertragung eines Gesellschaftsanteils (d. h. der Mitgliedschaftsposition) auf einen Dritten»¹⁴⁸. Wie die Eintrittsklausel enthält auch die Nachfolgeklausel eine in der Regel implizite Fortsetzungsklausel i. S. v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR. Es handelt sich auch hier um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, womit keine Formvorschriften zu beachten sind.¹⁴⁹

c. *Verpflichtung zur Vornahme einer Aufnahmeofferte*

Der ABV kann die Vertragsparteien auch durch eine Klausel verpflichten, beim Tod einer Vertragspartei einem oder mehreren

143 FISCHER (Fn. 3), 194 f.; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 55.

144 HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 180 f.; HOCH (Fn. 61), 44.

145 FISCHER (Fn. 3), 191; GERMANN (Fn. 3), 97.

146 Eine Mindermeinung vertritt lediglich URS AEPPLI, Rechtsprobleme bei der Vererbung von Grossaktionärstellungen, Diss. Zürich 1973, 40, der eine enge Verknüpfung von Vertragsstellung im ABV und zu vererbenden Aktien sieht und deshalb die Verpflichtungen aus dem ABV als erbrechtliche Auflagen i. S. v. Art. 482 Abs. 1 ZGB qualifiziert.

147 FISCHER (Fn. 3), 197; GERMANN (Fn. 3), 95; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 180; WOLF, Aspekte (Fn. 28), 91; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 20; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 49.

148 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 189; vgl. auch BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 99.

149 GERMANN (Fn. 3), 95.

Nachfolgern eine Aufnahmeofferte zu unterbreiten. Diese Nachfolger können sowohl Erben als auch andere im Voraus bestimmte Personen sein. Wiederum liegt ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vor.¹⁵⁰ Im Unterschied zur Eintrittsklausel kann die Klausel bei Einstimmigkeit der übrigen Vertragsparteien abgeändert und ganz aufgehoben werden.¹⁵¹ Weder die Erben noch begünstigte Dritte können sich dagegen zur Wehr setzen.

2. *Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Bei schuldrechtlichen ABV gehen die diesbezüglichen Rechte und Pflichten der verstorbenen Vertragspartei sowie deren Aktien durch Universalsukzession auf die Erben über.¹⁵² Der Rechtsübergang erfolgt eo ipso und damit ohne Zustimmung der überlebenden Vertragsparteien. Allerdings bestehen Ausnahmen vom Prinzip der Universalsukzession¹⁵³: Ausgenommen sind jene Fälle, in denen der Tod einer Vertragspartei aufgrund einer abgeschlossenen Vereinbarung oder der auftragsrechtlichen Natur des Vertrages den Beendigungsgrund darstellt.¹⁵⁴ Eine weitere Ausnahme liegt vor, wenn höchstpersönliche Rechte betroffen sind.¹⁵⁵ Denkbar ist beispielsweise, dass die verstorbene Vertragspartei gleichzeitig als Verwaltungsrat für die Aktiengesellschaft tätig war und in dieser Stellung einen schuldrechtlichen ABV eingegangen ist. Hier ist ein Übergang mittels Universalsukzession nicht möglich. In den meisten anderen Fällen treten dagegen die Erben in die Vertragsstellung der verstorbenen Partei ein.

B. **Rechtsgeschäftlicher Subjektwechsel**

Nachfolgend wird der rechtsgeschäftliche Subjektwechsel sowohl von (lebenden) natürlichen als auch von juristischen Personen näher beleuchtet. Grundsätzlich soll ein Auseinanderfallen von Aktio-

150 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 186; HAUSHERR (Fn. 121), 109.

151 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 186.

152 Art. 560 ZGB; vgl. auch FISCHER (Fn. 3), 200 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 196; GERMANN (Fn. 3), 90.

153 GERMANN (Fn. 3), 90.

154 FISCHER (Fn. 3), 200 f.; GERMANN (Fn. 3), 90.

155 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 196.

närstellung und Parteistellung im ABV vermieden werden, weshalb i. d. R. die Zustimmung zur Übertragung des Vertrags unter die Bedingung der gleichzeitigen Übertragung der Aktien auf die den Vertrag übernehmende Partei gestellt wird.¹⁵⁶

1. *Natürliche Personen*

a. *Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge*

Der Parteiwechsel unter Lebenden bedarf bei einem gesellschaftsrechtlichen ABV gemäss Art. 542 OR der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter oder einer entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung.¹⁵⁷ Wie bereits bezüglich des Beitritts erwähnt,¹⁵⁸ ist diese Norm dispositiv und kann vertraglich modifiziert werden.

Bei einer Mitgliedschaftsübertragung ist zu unterscheiden, ob die Mitgliedschaftsposition des Austretenden direkt durch eine rechtsgeschäftliche Übertragung auf den Eintretenden übertragen wird (Mitgliederübergang) oder ob die Übertragung indirekt durch den Austritt des bisherigen und den gleichzeitigen Eintritt des neuen Gesellschafters erfolgt (Mitgliederwechsel durch Doppelvertrag)¹⁵⁹. Beim rechtsgeschäftlichen (direkten) Mitgliederübergang tritt die eintretende Partei durch ein Verfügungsgeschäft in die Rechtsstellung der austretenden Partei ein.¹⁶⁰ Der zu übertragende Gesellschaftsanteil geht unverändert auf den eintretenden Rechtsnachfolger über; es liegt somit ein derivativer Rechtserwerb vor.¹⁶¹ Eine separate Schuldübernahme ist nicht notwendig.¹⁶² Bei einem Mitgliederwechsel durch Doppelvertrag wird die eintretende Partei neues Mitglied. Es werden ein Ausscheidensvertrag zwischen dem Ausscheidenden und den bisheri-

¹⁵⁶ FISCHER (Fn. 3), 170; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 182 f.

¹⁵⁷ BGE 134 III 597 E. 3.3.2 S. 602 ff.; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 17 ff. sowie 190 ff.; BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 3; FISCHER (Fn. 3), 170 ff.; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 184 f.

¹⁵⁸ Vgl. oben III. A.

¹⁵⁹ BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 99 ff. und N 155 ff.; BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 3; FISCHER (Fn. 3), 171 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 208; GERMANN (Fn. 3), 86; MÜLLER (Fn. 25), N 184.

¹⁶⁰ FISCHER (Fn. 3), 172; GERMANN (Fn. 3), 86; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 12.

¹⁶¹ FISCHER (Fn. 3), 172 f.; GERMANN (Fn. 3), 86; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 12.

¹⁶² BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 3; FISCHER (Fn. 3), 174; GERMANN (Fn. 3), 85.

gen Vertragsparteien einerseits und ein Beitrittsvertrag zwischen dem Beitretenden und den bisherigen Vertragsparteien andererseits abgeschlossen.¹⁶³ Der Erwerb der Mitgliedschaft im ABV ist in diesem Fall originär.¹⁶⁴ Die ausscheidende und die eintretende Partei selbst stehen nicht in einer (gesellschaftsrechtlichen) Beziehung zueinander, schliessen aber in der Regel eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Transaktion selbst ab.¹⁶⁵

Ob die Übertragung der Mitgliedschaft durch einen Mitgliederübergang oder einen Mitgliederwechsel zustande kommt, ist einzel-fallabhängig. Soweit keine klare Vereinbarung vorliegt, ist wohl von einem Mitgliederwechsel auszugehen. Ein Mitgliederübergang liegt nur vor, wenn klar erkennbar ist, dass der neue Gesellschafter explizit in die Position des bisherigen Gesellschafters eintreten wollte.¹⁶⁶ Die Unterscheidung der Art der Mitgliedschaftsübertragung hat verschiedene Auswirkungen: Zum einen bestehen Unterschiede bezüglich des Formerfordernisses. Die herrschende Lehre sieht beim (nicht geregelten) Mitgliederübergang in analoger Anwendung von Art. 164 ff. OR ein Schriftformerfordernis vor.¹⁶⁷ Demgegenüber besteht beim Mitgliederwechsel Formfreiheit.¹⁶⁸ Zum anderen ist die Unterscheidung besonders in Haftungsfragen von Bedeutung: Beim (rechtsgeschäftlichen) Übergang haftet der neueintretende Gesellschafter für bereits entstandene Verbindlichkeiten unter solidarischer Haftung des Austretenden.¹⁶⁹ Bei einem Mitgliederwechsel durch Doppelvertrag haftet die eintretende Vertragspartei indes nur für neue Verbindlichkeiten,¹⁷⁰ während die ausscheidende Vertragspartei für die Verbindlichkeiten haftet, welche im Zeitpunkt des Ausscheidens bestanden.¹⁷¹ Darüber hinaus ist im Fall eines Doppelver-

163 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 93 und N 155 ff.; FISCHER (Fn. 3), 171; MÜLLER (Fn. 25), N 246 ff.

164 BGE 116 II 174 E. 5a S. 179; vgl. auch MÜLLER (Fn. 25), N 414.

165 FISCHER (Fn. 3), 172 m. w. H.

166 BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 542 N 3.

167 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 113; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 12. Im Ergebnis gleich: FISCHER (Fn. 3), 175 f., der die Bestimmungen zur GmbH-Anteilsübertragung analog anwenden will.

168 FISCHER (Fn. 3), 176.

169 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 208; MÜLLER (Fn. 25), N 192 ff. und 202.

170 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 208; MÜLLER (Fn. 25), N 520.

171 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 7; MÜLLER (Fn. 25), N 463 ff.

trags keine zusätzliche Vereinbarung zwischen dem ausscheidenden und dem neueintretenden Gesellschafter notwendig.

b. Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge

Die Übertragung der Parteistellung einer natürlichen Person in einem schuldrechtlichen ABV ist gesetzlich nicht geregelt. Sie ist aber aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit zulässig und erfolgt mittels Vertragsübernahme, wobei diese der Zustimmung aller übrigen Vertragsparteien – d. h. auch der Zustimmung der neueintretenden Partei – bedarf.¹⁷²

Wie bei dem oben behandelten Beitritt zum schuldrechtlichen ABV, wird auch bei einem Subjektwechsel ein dreiseitiger Vertrag *sui generis* zwischen den beiden bisherigen Vertragsparteien einerseits und der neu eintretenden Vertragspartei andererseits geschlossen.¹⁷³ Es findet eine sog. Vertragsübertragung statt.¹⁷⁴ Nach Abschluss der Vertragsübernahme wird die ausscheidende Vertragspartei in ihrer Rechtsstellung durch die eintretende Vertragspartei abgelöst. Diese übernimmt die Vertragsstellung der Vorgängerin mit allen bisherigen Rechten und Pflichten.¹⁷⁵

2. Juristische Personen

Grundsätzlich gelten bezüglich Übertragung der Mitgliedschaft und Vertragsübernahme für juristische Personen dieselben Grundsätze wie für die natürlichen Personen.¹⁷⁶ Juristische Personen können ihre Stellung als Vertragspartei zudem auf eine andere, bestehende oder zu gründende Partei übertragen: Entweder gehen sie liquidationslos durch Fusion gemäss Art. 3 ff. FusG oder Spaltung gemäss Art. 29 ff. FusG in einer neuen bzw. bestehenden Partei auf, oder aber ihr Vermögen wird gesamthaft oder teilweise gemäss Art. 69 ff. FusG

172 BGE 111 II 143 E. 3 S. 144 f.; FISCHER (Fn. 3), 180 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 209; GERMANN (Fn. 3), 83; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 183 f.

173 Vgl. III. B. sowie Urteil des BGer B.138/2006 vom 17. April 2007, E. 4.2.1.

174 PETER BÖCKLI/LUKAS MORSCHER, Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, SZW 1997, 53 ff., 57; FISCHER (Fn. 3), 180; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 183 f.

175 FISCHER (Fn. 3), 182.

176 Vgl. oben V. B.1 sowie FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 209.

auf eine andere juristische Person übertragen.¹⁷⁷ Am Bestand und Inhalt eines ABV ändern solche Umstrukturierungsvorgänge nichts. Sämtliche Rechte und Pflichten bleiben im Grundsatz unverändert.

Im Folgenden werden die Wirkungen der einzelnen Umstrukturierungsvorgänge vorgestellt:

- a. Fusion: Hier gelangt gemäss Art. 22 Abs. 1 FusG das Prinzip der Universalsukzession zur Anwendung. Mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister gehen von Gesetzes wegen alle Aktiven und Passiven auf die zu übernehmende Gesellschaft über, wovon auch Verträge umfasst werden.¹⁷⁸ Somit wird grundsätzlich auch die Vertragsstellung eines ABV bei einer Fusion übertragen, ohne dass es der Zustimmung der betroffenen Gegenparteien bedürfte.¹⁷⁹
- b. Spaltung: Sowohl bei einer Aufspaltung (Übertragung einer Gesellschaft auf zwei oder mehr Gesellschaften¹⁸⁰) als auch bei einer Abspaltung (Übertragung von Teilen einer bestehenden Gesellschaft auf eine bestehende oder neue Gesellschaft¹⁸¹) gehen die zu spaltenden Aktiven und Passiven im Zuge einer partiellen Universalsukzession *uno actu* auf den oder die neuen Rechtsträger über.¹⁸² Allerdings ist umstritten, ob die Wirkung der partiellen Universalsukzession die Verträge von diesem Übertragungsvorgang erfasst oder ob grundsätzlich die Zustimmung der übrigen Vertragsparteien für den Vertragsübergang notwendig ist. Die Botschaft zum FusG spricht sich ohne weitere Begründung für ein Zustimmungserfordernis bei Vertragsübertragung aus, d. h., die Verträge wären nicht von der Wirkung der partiellen Universalsukzession erfasst.¹⁸³ Ein Teil der Lehre

177 Zum Ganzen statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 27), § 25 N 77 ff.

178 BSK FusG-TSCHÄNI/GABERTHÜEL/ERNI, Art. 22 N 9.

179 Allerdings kann vertraglich ein entsprechendes Zustimmungserfordernis vereinbart werden, vgl. BSK FusG-TSCHÄNI/MEINHARDT/PAPA, Art. 22 N 9.

180 Art. 29 lit. a FusG.

181 Art. 29 lit. b FusG.

182 Art. 52 FusG.

183 Vgl. Botschaft vom 13. Juni 2000 zum FusG, BBl 2000, 4337 ff., 4445: «Im Zeitpunkt der Eintragung gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven (...) von Gesetzes wegen mit einem Rechtsakt (*uno actu*) von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft über (...). Im Unterschied dazu gehen Verträge nicht ohne weiteres über. Für den Wechsel einer Vertragspartei ist grundsätzlich das Einverständnis aller Vertragsparteien erforderlich.»

leitet daraus ab, dass sich der Begriff «partiell» auf die qualitative Wirkung der Universalsukzession bezieht.¹⁸⁴ Eine partielle Universalsukzession würde sich demnach nicht auf die von der Spaltung betroffenen Vertragsverhältnisse erstrecken, diese benötigten die Zustimmung aller Vertragsparteien. Dagegen befürwortet die herrschende Lehre eine quantitative Auslegung des Begriffs «partiell». Demnach handelt es sich um eine partielle Universalsukzession, da (quantitativ) nicht sämtliche Vermögenswerte übertragen werden. Die Übertragung selbst hat aber die gleiche Wirkung wie eine vollwertige Universalsukzession, d. h., der Übergang von Vertragsverhältnissen von der sich spaltenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft erfolgt ohne Zustimmung aller beteiligten Vertragsparteien.¹⁸⁵ Der herrschenden Lehre ist u. E. vollumfänglich zuzustimmen. Sowohl vom Gesetzeswortlaut¹⁸⁶ als auch sachlich¹⁸⁷ und rechtssystematisch¹⁸⁸ entspricht die Wirkung der partiellen Universalsukzession einer vollwertigen Universalsukzession. Diese Auslegung anerkannte auch das Bundesgericht, als es in einem obiter dictum die Spaltung betreffend von «überzeugenden Argumenten (...) [der Lehre sprach, die] die nicht weiter begründeten Ausführungen der Botschaft (...) widerlegen».¹⁸⁹

- c. Umwandlung: Die Umwandlung hat in der Regel keine Auswirkungen auf die Vertragsstellung einer Partei, da sich lediglich

184 FISCHER (Fn. 3), 203; HANSPETER KLÄY, Das Fusionsgesetz – ein Überblick, Der Bernische Notar 2004, 185 ff., 234; vgl. ferner Urteile des BGer 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 1.2.2 sowie 4P.299/2005 vom 31. Januar 2006, E. 2.2.2.

185 PIERA BERETTA, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 2002, 249 ff., 251 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 N 338a; LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. Aufl., Bern 2014, N 364; BSK FusG-WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 4 ff. m. w. H.

186 Der Gesetzeswortlaut von Art. 22 FusG, der die «universelle» Universalsukzession bei einer Fusion regelt, ist mit dem Wortlaut von Art. 52 FusG, welcher die «partielle» Universalsukzession bei einer Spaltung regelt, identisch; eine qualitativ unterschiedliche Wirkung ist somit nicht erklärbar.

187 So bezweckt das FusG die Erleichterung von Umstrukturierungen und den Übergang von gesamten Unternehmensteilen, vgl. FusG-Botschaft (Fn. 184), 4354.

188 Vgl. die detaillierten Ausführungen von BSK FusG-WATTER/BÜCHI, Art. 52 N 4 ff.; BERETTA (Fn. 185), 252 f.) sowie BÖCKLI (Fn. 185), § 3 N 338a.

189 Vgl. Urteile des BGer 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 1.2.2 sowie 4P.299/2005 vom 31. Januar 2006, E. 2.2.2.

die Rechtsform (der Vertragspartei) ändert.¹⁹⁰ Eine Veränderung durch Umwandlung kann lediglich bezüglich subsidiärer Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden auftreten,¹⁹¹ was im Rahmen eines ABV mangels Haftungssubstrats von untergeordneter Bedeutung ist.¹⁹²

- d. Vermögensübertragung: Bei der Vermögensübertragung gemäss Art. 69 Abs. 1 FusG gilt – wie bezüglich Spaltung – das Prinzip der partiellen Universalsukzession¹⁹³, d. h., nur die von den Parteien im Inventar bezeichneten Aktiven und Passiven werden übertragen (vgl. zur Wirkung auch Art. 73 Abs. 2 FusG). Zur Übertragung von Verträgen bei der Vermögensübertragung äusserte sich der Gesetzgeber nur spärlich: Die Botschaft lehnte eine zustimmungslose Übertragung von Verträgen nur bezüglich der Spaltung explizit ab.¹⁹⁴ Bezüglich des Vermögensübergangs wurde ein Minderheitsantrag, der eine Übertragung von Verträgen ohne Zustimmung erlaubt hätte, unter Verweis auf geltendes Vertragsrecht abgelehnt.¹⁹⁵ Weiter fehlt bisher eine höchststrichterliche Rechtsprechung¹⁹⁶. Die herrschende Lehre will eine Übertragung von Verträgen, die genau bezeichnet und im Übertragungsinventar aufgelistet sind, ohne Zustimmung der Gegenpartei zulassen (Universalsukzessionstheorie)¹⁹⁷. Vertreter der Betriebsübergangstheorie wollen die Übertragung von Verträgen ohne Zustimmung der Gegenpartei nur unter der Prämisse zulassen, dass das übertragende Vermögen als ein Betrieb bzw. Betriebsteil qualifiziert und die übergehenden Verträge mit dem

190 Art. 53 FusG.

191 BSK FusG-ROMERIO, Art. 53 N 20, mit Ausführungen zu den diversen Konstellationen.

192 FISCHER (Fn. 3), 204.

193 FusG-Botschaft (Fn.183), 4465.

194 Vgl. oben V. B.2.b.

195 Ausführlich dazu: ROLF WATTER/URS KÄGI, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 2004, 231 ff., 236.

196 Analog werden in der Lehre immerhin die in Fn. 184 aufgeführten Bundesgerichtsentscheide bezüglich Spaltung beigezogen, vgl. ROLF WATTER, Vermögensübertragung – Ausgewählte Aspekte aus der neueren Praxis, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisition XVIII*, Zürich 2016, 7 ff., 12 f.

197 Statt vieler: BÖCKLI (Fn. 185), § 3 N 372 ff.; BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 15b; GLANZMANN (Fn. 185), N 365.

Betrieb verknüpft sind.¹⁹⁸ Ein weiterer Teil der Lehre lehnt die Übertragung ohne Zustimmung der anderen Vertragsparteien ganz ab.¹⁹⁹ Wie bereits bezüglich Spaltung ausgeführt,²⁰⁰ hat eine partielle Universalsukzession u. E. dieselbe (qualitative) Wirkung wie eine vollwertige Universalsukzession²⁰¹. Sie umfasst damit neben den im Wortlaut genannten Aktiven und Passiven auch Vertragsverhältnisse. Entsprechend folgt daraus, dass Verträge, unter anderem ABV, ohne Zustimmung der Gegenpartei mittels Vermögensübertragung übertragen werden können.

Zusätzlich zu den spezifischen fusionsrechtlichen Wirkungen der einzelnen Umstrukturierungsvorgänge ist zu prüfen, ob die Parteien eine besondere Vereinbarung über den Vertragsübergang getroffen haben. In der Praxis sind häufig «change of control»-Klauseln anzutreffen.²⁰² Solche Vereinbarungen, die nach herrschender Lehre zulässig sind, sehen eine sofortige Beendigung oder eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall vor, dass eine Vertragspartei im Rahmen einer Umstrukturierung übernommen werden sollte.²⁰³ Weiter können auch sogenannte «successor»-Klauseln Anwendung finden, die bei einem Wechsel der Vertragspartei automatische Vertragsanpassungen vorsehen.²⁰⁴ Wie diese Anpassungen aussehen, ist dabei von den vertraglich vereinbarten Anpassungsregeln abhängig.²⁰⁵

198 Vgl. unter anderem ULYSSES VON SALIS, Fusionsgesetz, Zürich 2004, abrufbar unter: <<http://www.fusionsgesetz.ch>>, 443; WATTER/KÄGI (Fn. 195), 236 ff.; WATTER (Fn. 196), 17; spezifisch für ABV: FISCHER (Fn. 3), 205.

199 Vgl. PETER V. KUNZ, Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 2004, 802 ff., 812; NICOLAS TURIN, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Diss. Neuchâtel, Basel 2003, 114.

200 Vgl. oben V. B.2.b.

201 Dies ergibt eine überzeugende systematisch-teleologische Auslegung des betreffenden Art. 73 Abs. 2 FusG, vgl. dazu statt vieler: BSK FusG-MALACRIDA, Art. 73 N 15 ff.

202 BSK FusG-TSCHÄNI/MEINHARDT/PAPA, Art. 22 N 10; FISCHER (Fn. 3), 207.

203 CHRISTOPH BAUER; Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Diss. Zürich 2010, 481; FISCHER (Fn. 3), 207; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 210 f.; GLANZMANN (Fn. 185), N 722.

204 BAUER (Fn. 203), 481; BSK FusG-TSCHÄNI/MEINHARDT/PAPA, Art. 22 N 10; GLANZMANN (Fn. 185), N 722.

205 BERETTA (Fn. 185), 255.

Wenn keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden, ist abschliessend generell zu prüfen, ob die Übertragung der Rechtsstellung aus dem ABV mit dessen Zweck vereinbar ist. Wird der Zweck durch den Übergang unmöglich, sieht das Gesetz bei gesellschaftsrechtlichen ABV in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR deren Auflösung vor. Dabei muss es sich zwingend um einen Fall von objektiver Unmöglichkeit handeln.²⁰⁶ In weniger weitgehenden Fällen kann der Rechtsübergang ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung sein. Bei schuldrechtlichen ABV kommt allenfalls eine Beendigung des ABV aufgrund nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR infrage.²⁰⁷

VI. Aktien im Gesamteigentum als Sonderfall

Die Vertragsparteien können gemäss Art. 652 ff. ZGB ihre Aktien zur Begründung von Gesamteigentum dem gesellschaftsrechtlichen ABV als Gemeinschaft übertragen. Art. 653 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass sich die Rechte und Pflichten für Gesamteigentümer nach den Regeln richten, unter denen die vertragsmässige Gemeinschaft steht. Wie erwähnt, ist der gesellschaftsrechtliche ABV als einfache Gesellschaft ausgestaltet, weshalb die Regeln der einfachen Gesellschaft Anwendung finden. Die Übertragung der Aktien in das Gesamteigentum ist an zwei Voraussetzungen geknüpft: So müssen objektiv die Aktien durch die Vertragsparteien physisch in die Gesellschaft eingebracht werden,²⁰⁸ während subjektiv der Wille auf die Einbringung ins Gesamteigentum und damit spiegelbildlich der Wille zum Verzicht auf das individuelle Eigentum gegeben sein muss.²⁰⁹ Gerade letzteres Kriterium ist in der Praxis häufig umstritten, da es sich um eine innere und damit schwer zu beweisende Voraussetzung handelt. Aufgrund der fehlenden Beweisbarkeit ist daher zu

206 HOCH (Fn. 61), 20 ff.

207 FISCHER (Fn. 3), 41; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 210; HINTZ-BÜHLER (Fn. 3), 174. A. M. für die Fusion: GLATTFELDER (Fn. 4), 343a f.

208 FISCHER (Fn. 3), 218; LANG (Fn. 19), 176.

209 BLOCH (Fn. 130), 120 f.; FISCHER (Fn. 3), 219; LANG (Fn. 19), 162 f.

empfehlen, im ABV explizit zu kodifizieren, ob die Aktien durch eine gemeinsame Hinterlegung im Gesamteigentum stehen sollen.²¹⁰

Ein Vorteil des Gesamteigentums besteht darin, dass sich die Pflichten aus dem ABV einfacher kontrollieren bzw. einhalten lassen, wenn sich diese im Gesamteigentum der Vertragsparteien bzw. des gesellschaftsrechtlichen ABV befinden.²¹¹ In diesem Fall sind abredewidrige Stimmabgaben oder Veräusserungen an Dritte ausserhalb des ABV nicht möglich. Allerdings wird auch die Eigentümerstellung der einzelnen Vertragsparteien stark eingeschränkt, da sie allein weder über die Aktien noch über die mit den Aktien verbundenen Aktionärsrechte verfügen können.²¹² Ausserdem muss ein gemeinsamer Vertreter bestimmt werden, womit das Bestehen des ABV publik gemacht wird.²¹³ Insgesamt überwiegen deshalb die negativen Aspekte, was die Konstellation der Aktien im Gesamteigentum des ABV in der Praxis eher unbeliebt und damit selten macht.²¹⁴

Im Folgenden wird lediglich auf die Besonderheiten bei einer Änderung im Parteienbestand eingegangen, soweit die eingebrachten Aktien im Gesamteigentum der Gesellschafter stehen, da ansonsten auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden kann.²¹⁵

A. Beitritt

Aufgrund des Gesamteigentums verlieren die Aktionäre ihre dingliche Berechtigung an den eingebrachten Aktien. Diese steht gemäss Art. 544 Abs. 1 OR allen Vertragsparteien gemeinsam zu. Dagegen erwirbt die beitretende Partei mit dem Beitritt zum ABV die Mitgliedschaft sowie alle daran geknüpften Rechte und Pflichten.²¹⁶ Zusammen mit der Mitgliedschaft wird auch die dingliche Berechtigung an einem ideellen Anteil am Gesamthandvermögen im Umfang

210 So auch FISCHER (Fn. 3), 219.

211 BLOCH (Fn. 130), 120; FISCHER (Fn. 3), 217. Generell zur Garantiefunktion des Gesamthandprinzips: BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 544 N 33.

212 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 544 N 33 ff.; BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, Art. 544 N 3.

213 LANG (Fn. 19), 165.

214 FISCHER (Fn. 3), 224; GLATTFELDER (Fn. 4), 232a; LANG (Fn. 19), 177.

215 Vgl. oben III.–V.

216 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 70; WOLF, Subjektwechsel (Fn. 22), 7.

des Wertes der eingebrachten Aktien erworben.²¹⁷ Grundsätzlich ist daher ein Beitritt lediglich in jenen Fällen denkbar, bei denen die beitretende Vertragspartei auch Aktionärin ist und ihre Aktien in den gesellschaftsrechtlichen ABV einbringen will und kann.²¹⁸

B. Ausscheiden

Die Stellung als Gesamteigentümer hat zur Folge, dass ein ausscheidender Gesellschafter – analog zur Liquidation der Gesellschaft gemäss Art. 548 Abs. 1 OR – kein Anrecht auf die Rückgabe der eingebrachten Aktien hat. Stattdessen besteht analog zu Art. 580 OR ein Abfindungsanspruch in der Höhe des Wertes der eingebrachten Aktien.²¹⁹ Allerdings ist Art. 548 Abs. 1 OR dispositiver Natur,²²⁰ weshalb eine Rückgabe der tatsächlich eingebrachten Aktien auch vertraglich vereinbart werden kann.²²¹

C. Subjektwechsel

Eine Mitgliedschaft an einem ABV mit Aktien im Gesamteigentum kann durch ein einfaches Verfügungsgeschäft auf einen Rechtsnachfolger übertragen werden.²²² Daneben ist zwingend die Zustimmung aller Vertragsparteien im Sinne eines Wirkungserfordernisses einzuholen,²²³ auch wenn diese nicht am Übertragungsgeschäft selbst beteiligt sind. Ohne die Zustimmung der anderen Vertragsparteien fehlt dem Übertragenden die Verfügungsmacht, was zur Unwirksamkeit des Subjektwechsels führen würde.²²⁴

217 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 70.

218 FISCHER (Fn. 3), 235, der ausschliesslich bei Doppelgesellschaften (vgl. II. A.) die Möglichkeit des Eintritts ohne Aktien gegen Bezahlung einer Einkaufssumme sieht.

219 GERMAN (Fn. 3), 73 vgl. auch BSK OR II-STAEHELIN, Art. 548/549 N 4 und N 9; FISCHER (Fn. 3), 231.

220 BSK OR II-STAEHELIN, Art. 548/549 N 2.

221 BLOCH (Fn. 130), 121 ff.; FISCHER (Fn. 3), 231.

222 FISCHER (Fn. 3), 236 ff.

223 WOLF, Aspekte (Fn. 28), 59.

224 MÜLLER (Fn. 25), N 338 ff. und 349.

VII. Exkurs: Bestandsänderungen von ABV bei Publikumsgesellschaften

Publikumsgesellschaften, d. h. Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, die an einer Schweizer Börse kotierte Beteiligungspapiere ausstehend haben,²²⁵ unterstehen dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG). In der Folge haben ihre Aktionäre bei einem Zusammenschluss durch ABV nicht nur das Privat-, sondern auch das Aufsichtsrecht zu beachten.

A. ABV als Gruppentatbestand des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes

Das organisierte Zusammenwirken von Aktionären bei Publikumsgesellschaften kann unter Umständen unter den Gruppentatbestand des FinfraG subsumiert werden.²²⁶ Das FinfraG verwendet, wie bereits sein Vorgängergesetz BEHG²²⁷, allerdings keine einheitliche Definition des Gruppentatbestands. So wird zum Teil die Umschreibung *Handeln in gemeinsamer Absprache* verwendet,²²⁸ teilweise aber auch *eine vertraglich oder auf andere Weise organisierte Gruppe*²²⁹. Erst Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA verdeutlicht, dass ein einheitlicher Gruppenbegriff besteht, welcher sowohl für den offenlegungsrechtli-

²²⁵ Art. 727 Abs. 1 lit. a OR.

²²⁶ Ausführlich zum Gruppentatbestand im Finanzmarktrecht: THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Erfassung bewilligungspflichtiger Gruppensachverhalte in der Finanzmarktaufsicht, GesKR 2012, 411 ff.; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 4 ff.; vgl. auch BSK BEHG-DAENIKER/WALLER, Art. 2 lit. a-c N 20 ff. und N 28 ff.; GEORG G. GOTSCHKEV, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse der organisierten Gruppe gemäss Börsengesetz, Diss. Zürich 2005, 75 ff.

²²⁷ FISCHER (Fn. 3), 333; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 231 f. In Bezug auf die Gruppentatbestände gab es mit Einführung des FinfraG lediglich kleinere sprachliche, aber keine materiellen Veränderungen, vgl. dazu SONJA BLAAS, Entstehung und Nachweis der angebotspflichtigen Gruppe, Diss. Bern 2016, 5.

²²⁸ Art. 120 Abs. 1, Art. 127 Abs. 3, Art. 131 lit. f, Art. 134 Abs. 1 und 3, Art. 135 Abs. 1 und 5, Art. 139 Abs. 2 und Art. 144 FinfraG.

²²⁹ Art. 121, Art. 134 Abs. 1 und Art. 136 Abs. 1 lit. a FinfraG.

chen wie auch den angebotspflichtigen Gruppentatbestand gilt.²³⁰ Demgemäss handelt *in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe*,

- (i) wer *durch Vertrag* oder andere organisierte Vorkehrungen oder von Gesetzes wegen,
- (ii) *im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren* oder die *Ausübung von Stimmrechten*
- (iii) *mit Dritten seine Verhaltensweise abstimmt*.

Die drei Voraussetzungen sind dabei kumulativ zu erfüllen.²³¹ Die erste Voraussetzung wird auch als Bindungsintensität bezeichnet. Nach herrschender Lehre²³² ist diese bereits ohne rechtliche Verbindlichkeit erfüllt, d. h. ein Gentlemen's Agreement reicht bereits zur Annahme einer genügenden Bindungsintensität aus.²³³ Die Bindung muss jedoch mindestens so verbindlich sein, dass die einzelnen Aktionäre in ihrer Stimmrechtsausübung nicht mehr frei sind.²³⁴ Ein blosses Parallelverhalten der Aktionäre ist dagegen zulässig.²³⁵ Ein ABV ist ein typisches Beispiel für eine vertragliche Verbindung.²³⁶ Ist ein solcher Vertrag nicht nachweisbar, kann eine Absprache zwischen Aktionären auch von der weit gefassten Formulierung der «anderen organisatorischen Vorkehrungen» erfasst werden. Ausschlaggebend ist dabei gemäss herrschender Lehre, ob einzelne Gruppenmitglieder ihre eigene Entscheidungsfreiheit zugunsten bzw. im Interesse der

230 Art. 33 Abs. FinfraV-FINMA, vgl. auch SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 4 ff.; BLAAS (Fn. 227), 6 f. und 79 ff.; BSK BEHG-DAENIKER/WALLER, Art. 20 N 88; FISCHER (Fn. 3), 335; GOTSCHEV (Fn. 226), 136 f.

231 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 8; BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 89.

232 Vgl. statt vieler BLAAS (Fn. 227), 141 ff., mit einer Zusammenfassung der aktuellen Lehrmeinungen.

233 BLAAS (Fn. 227), 150.

234 BGE 130 II 540, 550 E. 6.4.3; vgl. auch SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 22; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 232. CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, in: Gérard Hertig/Christian Meier-Schatz/Robert Roth/Urs P. Roth/Dieter Zobl (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, Art. 20 N 22; BLAAS (Fn. 227), 144; FISCHER (Fn. 3), 338; GOTSCHEV (Fn. 226), 141 f.

235 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 23 ff.; FISCHER (Fn. 3), 337; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 233; GOTSCHEV (Fn. 226), 139 f.; vgl. weiterführend BLAAS (Fn. 227), 141 und 184 ff., die eine detaillierte Abgrenzung zwischen unzulässiger Verhaltensabstimmung und zulässigem Parallelverhalten vornimmt.

236 BLAAS (Fn. 227), 142.

Gruppe aufgeben. Von der zweiten Voraussetzung, die den Veräußerungsgegenstand betrifft, werden nicht nur Erwerbs- oder Veräußerungsabsprachen erfasst, sondern auch solche, die auf Stimmbindung ausgerichtet sind.²³⁷ Im Vergleich zum Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 und Art. 135 Abs. 1 FinfraG ist dies eine Erweiterung des Gruppenbegriffs. Der Endzweck des koordinierten Erwerbs bzw. der koordinierten Veräußerung ist unerheblich.²³⁸ Unter der dritten Voraussetzung – der Abstimmung der Verhaltensweise – ist sodann zu verstehen, dass die Beteiligten aufgrund minimaler innerer Organisation bewusst interaktiv kommuniziert haben, was zu einer Abstimmung des Verhaltens führte.²³⁹ Ein abgestimmtes Verhalten impliziert weiter, dass zwischen den Parteien ein Interessengleichlauf herrscht.²⁴⁰ Umgekehrt bedeutet dies, dass reine Austauschverhältnisse – d. h. synallagmatische Verträge – nicht vom Gruppentatbestand erfasst sind.²⁴¹ Diese Einschränkung betrifft lediglich schuldrechtliche ABV, da gesellschaftsrechtliche ABV nie als Austauschverhältnisse ausgestaltet sind.

Im Einzelnen sind die Grenzen bezüglich Unterstellung unter den Gruppentatbestand fließend und häufig in Lehre und Rechtsprechung umstritten.²⁴² Deshalb ist in jedem Fall einzelfallweise zu prüfen, ob ein ABV unter den Gruppenbegriff von Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA und damit unter die aufsichtsrechtlichen Pflichten des FinfraG fällt.

B. Bestandsänderungen bei Publikumsgesellschaften

Grundsätzlich gilt für Bestandsänderungen in Publikumsgesellschaften das in den Kapiteln zuvor Ausgeführte.²⁴³ Daneben bestehen

237 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 23 ff.; BLAAS (Fn. 227), 166 f.

238 FISCHER (Fn. 3), 339; GOTSCHEV (Fn. 226), 146.

239 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 23 ff.; BLAAS (Fn. 227), 138 ff.; BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 88 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 233; GOTSCHEV (Fn. 226), 138 f.

240 BLAAS (Fn. 227), 140.

241 ANDREA RÜTTIMANN, Offenlegung von Beteiligungen nach Art. 20 BEHG und Art. 31 BEHG sowie von Management-Transaktionen während des öffentlichen Übernahmeverfahrens, GesKR 2015, 30 f.

242 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 233.

243 Vgl. oben III.–V.

allerdings weitere Pflichten, soweit der betreffende ABV unter den Gruppentatbestand von Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA subsumiert werden kann.

1. *Meldepflicht*

Das FinfraG sieht in Art. 120 Abs. 1 vor, dass Aktionäre, die direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien²⁴⁴ erwerben und dadurch den Grenzwert von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33⅓, 50 oder 66⅔ Prozent der Stimmrechte erreichen, unter- oder überschreiten, eine Meldepflicht gegenüber der Gesellschaft und der Börse haben, an der die Aktien kotiert sind. Werden die Grenzwerte von Art. 120 Abs. 1 FinfraG über- oder unterschritten (was bei der Bildung und Auflösung einer Gruppe²⁴⁵ sowie bei Beitritten bzw. Austritten der Fall sein kann), haben die Vertragsparteien dies zu melden. Der Umfang der Meldepflicht ist Art. 121 lit. a–d FinfraG zu entnehmen. Aber auch wenn kein Grenzwert überschritten ist, kann eine Meldepflicht bestehen: Grundsätzlich gilt bezüglich Bestandsänderungen das «black box»-Prinzip, welches gemäss Art. 12 Abs. 2 FinfraV-FINMA besagt, dass keine Meldepflichten bestehen, soweit die Beteiligung lediglich zwischen durch den ABV verbundenen Personen wechselt.²⁴⁶ Dagegen statuiert Art. 12 Abs. 3 FinfraV-FINMA Ausnahmen von diesem Prinzip: Ändert durch eine Bestandsänderung die Zusammensetzung des Personenkreises des ABV, muss dies sowohl bei Bei- und Austritt als auch bei einem Subjektwechsel gemeldet werden, unabhängig davon, ob meldepflichtrechtlich weitere relevante Schwellen berührt wurden.²⁴⁷ Ebenfalls relevant – aber umstritte-

244 Vgl. zur Thematik der Hinzurechnung ungebundener Aktien ausführlich: FISCHER (Fn. 3), 344 ff.; GOTSCHEV (Fn. 226), 148 ff.

245 Ausschlaggebend ist der Akt der Gruppenbildung bzw. der Verzicht auf eine weitere Zusammenarbeit, vgl. SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 39 ff.; SUSANNE METTIER, Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz, Melde- und Veröffentlichungspflicht von Aktionär und Gesellschaft, Diss. Zürich 1999, 135.

246 Vgl. zum «black box»-Prinzip: SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 46; GOTSCHEV (Fn. 226), 174; METTIER (Fn. 245), 135.

247 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 121 N 10 ff.; FISCHER (Fn. 3), 360; GOTSCHEV (Fn. 226), 176; JACQUES IFFLAND, Groupes et actions de concert dans la loi sur les bourses, in: Journée 2003 du droit banque et financier, Bern 2004, 144 ff., 169; MEIER-SCHATZ (Fn. 234), Art. 20 N 277.

ner²⁴⁸ – ist die Änderung der Art der Absprache oder der Gruppe²⁴⁹. Eine solche Änderung der Art der Absprache bzw. der Gruppe liegt vor, wenn die juristische Grundlage der Gruppe geändert wird.²⁵⁰ Dagegen sind unbedeutende Änderungen, insbesondere bezüglich ABV, nicht zu melden.²⁵¹ Die Bedeutung einer Änderung ist aufgrund objektiver Kriterien und unter Beachtung der konkreten Umstände im Einzelfall zu ermitteln.²⁵² Erwähnenswert ist der Sonderfall der fundamentalen Änderung der Gruppenstruktur: Kommt es aufgrund einer Bestandsänderung zu einem Kontrollwechsel innerhalb der Gruppe, liegt ebenfalls ein meldepflichtiger Tatbestand gemäss Art. 12. Abs. 3 FinfraV-FINMA vor.²⁵³ Dabei handelt es sich de facto um die Liquidation einer bisherigen Gruppe mit der gleichzeitigen Neugründung einer neuen Gruppe, weshalb zwei Meldungen zu erfolgen haben.²⁵⁴

2. *Angebotspflicht*

Der Verordnungstext bezüglich Angebotspflicht verweist grundsätzlich auf den Gruppenbegriff der Meldepflicht²⁵⁵, was auf einen überwiegend identischen Gruppenbegriff schliessen lässt.²⁵⁶ Zusätzlich weist die Angebotspflicht aber ein weiteres Tatbestandselement auf, namentlich das Erfordernis der Beherrschungsabsicht gemäss

248 Vgl. GOTSCHEV (Fn. 226), 176 sowie FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 241, die einhellig feststellen, dass der Begriff weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht genügend geklärt ist.

249 Vgl. letzter Teilsatz von Art. 12 Abs. 3 FinfraV-FINMA.

250 Vgl. FISCHER (Fn. 3), 361; GOTSCHEV (Fn. 226), 176; IFFLAND (Fn. 247), 149 f.; a. M. METTIER (Fn. 245), 135 f. sowie MEIER-SCHATZ (Fn. 234), Art. 20 N 241, gemäss denen bereits eine bedeutende materielle Änderung im Vertrag ausreicht. Zusammenfassend zum Ganzen: FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 242 f.

251 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 241 f.; GOTSCHEV (Fn. 226), 176; IFFLAND (Fn. 247), 149; METTIER (Fn. 245), 135.

252 FISCHER (Fn. 3), 361 f.; GOTSCHEV (Fn. 226), 176.

253 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 120 N 1 ff.; FISCHER (Fn. 3), 361 f.; IFFLAND (Fn. 247), 169 f.; kritisch dagegen GOTSCHEV (Fn. 226), 177.

254 GOTSCHEV (Fn. 226), 177; IFFLAND (Fn. 247), 150 sowie 169.

255 Art. 33 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA; Vgl. zur Meldepflicht oben VII. B.1.

256 Vgl. SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135 N 65; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 237.

Art. 33 FinfraV-FINMA. Diese Differenzierung wird mit den im Vergleich zur Meldepflicht weitreichenden finanziellen Folgen einer Angebotspflicht gerechtfertigt.²⁵⁷ Die Beherrschungsabsicht stellt ein subjektives Tatbestandsmerkmal dar, das aber anhand von objektiv feststellbaren Kriterien überprüft wird.²⁵⁸ Eine gemeinsame Beherrschung liegt demnach vor, wenn eine Absprache so ausgestaltet ist, dass der Einzelwille zugunsten des Willens der Gruppe in den Hintergrund tritt und gemeinsam eine Beherrschung der Zielgesellschaft angestrebt wird.²⁵⁹ Dies kann z. B. durch Bestimmung der Strategie der Zielgesellschaft oder die Bestimmung der Zusammensetzung (der Mehrheit) des Verwaltungsrates der Zielgesellschaft geschehen.²⁶⁰ Eine einheitliche bzw. abschliessende Begriffsdefinition der Beherrschungsabsicht existiert bisher nicht.²⁶¹

Einer Angebotspflicht unterliegen demnach die Aktionäre, die aufgrund ihres ABV gemäss Art. 135 Abs. 1 FinfraG den Grenzwert von 33⅓ Prozent überschreiten und die Anteile in Hinblick auf eine Beherrschung erwerben. Dagegen entfällt gemäss Art. 136 Abs. 2 FinfraG eine Angebotspflicht, wenn Stimmrechte durch Schenkung, Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben wurden. Der Gesetzgeber will damit den Fortbestand von Familiengesellschaften schützen.²⁶² Werden innerhalb einer vertraglich oder auf andere Weise organisierten Gruppe Grenzwert überschreitend Stimmrechte übertragen, kann die Übernahmekommission (UEK) i. S. v. Art. 136 Abs. 1 lit. a FinfraG eine Ausnahme von der Angebotspflicht gewähren.²⁶³ Der Gedanke dahinter ist, dass nur die Gruppe als Ganzes einer Angebotspflicht unterliegt und auch hier

257 BSK BEHG-HOFSTETTER/SCHILTER-HEUBERGER, Art. 32 N 48; SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135 N 65.

258 BGE 130 II 530 E. 6.5.7 S. 558; vgl. auch SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135 N 61.

259 BSK BEHG-HOFSTETTER/SCHILTER-HEUBERGER, Art. 32 N 48; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 237 f.

260 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 238; SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135 N 63, mit Verweisen auf die Praxis der UEK.

261 SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135 N 63.

262 BSK BEHG-HOFSTETTER/SCHILTER-HEUBERGER, Art. 32 N 67; SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135 N 13.

263 BGE 130 II 530 E. 5.3 S. 543 ff.; vgl. ferner BSK BEHG-HOFSTETTER/SCHILTER-HEUBERGER, Art. 32 N 52; FISCHER (Fn. 3), 392.

für gruppeninterne Übertragungen das «black box»-Prinzip gilt.²⁶⁴ Führt die interne Stimmrechtsübertragung dagegen zu einem Wechsel von Kontrollverhältnissen innerhalb der Gruppe, wird keine Ausnahme gewährt.²⁶⁵

In Bezug auf Bestandsänderungen bei ABV ist eine Grenzwertüberschreitung i. S. v. Art. 135 FinfraG in erster Linie bei einem Beitritt denkbar, da sich grundsätzlich nur hier der Gesamtbestand positiv verändert.²⁶⁶ Dagegen ist ein Austritt in der Regel unbeachtlich;²⁶⁷ wohingegen ein Subjektwechsel eine Angebotspflicht auslösen kann, wenn die eintretende Partei eigene, bisher ungebundene Aktien in den ABV einbringt.²⁶⁸

VIII. Fazit

Bestandsänderungen innerhalb eines Aktionärsbindungsvertrags sind im Einzelfall ein komplexes Unterfangen. Das liegt in erster Linie an der Tatsache, dass höchstens vereinzelt gesetzliche Vorschriften vorhanden sind, die sich mit solchen Änderungen befassen. Beispiele solcher Normen sind Art. 542 sowie Art. 545 OR. Neben den gesetzlichen Regeln muss die Qualifikation der einzelnen Verträge gebührend berücksichtigt werden: So unterliegt ein schuldrechtlicher ABV anderen gesetzlichen Vorgaben als ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag. Und schliesslich sind auch die Umstände der Bestandsänderung von Bedeutung: Eine Bestandsänderung des ABV kann zum Beispiel aufgrund eines Todesfalls erfolgen, was erbrechtliche Folgen nach sich ziehen kann. In der Regel ist der Beitritt zu

264 Vgl. dazu Fn. 246; BSK BEHG-HOFSTETTER/SCHILTER-HEUBERGER, Art. 32 N 52 f.

265 BGE 130 II 530 E. 5.3 S. 543 ff.; FISCHER (Fn. 3), 394 f.

266 Ausnahmen sind denkbar, soweit ein Aktionär bereits im Besitz von 33⅓ Prozent der Stimmrechte ist. In diesem Fall kann er einen bestehenden ABV eingehen bzw. einen neuen ABV abschliessen, ohne dass er einer Angebotspflicht unterliegen würde, vgl. dazu FISCHER (Fn. 3), 398 f.

267 Ein Austritt ist zumindest dann unbeachtlich, sofern der Austretende seine Beteiligungen nicht gleichzeitig innerhalb der Gruppe weiterveräussert, vgl. FISCHER (Fn. 3), 399 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 8), 246 f.

268 FISCHER (Fn. 3), 399 ff.; vgl. auch GOTSCHEV (Fn. 226), 262 f.

einem ABV vergleichsweise rechtlich unkompliziert. Dagegen ist das Ausscheiden komplexer und häufig stark von inneren und äusseren Umständen abhängig, wie z. B. der Freiwilligkeit des Ausscheidens oder dem Vorliegen einer Austrittsklausel. Der Subjektwechsel geniesst in der Praxis grosse Bedeutung, insbesondere in der Nachfolgeplanung von Familienunternehmen oder bei Todesfällen. Das Besondere dabei ist, dass sowohl Ausscheidens- wie auch Eintrittselemente vorhanden sind, was die Abwicklung besonders erschwert. Schliesslich gibt es gewisse Besonderheiten in Bezug auf die Bestandsänderungen in ABV zu beachten: Zum einen gibt es Unterschiede, soweit die Aktien im Gesamteigentum der Vertragsparteien stehen, zum anderen sollte ein Publikumsaktionär immer prüfen, ob durch den ABV erweiterte Melde- oder Angebotspflichten drohen. Vorausblickend ist auch mit der aktuellen Aktienrechtsrevision keine gesetzliche Änderung in Sicht,²⁶⁹ sodass Bestandsänderungen bei ABV auch in Zukunft vornehmlich durch Lehre und Rechtsprechung geregelt werden müssen.

²⁶⁹ Vgl. den Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 683 ff.