

3. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag

Luzern, 12. April 2019

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

Länderbericht Schweiz

Dr. René Strazzer

Rechtsanwalt / Fachanwalt SAV Erbrecht

Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich

www.szlaw.ch

Agenda

- I. Beschränkung: die Aktiengesellschaft
- II. Die Anteile ausserhalb des Nachlasses
- III. Die Anteile im Nachlass
 1. Prioritäre Handlungspflichten des Vollstreckers
 2. Meldepflichten des Vollstreckers
 3. Zusammensetzung des Verwaltungsrats
 4. Interessenkollisionen
 5. Revisionsstelle
 6. Dividendenpolitik
 7. Ausübung Aktionärsrechte

Agenda

8. Vorbereitung der Erbteilung
9. Organhaftung
10. Ausfall / Wegfall des Vollstreckers

I. Beschränkung: die Aktiengesellschaft

- Beschränkung des Referats auf die Aktiengesellschaft (AG)
- GmbH
 - keine / wenige Unterschiede zur AG
- Personengesellschaften
 - labil, da der Tod eines Gesellschafters nach dispositivem Recht zur Auflösung führt (Art. 574 Abs. 1 OR und Art. 619 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR)
 - bei der Kollektivgesellschaft ist der Vollstrecker der Vertreter der Erben des verstorbenen Gesellschafters für die Liquidation (Art. 584 OR)
 - bei der Kommanditgesellschaft führt nur der Tod des Komplementärs, nicht aber der Tod des Kommanditärs zur Auflösung (Art. 619 Abs. 2 Satz 2 OR)

I. Beschränkung: die Aktiengesellschaft

- Einsetzung einer Alleinerbin eines verstorbenen Komplementärs als Liquidatorin der Kommanditgesellschaft
 - Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 05.12.2018 (Geschäfts-Nr. HE180406-O, abrufbar unter www.gerichte-zh.ch)
- Aktualisierung der Haftung der Erben des verstorbenen Kollektivgesellschafters bzw. Komplementärs für Gesellschaftsschulden bei Auflösung der Gesellschaft (Art. 568 Abs. 3 OR bzw. Art. 604 OR)
 - öffentliches Inventar nach Art. 580 ff. ZGB erwägen
- Einzelfirma
 - gefährlich für die Erben punkto Haftung
 - öffentliches Inventar nach Art. 580 ff. ZGB erwägen
 - falls kein Erbe weiterführen will, liquidiert der Vollstrecker für die Erben

II. Die Anteile ausserhalb des Nachlasses

- **Lebzeitige Übertragung an einen Erben**
 - die Aktien sind nicht nachlasszugehörig und somit ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs des Vollstreckers
 - erbrechtlich sind die Institute der Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) und der Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB) einschlägig

- **Gesellschaftsrecht: Die escape clause nach Art. 685b Abs. 4 OR**
 - die nicht börsenkotierten vinkulierten Namenaktien fallen in den Nachlass, die Gesellschaft kann das Gesuch um Zustimmung zur Übertragung aber (nur) ablehnen, wenn sie die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet
 - bedarf keiner statuarischen Grundlage

II. Die Anteile ausserhalb des Nachlasses

- Anwendungsfall: BGE 120 II 259 vom 26.07.1994
 - Prozessgegenstand sind 18 von 125 Namenaktien (Beteiligung von 14.40%)
 - der wirkliche Wert ist der Fortführungswert als Gesamtwert der Gesellschaft auf der Grundlage von Substanz- und Ertragswert

II. Die Anteile ausserhalb des Nachlasses

▪ Vertragsrecht: Aktionärbindungsvertrag (ABV)

- der (spätere) Erblasser hat mit den übrigen Aktionären einen ABV abgeschlossen
- der ABV sieht ein Kaufrecht der übrigen Aktionäre bei Tod einer Vertragspartei vor (bedingtes Kaufrecht)
- Kaufpreismodalitäten können an sich beliebig vereinbart werden
 - bei Kaufpreisen unter dem Verkehrswert kann eine Verfügung von Todes wegen vorliegen (Vermächtnis zu Gunsten der übrigen Aktionäre)
 - Form beachten (vgl. BGE 113 II 270 vom 05.08.1987; nicht Aktien betreffend)

III. Die Anteile im Nachlass

1. Prioritäre Handlungspflichten des Vollstreckers

1.1 Der Organmangel

- Tod des Erblassers als einziges Mitglied des Verwaltungsrats
- Vollstrecker hat Löschung in Handelsregister zu veranlassen (Art. 938b Abs. 1 OR)
- Keine überstürzte Löschung, da andernfalls das Handelsregisteramt eine Frist von 30 Tagen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung eines Antrags des Amtes an das Gericht zur Ergreifung der erforderlichen Massnahmen setzt (Art. 941a Abs. 1 OR und Art. 154 HRegV)
- Bei Mehrheitsbeteiligung hat der Vollstrecker eine Generalversammlung einzuberufen und die Ersatzwahl vorzunehmen

III. Die Anteile im Nachlass

- Bei Minderheitsbeteiligung kann der Vollstrecker als Verwalter der Aktien exklusiv, das heisst unter Ausschluss der Erben, beim Gericht Antrag auf Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters stellen (Art. 731b OR)
- Anwendungsfall: BGE 140 III 349 vom 27.05.2014 (nicht Tod des Verwaltungsrats betreffend)

III. Die Anteile im Nachlass

1.2 Aktienzertifikate

- Der Vollstrecker kümmert sich um die nachlasszugehörigen Aktienzertifikate, sofern es solche gibt
- Sichere Verwahrung
- Kraftloserklärungsverfahren bei Verlust
 - Angelegenheit der freiwilligen (nichtstreitigen) Gerichtsbarkeit im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. e und Art. 250 lit. d Ziff. 1 ZPO)
 - Örtlich zuständig ist zwingend das Gericht am Sitz der Gesellschaft (Art. 43 Abs. 1 ZPO)

III. Die Anteile im Nachlass

- Vollstrecker ist kraft seiner umfassenden und exklusiven Verwaltungs- und Prozessführungsbefugnisse in Nachlasssachen legitimiert
- Beispiel: BGer 4A_23/2018 vom 8. Februar 2019
(betrifft nicht eigentlich das Kraftloserklärungsverfahren)

III. Die Anteile im Nachlass

1.3 Eintragung in das Aktienbuch

- Einschlägig bei Namenaktien
- Erforderlich für die Ausübung der Aktionärsrechte (Art. 686 Abs. 4 OR), wenn auch nur deklaratorische Wirkung nach der erforderlichen Zustimmung i.S.v. Art. 685c Abs. 2 OR bei nicht börsenkotierten Namenaktien
- Einzutragen sind die Erben, wobei „*Erbengemeinschaft des X*“ genügt
- Der Vollstrecker soll als Vertreter i.S.v. Art. 690 Abs. 1 OR ebenfalls eingetragen werden

III. Die Anteile im Nachlass

2. Meldepflichten des Vollstreckers

2.1 Börsenrecht

- Offenlegung von Beteiligungen bei in der Schweiz börsenkotierten Gesellschaften gemäss Art. 120 FinfraG
- Meldepflicht bei Grenzwert von 3% und weiteren Grenzwerten gegenüber Gesellschaft und Börse
- Meldepflichtig ist auch der Erbgang als eine Übertragung von Beteiligungspapieren von Gesetzes wegen (Art. 16 Abs. 1 lit. e FinfraV-FINMA)
- Meldepflichtig ist der Vollstrecker kraft seiner umfassenden Verwaltungsbefugnisse (vgl. auch Art. 120 Abs. 3 FinfraG)

III. Die Anteile im Nachlass

- Meldefrist bei Erbgang: 20 Börsentage (Art. 24 Abs. 2 FinfraV-FINMA)
- Was ist zu melden?
 - u.a. Name, Vorname und Wohnort bzw. Firma und Sitz der erwerbenden Personen (Art. 22 Abs. 1 lit. e FinfraV-FINMA)
 - m.E. genügt Meldung der „*Erbengemeinschaft des X*“ (innert Frist sind dem Vollstrecker die Erben wohl nur selten vollständig bekannt)
- Sanktion: Straftatbestand von Art. 151 FinfraG, wobei auch die fahrlässige Verletzung der Meldepflicht unter Androhung einer Busse bis zu CHF 100'000.00 strafbar ist!

III. Die Anteile im Nachlass

2.2 Aktienrecht

- Meldepflicht bei Inhaberaktien gemäss Art. 697i – 697m OR seit dem 01.07.2015
- Gesellschaft muss ein Verzeichnis der Inhaberaktionäre führen (Art. 697I OR)
- Der Erbgang als solcher ist meldepflichtig
- Vollstrecker hat kraft seiner Verwaltungsbefugnisse anstelle der Erben die „*Erbengemeinschaft des X*“ zu melden binnen eines Monats ab Mandatsbeginn

III. Die Anteile im Nachlass

- Drakonische Sanktionen bei unterlassener Meldung: Suspendierung der Mitgliedschafts- und Vermögensrechte mit rückwirkender Verwirkung der Vermögensrechte (Dividenden) bei Meldung zu einem späteren Zeitpunkt (Art. 697m OR)

III. Die Anteile im Nachlass

2.3 Erbrecht

- Pflicht des Vollstreckers, die Erben über die (kurzen) Fristen für das öffentliche Inventar (ein Monat!) und für die Ausschlagung (drei Monate) zu informieren
- v.a. deshalb relevant, weil der Vollstrecker selber nicht legitimiert ist, das öffentliche Inventar zu verlangen oder ein Gesuch um Erstreckung der Ausschlagungsfrist zu stellen

III. Die Anteile im Nachlass

3. Zusammensetzung des Verwaltungsrats

- Weisungen des Erblassers
 - zulässig, sowohl in Bezug auf Personenvorgabe(n) als auch im Sinne einer freien Wahl durch den Vollstrecker
 - keine Verfügung von Todes wegen → keine Formvorschrift beachtlich
 - Kombination von Teilungsvorschrift und Auflage → Verfügung von Todes wegen → formbedürftig!

III. Die Anteile im Nachlass

- Fehlen von Weisungen des Erblassers
 - Wünsche der Erben
 - allfällige Teilungsvorschriften des Erblassers mit Bezug auf die Aktien im Blick haben
 - gleichmässige Vertretung der Erben bzw. Erbenlager
 - VR-Präsidium durch neutrale Drittperson besetzen
 - nach dispositivem Recht bezeichnet der Verwaltungsrat das Präsidium (Art. 712 Abs. 1 OR)
 - nach dispositivem Recht hat der Vorsitzende des Verwaltungsrats den Stichentscheid (Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR)
 - Zeichnungsberechtigung der „Erben-Verwaltungsräte“ beachten
 - z.B. nur in Kombination mit VR-Präsidium (seit BGE 121 III 368 vom 19.09.1995 zulässig) oder gar keine Zeichnungsberechtigung

III. Die Anteile im Nachlass

4. Interessenkollision des Vollstreckers

- Der Vollstrecker ist bereits zu Lebzeiten des Erblassers Aktionär des Unternehmens
 - es wird vertreten, auf die Ausübung des eigenen Stimmrechts zu verzichten oder dieses nur mit Zustimmung der Erben auszuüben
- Der Vollstrecker ist bereits zu Lebzeiten des Erblassers Verwaltungsratsmitglied, oder der Erblasser bestimmt den Vollstrecker zum Verwaltungsratsmitglied
 - Zustimmung der Erben einholen oder Erben in den Verwaltungsrat zuwählen
- Der Vollstrecker wählt sich selbst zum Verwaltungsratsmitglied
 - abraten, da der Vollstrecker die Interessenkollision selbst herbeiführt

III. Die Anteile im Nachlass

- Art. 695 OR ist zu beachten
 - der Vollstrecker hat bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrats kein Stimmrecht, wenn (i) der Erblasser Verwaltungsrat war, (ii) der Vollstrecker selbst Verwaltungsrat war oder ist, wohl auch, wenn (iii) der Erbe oder die Erben Verwaltungsräte waren oder sind
 - BGE 118 II 496 vom 25.11.1992 (betrifft eine Konstellation ohne Vollstrecker)
- Beschwerdeverfahren vs. Ungültigkeitsklage bei Interessenkollision
 - die Spaltung des Rechtsweges gemäss der (unglücklichen) Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - Ungültigkeitsklage bei ursprünglicher Interessenkollision, die der Erblasser selbst geschaffen hat

III. Die Anteile im Nachlass

- Beschwerdeverfahren mit Antrag auf Absetzung des Vollstreckers bei nachträglicher Interessenkollision
- vgl. zum Ganzen: Daniel Abt, Der Willensvollstrecker aus Sicht der Erben: „il buono, il brutto o il cattivo“, in: AJP 2018, S. 1313 ff.

III. Die Anteile im Nachlass

5. Revisionsstelle

- Gemäss Art. 727a Abs. 2 OR kann eine Gesellschaft, die nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat, mit der Zustimmung aller Aktionäre auf die Revisionsstelle verzichten (sogenanntes opting-out)
→ viele kleine KMU haben hiervon Gebrauch gemacht
- Eine bestehende Revisionsstelle bei opting-out-Möglichkeit im Amt bleiben lassen
- Falls Erbteilung nicht zügig durchgeführt werden kann, für das opting-in nach Art. 727a Abs. 4 OR votieren
- Der Kontrollwert einer Revisionsstelle für den Vollstrecker ist höher zu gewichten als die Kostenersparnis eines opting-out
- Teilweise verlangen kreditgewährende Banken eine Revisionsstelle

III. Die Anteile im Nachlass

6. Dividendenpolitik

- Grundsatz: Kontinuität wahren
- Dividenden als Erträge des Nachlassvermögens kann der Vollstrecker den Erben als Verwaltungshandlung quotaal ausrichten (Vorschüsse auf Anrechnung an den Erbteil)
- Auf korrekte steuerliche Behandlung achten
 - Bruttodividenden sind von den Erben als Einkommen zu versteuern
 - Vollstrecker fordert Verrechnungssteuer zurück
 - Haftung des Vollstreckers, falls er Frist zur Rückforderung (Ablauf des dritten auf das Jahr der Fälligkeit der Erträge folgenden Kalenderjahres) verpasst (Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14.09.2000; Geschäfts-Nr. CG970283)

III. Die Anteile im Nachlass

7. Ausübung Aktionärsrechte

- Der Vollstrecker als Vertreter i.S.v. Art. 690 Abs. 1 OR verdrängt die Erben von der Ausübung der Aktionärsrechte
 - Recht zur Einberufung einer Generalversammlung bei mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals (Art. 699 Abs. 3 und 4 OR)
 - Teilnahmerecht an der Generalversammlung mit Stimm- und Wahlrecht
 - Kontroll-, Einsichts- und Auskunftsrechte nach Art. 696 f. OR
 - Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR
 - bei Ablehnung durch den Verwaltungsrat oder die Generalversammlung sind mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals erforderlich

III. Die Anteile im Nachlass

- es muss glaubhaft gemacht werden, dass Gesellschaftsorgane Gesetze oder Statuten verletzen, woraus eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre resultiert
- hohe Hürden in der Praxis (vgl. z.B. Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 09.08.2018, in: ZR 2019, Nr. 4)
- Prozessführungsbefugnis, wiederum unter Ausschluss der Erben
 - Klage auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses nach Art. 706 f. OR (vgl. dazu BGer 4A_516/2016 vom 28.08.2017)
 - Verantwortlichkeitsklage nach Art. 752 ff. OR

III. Die Anteile im Nachlass

8. Vorbereitung der Erbteilung

- Bewertung der Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung
- Mannigfaltige Teilungsvorschriften des Erblassers denkbar
 - Zuweisung von Aktien an einen oder mehrere Erben
 - Zuweisung von Aktien quotaal
 - Aufspaltung / Abspaltung der Gesellschaft
 - Verkaufsberechtigung des Vollstreckers
 - Anordnung der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft
 - Anordnung eines Teilungsaufschubs

III. Die Anteile im Nachlass

- Ohne Teilungsvorschriften ist Art. 613 ZGB zu beachten
 - ein Aktienpaket kann eine Sachgesamtheit i.S.v. Art. 613 Abs. 1 ZGB darstellen
 - Zuweisung als Gesamtheit zu einem Erbteil, falls ein Erbe gegen die Aufteilung opponiert
 - verlangt wird eine wirtschaftliche Einheit, die demselben Zweck dient bzw. nur als Einheit Bedeutung hat (z.B. Arztpraxis, Anwaltskanzlei, Apotheke etc.)
 - nicht gegeben bei Gesellschaft, die einzig Liegenschaften und Wertschriften als das im Laufe der Zeit angehäuften Vermögen des Erblassers hält und verwaltet (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 04.04.2001, in: ZGGVP 2001, S. 130 ff.)
- Das pflichtteilsrechtliche Problem der „biens aisément négociables“ seit dem berühmten BGE 70 II 142 vom 13.07.1944

III. Die Anteile im Nachlass

9. Organhaftung

- Der funktionelle Organbegriff
 - die Organhaftung trifft auch faktische Organe, das heisst Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen (vgl. z.B. BGE 128 III 29 vom 29.10.2001)
- Der Vollstrecker als Vertreter i.S.v. Art. 690 Abs. 1 OR spielt das Spiel der AG richtig
 - keine dauernde und selbständige und eigenverantwortliche Mitwirkung bei Entscheidungen, die das Alltagsgeschäft der Gesellschaft generell übersteigen

III. Die Anteile im Nachlass

10. Der Ausfall / Wegfall des Vollstreckers

- Der Erblasser hat keinen Vollstrecker bzw. Ersatzvollstrecker ernannt, oder sein Amt endet vor der Erbteilung (z.B. durch Tod, Niederlegung des Mandats, Absetzung durch Aufsichtsbehörde)
- Die Ernennung des Vollstreckers ist höchstpersönlich bzw. delegationsfeindlich (anders das deutsche Recht, vgl. §§ 2198 ff. BGB)

III. Die Anteile im Nachlass

- Die Lösung des schweizerischen Rechts
 - der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB
 - Beispiel: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31.07.2014 (Geschäfts-Nr. LF130072-O); abrufbar unter www.gerichte-zh.ch
 - Einsetzung eines Spezialerbenvertreters zur Ausübung der Rechte aus 800 nachlasszugehörigen Namenaktien der X AG (von insgesamt 950 Aktien)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. René Strazzer
Fachanwalt SAV Erbrecht
Strazzer Zeiter Rechtsanwälte
Waffenplatzstrasse 18
Postfach 2088
CH-8027 Zürich

Tel +41 43 266 55 44
Fax +41 43 266 55 40

rene.strazzer@szlaw.ch
www.szlaw.ch