

edoc

Institutional Repository of the University of Basel

University Library

Schoenbeinstrasse 18-20

CH-4056 Basel, Switzerland

<http://edoc.unibas.ch/>

Year: 2014

## Die Auflösung der einfachen Gesellschaft

Handschin, Lukas

Posted at edoc, University of Basel

Official URL: <http://edoc.unibas.ch/dok/A6319310>

Originally published as:

Handschin, Lukas. (2014) *Die Auflösung der einfachen Gesellschaft*. In: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014. Tübingen, S. 215-254.

# Die Auflösung der einfachen Gesellschaft

LUKAS HANDSCHIN

I.	Grundlagen	216
1.	Auflösung, Wirkung	216
2.	Übersicht über die Auflösungsgründe	217
3.	Fortführung der Gesellschaft trotz eines Auflösungsgrundes	217
II.	Die Auflösungsgründe im Einzelnen	218
1.	Erreichung oder Unerreichbarkeit des Zweckes (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR)	218
a)	Grundlagen	218
b)	Insbesondere die subjektive Unmöglichkeit der Zweckverfolgung	218
2.	Auflösung aus Gründen in der Person der Gesellschafter (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 und 3); insbesondere der Tod als Auflösungsgrund	219
a)	Grundlagen	219
b)	Die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben	219
c)	Weiterführung der Gesellschaft ohne Erben (Fortsetzungsklausel)	224
d)	Eintrittsklauseln	225
e)	Konversionsklausel	227
3.	Auflösung aus Gründen in der Person der Gesellschafter (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 und 3); insbesondere die Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter	228
a)	Grundlagen	228
b)	Vermeidung der Auflösung mit und ohne entsprechende Vorschriften im Gesellschaftsvertrag?	228
c)	Zwangsverwertung des Liquidationsanteils	229
d)	Konkurs des Gesellschafters	230
4.	Auflösung aus Gründen in der Person der Gesellschafter; insbesondere wenn ein Gesellschafter unter umfassende Beistandschaft gestellt wird (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)	232
a)	Grundlagen	232
b)	Vermeidung der Auflösung durch Vereinbarung	232
5.	Vertragliche Auflösungsgründe (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 und 5)	234
a)	Die gegenseitige Übereinkunft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4)	234
b)	Der Ablauf der vorgesehenen Zeit (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR)	235
6.	Auflösung durch einseitiges Vorgehen (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 und 7 OR)	236
a)	Kündigung	236
b)	Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund	241
c)	Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	244
d)	Ausserordentliches Kündigungsrecht wegen Gründungs- und Willensmängeln?	245

III. Vermeidung der Auflösung durch Ausscheiden einzelner Gesellschafter .....	246
1. Grundlagen, Fragestellung .....	246
2. Regel über das Ausscheiden (Austritt, Ausschluss) im Gesellschaftsvertrag .....	247
a) Grundlagen .....	247
b) Grenzen der Vertragsfreiheit .....	247
3. Abfindungsanspruch .....	248
a) Grundlagen .....	248
b) Beim Fehlen einer vertraglichen Regel .....	249
c) Kürzung der Abfindung gestützt auf Art. 580 Abs. 2 OR .....	250
d) Grenzen der Vertragsfreiheit bei der Festlegung des Abfindungsanspruchs .....	251
4. Ausschluss aus der Gesellschaft auch ohne entsprechende Regel im Vertrag? .....	251
a) Grundlagen .....	251
b) Beschluss über das Ausscheiden nach Eintritt eines Auflösungsgrundes ...	252
5. Folgen des Ausscheidens .....	253
a) Wegfall der Gesellschafterstellung mit dem Ausscheiden und Anwachsen des Anteils des ausgeschlossenen Gesellschafters .....	253
b) Wirkungen des Ausscheidens gegenüber Dritten .....	253
c) Das Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen .....	254

## I. Grundlagen

### 1. Auflösung, Wirkung

Die Gesellschaft wird aufgelöst, wenn einer der in Art. 545 OR genannten Auflösungsgründe eintritt oder wenn die Gesellschaft gekündigt wird (Art. 546 OR). Mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes wird das Gesellschaftsverhältnis nicht beendet, sondern es findet eine Zweckänderung statt: Die zuvor werbende Gesellschaft wird zu einer Gesellschaft in Liquidation. Dieser veränderte Zweck wirkt sich auch auf das Innenverhältnis und auf die Rechte und Pflichten der Gesellschafter aus, indem die auf dispositivem Gesetzesrecht beruhende Einzelgeschäftsführungs- (Art. 535 OR) und Vertretungsbefugnis (Art. 543 Abs. 3 OR) aufgehoben werden (Art. 547 OR). Ausstehende Beiträge können nur noch insoweit eingefordert werden, als es für den Abwicklungszweck notwendig ist. Der Auflösungsgrund verschafft dem einzelnen Gesellschafter einen durchsetzbaren Anspruch auf Durchführung der Liquidation und Beendigung der Gesellschaft.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Handschin/Vonzun, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI/4a, Art. 530–551 OR, 2009, Art. 545–547 Rn. 1 f.

### 2. Übersicht über die Auflösungsgründe

Die Auflösungsgründe können in folgende vier Kategorien eingeteilt werden:

- *Gesetzliche unmittelbare Auflösungsgründe sind die Zweckerreichung und das Feststehen seiner Unmöglichkeit (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR); Tod eines Gesellschafters beim Fehlen einer Vereinbarung für diesen Fall (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR).*<sup>2</sup>
- *Gesetzliche mittelbare Auflösungsgründe führen zur Auflösung der Gesellschaft, wenn das durch sie begründete Gestaltungsrecht ausgeübt wird; beispielsweise die Kündigung gemäss Art. 546 OR.*<sup>3</sup>
- *Vertragliche unmittelbare Auflösungsgründe liegen vor, wenn der Vertrag Sachverhalte definiert, bei deren Verwirklichung die Gesellschaft ohne weiteres aufgelöst wird. Ausdrücklich erwähnt im Gesetz ist die zeitliche Befristung der Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR).*<sup>4</sup>
- *Vertragliche mittelbare Auflösungsgründe bestehen nur beim Vorliegen einer entsprechenden vertraglichen Bestimmung, führen aber nur dann zur Auflösung der Gesellschaft, wenn das durch sie begründete Gestaltungsrecht ausgeübt wird.*<sup>5</sup>

### 3. Fortführung der Gesellschaft trotz eines Auflösungsgrundes

Grundsätzlich kann die Gesellschaft nach dem Eintritt eines Auflösungsgrundes durch Beschluss der Gesellschafter fortgeführt werden. Der Beschluss, die Gesellschaft trotz Eintritt eines Auflösungsgrundes fortzuführen, kann aufgrund seiner vertragsändernden Natur grundsätzlich nur einstimmig erfolgen.<sup>6</sup> Beschliessen die Gesellschafter die Wiederaufnahme der Tätigkeit der Gesellschaft erst nach Abschluss der Liquidation, muss eine Neugründung erfolgen.<sup>7</sup> Auf die Einstimmigkeit kann richtigerweise verzichtet werden,

<sup>2</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 6.

<sup>3</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 7.

<sup>4</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 8.

<sup>5</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 11.

<sup>6</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 16.

<sup>7</sup> BGE 116 II 53; 70 II 56 ff.; Becker, in: Oser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/2, Art. 184–551, Bern 1934, Art. 545 Rn. 3; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 18; Staehelin, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., 2012, Art. 545/546 Rn. 4.

wenn die Weigerung der Erben<sup>8</sup> oder Gläubiger<sup>9</sup>, der Fortführung zuzustimmen, rechtsmissbräuchlich ist.<sup>10</sup>

Das Recht der Kollektivgesellschaft sieht in Art. 575 ff. OR den Ausschluss eines Gesellschafters zur Vermeidung der Auflösung der Gesellschaft ausdrücklich vor. Diese Vorschriften rechtfertigen sich durch das Vorliegen eines einheitlichen und kaufmännischen Unternehmens, welches die Kollektivgesellschaft idealtypisch führt. Diese Vorschriften des Kollektivgesellschaftsrechts sind auch auf einheitliche und kaufmännische einfache Gesellschaften anwendbar.<sup>11</sup>

## II. Die Auflösungsgründe im Einzelnen

### 1. Erreichung oder Unerreichbarkeit des Zweckes (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR)

#### a) Grundlagen

Die Gesellschaft wird aufgelöst, wenn der Zweck, zu welchem sie gegründet wurde, erreicht oder wenn dessen Erreichen unmöglich geworden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Zweckerreichung oder Unerreichbarkeit des Zwecks ist ein gesetzlicher unmittelbarer Beendigungsgrund: Gesetzlich, da er sich aus dem Gesetz ergibt und auch beim Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im Gesellschaftsvertrag gilt; und unmittelbar, da die Zweckerreichung oder die Unerreichbarkeit ohne weiteres zur Auflösung der Gesellschaft führen.<sup>12</sup>

#### b) Insbesondere die subjektive Unmöglichkeit der Zweckverfolgung

Die subjektive Unmöglichkeit der Zweckerfüllung bezieht sich immer auf die Fähigkeit der Gesellschaft im Hinblick auf deren Möglichkeiten. Bevor eine subjektive Unmöglichkeit angenommen werden kann, ist zu prüfen, ob diese nicht bloss kurzfristig ist oder durch organisatorische und finanzielle Massnahmen, wie beispielsweise die Zufuhr weiteren Kapitals, behoben werden kann.<sup>13</sup> Schwierigkeiten, die in der Person eines Gesellschafters liegen, be-

<sup>8</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 38.

<sup>9</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 87.

<sup>10</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 19.

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 530 Rn. 86 ff.; Art. 545-547 Rn. 20.

<sup>12</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 25; Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB, Bd. V, 6. Aufl., 2013, § 726 Rn. 1.

<sup>13</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 28.

wirken in der Regel weder die objektive noch subjektive Unmöglichkeit, sind also keine Auflösungsgründe.<sup>14</sup> Interne Differenzen können grundsätzlich jederzeit behoben werden, auch dann, wenn feststeht, dass sich die Gesellschafter auf keinen Beschluss mehr zu einigen in der Lage sind, und führen richtigerweise nicht zur Unmöglichkeit der Zweckverfolgung.<sup>15</sup> Demgegenüber können in der Person eines Gesellschafters liegende objektive Umstände zur Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zwecks führen, zum Beispiel wenn die für die Fortführung der Gesellschaft zwingend notwendige Mitarbeit eines Gesellschafters unmöglich wird, beispielsweise durch schwere Krankheit oder durch die Inhaftierung eines Geschäftsführers.<sup>16</sup>

### 2. Auflösung aus Gründen in der Person der Gesellschafter (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 und 3); insbesondere der Tod als Auflösungsgrund

#### a) Grundlagen

Der Tod eines Gesellschafters ist ein gesetzlicher unmittelbarer Auflösungsgrund; er führt beim Fehlen einer abweichenden Vereinbarung zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft.<sup>17</sup>

#### b) Die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben

##### aa) Vorausgehende Vereinbarung einer Nachfolgeklausel; Verhältnis zum Erbrecht

Die Vereinbarung einer Nachfolgeklausel führt dazu, dass die Gesellschafterstellung an der aktiven Gesellschaft als Teil des Vermögens des Erblassers auf die Erben übergehen kann; die Gesellschafterstellung wird durch diesen Vorgang *vererblich*. Der vererbende Gesellschafter kann daher auch beim Vorliegen einer solchen Klausel durch Verfügung von Todes wegen oder durch Erbvertrag über seinen Gesellschaftsanteil genau gleich verfügen wie über seine anderen Vermögenswerte. Er kann die Gesellschafterstellung durch Verfügung von Todes wegen, mittels Vorausvermächtnis oder Teilungsvorschrift oder durch Erbvertrag einem oder mehreren bestimmten Erben zuweisen,<sup>18</sup> ohne dass dazu die Zustimmung der anderen Gesellschafter

<sup>14</sup> Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 726 Rn. 6; Siegwart, in: Schöenberger (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/4, 1938, Art. 545 ff. Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 8.

<sup>16</sup> SemJud 101 (1979), S. 539 ff.; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 29.

<sup>17</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 35.

<sup>18</sup> Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 10.

notwendig wäre.<sup>19</sup> Das gilt auch bei der qualifizierten Nachfolgeklausel, welche die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils auf die in der qualifizierten Nachfolgeklausel bezeichneten Erben beschränkt.<sup>20</sup>

Ein verbindlicher Einbezug von Erben in die Unternehmensnachfolge mit bindender Wirkung für Erblasser und Erben ist demgegenüber nur nach den Vorschriften des Erbrechts durch öffentlich beurkundeten Erbvertrag möglich, an welchem nicht nur Erblasser und Erben, sondern auch die Gesellschafter als Vertragsparteien beteiligt sind.<sup>21</sup>

*bb) Wirkung der Nachfolgeklausel auf die Gesellschafterrechte und -pflichten, insbesondere auf das Stimmrecht*

Die Nachfolgeklausel macht die Mitgliedschaft vererblich. Eine besondere Willenserklärung der Erben, dass diese in die Gesellschaft eintreten, ist, anders als bei der Eintrittsklausel,<sup>22</sup> nicht nötig.<sup>23</sup> Die Erben des verstorbenen Gesellschafters treten nach den Grundsätzen der *Universalsukzession* in die Rechtsstellung des Erblassers ein. Bis zur Teilung der Erbschaft gilt dies auch für diejenigen Erben, auf die der Gesellschaftsanteil nicht übergehen soll.<sup>24</sup>

Der Eintritt der Erben in die Rechtsstellung des Erblassers bedeutet, dass bei Gesellschaftsbeschlüssen den Erben insgesamt die gleiche Stimmkraft und die gleiche Gewinn- und Verlustbeteiligung zusteht wie zuvor dem Erblasser.<sup>25</sup> Der Tod des Erblassers soll nicht zu einer Verschiebung des Stimmverhältnisses oder der Gewinnverteilung führen (so aber die herrschende

<sup>19</sup> Vgl. dazu v. Greyerz, Die Unternehmensnachfolge in den Personengesellschaften, in: Universität Bern, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis, Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, 1972, S. 94; Wolf, ZBGR 81 (2000), 1, 20.

<sup>20</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 49.

<sup>21</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 50.

<sup>22</sup> Vgl. dazu v. Greyerz, in: Universität Bern, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät (Fn. 19), S. 82 f.; Wolf, ZBGR 81 (2000), 1, 18 f.

<sup>23</sup> Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 727 Rn. 28.

<sup>24</sup> Bollmann, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zürich, 1971, S. 40; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 52; Hartmann, in: Hartmann (Hrsg.) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII/1, Art. 552-619, Bern 1943, Art. 574 Rn. 15; v. Steiger, SPR VIII/1, 1976, S. 427; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 10; v. Greyerz, in: Universität Bern, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät (Fn. 19), S. 94; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 9; a.A. die h.L. in Deutschland, vgl. Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm (Fn. 12), § 727 Rn. 33 m.w.N.

<sup>25</sup> Staehelin in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 10; vgl. zur Frage der Willensbildung in der Erbgemeinschaft bis zur Teilung Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 57 f.

Lehre in Deutschland, die bei einer Erbenmehrheit davon ausgeht, dass bei einer Stimm- und Gewinnverteilung nach Köpfen jeder einzelne Erbe mit jedem vorbestehenden Gesellschafter gleichberechtigt ist).<sup>26</sup> Richtigerweise üben die Erben nach abgeschlossener Erbteilung ihre Gesellschafterrechte anteilmässig aus, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regel enthält. Die praktischen Auswirkungen dieser Regel dürfen allerdings nicht überschätzt werden. Weigern sich einzelne Erben, einem Gesellschaftsbeschluss zuzustimmen, scheidet der Beschluss auch nach dem deutschen Modell, wenn Einstimmigkeit vorgeschrieben war.<sup>27</sup>

*cc) Insbesondere die Übernahme persönlicher Gesellschafterpflichten*

Die Nachfolgeklausel bewirkt nach den Grundsätzen der *Universalsukzession*, dass der oder die Erben direkt in die Gesellschafterstellung des Erblassers eintreten, mit allen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, einschliesslich der persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden. Die Pflichten, die auf die Erben übergehen, sind zwar weitgehend vermögensrechtlicher Art, können aber auch als Pflicht zur Geschäftsführung ein Handeln oder als Konkurrenzverbot ein Unterlassen zum Inhalt haben. Aufgrund dieses Umstands wird in der Literatur teilweise vertreten, die Mitgliedschaft in der einfachen Gesellschaft sei wegen ihrer höchstpersönlichen Natur unvererblich.<sup>28</sup> Dieser Auffassung kann richtigerweise nicht gefolgt werden. Die Mitgliedschaft eines Erblassers in einer einfachen Gesellschaft ist Teil seiner vermögensrechtlichen Realität, ebenso wie andere Vertragsverhältnisse, deren Übernahme durch die Erben zu unabschätzbaren Risiken und zu einer starken persönlichen Einbindung des Erben führen kann: beispielsweise bei einem Erblasser, der ein kompliziertes technisches Projekt mit einer Vielzahl von Werkverträgen und Aufträgen mit mehreren Vertragspartnern realisiert, das von den eintretenden Erben nur wirtschaftlich erfolgreich weitergeführt werden kann, wenn sie sich mit persönlichen Arbeitsleistungen einbringen und Risiken übernehmen.<sup>29</sup>

Teilweise wird versucht, die Härte dieser Regel zu mildern, indem dem Gesellschafter das Recht gewährt wird, die Gesellschaft nach seinem Eintritt aufgrund von Art. 27 Abs. 2 ZGB fristlos zu kündigen oder die Auflösung aus wichtigem Grund zu verlangen.<sup>30</sup> Dieser Auffassung kann nicht gefolgt

<sup>26</sup> Vgl. statt vieler Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 727 Rn. 33.

<sup>27</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 53.

<sup>28</sup> Schaub, SAG 56 (1984), 17, 17 ff. m.w.N.; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, 1921, S. 684 f.; vgl. auch BGE 119 II 123; kritisch Staehelin, AJP 1994, 98, 101.

<sup>29</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 45.

<sup>30</sup> Hartmann, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 24), Art. 547 Rn. 15; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff.

werden. Wenn ein Erbe in Kenntnis der durch den Eintritt in die Gesellschaft verbundenen Risiken das Erbe annimmt, erschiene es als *venire contra factum proprium*, wenn nach erfolgtem Eintritt in die Gesellschaft die Kündigung oder die Auflösung der Gesellschaft verlangt würde. Mit der Universalsukzession in die Stellung des Erblassers muss sich der Erbe auch das wirtschaftliche Vorleben und das Wissen des Erblassers anrechnen lassen und kann die Gesellschaft nicht gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB kündigen, wenn die Voraussetzungen dafür nicht bereits beim Erblasser vorgelegen haben und dieser nicht bereits zu Lebzeiten zu erkennen gab, diese Bindung nicht zu anerkennen.<sup>31</sup> Den Erben, die nicht Gesellschafter werden wollen, aber auch die Erbschaft nicht aus schlagen möchten, bleibt somit nur die amtliche Liquidation der Erbschaft (Art. 593 ff. ZGB). Diese führt richtigerweise dazu, dass der Gesellschaftsanteil des Erblassers in analoger Anwendung der Vorschriften der VVAG (Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen, SR 181.41) wie bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter liquidiert wird.<sup>32</sup> Im Einvernehmen mit den anderen Gesellschaftern ist als Alternative zur Auflösung der Gesellschaft oder zur Abfindung des Erben auch die Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft möglich.<sup>33</sup>

#### dd) Beschlussfassung in der Erbengemeinschaft

Sowohl bei der einfachen als auch bei der qualifizierten Nachfolgeklausel erwerben die Erben die Mitgliedschaft des Erblassers als Erbengemeinschaft, was nach dem Grundsatz der Universalsukzession zur Folge haben müsste, dass die gemeinschaftlichen Rechte (z.B. das Stimmrecht oder das Recht zur ordentlichen Kündigung) bis zur Teilung der Erbschaft nur gemeinsam ausgeübt werden können (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB). Für das deutsche Recht wird hingegen vertreten, dass die Gesellschafterstellung nicht auf die Erbengemeinschaft übergeht, sondern ausschliesslich auf die Nachfolger-Erben je persönlich unter Durchbrechung des erbrechtlichen Grundsatzes der Gesamtrechtsnachfolge.<sup>34</sup> Im Ergebnis ist dieser in Deutschland vertretenen Auffassung auch für das schweizerische Recht zuzustimmen. Es verletzt letztlich

Rn. 7; *Stahelin*, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn.10; *Wolf*, ZBGR 81 (2000), 1, 21; vgl. auch BGE 29 II 102.

<sup>31</sup> BGE 129 III 214; *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 55.

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 91; anders *Stahelin*, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 10, nach dem die amtliche Liquidation die Auflösung der Gesellschaft bewirke; ebenso *Siegwart*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 7.

<sup>33</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 56.

<sup>34</sup> *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 727 Rn. 33.

den Willen des Erblassers und wäre daher nicht zu rechtfertigen, dass Personen, die nach dem Willen des Erblassers nicht zum Gesellschafter bestimmt sind, an der gesellschaftsinternen Willensbildung mitwirken und damit unter Umständen Beschlüsse verhindern können. Das ist vor allem dann unzumutbar, wenn notwendige Gesellschaftsbeschlüsse nur einstimmig erfolgen können oder wenn der Gesellschaftsvertrag angepasst werden muss.

#### ee) Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft durch Bezeichnung des zur qualifizierten Nachfolge vorgesehenen Erben als Willensvollstrecker oder besonderen Vertreter

Diese Abweichung vom Grundsatz der Gesamterbfolge bei der Willensbildung entspricht im schweizerischen Recht nicht der herrschenden Lehre; im Rahmen der Vertragsgestaltung ist diesem Umstand Rechnung zu tragen, indem eine Ordnung festgelegt wird, welche die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft auch dann sicherstellt, wenn mit der herrschenden Lehre vom Grundsatz der Gesamterbfolge nicht abgewichen wird. Dabei ist allerdings zu beachten, dass eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung ungültig ist, welche die Erben ermächtigen soll, ihre Meinungsbildung im Hinblick auf die Stimmabgabe in der Gesellschaft durch Mehrheitsbeschluss durchzuführen, oder das Recht auf Stimmabgabe auf die Erben beschränkt, die als Gesellschafter vorgesehen sind. Das Einstimmigkeitserfordernis für die Willensbildung der Erbengemeinschaft ist zwingend (vgl. dazu Art. 602 Abs. 2 ZGB). Es gibt aber andere Möglichkeiten, die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nach dem Tod des Erblassers in dieser Situation sicherzustellen. Vor dem Tod besteht die Möglichkeit, im Rahmen der Vertragsgestaltung den oder die zur qualifizierten Nachfolge vorgesehenen Erben als Willensvollstrecker mit einer auf die Handhabung der gemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrechte am Gesellschaftsanteil beschränkten Handlungsvollmacht zu bestimmen.<sup>35</sup>

Unterblieb die Bestellung der qualifizierten Nachfolger als Willensvollstrecker, verbleibt immer noch die Bestimmung eines qualifizierten Nachfolgers als besonderen Vertreter mit einer auf die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte am Gesellschaftsanteil beschränkten Zuständigkeit durch den Richter (vgl. dazu Art. 602 Abs. 3 ZGB). Die Voraussetzung für die richterliche Bestimmung von Erbenvertretern im Hinblick auf die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte am Gesellschaftsanteil und die Wahl der in der qualifizierten Nachfolgeklausel dafür vorgesehenen Erben sollte nicht an zu hohe Anforderungen geknüpft werden. Richtigerweise sollte allein schon das Scheitern eines einstimmigen Beschlusses aufgrund der Verweigerung eines nicht als Gesellschafter vorgesehenen Erben für diesen Schritt genügen, es sei

<sup>35</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 59 f.

denn, dass der nicht als Gesellschafter vorgesehene Erbe wichtige Gründe für sein Verhalten aufzeigen kann.<sup>36</sup>

c) *Weiterführung der Gesellschaft ohne Erben (Fortsetzungsklausel)*

Die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft können im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft ohne dessen Erben fortgesetzt wird. Diese Möglichkeit ist zwar ausdrücklich nur im Recht der Kollektivgesellschaft vorgesehen (vgl. Art. 576 OR), doch wird überwiegend und zu Recht davon ausgegangen, dass Fortsetzungsklauseln auch in Bezug auf die einfache Gesellschaft zulässig sind.<sup>37</sup> Die Fortführungsklausel kann formfrei, also auch konkludent vereinbart werden, und zwar selbst dann, wenn sich im Gesellschaftsvermögen Grundstücke befinden.<sup>38</sup>

Die durch die Fortsetzungsklausel betroffenen Erben treten nicht dinglich in die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft ein. Der Gesellschafteranteil des verstorbenen Gesellschafters wird durch die Vereinbarung der Fortführungsklausel mit seinem Tod in einen obligatorischen Abfindungsanspruch umgewandelt, der zusammen mit dem Anspruch auf Aussonderung der quoad sortem und usum eingebrachten Vermögenswerte als Gegenstand des Erbes auf die Erben übergeht.<sup>39</sup> Folglich wirken nach dem Tod des Gesellschafters die Erben auch nicht an gesellschaftsinternen Entscheidungen mit.<sup>40</sup> Gleichermassen sind die von der Fortsetzungsklausel betroffenen Erben auch nicht durch die gesellschaftsvertraglichen Pflichten gebunden. Den Erben steht an Stelle der Mitgliedschaft vielmehr und ausschliesslich ein obligatorischer Abfindungsanspruch zu, der in analoger Anwendung von Art. 580 OR berechnet wird.<sup>41</sup> Dabei sind auf der Aktivenseite insbesondere auch Goodwill

<sup>36</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 61.

<sup>37</sup> Bollmann (Fn. 24), S. 42 f.; v. Steiger (Fn. 24), S. 423 f.; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 12; Hoch, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich, 2003, Rn. 96; v. Greyerz, in: Universität Bern, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät (Fn. 19), S. 78 f.

<sup>38</sup> BGE 116 II 53; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 65; Hoch (Fn. 37), Rn. 130; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 12; v. Steiger (Fn. 24), S. 425.

<sup>39</sup> BGE 100 II 379; Bollmann (Fn. 24), S. 40; v. Steiger (Fn. 24), S. 424; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 12; v. Greyerz, in: Universität Bern, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät (Fn. 19), S. 78 f.

<sup>40</sup> Anders die Situation bei der Nachfolgeklausel, vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 57 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Handschin/Chou, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/4b, Art. 552-619 OR, 2009, Art. 580 Rn. 33 ff.; Handschin/Vonzun, Fn. 1, Art. 545-547 Rn. 66.

und auf der Passivenseite Rückstellungen für noch nicht realisierte Risiken zu berücksichtigen.<sup>42</sup>

Die Fortsetzungsklausel bewirkt im Ergebnis, dass die Erben mit dem Tod des Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, und dass nicht der Gesellschafteranteil, sondern der Abfindungsanspruch Teil der Erbmasse wird. Es gelten somit die gleichen Grundsätze wie für die Geltendmachung des Abfindungsanspruchs beim Austritt.<sup>43</sup> Der Abfindungsanspruch ist ein rein ausssergesellschaftsrechtlicher Anspruch, für den die verbleibenden Gesellschafter solidarisch haften.<sup>44</sup>

d) *Eintrittsklauseln*

aa) *Grundlagen*

Die Eintrittsklausel kombiniert die Wirkungen der Nachfolgeklausel mit denjenigen der Fortsetzungsklausel. Sie räumt dem Erben das Wahlrecht ein, entweder Gesellschafter zu werden (wie bei der Nachfolgeklausel) oder eine Abfindung (Fortsetzungsklausel) zu erhalten. Das Wahl- oder Optionsrecht kann auch zu Gunsten von bestimmten Erben vorgesehen werden und andere vom Eintritt ausschliessen (qualifizierte Eintrittsklausel).<sup>45</sup> Wie bei der Fortsetzungsklausel erfolgt bei der Eintrittsklausel mit dem Tod des Erblassers die Umwandlung des Gesellschaftsanteils in einen obligatorischen Anspruch (gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern), hier in ein Wahlrecht mit dem Inhalt, entweder eine Abfindung oder den Gesellschaftsanteil zu wählen. Folglich sind während des Schwebezustands bis zur Ausübung des Optionsrechts die Erben nicht Gesellschafter, am Gesellschaftsvermögen auch nicht dinglich berechtigt und nehmen daher auch nicht an der gesellschaftsinternen Willensbildung teil. In die Erbmasse fällt also nicht der Gesellschaftsanteil, sondern das (obligatorische) Optionsrecht gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern.<sup>46</sup>

bb) *Ausübung des Wahlrechts in der ungeteilten Erbschaft*

Die Möglichkeit der oder des Erben, in die Gesellschaft einzutreten, ist eine die Gesellschafter bindende Offerte, die der Erbe auch ablehnen kann, wenn

<sup>42</sup> Vgl. Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 580 Rn. 47 ff.; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 67.

<sup>43</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 542 Rn. 57.

<sup>44</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 72.

<sup>45</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 73.

<sup>46</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 74.

er das Erbe antritt.<sup>47</sup> Das Wahlrecht kann durch die berechtigten Erben auch in der ungeteilten Erbschaft einzeln ausgeübt werden. Die durch das Wahlrecht erworbenen Gesellschaftsanteile oder Abfindungsansprüche fallen dann in die Erbmasse und stehen bis zur Teilung der Erbengemeinschaft allen Erben gemeinsam zu. Das bedeutet, dass die Möglichkeit besteht, dass auch der Erbe, der sich für die Abfindung entschieden hat, bis zur Erbteilung an der Willensbildung in Bezug auf den in die Erbmasse gefallenen Gesellschaftsanteil mitwirken müsste. Zu einem sachgerechten Ergebnis führt daher auch bei den Eintrittsklauseln nur, ausschliesslich die als Gesellschafter vorgesehenen Erben auch während der Dauer der Erbengemeinschaft an der Willensbildung in der Gesellschaft teilnehmen zu lassen.<sup>48</sup> Wird mit der herkömmlichen Auffassung<sup>49</sup> diese Möglichkeit abgelehnt und ist die Bestimmung der optionsberechtigten Erben nicht als Teilungsvorschrift verbindlich, ist nicht einmal sichergestellt, dass die in der Erbmasse befindlichen Gesellschaftsanteile und Abfindungsansprüche an diejenigen Erben fallen, die sie gewählt haben. Die Schwierigkeiten, die sich aus dieser Situation ergeben können, lassen sich nur vermeiden, wenn die Zuweisung der Optionsrechte auch als erbrechtliche Teilungsvorschrift gültig ist oder wenn die Zuweisung dieser Optionsrechte in einem noch zu Lebzeiten abgeschlossenen Erbvertrag geregelt ist.<sup>50</sup>

#### cc) Bindung der verbleibenden Gesellschafter an den Entscheid der Erben

Die Bindung der verbleibenden Gesellschafter an das Optionsrecht folgt allgemeinen Regeln, dauert also so lange, bis der Berechtigte nach dem allgemeinen Lauf der Dinge in der Lage ist, einen Entscheid über die Ausübung des Optionsrechts zu fällen. Dazu gehört in jedem Fall eine vollständige Akteneinsicht oder die Gewährung eines vergleichbaren Informationsrechts, das eine verlässliche Beurteilung der Chancen und Risiken ermöglicht, die mit dem Eintritt in die Gesellschaft verbunden sind.<sup>51</sup> Die Ausübung des Optionsrechts hat als Teil der Erbteilung vor deren Abschluss zu erfolgen. In komplizierten Verhältnissen kann dies zu einem längeren Schwebezustand führen, während dessen die personelle Zusammensetzung der Gesellschaft unsicher

<sup>47</sup> Vgl. *Oberson*, FS Sandoz, 2006, S. 475, 496; v. *Steiger* (Fn. 24), S. 425 f.; *Stahelin*, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 13; v. *Greyerz*, in: Universität Bern, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät (Fn. 19), S. 80 ff.; *Wolf*, ZBGR 81 (2000), 1 (18 f).

<sup>48</sup> Vgl. zur analogen Situation bei den qualifizierten Nachfolgeklauseln *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 58.

<sup>49</sup> Vgl. dazu *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 57.

<sup>50</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 75.

<sup>51</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 76.

ist, was jedoch ausser beim Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Verzögerung der Ausübung des Optionsrechts durch alle Beteiligten in Kauf zu nehmen ist.<sup>52</sup>

#### dd) Wirkungen der Ausübung des Optionsrechts

Der Eintritt in die Gesellschaft erfolgt mit dem Zugang der Eintrittserklärung bei den übrigen Gesellschaftern, wobei für den (Regel-)Fall, dass die Erklärung unter Abwesenden erfolgt, die Regelung von Art. 10 OR (Abgabe der Annahmeerklärung zur Absendung) zu beachten ist. Ist die Erbschaft noch ungeteilt, tritt nicht der Erbe, der das Wahlrecht ausgeübt hat, der Gesellschaft bei, sondern bis zur Erbteilung alle Nachkommen.<sup>53</sup> Nehmen die Berechtigten die Offerte innerhalb einer vom Erblasser gesetzten Frist nicht an oder lehnen sie ausdrücklich den Eintritt in die Gesellschaft ab, wird die Gesellschaft unter den bestehenden Gesellschaftern fortgesetzt und die übrigen Erben erhalten eine Abfindung, wie wenn eine Fortsetzungsklausel verabredet worden wäre.<sup>54</sup> Sollte der Eintritt des oder der Erben für die verbleibenden Gesellschafter eine wesentliche Grundlage für die Fortführung der Gesellschaft bilden, bleibt in diesem Falle nur noch die Auflösung.<sup>55</sup>

#### e) Konversionsklausel

Die Nachfolge- und die Eintrittsklausel ermöglichen den Erben die Wahl zwischen der Übernahme der Gesellschafterstellung (mit allen Rechten und Pflichten) und dem Erhalt einer Abfindung oder eines Anteils am Liquidationserlös. Die namentlich im Recht der Personenhandelsgesellschaften anzutreffende Konversionsklausel führt zu einem Mittelweg, indem eine Personenhandelsgesellschaft mit den Erben zwar fortgesetzt wird, diesen jedoch lediglich die Stellung von Kommanditären eingeräumt wird, womit die Kollektivgesellschaft ipso iure zur Kommanditgesellschaft „konvertiert“.<sup>56</sup> Der Vorteil einer solchen Vereinbarung liegt darin, dass die Fortführung der Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters gesichert ist, ohne dass ihr Kapital entzogen wird, unter gleichzeitigem Ausschluss der Erben von der Geschäftsführung. Den Interessen der Erben wird insofern Rechnung getragen, als sie weiterhin an der Substanz der Gesellschaft beteiligt bleiben und auch nur in

<sup>52</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 77.

<sup>53</sup> Vgl. dazu *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 75, 78.

<sup>54</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 65.

<sup>55</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 79.

<sup>56</sup> Vgl. dazu *Handschin/Chou*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 576 Rn. 22.



einem beschränkten Umfang haften, was ihnen ein Verbleiben in der Gesellschaft erleichtern dürfte.<sup>57</sup>

### 3. Auflösung aus Gründen in der Person der Gesellschafter (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 und 3); insbesondere die Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter

#### a) Grundlagen

Die Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter ist im Recht der einfachen Gesellschaft als ein gesetzlicher Auflösungsgrund formuliert. Soweit die Zwangsvollstreckung zur Pfändung des Gesellschaftsanteils führt, ist die Zwangsvollstreckung nach der Konzeption des Gesetzes ein *mittelbarer gesetzlicher Auflösungsgrund*, denn bei Passivität des Gläubigers unterbleibt die Auflösung. Führt die Zwangsvollstreckung zum Konkurs des Gesellschafters, ist die Frage umstritten; richtigerweise liegt auch hier ein mittelbarer gesetzlicher Auflösungsgrund vor, so dass die Gesellschaft nur aufgelöst wird, wenn die Berechtigten die Auflösung verlangen.<sup>58</sup> Gegenstand des Liquidationsanteils sind Sachen, die der Gesellschafter quoad dominium in die Gesellschaft eingebracht oder die während der Gesellschaftsdauer erworben worden sind und an denen Gesamteigentum der Gesellschafter besteht.

#### b) Vermeidung der Auflösung mit und ohne entsprechende Vorschriften im Gesellschaftsvertrag?

Die Auflösung der Gesellschaft aufgrund des Konkurses des Gesellschafters oder der Zwangsverwertung seines gepfändeten Liquidationsanteils kann durch die Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag abgewendet werden.<sup>59</sup> Die Gesellschafter können vereinbaren, dass die Pfändung des Gesellschaftsanteils oder der Konkurs des Gesellschafters dazu führt, dass der Gesellschafter ohne weiteres aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird und sich sein Anspruch in einen obligatorischen Abfindungsanspruch umwandelt, der dann zum Gegenstand des Zwangsvollstreckungsverfahrens wird. Die Gesellschaft wird in diesem Fall durch die übrigen Gesellschafter

<sup>57</sup> Vgl. Art. 601, 608 OR; v. Steiger (Fn. 24), S. 428; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 80.

<sup>58</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 81, 94.

<sup>59</sup> Jung, in: Amstutz/Breitschmid/Furrer/u.a. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, Art. 546 Rn. 6; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 11; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 16a; vgl. auch Hoch (Fn. 37), Rn. 176, mit Hinweis auf a.M. in der älteren Rechtsprechung und Lehre; vgl. ferner Schaedler, Die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters, Diss. Zürich, 1962, S. 17 f.; sowie Tercier/Favre/Carron, Les contrats spéciaux, 4. Aufl., 2009, Rn. 7722.

fortgeführt.<sup>60</sup> In jedem Fall zulässig sind solche Fortsetzungsklauseln, wenn sie die Höhe der Abfindung offenlassen (mit der Folge, dass diese nach dem wirklichen Wert in analoger Anwendung von Art. 580 OR einvernehmlich unter Einbezug der Gläubiger oder durch den Richter festgelegt werden muss). Das Gleiche gilt, wenn die gewählte Formel sicherstellt, dass den Gläubigern mindestens der Liquidationswert des Anteils des betroffenen Gesellschafters zukommt. Ist in diesen Fällen der Fortführungswert höher als der Liquidationswert, ist gleichwohl der Liquidationswert geschuldet, denn im Falle der Auflösung der Gesellschaft erhielten die übrigen Gesellschafter auch nur diesen.<sup>61</sup>

Grundsätzlich kann ohne anders lautende Vorschrift im Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft nur fortgeführt werden, wenn mit den Gläubigern oder deren Vertretern eine entsprechende Vereinbarung nach den anwendbaren Vorschriften getroffen werden kann. Scheitern die Verhandlungen mit den Gläubigern, ist die Gesellschaft aufzulösen. Etwas anderes gilt richtigerweise nur, wenn das Verhalten der Gläubiger rechtsmissbräuchlich erscheint, insbesondere, wenn die Gläubiger eine Abfindung verlangen, die klarerweise über dem Liquidationswert liegt.<sup>62</sup> Weiter sind auf einheitliche kaufmännische einfache Gesellschaften richtigerweise die Vorschriften des Kollektivgesellschaftsrechts anwendbar<sup>63</sup> mit der Folge, dass die verbleibenden Gesellschafter den betroffenen Gesellschafter auch ohne spezielle vertragliche Vereinbarung oder Einigung mit den Gläubigern aus der Gesellschaft ausschliessen und die Auflösung der Gesellschaft verhindern können.<sup>64</sup>

#### c) Zwangsverwertung des Liquidationsanteils

Die Gesellschaft wird aufgelöst, wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR). In diesem Fall wird der Liquidationsanteil gemäss Art. 132 SchKG und gestützt auf die Vorschriften der Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (VVAG, SR 281.41) verwertet.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> Oberson, FS Sandoz, 2006, S. 475, 492; Schaedler (Fn. 59), S. 17 f.; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 11; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 16a.

<sup>61</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-546 Rn. 85.

<sup>62</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 87.

<sup>63</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 530 Rn. 86.

<sup>64</sup> Vgl. dazu Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 577-578 Rn. 22.

<sup>65</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 89.

Massgebender Zeitpunkt für die Auflösung der Gesellschaft ist nicht die Pfändung des Liquidationsanteils, sondern der (spätere) Zeitpunkt, zu welchem feststeht, dass die Verwertung unausweichlich ist. Erst wenn die Einigungsverhandlung definitiv gescheitert ist, gelangt der Liquidationsanteil somit „zur Zwangsverwertung“ i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR.<sup>66</sup>

Bei einem Scheitern der Einigungsverhandlung hat die Aufsichtsbehörde darüber zu entscheiden, ob das gepfändete Anteilsrecht versteigert wird oder die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft herbeigeführt werden soll.<sup>67</sup> Die Versteigerung des gepfändeten Anteilsrechts hat richtigerweise nicht zur Folge, dass der Erwerber anstelle des gepfändeten Gesellschafters Gesellschafter wird, sondern führt dazu, dass der Erwerber anstelle der Aufsichtsbehörde die sich aus der Pfändung des Gesellschafteranteils ergebenden Rechte selbständig gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern geltend machen kann.<sup>68</sup> Bleiben die Gläubiger passiv, wird also kein Verwertungsbegehren gestellt, *kommt es auch nicht zur Auflösung der Gesellschaft*. Darin zeigt sich, dass die Pfändung des Liquidationsanteils kein unmittelbarer, sondern ein mittelbarer Auflösungsgrund ist, da die Auflösung nur erfolgt, wenn die Berechtigten von ihrem Recht Gebrauch machen.<sup>69</sup>

#### d) Konkurs des Gesellschafters

Nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR) wird die Gesellschaft aufgelöst, „wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt“ oder ein Gesellschafter „in Konkurs fällt“. Der Konkurs über einen einfachen Gesellschafter ist (anders als die Pfändung des Liquidationsanteils) als unmittelbarer gesetzlicher Auflösungsgrund formuliert.<sup>70</sup> Das würde bedeuten, dass die Konkurseröffnung über einen Gesellschafter sofort zur Auflösung führen müsste. In diesem Fall dürfte die Gesellschaft während des Schwebezustandes zwischen der Konkurseröffnung und der Einigung mit den Gläubigern nur noch den Liquidationszweck verfolgen. Je länger dieser Schwebezustand andauert, desto stärker präjudiziert er den Entscheid über den Fortbestand der Gesellschaft; in vielen Fällen ist der Wechsel zur Verfolgung des Liquidationszwecks schon nach wenigen Wochen irreversibel. Diese Schwierigkeiten können nur überwunden werden, wenn in Analogie zu den Vorschriften über die Pfändung nicht auf den

<sup>66</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 90.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2, 11 VVAG.

<sup>68</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 91.

<sup>69</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 92.

<sup>70</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 93.

Zeitpunkt der Konkurseröffnung abgestellt wird, sondern auf einen späteren Zeitpunkt, in dem feststeht, dass mit den Gläubigern keine Einigung zustande gekommen ist. Daher ist richtigerweise der Konkurs eines Gesellschafters nicht ein unmittelbarer, sondern ein mittelbarer Auflösungsgrund mit der Folge, dass die Konkurseröffnung den Gläubigern und deren Vertretern lediglich das Recht vermittelt, die Auflösung zu verlangen. Während des Schwebezustandes zwischen der Konkurseröffnung über den Gesellschafter bis zum Scheitern der Verhandlungen mit der Konkursverwaltung oder den Gläubigern besteht die Gesellschaft als werbende Gesellschaft weiter.<sup>71</sup>

Zuständig für die Vereinbarung der Fortführung der Gesellschaft und der Bestimmung des Anteils des Konkursiten ist die zweite Gläubigerversammlung respektive die Konkursverwaltung.<sup>72</sup> Kommt es zu keiner Einigung mit den übrigen Gesellschaftern über die Festlegung der Abfindung als Voraussetzung für die Fortführung der Gesellschaft, kann die zweite Gläubigerversammlung respektive die Konkursverwaltung entweder den Anspruch auf Auflösung und Liquidation selber (auf dem Zivilweg) geltend machen oder sie kann diesen einzelnen Konkursgläubigern zur Geltendmachung überlassen. Den Konkursgläubigern, die sich den Anspruch auf Auflösung gestützt auf Art. 260 SchKG abtreten lassen, steht es frei, den Anspruch auf Auflösung und Liquidation gegen die verbleibenden Gesellschafter durchzusetzen oder mit diesen eine Vereinbarung über die Weiterführung der Gesellschaft und die Festlegung einer Abfindung abzuschliessen. Scheitert die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG, ist der Anspruch zu versteigern oder zu verkaufen. Auch hier gilt, dass der Erwerber des Anspruchs entweder die Auflösung und die Liquidation der Gesellschaft verlangen oder mit den verbleibenden Gesellschaftern eine Einigung über deren Fortführung und die Ausbezahlung eines Liquidationsanteils verhandeln kann. Bis zur Umsetzung der durch die Konkursverwaltung oder allenfalls durch Abtretungsgläubiger oder Erwerber geltend gemachten Ansprüche auf Auflösung und Liquidation der Gesellschaft bleibt die Gesellschaft richtigerweise bestehen.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Vgl. für die Kollektivgesellschaft: Art. 575 Abs. 1 OR.

<sup>72</sup> Dessementet, *Le consortium de construction et sa fin prématurée en droit suisse*, Diss. Fribourg/Lausanne, 2006, S. 249; Fellmann/Müller, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI/2/8, *Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft*, Art. 530–544 OR, 2006, Art. 544 Rn. 528; Jung, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Fn. 59), Art. 545 Rn. 6; Handschin/Vonzun, in: *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht* (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 95; Staehelin, in: *Basler Kommentar* (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 15.

<sup>73</sup> Handschin/Vonzun, in: *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht* (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 96.

4. *Auflösung aus Gründen in der Person der Gesellschafter; insbesondere wenn ein Gesellschafter unter umfassende Beistandschaft gestellt wird (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)*

a) *Grundlagen*

Gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR führt die umfassende Beistandschaft eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft. Die Bestimmung liegt sowohl im Interesse des verbeiständeten Gesellschafters, der auf diese Weise sein in der Gesellschaft gebundenes Vermögen herauslösen kann, als auch im Interesse der Mitgesellschafter, denen ohne deren Zustimmung nicht zugemutet werden kann, dass als Folge der umfassenden Beistandschaft der gesetzliche Vertreter der verbeiständeten Person deren Gesellschafterrechte ausübt.<sup>74</sup> Die Interessenlage ist die gleiche, wie wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt;<sup>75</sup> die Anordnung einer umfassenden Beistandschaft für einen Gesellschafter ist daher richtigerweise ein mittelbarer gesetzlicher Auflösungsgrund. Das bedeutet, dass mit der umfassenden Beistandschaft sowohl die übrigen Gesellschafter als auch der verbeiständete Gesellschafter (respektive sein Beistand)<sup>76</sup> das Recht haben, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.<sup>77</sup>

b) *Vermeidung der Auflösung durch Vereinbarung*

Die erste Frage, die sich als Folge der umfassenden Beistandschaft eines Gesellschafters stellt, ist die nach der Fortführung der Gesellschaft mit dem verbeiständeten Gesellschafter. Grundsätzlich ist für einen solchen Beschluss Einstimmigkeit erforderlich. Für den verbeiständeten Gesellschafter, der trotz seiner Bevormundung bis zum Vollzug seines Ausscheidens sein Stimmrecht behält, verhandelt der Beistand über die Fortsetzung der Gesellschaft. Die Vereinbarung über die Fortführung bedarf gemäss Art. 416 Abs. 3 ZGB in jedem Fall die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde, wenn der Beistand selber auch Gesellschafter ist.<sup>78</sup> Richtigerweise ist aber auch in allen anderen Fällen die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde notwendig.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Becker, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 7), Art. 545 Rn. 15; Siegwart, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 12.

<sup>75</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 94.

<sup>76</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 530 Rn. 239 ff., Art. 545-547 Rn. 103.

<sup>77</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 7, 101.

<sup>78</sup> Jung, in: Roberto/Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, 2012, Art. 545-546, Rn. 7.

<sup>79</sup> Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546, Rn. 17a.

Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist notwendig, weil bei der Weiterführung der Mitgliedschaft in der Gesellschaft für den bevormundeten Gesellschafter dieselben Interessen wie beim Eintritt in eine Gesellschaft relevant sind.<sup>80</sup> Die Neubewirtschaftung des Vermögens des Verbeiständeten, die mit der Beistandschaft stattfindet, verlangt eine Evaluation der Risiken, die damit verbunden sind. Sollen solche Risiken (weiterhin) eingegangen werden, muss dem richtigerweise die Erwachsenenschutzbehörde zustimmen.<sup>81</sup>

Anstelle der Fortführung der Gesellschaftereigenschaft kann die Vereinbarung auch die Umwandlung der Gesellschaft in eine Kommanditgesellschaft und den Verbleib des verbeiständeten Gesellschafters als Kommanditär vorsehen. Diese Vereinbarung erfolgt nach den gleichen Vorschriften, die für die Vereinbarung über den Verbleib als Gesellschafter gelten.<sup>82</sup> Schliesslich ist denkbar, dass die verbleibenden Gesellschafter mit dem Beistand den Austritt des verbeiständeten Gesellschafters und die Leistung einer Abfindung vereinbaren. Gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 8 ZGB bedarf ein solcher Entscheid ebenfalls der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde („Liquidation eines Geschäftes“).<sup>83</sup>

Richtigerweise muss auch bei der Verbeiständung eines Gesellschafters die Möglichkeit bestehen, ohne Vereinbarung mit dem Beistand die Gesellschaft fortzuführen und dem verbeiständeten Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil auszubezahlen.<sup>84</sup> Bleiben trotz umfassender Beistandschaft Beistand und Mitgesellschafter passiv, wird die Gesellschaft nicht aufgelöst und die Stellung des verbeiständeten Gesellschafters bleibt unverändert. Entsteht dem unter umfassender Beistandschaft stehenden Gesellschafter durch das passive Verhalten des Beistands ein Schaden, haftet der Kanton dafür.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Art. 416 Abs. 1 ZGB: „Für folgende Geschäfte, die der Beistand oder die Beistandin in Vertretung der betroffenen Person vornimmt, ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich: ... 8. Übernahme oder Liquidation eines Geschäfts, Eintritt in eine Gesellschaft mit persönlicher Haftung oder erheblicher Kapitalbeteiligung.“

<sup>81</sup> Für das alte Vormundschaftsrecht: Geiser, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., 2010, Art. 421/422 Rn. 29; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 103.

<sup>82</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 103 f.

<sup>83</sup> Vogel, in: Breitschmid/Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2012, Art. 416-417 Rn. 20.

<sup>84</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 106.

<sup>85</sup> Vgl. Art. 413, 454 ZGB; BBI 2006 7001, S. 7092; Affolter, in: Breitschmid/Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht; 2. Aufl., 2012, Art. 413 Rn. 1 f.; Forni/Piatti, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., 2010, Art. 426-429 Rn. 11.

### 5. Vertragliche Auflösungsgründe (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 und 5)

#### a) Die gegenseitige Übereinkunft (Art. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4)

Die Gesellschaft kann durch übereinstimmenden Willen aller Gesellschafter auf jeden beliebigen Zeitpunkt hin aufgelöst werden. Der Auflösungsbeschluss ist ein unmittelbarer, gesetzlich erwähnter vertraglicher Auflösungsgrund.<sup>86</sup> Die Auflösung der Gesellschaft durch Übereinkunft ist als vertragsändernder Beschluss grundsätzlich nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter möglich. Nur wenn der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsieht, dass für den Auflösungsbeschluss Stimmenmehrheit genügt, kann auf das Erfordernis der Einstimmigkeit verzichtet werden.<sup>87</sup> Obwohl der Auflösungsbeschluss in den Gesellschaftsvertrag eingreift, kann er im Ergebnis auch dann mehrheitlich erfolgen. Der Grund dafür liegt im Umstand, dass die Gesellschaft nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht nur durch einseitige Übereinkunft aufgehoben werden kann, sondern auch durch Kündigung (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR).<sup>88</sup> Die Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, welche beispielsweise die Auflösung der Gesellschaft beim Vorliegen bestimmter Mehrheiten vorsieht, ist im Grundsatz nichts anderes als ein unter bestimmten Voraussetzungen ausübbares Kündigungsrecht gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR.<sup>89</sup>

Grundsätzlich ist ein Auflösungsbeschluss an keine Form gebunden; er kann auch durch Stillschweigen zustande kommen.<sup>90</sup> Bei der Annahme einer stillschweigenden Zustimmung zur Auflösung der Gesellschaft ist aber Zurückhaltung geboten. Bei der Beurteilung dieser Frage ist zunächst auf die Intensität des Zusammenwirkens vor dem Stilllegen der gemeinsamen Aktivitäten abzustellen. Je intensiver diese Zusammenarbeit war, desto geringer sind die Anforderungen an das stillschweigende Zustandekommen eines Auflösungsbeschlusses. Auch eine teilweise oder vollständige Rückerstattung der Einlagen kann nach Massgabe des konkreten Einzelfalles Indiz für eine gegenseitige Übereinkunft sein.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 108.

<sup>87</sup> Dessemontet (Fn. 72), S. 115; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 14; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 18; v. Steiger (Fn. 24), S. 455; Wieland (Fn. 28), S. 669.

<sup>88</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 120.

<sup>89</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 110.

<sup>90</sup> Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 15.

<sup>91</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 111; Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), Vor § 723 Rn. 19.

### b) Der Ablauf der vorgesehenen Zeit (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR)

#### aa) Grundlagen; vertragliche Begrenzung der Dauer

Der Ablauf der vorgesehenen Zeitdauer der Gesellschaft als unmittelbarer Auflösungsgrund führt unabhängig von der Zweckerreichung zur Auflösung der Gesellschaft. Wird das Ende der Gesellschaft nicht mit einem Datum, sondern mit dem Ablauf einer im Voraus bestimmten Zeitdauer bestimmt, ist diese ab Abschluss des Vertrages zu berechnen.<sup>92</sup> Der Zeitpunkt der Auflösung muss nicht unbedingt kalendarisch bestimmt (durch Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines Endzeitpunktes), sondern kann auch objektiv bestimmbar sein. Der Endtermin kann sich beispielsweise auch aus dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses ergeben, wie der Durchführung und des Abschlusses eines bestimmten Projektes oder einer bestimmten Baute. Eine befristete Gesellschaft liegt in diesen Fällen allerdings nur dann vor, wenn feststeht, dass der auflösende Termin eintreten wird, aber ungewiss ist, wann (dies certus an, incertus quando).<sup>93</sup> Ist die Tatsache des Eintritts (und damit auch des Zeitpunkts) des vereinbarten Termins dagegen ungewiss (dies incertus an, incertus quando), ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, kann also ordentlich gekündigt werden.<sup>94</sup>

Der Zeitablauf kann als Fest- oder Höchstdauer unmittelbar zur Auflösung der Gesellschaft führen, wenn die Gesellschafter nicht vor dem Ablauf durch Vertragsänderung eine Verlängerung vereinbaren.<sup>95</sup> Die vereinbarte Zeitdauer kann aber auch eine Mindestdauer sein, mit der Folge, dass im durch die Mindestdauer definierten Zeitraum die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Das Erreichen der Mindestdauer führt in diesen Fällen nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zu deren Fortführung als unbefristete Gesellschaft.<sup>96</sup>

#### bb) Vermeidung der Auflösung trotz Zeitablauf beim Fehlen einer vertraglichen Regel

Wie bei den anderen Auflösungsgründen, deren Vorliegen von Verhältnissen bei den Gesellschaftern abhängt, können die Gesellschafter auch bei Ablauf

<sup>92</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 112.

<sup>93</sup> Vgl. Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), Vor § 723 Rn. 16.

<sup>94</sup> BGE 106 II 230 m.w.N.; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 113; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 27; Zäch, Vertraglicher Ausschluss der Kündbarkeit bei den Personengesellschaften, 1970, S. 97 ff.

<sup>95</sup> Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), Vor § 723 Rn. 15.

<sup>96</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 115.

der vorgesehenen Vertragsdauer die Fortführung der Gesellschaft einstimmig beschliessen.<sup>97</sup>

## 6. Auflösung durch einseitiges Vorgehen (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 und 7 OR)

### a) Kündigung

#### aa) Grundlagen

Das Recht zur Kündigung der Gesellschaft ist die Befugnis, die Gesellschaft durch einseitige Willenserklärung aufzulösen. Das Recht zur ordentlichen Kündigung ergibt sich entweder aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus dem Gesetz. Eine ordentliche Kündigung mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten ist von Gesetzes wegen bei unbefristeten Gesellschaften und bei Gesellschaften auf Lebenszeit vorgesehen.<sup>98</sup> Die Kündigung muss gegenüber allen Gesellschaftern ausgesprochen werden.<sup>99</sup> Gemäss Art. 546 Abs. 2 OR soll die Kündigung in guten Treuen und nicht zur Unzeit erfolgen. Der kündigende Gesellschafter ist bei der Ausübung seines Kündigungsrechts an seine Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern gebunden.<sup>100</sup>

Eine fristlose Kündigung der Gesellschaft, die ohne weiteres zur Auflösung der Gesellschaft führt, gibt es nicht. Das Vorliegen wichtiger Gründe führt nicht zu einem Kündigungsrecht, sondern zum Recht des Gesellschafters, beim Richter die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu verlangen. Wichtige Gründe führen also nicht zu einer sofortigen Auflösung der Gesellschaft, wie ein Kündigungsrecht, sondern dazu, dass die Gesellschaft erst mit dem Vorliegen eines rechtskräftigen Gestaltungsurteils aufgelöst wird.<sup>101</sup>

#### bb) Ordentliche Kündigung unbefristeter Gesellschaften, Gesellschaften auf Lebenszeit eines Gesellschafters und Gesellschaften mit übermässiger Bindungsintensität

Eine Gesellschaft, die auf Lebenszeit eines Gesellschafters oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden ist, kann unter Beachtung einer sechs-

<sup>97</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 117.

<sup>98</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 120.

<sup>99</sup> Becker, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 7), Art. 545 Rn. 19; BGE 52 III 6; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 122; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 23; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 25.

<sup>100</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 127.

<sup>101</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 121.

monatigen Kündigungsfrist aufgelöst werden. Eine Gesellschaft ist dann auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, wenn keine bestimmte Mindestdauer vereinbart wurde oder diese bereits abgelaufen ist, die Gesellschaft aber trotzdem fortgesetzt wird.<sup>102</sup>

Die Vorschrift, wonach eine auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossene Gesellschaft in Bezug auf die Kündigungsmöglichkeiten einer auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft gleichzusetzen ist, ist nicht zwingend. Eine Gesellschaft, die (formal) auf die Lebenszeit eines Gesellschafters vereinbart wurde, kann auch eine Gesellschaft auf bestimmte Dauer sein. Das ist dann anzunehmen, wenn die Bindungen relativ gering sind und die Dauer der Lebenszeit aufgrund des Alters des betroffenen Gesellschafters absehbar erscheint, so dass kein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB vorliegt.<sup>103</sup>

Eine unzulässige Bestimmung über die Dauer der Gesellschaft liegt vor, wenn die vorgesehene Dauer *übermässig* ist (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB). Ist im Gesellschaftsvertrag ein Austrittsrecht vorgesehen, gelten weniger strenge Anforderungen an die Zulässigkeit einer langen Bindung. Führen jedoch die mit dem Austrittsrecht verbundenen Modalitäten für den ausscheidenden Gesellschafter zu einer Benachteiligung (z.B. indem ihm nur eine deutlich unter dem Fortführungswert liegende Abfindung zugesichert wird), kann im Einzelfall trotz der Austrittsmöglichkeit eine übermässige Bindung vorliegen.<sup>104</sup> Auf übermässig lange Zeit abgeschlossene Gesellschaftsverträge führen nicht zur Nichtigkeit der Gesellschaft, sondern dazu, dass die übermässigen Verpflichtungen auf das zulässige Mass herabgesetzt werden.<sup>105</sup> Die Vereinbarung einer übermässigen Bindung birgt somit richtigerweise nicht das Risiko, dass die Bindung insgesamt wegfällt oder auf die Dauer der dispositiven Bindungsdauer beschränkt wird. Würde die Gesellschaft schon vor diesem Zeitpunkt zu einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft, entstünden Nachteile zu Lasten derjenigen Gesellschafter, die sich auf diese lange Bindung eingerichtet haben.<sup>106</sup>

Unbefristete Gesellschaften und Gesellschaften auf Lebenszeit können beim Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung mit einer Frist von sechs

<sup>102</sup> Art. 546 Abs. 3 OR; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 125; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 21.

<sup>103</sup> BGE 106 II 226; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 129.

<sup>104</sup> Vgl. Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 130; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 20.

<sup>105</sup> BGE 117 II 275 f.; 114 II 163; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 27a.

<sup>106</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 133.

Monaten auf einen beliebigen Zeitpunkt hin gekündigt werden.<sup>107</sup> Die ordentliche Kündigung, die unabhängig vom Vorliegen bestimmter Gründe besteht, braucht grundsätzlich nicht begründet zu werden.<sup>108</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann indessen eine Begründungspflicht vorsehen.<sup>109</sup>

Diese gesetzlichen Kündigungsvorschriften sind dispositiv und können im Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Uneingeschränkt möglich sind Erleichterungen, also eine Vorschrift, die jedem Gesellschafter erlaubt, jederzeit und mit sofortiger Wirkung das Gesellschaftsverhältnis zu kündigen.<sup>110</sup> Einschränkungen und Veränderungen der gesetzlichen Kündigungsrechte sind innerhalb der Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB möglich, jedoch nur innerhalb desjenigen Zeitraums, für den die Gesellschaft gültig abgeschlossen werden kann.<sup>111</sup> Nach Ablauf dieses Zeitraums ist die gesetzliche Regel mit dem freien Kündigungsrecht unter Wahrung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zwingend.<sup>112</sup> Das Kündigungsrecht kann schliesslich durch ein Austrittsrecht ersetzt werden, sofern dieses nicht durch eine unausgewogene Gestaltung der Austrittsfolgen (zum Beispiel durch Vorschriften, die eine angemessene Austrittsentschädigung verhindern oder durch die Vereinbarung einer hohen Konventionalstrafe) entwertet wird.<sup>113</sup>

#### cc) Außerordentliche Kündigung?

Das Gesetz sieht beim Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Kündigungsrecht vor, sondern das Recht, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen (Art. 545 Abs. 2 OR).<sup>114</sup> In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass einem Gesellschafter das Recht zustehe, das Gesellschaftsverhältnis gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB<sup>115</sup> bzw. Art. 2 ZGB<sup>116</sup> auf einen be-

<sup>107</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 134.

<sup>108</sup> Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 21.

<sup>109</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 136.

<sup>110</sup> Vgl. dazu Becker, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 7), Art. 546 Rn. 4; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 22; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 24; v. Steiger (Fn. 24), S. 455.

<sup>111</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 130.

<sup>112</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 133.

<sup>113</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 130, 135, 165.

<sup>114</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 145 ff.

<sup>115</sup> Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 29; ebenso Hoch (Fn. 37), Rn. 253.

liebigen Zeitpunkt hin fristlos zu kündigen, wenn ihm ein Verbleib in der Gesellschaft nicht mehr zuzumuten ist, weil sich die Verhältnisse für ihn drastisch und in ausserordentlich belastender Weise verändert haben. Ein solches Kündigungsrecht wäre auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Verbleib in der Gesellschaft zu einer Entäusserung der Freiheit oder zu einer das Recht oder der Sittlichkeit verletzenden Einschränkung der Persönlichkeit führen würde (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Die Gründe, die zu einer Unzumutbarkeit im Sinne dieser Bestimmung führen, müssten daher gravierender und dringlicher sein als diejenigen, welche lediglich einen wichtigen Grund zur Auflösungsklage geben.<sup>117</sup> Im Falle einer Berufung auf Art. 2 ZGB wären die Voraussetzungen der „*clausula rebus sic stantibus*“<sup>118</sup> nachzuweisen.<sup>119</sup>

Die Wirkung der ausserordentlichen Kündigung gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB unterscheidet sich von der Geltendmachung eines wichtigen Grundes gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR vor allem durch die Ausgestaltung des Zeitraumes zwischen der Geltendmachung des wichtigen Grundes respektive der ausserordentlichen Kündigung und der Auflösung der Gesellschaft respektive ihrer Feststellung. Die Kündigung aus wichtigem Grund wirkt unmittelbar und hat zur Folge, dass diejenigen Gesellschafter, welche die ausserordentliche Kündigung vertreten, grundsätzlich sofort mit der Liquidation beginnen oder durch die Mitteilung der Auflösung der Gesellschaft an Dritte die Geschäftstätigkeit zum Erliegen bringen können. Diese Situation zwingt diejenigen Gesellschafter, welche die Zulässigkeit der Kündigung bestreiten und an der Gesellschaft festhalten wollen, gegen die Kündigung und ihre Folgen klageweise vorzugehen und gegebenenfalls vorsorgliche Massnahmen zu beantragen. Nur so können diese den kündigenden Gesellschafter daran hindern, die Liquidation der Gesellschaft zu bewirken. Umgekehrt wird bei der Auflösung aus wichtigem Grund die Gesellschaft bis zum richterlichen Entscheid fortgeführt und der klagende (auflösungswillige) Gesellschafter allenfalls gezwungen, die Unzumutbarkeit der weiteren Zugehörigkeit zur Gesellschaft durch die Beantragung vorsorglicher Massnahmen zu mildern.<sup>120</sup>

Die Qualifikation der Persönlichkeitsverletzung als wichtiger Grund im Sinne von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR bewirkt im Ergebnis im Unterschied zu ihrem Verständnis als ausserordentliches Kündigungsrecht, dass während der Schwebezeit bis zum Urteil nicht diejenigen Gesellschafter, die an der Gesellschaft festhalten wollen, den Schutz des Massnahmeverfahrens beantragen müssen, sondern die Gesellschafter, welche das Vorliegen der Persönlich-

<sup>116</sup> Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 2000, § 62 Rn. 57.

<sup>117</sup> Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 29.

<sup>118</sup> Guhl/Koller/Schnyder/Druey (Fn. 116), § 62 Rn. 57.

<sup>119</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 137.

<sup>120</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 138.

keitsverletzung behaupten. Der Status quo ist das Weiterbestehen der Gesellschaft mit der Folge, dass die Gesellschafter, die das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB behaupten, nicht Selbsthilfe üben und von sich aus die Liquidation der Gesellschaft vorbereiten können. Aus diesem Grund ist richtigerweise die Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht Gegenstand eines ausserordentlichen Kündigungsrechts, sondern ein wichtiger Grund gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR, der die Auflösungsklage rechtfertigt. Die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB ist daher abzulehnen. Allfälligen besonderen Umständen der Persönlichkeitsverletzung durch die Fortführung der Gesellschaft kann durch vorsorgliche Massnahmen Rechnung getragen werden, die wegen der Persönlichkeitsverletzung, die geltend gemacht wird, eher gewährt werden als bei einem anderen Auflösungsgrund, der die Persönlichkeitsrechte nicht berührt.<sup>121</sup>

#### dd) Vermeidung der Auflösung trotz erfolgter Kündigung

Die Gesellschafter können die Fortsetzung der gekündigten Gesellschaft in unveränderter oder veränderter Form einstimmig beschliessen.<sup>122</sup> Ein einseitiger Widerruf der Kündigung – sie ist ein Gestaltungsrecht – ist grundsätzlich nicht möglich.<sup>123</sup> Demgegenüber kann die Gesellschaft trotz erfolgter Kündigung fortgeführt werden, wenn die Zulässigkeit der Kündigung von den anderen Mitgesellschaftern bestritten wird, und der kündigende Gesellschafter seine Kündigung im Rahmen einer solchen Auseinandersetzung zurücknimmt. Die Kündigung gilt dann als nicht erfolgt, mit der Folge, dass die Gesellschaft fortgeführt wird. Das Gleiche gilt, wenn der kündigende Gesellschafter die Kündigung als unzulässig widerruft und das Festhalten an der Auflösung durch an der Kündigung nicht beteiligte Gesellschafter als rechtsmissbräuchlich erscheint.<sup>124</sup>

#### ee) Fortführung der Gesellschaft durch Ausschluss des kündigenden Gesellschafters

Ohne einstimmigen Beschluss (unter Einbezug des kündigenden Gesellschafters) ist eine Fortführung unter den übrigen Gesellschaftern nur möglich, wenn der Widerstand des kündigenden Gesellschafters gegen seine Abfindung und die Weiterführung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesell-

<sup>121</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 139.

<sup>122</sup> BGE 31 II 53; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 24.

<sup>123</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 141; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 25.

<sup>124</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 142.

schaftern als rechtsmissbräuchlich und als Verstoss gegen seine Treuepflichten gegenüber den Mitgesellschaftern erscheint. Davon ist auszugehen, wenn die übrigen Gesellschafter dem kündigenden Gesellschafter eine Abfindung anbieten, die in jedem Fall dem entspricht, was der kündigende Gesellschafter bei einer Liquidation erhalten hätte.<sup>125</sup>

#### ff) Verlust des Kündigungsrechts durch Nichtausübung?

Das gesetzliche Kündigungsrecht kann nach Massgabe der gesetzlichen Kündigungsvorschriften jederzeit geltend gemacht werden; durch die unterlassene Geltendmachung wird das Recht zur Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt also nicht berührt. Demgegenüber können vertragliche Kündigungsrechte je nach ihrer Ausgestaltung verloren gehen, beispielsweise dann, wenn sie nur zu bestimmten Terminen oder im Anschluss an bestimmte Ereignisse ausgeübt werden können.<sup>126</sup>

#### b) Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund

##### aa) Grundlagen

Das Recht auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund ist kein Kündigungsrecht mit unmittelbarer Wirkung auf den Bestand der Gesellschaft, sondern das Recht, beim Richter die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu verlangen. Dem richterlichen Urteil kommt gestaltende Wirkung zu<sup>127</sup> mit der Folge, dass die Gesellschaft bis zur Rechtskraft des Urteils weiterbesteht. Der Weiterbestand der Gesellschaft bis zur rechtskräftigen Auflösung kann dazu führen, dass für die Zwischenzeit vorsorgliche Massnahmen notwendig sind, welche die Rechte der betroffenen Parteien sichern.<sup>128</sup>

Nach einer vom Bundesgericht wiederholt verwendeten Formel liegt ein wichtiger Grund vor, „wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so dass die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der bei Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich oder wesentlich erschwert oder gefährdet wird [und dem Gesellschafter] die Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann“.<sup>129</sup> Die vom

<sup>125</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 19, 143.

<sup>126</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 144.

<sup>127</sup> Becker, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 7), Art. 545 Rn. 20; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 34; v. Steiger (Fn. 24), S. 458, 460.

<sup>128</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 146.

<sup>129</sup> BGE 30 II 462; 24 II 193; 20 I 597; 16 I 777; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 148.

Bundesgericht verwendete Formel nimmt auf die Gefährdung des Gesellschaftszwecks Bezug. Die Gefährdung der Erreichung des Gesellschaftszwecks darf indessen nicht als starrer Grundsatz betrachtet werden.<sup>130</sup> Wenn die Fortführung der Gesellschaft aus Gründen, die ausschliesslich in der Person eines Gesellschafters liegen, unzumutbar ist, ohne die Erreichbarkeit des Gesellschaftszwecks für die anderen Gesellschafter zu beeinträchtigen, kann gleichwohl ein wichtiger Grund vorliegen. Es gibt keine gesellschaftsrechtliche Pflicht, in jedem Fall die eigenen Interessen dem Gesellschaftsinteresse zu unterwerfen.<sup>131</sup>

Ein wichtiger Grund ist eher dann anzunehmen, wenn es sich nicht nur um ein vorübergehendes oder einmaliges, sondern um ein dauerndes oder wiederholtes Verhalten oder Ereignis handelt,<sup>132</sup> also eine dauernde Änderung der Verhältnisse vorliegt.<sup>133</sup> Wenn ein unmittelbar drohender oder bereits eingetretener Schaden als wichtiger Grund geltend gemacht wird,<sup>134</sup> ist eher von einem die Auflösung rechtfertigenden wichtigen Grund auszugehen, wenn der Schaden ideeller Natur ist und deshalb auch nicht durch Geld, etwa die Entrichtung einer Konventionalstrafe, wieder gutzumachen ist.<sup>135</sup>

#### bb) Schuldhaftes Verhalten eines Gesellschafters?

Weil sich ein wichtiger Grund auch aus objektiven Verhältnissen ergeben kann, ist für sein Vorliegen nicht erforderlich, dass das Verhalten des fehlbaren Gesellschafters schuldhaft ist.<sup>136</sup> Die Auflösungsklage kann deshalb auch bei einer schweren körperlichen oder geistigen Krankheit oder bei hohem Alter eines Gesellschafters gerechtfertigt sein.<sup>137</sup>

<sup>130</sup> *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 116), § 62 Rn. 60.

<sup>131</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 150.

<sup>132</sup> BGE 29 II 103; *Siegwart*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 29; *Zoelly*, Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz, Diss. Zürich, 1916, S. 75.

<sup>133</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 151.

<sup>134</sup> Vgl. dazu *Bergsma*, Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften, Diss. Zürich/Bern, 1990, S. 26; *Schärer*, Die Natur des Kartellvertrages nach schweizerischem Recht, Diss. Bern, 1917, S. 118; *Siegwart*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 29; *Zoelly* (Fn. 132), S. 75.

<sup>135</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 152.

<sup>136</sup> *Bergsma* (Fn. 134), S. 26 f.; *Engel*, Contracts de droit suisse, 2. Aufl., 2000, S. 727; *Hartmann*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 24), Art. 574 Rn. 23; *Stahelin*, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 30.

<sup>137</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 153.

#### cc) Vorliegen einer Vertragsverletzung?

Das Verhalten eines Gesellschafters, das als wichtiger Grund für die Auflösung der Gesellschaft geltend gemacht wird, ist oft gleichzeitig eine Verletzung des Gesellschaftsvertrags,<sup>138</sup> insbesondere der Treuepflicht. Solche Treuepflichtverletzungen können sowohl den geschäftlichen (Bsp.: eine treuwidrige Verweigerung der Zusammenarbeit) als auch den aussergeschäftlichen Bereich betreffen (Bsp.: wiederholte Ehrverletzungen von Familienmitgliedern eines Mitgesellschafters).<sup>139</sup> Auch in einer unverschuldeten Verletzung des Gesellschaftsvertrages kann ein wichtiger Grund liegen.<sup>140</sup> Bei einer Verletzung des Gesellschaftsvertrages ist zu prüfen, ob mit dem Entzug oder der Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis nicht ein milderer Mittel zur Verfügung steht, das ebenfalls Abhilfe schaffen kann.<sup>141</sup>

#### dd) Geltendmachung des wichtigen Grundes durch den Gesellschafter, der den wichtigen Grund verursacht hat

Auf einen wichtigen Grund kann sich auch derjenige Gesellschafter berufen, der die Tatsache oder das Ereignis, das als wichtiger Grund geltend gemacht wird, verursacht hat, es sei denn, dass der klagende Gesellschafter in der Lage wäre, die für ihn unzumutbaren Verhältnisse wieder zu beseitigen.<sup>142</sup>

#### ee) Wegbedingung gesetzlicher Auflösungsgründe im Gesellschaftsvertrag

Werden im Gesellschaftsvertrag gesetzliche Auflösungsgründe (z.B. Tod oder Bevormundung) als Auflösungsgrund ausgeschlossen, liegt in ihrem Eintritt in der Regel kein wichtiger Grund zur vorzeitigen Auflösung.<sup>143</sup> Mit der Wegbedingung eines gesetzlichen Auflösungsgrundes bringen die Gesellschafter zum Ausdruck, dass sie im betreffenden Ereignis für sich allein genommen keinen wichtigen Grund erkennen.<sup>144</sup>

<sup>138</sup> Vgl. dazu ausführlich *Bergsma* (Fn. 134), S. 30 ff.

<sup>139</sup> *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 723 Rn. 31.

<sup>140</sup> Vgl. dazu *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 153.

<sup>141</sup> Vgl. Art. 539 OR; *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 154.

<sup>142</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 156.

<sup>143</sup> A.A. *Siegwart*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 30.

<sup>144</sup> *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 157; vgl. zur Möglichkeit, die Voraussetzungen der Auflösungsklage vertraglich zu modifizieren *Handschin/Vonzun*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 163 ff.



ff) *Schadenersatzansprüche beim Vorliegen eines wichtigen Grundes*

Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund kann zu einem Schaden führen, zum Beispiel durch den Wegfall der bei einer Fortführung der Gesellschaft sich ergebenden Gewinnmöglichkeiten. Grundsätzlich spielt das Verschulden am Eintritt des Auflösungsgrundes zwar keine Rolle, doch kann das schuldhaft Herbeiführen eines Auflösungsgrundes einen Schadenersatzanspruch begründen, wenn die Auflösung der Gesellschaft die Folge eines vertragswidrigen und schuldhaften Verhaltens eines Gesellschafters ist.<sup>145</sup>

c) *Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten*

aa) *Erleichterung der Auflösung*

Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, dass die Gesellschaft jederzeit durch Kündigung eines Gesellschafters mit sofortiger Wirkung aufgelöst wird.<sup>146</sup> Folglich sind auch Zwischenlösungen möglich, etwa in dem Sinne, dass beim Vorliegen bestimmter Gründe auf Auflösung der Gesellschaft geklagt werden kann, auch wenn keine wichtigen Gründe vorliegen (zum Beispiel, wenn Gesellschaftsverluste eingetreten sind, welche die Fortsetzung der Gesellschaft zwar erschweren, nicht aber verunmöglichen).<sup>147</sup>

Eine Erleichterung des Auflösungsanspruchs liegt auch dann vor, wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass die Auflösung aus wichtigem Grund nicht erst durch ein richterliches Urteil erfolgt, sondern bereits durch die Kündigung eines Gesellschafters. Unproblematisch sind solche Vereinbarungen, soweit sie das gesetzliche Recht zur Auflösungsklage ergänzen. Ersetzen sie dagegen das Klagerecht, hängt es von den Kündigungsmodalitäten sowie von der zu erwartenden Prozessdauer ab, ob die betreffende Vereinbarung zu einer Erleichterung oder zu einer Erschwerung des Auflösungsanspruchs führt.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 161.

<sup>146</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 135.

<sup>147</sup> Vgl. Becker, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 7), Art. 545 Rn. 22; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 163; Hartmann, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 24), Art. 574 Rn. 24.

<sup>148</sup> Vgl. BGE 74 II 173 f., wo die Vereinbarung, dass bei wichtigen Gründen mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden kann, für zulässig erachtet wurde; zustimmend Hartmann, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 24), Art. 574 Rn. 26; v. Steiger (Fn. 24), S. 459; vgl. ferner Engel (Fn. 136), S. 726; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 164.

bb) *Ersatz des Auflösungsrechts durch ein Austrittsrecht*

Der Gesellschafter hat das Recht, die Auflösung der Gesellschaft beim Richter zu verlangen, weil ihm beim Vorliegen wichtiger Gründe die Mitgliedschaft in der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann. Sein Interesse liegt im Ausscheiden unter völliger Schadloshaltung und nicht in der Auflösung der Gesellschaft. Aus diesem Grunde kann der Auflösungsanspruch im Gesellschaftsvertrag wegbedungen werden, wenn dafür ein gleichwertiger Ersatz geschaffen wird.<sup>149</sup> Diese Gleichwertigkeit ist aber nur dann gegeben, wenn der vertraglich vorgesehene Austritt den austretenden Gesellschafter gleich stellt wie die Auflösung, d.h. bei Geltendmachung des Austrittsrechts mit den Mitgesellschaftern abgerechnet wird, wie wenn die Gesellschaft aufgelöst würde. Das ist der Fall, wenn das Austrittsrecht dem Gesellschafter einen Abfindungsanspruch vermittelt, der dem (Liquidations-)Wert seines Gesellschaftsanteils entspricht, nicht aber, wenn der austretende Gesellschafter keinen oder nur einen reduzierten Abfindungsanspruch hat.<sup>150</sup>

cc) *Einschränkung des Auflösungsrechts ohne Austrittsrecht*

Ob beim Fehlen eines gleichwertigen Austrittsrechts das Recht, die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu verlangen, im Gesellschaftsvertrag gänzlich wegbedungen oder erschwert werden darf, ist in der Literatur umstritten. Richtigerweise muss es den Gesellschaftern innerhalb der Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB erlaubt sein, das Recht zur Auflösungsklage einzuschränken oder zu beseitigen.<sup>151</sup>

d) *Ausserordentliches Kündigungsrecht wegen Gründungs- und Willensmängeln?*

Bezieht sich der geltend gemachte wichtige Grund nicht auf einen Vorgang oder Verhalten, das nach der Gesellschaftsgründung eintritt oder stattfindet, sondern auf Vorgänge, die auf den Zeitpunkt vor der Aufnahme der gesellschaftlichen Tätigkeit zurückzuführen sind, liegt eine mangelhafte Gesellschaft

<sup>149</sup> Vgl. Stegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 25.

<sup>150</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 165 und 203.

<sup>151</sup> Gl. M. Becker, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 7), Art. 545 Rn. 22; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 166; Hartmann, Fn. 24, Art. 574 Rn. 24, nach dessen Ansicht der Verzicht auf die Anrufung eines Umstandes, der im Allgemeinen als wichtiger Grund gilt, zwar zulässig, für den Richter aber nicht „absolut bindend“ sei; a.A. BGE 16 I 363; BGer, ZR 44 (1945), Rn. 106; Dessemontet (Fn. 72), S. 147; v. Steiger (Fn. 24), S. 459; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 33.

ab initio vor.<sup>152</sup> Für diesen Fall wird vertreten, dass nicht eine Vertragsauflösung ex tunc stattzufinden habe, sondern dass ein durch den Gründungsmangel bedingtes Recht zur ausserordentlichen Kündigung ausgeübt werden könne.<sup>153</sup> Dies hätte zur Folge, dass die Gesellschaft mit der Vornahme der Kündigungserklärung ex nunc aufgelöst wird. Die Interessenlage ist nach Aufnahme der Gesellschaftertätigkeit die gleiche wie bei der Frage, ob das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung zu einem ausserordentlichen Kündigungsrecht führt.<sup>154</sup> Auch hier stellt sich die Frage, ob der Bestandesschutz der Gesellschaft stärker gewichtet werden soll, als das Interesse des betroffenen Gesellschafters, wegen Willensmangel die Gesellschaft aufzulösen. Richtigerweise gilt auch hier, dass nach Aufnahme der Gesellschaftstätigkeit das Vorliegen eines Willensmangels zum Anspruch auf Auflösung der Gesellschaft führt, aber nicht zu einem ausserordentlichen Kündigungsrecht, allerdings mit der Besonderheit, dass das Klagerecht nach Art. 31 OR verwirkt.<sup>155</sup>

### III. Vermeidung der Auflösung durch Ausscheiden einzelner Gesellschafter

#### 1. Grundlagen, Fragestellung

Bei allen Auflösungsgründen, die nicht in objektiven Verhältnissen liegen, wie beispielsweise der Erreichung oder der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks oder des Ablaufs der Vertragsdauer, liegt der Grund, der zur Auflösung führen kann, direkt oder indirekt in der Person eines Gesellschafters. Oft wird in diesen Fällen den Interessen des auflösungswilligen Gesellschafters, seiner Erben<sup>156</sup> oder Gläubiger<sup>157</sup> sowie den Interessen der verbleibenden Gesellschafter durch einen Ausschluss oder Austritt aus der Gesellschaft besser oder gleichermassen entsprochen als mit einer Auflösung der Gesellschaft.<sup>158</sup>

<sup>152</sup> Vgl. Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 169.

<sup>153</sup> Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB, (Fn. 12), § 705 Rn. 345.

<sup>154</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 138.

<sup>155</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 169.

<sup>156</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 35 ff.

<sup>157</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 81 ff.

<sup>158</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 181.

#### 2. Regel über das Ausscheiden (Austritt, Ausschluss) im Gesellschaftsvertrag

##### a) Grundlagen

Anders als bei der Kollektivgesellschaft<sup>159</sup> gibt es im Recht der einfachen Gesellschaft keine besonderen Vorschriften über das Ausscheiden einzelner Mitglieder ohne Auflösung der Gesellschaft. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist es jedoch möglich, im Gesellschaftsvertrag Bestimmungen vorzusehen, nach denen die Gesellschaft anstelle der Auflösung trotz Ausscheiden einzelner Gesellschafter fortgeführt werden soll.<sup>160</sup>

##### b) Grenzen der Vertragsfreiheit

Der Austritt aus einer einfachen Gesellschaft ist oft eine Alternative zur Auflösung; die im Vertrag vorgesehenen Gründe, die eine Auflösung der Gesellschaft ermöglichen sind auch zulässige Austrittsgründe und die Grenzen der Vertragsfreiheit sind die gleichen, wie bei den vertraglichen Kündigungsgründen.<sup>161</sup> Bestimmungen über die Höhe der Abfindung als Folge des Ausscheidens sind zulässig, soweit sie nicht das Kündigungsrecht vereiteln<sup>162</sup> oder in Drittinteressen – zum Beispiel Interessen der Erben oder Gläubiger<sup>163</sup> – eingreifen.<sup>164</sup>

In der Regel unzulässig sind aber Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, die vorsehen, dass ein Gesellschafter ohne Angabe von Gründen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann. Ein solches Hinauskündigungsrecht unterwirft den betroffenen Gesellschafter der Willkür der anderen Gesellschafter.<sup>165</sup> Etwas anderes gilt, wenn sich die Ausschlussgründe aus dem Vertrag ergeben, ausdrücklich als Ausschlussgründe formuliert sind oder bei der Anrufung eines wichtigen Grundes aus dem Gesellschaftszweck. Bei der Frage, ob sachlich gerechtfertigte Ausschlussgründe vorliegen, ist der

<sup>159</sup> Vgl. Art. 577 f. OR.

<sup>160</sup> Sog. Fortführungsklauseln; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 183; Hoch (Fn. 37), Rn. 355; Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 736 Rn. 8 ff.; v. Steiger (Fn. 24), S. 413.

<sup>161</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 140.

<sup>162</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 165.

<sup>163</sup> Vgl. zur Fortsetzung der Gesellschaft bei Ausscheiden durch Tod Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 68 ff. und bei Ausscheiden durch Insolvenz Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 86.

<sup>164</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 184.

<sup>165</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 186.

Wertemassstab entscheidend, unter dem sich die Gesellschafter zusammengefasst haben, und nicht ein objektiver Massstab. Das kann dazu führen, dass ein nach objektiven Gesichtspunkten als unwesentlich erscheinender Grund im Einzelfall als Ausschlussgrund geltend gemacht werden kann.<sup>166</sup>

Der Beschluss der Gesellschafter, einen Gesellschafter auszuschliessen, kann je nach vertraglicher Regelung unmittelbar oder mittelbar (durch Urteil des Richters) zum Ausschluss führen. Im ersten Fall unterwirft sich der Gesellschafter unmittelbar dem Entscheid seiner Mitgesellschafter, während im zweiten Fall der Richter auf Antrag der Gesellschafter über den Ausschluss entscheidet. Ist der Gesellschaftsvertrag unklar in Bezug auf die Frage, ob der Ausschluss konstitutiv durch die Gesellschafter beschlossen wird oder auf deren Antrag durch den Richter, ist richtigerweise zu vermuten, dass der Ausschluss mittelbar, also durch konstitutives gerichtliches Urteil, erfolgt.<sup>167</sup>

Bei der Prüfung, ob eine Ausschlussregel zulässig ist, ist neben dem im Vertrag bezeichneten Ausschlussgrund auch die vorgesehene Abfindung zu beurteilen. Zwischen dem Auflösungsgrund und der Höhe der Abfindung gibt es einen direkten Zusammenhang. Eine hohe Abfindung kann dazu führen, dass ein bestimmter Ausschlussgrund als zulässig erachtet wird, der bei einer tieferen Abfindung unzulässig wäre. So kann ein Ausschluss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, wenn damit erhebliche wirtschaftliche Nachteile für den ausgeschlossenen Gesellschafter verbunden sind, beispielsweise indem seine Abfindung so tief festgelegt wird, so dass sie unter dem Wert liegt, den sie bei Fortführung oder Liquidation der Gesellschaft ohne Vorliegen einer vertraglichen Regelung hätte.<sup>168</sup>

### 3. Abfindungsanspruch

#### a) Grundlagen

Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters wächst der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nach den Grundsätzen der Anwachsung den verbleibenden Gesellschaftern an.<sup>169</sup> Als Ersatz für seine dingliche Berechtigung am Gesellschaftsvermögen und die vermögenswerten Rechte, die mit der Gesellschafterstellung verbunden waren, steht dem ausscheidenden Gesellschafter ein Abfindungsanspruch zu. Dieser Anspruch ist

<sup>166</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 187; anders Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 44, der nur objektiv wichtige Gründe zulassen will.

<sup>167</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 189; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 45.

<sup>168</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 190.

<sup>169</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 216.

nicht dinglicher, sondern obligatorischer Natur, denn der Gesellschafter scheidet bereits mit dem Eintritt des Auflösungsgrundes und nicht erst mit der Ausrichtung der Abfindung aus der Gesellschaft aus.<sup>170</sup> Der Abfindungsanspruch wird in seiner Höhe und Art (Geld- oder Sachleistung) durch die Vorschriften des Gesellschaftsvertrags oder, wenn eine solche Vorschrift fehlt oder die Parteien die Abfindungshöhe nicht einvernehmlich festlegen können, durch den Richter<sup>171</sup> bestimmt.

#### b) Beim Fehlen einer vertraglichen Regel

##### aa) Grundlagen

Fehlt eine vertragliche Vereinbarung der Abfindungshöhe, stehen dem ausscheidenden Gesellschafter nicht nur die geleisteten Einlagen zu,<sup>172</sup> sondern auch der dem Beteiligungsverhältnis des ausgeschiedenen Gesellschafters entsprechende Anteilswert der Gesellschaft. Rechnerisch wird dabei gleich wie bei der Liquidation vorgegangen, dass heisst, es wird in einem ersten Schritt der Nettounternehmenswert festgestellt, also der Unternehmenswert am Ausscheidungsstichtag, der sich im Wesentlichen aus den Bruttoaktiven abzüglich Schulden gegenüber Dritten und Gesellschaftern (Fremdkapital) ergibt.<sup>173</sup> Der nach diesem Vorgang errechnete Betrag bildet die Grundlage für die Feststellung der Abfindung.<sup>174</sup> Von diesem Nettounternehmenswert sind in einem nächsten Schritt die vorab als Einlage zurückzuerstattenden Beiträge abzuziehen; der Restbetrag wird anteilmässig auf die Gesellschafter verteilt. Die Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters setzt sich also aus seinem Kapitalanteil und aus seinem anteiligen Gewinnanteil zusammen. Für die Bewertung des Kapitalanteils gelten die allgemeinen Regeln.

##### bb) Bewertung des anteiligen Werts am Gesellschaftsvermögen

Die Bewertung des über den Kapitalanteil hinausgehenden anteiligen Gesellschaftsanteils folgt nicht den Vorschriften über die Liquidation, denn die Gesellschaft wird durch diesen Vorgang nicht liquidiert, sondern bleibt fortgeführt. Das hat zur Folge, dass der über den Kapitalanteil hinausgehende Anteil am Gesellschaftsvermögen mangels Liquidation nicht verlässlich

<sup>170</sup> Vgl. dazu Bollmann (Fn. 24), S. 85 f. m.w.H.; v. Steiger (Fn. 24), S. 418; OGer Luzern, SJZ 92 (1996), 419 f.

<sup>171</sup> Vgl. dazu Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 580 Rn. 33.

<sup>172</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 548 ff. OR.

<sup>173</sup> Vgl. dazu ausführlich Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 580 Rn. 35 ff.

<sup>174</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 193.

festgestellt, sondern geschätzt werden muss. Da die Gesellschaft nach dem Ausscheiden fortgeführt wird, sind richtigerweise Fortführungswerte einzusetzen,<sup>175</sup> nicht Liquidationswerte, auch wenn die Liquidationswerte einen höheren Betrag ergeben. In diesem Fall besteht nur ein Anspruch auf eine Abfindung zum Liquidationswert, wenn das Ausscheiden des Gesellschafters erfolgt, um beim Vorliegen eines Auflösungsgrundes die Auflösung zu vermeiden.<sup>176</sup> Der Ausschluss darf beim Vorliegen eines Auflösungsgrundes den ausgeschlossenen Gesellschafter (respektive seine Erben oder Gläubiger) nicht schlechter stellen als die Liquidation.<sup>177</sup>

Ist der errechnete Anteil des Gesellschafters negativ, wird dieser negative Wert von einem allfälligen Anspruch auf Rückerstattung des Einlagewertes abgezogen. Wurde keine Einlage geleistet oder übersteigt der auf den Gesellschafter entfallende Fehlbetrag den Wert der Einlage, muss der Gesellschafter als Folge seiner internen Pflicht zur Verlusttragung eine Nachzahlung im Umfang des errechneten Betrages leisten.<sup>178</sup>

#### c) Kürzung der Abfindung gestützt auf Art. 580 Abs. 2 OR

Der auf die Gesellschafter entfallende Abfindungsanspruch kann nach den Vorschriften des Kollektivgesellschaftsrechts gekürzt werden, sofern den berechtigten Gesellschafter am Ausscheiden ein Verschulden trifft.<sup>179</sup> Die Vorschrift gilt auch im Recht der einfachen Gesellschaft und ergibt sich bereits aus Art. 538 Abs. 2 OR. Sie ist jedoch restriktiv anzuwenden; insbesondere liegt in ihr nicht eine an das Ausscheiden geknüpfte Pönale.<sup>180</sup> Richtigerweise darf der Abfindungsbetrag gestützt auf die in Art. 580 Abs. 2 OR gegebene Möglichkeit nur gekürzt werden, wenn durch das Ausscheiden des Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern tatsächlich ein Schaden entsteht.<sup>181</sup>

<sup>175</sup> Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 738 Rn. 32.

<sup>176</sup> Also beim Tod, vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 65 ff.; bei der Zwangsvollstreckung, vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 84, des Gesellschafters.

<sup>177</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 195.

<sup>178</sup> Vgl. Art. 549 Abs. 2 OR; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 533 Rn. 82; Art. 545–547 Rn. 201; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 47.

<sup>179</sup> Art. 580 Abs. 2 OR.

<sup>180</sup> Bergsma (Fn. 134), S. 116; vgl. zum Ganzen ausführlich Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 580 Rn. 62 ff.

<sup>181</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 203.

#### d) Grenzen der Vertragsfreiheit bei der Festlegung des Abfindungsanspruchs

Grundsätzlich können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass der ausscheidende Gesellschafter keine oder nur eine Abfindung erhält, die einen Bruchteil des anteiligen Gesellschaftswerts ausmacht. Grenzen der Vertragsfreiheit sind zu beachten, wenn die Abfindungsvorschrift im Zusammenspiel mit einem Ausschluss- oder Austrittsrecht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst<sup>182</sup> oder wenn Drittinteressen zu wahren sind, zum Beispiel die Interessen von Erben<sup>183</sup> oder Gläubigern<sup>184</sup> des ausscheidenden Gesellschafters.<sup>185</sup>

#### 4. Ausschluss aus der Gesellschaft auch ohne entsprechende Regel im Vertrag ?

##### a) Grundlagen

Ohne vertragliche Ausschlussregel können die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft einen Gesellschafter grundsätzlich nicht aus der Gesellschaft ausschliessen, anders als bei der Kollektiv-<sup>186</sup> und der Kommanditgesellschaft.<sup>187</sup> Es stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diese Vorschriften des Kollektiv- und Kommanditgesellschaftsrechts auch auf einfache Gesellschaften analog anwendbar sind.<sup>188</sup> Dazu ist festzuhalten, dass die Vorschriften über den zwangsweisen Ausschluss ausschliesslich das Innenverhältnis betreffen, d.h. die Vertragsbeziehung unter den Gesellschaftern. In kaufmännischen einfachen Gesellschaften<sup>189</sup> ist die Interessenlage der Gesellschafter vergleichbar mit der einer Kollektivgesellschaft. Richtigerweise ist in diesen Fällen auf die Beziehung unter den Gesellschaftern das Recht der

<sup>182</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 165.

<sup>183</sup> Vgl. dazu Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 68 ff.

<sup>184</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 84 ff.

<sup>185</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 206; Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm BGB (Fn. 12), § 738 Rn. 44 ff.

<sup>186</sup> Vgl. dazu Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 577–578.

<sup>187</sup> Vgl. dazu Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 619.

<sup>188</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 208.

<sup>189</sup> Die keine Kollektivgesellschaften sind, weil an ihnen juristische Personen beteiligt sind; vgl. zum Begriff Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 530 Rn. 64.

Kollektivgesellschaft analog anwendbar,<sup>190</sup> insbesondere das Recht, einen Gesellschafter aus wichtigen Gründen auszuschliessen.<sup>191</sup> Diese analoge Anwendung des Kollektivgesellschaftsrechts auf einheitliche kaufmännische einfache Gesellschaften für den zwangsweisen Ausschluss eines Gesellschafters wird in der herrschenden Lehre zwar nicht ausdrücklich, wohl aber indirekt vertreten, indem einheitlichen kaufmännischen einfachen Gesellschaften das Recht eingeräumt wird, die Auflösung der Gesellschaft durch Ausschluss des fehlbaren Gesellschafters zu vermeiden.<sup>192</sup>

Weiter kann sich die Frage stellen, ob das Verweigern eines einvernehmlichen Ausscheidens bzw. das Festhalten an der Auflösung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter, der nicht mehr Gesellschafter sein möchte, rechtsmissbräuchlich erfolgt. Rechtsmissbräuchlich ist das Verhalten eines solchen Gesellschafters richtigerweise dann, wenn ihm die verbleibenden Gesellschafter eine Abfindung anbieten, die in ihrer Höhe dem Betrag entspricht, den der ausscheidende Gesellschafter im Falle der Liquidation erhalten hätte.<sup>193</sup>

#### b) Beschluss über das Ausscheiden nach Eintritt eines Auflösungsgrundes

Sieht der Vertrag keine Austritts- oder Ausschlussregel vor (und fehlen auch sonst die Voraussetzungen, die Gesellschaft fortzusetzen), können die Gesellschafter nach dem Eintritt des Auflösungsgrundes einstimmig die Fortführung der Gesellschaft und das Ausscheiden des Betroffenen beschliessen. Dabei muss aber der Austretende, seine Erben, seine gesetzlichen Vertreter oder allenfalls die Betreibungsbehörde mitwirken und zustimmen.<sup>194</sup> Der Beschluss setzt als vertragsändernder Beschluss Einstimmigkeit voraus.<sup>195</sup> Unabhängig von der Zustimmung des Betroffenen oder seiner Erben oder Gläubigern können die übrigen Gesellschafter ihre Gesellschaft nach Durchführung der Liquidation neu gründen und damit faktisch weiterführen. Solange nicht der ausscheidende Gesellschafter, seine Erben oder Gläubiger

<sup>190</sup> Vgl. Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 530 Rn. 86 ff.

<sup>191</sup> Art. 576 ff. OR; vgl. auch Handschin/Chou, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 41), Art. 577–578 Rn. 7 ff.

<sup>192</sup> Bergsma (Fn. 134), S. 91 f.; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 209; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 39.

<sup>193</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 211.

<sup>194</sup> Becker, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 7), Art. 545 Rn. 27; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 40; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 545/546 Rn. 5; v. Steiger (Fn. 24), S. 413 f.

<sup>195</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 212.

benachteiligt werden, kann dabei im Rahmen der Liquidation auch das ganze Geschäft der Gesellschaft mit allen Aktiven und Passiven gemäss Art. 182 OR übernommen werden.<sup>196</sup>

#### 5. Folgen des Ausscheidens

##### a) Wegfall der Gesellschafterstellung mit dem Ausscheiden und Anwachsen des Anteils des ausgeschlossenen Gesellschafters

Der Gesellschafter scheidet mit seinem Austritt definitiv aus der Gesellschaft aus, verliert also seine Mitgliedschaft.<sup>197</sup> Am Entscheid über die Höhe der Abfindung nimmt er nicht als Gesellschafter, sondern als dritte Vertragspartei teil.<sup>198</sup> Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters wächst den fortsetzenden Gesellschaftern an, ohne dass es hierfür besonderer Übertragungshandlungen oder der Einhaltung von Formvorschriften (z.B. einer öffentlichen Beurkundung für den Fall, dass sich im Gesellschaftsvermögen Grundeigentum befindet) bedarf.<sup>199</sup>

##### b) Wirkungen des Ausscheidens gegenüber Dritten

Mit dem Ausscheiden ist der Betroffene nicht mehr Gesellschafter. Somit fällt in jedem Fall die in Art. 543 Abs. 3 OR vorausgesetzte Geschäftsführungsbefugnis weg.<sup>200</sup> An der Haftung für vor dem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten, seien es solche aus einem einseitigen Rechtsakt, aus Vertrag oder Delikt, ändert das Ausscheiden nichts.<sup>201</sup> Verträge, die mit Dritten geschlossen wurden, bleiben trotz der Tatsache des Ausscheidens grundsätz-

<sup>196</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 213.

<sup>197</sup> Becker, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 7), Art. 576 Rn. 9; Staehelin, in: Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 576 Rn. 7 m.w.N.; v. Steiger (Fn. 24), S. 417 mit Verweis auf HGer Zürich, ZR 64 (1965), Nr. 147; a.A. Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 46, 48; teilweise differenzierend Bollmann (Fn. 24), S. 60.

<sup>198</sup> Vgl. Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545–547 Rn. 192, 214.

<sup>199</sup> Sog. Akkreszenz; vgl. dazu BGE 116 II 53; 75 I 275; Bollmann (Fn. 24), S. 76 f.; Haab, in: Egger (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 641–729 ZGB, 1977, Art. 652–654 ZGB Rn. 15; Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 542 Rn. 58, Art. 545–547 Rn. 216; Hartmann, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 24), Art. 562 Rn. 19, 27; Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 49; v. Steiger (Fn. 24), S. 417 f.

<sup>200</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 543 Rn. 32, Art. 545–547 Rn. 217.

<sup>201</sup> Bollmann (Fn. 24), S. 95; v. Steiger (Fn. 24), S. 421.

lich unverändert und unter weiterer Beteiligung des Ausscheidenden bestehen.<sup>202</sup>

Dies gilt dem Grundsatz nach auch für Dauerschuldverhältnisse.<sup>203</sup> Diese gelten mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter weiter, bis sie gekündigt oder im Einvernehmen aller Beteiligten (auch des Dritten und des ausgeschiedenen Gesellschafter) durch die verbleibenden Gesellschafter übernommen worden sind. Unterbleibt eine solche Übernahme durch die verbleibenden Gesellschafter, haftet der ausgeschiedene Gesellschafter für die Vertragserfüllung wie diese. Seine Haftung ist nicht eine Schadenersatzhaftung, sondern er ist weiterhin zu denjenigen Handlungen oder Unterlassungen verpflichtet, die Gegenstand des Vertrags sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn aufgrund der Auslegung des Vertrags feststeht, dass die vertraglichen Pflichten nur sein Verhalten als Gesellschafter betreffen. Eine solche Abrede ist oft anzunehmen, wenn die Verpflichtung der Gesellschafter ein Unterlassen (zum Beispiel ein Konkurrenzverbot) beinhaltet, das die verpflichteten Gesellschafter nur als Gemeinschaft treffen soll, nicht aber einzeln nach deren Ausscheiden aus der Gesellschaft.<sup>204</sup> Demgegenüber binden Rechtsgeschäfte, die erst nach dem Ausscheiden abgeschlossen werden, den ausgeschiedenen Gesellschafter nur dann, wenn er an ihnen unmittelbar teilnimmt oder dabei rechtsgültig vertreten wird.<sup>205</sup>

*c) Das Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen*

Scheiden alle Gesellschafter bis auf einen aus, geht mit dem Ausscheiden des zweitletzten Gesellschafter die Gesellschaft unter, denn die einfache Gesellschaft ist eine „vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen“.<sup>206</sup> Eine Einmannengesellschaft ist bei Personengesellschaften begrifflich ausgeschlossen.<sup>207</sup> Trotz Auflösung der Gesellschaft kann aber das gemeinsame Geschäft oder Vermögen durch den verbleibenden Gesellschafter – gegebenenfalls als Einzelkaufmann – fortgeführt respektive übernommen werden, ohne dass eine Liquidation stattfinden muss.<sup>208</sup>

<sup>202</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 218.

<sup>203</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 544 Rn. 77 ff.

<sup>204</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 219.

<sup>205</sup> Vgl. Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 221; v. Steiger (Fn. 24), S. 422.

<sup>206</sup> Art. 530 Abs. 1 OR; vgl. Siegwart, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 14), Art. 545 ff. Rn. 50.

<sup>207</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 222.

<sup>208</sup> Handschin/Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Fn. 1), Art. 545-547 Rn. 223.