

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

2. Privatrecht/Droit privé

2.6. Sachenrecht – allgemein/ Droits réels – en général

Notwendigkeit des dinglichen Vertrags

Besprechung von BGer, 4A_25/2023, 22.6.2023

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_25/2023 vom 22. Juni 2023, A.A. gegen B.A., C.A., D.A., Kaufsrecht an Aktien.



ARNOLD F. RUSCH*



ANGELO SCHWIZER**

Braucht es nebst der causa und der Tradition auch einen dinglichen Vertrag? Das Bundesgericht schliesst aus dem Vorliegen einer causa automatisch auf den dinglichen Willen zur Übertragung.

I. Einleitung

Ende 2011 führte die Volksinitiative «Millionen-Erbchaften besteuern für unsere AHV (Erbchaftssteuerreform)»¹ zu kurzfristiger Nachlassplanung mit aufgedrängten Vermögensübertragungen «warmer Hand»² von Eltern an ihre Nachkommen. Grund für die Hektik war die in der Initiative vorgesehene Rückwirkung. Bei einer Annahme durch Volk und Stände im Jahre 2015 hätte die Besteuerung bei einem Freibetrag von zwei Millionen Franken Nachlässe und Schenkungen schon ab dem 1. Januar 2012 erfasst. Die Schenkungsverträge sahen zugunsten der Eltern im Sinne einer «Ausgleichsmassnahme» häufig deren Nutzniessung am Schenkungsobjekt oder das Dahinfallen der Schenkung bei Ablehnung der Initiative vor. Gleichzeitig galt es, in Windeseile Vorkahrungen – meist ging

es um Vorkaufsrechte – zu treffen, damit ein Kind das vorzeitige erhaltene Familienvermögen nicht kurzerhand drittveräussern kann.

Nachlassplanung ist per se komplex.³ Mehrere Autoren warnten eindringlich, dass die Ende 2011 hektische und ausschliesslich aus der Perspektive der Erbschaftssteuerreform betriebene Nachlassplanung besonders fehleranfällig sei.⁴ Das vorliegende Urteil stellt ein «schönes» Anschauungsbeispiel für die Realisierung solcher Risiken dar.⁵ Es betrifft nicht erbrechtliche,⁶ sondern klassische schuld- und sachenrechtliche Fragestellungen: Zunächst war strittig, ob die am 28. Dezember 2011 öffentlich beurkundete Vereinbarung zwischen den Eltern und Kindern betreffend Regelung der Nachfolge in den Familienunternehmen unter den Kindern überhaupt ein Erwerbsrecht an den Aktien verbindlich vorsieht und, bejahendenfalls, ob daraus aufgrund des späteren Verhaltens der Beteiligten ein Kaufvertrag zustande gekommen ist. Schliesslich ging es um die Frage, ob sich das Verfügungsgeschäft in das gültig zustande gekommene Verpflichtungsgeschäft hineininterpretieren lässt oder ob es hierzu eines separaten dinglichen Vertrags bedarf. Auch mit dieser Fragestellung befasste sich der verstorbene IVO SCHWANDER,⁷ weshalb wir ihm diesen Beitrag widmen möchten.

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

** ANGELO SCHWIZER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Gossau SG.

¹ BBl 2011 6461 f.

² JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 7 N 1.

³ Illustrativ: THOMAS GEISER/IVO SCHWANDER, Auslegeordnung und Methodik der Vorsorgeplanung für das Alter, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, 231 ff., 232 ff.

⁴ Namentlich: PETER BREITSCHMID, «Sale» – Schlussverkauf für die Erbschaftssteuer, NZZ vom 12.12.2011, 14.

⁵ Im erstinstanzlichen Urteil des Bezirksgerichts Horgen, CG190018-F, 22.3.2022, E. IV.B.3.3, heisst es wörtlich: «Unbestritten ist, dass ein wesentlicher Auslöser für den Abschluss der Vereinbarung 2011 die Erbschaftssteuerinitiative war; deren rückwirkenden Effekt die Vertragsparteien durch Gewährung eines Erbvorbezugs noch vor Ende des Jahres 2011 vermeiden wollten.»

⁶ Zu denken ist an die – infolge der reduzierten Pflichtteile (Art. 471 ZGB) – zusätzlich an Bedeutung gewinnende Frage, ob bei der lebzeitigen Übertragung eines Vermögenswerts unter gleichzeitiger Bestellung einer Nutzniessung daran eine Gegenleistung, mithin eine gemischte Schenkung, vorliegt oder nicht, vgl. dazu z.B. FELIX HORAT, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt – Rechtsnatur und Schenkungswille, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, 305 ff.

⁷ BSK ZGB II-RUSCH/SCHWANDER, Art. 714 N 5 f., in: Thomas Geiser/Thomas Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2023.

II. Sachverhalt

Im Rahmen der Regelung der Nachfolge im Familienunternehmen kam es Ende 2011 zu Schenkungen von Aktien an die vier Söhne. Der Vater schenkte jedem Sohn 1375 Namenaktien der C AG, während die Mutter ihnen je 2500 Inhaberaktien der B AG schenkte, je unter dem Vorbehalt der befristeten Nutzniessung (für die Hälfte der Aktien bis Ende 2018 und den Rest bis Ende 2023) durch den jeweils schenkenden Elternteil. Sollte einer der Söhne den Verkauf seiner Aktien planen, sah die Vereinbarung vor, dass er die Aktien zunächst seinen Brüdern zu einem Vorzugspreis anbieten müsse.

2018 räumte einer der Söhne (Kläger, Beschwerdeführer, «A.A.») einer von seinem Vater gehaltenen Unternehmung ein unwiderrufliches Kaufsrecht an den ihm geschenkten Aktien der B AG ein. Die anderen drei Söhne (Beklagte 1–3, Beschwerdegegner, «B.A.», «C.A.», «D.A.») übten in der Folge ihr Kaufsrecht an den Aktien zu gleichen Teilen aus. Die Mutter händigte die nicht mehr mit ihrer Nutzniessung belasteten 1250 Inhaberaktien der B AG dem Beklagten B.A.⁸ aus und kündigte an, auch die restlichen Aktien nach Ablauf des verbleibenden Nutzniessungsrechts zu übertragen.

Das Bezirksgericht Horgen stellte fest, der Kläger sei Eigentümer der Aktien geblieben.⁹ Es verpflichtete ihn jedoch, seine Zustimmung zur Übertragung der mittlerweile in Namenaktien umgewandelten Titel zu erteilen, wobei das Urteil die Zessionserklärung ersetze.¹⁰

Das Obergericht des Kantons Zürich hob dieses Urteil auf. Die Beklagten hätten den Kaufvertrag mit dem Kläger durch einseitige Erklärung abgeschlossen. Mit der Anzeige der Ausübung des Kaufsrechts seien die Aktien in ihr Eigentum übergegangen.¹¹ Dagegen wandte sich der Kläger mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Erwägungen 6 und 7 widmen sich der Frage, ob die Vereinbarung ein Kaufsrecht gewährt und ob die dafür notwendige Bedingung eingetreten ist. Das Bundesgericht bejahte beides.

Erwägung 8 drehte sich um das Erfordernis des dinglichen Vertrags: *«Auf die Frage, ob es neben dem Verpflichtungsgeschäft und der traditio (bzw. dem Traditionssurrogat) bei der Eigentumsübertragung an Fahrnis (vorliegend an Wertpapieren) zusätzlich generell eines dinglichen Vertrags bedarf, muss hier nicht weiter eingegangen werden. Mit der Vorinstanz ist immerhin festzuhalten, dass mit der Erwähnung eines dinglichen Vertrags keine Abkehr vom Kausalitätsprinzip verbunden ist. Jedenfalls stellen auch die Befürworter eines dinglichen Vertrags nicht in Abrede, dass der dingliche Vertrag, mit dem die Vertragsparteien ihren Willen (in Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts) zur Eigentumsübertragung erklären, regelmässig mit dem Verpflichtungsgeschäft und dessen Erfüllung zusammenfällt [...]. Vorliegend ist nicht ersichtlich und der Beschwerdeführer tut auch nicht dar, weshalb der Konsens über das Grundgeschäft (Vereinbarung eines bedingten Kaufs- und Verkaufsrechts in der Vereinbarung 2011) noch keine dingliche Wirkung haben soll [...].»* (E. 8.1.4).

Das erforderliche Traditionssurrogat erblickte das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem Obergericht in einer stillschweigenden Besitzesanweisung zur Wahrung einer Kaskadenregelung zulässiger Berechtigung an den Aktien: *«Die Kaskadenregelung gemäss Ziff. III.2.c der Vereinbarung 2011 habe für sie eine conditio sine qua non für die Schenkung ihrer B.-Aktien gebildet. Unter diesen Umständen liege es auf der Hand, dass die Vertragsparteien in Ziff. III.2 impliziert hätten, dass der selbstständige, mittelbare Besitz der verkaufswilligen Vertragspartei an den Aktien auf die Erwerber gemäss Kaskade übergehe, wobei die Aktien aufgrund des Nutzniessungsrechts im unselbstständigen, unmittelbaren Besitz von F.A. verbleiben sollten. Eine gegenteilige Auslegung führte dazu, dass der verkaufswillige Aktionär (hier der Beschwerdeführer) nach dem Zustandekommen eines Kaufvertrags F.A. noch die Ermächtigung zur Besitzesübertragung an die Beschwerdegegner hätte erteilen müssen. Damit könnte die Regelung in Ziff. III.2.c leicht umgangen werden (Verweigerung der Ermächtigung). Die Vereinbarung 2011 enthalte denn auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass es zum Erwerb der Aktien eines zusätzlichen Akts bedürfe. Die Vereinbarung 2011 enthalte daher eine Besitzesanweisung im Falle des Erwerbs gemäss Ziff. III.2.c., wonach die Erwerber mit dem Abschluss des Kaufvertrags selbstständigen mittelbaren Besitz erlangen»* (E. 8.2.1).

⁸ B.A. nahm die Aktien «kurzzeitig» offenbar als Vertreter aller Beklagten an, vgl. OGer ZH, LB220025-O/U, 29.11.2022, E. 3.1: *«Die Vorinstanz erwog, es sei unbeanstandet geblieben, dass die dem Kläger geschenkten F.-Aktien an die Beklagten gelangten. E. habe die von der Nutzniessung befreiten F.-Inhaberaktienzertifikate Nr. 1, 3 und 5 des Klägers am 1. März 2021 kurzzeitig dem Beklagten 1 übergeben. Die klägerischen Zertifikate Nr. 2, 4 und 6 habe E. aufgrund ihrer Nutzniessung in ihrem Besitz behalten. Die nicht mit der Nutzniessung belasteten F.-Zertifikate seien somit durch eine traditio im Sinne von Art. 922 Abs. 1 ZGB und die übrigen mittels Besitzeskonstitut gemäss Art. 924 ZGB auf die Beklagten übergegangen [...].»*

⁹ Bezirksgericht Horgen, CG190018-F, 22.3.2022, E. IV.C.4.3.

¹⁰ Bezirksgericht Horgen, CG190018-F, 22.3.2022, E. VI.D.

¹¹ OGer ZH, LB220025-O/U, 29.11.2022.

IV. Bemerkungen

Überspitzt formuliert sollte man den dinglichen Vertrag lieber weglassen, weil er klare obligatorische Ansprüche vereiteln könnte. Gerade im vorliegenden Fall hätte das Erfordernis des dinglichen Vertrags dazu geführt, dass der Kläger die Besitzesübertragung hätte selber vornehmen müssen. Dies deckt sich mit den Ausführungen im einschlägigen BGE 55 II 302 E. 2: «*Will man den dinglichen Vertrag nicht geradezu in das Kausalgeschäft hineinverlegen [...], so wird man nicht darum herumkommen, im Liegenschaftsrecht mindestens eine in der Anmeldung (Eintragungsbewilligung) liegende dingliche Verfügung des Veräusserers, als Gegenstück zum dinglichen Vertrag im Fahrnisrecht, anerkennen zu müssen [...]*»¹² Jetzt war es so, dass die Ausübung des Kaufsrechts durch die Brüder des Klägers zugleich den Besitz und damit das Eigentum übertragen hat, einerseits als tatsächliche Übertragung der ersten Hälfte der Aktien durch die Mutter an die Söhne und andererseits als Besitzesanweisung an die Mutter bezüglich des Rests. Aus Sicht des Klägers hat er das Eigentum an den Aktien verloren, ohne dass sein Wille die Übertragung gedeckt hätte.

Für das hier vertretene Verständnis wäre eine dingliche *Einigung* nicht einmal notwendig gewesen. Notwendig wäre einzig, dass der Geber die Tradition *wünscht*. Die Einigung ergibt sich automatisch, wenn der Käufer die Sache bei der Tradition annimmt. Jedenfalls sollte der gemeinsame Willen die Tradition als Realakt oder als Rechtsgeschäft begleiten,¹³ denn: «*Die Besitzesübertragung erschöpft sich somit nicht in der rein objektiven Erlangung des Besitzes [...]*»¹⁴

Man könnte jetzt argumentieren, dass das gar nicht schlecht ist, wenn der Kläger das Verpflichtungsgeschäft gewollt hat, wie es das Beweisergebnis der Vorinstanzen ergab. Wenn man den vertraglichen Konsens für die dingliche Einigung genügen lässt, können allerdings auch *zufällige oder eigenmächtige Übertragungen* einen Eigentumserwerb begründen. Dies öffnet Selbsthilfehandlungen Tür und Tor. Das Ereignis im hier vorliegenden Sachverhalt lässt sich mit Fug als Abhandenkommen der Aktien bezeichnen.¹⁵ Das Bezirksgericht Horgen hält dazu treffend fest: «*Es stellt sich sodann die Frage, ob im vorliegenden Fall auch der erforderliche dingliche Vertrag bzw. die Willensübereinstimmung zwischen Veräusserer und Erwerber, Eigentum zu übertragen und zu empfangen, vorlag. Dies ist zu verneinen: E. war selbst nicht Eigentümerin der fraglichen Aktienzertifikate, was die Beklagten wussten. Ebenso wenig war sie vom Kläger bevollmächtigt, die Zertifikate den Beklagten zu Eigentum auszuhändigen, oder hat dieser dem Vorgang nachträglich zugestimmt. In der tatsächlichen Übergabe kann somit auch kein impliziter Konsens zwischen dem Kläger und den Beklagten erblickt werden, eine Besitzübertragung vorzunehmen, um damit Eigentum übergehen zu lassen.*»¹⁶ Konsequenterweise ging das Bezirksgericht Horgen von einem eigenmächtigen Handeln der Beklagten in Zusammenwirken mit der Mutter aus: «*Wie oben unter E. IV.C ausgeführt, haben sich die Beklagten im Zusammenwirken mit E. den Besitz an den Inhaberaktienzertifikaten des Klägers verschafft, ohne dass dieser damit einverstanden war. Damit haben sie eigenmächtig gehandelt (vgl. zum Begriff der Eigenmacht: BK ZGB-STARK/LINDENMANN, Vor Art. 926–929 N. 21). Solches Vorgehen kann im Allgemeinen nicht gutgeheissen werden, stellt es doch letztlich eine unerlaubte Selbsthilfe zur Durchsetzung eines obligatorischen Anspruchs dar (s. BK ZGB-STARK/LINDEN-*

¹² Vgl. dazu THOMAS SUTTER-SOMM, Eigentum und Besitz, in: Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Sachenrecht, Basel 2014, N 945: «*Der Streit um die Notwendigkeit einer angeblichen dinglichen Einigung ist keiner von praktischer Relevanz, sondern dogmatischer Natur.*» Er verneint die Notwendigkeit einer Einigung über die Eigentumsübertragung.

¹³ Vgl. dazu DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, Bern 2010 (zit. BK-ZOBL/THURNHERR), Art. 884 ZGB N 644 (Realakt, begleitet von einem natürlichen Willen), N 653 (als dinglicher Vertrag), je mit weiteren Hinweisen.

¹⁴ BK-ZOBL/THURNHERR (FN 13), Art. 884 ZGB N 654; vgl. CHRISTIAN HEINZE, Staudinger BGB, Berlin 2020, § 929 N 67e: «*Das Willensmoment bei der Übergabe ist infolgedessen auf die rein besitzrechtliche Komponente zu beschränken [...]. Demnach genügt es, wenn der bisherige Inhaber der Sachherrschaft mit dem Verlust des Besitzes einverstanden ist, sodass die Besitzbegründung durch den Erwerber nicht als verbotene Eigenmacht oder Abhandenkommen zu qualifizieren ist. Damit kommt den beiden Tatbestandselementen eine eindeutige Funktion zu: Die Einigung als rechtsgeschäftliches Element bezieht sich auf den Willen zur Veräußerung, während es*

für die Übergabe genügt, wenn der Veräußerer die Aufhebung seiner Sachherrschaft veranlasst oder zumindest geduldet hat. So ist der Veräußerer vor unfreiwilligem Rechtsverlust sowohl auf normativer als auch auf faktischer Ebene geschützt und das Übergabeerfordernis von unangemessenen rechtsgeschäftlichen Elementen entlastet [...]», und N 68: «*Im Ausgangspunkt ist allerdings bereits aufgrund der Parallele zur Besitzverschaffungsmacht in den Geheißfällen daran festzuhalten [...], dass die Besitzergreifung durch den Erwerber als Übergabe betrachtet werden muss, sofern sie vom Willen des Veräußerers gedeckt ist [...]. Das ist dann der Fall, wenn im Moment der Wegnahme das Einverständnis mit der Besitzergreifung durch den Erwerber (noch) besteht.*»

¹⁵ Vgl. BGE 50 II 141 E. 1. Das Bundesgericht diskutierte eine Pfandbestellung, bei der eine eigenmächtige Inbesitznahme des Pfandes im Raume stand. Dies erwies sich aber als nicht richtig, da der Prokurist der Firma die Uhren als Pfand aushändigte.

¹⁶ Bezirksgericht Horgen, CG190018-F, 22.3.2022, E. IV.C.2.4.

MANN, Vor Art. 926–929 N. 42; MÜLLER, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 52 N. 24).¹⁷ Das vorliegende Gebaren zählt zu den Schulbuchbeispielen eigenmächtigen Verhaltens: «Die Selbsthilfe dient lediglich der Sicherung eines Anspruchs. Sie kann m.a.W. nicht dazu dienen, eine Leistung zu erzwingen, etwa sich eine gekaufte Sache selbst zu verschaffen [...]»¹⁸

Das Obergericht und das Bundesgericht erachteten eine implizite Besitzesanweisung als gegeben. Ihre Begründungen übergehen allerdings die zukünftige Entwicklung, bei der die Nutzniessung an den Aktien durch die Mutter nicht mehr besteht. Das Obergericht hielt dazu fest, was folgt: «Unter diesen Umständen liegt auf der Hand, dass die Vertragsparteien in Ziff. III.2. implizierten, dass der selbständige, mittelbare Besitz der verkaufswilligen Vertragspartei an den Aktien auf die Erwerber gemäss Kaskade übergeht, wobei die Aktien aufgrund des Nutzniessungsrechts im unselbständigen, unmittelbaren Besitz von E. verbleiben sollen. Eine gegenteilige Auslegung würde dazu führen, dass der verkaufswillige Aktionär (konkret der Kläger) E. nach zustande gekommenem Kaufvertrag noch die Ermächtigung zur Besitzesübertragung an die Beklagten hätte erteilen müssen. Dies würde dazu führen, dass die als sakrosankt betrachtete Regelung von Ziff. III.2.c leicht umgangen und das Ziel der Vereinbarung, die Aktien in der Familie zu halten, vereitelt werden könnte, indem der Veräusserer diese Ermächtigung verweigert.»¹⁹ Bei diesen Überlegungen geht vergessen, dass die Nutzniessung durch die Mutter nur für eine befristete Zeit erfolgen sollte, nämlich bis Ende 2018 und für den Rest bis Ende 2023. Ab diesem Termin ist die «sakrosankte» Kaskadenordnung obsolet, weil jeder Sohn im Besitz seiner eigenen Aktien ist und damit jede Übertragung nur mit seinem expliziten Willen erfolgen kann – auch an Dritte, durchaus in Verletzung der eingegangenen Pflichten. Wie man angesichts dieser Tatsache von einer sakrosankten Ordnung und einer darauf basierenden stillschweigenden Besitzesanweisung ausgehen kann, bleibt schleierhaft. Dass die Mutter faktisch auch über die Nutzniessungsdauer im Besitz der Aktien geblieben ist,²⁰ wie

das Obergericht als Begründung festhält, macht diese allzu kreative Vertragsauslegung nicht besser. Das Bezirksgericht Horgen hielt dazu treffend und viel realitätsnäher fest, was folgt: «Der Kaufrechtsfall hätte angesichts der fehlenden zeitlichen Limitierung auch erst in mehreren Jahren oder gar Jahrzehnten erfolgen können. Ob dann noch eine Nutzniessung bestanden hätte oder nicht und wo sich folglich die Zertifikate befunden hätten, war bei Abschluss der Vereinbarung noch offen»,²¹ und: «Damit war am 28. Dezember 2011 noch nicht klar, wie die Besitzübertragung oder die Eigentumsverschaffung bei Ausübung des Kaufrechts konkret hätte erfolgen sollen bzw. ob eine sachenrechtliche Übertragung überhaupt notwendig werden würde. So wäre je nach Art und Verbriefung der Aktien auch eine Zession oder Übergabe von Zertifikaten mit Indossament in Frage gekommen. Die dingliche Einigung hier bereits in das Grundgeschäft hineinzuinterpretieren, ginge daher zu weit. Folglich fehlt es am erforderlichen dinglichen Vertrag bzw. dem übereinstimmenden Willen der Parteien, durch die traditio Eigentum zu übertragen und zu empfangen.»²²

V. Weiterführende Gedanken

Weshalb sehen Aktionärbindungsverträge in der Praxis umfangreiche Sicherungen vor, wenn schon die Verpflichtung zur Übertragung dinglich wirken kann? Mehrere Autoren empfehlen, die von einem Aktionärbindungsvertrag erfassten Aktien einem Treuhänder anzuvertrauen oder die Aktien zu Gesamteigentum in die Aktionärs-gesellschaft einzubringen, um vertragswidrige Übertragungen zu verhindern.²³ Nimmt man das Urteil für bare Münze, wäre dies alles überflüssig.

unbestritten bei ihr blieben und auch nach Ablauf des Gebrauchsüberlassungsvertrags als ihr anvertraut galten [...]»

²¹ Bezirksgericht Horgen, CG190018-F, 22.3.2022, E. IV.C.2.5.

²² Bezirksgericht Horgen, CG190018-F, 22.3.2022, E. IV.C.2.6.

²³ MARCO CARENZA/PHILIPPE JACQUEMOUD, La mise en œuvre des droits et obligations découlant des conventions d'actionnaires, RSJ 2023, 7 ff., 8 f.: «Lorsque les actions nominatives sont matérialisées dans un papier-valeur, soit un papier-valeur à ordre, les actionnaires parties à un SHA peuvent conclure un contrat de tiers-séquestre (escrow agreement). Par ce contrat innommé, le tiers-séquestre s'engage à conserver la possession des titres dans les buts (i) de garantir la bonne et fidèle exécution des obligations imposées par le SHA par les actionnaires (séquestre en tant que sûreté réelle) et (ii) de faciliter le transfert d'actions lorsque les conditions d'un tel transfert sont remplies. Classiquement, le tiers-séquestre transfère la possession des titres (i) sur instruction conjointe des parties à la convention de séquestre, ce qui vise à éviter des transferts contraires au SHA, et (ii) sur décision judiciaire ou arbitrale statuant sur le sort des titres (p. ex. à la suite d'un litige sur l'exercice

¹⁷ Bezirksgericht Horgen, CG190018-F, 22.3.2022, E. V.C.3.1.

¹⁸ ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. A., Bern 2021, Art. 52 OR N 64.

¹⁹ OGer ZH, LB220025-O/U, 29.11.2022, E. 3.4.

²⁰ OGer ZH, LB220025-O/U, 29.11.2022, E. 3.4: «Daran ändert der Umstand nichts, dass bezüglich dieser Aktienzertifikate die Nutzniessung per 31. Dezember 2018 geendet hatte, weil die Zertifikate

Das Bundesgericht verfolgt einen ähnlichen Irrweg, wenn es beim Streit, ob eine Schenkung oder eine Leihe vorliegt, mit der Eigentumsvermutung gemäss Art. 930 Abs. 1 ZGB operiert. Nach richtiger Ansicht hat diese

d'un droit de préemption prévu par le SHA), ce qui facilite l'exécution d'une telle décision. Le tiers-séquestre n'a que la possession immédiate des titres et ne se fait généralement pas octroyer le pouvoir d'endosser les titres qu'il détient. Est-ce suffisant pour prévenir des transferts de propriété contraires à l'accord entre actionnaires? Pour y répondre, nous rappelons que le transfert de propriété de papiers-valeurs à ordre requiert (i) en toute hypothèse le transfert de la possession du titre et (ii) (a) l'endossement du titre ou (b) une déclaration écrite séparée qui correspond à une cession de créance lorsque le transfert par cession n'est pas exclu par les statuts. Le transfert de la possession peut, entre autres modes, s'opérer par délégation de possession (Besitzanweisung), soit par le seul accord entre l'aliénateur et l'acquéreur, lorsque l'aliénateur ou un tiers demeure en possession de la chose à titre spécial. La doctrine dominante estime qu'une instruction donnée par le propriétaire d'actions au tiers-séquestre lui ordonnant de posséder les actions en faveur d'un tiers acquéreur – auquel l'actionnaire a vendu les actions en violant le SHA – est admissible, même lorsque la convention de séquestre prévoit que seul un ordre conjoint de restitution des titres est requis. Une telle opinion est contestable: Grunder explique à juste titre que les parties peuvent exclure contractuellement l'application de la délégation de possession dans le contrat d'escrow par l'application analogique de l'art. 480 CO; la délégation de possession est par ailleurs exclue si le tiers-séquestre, en tant que possesseur immédiat, ne reconnaît pas (ou plus) la maîtrise du possesseur médiat, en raison de son obligation de possession et de transfert sur instruction conjointe des parties. En d'autres termes, nous sommes d'avis que la délégation de possession n'est pas possible lorsque le tiers-séquestre possède pour tous les actionnaires parties à l'escrow et que la délégation de possession ordonnée par un seul actionnaire viole la convention de séquestre»; THOMAS JUTZI/FABIAN EISENBERGER, Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärbindungsvertrags, ZBJV 2018, 163 ff., 197 f.: «Die Übertragung der Aktien in das Gesamteigentum ist an zwei Voraussetzungen geknüpft: So müssen objektiv die Aktien durch die Vertragsparteien physisch in die Gesellschaft eingebracht werden, während subjektiv der Wille auf die Einbringung ins Gesamteigentum und damit spiegelbildlich der Wille zum Verzicht auf das individuelle Eigentum gegeben sein muss. Gerade letzteres Kriterium ist in der Praxis häufig umstritten, da es sich um eine innere und damit schwer zu beweisende Voraussetzung handelt. Aufgrund der fehlenden Beweisbarkeit ist daher zu empfehlen, im ABV explizit zu kodifizieren, ob die Aktien durch eine gemeinsame Hinterlegung im Gesamteigentum stehen sollen. Ein Vorteil des Gesamteigentums besteht darin, dass sich die Pflichten aus dem ABV einfacher kontrollieren bzw. einhalten lassen, wenn sich diese im Gesamteigentum der Vertragsparteien bzw. des gesellschaftsrechtlichen ABV befinden. In diesem Fall sind abredewidrige Stimmabgaben oder Veräusserungen an Dritte ausserhalb des ABV nicht möglich»; vgl. ausführlich SILVIO GRUNDER, Genügt der Escrow doch? GesKR 2016, 449 ff.; vgl. auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015, N 1578 ff.; DIETER ZOBL, Die pfandrechtliche Sicherung von Erwerbsberechtigungen in Aktionärbindungsverträgen, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 401 ff., 404 f.

Vermutung im Verhältnis von Geber zum Nehmer nichts verloren, sondern gilt für Verhältnisse, in denen *quivis ex populo* von einem redlichen Käufer etwas vindizieren möchte.²⁴ Bloss weil der Nehmer am Ende des Tages im Besitz der Sache ist, heisst das noch nicht, dass der Geber schenken und damit Eigentum übertragen wollte. Im Schenkungsrecht sind die Folgen noch dramatischer, weil der tatsächliche Besitz des Nehmers im Ergebnis eine Schenkungsvermutung bewirkt und damit sogar faktisch das Verpflichtungsgeschäft ersetzt.²⁵

VI. Gedanken an den Verstorbenen

Die beeindruckende Breite und Tiefe der wissenschaftlichen Arbeit von Ivo Schwander zeigt sich immer wieder, namentlich im Anwendungsbereich des materiellen Privatrechts. Das vorliegende Urteil belegt exemplarisch, wie häufig man auf Zitate der Publikationen von Ivo Schwander trifft. Wir haben den Verstorbenen im Jahr 2007 kennengelernt. Seither hat er uns mehrfach unterstützt und gefördert, so als Nachfolger bei der AJP und als Dozent an der Universität St. Gallen (Rusch), aber auch im Rahmen des Studiums, bei Publikationen und Tagungen (Schwizer). Dafür möchten wir ihm herzlich danken und ein ehrendes Andenken bewahren.

²⁴ ANDREAS WACKE, Donatio non praesumitur, AcP 1991, 1 ff., 17 a.E.

²⁵ ARNOLD F. RUSCH/PHILIP R. BORNHAUSER, Schenkung und Eigentumsvermutung, Jusletter vom 23.3.2015, N 7; ARNOLD F. RUSCH, Schenkung als Vertrag, in: Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Zürich 2018, 835 ff., 847 ff., insb. 849: «Noch besser kann man dies anhand des Art. 243 Abs. 3 OR erklären. Diese Norm entbindet beim vollzogenen Schenkungsversprechen im Sinne einer Ausnahme vom Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit. Der Vollzug tritt an Stelle der Form. Behandelt man diesen Fall beweismässig unter Anwendung des Art. 930 Abs. 1 ZGB gleich wie die Handschenkung, was Art. 243 Abs. 3 OR eigentlich so vorsieht, müsste folglich der Geber beweisen, dass keine Schenkung stattgefunden hat. Der Nehmer könnte sich aufgrund des Besitzes an der Sache auf die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB stützen. Dies entspricht jedoch erstens nicht dem Ausnahmecharakter der in Art. 243 Abs. 3 OR enthaltenen Regel. Bei Ausnahmetatbeständen ist eine andere Beweislast durchaus angezeigt. Zweitens muss nach richtiger Ansicht beim vollzogenen Schenkungsversprechen der Beschenkte nicht nur den späteren Vollzug im Sinne des aktuellen Besitzes an der Sache beweisen. Dieser Selbstläufer wäre einfach zu banal. Der aktuelle Besitz der Sache beweist nach allen Regeln der Logik nicht einmal ansatzweise, dass der Geber ein Schenkungsversprechen vollzogen hat. Vielmehr muss der Nehmer meines Erachtens den Beweis des Vollzugs des Schenkungsversprechens und damit der Schenkung erbringen. Einzig die einfache Schriftlichkeit des Schenkungsversprechens als Formerfordernis ist nicht mehr notwendig.»