

Geschäftsführungs- und Kontroll-Pflichten bei der vorübergehenden oder dauernden Verwaltung von Mehrheits- und Minderheitsanteilen durch den Vollstrecker - Länderbericht Schweiz **

Inhaltsübersicht	Seite
A. Einleitung und Beschränkung des Themas	126
B. Personengesellschaft und die Einzelunternehmung	126
C. Die Mehrheits- oder Minderheitsanteile an der AG ausserhalb des Nachlasses	128
I. Lebzeitige Übertragung	128
II. Die escape clause	129
III. Kaufrechte in Aktionärbindungsverträgen (ABV)	130
D. Die Mehrheits- oder Minderheitsanteile an der AG im Nachlass	131
I. Prioritäre Handlungspflichten des Vollstreckers	131
1. Der Organmangel	131
2. Aktienzertifikate	132
3. Eintragung in das Aktienbuch	133
II. Meldepflichten des Vollstreckers	133
1. Börsenrecht	134
2. Aktienrecht	135
3. Erbrecht	136
III. Zusammensetzung des Verwaltungsrats	137
1. Weisungen des Erblassers	137
2. Fehlen von Weisungen des Erblassers	138
IV. Interessenkollision des Vollstreckers	138
V. Revisionsstelle	140
VI. Dividendenpolitik	140
VII. Ausübung der Aktionärsrechte	141
VIII. Vorbereitung der Erbteilung	143
IX. Organhaftung	145
X. Der Ausfall / Wegfall des Willensvollstreckers	146

* Dr. iur. René Strazzer, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Präsident der Fachkommission Fachanwalt SAV Erbrecht des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich (www.szlaw.ch).

** Leicht erweiterte, schriftliche Fassung des am 12. April 2019 anlässlich des 3. schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertages in Luzern gehaltenen Referats. Der Vortragsstil wurde beibehalten und der Fussnotenapparat reduziert.

A. Einleitung und Beschränkung des Themas

a) Der vorliegende Beitrag hat den Umgang des Vollstreckers¹ mit Mehrheits- und Minderheitsanteilen an Unternehmen in der Schweiz zum Gegenstand. Dabei werden in zweierlei Hinsicht **Beschränkungen** vorgenommen:

b) Zum einen soll entsprechend ihrer praktischen Bedeutung die Rechtsform der **Aktiengesellschaft (AG) im Vordergrund** stehen. Zwischen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und der AG gibt es nur wenige Unterschiede; auf die GmbH wird deshalb nicht weiter eingegangen. Personengesellschaften sind sodann in der Schweiz weit weniger verbreitet als Aktiengesellschaften². Zu jenen – und auch zur Einzelunternehmung – finden sich deshalb im Folgenden nur einige Hinweise³.

c) Zum anderen gibt es in der Unternehmensnachfolge Konstellationen, in welchen die Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligungen an einer AG **nicht in den Nachlass fallen** und damit dem Zuständigkeitsbereich des Vollstreckers entzogen sind. Auf derartige Fälle soll ebenfalls kurz eingegangen werden⁴.

B. Personengesellschaften und die Einzelunternehmung

a) Zu den Personengesellschaften, das heisst zur **Kollektivgesellschaft und zur Kommanditgesellschaft**, kann Folgendes bemerkt werden: Gemäss Art. 574 Abs. 1 i.V.m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR⁵ führt der Tod eines Gesellschafters bei der Kollektivgesellschaft zu deren Auflösung. Dasselbe gilt gemäss Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 574 Abs. 1 und Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR beim Tod eines

¹ In Deutschland spricht man vom "Testamentsvollstrecker", in der Schweiz vom "Willensvollstrecker". In diesem Beitrag wird er neutral als "Vollstrecker" bezeichnet.

² Gemäss dem Bundesamt für Statistik waren im Jahre 2016 (neuere Angaben sind soweit ersichtlich nicht zugänglich) rund 117'000 marktwirtschaftliche Unternehmen in die Rechtsform der AG und rund 17'000 in die Rechtsform einer Personengesellschaft, das heisst einer Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, gekleidet; vgl. www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/wirtschaftsstruktur-unternehmen/grosse-rechtsform-sektoren-regionale-verteilung.html.

³ Vgl. hinten, B.

⁴ Vgl. hinten, C.

⁵ Bundesgesetz vom 30. März 2011 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht - SR 220).

Komplementärs bei der Kommanditgesellschaft. Im Grundsatz ist daher eine Personengesellschaft unter dem Aspekt der Unternehmensnachfolge labil. Bereits aus dem Gesetzestext von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR ergibt sich freilich, dass die genannten Bestimmungen dispositiver Natur sind. Es kann somit im Gesellschaftsvertrag unter den Gesellschaftern hiervon abgewichen werden, und davon wird in der Praxis auch Gebrauch gemacht. Selbst nach dem Tod eines Gesellschafters können die übrigen Gesellschafter mit den Erben des Verstorbenen vereinbaren, dass die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, sondern fortbestehen soll⁶.

b) Kommt es zur **Auflösung** und Liquidation **der Kollektivgesellschaft**, so ist der Vollstrecker der Vertreter der Erben des verstorbenen Gesellschafters für die Liquidation im Sinne von Art. 584 OR⁷.

c) Bei der **Kommanditgesellschaft** ist zu erwähnen, dass gemäss Art. 619 Abs. 2 Satz 2 OR nur der Tod des unbeschränkt haftenden Komplementärs, nicht aber der Tod des beschränkt haftenden Kommanditärs zur **Auflösung** führt. Bisweilen haben sich auch Gerichte mit aufgelösten Kommanditgesellschaften zu befassen. Es kann auf ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2018 hingewiesen werden⁸. Hier hatte sich das Gericht mit der Einsetzung einer Alleinerbin eines verstorbenen Komplementärs als Liquidatorin der Kommanditgesellschaft auseinanderzusetzen.

d) Hinzuweisen ist sodann auf die Aktualisierung der subsidiären solidari-schen **Haftung der Erben** des verstorbenen Kollektivgesellschafters bzw. Komplementärs für Gesellschaftsschulden. Mit der Auflösung der Gesellschaft, die nach dem Gesagten gemäss dispositivem Recht mit dem Tod eines Gesellschafters verbunden ist, ist gemäss Art. 568 Abs. 3 OR bzw. Art. 604 OR eine sogenannte Belangbarkeitsvoraussetzung eingetreten. Dies bedeutet, dass die Kollektivgesellschaftler bzw. der Komplementär bzw. deren Erben für Gesellschaftsschulden nun persönlich belangt werden können. Für den Vollstrecker, der eine

⁶ Vgl. z.B. DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 5. A., Basel 2016 (zit. BSK-STAEHELIN), Art 545/546 OR N 11.

⁷ Vgl. BSK-STAEHELIN (Fn. 6), Art. 584 OR N 1.

⁸ Vgl. Handelsgericht Zürich HE180406-O vom 05.12.2018, teilweise publiziert in ZR 118 (2019) Nr. 28, abrufbar unter www.gerichte-zh.ch.

derartige Situation antrifft, ist deshalb zu erwägen, die Erben des Kollektivgesellschafters bzw. des Komplementärs auf das öffentliche Inventar nach Art. 580 ff. ZGB⁹ hinzuweisen.

e) Noch akzentuierter ist die Rechtslage punkto **Haftung** im Übrigen **bei der Einzelunternehmung**. Hier gibt es bekanntlich zivilrechtlich keine Trennung zwischen einem Geschäftsvermögen und dem Privatvermögen des Erblassers. Die Erben haften solidarisch und unbeschränkt für sämtliche Verbindlichkeiten der Einzelunternehmung. Entsprechend drängt sich auch hier ein öffentliches Inventar auf¹⁰. Nehmen die Erben die Erbschaft – vorbehaltlos oder unter öffentlichem Inventar (vgl. Art. 588 Abs. 1 ZGB) – an, und will kein Erbe die Unternehmung weiterführen, kann der Vollstrecker diese für die Erben liquidieren¹¹.

C. Die Mehrheits- oder Minderheitsanteile an der AG ausserhalb des Nachlasses

I. Lebzeitige Übertragung

Anteile an der AG fallen augenscheinlich dann nicht in den Nachlass, wenn der (spätere) Erblasser sie bereits zu Lebzeiten an einen oder mehrere seiner (späteren) Erben übertragen hat. Die Aktien sind diesfalls nicht nachlasszugehörig und somit ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs des Vollstreckers. Erfolgte die Übertragung ganz oder teilweise unentgeltlich, sind erbrechtlich die Rechtsinsti-

⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB - SR 210).

¹⁰ Als Beispiel kann auf eine (nicht publizierte) Verfügung des Einzelgerichts in Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 15. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EN180095-K) hingewiesen werden. Das Gericht ordnete in diesem Fall auf Begehren zweier Erben ein öffentliches Inventar über den Nachlass eines Erblassers an, der als ein im Handelsregister eingetragenes Einzelunternehmen eine Apotheke geführt hatte.

¹¹ Vgl. MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, hrsg. v. Thomas Geiser et al., 6. A., Basel 2019 (zit. BSK-KARRER/VOGT/LEU), Art. 518 ZGB N 31, sowie HANS RAINER KÜNZLE, Unternehmen im Nachlass – insbesondere Vollstreckung an Gesellschaftsanteilen – Länderbericht Schweiz, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018 (Band 14 der Schweizer Schriftenreihe zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht), S. 67.

tute der **Ausgleichung und Herabsetzung** einschlägig. Hierauf wird im Folgenden nicht weiter eingegangen¹².

II. Die escape clause

a) Hat eine AG nicht börsenkotierte vinkulierte Namenaktien ausgegeben, so fallen die im Eigentum des Erblassers befindlichen Aktien mit dessen Ableben zwar vorerst in seinen Nachlass. Die Gesellschaft kann jedoch das Gesuch um Zustimmung zur Übertragung der Aktien auf die Erben ablehnen, wenn sie diesen die **Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert** anbietet (vgl. Art. 685b Abs. 4 OR). Lehnen die Erben ein solches Übernahmeangebot nicht innert eines Monats nach Kenntnis des wirklichen Werts ab, so gilt es als angenommen (vgl. Art. 685b Abs. 6 OR), womit die Gesellschaft die Aktien erwirbt und sie aus dem Nachlass ausscheiden.

b) Diese sogenannte escape clause bedarf keiner statutarischen Grundlage, kann also von der Gesellschaft von Gesetzes wegen und überdies ohne jede Begründung ausgeübt werden¹³. In der Praxis stellt sich regelmässig die Frage, welches der wirkliche Wert im Sinne von Art. 685b Abs. 4 OR ist. Das Bundesgericht hatte sich damit in einem Urteil vom 26. Juli 1994 zu befassen¹⁴. Prozessgegenstand waren 18 von insgesamt 125 Namenaktien, die eine Erblasserin ihrer vierköpfigen Erbengemeinschaft vererbte. Das Bundesgericht bezeichnete den wirklichen Wert als den **objektiven Wert**, der als Gesamtwert der Gesellschaft unter Einschluss von Substanz- und Ertragswert zu bestimmen sei, wobei die Bewertung grundsätzlich unter der Annahme der Fortführung des Unternehmens zu erfolgen habe¹⁵.

¹² Vgl. zum Umgang des Willensvollstreckers mit Ausgleichung und Herabsetzung ausführlich RENÉ STRAZZER, Der Umgang des Willensvollstreckers mit ganz oder teilweise unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen/Verfügungen des Erblassers: Länderbericht Schweiz, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018 (Band 14 der Schweizer Schriftenreihe zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht), S. 111 ff.

¹³ Vgl. z.B. SHELBY DU PASQUIER/MATTHIAS WOLF/MATTHIAS OERTLE, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 5. A., Basel 2016 (zit. BSK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE), Art 685b OR N 9 und 10.

¹⁴ Vgl. BGE 120 II 259 ff.

¹⁵ Vgl. BGE 120 II 259 E. 2.b).

III. Kaufrechte in Aktionärbindungsverträgen (ABV)

a) Schliesslich ist auf die in der Praxis nicht seltenen Fälle hinzuweisen, in welchen der (spätere) Erblasser mit den übrigen Aktionären einen Aktionärbindungsvertrag (ABV) abgeschlossen hat. In einem solchen Vertrag können Kaufrechte vereinbart werden in dem Sinne, als bei bestimmten Konstellationen die Aktionäre das Recht bzw. die Option haben, von den übrigen Aktionären die Aktien an sich zu ziehen. Man spricht von sogenannten **bedingten Kaufrechten**¹⁶. Eine solche Bedingung, die das Kaufrecht auslöst, kann auch der Tod einer Vertragspartei sein. Im Weiteren können die Kaufpreismodalitäten grundsätzlich beliebig vereinbart werden.

b) Bei **Kaufpreisen unter dem Verkehrswert** ist allerdings zu beachten, dass sich das Kaufrecht unter Umständen als eine Verfügung von Todes wegen qualifiziert. Räumt beispielsweise der ABV den Vertragsparteien beim Tod einer anderen Vertragspartei das Recht ein, die Aktien von den Erben des Verstorbenen zum Steuerwert zu kaufen, so kann in der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Steuerwert ein Vermächtnis zugunsten der übrigen Vertragsparteien erblickt werden. Dies hat zur Konsequenz, dass die Vertragsklausel der Form der Verfügungen von Todes wegen genügen muss, andernfalls sie mit einem Formmangel behaftet und im Sinne einer Anfechtbarkeit (nicht Nichtigkeit) ungültig ist. Das Bundesgericht hat dies schon vor Jahren in einem bekannten Urteil vom 5. August 1987 in einem Fall entschieden, der zwar nicht Aktien, sondern eine Beteiligung an einer Immobilien haltenden einfachen Gesellschaft betraf¹⁷. Einschränkung hielt das Bundesgericht fest, dass diese Qualifikation der Vertragsklausel als Rechtsgeschäft mortis causa nur dann gälte, wenn die Klausel auf den Fall des Ablebens der Vertragspartei beschränkt sei.¹⁸

¹⁶ Vgl. etwa PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, Zürich 2015, N 1290.

¹⁷ Vgl. BGE 113 II 270 ff.

¹⁸ Vgl. BGE 113 II 270 E. 2 b).

D. Die Mehrheits- oder Minderheitsanteile an der AG im Nachlass

I. Prioritäre Handlungspflichten des Vollstreckers

Im Folgenden sollen einige prioritäre Handlungspflichten des Vollstreckers erläutert werden, die dieser bei seinem Mandatsantritt beachten soll.

1. Der Organmangel

a) Nicht selten ist der spätere **Erblasser einziges Mitglied des Verwaltungsrats** der Gesellschaft, wenn ihm 100% der Aktien gehören. Mit dem Tod des Erblassers erlischt diese Organfunktion ex lege; sie ist nicht vererblich. Entsprechend hat die Gesellschaft kein Exekutivorgan mehr.

b) Der Vollstrecker ist an sich gehalten, in Nachachtung von Art. 938b Abs. 1 OR die **Löschung des Erblassers als Verwaltungsrat** im Handelsregister zu veranlassen¹⁹. Er soll das aber nicht überstürzt tun, da andernfalls das Handelsregisteramt der Gesellschaft eine Frist von 30 Tagen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung eines Antrags des Amtes an das Gericht zur Ergreifung der erforderlichen Massnahmen setzt (vgl. Art. 941a Abs. 1 OR, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR und Art. 154 HRegV²⁰). Auf einen solchen nach unbenütztem Fristablauf vom Handelsregisteramt gestellten Antrag hin erkennt das zuständige Gericht in Anwendung von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR im Regelfall auf Auflösung der AG und Liquidation derselben nach den Vorschriften über den Konkurs. Im Kanton Zürich ist hierfür das Einzelgericht des Handelsgerichts sachlich zuständig, sofern der Streitwert mindestens CHF 30'000.00 beträgt; es kommt das summarische Verfahren zur Anwendung (vgl. § 45 lit. c ZH-GOG²¹ i.V.m. Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO²²).

¹⁹ Vgl. KÜNZLE (Fn. 11), S. 58, und ausführlich MARKUS PICHLER, "Familienunternehmen" im Nachlass – Aufgaben und Rechtsstellung des Willensvollstreckers, in: REPRAX 2012, S. 16 ff., S. 25 f.

²⁰ Handelsregisterverordnung vom 17. Dezember 2007 mit seitherigen Änderungen (HRegV - SR 221.411).

²¹ Gesetz des Kantons Zürich über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG), abrufbar unter www.zh.ch/internet/de/rechtliche_grundlagen/gesetze.html.

²² Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO - SR 272).

c) Um diese einschneidende Rechtsfolge zu vermeiden, sollte der Vollstrecker möglichst bald über eine Generalversammlung eine **Ersatzwahl in den Verwaltungsrat** vornehmen. Das bereitet ihm keine Schwierigkeiten, wenn sämtliche Aktien der Gesellschaft oder eine Mehrheitsbeteiligung nachlasszugehörig sind bzw. ist, weil der Vollstrecker die Stimmrechte aus den Aktien exklusiv, das heisst unter Ausschluss der Erben, ausübt. Alsdann kann der neue Verwaltungsrat die Mutationen des Todes des Erblassers und die Zuwahl(en) dem Handelsregisteramt anmelden.

d) Verwaltet der Vollstrecker eine Minderheitsbeteiligung, so kann er wiederum exklusiv unter Ausschluss der Erben beim Gericht einen Antrag stellen, dass das Gericht das fehlende Organ oder einen **Sachwalter** ernennt (vgl. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 2 OR)²³. Im Vordergrund dürfte dabei die Einsetzung eines Sachwalters stehen.²⁴

2. Aktienzertifikate

a) Noch immer haben viele kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) physische Aktien bzw. Aktienzertifikate ausgegeben. Dabei handelt es sich im Regelfall um **Wertpapiere**. Bei Inhaberaktien ist von einem Inhaberpapier und bei Namenaktien von einem Ordrepapier auszugehen.²⁵

b) Es ist Aufgabe des Vollstreckers, abzuklären, ob es derartige nachlasszugehörige Wertpapiere gibt. Bejahendenfalls sind sie auf ihre Vollständigkeit zu prüfen und sicher aufzubewahren. Sind die Papiere nicht mehr auffindbar, muss ein gerichtliches **Kraftloserklärungsverfahren** durchgeführt werden. Es handelt sich dabei um eine Angelegenheit der freiwilligen, nicht streitigen Gerichtsbarkeit im summarischen Verfahren (vgl. Art. 248 lit. e ZPO und Art. 250 lit. d Ziff. 1 ZPO). Örtlich zuständig ist zwingend das Gericht am Sitz der Gesellschaft (vgl. Art. 43 Abs. 1 ZPO). Der Vollstrecker ist kraft seiner umfassenden und exclusi-

²³ Vgl. dazu ausführlich PICHLER (Fn. 19), S. 34 ff.

²⁴ Vgl. PICHLER (Fn. 19), S. 36. Für einen - allerdings nicht den Tod eines Verwaltungsrats betreffenden - Fall, in welchem das Gericht einen Verwaltungsrat ernannte, sei auf BGE 140 III 349 ff. verwiesen.

²⁵ Vgl. BSK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (Fn. 13), Art. 683 OR N 1 und Art. 684 OR N 1.

ven Verwaltungs- und Prozessführungsbefugnisse in Nachlasssachen legitimiert, dieses Kraftloserklärungsverfahren anzustrengen.²⁶

3. Eintragung in das Aktienbuch

Hat die Gesellschaft Namenaktien ausgegeben, so ist es für die Ausübung der Aktionärsrechte gemäss Art. 686 Abs. 4 OR erforderlich, dass die Aktionäre im Aktienbuch eingetragen werden. Der Eintragung kommt freilich nur deklaratorische Bedeutung zu²⁷. Sie erfolgt bei nicht börsenkotierten Namenaktien nach der erforderlichen Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien auf die Erben, sofern die Gesellschaft nicht die escape clause geltend macht²⁸. Erst mit dieser Zustimmung gehen auch die Mitwirkungsrechte, die der Vollstrecker ausübt, auf die Erben über (vgl. Art. 685c Abs. 2 OR). Einzutragen im Aktienbuch sind dabei die Erben, wobei die Sammelbezeichnung "**Erbengemeinschaft des X**" nach praktisch unbestrittener Ansicht genügt²⁹. Dem Vollstrecker sind ja möglicherweise auch noch nicht alle Erben namentlich bekannt. Der Vollstrecker soll als Vertreter im Sinne von Art. 690 Abs. 1 OR ebenfalls eingetragen werden.³⁰

II. Meldepflichten des Vollstreckers

Im Folgenden soll auf drei Meldepflichten des Vollstreckers unterschiedlicher Rechtsgrundlage hingewiesen werden.

²⁶ Für ein neueres Beispiel eines solchen Kraftloserklärungsverfahrens nach dem Tode des Aktionärs kann auf den Sachverhalt im Urteil des Bundesgerichts BGer 4A_23/2018 vom 8. Februar 2019 hingewiesen werden.

²⁷ Vgl. bereits BGE 90 II 164 ff., E. 3.

²⁸ Vgl. dazu vorne, C. II.

²⁹ Vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 45 N 5, mit weiteren Hinweisen.

³⁰ Vgl. ANDREAS LÄNZLINGER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 5. A., Basel 2016, Art 690 OR N 7.

1. Börsenrecht

a) Bei **in der Schweiz börsenkotierten Gesellschaften** sieht das Finanzmarktinfrastrukturgesetz³¹ eine Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen vor. Einschlägig sind die Art. 120 ff. FinfraG. Meldepflichtig ist dabei das **Über- oder Unterschreiten von gewissen Grenzwerten der Stimmrechte**, seien diese ausübbar oder nicht, beginnend mit 3%, 5% etc. (vgl. Art. 120 Abs. 1 FinfraG). Zu melden ist gegenüber der Gesellschaft und der Börse, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind

b) Für die vorliegenden Belange ist zentral, dass gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. e FinfraV-FINMA³² auch eine Übertragung von Beteiligungspapieren von Gesetzes wegen und damit auch der **Erbgang meldepflichtig** ist. Zur Meldung verpflichtet ist der Vollstrecker kraft seiner umfassenden Verwaltungsbefugnisse bezüglich der nachlasszugehörigen Aktien.

c) Gemäss Art. 24 Abs. 2 FinfraV-FINMA ist beim Erwerb durch Erbgang innert 20 Börsentagen zu melden. Gemeldet werden müssen der Name, Vorname und Wohnort bzw. die Firma und der Sitz der erwerbenden Personen (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. e FinfraV-FINMA). Dabei muss es meines Erachtens wiederum genügen, wenn im Sinne einer Sammelbezeichnung die **"Erbengemeinschaft des X"** gemeldet wird.

d) Die **Unterlassung der Meldepflicht** ist gemäss Art. 151 Abs. 1 lit. a FinfraG ein Straftatbestand. Dabei ist nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Verletzung der Meldepflicht unter Androhung einer Busse bis zu CHF 100'000.00 strafbar (vgl. Art. 151 Abs. 2 FinfraG).

e) Im Nachlass eines Erblassers, der bedeutender Aktionär einer börsenkotierten Gesellschaft gewesen ist, muss sich somit der **Vollstrecker unbedingt rasch um diese börsenrechtliche Meldepflicht kümmern**.

³¹ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (FinfraG - SR 958.1).

³² Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 3. Dezember 2015 (FinfraV-FINMA - SR 958.111).

2. Aktienrecht

a) Am 1. Juli 2015 ist eine Gesetzesnovelle in Kraft treten, die neu auch eine Meldepflicht bei **Inhaberaktien, die nicht an der Börse kotiert sind**, vorsieht (vgl. Art. 697i - 697m OR). Der Beweggrund für diese Teilrevision war bzw. ist die Umsetzung von Empfehlungen der "Groupe d'action financière" (GAFI) zur Bekämpfung der Geldwäscherei³³. Die Revision bedeutet das Ende der Anonymität des Inhaberaktionärs.

b) Die **Tage der Inhaberaktien sind** aber ohnehin **gezählt**. Am 21. Juni 2019 haben die eidgenössischen Räte nämlich das "Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke" verabschiedet³⁴. Dieses Gesetz ist – von einigen Bestimmungen abgesehen – am 1. November 2019 in Kraft getreten³⁵. Es sieht in einem neuen Art. 622 Abs. 1^{bis} OR vor, dass Inhaberaktien nur noch zulässig sind, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008³⁶ ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind. Bei allen anderen Gesellschaften, die Inhaberaktien ausgegeben haben, werden diese Aktien 18 Monate nach dem Inkrafttreten der vorerwähnten neuen Bestimmung von Art. 622 Abs. 1^{bis} OR, mithin per 1. Mai 2021, von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt (vgl. Art. 4 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zum vorgenannten Bundesgesetz).³⁷

c) Übergangsrechtlich werden somit Inhaberaktien noch für eine gewisse Zeit anzutreffen sein. Das gilt auch für die **Meldepflichten gemäss Art. 697i – 697m OR**, die hier kurz erläutert werden sollen. Wiederum per 1. Mai 2021 werden diese Meldepflichten bereits wieder in geänderter Fassung in Kraft treten.³⁸

³³ Vgl. weiterführend z.B. MARKUS HESS/EMANUEL DETTWILER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 5. A., Basel 2016 (BSK-HESS/DETTWILER), Vor Art. 697i ff. OR N 1 ff.

³⁴ Vgl. BBl. 2019, 4489 ff.

³⁵ Vgl. AS 2019, 3171.

³⁶ Bundesgesetz über die Bucheffekten vom 3. Oktober 2008 (BEG - SR 957.1).

³⁷ Vgl. BBl. 2019, 4493.

³⁸ Vgl. Art. III Abs. 2 Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke, BBl. 2019, S. 4498, und AS 2019, S. 3171.

d) Nach Art. 697l Abs. 1 OR muss der Erwerber von Inhaberaktien, und erwerbe er auch nur eine einzige Aktie, diesen Erwerb unter Angabe seiner Personalien und mit Identifizierung der Gesellschaft melden. Die Gesellschaft führt gemäss Art. 697l OR ein **Verzeichnis der Inhaberaktionäre**. Ein Erwerb im vorstehenden Sinne stellt nach der überwiegenden Lehre bereits der Erbgang als solcher dar³⁹. Meldepflichtig ist anstelle der Erben der Vollstrecker kraft seiner Pflicht, die Erbschaft zu verwalten. Er hat binnen längstens eines Monats ab seinem Mandatsantritt die "**Erbengemeinschaft des X**" als Sammelbezeichnung zu melden.⁴⁰

e) Das Gesetz sieht drakonische **Sanktionen bei unterlassener Meldung** vor. Es kommt zu einer Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte. Diese können gemäss Art. 697m Abs. 1 OR so lange nicht ausgeübt werden, als nicht gemeldet worden ist. Mit Bezug auf die Vermögensrechte, sprich das Dividendenrecht, sieht das Gesetz gar eine rückwirkende Verwirkung vor. Kommt ein Aktionär seiner Meldepflicht nicht innert eines Monats nach dem Erwerb nach, verwirken die Vermögensrechte, und wenn er später meldet, kann er nur noch die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend machen (vgl. Art. 697m Abs. 3 OR).

3. Erbrecht

Zu den prioritären Aufgaben des Willensvollstreckers zählt es schliesslich, die Erben auf **zwei überaus kurze Fristen** im Erbrecht hinzuweisen. Angesprochen ist die sehr kurze Monatsfrist für ein Begehren um ein öffentliches Inventar nach Art. 580 Abs. 2 ZGB und die ebenfalls kurze Dreimonatsfrist für die Ausschlagung gemäss Art. 567 Abs. 1 ZGB. Die entsprechende Informationspflicht des Vollstreckers ist vor allem deshalb relevant, weil er selber gerade nicht legitimiert ist, anstelle der Erben ein öffentliches Inventar zu verlangen⁴¹ oder für die

³⁹ Vgl. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Gafi-Meldepflicht(en) beim Aktienerwerb zufolge Erbgangs?, EF 2017, 507, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁰ Vgl. HESS/DETTWILER (Fn. 33), Art. 697i N 26 f.; gemäss VISCHER/GALLI (Fn. 39), S. 508 f., sollen demgegenüber sämtliche Erben binnen der Monatsfrist einzeln zu nennen sein, wobei spätere personelle Veränderungen in der Erbengemeinschaft eine neue Meldepflicht auslösen sollen.

⁴¹ Vgl. z.B. MICHAEL NONN/URS ENGLER, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al. 4. A., Basel 2019, Art. 580 ZGB N 3a.

Erben ein Gesuch um Erstreckung der Ausschlagungsfrist im Sinne von Art. 576 ZGB zu stellen.

III. Zusammensetzung des Verwaltungsrats

Mit Bezug auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrats sind grundsätzlich zwei Situationen zu unterscheiden. Entweder hat sich der Erblasser selbst zur dieser Thematik geäußert, indem er dem Vollstrecker entsprechende **Weisungen** erteilt hat, oder aber es liegt keine Meinungsäußerung des Erblassers vor.

1. Weisungen des Erblassers

a) Der Erblasser hat die Möglichkeit, dem Vollstrecker Anordnungen mit Bezug auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates zu erteilen. Diese sind zulässig, und zwar sowohl in Bezug auf konkrete Personenvorgaben als auch im Sinne einer freien Wahl durch den Vollstrecker. Es handelt sich hierbei nicht um Verfügungen von Todes wegen. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats ist ein rein gesellschaftsrechtlicher und kein erbrechtlicher Vorgang⁴². Entsprechend bedürfen derartige **Weisungen des Erblassers nicht der Formvorschriften** der Verfügungen von Todes wegen.

b) Allerdings kann der Erblasser derartige Weisungen auch nur indirekt erteilen, indem er etwa eine erbrechtliche **Teilungsvorschrift mit einer Bedingung oder Auflage kombiniert**. Der Erblasser ordnet beispielsweise an, dass ein Erbe im Rahmen der Erbteilung eine gewisse Anzahl an Aktien (oder auch alle Aktien) übernehmen kann, wobei die Teilungsvorschrift nur in Anspruch genommen werden kann, wenn der betreffende Erbe gleichzeitig Einsitz in den Verwaltungsrat der Gesellschaft nimmt⁴³. Hier liegt eine formbedürftige Verfügung von Todes wegen vor.

⁴² Vgl. PICHLER (Fn. 19), S. 34.

⁴³ Vgl. PICHLER (Fn. 19), S. 31.

2. Fehlen von Weisungen des Erblassers

a) Gibt es keine Weisungen oder Vorgaben des Erblassers, so hat sich der Vollstrecker primär an den **Wünschen der Erben** zu orientieren. Er soll auch allfällige Teilungsvorschriften des Erblassers mit Bezug auf die Aktien im Blick haben.

b) Meines Erachtens soll der Vollstrecker danach trachten, dass die **Erben bzw. die Erbenlager im Verwaltungsrat paritätisch vertreten** sind. Sinnvoll ist sodann, das Präsidium des Verwaltungsrats durch eine neutrale Drittperson zu besetzen. Nach dispositivem Recht bezeichnet der Verwaltungsrat als solcher das Präsidium (vgl. Art. 712 Abs. 1 OR). Freilich sehen viele Statuten von Gesellschaften vor, dass das Präsidium durch die Generalversammlung bestimmt wird. Ebenso hat nach dispositivem Recht der Vorsitzende des Verwaltungsrats den Stichtscheid in diesem Gremium (vgl. Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR). Auch diesbezüglich können die Statuten eine hiervon abweichende Ordnung erlassen.

c) Schliesslich soll der Vollstrecker auch die **Zeichnungsberechtigung der Erben als Verwaltungsräte** im Auge behalten. Es empfiehlt sich, diesen gar keine Zeichnungsberechtigung zu geben und eine Einzelzeichnungsberechtigung des neutralen Präsidialmitglieds vorzusehen oder aber die Berechtigung der Erben so zu kombinieren, dass diese nur mit dem neutralen Präsidium zusammenzeichnungsberechtigt sind. Derartige einschränkende Kombinationsmöglichkeiten hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 19. September 1995 ausdrücklich für zulässig erklärt⁴⁴, und sie können so auch in das Handelsregister eingetragen werden.

IV. Interessenkollision des Vollstreckers

a) Interessenkollisionen des Vollstreckers können sich in unterschiedlichen Konstellationen ergeben. Der Vollstrecker ist beispielsweise bereits zu Lebzeiten des Erblassers **Mitaktionär des Unternehmens**. Hier wird vertreten, dass er (nach Mandatsantritt) auf die Ausübung des eigenen Stimmrechts verzichtet oder aber dieses nur mit Zustimmung der Erben ausübt.⁴⁵

⁴⁴ Vgl. BGE 121 III 368 ff.

⁴⁵ Vgl. KÜNZLE (Fn. 11), S. 56.

b) Denkbar ist sodann, dass der Vollstrecker bereits **zu Lebzeiten des Erblassers Verwaltungsratsmitglied** ist, oder der Erblasser ordnet an, dass der Vollstrecker (nach Mandatsantritt) Verwaltungsrat werden soll. Hier sollte der Vollstrecker wiederum die Zustimmung der Erben einholen⁴⁶ oder Erben in den Verwaltungsrat zuwählen.

c) Akzentuiert wird die Situation dann, wenn sich der Vollstrecker ohne Weisung des Erblassers selbst **zum Verwaltungsratsmitglied wählt**. Hiervon ist abzuraten, da der Vollstrecker die Interessenkollision dadurch gleich selbst herbeiführt.⁴⁷

d) Dem Aktienrecht sind derartige Interessenkollisionsproblematiken nicht gänzlich fremd. Es ist auf **Art. 695 OR** hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung sind alle Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung der Gesellschaft mitwirken, von der Ausübung ihres Stimmrechts als Aktionär bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrats ausgeschlossen. Die Bestimmung wird gemäss der Rechtsprechung weit ausgelegt⁴⁸. Auf unsere Fälle bezogen bedeutet dies, dass der Vollstrecker bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrats dann kein Stimmrecht hat, (i) wenn der Erblasser Verwaltungsrat war, (ii) wenn der Vollstrecker selbst Verwaltungsrat war oder ist, und wohl auch dann, (iii) wenn der Erbe oder die Erben Verwaltungsräte waren oder sind. Erblasser, Erben und der Vollstrecker müssen bei einer funktionalen Betrachtungsweise von Art. 695 OR als eine Einheit aufgefasst werden.

e) Verfängt sich der Vollstrecker in einer Interessenkollision, ist nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts von einer Spaltung des Rechtsweges auszugehen. Es stellt sich die Frage nach der **Abgrenzung des Beschwerdeverfahrens von der Ungültigkeitsklage**. Gemäss Bundesgericht ist bei einer ursprünglichen Interessenkollision, die der Erblasser selbst bei Testamentserrichtung geschaffen hat, die Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 ZGB zu erheben. Dagegen ist das Beschwerdeverfahren mit einem Antrag auf Absetzung des Vollstreckers zu beschreiten, wenn es im Rahmen der Mandatsausführung durch den Vollstrecker zu einer Interessenkollision kommt, diese mithin nachträglich ein-

⁴⁶ Vgl. KÜNZLE (Fn. 11), S. 58 f.

⁴⁷ Vgl. PICHLER (Fn. 19), S. 29; KÜNZLE (Fn. 11), S. 59.

⁴⁸ Vgl. BGE 128 III 142 ff., 118 II 496 ff.

tritt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist vielfach kritisiert worden, und sie ist in der Tat als unglücklich zu bezeichnen.⁴⁹

V. Revisionsstelle

a) Gemäss Gesetz kann eine Aktiengesellschaft, die nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat, mit der Zustimmung aller Aktionäre auf eine Revisionsstelle verzichten (vgl. Art. 727a Abs. 2 OR). Man spricht von einem sogenannten **opting-out**. Hiervon haben viele kleine Gesellschaften, die diese Voraussetzungen erfüllen, Gebrauch gemacht, und zwar primär um die Kosten für die Revisionsstelle einzusparen.

b) Trifft der Vollstrecker eine solche Situation an, so soll er einmal eine bestehende Revisionsstelle im Amt belassen, auch wenn gemäss Gesetz die Möglichkeit eines opting-out bestünde. Falls die Erbteilung nicht zügig durchgeführt werden kann, soll der Vollstrecker sodann für das **opting-in** votieren. Das heisst, dass er vom Recht Gebrauch machen soll, wonach jeder einzelne Aktionär für jedes Geschäftsjahr auch bei einem opting-out wieder verlangen kann, dass die Gesellschaft eine Revisionsstelle wählt (vgl. Art. 727a Abs. 4 OR). Der Kontrollwert einer Revisionsstelle ist für den Vollstrecker höher zu gewichten als die Kostenersparnis eines opting-out. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass kreditgewährende Banken teilweise eine Revisionsstelle verlangen.

VI. Dividendenpolitik

a) Mit Bezug auf die Dividendenpolitik soll sich der Vollstrecker vom **Grundsatz der Kontinuität** leiten lassen. Das bedeutet, dass in Fällen, in welchen die Gesellschaft zu Lebzeiten des Erblassers regelmässig Dividenden ausgeschüttet hat, der Vollstrecker diese Praxis weiterführen soll, wobei selbstverständlich jeweils alle gesetzlichen und statutarischen Voraussetzungen für einen Dividendenbeschluss der Generalversammlung erfüllt sein müssen.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen etwa DANIEL ABT, Der Willensvollstrecker aus Sicht der Erben: "il buono, il brutto o il cattivo", AJP 2018, 1313 ff.

b) Der Vollstrecker kann Dividenden als Erträge des Nachlassvermögens den Erben quotal ausrichten. Es handelt sich dabei um eine Verwaltungshandlung, nämlich um **Vorschüsse auf Anrechnung an den Erbteil**. Dabei ist insbesondere auf eine korrekte steuerliche Behandlung des Vorgangs zu achten. Die Gesellschaft hat 35% Verrechnungssteuern einzubehalten und schüttet entsprechend 65% der Dividenden aus. Gleichwohl haben die Erben nicht die Nettodividende, sondern die Bruttodividende als Einkommen in ihren jeweiligen privaten Steuererklärungen zu deklarieren. Es ist Aufgabe des Vollstreckers, die Verrechnungssteuern für den Nachlass zurückzufordern. Dabei verwirkt der Rückforderungsanspruch gemäss Art. 32 Abs. 1 VStG⁵⁰ nach Ablauf des dritten auf das Jahr der Fälligkeit der Erträge folgenden Kalenderjahres. Verpasst der Vollstrecker diese Verwirkungsfrist, macht er sich hierfür gegenüber den Erben persönlich haftbar. Dies hat das Bezirksgericht Zürich schon vor geraumer Zeit in einem Urteil vom 14. September 2000 entschieden.⁵¹

VII. Ausübung der Aktionärsrechte

a) Der **Vollstrecker** als Vertreter im Sinne von Art. 690 Abs. 1 OR **verdrängt die Erben** von der Ausübung der Aktionärsrechte. Nur der Vollstrecker, nicht aber die Erben kann bzw. können diese Rechte ausüben.

b) Dazu zählen einmal das in der Praxis wichtige Recht zur Einberufung einer Generalversammlung jedes Aktionärs, der mindestens 10% des Aktienkapitals vertritt (vgl. Art. 699 Abs. 3 OR)⁵². Damit verbunden ist das **Teilnahme-recht an der Generalversammlung mit Stimm- und Wahlrecht**. Weitere Aktionärsrechte sind die Kontroll-, Auskunfts- und Einsichtsrechte nach Art. 696 f. OR.

c) Ebenfalls von praktischer Bedeutung ist das Recht auf **Durchführung einer Sonderprüfung** nach Art. 697a ff. OR. Lehnt die Generalversammlung einen entsprechenden Antrag ab, so können Aktionäre, die zusammen mindestens

⁵⁰ Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (VStG - SR 642.21).

⁵¹ Das Urteil findet sich abgedruckt als Anhang 4 des Beitrags von ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar des Willensvollstreckers – Anwendung von Anwalts- und Notariatstarifen, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2006 (Band 8 der Schweizer Schriftenreihe zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht), S. 246 ff.

⁵² Vgl. für ein Beispiel aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 142 III 16 ff.

10% des Aktienkapitals vertreten, beim Gericht Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers stellen. Die Hürden hierzu sind freilich hoch, wie unlängst einem Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. August 2018 entnommen werden kann⁵³. Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, dass das Gesetz verlangt, dass der Antragsteller glaubhaft machen muss, dass Gesellschaftsorgane Gesetze oder Statuten verletzen, woraus wiederum kausal eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre resultiert. Im vorgenannten Urteil des Handelsgerichtes handelte das Gericht diese gesetzlichen Voraussetzungen an einem Fragenkatalog zu 16 Themenbereichen ab, und mit Bezug auf sämtliche Fragen erachtete das Handelsgericht die Voraussetzungen für eine Sonderprüfung als nicht erfüllt, teilweise allerdings auch aus formellen Gründen (z.B. zu unbestimmte Fragestellungen).⁵⁴

d) Zur Ausübung der Aktionärsrechte gehört auch die **Prozessführungsbe-
fugnis**, die sich wiederum unter Ausschluss der Erben versteht. Hier ist insbesondere an die Klage auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses nach Art. 706 f. OR zu denken. Allein der Vollstrecker, nicht aber die Erben als Aktionäre können dieses Klagerecht ausüben. Illustrativ ist in diesem Zusammenhang das Urteil des Bundesgerichts 4A_516/2016 vom 28. August 2017⁵⁵. In diesem Fall gab es keinen Vollstrecker. Zwei Erben bildeten die Erbengemeinschaft und waren zerstritten. Einer der Erben wollte allein einen Generalversammlungsbeschluss anfechten. Das Bundesgericht sprach ihm die Aktivlegitimation ab, weil ein Fall einer notwendigen Streitgenossenschaft vorliege⁵⁶. Der einzelne Erbe kann somit dieses Recht nicht ausüben. Als einziger Ausweg wäre hier die Bestellung eines Erbenvertreters in Frage gekommen⁵⁷. Das Bundesgericht hat im Übrigen in dieser Entscheidung auch festgehalten, dass die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses gemäss Art. 706b OR durchaus von einem Erben allein angehoben werden kann. Diese Klage knüpft nicht an die Stellung als Aktionär an; vielmehr ist dazu jedermann aktivlegitimiert, der ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran hat. Bei Personen wie Er-

⁵³ Vgl. ZR 118 (2019) Nr. 4.

⁵⁴ Vgl. nochmals ZR 118 (2019) Nr. 4.

⁵⁵ Vgl. dazu die beiden Urteilsbesprechungen von OLIVIA WIPF/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktien im Gesamteigentum, SZW 2018, 83 ff., und von MARKUS VISCHER/PASCAL ZYSSET, Urteilsbesprechung 4A_516/2016, AJP 2017, 1532 ff.

⁵⁶ BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 8.

⁵⁷ Vgl. zum Erbenvertreter hinten, C. IX.

ben, die an einer Aktie gemeinschaftlich berechtigt sind, ist von einem solchen schutzwürdigen Interesse auszugehen.⁵⁸

e) Von der Prozessführungsbefugnis des Vollstreckers wäre schliesslich auch eine **Verantwortlichkeitsklage** nach Art. 752 ff. OR umfasst. Freilich ist bei der Prozessführungsbefugnis des Vollstreckers generell zur Zurückhaltung zu mahnen, denn dieser prozessiert auf Kosten des Nachlasses.

VIII. Vorbereitung der Erbteilung

a) Zu den Aufgaben des Vollstreckers gehört auch die Vorbereitung der Erbteilung, auch wenn er diese autoritativ nicht selbst herbeiführen kann. In unserem Kontext bedeutet dies, dass sich der Vollstrecker der **Bewertungsfrage** zuwenden muss. Er muss also die Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung fachmännisch bewerten lassen.⁵⁹

b) Der Erblasser kann mittels **Teilungsvorschriften** im Sinne von Art. 608 Abs. 1 ZGB mannigfaltig auf die Erbteilung einwirken. Derartige Teilungsvorschriften sind für die Erben und den Vollstrecker verbindlich, es sei denn, die Erben würden übereinstimmend eine davon abweichende Erbteilung vereinbaren.⁶⁰

c) Der Erblasser kann beispielsweise Aktien an einen oder mehrere Erben zuweisen. Er kann Aktien quotaal zuweisen. Er kann sodann die Aufspaltung bzw. Abspaltung der Gesellschaft vorsehen. Eine sehr weitgehende, aber ebenso zulässige **Teilungsvorschrift** würde darin bestehen, dass der Erblasser dem Vollstrecker die Verkaufsberechtigung bezüglich der nachlasszugehörigen Aktien erteilen würde. Denkbar ist sodann, dass der Erblasser die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft anordnet. Den entsprechenden, gemäss Art. 736 Ziff. 2 OR öffentlich zu beurkundenden Beschluss der Generalversammlung der Gesellschaft kann der Vollstrecker kraft seines Stimmrechts bei einer entsprechenden

⁵⁸ Vgl. BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 7, und WIPF/VON DER CRONE (Fn. 55), S. 91.

⁵⁹ Das Bundesgericht hat sich zu den verschiedenen Bewertungsmethoden etwa in BGE 136 III 209 ff., E. 6, geäussert.

⁶⁰ Vgl. z.B. PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER LÜSCHER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, hrsg. v. Thomas Geiser et al., 6. A., Basel 2019, Art. 608 ZGB N. 10 f.

Mehrheitsbeteiligung herbeiführen⁶¹. Umgekehrt kann der Erblasser auch einen Teilungsaufschub anordnen, freilich hier nur in den Grenzen des Pflichtteilsrechtes.⁶²

d) Hat der Erblasser keine Teilungsvorschriften erlassen, und kommt es damit zur **Anwendung des gesetzlichen Erbteilungsrechts**, so ist an die Bestimmung von Art. 613 ZGB zu erinnern. Ein Aktienpaket kann durchaus eine Sachgesamtheit im Sinne von Art. 613 Abs. 1 ZGB darstellen. Das hat zur Folge, dass dieses Paket nur als Gesamtheit einem Erbe zugewiesen werden kann, falls auch nur ein Erbe gegen die Aufteilung des Pakets opponiert. Das Kantonsgericht Zug hatte sich in einer illustrativen Entscheidung vom 4. April 2001 mit dieser Problematik zu befassen⁶³. Es entschied letztlich, dass eine Sachgesamtheit im vorerwähnten Sinne nicht gegeben sei bei Gesellschaften, die einzig Liegenschaften und Wertschriften als das im Laufe der Zeit angehäuften Vermögen des Erblassers halten und verwalten würden. In casu waren Mehrheitsbeteiligungen an vier Familienaktiengesellschaften nachlasszugehörig. Für eine Sachgesamtheit wird dagegen eine wirtschaftliche Einheit verlangt, die demselben Zweck dient bzw. nur als Einheit Bedeutung hat. Erwähnt werden als Beispiele etwa eine Arztpraxis oder eine Anwaltskanzlei.⁶⁴

e) Schliesslich ist mit Bezug auf die Vorbereitung der Erbteilung auf das pflichtteilsrechtliche **Problem der "biens aisément négociables"** seit dem berühmten Urteil des Bundesgerichts BGE 70 II 142 ff. hinzuweisen. Dieser Entscheidung betraf eine Nutzniessung und nicht Aktien im Nachlass. An dieser Entscheidung ist dann aber die Rechtsfrage abgehandelt worden, inwieweit ein pflichtteilsberechtigter Erbe akzeptieren muss, dass ihm in der Erbteilung ein aktien-

⁶¹ Gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR muss der Auflösungsbeschluss mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigen. Die Bestimmung ist einseitig zwingend, was heisst, dass die Statuten kein weniger weitgehendes Quorum vorsehen können; vgl. DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, hrsg. v. Heinrich Honsell, 5. A., Basel 2016, Art. 704 OR N 3a.

⁶² Vgl. z.B. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Basel 2015, S. 204.

⁶³ Vgl. ZGGVP 2001, 130 ff.

⁶⁴ Vgl. nochmals ZGGVP 2001, 133, sowie weiterführend z.B. STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014, Art. 613 ZGB N 7 ff.

rechtliches Minderheitspaket zugeteilt wird und er womöglich von einem Mehrheitsaktionär majorisiert wird. Die Diskussion wird im Wesentlichen bis heute geführt, weil ein einschlägiger neuer Bundesgerichtsentscheid fehlt⁶⁵. Ausgehend von der Prämisse, dass zumindest *de lege lata* sich ein pflichtteilsberechtigter Erbe nicht mit einer reinen Nutzniessung begnügen muss⁶⁶, sondern Anspruch auf das Eigentum und die Übertragungsmöglichkeit hat, ist wohl davon auszugehen, dass das Minderheitspaket keine "biens aisément négociables" darstellt.⁶⁷

IX. Organhaftung

Im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht ist unbestritten, dass die Organhaftung nicht nur formelle Organe, sondern auch **faktische Organe** treffen kann. Faktische Organe sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen⁶⁸. Bezogen auf unsere Thematik soll der Vollstrecker als Vertreter im Sinne von Art. 690 Abs. 1 OR die Spielregeln der Aktiengesellschaft einhalten. Er soll sich also auf die Ausübung der Aktionärsrechte beschränken, und er soll nicht dauernd und selbständig und eigenverantwortlich bei Entscheidungen mitwirken, die das Alltagsgeschäft der Gesellschaft generell übersteigen und sich spürbar auf das Geschäftsergebnis auswirken⁶⁹. Tut er dies, setzt er sich der Gefahr aus, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gegen sich auszulösen.

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen z.B. DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 6. A., Basel 2019, hrsg. v. Thomas Geiser et al., Art. 470 ZGB N 13, und JONAS KIPFER-BERGER, Das Spannungsfeld zwischen dem Pflichtteilsrecht und dem Generationenwechsel in Familienunternehmungen, Basel 2018 (Band 132 der Basel Studien zur Rechtswissenschaft), N 251 ff., beide je mit vielen weiteren Hinweisen.

⁶⁶ Vgl. nochmals BSK-STAEHELIN (Fn. 65), Art. 470 ZGB N 13, mit weiteren Hinweisen.

⁶⁷ Jonas KIPFER-BERGER (Fn. 65), N 259, gelangt zum Schluss, dass es "bei der bei Familienunternehmererblässern typischen Nachlassstruktur, in der das Unternehmen das Hauptaktivum des Nachlasses darstellt, fast zwangsläufig zu einer Überschreitung der Verfügungsfreiheit und infolgedessen zu einer Pflichtteilsverletzung der Nichtnachfolgerben" kommt, wenn die letzteren in der Erbteilung Minderheitsaktienpakete zugewiesen erhalten.

⁶⁸ Vgl. z.B. BGE 128 III 29, E. 3.a).

⁶⁹ Vgl. nochmals BGE 128 III 29, E. 3.a).

X. Der Ausfall / Wegfall des Willensvollstreckers

a) Auch ein Unternehmererblasser kann es **unterlassen**, in seinem Testament einen Vollstrecker bzw. **einen Ersatzvollstrecker zu ernennen**. Daneben kann das Amt eines Vollstreckers vor der Erbteilung enden, beispielsweise durch Tod des Vollstreckers, durch Niederlegung des Amtes oder durch Absetzung durch die Aufsichtsbehörde.

b) Nach schweizerischem Recht ist die Ernennung des Vollstreckers höchstpersönlich bzw. delegationsfeindlich⁷⁰. Es ist damit **ausgeschlossen, dass** in solchen Fällen **ein Gericht**, eine Behörde oder ein Erbe oder auch alle Erben übereinstimmend **einen neuen Vollstrecker installieren** können. Der Nachlass ist und bleibt willensvollstreckerlos.

c) Die Lösung des schweizerischen Rechts für derartige Situationen liegt in Art. 602 Abs. 3 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung kann jeder Erbe bei der Behörde die **Einsetzung eines Erbenvertreters** beantragen⁷¹. Gleich wie ein Vollstrecker verwaltet der Erbenvertreter den Nachlass unter Ausschluss der Erben, und er übt somit auch exklusiv das Stimmrecht aus nachlasszugehörigen Aktien aus. Das hat hohe praktische Bedeutung. Geradezu perfekt auf unsere Thematik zugeschnitten ist dabei ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Juli 2014⁷². In diesem Fall befanden sich 800 von insgesamt 950 Aktien einer Gesellschaft im Nachlass. Es handelte sich somit um ein substantielles Mehrheitspaket. Die Erben waren zerstritten, so dass eine gemeinsame Ausübung der Stimmrechte nicht mehr möglich war. Das Bezirksgericht Meilen als erste Instanz und auf Berufung hin bestätigend das Obergericht des Kantons Zürich setzten in diesem Nachlass eine Drittperson ein als Spezialerbenvertreter. Die Erbenvertretung war mithin ausdrücklich beschränkt auf die Aufgabe zur Ausübung der Rechte aus den genannten 800 nachlasszugehörigen Namenaktien.

⁷⁰ Vgl. statt aller BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 11), Art. 517 ZGB N 5.

⁷¹ Vgl. zum Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters ausführlich RENÉ STRAZZER/ALEXANDRA ZEITER, in: Kommentierte Musterklagen zum Personen-, zum Erb- und zum Sachenrecht, Band III, hrsg. v. Willi Fischer et al., Zürich 2016, § 59 Gesuch um Erbenvertretung, S. 95 ff.

⁷² Obergericht des Kantons Zürich LF130072-O vom 31. Juli 2014, abrufbar unter www.gerichte-zh.ch.