SSHW
Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band 371
Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter Forstmoser

Nicola Togni

Der Aktionärbindungsvertrag als Gestaltungselement der familieninternen Unternehmensnachfolge

Vertrags- und aktienrechtliche Aspekte

DIKE

SSHW
Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band 371
Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter Forstmoser

Nicola Togni

Der Aktionärbindungsvertrag als Gestaltungselement der familieninternen Unternehmensnachfolge

Vertrags- und aktienrechtliche Aspekte

DIKE

ST. GALLER DISSERTATION

Open-Access-Gold
Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dike.ch
www.dike.ch

Text © Nicola Togni 2025

ISBN (Paperback): 978-3-03891-756-4 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)
ISBN (PDF): 978-3-03929-071-0

DOI: https://doi.org/10.3256/978-3-03929-071-0

Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

myclimate
neutral

Vorwort

Bei der familieninternen Unternehmensnachfolge handelt es sich um einen komplexen und vielschichtigen Vorgang, bei dem mitunter die rational geprägte «Unternehmenslogik» und die emotional gefärbte «Familienlogik» aufeinandertreffen. Daher rührt das dieser Dissertation zugrunde liegende Interesse. Mit dem Aktionärbindungsvertrag beleuchtet die vorliegende Dissertation ein mögliches Instrument, um Teilen dieser Komplexität zu begegnen.

Die vorliegende Dissertation wurde Ende 2023 fertiggestellt. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind dementsprechend bis am 15. Dezember 2023 berücksichtigt.

Ich bedanke mich herzlich bei allen Personen, die zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen haben. Ein besonderer Dank gilt meinem Referenten, Prof. Dr. Urs Schenker, sowie meinem Korreferenten, Prof. Dr. Vito Roberto, für die spontane Bereitschaft, die Betreuung meiner Dissertation zu übernehmen, sowie für ihre wertvollen Anregungen im Verlauf der Entstehung der Dissertation. Prof. Dr. Peter Forstmoser danke ich für die Aufnahme meiner Dissertation in die Schriftenreihe «Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht».

Mein grösster Dank gilt meiner Familie, die mich in meiner Dissertationszeit bedingungslos und rücksichtsvoll unterstützt hat. Mein herzlichster Dank gebührt dabei speziell meiner Frau, meinem Sohn und meinen Eltern, die mich mit viel Liebe und Geduld auf diesem Weg begleitet haben. Ihnen sei diese Dissertation in höchster Dankbarkeit und Zuneigung gewidmet.

Zürich, im Frühjahr 2024 Nicola Togni

Inhaltsübersicht

Vorwort III
Inhaltsverzeichnis VII
Abkürzungsverzeichnis XIX
Literaturverzeichnis XXIII
Materialienverzeichnis XLVII
Zusammenfassung XLIX
Abstract LI
Résumé LIII
Riassunto LV

1 Einleitung 1
1.1 Einführung in die Thematik 1
1.2 Eingrenzung der Thematik 4
1.3 Erkenntnisinteresse 11
1.4 Gang der Darstellung 11

2 Familieninterne Unternehmensnachfolge: Ziele, Problemfelder, Regelungsbereiche und Erfolgsfaktoren 13
2.1 Ziele und Interessen der Beteiligten 13
2.2 Problemfelder und Herausforderungen 17
2.3 Regelungsbereiche und Spannungsfelder 26
2.4 Erfolgsfaktoren 32
2.5 Zwischenfazit 35

3 Eignung und Entstehung des Aktionärbindungsvertrags im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge 37
3.1 Eignung des Aktionärbindungsvertrags 37
3.2 Entstehung des Aktionärbindungsvertrags 46
3.3 Zwischenfazit 68

4 Rechte und Pflichten der Familienaktionäre 71
4.1 Unternehmensführung und Stimmrecht 72
4.2 Mitarbeit von Familienmitgliedern 138
4.3 Vermögensrechte und Ausschüttungen 151
4.4 Informationsrechte 169

4.5 Zusammensetzung des Aktionariats und Ausstieg aus dem Familienunternehmen 185

5 Regelung des Umgangs mit Konflikten 233
5.1 Konflikte unter den Familienaktionären 233
5.2 Konfliktprävention 237
5.3 Konfliktbearbeitung 249
5.4 Rechtliche Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags 256
5.5 Zwischenfazit 263

6 Dauer, Beendigung und Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags 265
6.1 Dauer des Aktionärbindungsvertrags 265
6.2 Beendigung des Aktionärbindungsvertrags 272
6.3 Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags 276
6.4 Zwischenfazit 281

7 Fazit und Ausblick 283
7.1 Zusammenfassung und Würdigung 283
7.2 Grenzen der Arbeit und Bereiche weiterführender Forschung 290
7.3 Ausblick 292

Inhaltsverzeichnis

Vorwort III
Inhaltsübersicht V
Abkürzungsverzeichnis XIX
Literaturverzeichnis XXIII
Materialienverzeichnis XLVII
Zusammenfassung XLIX
Abstract LI
Résumé LIII
Riassunto LV

1 Einleitung 1
1.1 Einführung in die Thematik 1
1.2 Eingrenzung der Thematik 4
1.2.1 Terminologisches 4
1.2.1.1 Familienunternehmen 4
1.2.1.2 Unternehmensnachfolge 6
1.2.2 Der Dissertation zugrunde liegende Ausgangslage und allgemeine Eingrenzungen 7
1.2.2.1 Der Dissertation zugrunde liegende Ausgangslage 7
1.2.2.2 Weitere allgemeine Eingrenzungen der Thematik 10
1.3 Erkenntnisinteresse 11
1.4 Gang der Darstellung 11

2 Familieninterne Unternehmensnachfolge: Ziele, Problemfelder, Regelungsbereiche und Erfolgsfaktoren 13
2.1 Ziele und Interessen der Beteiligten 13
2.1.1 Ziele und Interessen des übergebenden Unternehmers 13
2.1.2 Ziele und Interessen der Nachfolgerin 15
2.1.3 Ziele und Interessen der passiven Aktionäre 16
2.2 Problemfelder und Herausforderungen 17
2.2.1 Problemfelder und Herausforderungen im Allgemeinen 18
2.2.2 Problemfelder und Herausforderungen in Bezug auf die Governance des Familienunternehmens im Besonderen 19
2.2.2.1 Zugrunde liegende Faktoren 20

2.2.2.1.1 Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen» 20
2.2.2.1.2 Auseinanderfallen von Eigentum und Geschäftsführung 21
2.2.2.2 Problemfelder und Herausforderungen im Einzelnen 22
2.2.2.2.1 Erlangung eigener Vorteile 22
2.2.2.2.2 Divergierende Risikopräferenzen 24
2.2.2.2.3 Divergierende Ausschüttungspräferenzen 25
2.2.2.2.4 Erhöhtes Konfliktpotenzial 25
2.3 Regelungsbereiche und Spannungsfelder 26
2.3.1 Rechte und Pflichten der Familienaktionäre 27
2.3.1.1 Unternehmensführung 27
2.3.1.2 Mitarbeit im Familienunternehmen 28
2.3.1.3 Vermögensrechte und Ausschüttungen 29
2.3.1.4 Informationsrechte 29
2.3.1.5 Zusammensetzung des Aktionariats und Möglichkeiten zum Ausstieg aus dem Familienunternehmen 30
2.3.2 Umgang mit Konflikten 31
2.3.3 Dauer, Beendigung und Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags 31
2.4 Erfolgsfaktoren 32
2.4.1 Erfolgsfaktoren im Allgemeinen 33
2.4.2 Erfolgsfaktoren in Bezug auf die Governance des Familienunternehmens im Besonderen 33
2.4.2.1 Wahl externer Verwaltungsratsmitglieder 33
2.4.2.2 Bekanntgabe von Informationen und Partizipation 34
2.4.2.3 Verankerung des Leistungsprinzips 34
2.5 Zwischenfazit 35

3 Eignung und Entstehung des Aktionärbindungsvertrags im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge 37
3.1 Eignung des Aktionärbindungsvertrags 37
3.1.1 Regelungsgegenstand 37
3.1.1.1 Im Allgemeinen 37
3.1.1.2 Im Verhältnis zu den aktienrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Besonderen 38
3.1.2 Rechtsnatur und Gestaltungsfreiheit 40
3.1.2.1 Rechtsnatur 40
3.1.2.2 Gestaltungsfreiheit 42
3.1.2.2.1 Gestaltungsfreiheit und Schranken im Allgemeinen 42

3.1.2.2.2 Recht der Persönlichkeit als Schranke im Besonderen . . . 43
3.1.2.2.3 Recht der einfachen Gesellschaft als Schranke im Besonderen . . . 45
3.2 Entstehung des Aktionärbindungsvertrags . . . 46
3.2.1 Abschluss als praktische Herausforderung . . . 46
3.2.1.1 Gleichbehandlung der Nachkommen des Unternehmers . . . 47
3.2.1.1.1 Gleichbehandlung der Nachkommen des Unternehmers im Allgemeinen . . . 47
3.2.1.1.2 Schranken des Pflichtteilsrechts im Besonderen . . . 48
3.2.1.2 Finanzielle Aspekte . . . 50
3.2.1.3 Emotionale Aspekte . . . 51
3.2.1.4 Praktische Aspekte . . . 52
3.2.1.5 Bedeutung für den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags . . . 52
3.2.2 Möglichkeiten des Abschlusses des Aktionärbindungsvertrags . . . 54
3.2.2.1 Abschluss zu Lebzeiten des Unternehmers mit unmittelbarer Übertragung des Familienunternehmens . . . 54
3.2.2.1.1 Ausgangslage . . . 54
3.2.2.1.2 Abschluss des Aktionärbindungsvertrags . . . 55
3.2.2.1.3 Regelung der Übertragung der Aktien . . . 55
3.2.2.2 Abschluss zu Lebzeiten des Unternehmers mit aufgeschobener Übertragung des Familienunternehmens . . . 58
3.2.2.3 Abschluss nach Ableben des Unternehmers? . . . 59
3.2.2.3.1 Ausgangslage . . . 59
3.2.2.3.2 Möglichkeiten zur Sicherstellung des Abschlusses 61
a) Anordnung des Abschlusses des Aktionärbindungsvertrags mittels testamentarischer Auflage . . . 61
b) Einsetzung eines Willensvollstreckers . . . 62
3.2.2.3.3 Schranken . . . 63
a) Rechts- und Sittenwidrigkeit der Auflage? . . . 63
b) Recht auf unbelasteten Pflichtteil? . . . 64
c) Anspruch auf leicht verwertbare Vermögenswerte als Gegenstand des Pflichtteils? . . . 66
3.3 Zwischenfazit . . . 68

4 Rechte und Pflichten der Familienaktionäre . . . 71
4.1 Unternehmensführung und Stimmrecht . . . 72
4.1.1 Ausgangslage . . . 72
4.1.1.1 Generalversammlung . . . 73
4.1.1.1.1 Interessenlage . . . 73

4.1.1.1.2 Regelungsbedarf 73
4.1.1.2 Verwaltungsrat 75
4.1.1.2.1 Interessenlage 75
4.1.1.2.2 Regelungsbedarf 75
4.1.1.3 Geschäftsleitung 76
4.1.1.3.1 Interessenlage 76
4.1.1.3.2 Regelungsbedarf 77
4.1.2 Ausgestaltung auf der Ebene der Generalversammlung 77
4.1.2.1 Stimmbindung 78
4.1.2.1.1 Gestaltungsmöglichkeiten der Stimmbindung im Allgemeinen 78
a) Zulässigkeit und Schranken 78
b) Ausgestaltungsmöglichkeiten 79
c) Mögliche der Stimmbindung zu unterstellende Beschlussgegenstände 82
4.1.2.1.2 Stimmbindung hinsichtlich der Wahl des Verwaltungsrats im Besonderen 83
a) Ausgangslage 83
b) Wahl der Verwaltungsratsmitglieder und des Verwaltungsratspräsidenten 84
c) Abberufung und Rücktritt von Verwaltungsratsmitgliedern 86
4.1.2.1.3 Stimmbindung hinsichtlich Kapitalerhöhungen im Besonderen 87
a) Ausgangslage 87
b) Ausgestaltung der Stimmbindung 89
c) Bedingungen zur Stimmabgabe zugunsten von Kapitalerhöhungen 90
d) Regelung des Bezugsrechts 91
4.1.2.1.4 Aktienrechtliche Instrumente 91
a) Vertretung verschiedener Aktionärskategorien und -gruppen 92
b) Proporzwahlverfahren 94
c) Unabhängigkeit als Wählbarkeitsvoraussetzung 95
d) Absicherung der Regelung zur Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern 95
4.1.2.2 Ausgestaltung und Modifikation der Stimmkraft 96
4.1.2.2.1 Fehlende aktienrechtliche Wirkung einer vertraglichen Modifikation der Stimmkraft 97
4.1.2.2.2 Aktienrechtliche Instrumente 97
a) Stimmrechtsaktien 98
b) Partizipationsscheine 99
c) Stimmrechtsbeschränkung 100

4.1.2.3 Ausgestaltung und Modifikation der Erfordernisse für das Zustandekommen von Beschlüssen 102
4.1.2.3.1 Qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse 102
a) Anwendungsbereich 102
b) Ausgestaltung 103
4.1.2.3.2 Minderheitsbeschlüsse 105
4.1.2.3.3 Aktienrechtliche Instrumente 105
a) Qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse 105
b) Minderheitsbeschlüsse? 106
4.1.2.4 Sicherstellung der Beschlussfähigkeit der Generalversammlung 107
4.1.2.4.1 Ausgangslage 107
4.1.2.4.2 Vertragliche Instrumente 108
4.1.2.4.3 Aktienrechtliche Instrumente 110
4.1.3 Ausgestaltung auf der Ebene des Verwaltungsrats 111
4.1.3.1 Besetzung des Verwaltungsrats 111
4.1.3.1.1 Anforderungen an die Besetzung 111
a) Vertretung der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre 111
b) Interessenausgleich durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder 112
c) Erforderliche Qualifikationen 114
4.1.3.1.2 Zusammensetzung 115
4.1.3.1.3 Aktienrechtliche Instrumente 116
4.1.3.2 Organisation und Beschlussfassung des Verwaltungsrats 117
4.1.3.2.1 Möglichkeiten der Familienaktionäre zur Einflussnahme auf Organisation und Beschlussfassung 117
a) Statuten 118
b) Vertragliche Einbindung der Vertreter im Verwaltungsrat 118
c) Anweisung der Vertreter im Verwaltungsrat und Erlass eines Organisationsreglements 119
d) Allgemeine Verhaltenspflicht der Familienaktionäre 121
4.1.3.2.2 Inhaltliche Ausgestaltung von Organisation und Beschlussfassung 122
a) Verteilung der Kompetenzen zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung 122
b) Zuweisung von Kompetenzen und Bildung von Ausschüssen innerhalb des Verwaltungsrats . . . 122
c) Qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse 125

d) Vertretungsrecht 126
e) Vorgehen bei Interessenkonflikten 127
4.1.3.2.3 Aktienrechtliche Instrumente 128
a) Statuten 128
b) Organisationsreglement 131
4.1.4 Ausgestaltung auf der Ebene der Geschäftsleitung 132
4.1.4.1 Regelungsspielraum der Familienaktionäre 133
4.1.4.2 Besetzung der Geschäftsleitung 134
4.1.4.3 Organisation und Kompetenzen der Geschäftsleitung 135
4.1.4.4 Aktienrechtliche Instrumente 135
4.1.4.4.1 Statuten 135
4.1.4.4.2 Organisationsreglement 136
4.1.5 Zwischenfazit 136
4.2 Mitarbeit von Familienmitgliedern 138
4.2.1 Ausgangslage 138
4.2.1.1 Interessenlage 138
4.2.1.2 Regelungsbedarf 139
4.2.2 Ausgestaltung der Mitarbeit 141
4.2.2.1 Voraussetzungen der Mitarbeit 141
4.2.2.2 Inhaltliche Grundsätze der Mitarbeit 142
4.2.2.3 Möglichkeit der Sanktionierung 143
4.2.2.4 Regelung der Nachfolge in der Geschäftsführung 144
4.2.2.5 Aktienrechtliche Instrumente 144
4.2.2.5.1 Statuten 145
4.2.2.5.2 Organisationsreglement 145
4.2.3 Ausgestaltung der Entschädigung und allfälliger Nebenleistungen . . . 146
4.2.3.1 Regelung der Entschädigung 146
4.2.3.2 Regelung von Nebenleistungen 148
4.2.3.3 Aktienrechtliche Instrumente 148
4.2.3.3.1 Statuten 148
4.2.3.3.2 Organisationsreglement 150
4.2.4 Zwischenfazit 150
4.3 Vermögensrechte und Ausschüttungen 151
4.3.1 Ausgangslage 151
4.3.1.1 Interessenlage 151
4.3.1.2 Regelungsbedarf 153
4.3.1.2.1 Im Allgemeinen 153

4.3.1.2.2 In Bezug auf den gesetzlichen Anspruch der Familienaktionäre auf einen «verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn» im Besonderen 154
4.3.2 Vertragliche Pflicht zur Ausschüttung einer Dividende und Privilegierung der passiven Aktionäre 155
4.3.2.1 Ausgestaltung der Ausschüttungspflicht und Privilegierung der passiven Aktionäre 155
4.3.2.1.1 Ausschüttungspflicht 155
4.3.2.1.2 Privilegierung der passiven Aktionäre 157
4.3.2.2 Bestimmung der Höhe der Dividende 157
4.3.2.3 Bestimmung der Berechnungsbasis der Dividende 159
4.3.2.4 Abweichungen von der vereinbarten Ausschüttungspolitik . . 160
4.3.2.4.1 Möglichkeit und Erfordernis der Abweichung . . . 160
4.3.2.4.2 Folgen der Abweichung 161
4.3.3 Aktienrechtliche Instrumente 162
4.3.3.1 Vorzugsaktien 162
4.3.3.1.1 Privilegierung der passiven Aktionäre 162
4.3.3.1.2 Pflicht zur Ausschüttung einer (Vorzugs-) Dividende? 163
4.3.3.1.3 Bestimmung der Berechnungsbasis der (Vorzugs-) Dividende 165
4.3.3.1.4 Praktische Überlegungen zur Einführung von Vorzugsaktien 166
4.3.3.2 Genussscheine? 167
4.3.4 Zwischenfazit 167
4.4 Informationsrechte 169
4.4.1 Ausgangslage 169
4.4.1.1 Interessenlage 169
4.4.1.2 Regelungsbedarf 171
4.4.2 Zugang zu erweiterten Informationen 172
4.4.2.1 Vertretung im Verwaltungsrat 172
4.4.2.2 Anspruch auf Erhalt erweiterter Informationen 173
4.4.2.3 Vorkehrungen bezüglich der Schranken erweiterter Informationsrechte 175
4.4.2.3.1 Schranken erweiterter Informationsrechte 175
4.4.2.3.2 Vorkehrungen zur Ermöglichung erweiterter Informationsrechte 176
4.4.2.4 Sicherung der «Qualität» der Informationen 178
4.4.2.4.1 Festlegung des Rechnungslegungsstandards 178
4.4.2.4.2 Durchführung der Revision 178
4.4.2.5 Aktienrechtliche Instrumente 180

4.4.3 Massnahmen zur Wahrung der Interessen des Familienunternehmens . . 181
4.4.3.1 Geheimhaltungspflicht 182
4.4.3.2 Treuepflicht und Konkurrenzverbot 182
4.4.3.3 Aktienrechtliche Instrumente? 183
4.4.4 Zwischenfazit 184
4.5 Zusammensetzung des Aktionariats und Ausstieg aus dem Familienunternehmen 185
4.5.1 Ausgangslage 185
4.5.1.1 Interessenlage 185
4.5.1.1.1 Im Allgemeinen 185
4.5.1.1.2 Zusammensetzung des Aktionariats und Erhalt des Familienunternehmens im Eigentum der Familie im Besonderen 186
4.5.1.1.3 Möglichkeit eines Ausstiegs im Besonderen 187
4.5.1.2 Regelungsbedarf 189
4.5.2 Instrumente zur Regelung der Zusammensetzung des Aktionariats und zum Verbleib des Unternehmens im Eigentum der Familie 192
4.5.2.1 Verkaufsbeschränkungen und Belastungsverbote 192
4.5.2.1.1 Vertragliche Verkaufsbeschränkungen und Belastungsverbote 192
a) Verkaufsbeschränkungen 192
b) Belastungsverbote 194
4.5.2.1.2 Aktienrechtliche Instrumente: Statutarische Vinkulierung 194
a) Ablehnung von Erwerbern aus wichtigem Grund 195
b) Ablehnung von Erwerbern mittels Kaufangebot 196
c) Kompetenz zur Zustimmung zu Aktienübertragungen 197
d) Unzulässigkeit über die Vinkulierung hinausgehender Übertragungsbeschränkungen 198
e) Praktische Aspekte 198
f) Statutarisches Belastungsverbot 199
4.5.2.2 Vorkaufsrecht und Vorhandrecht 199
4.5.2.2.1 Vorkaufsrecht 200
4.5.2.2.2 Vorhandrecht 200
4.5.2.2.3 Gemeinsame Regelungspunkte 201
a) Berechtigte 201
b) Modalitäten der Ausübung 201
c) Kaufpreis 203
d) Dauer 205
4.5.2.2.4 Aktienrechtliche Instrumente? 205
4.5.2.3 Einbindung von Dritterwerbern in den Aktionärbindungsvertrag 206

4.5.2.3.1 Einbindung von Erwerbern der Beteiligungen von Familienaktionären . . . 207
a) Im Allgemeinen . . . 207
b) Bei Aktienübertragungen innerhalb der Familie im Besonderen . . . 208
4.5.2.3.2 Einbindung von Erwerbern neu ausgegebener Aktien . . . 210
4.5.2.3.3 Aktienrechtliche Instrumente? . . . 211
4.5.3 Instrumente zur Ermöglichung eines Ausstiegs aus dem Familienunternehmen . . . 212
4.5.3.1 Ausstieg der passiven Aktionäre durch Kaufrechte und Kaufpflichten . . . 212
4.5.3.1.1 Kaufrecht der Nachfolgerin und Verkaufspflicht der passiven Aktionäre . . . 212
4.5.3.1.2 Verkaufsrecht der passiven Aktionäre und Kaufpflicht der Nachfolgerin . . . 214
4.5.3.1.3 Gemeinsame Regelungspunkte . . . 217
a) Modalitäten der Ausübung . . . 217
b) Kaufpreis . . . 217
c) Dauer . . . 218
4.5.3.1.4 Aktienrechtliche Instrumente: Statutarisches Verkaufsrecht? . . . 219
4.5.3.2 Ausstieg von Familienaktionären durch Trade Sale . . . 221
4.5.3.2.1 Ausstieg ausgehend von der Nachfolgerin . . . 221
a) Mitverkaufspflicht der passiven Aktionäre . . . 221
b) Mitverkaufsrecht der passiven Aktionäre . . . 223
4.5.3.2.2 Ausstieg ausgehend von den passiven Aktionären: Recht auf Trade Sale . . . 224
a) Voraussetzungen und Ausübung . . . 225
b) Vorgehen . . . 226
4.5.3.2.3 Aktienrechtliche Instrumente? . . . 227
4.5.3.3 Ausstieg von Familienaktionären durch Börsenkotierung . . . 227
4.5.3.3.1 Ausgangslage . . . 227
4.5.3.3.2 Vertragliche Regelung des «Rechts auf Börsenkotierung» . . . 228
4.5.3.3.3 Aktienrechtliche Instrumente? . . . 229
4.5.4 Zwischenfazit . . . 230

5 Regelung des Umgangs mit Konflikten . . . 233
5.1 Konflikte unter den Familienaktionären . . . 233
5.1.1 Charakterisierung von Konflikten unter den Familienaktionären . . . 233
5.1.2 Anforderungen an den Umgang mit Konflikten . . . 235

5.1.3 Bedeutung der Anforderungen für die Regelung des Umgangs mit Konflikten im Aktionärbindungsvertrag . . . 236
5.2 Konfliktprävention . . . 237
5.2.1 Instrumente zur Konfliktprävention im Allgemeinen . . . 237
5.2.2 Überprüfung und Anpassung des Aktionärbindungsvertrags im Besonderen . . . 240
5.2.2.1 Überprüfung und Anpassung im Allgemeinen . . . 240
5.2.2.2 Anpassung statutarischer Gestaltungsmittel im Besonderen . . . 241
5.2.3 Rechtliche Sicherungsmittel gegen Verletzungen des Aktionärbindungsvertrags im Besonderen . . . 243
5.2.3.1 Sicherungsmittel mit präventiver Wirkung im Allgemeinen . . . 243
5.2.3.1.1 Konventionalstrafe . . . 244
5.2.3.1.2 Kaufrecht und Verkaufspflicht . . . 244
5.2.3.1.3 Entzug von Rechten . . . 245
5.2.3.2 Sicherungsmittel gegen Verletzungen der Stimmbindung im Besonderen . . . 246
5.2.3.3 Sicherungsmittel gegen Verletzungen von Übertragungsbeschränkungen im Besonderen . . . 247
5.3 Konfliktbearbeitung . . . 249
5.3.1 Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten . . . 249
5.3.2 Mediation . . . 251
5.3.2.1 Vorzüge . . . 251
5.3.2.2 Nachteile und Herausforderungen . . . 253
5.3.2.3 Regelungspunkte . . . 255
5.4 Rechtliche Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags . . . 256
5.4.1 Durchsetzung auf dem ordentlichen Gerichtsweg . . . 256
5.4.1.1 Grundsätzliche Durchsetzbarkeit von Aktionärbindungsverträgen auf dem ordentlichen Gerichtsweg . . . 256
5.4.1.2 Schwierigkeiten bei der Durchsetzung auf dem ordentlichen Gerichtsweg . . . 257
5.4.1.2.1 Klage auf Erfüllung . . . 257
5.4.1.2.2 Klage auf Schadenersatz . . . 259
5.4.1.2.3 Anforderungen an den Umgang mit Konflikten . . . 259
5.4.1.3 Fazit: Ordentlicher Gerichtsweg als beschränkt geeignetes Konfliktlösungsverfahren . . . 260
5.4.2 Durchsetzung mittels Schiedsgerichtsbarkeit . . . 261
5.5 Zwischenfazit . . . 263

6 Dauer, Beendigung und Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags . . . 265
6.1 Dauer des Aktionärbindungsvertrags . . . 265
6.1.1 Ausgangslage . . . 265
6.1.1.1 Im Allgemeinen . . . 265
6.1.1.2 Rechtlich zulässige Dauer von Aktionärbindungsverträgen im Besonderen . . . 267
6.1.2 Regelung der Dauer . . . 270
6.1.2.1 Fixe Dauer mit Prolongationsklausel . . . 270
6.1.2.2 Fixe Dauer mit Überprüfungs- und Anpassungsklausel . . . 271
6.2 Beendigung des Aktionärbindungsvertrags . . . 272
6.2.1 Ausgangslage . . . 272
6.2.2 Regelung der Beendigung . . . 274
6.2.2.1 Ordentliche Beendigung . . . 274
6.2.2.2 Ausserordentliche Beendigung . . . 275
6.3 Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags . . . 276
6.3.1 Ausgangslage . . . 276
6.3.2 Regelung der Folgen der Beendigung . . . 278
6.3.2.1 Perpetuierung der Nachfolgeregelung durch Statutenbestimmungen . . . 278
6.3.2.2 «Pflicht» zum Abschluss eines neuen Aktionärbindungsvertrags . . . 279
6.3.2.3 Kauf- und Verkaufsrechte . . . 280
6.4 Zwischenfazit . . . 281

7 Fazit und Ausblick . . . 283
7.1 Zusammenfassung und Würdigung . . . 283
7.2 Grenzen der Arbeit und Bereiche weiterführender Forschung . . . 290
7.2.1 Grenzen der Arbeit . . . 290
7.2.2 Bereiche weiterführender Forschung . . . 291
7.3 Ausblick . . . 292
7.3.1 Familieninterne Unternehmensnachfolge als weiterhin aktuelle und relevante Herausforderung . . . 292
7.3.2 Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» . . . 292
7.3.2.1 Überblick . . . 292
7.3.2.2 Mögliche Auswirkungen auf den Aktionärbindungsvertrag als Instrument der familieninternen Unternehmensnachfolge . . . 294
7.3.3 GmbH als Rechtsformalternative zur AG bei der familieninternen Unternehmensnachfolge? . . . 296

Abkürzungsverzeichnis

AB N	Amtliches Bulletin des Nationalrats, Bern
AB S	Amtliches Bulletin des Ständerats, Bern
Abs.	Absatz/Absätze
AG	Aktiengesellschaft(en)
AISUF	Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Freiburg i.Ue.
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich/St. Gallen
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern
Bd.	Band
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne
BGer	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichts (unpubliziert)
BK	Berner Kommentar, Bern
BSK	Basler Kommentar, Basel
bzw.	beziehungsweise
CEDIDAC	*Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne*, Lausanne
CEO	*chief executive officer*
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EF	EXPERT FOCUS, Zürich (bis Juli 2015: → ST)
EIZ	Wissenschaftliche Schriftenreihe des Europa Instituts an der Universität Zürich, Zürich
et al.	et alii/aliae (und andere)
e.V.	eingetragener Verein (Deutschland)

E-ZGB	Entwurf des Bundesrats vom 10. Juni 2022 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) (BBl *2022* 1638)
f.	und folgender Artikel/und folgende (Rand-)Nummer/und folgende Randziffer/und folgende Seite
FamPra.ch	Schriftenreihe zum Familienrecht, Bern
FER	Fachempfehlungen zur Rechnungslegung
ff.	und folgende Artikel/und folgende (Rand-)Nummern/und folgende Randziffern/und folgende Seiten
Fn	Fussnote(n)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003, SR 221.301
GAAP	*Generally Accepted Accounting Principles*
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Zürich
GmbH	Gesellschaft(en) mit beschränkter Haftung
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
IAS	*International Accounting Standards*
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
IFRS	*International Financial Reporting Standards*
INR	Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis, Bern
i.S.v.	im Sinn von
i.Ue.	im Uechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
KMU	kleine(s) und mittlere(s) Unternehmen
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich
lit.	litera (Buchstabe)
LSR	Life Science Recht – Juristische Zeitschrift für Pharma, Biotech und Medtech, Bern
m.H.	mit Hinweis

m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	(Rand-)Nummer(n), Randziffer(n)
Nr.	Nummer
N.V.	*naamloze vennootschap* (Gesellschaftsform nach niederländischem Recht)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, München
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OFK	Orell Füssli Kommentar, Zürich
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden, Chur
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht, Zürich
SA	*société anonyme*/*società anonima* (→ AG)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SchlT	Schlusstitel
SECA	Schweizerische Vereinigung für Unternehmensfinanzierung, Rotkreuz
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts, Bern
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Zürich
SSVV	Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Zürich
ST	Der Schweizer Treuhänder, Zürich (seit August 2015: → EF)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich
TREX	Der Treuhandexperte, Zürich
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013, SR 221.331 (aufgehoben per 1. Januar 2023)
vgl.	vergleiche

z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
zfo	Zeitschrift Führung + Organisation, Stuttgart
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Berlin
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar, Zürich
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, Zürich

Literaturverzeichnis

Aebi-Müller Regina E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten: Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2007.

Alvarez Cipriano et al., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Bd. II: Art. 150–352 ZPO – Art. 400–406 ZPO, Bern 2012. (zit. BK ZPO II-Bearbeiter(-in), Art. x N y)

Andric Mateja/Bird Miriam/Christen Andreas/Gachet Emilie/Halter Frank A./Kissling Sonja/Schenk Roman/Zellweger Thomas Markus, Herausforderung Generationenwechsel: Unternehmensnachfolge in der Praxis, Zürich, Juni 2016, abrufbar unter <https://cfb.unisg.ch/fileadmin/user_upload/HSG_ROOT/Institut_CFB/Forschung/Hauptforschungsgebiete/Nachfolge_in_Familienunternehmen/2016_Studie_Herausforderung_Generationenwechsel_Unternehmensnachfolge_in_der_Prais_DE.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023). (zit. Andric et al.)

Appenzeller Hansjürg, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Diss. Zürich 1996 (= SSHW Bd. 173).

Arnet Philipp/Hartmann Heinz, Nachfolgeregelung bei Familienunternehmen – Verkauf als Option: Familieninterne Nachfolge ist nicht immer möglich – familienexterne Lösungsvarianten, ST *78* 10/2004, 833–840.

Arteaga Rocio/Menéndez-Requejo Susana, Family Constitution and Business Performance: Moderating Factors, Family Business Review *30* 4/2017, 320–328.

Arter Oliver, Unternehmensnachfolge mittels Unternehmensstiftung: Grundlagen (1. Teil), EF *92* 8/2018, 602–605.

Arter Oliver/Jörg Florian S., Stimmbindung mit Aktionärbindungsvertrag: Voting Trusts als Alternative, ST *81* 6–7/2007, 474–476.

Arvanitis Spyros/Stucki Tobias, Do mergers and acquisitions among small and medium-sized enterprises affect the performance of acquiring firms?, International Small Business Journal *33* 7/2015, 752–773.

Astrachan Joseph H./Klein Sabine B./Smyrnios Kosmas X., The F-PEC Scale of Family Influence: A Proposal for Solving the Family Business Definition Problem, Family Business Review *15* 1/2002, 45–58.

Auwärter Dorothee, Corporate Governance in Familienunternehmen, in: Staub Leo (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft, Zürich 2015, 129–149 (= Law & Management Praxis Bd. 2).

Bader Daniel/Seiler Corinna, Unternehmensnachfolge bei Familienunternehmen: Darstellung güter-, erb- und steuerrechtlicher Hürden anhand vier verschiedener Übertragungsvarianten, EF *91* 3/2017, 146–151.

BAIER MICHAEL, Unregulierte Rechtsformen zur Strukturierung von Private Equity-Investitionen: Eine Untersuchung anhand der Akquisitionsgesellschaften im Leveraged Management Buy-Out, Diss. Bern, Zürich 2019.

BALZ ULRICH/BERNAU-HENKEL DETLEF, Unternehmensnachfolge im Mittelstand, in: BOROWICZ FRANK/MITTERMAIR KLAUS (Hrsg.), Strategisches Management von Mergers & Acquisitions: State of the Art in Deutschland und Österreich, Wiesbaden 2006, 57–72.

BARACH JEFFREY A./GANITSKY JOSEPH B., Successful Succession in Family Business, Family Business Review *8* 2/1995, 131–155.

BASTIAN OLIVIER, Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration: Rôles du conseil d'administration, de ses comités et de l'assemblée générale, Diss. Lausanne 2010 (= CEDIDAC Bd. 85).

BAUMANN MAJA R., Die Familienholding, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005 (= SSHW Bd. 244).

BAUMGARTNER BERNHARD, Familienunternehmen und Zukunftsgestaltung: Schlüsselfaktoren zur erfolgreichen Unternehmensnachfolge, Wiesbaden 2009.

BECEREN BÜSRA, Unternehmenszuwendung zu Lebzeiten des Erblassers: Unter besonderer Berücksichtigung von Nutzniessungsrechten an Aktien, Diss. Zürich 2021.

BENDER ANOUK, Risikomanagement in Familienunternehmen, in: STAUB LEO (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft IV, Zürich 2018, 57–75 (= Law & Management Praxis Bd. 8).

BERENT-BRAUN MARTA M./UHLANER LORRAINE M., Family governance practices and teambuilding: paradox of the enterprising family, Small Business Economics *38* 1/2012, 103–119.

BERGMANN HEIKO/HALTER FRANK/ZELLWEGER THOMAS, Regulierungsfolgenabschätzung Revision Erbrecht (Unternehmensnachfolge): Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, St. Gallen, April 2018, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/gutachten-kmu-hsg-d.pdf.download.pdf/gutachten-kmu-hsg-d.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

BERINGER CHRISTIAN, Unternehmensnachfolge in der Familie – Eine lösbare Aufgabe?, TREX *30* 3/2023, 170–174.

BERNHARD FABIAN/JASKIEWICZ PETER, Ownership Perceptions in Family Businesses – Psychological Difficulties of the Retiring Owner-Manager, in: STAMM ISABELL/BREITSCHMID PETER/KOHLI MARTIN (Hrsg.), Doing Succession in Europe: Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective, Zürich/Basel/Genf 2011, 215–240.

BERTSCHINGER URS, Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs – Durchzogene Bilanz der Aktienrechtsrevision, SZW *94* 3/2022, 187–201. (zit. BERTSCHINGER, Einsichtsrecht)

Bertschinger Urs, Wie die Arbeit, so der Lohn – Vergütung in privaten und kotierten Gesellschaften, SZW *90* 4/2018, 393–405. (zit. Bertschinger, Lohn)

Bettinelli Cristina, Boards of Directors in Family Firms: An Exploratory Study of Structure and Group Process, Family Business Review *24* 2/2011, 151–169.

Bizzarro Matthias, La successione aziendale, Novità fiscali *11* 2/2020, 93–106.

Bloch Olivier, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse: Avec un aperçu du droit des marchés financiers, 3. Auflage, Zürich 2021.

Bloom Nicholas/Van Reenen John, Measuring and explaining management practices across firms and countries, Quarterly Journal of Economics *122* 4/2007, 1351–1408.

Böckli Peter, Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufsrechten und Übernahmepflichten, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich 1998, 35–73 (= Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 13). (zit. Böckli, Aktionärbindungsverträge)

Böckli Peter, Leitgrundsätze für eine Best Practice des KMU-Verwaltungsrates, SZW *86* 5/2014, 522–532. (zit. Böckli, Leitgrundsätze)

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Auflage, Zürich 2022. (zit. Böckli, Aktienrecht)

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht: Mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2009. (zit. Böckli, Aktienrecht (4. Auflage))

Böckli Peter, Stimmenmehrheit unter Verdacht: Wege und Irrwege im aktienrechtlichen Minderheitenschutz, SZW *88* 5/2016, 444–463. (zit. Böckli, Stimmenmehrheit)

Böckli Peter/Bühler Christoph B., Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten, in: Vogt Nedim/Stupp Eric/Dubs Dieter (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht: Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, 37–64.

Böckli Peter/Morscher Lukas, Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, SZW *69* 1997, 53–65.

Boog Christopher et al., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Bd. III: Art. 353–399 ZPO, Art. 407 ZPO, Bern 2014. (zit. BK ZPO III-Bearbeiter(-in), Art. x N y)

Bösiger Markus, Bedeutung und Grenzen des Aktionärbindungsvertrages bei personenbezogenen Aktiengesellschaften, REPRAX *5* 1/2003, 1–17.

Bösiger Markus/Engel Daniel, Aktionärsvereinbarungen, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht: Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2022, 270–283.

BRENES ESTEBAN R./MADRIGAL KRYSSIA/REQUENA BERNARDO, Corporate governance and family business performance, Journal of Business Research *64* 3/2011, 280–285.

BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS/PESENTI FRANCESCA, Die erbrechtlichen Klagen, 4. Auflage, Zürich 2022.

BUCHER MARKUS/SCHWENDENER PATRICK, Die Bewertung von Familienunternehmen: Neben Bewertungsmethoden spielen weitere Faktoren eine massgebliche Rolle, ST *81* 5/2007, 340–347.

BÜHLER CHRISTOPH B., «Family Business Governance»: Zehn Leitlinien einer «Good Governance» in Familienunternehmen, AJP *15* 3/2006, 317–327. (zit. BÜHLER, Governance)

BÜHLER CHRISTOPH B., Steuerung des Anteilseignerkreises in Schweizer Familiengesellschaften, in: VOGT HANS-UELI/FLEISCHER HOLGER/KALSS SUSANNE (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften: Siebtes Deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium, Zürich 12.–13. Mai 2016, Tübingen 2017, 221–236. (zit. BÜHLER, Steuerung)

BURCKHARDT BERTOSSA JACQUELINE/TRACHSEL DANIEL, Nachlassplanung bei komplexen Familienverhältnissen: Ein Workshopbericht, in: FANKHAUSER ROLAND/BÜCHLER ANDREA (Hrsg.), Neunte Schweizer Familienrecht§Tage: 18./19. Januar 2018 in Basel, Bern 2018, 99–108 (= FamPra.ch Bd. 25).

BUTTY PHILIPPE, L'entreprise familiale transnationale: La préparation de la succession, ST *79* 1–2/2005, 39–43.

CARENZA MARCO/JACQUEMOUD PHILIPPE, La mise en œuvre des droits et obligations découlant des conventions d'actionnaires, SJZ *119* 1/2023, 7–21.

CARNAZZI WEBER SARA/KLEIN MARIE/ZELLWEGER THOMAS/ZUMBÜHL PASCAL, Unternehmensnachfolge in der Praxis: Nachfolgestudie 2022, Zürich, September 2022, abrufbar unter <https://cfb.unisg.ch/fileadmin/user_upload/HSG_ROOT/Institut_CFB/Forschung/Hauptforschungsgebiete/Nachfolge_in_Familienunternehmen/2022_Credit_Suisse_Unternehmensnachfolge_in_der_Praxis.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

CARNEY WILLIAM J., Corporate Finance: Principles and Practice, 3. Auflage, St. Paul 2015.

CHENAUX JEAN-LUC, Gouvernance des sociétés de famille – Quels sont les enjeux?, SZW *87* 5/2015, 517–526.

CHERIDITO YVES/SCHNELLER THOMAS, Discounts und Premia in der Unternehmensbewertung: Sorgfältige Analyse und Anwendungshinweise unerlässlich, ST *82* 6–7/2008, 416–422.

CHRISTEN ANDREAS/HALTER FRANK A./KAMMERLANDER NADINE/KÜNZI DAMIAN/MERKI MANUELA/ZELLWEGER THOMAS MARKUS, Erfolgsfaktoren für Schweizer KMU: Unternehmensnachfolge in der Praxis, Zürich, Juni 2013, abrufbar unter <https://cfb.unisg.ch/fileadmin/user_upload/HSG_ROOT/Institut_CFB/Forschung/Hauptforschungsgebiete/Nachfolge_in_Familienunternehmen/2013_Studie_Er

folgsfaktoren_fuer_Schweizer_KMU_Unternehmensnachfolge_in_der_Praxis.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023). (zit. CHRISTEN et al.)

CONRAD NICOLE, Präventives Konfliktmanagement, in: SESTER PETER (Hrsg.), Family Offices: Recht, Management und Banking, Zürich 2017, 53–86.

CONRAD NICOLE/HELLER DAMIANO, Nachfolgeplanung in Unternehmen im Lichte des Erb- und Familienrechts sowie des Gesellschaftsrechts, in: SESTER PETER (Hrsg.), Family Offices: Recht, Management und Banking, Zürich 2017, 87–140.

DAENIKER DANIEL, One share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich 2013, 145–182 (= EIZ Bd. 137).

DAENIKER DANIEL/HASLER DANIEL, M&A und Governance bei Familiengesellschaften, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich 2017, 85–128 (= EIZ Bd. 179).

DARDEL DANIELA, Die Unternehmensnachfolge *de lege lata et ferenda* – unter besonderer Berücksichtigung der Rolle des Willensvollstreckers, in: BREITSCHMID PAUL/EITEL PAUL/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker: Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich 2021, 45–74 (= successio-Schriften Bd. 4).

DAVIS PETER S./HARVESTON PAULA D., In the Founder's Shadow: Conflict in the Family Firm, Family Business Review *12* 4/1999, 311–323.

DAZIO GIOVANNI/VON DER CRONE HANS CASPAR, Das Vorrecht auf Dividende bei Vorzugsaktien und Vorzugspartizipationsscheinen: Bundesgerichtsurteil 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 (zur Publikation vorgesehen), SZW *93* 2/2021, 236–249.

DEHLEN TOBIAS/ZELLWEGER THOMAS/KAMMERLANDER NADINE/HALTER FRANK, The role of information asymmetry in the choice of entrepreneurial exit routes, Journal of Business Venturing *29* 2/2014, 193–209.

DE MASSIS ALFREDO/CHUA JESS H./CHRISMAN JAMES J., Factors Preventing Intra-Family Succession, Family Business Review *21* 2/2008, 183–199.

DE MASSIS ALFREDO/KOTLAR JOSIP/CAMPOPIANO GIOVANNA/CASSIA LUCIO, Dispersion of family ownership and the performance of small-to-medium size private family firms, Journal of Family Business Strategy *4* 3/2013, 166–175.

DIEM HANS-JAKOB, Der selektive Aktienrückkauf, in: JUNG PETER/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/CRAMER CONRADIN (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts: Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, 117–133.

DRUEY JEAN NICOLAS, Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: DRUEY JEAN NICOLAS/FORSTMOSER PETER (Hrsg.), Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich 1998, 7–33 (= Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 13).

EDDLESTON KIMBERLY A./KELLERMANNS FRANZ W., Destructive and productive family relationships: A stewardship theory perspective, Journal of Business Venturing *22* 4/2007, 545–565.

EGLE CARLO, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs: Unter besonderer Berücksichtigung der neuen Anti-Geldwäschereibestimmungen des GwG und der Art. 697*i* ff. OR, Diss. Zürich 2018 (= SSHW Bd. 343).

EHRAT FELIX R./FREY THOMAS, Nachfolgeplanung aus ehegüter- und erbrechtlicher Sicht: Rechtliche Möglichkeiten und Einschränkungen, ST *81* 5/2007, 328–333.

EITEL PAUL, Der Entwurf des Bundesrats vom 10. Juni 2022 zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge)» – ein weiterer Schritt in die richtige Richtung auf dem Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?, successio *16* 4/2022, 353–360. (zit. EITEL, Entwurf)

EITEL PAUL, Eigentumstransfer an Familienunternehmen in der Schweiz – erbrechtliche Aspekte, in: STAMM ISABELL/BREITSCHMID PETER/KOHLI MARTIN (Hrsg.), Doing Succession in Europe: Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective, Zürich/Basel/Genf 2011, 271–298. (zit. EITEL, Eigentumstransfer)

EITEL PAUL, KMU und Pflichtteilsrecht, in: SCHMID JÖRG/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU: Erb-, Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, Zürich 2006, 44–91 (= LBR Bd. 12). (zit. EITEL, KMU)

EITEL PAUL, Zivilrechtliche, insbesondere güter-, erb- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmensnachfolge, recht Studienheft 6 2003, 1–22. (zit. EITEL, Probleme)

ELMIGER FABIENNE, Das Unternehmen in der Erbteilung: Die Teilungsart (Art. 607–619 ZGB), Diss. Luzern, Zürich 2012 (= LBR Bd. 68).

ERK NADJA, Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärbindungsvertrag, REPRAX *19* 4/2017, 146–182.

FABIS FELIX GEORG, Instrumentarien zur Vermeidung und Lösung von Gesellschafterkonflikten in Familienunternehmen, in: VON SCHLIPPE ARIST/RÜSEN TOM/GROTH TORSTEN (Hrsg.), Beiträge zur Theorie des Familienunternehmens, Lohmar/Köln 2009, 269–290 (= Schriften zu Familienunternehmen Bd. 1).

FÄHRLANDER LUKAS, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Unternehmensnachfolge, ZSR *138* I 3/2019, 285–315.

FELDEN BIRGIT/HACK ANDREAS/HOON CHRISTINA, Management von Familienunternehmen: Besonderheiten – Handlungsfelder – Instrumente, 2. Auflage, Wiesbaden 2019.

FELDEN BIRGIT/WINTERS SEBASTIAN, Stabilität in Familienunternehmen, in: SESTER PETER (Hrsg.), Family Offices: Recht, Management und Banking, Zürich 2017, 33–51.

FILSER MATTHIAS/KRAUS SASCHA/MÄRK STEFAN, Psychological aspects of succession in family business management, Management Research Review *36* 3/2013, 256–277.

FISCHER DAMIAN, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen: Vertrags-, gesellschafts- und börsenrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 2009 (= SSHW Bd. 281). (zit. FISCHER D., Änderungen)

FISCHER DAMIAN A., Privatautonome Konfliktlösung in Aktiengesellschaften, GesKR *16* 2/2021, 225–237. (zit. FISCHER D., Konfliktlösung)

Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, ADR – Alternative Dispute Resolution: Verhandlung, Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Hybride ADR-Verfahren, Zürich/St. Gallen 2021.

Fischer Martin, Mediation in der Unternehmensnachfolge, Frankfurt am Main 2017 (= Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement Bd. 10). (zit. Fischer M.)

Forstmoser Peter, Corporate Governance – eine Aufgabe auch für KMU?, in: von der Crone Hans Caspar/Forstmoser Peter/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 475–505. (zit. Forstmoser, Governance)

Forstmoser Peter, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertrags- und Körperschaftsrecht, in: Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 375–407. (zit. Forstmoser, Aktionärbindungsvertrag)

Forstmoser Peter, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 85–129 (= Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 11). (zit. Forstmoser, Informationsrechte)

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft: Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2011. (zit. Forstmoser, Organisation)

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Aktionärbindungsverträge: Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015. (zit. Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge)

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, «Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 35–62. (zit. Forstmoser/Küchler, Vertreter)

Freiherr von Rechenberg Wolf-Georg, Einleitung – Abgrenzung der Familienunternehmen von anderen Unternehmen, in: Freiherr von Rechenberg Wolf-Georg/Thies Angelika/Wiechers Heiko (Hrsg.), Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien: Gestaltungspraxis in Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2020, 31–51.

Freund Werner, Familieninterne Unternehmensnachfolge: Erfolgs- und Risikofaktoren, Diss. Vallendar, Wiesbaden 2000.

Frey Urs/Halter Frank/Zellweger Thomas, Nachfolger gesucht!: Empirische Erkenntnisse und Handlungsempfehlungen für die Schweiz, Zürich, August 2005, abrufbar unter <https://www.alexandria.unisg.ch/bitstreams/10eb0cb0-2efc-4225-a6d8-4e037848bda7/download> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

FRICK JÜRG, Private Equity im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2009 (= SSHW Bd. 272). (zit. FRICK J.)

FRICK MANUEL, KMU und Corporate Governance oder «There ain't no such thing as a free lunch», in: DÜRR DAVID/LARDI MAURO/ROUILLER NICOLAS (Hrsg.), Unternehmensführung und Recht: Regulatorisches Umfeld für KMU, Zürich 2019, 121–136. (zit. FRICK M.)

FRIES MARTIN/DEUTLMOSER RALF, Mediation im Erbrecht, Wiesbaden 2023.

FUEGLISTALLER URS/HALTER FRANK, Familienunternehmen in der Schweiz: Empirische Fakten zur Bedeutung und Kontinuität, ST *79* 1–2/2005, 35–38.

FUEGLISTALLER URS/ZELLWEGER THOMAS, Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen in der Schweiz, Schweizer Arbeitgeber Nr. 15, 9. August 2007, 30–34.

GEISER THOMAS, Unternehmensnachfolge: Ehevertrag, Erbvertrag/Testament und Sozialversicherungen als Lösungen, in: WALDBURGER ROBERT/SESTER PETER/PETER CHRISTOPH/BAER CHARLOTTE M. (Hrsg.), Law & Economics: Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 183–200.

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, 7. Auflage, Basel 2022. (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II: Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Basel 2023. (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

GERICKE DIETER, Entsandter Verwaltungsrat – Entsendender Fonds – Portfoliogesellschaft: Eine rechtliche Analyse des «Ménage à Trois», in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Private Equity IV: Entwicklungen, Themen und Spannungsfelder, Zürich 2014, 125–172 (= EIZ Bd. 155). (zit. GERICKE, Verwaltungsrat)

GERICKE DIETER, Vorzugsrechte des Venture Capital-Investors, in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Private Equity: Verträge und Rechtsfragen bei Venture Capital Investments (auf Grundlage der SECA-Musterverträge), Zürich 2011, 101–146 (= EIZ Bd. 118). (zit. GERICKE, Vorzugsrechte)

GERICKE DIETER/DALLA TORRE LUCA, Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in: KUNZ PETER V./JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 19–76.

GERMANN SANDRO, Die personalistische AG und GmbH: Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich 2015 (= SSHW Bd. 327).

GLANZMANN LUKAS, Das Proporzwahlverfahren *(cumulative voting)* als Instrument der Corporate Governance, in: SCHWEIZER RAINER J./BURKERT HERBERT/GASSER URS (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 401–425.

Goel Sanjay/Jussila Iiro/Ikäheimonen Tuuli, Governance in Family Firms: A Review and Research Agenda, in: Melin Leif/Nordqvist Mattias/Sharma Pramodita (Hrsg.), The SAGE Handbook of Family Business, Los Angeles/London 2014, 226–248.

Graebner Melissa E./Eisenhardt Kathleen M., The Seller's Side of the Story: Acquisition as Courtship and Governance as Syndicate in Entrepreneurial Firms, Administrative Science Quarterly *49* 3/2004, 366–403.

Guillaume Florence, Aspects successoraux de la transmission d'une entreprise à un descendant: La transmission d'une entreprise de famille, ST *81* 5/2007, 333–339.

Guillaume Florence/Papeil Anne-Sophie, Transmission d'une entreprise familiale à un descendant: Essai comparatif Suisse-France, La semaine judiciaire – doctrine *131* 2/2009 II, 33–75.

Haab Dieter, Der Aktionärbindungsvertrag: Vereinbarung zur Ergänzung des Aktienrechts und Mittel für eine massgeschneiderte Nachfolgeregelung, ST *81* 5/2007, 383–386.

Habbe Julia Sophia/Gieseler Konrad, Freunde kann man sich aussuchen, Familie hat man – Strategien zur Vermeidung und Lösung von Konflikten in Familienunternehmen, NZG *19* 26/2016, 1010–1015.

Hagen-Eck Regine, Streitvermeidung und Streitlösung unter Gesellschaftern des Familienunternehmens, in: Freiherr von Rechenberg Wolf-Georg/Thies Angelika/Wiechers Heiko (Hrsg.), Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien: Gestaltungspraxis in Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2020, 738–774.

Halter Frank/Buchmann Claudia/Lardi Mauro, Ganzheitliche Nachfolge entlang dem St. Galler Nachfolge-Modell, in: Lardi Mauro/Dürr David/Rouiller Nicolas (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2022, 1–18.

Halter Frank/Frey Urs, Ganzheitliche Unternehmensnachfolge: Abwicklung steht nicht im Zentrum, ST *81* 5/2007, 314–318.

Halter Frank/Kammerlander Nadine, KMU Nachfolge – Quo Vadis?: Unsichere Zeiten – ist jetzt der falsche Moment?, Stiftung KMU Next Bericht 1/2012 (aktualisiert per 13.06.2013), Bern, Februar 2012, abrufbar unter <https://www.alexandria.unisg.ch/bitstreams/e825538a-3254-41fe-ba01-152233a55ecf/download> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023). (zit. Halter/Kammerlander, KMU)

Halter Frank/Kammerlander Nadine, Nachfolge als Prozess: Herausforderungen und Gestaltung im Zeitraum, KMU Next Schriftenreihe 2/2014, Bern, Juni 2014, abrufbar unter <https://www.alexandria.unisg.ch/bitstreams/231dc7a1-7742-42c0-9f98-6c49ffd956cf/download> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023. (zit. Halter/Kammerlander, Prozess)

Halter Frank/Schrettle Thomas/Baldegger Rico, Erfolgreiche Unternehmensnachfolge: Studie mit KMU-Unternehmern zu emotionalen und finanziellen Aspekten,

Zürich, Februar 2009, abrufbar unter <https://cfb.unisg.ch/fileadmin/user_upload/HSG_ROOT/Institut_CFB/Forschung/Hauptforschungsgebiete/Nachfolge_in_Familienunternehmen/Nachfolgestudie_2009.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

HALTER FRANK/SCHRÖDER RALF, Das St. Galler Nachfolgemodell: Ein Rahmenkonzept zum Planen, Gestalten und Umsetzen einer ganzheitlichen Unternehmensnachfolge, 5. Auflage, Bern 2022.

HAMPEL SARA, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachlassplanung, Jusletter 11. Februar 2019.

HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2016.

HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, 4. Auflage, Zürich 2009. (zit. ZK OR V/4a-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht: Art. 620–659*b* OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich 2016. (zit. ZK OR (Art. 620–659*b*)-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht: Art. 698–726 und 731*b* OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3. Auflage, Zürich 2018. (zit. ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

HANDSCHIN LUKAS/JUNG PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht: Art. 660–697*m* OR, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2. Auflage, Zürich 2021. (zit. ZK OR (Art. 660–697*m*)-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

HANSELMANN PETRA/HERZOG SABINE, Familieninterne Unternehmensnachfolge – gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: SCHMID JÜRG (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar: La société au fil du temps: Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015 in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne, Zürich 2016, 287–313.

HARDER SCHULER CHRISTA-MARIA, Corporate Governance in nicht kotierten Aktiengesellschaften: Gesellschafts- und schuldrechtliche Ausgestaltung von KMU, Diss. Zürich 2013 (= SSHW Bd. 314).

HÄUSERMANN CAROLE/BUSSMANN TONI, Erfolgsrezept KMU – Teil 1: Königsdisziplin Familie, TREX *26* 6/2019, 334–338.

HÄUSERMANN DANIEL M., Stimmrechtsaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, SZW *87* 3/2015, 239–249.

HAUSHEER HEINZ, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Diss. Bern 1970 (= ASR Bd. 399).

HENNERKES BRUN-HAGEN/KIRCHDÖRFER RAINER, Die Familie und ihr Unternehmen: Strategie, Liquidität, Kontrolle, 3. Auflage, Frankfurt/New York 2015.

Henninger Julia, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge: am Beispiel der Familienaktiengesellschaft, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich 2019 (= AISUF Bd. 394).

Hensch Angela/Staub Leo, Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeregelung: In Familiengesellschaften von zentraler Bedeutung für die Kontinuität, ST *76* 12/2002, 1173–1177.

Héritier Lachat Anne, Les conventions d'actionnaires ou la face cachée de la lune, in: Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Héritier Lachat Anne (Hrsg.), Le contrat dans tous ses états: Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la semaine judiciaire, Bern 2004, 101–124. (zit. Héritier Lachat, Lune)

Héritier Lachat Anne, Les conventions d'actionnaires: quelques exemples pratiques, in: Ling Peter (Hrsg.), Les successions dans les entreprises, Lausanne 2006, 85–113 (= CEDIDAC Bd. 69). (zit. Héritier Lachat, Exemples)

Herzog Peter, Die Unternehmung in der Erbteilung – einige ausgewählte Fragen aus der Praxis, in: Druey Jean Nicolas/Breitschmid Peter (Hrsg.), Praktische Probleme der Erbteilung, Bern/Stuttgart/Wien 1997, 181–203 (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 46).

Herzog Sabine/Jahnel Werner, Nachlassplanung, Zürich 2022.

Hinderer Michael, Familienunternehmen und M&A-Transaktionen, in: Kirchdörfer Rainer/Lorz Rainer/Wiedemann Andreas/Kögel Rainer/Frohnmayer Thomas (Hrsg.), Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft: Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, München 2009, 369–388.

Hintz-Bühler Monika, Aktionärbindungsverträge, Diss. Bern 2001 (= ASR Bd. 659).

Hösly Balz/Ferhat Nadira, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, successio *10* 2/2016, 100–130.

Huber-Purtschert Tina/Maissen Eva, Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, 181–201.

Hubler Thomas, Ten Most Prevalent Obstacles to Family-Business Succession Planning, Family Business Review *12* 2/1999, 117–121.

Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Auflage, Zürich 2016. (zit. CHK OR (Art. 319–529)-Bearbeiter (-in), Art. x N y)

Hüttche Tobias/Meier-Mazzucato Giorgio, Unternehmensbewertung von Schweizer KMU: Kommentierung der Fachmitteilung «Unternehmensbewertung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)» von EXPERTsuisse, Zürich 2018 (= Schriftenreihe EXPERTsuisse Bd. 190).

Jaccard Michel, Conventions d'actionnaires et PME, ST *88* 4/2014, 338–340.

JAUSSI THOMAS/PFIRTER MARKUS, Unternehmensnachfolge – Steuerliche Aspekte und Stolpersteine: Von der steuerlichen Risikominimierung zur steuerlichen Chancennutzung, ST *81* 5/2007, 390–395.

JENTSCH VALENTIN, Unternehmensbewertungen von nicht börsenkotierten Kapitalgesellschaften im Gesellschafts- und Umstrukturierungsrecht, GesKR *14* 2/2019, 218–243.

JÖRG FLORIAN S./MÜLLER CORNELIA M., Löhne, Boni und Minderheitsrechte, in: KUNZ PETER V./JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 313–380.

JUNG HUBERT, Überblick über die Formen der Unternehmensnachfolge, in: WIESENHAHN ANDREAS (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Praxishandbuch für Familienunternehmen, 2. Auflage, Wiesbaden 2020, 71–81.

KAILER NORBERT, Fällt der Apfel weit vom Stamm?: Nachfolgeplanung im Familienunternehmen, in: FELDBAUER-DURSTMÜLLER BIRGIT/WIEBL MARTIN R. W. (Hrsg.), Controlling in Forschung und Praxis: 25 Jahre spezielle Betriebswirtschaftslehre «Controlling» an der JKU Linz, Wien 2014, 267–286.

KÄSER CHRISTOPH/GYSI MARKUS, Management Buy-out: Qualifizierte Gründung?, REPRAX *14* 1/2012, 29–42.

KEIST DANIEL, IPO als Nachfolgelösung: Regulatorische Rahmenbedingungen einer Kotierung an der SWX, ST *81* 5/2007, 364–368.

KIESER UELI, Wie können Familienunternehmer ihren Ruhestand finanzieren?, in: STAMM ISABELL/BREITSCHMID PETER/KOHLI MARTIN (Hrsg.), Doing Succession in Europe: Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective, Zürich/Basel/Genf 2011, 325–346.

KIPFER-BERGER JONAS, Das Spannungsfeld zwischen dem Pflichtteilsrecht und dem Generationenwechsel in Familienunternehmen: Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda, Diss. Basel 2018 (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht Bd. 132).

KISSLING SONJA/HALTER FRANK/GISSELBRECHT THOMAS, Liquidation: Die geordnete Geschäftsaufgabe als strategische Nachfolgeoption, Stiftung KMU Next Bericht 2/2013, Bern, Juni 2013, abrufbar unter <https://www.alexandria.unisg.ch/bitstreams/6273e542-32e8-4f98-898a-a865920849c6/download> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

KISSLING STREULI SONJA, The role of distributive justice for family firm governance and succession, Diss. St. Gallen 2018.

KLEIN SABINE B., Familienunternehmen: Theoretische und empirische Grundlagen, 3. Auflage, Lohmar 2010. (zit. KLEIN, Familienunternehmen)

KLEIN SABINE B., Family Businesses in Germany: Significance and Structure, Family Business Review *13* 3/2000, 157–182. (zit. KLEIN, Businesses)

Knecht Nicolina/Jung-Utzinger Julia, Mediation, in: Münch Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch: Musterverträge für die Praxis, 3. Auflage, Basel 2018, 71–95.

Knobloch Stefan, Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, GesKR *8* 4/2013, 551–569.

Kohler Irina/Ingerl Carina, Unternehmensnachfolge und Family Business Governance im Mittelstand: Eine empirische Studie zur Nachfolgeproblematik in der Region Fulda, Hochschule Fulda Discussion Paper No. 9, Fulda, Juli 2014, abrufbar unter <https://fuldok.hs-fulda.de/opus4/files/240/FB_W_Discussion_Paper_No_9_Kohler_Ingerl_Unternehmensnachfolge_und_Family_Business_Governance_im_Mittelstand.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

Kotlar Josip/De Massis Alfredo, Goal Setting in Family Firms: Goal Diversity, Social Interactions, and Collective Commitment to Family-Centered Goals, Entrepreneurship Theory and Practice *37* 6/2013, 1263–1288.

Krebs Alexander/Eckhardt Ulrich, Finanzinvestoren wollen wir nicht in unserem Unternehmen! – oder doch?: Private-Equity-Lösung bis hin zum Börsengang, ST *81* 5/2007, 355–359.

Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 2023. (zit. OFK OR-Bearbeiter(-in), Art. x N y)

Krepper Peter, Stolpersteine bei der Unternehmensnachfolge – Mandatserwahrung mit Mediation, TREX *24* 6/2017, 338–342.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat: Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Auflage, Bern 2005.

Kühni Beat, Exitregelungen in Venture Capital/Private Equity Finanzierungen – Ausgestaltung, Durchsetzung und Schranken, in: Gericke Dieter (Hrsg.), Private Equity: Verträge und Rechtsfragen bei Venture Capital Investments (auf Grundlage der SECA-Musterverträge), Zürich 2011, 147–229 (= EIZ Bd. 118).

Kunz Peter V., Familienunternehmen in der Schweiz: Herausforderungen sowie Lösungsmöglichkeiten, EF *92* 6–7/2018, 449–456. (zit. Kunz, Familienunternehmen)

Kunz Peter V., Zu «Exit» und «Voice»: Grundmechanismen des Minderheitenschutzes bzw. des Aktionärsschutzes, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 17–47. (zit. Kunz, Grundmechanismen)

Künzle Hans Rainer, Business Succession Planning, in: Weber Peter Johannes/Weber Marc/Seitz Riccardo/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Liber discipulorum et amicorum: Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 128–161 (= SSVV Bd. 2). (zit. Künzle, Planning)

Künzle Hans Rainer, Unternehmen im Nachlass – insbesondere Vollstreckung an Gesellschaftsanteilen: Länderbericht Schweiz, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag: Referate des Weiterbildungs-

seminars des Vereins Successio und der Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e.V. an der Universität Luzern vom 21. April 2017, Zürich 2018, 47–67 (= SSVV Bd. 14). (zit. KÜNZLE, Nachlass)

KÜNZLE HANS RAINER, Unternehmensstiftung – Quo Vadis?: Vorschläge zur Weiterentwicklung, ST *81* 5/2007, 369–372. (zit. KÜNZLE, Unternehmensstiftung)

KUSIO DANIEL/STRUTYNSKI ROMAN, Nachfolgefinanzierungen mit unternehmerischem Eigenkapital, TREX *15* 3/2008, 166–168.

LÄCHLER CHRISTOPH/BLUM HANS CHRISTIAN, Family Governance in Familienunternehmen, in: FREIHERR VON RECHENBERG WOLF-GEORG/THIES ANGELIKA/WIECHERS HEIKO (Hrsg.), Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien: Gestaltungspraxis in Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2020, 875–897.

LANG THEODOR, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2003.

LANGE KNUT WERNER, Corporate Governance in Familienunternehmen als Herausforderung für Wissenschaft und Praxis, in: LANGE KNUT WERNER/LEIBLE STEFAN (Hrsg.), Governance in Familienunternehmen, Jena 2010, 15–24.

LANGENEGGER ROLF, Unternehmensbewertung, in: LARDI MAURO/DÜRR DAVID/ROUILLER NICOLAS (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2022, 209–230.

LE BRETON-MILLER ISABELLE/MILLER DANNY/STEIER LLOYD P., Toward an Integrative Model of Effective FOB Succession, Entrepreneurship Theory and Practice *28* 4/2004, 305–328.

LEUBA AUDREY, Transmissions d'entreprises en droit des successions: de quelques difficultés actuelles et améliorations possibles, in: STEINAUER PAUL-HENRI/MOOSER MICHEL/EIGENMANN ANTOINE (Hrsg.), Journée de droit successoral 2019, Bern 2019, 15–59.

LIATOWITSCH MANUEL/BELL KATHERINE, Streit vermeiden im Familienunternehmen, NZZ 23. April 2018, 12.

LÜTHI DOMINIC R./NEUWEILER RENÉ, Auswahl von VR-Mitgliedern, in: DÜRR DAVID/LARDI MAURO/ROUILLER NICOLAS (Hrsg.), Unternehmensführung und Recht: Regulatorisches Umfeld für KMU, Zürich 2019, 155–173.

LUTTER MARCUS, Corporate Governance in Familienunternehmen, in: LANGE KNUT WERNER/LEIBLE STEFAN (Hrsg.), Governance in Familienunternehmen, Jena 2010, 25–33.

MAHLER BRUNO/VON DER CRONE HANS CASPAR, Vergütungstransparenz in Schweizer Aktiengesellschaften: Bundesgerichtsurteil 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, SZW *93* 4/2021, 513–525.

MARTIN FRANÇOISE, Sociétés anonymes de famille: Structure, maintien et optimisation de la détention du capital, 2. Auflage, Zürich 2013.

Meier-Mazzucato Giorgio/Montandon Marc A., Wert- bzw. Preisperspektiven und Paketzu- und -abschläge bei der Unternehmensbewertung und bei Unternehmenstransaktionen, TREX *18* 5/2011, 270–275.

Meier Schleich Philipp, Option und Optionsvertrag: Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2018 (= ZStP Bd. 289).

Menghini Fabiano, Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung und deren Folgen: Besprechung des Urteils 4A_45/2017 des Bundesgerichts vom 27. Juni 2017, GesKR *12* 3/2017, 355–360.

Meyer Max, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis, ZBJV *136* 6/2000, 421–426.

Morris Michael H./Williams Roy O./Allen Jeffrey A./Avila Ramon A., Correlates of success in family business transitions, Journal of Business Venturing *12* 5/1997, 385–401.

Morris Michael H./Williams Roy W./Nel Deon, Factors influencing family business succession, International Journal of Entrepreneurial Behaviour & Research *2* 3/1996, 68–81.

Müller Janine Stefanie, Die Rechtsstellung des Anlegeraktionärs der SICAV: Unter besonderer Berücksichtigung des Publikumsanlegers, Diss. Bern, Zürich 2018 (= SSHW Bd. 344). (zit. Müller J.)

Müller Karin, Unternehmensnachfolge an der Schnittstelle von Erb- und Gesellschaftsrecht – Bemerkungen zu Art. 522a und Art. 618 VE-ZGB 2019, in: Schmid Jörg/Aebi-Müller Regina/Breitschmid Peter/Graham-Siegenthaler Barbara/Jungo Alexandra (Hrsg.), Spuren im Erbrecht: Festschrift für Paul Eitel, Zürich 2022, 467–481. (zit. Müller K.)

Müller Roland, Der Aktionärbindungsvertrag aus notarieller Sicht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht – insbesondere aus der Sicht des Notariats: Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2018, Bern 2018, 181–220 (= INR Bd. 24). (zit. Müller R.)

Müller Roland/Biedermann Kathrin, Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung, AJP *24* 6/2015, 885–895.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat: Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. I, 5. Auflage, Zürich 2021. (zit. Müller/Lipp/Plüss, Verwaltungsrat I)

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat: Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. II, 5. Auflage, Zürich 2021. (zit. Müller/Lipp/Plüss, Verwaltungsrat II)

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, AJP *20* 5/2011, 587–598. (zit. Müller/Lipp/Plüss, Minderheitenschutz)

NAGL ANNA, Was ist, wenn ich aufhöre?, in: NAGL ANNA (Hrsg.), Wie regele ich meine Nachfolge?: Leitfaden für Familienunternehmen, 3. Auflage, Wiesbaden 2019, 1–17.

NEUVIANS NICOLE/RÖSCHMANN KRISTIN/GERARDS VICTORIA, Konfliktmanagement in KMU, in: GLÄSSER ULLA/KIRCHHOFF LARS/WENDENBURG FELIX (Hrsg.), Konfliktmanagement in der Wirtschaft: Ansätze, Modelle, Systeme, Baden-Baden 2014, 413–439 (= Interdisziplinäre Studien zu Mediation und Konfliktmanagement Bd. 2).

NIGGEMANN KARL A., Alternative Wege und Erfolgsfaktoren bei der Unternehmensnachfolge, in: FAHRENSCHON GEORG/KIRCHHOFF ARNDT GÜNTER/SIMMERT DIETHARD B. (Hrsg.), Mittelstand – Motor und Zukunft der deutschen Wirtschaft: Erfolgskonzepte für Management, Finanzierung und Organisation, Wiesbaden 2015, 107–125.

NONN MICHAEL, Ehegüter- und Erbrecht, Ehe- und Erbverträge, in: LARDI MAURO/DÜRR DAVID/ROUILLER NICOLAS (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2022, 65–102.

NÖTZLI BREINLINGER URSULA GABRIELA, Situative Corporate Governance: Ein Modell für kleine und mittelgrosse Familienunternehmen in der Schweiz, Diss. St. Gallen 2006.

OSER DAVID/MÜLLER ANDREAS (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 2. Auflage, Zürich 2018. (zit. Praxiskommentar VegüV-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

PAIR LARA M., Mitarbeiterbeteiligungen, TREX *27* 1/2020, 26–31.

PAPESCH MATTHIAS, Corporate Governance in Familienunternehmen: Eine Analyse zur Sicherung der Unternehmensnachfolge, Wiesbaden 2010.

PEERMÖLLER VOLKER H., Corporate Governance in Familienunternehmen: Notwendigkeit oder Modeerscheinung?, in: KIRCHHOF PAUL/NIESKENS HANS (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Reiss zum 65. Geburtstag, Köln 2008, 721–736.

PETER HENRY, La forme juridique des entreprises de famille – ou – De la difficile coexistence entre corporate et family governance, in: LING PETER (Hrsg.), Les successions dans les entreprises, Lausanne 2006, 49–84 (= CEDIDAC Bd. 69).

PETER HENRY/JACQUEMET GUILLAUME, Groupes, sociétés de famille et entreprises responsables: à la recherche d'une gouvernance idoine …, in: KNÜSEL DAVID-ANDRÉ (Hrsg.), Développements récents en droit commercial VI, Lausanne 2018, 1–38 (= CEDIDAC Bd. 102).

PFISTERER STEFANIE/WYLER SEBASTIAN, Vorrechte bei Vorzugsaktien und (Vorzugs-)Partizipationsscheinen, wie insbesondere Dividendenvorrechte, sowie deren Schutz und Durchsetzung, SJZ *118* 18/2022, 888–897.

PICHLER MARKUS, «Familienunternehmen» im Nachlass – Aufgaben und Rechtsstellung des Willensvollstreckers, REPRAX *14* 3/2012, 16–47.

Piscula Janna/Letter Michael, Psychologische Aspekte der Unternehmensnachfolge, in: Wiesenhahn Andreas (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Praxishandbuch für Familienunternehmen, 2. Auflage, Wiesbaden 2020, 307–318.

Poltera Flurin/Walk Annette, Steuerliche Gestaltung der Nachfolge bei Kapitalgesellschaften: Übertragung von im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungsrechten auf einen Dritten, ST *81* 5/2007, 397–402.

Premand Viviane, Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich 2010 (= AISUF Bd. 295).

Rauber Sarah J.K./Togni Nicola E., Deal Mediation: Einführung in das Verfahren drittunterstützter Vertragsverhandlungen, GesKR *15* 2/2020, 282–289.

Rautenstrauch Gabriele, Optimale Gestaltung der Unternehmensnachfolge: Übertragung von Einzelunternehmen und Mitunternehmeranteilen hinsichtlich Erbschafts- und Einkommenssteuer, Diss. Bamberg, Wiesbaden 2002.

Reichmuth Patricia/von der Crone Hans Caspar, Übermässige Bindung im Aktionärbindungsvertrag: Bundesgerichtsurteil 4A_45/2017 vom 27. Juni 2017 (zur Publikation vorgesehen), SZW *89* 5/2017, 703–716.

Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Auflage, Zürich 2016. (zit. CHK OR (Art. 530–771, VegüV)-Bearbeiter(-in), Art. x N y)

Roberto Vito/Wirth Annina, Mediation in Wirtschaftsstreitigkeiten, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.), Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, 1027–1040.

Rohde Thomas/Berger Dimitrios, Privatautonomer Schutz der Minderheitsrechte oder Mehrheitsrechte in den Statuten oder Gesellschaftsverträgen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 93–121.

Romy Claude/Rochat Frédéric, Le Management Buyout: Une solution pour pérenniser les PME suisses?, EF *96* 6/2022, 239–243.

Roth Pellanda Katja, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, GesKR *7* 1/2012, 72–82.

Rouiller Nicolas/Lasserre Rouiller Colette, La gestion juridique de l'incertitude liée à une entreprise dans les accords successoraux, in: Lardi Mauro/Dürr David/Rouiller Nicolas (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2022, 121–132.

Ruckau Sophie, Psychological Ownership: Eine identitätsbasierte Betrachtung im Kontext der Unternehmensnachfolge, Diss. Chemnitz, Wiesbaden 2021.

Rüesch Adrian/Forster Matthias, Organisation des Verwaltungsrates, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schwei-

zer Aktienrecht: Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2022, 542–610.

RÜTTER JOSEF/ZWYSSIG KILIAN, Aktionärbindungsverträge, TREX *17* 3/2010, 142–144.

SANWALD RETO, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2009 (= SSHW Bd. 280).

SCHÄFER BENJAMIN, Liquidation als Strategie, in: WIESENHAHN ANDREAS (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Praxishandbuch für Familienunternehmen, 2. Auflage, Wiesbaden 2020, 187–195.

SCHENKER URS, Die rechtliche Gestaltung von Familiengesellschaften, Zürich 2003. (zit. SCHENKER, Familiengesellschaften)

SCHENKER URS, Strukturierung der Unternehmensnachfolge bei der Aktiengesellschaft, in: KUNZ PETER V./ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 221–264. (zit. SCHENKER, Unternehmensnachfolge)

SCHENKER URS, Unternehmenskauf: Rechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Bern 2016. (zit. SCHENKER, Unternehmenskauf)

SCHENKER URS, Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, 245–285 (= EIZ Bd. 137). (zit. SCHENKER, Vorkaufsrechte)

SCHENKER URS/SCHENKER OLIVIER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht: Übersichten, Gestaltungshinweise und Handlungsempfehlungen, Bern 2023.

SCHNEUWLY ANNE MIRJAM/FISCHER JONAS, Erwartungen der Rechtssuchenden an ADR, ZZZ *15* 49/2020, 3–10.

SCHULZE WILLIAM S./LUBATKIN MICHAEL H./DINO RICHARD N., Exploring the Agency Consequences of Ownership Dispersion Among the Directors of Private Family Firms, The Academy of Management Journal *46* 2/2003, 179–194.

SCHULZE WILLIAM S./LUBATKIN MICHAEL H./DINO RICHARD N./BUCHHOLTZ ANN K., Agency Relationships in Family Firms: Theory and Evidence, Organization Science *12* 2/2001, 99–116.

SCIASCIA SALVATORE/MAZZOLA PIETRO, Family Involvement in Ownership and Management: Exploring Nonlinear Effects on Performance, Family Business Review *21* 4/2008, 331–345.

SHARMA PRAMODITA/CHRISMAN JAMES J./CHUA JESS H., Predictors of satisfaction with the succession process in family firms, Journal of Business Venturing *18* 5/2003, 667–687.

SHARMA PRAMODITA/CHRISMAN JAMES J./PABLO AMY L./CHUA JESS H., Determinants of Initial Satisfaction with the Succession Process in Family Firms: A Conceptual Model, Entrepreneurship and Practice *25* 3/2001, 17–36.

Simonek Madeleine/Eitel Paul/Müller Karin, Unternehmensrecht II: Nachfolge und Umstrukturierung, 3. Auflage, Zürich 2022.

Söding Judith Verena, Private Equity Minority Investments: Sharing Control in Closely Held Private Family Firms, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2012 (= SSHW Bd. 306).

Somary Tobias/Bollinger-Bär Roxana, Erbrechtsrevision und wesentliche Auswirkungen auf die Planungspraxis, EF *97* 12/2023, 652–656.

Somary Tobias/Vasella Juana, Nachlassplanung und familieninterne Unternehmensnachfolge: Ehegüter- und erbrechtliche Fragen, ST *85* 4/2011, 291–295.

Spelsberg Henner, Die Erfolgsfaktoren familieninterner Unternehmensnachfolgen: Eine empirische Untersuchung anhand deutscher Familienunternehmen, Diss. Dresden, Wiesbaden 2011.

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017. (zit. BSK ZPO-Bearbeiter (-in), Art. x N y)

Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: Art. 159–352 SchKG, 3. Auflage, Basel 2021. (zit. BSK SchKG-Bearbeiter(-in), Art. x N y)

Staehelin Thomas, Nachfolge im Familienunternehmen, insbesondere gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, in: Druey Jean Nicolas/Breitschmid Peter (Hrsg.), Güter- und Erbrechtliche Planung, Bern/Stuttgart/Wien 1999, 115–146 (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 56).

Stamm Isabell/Schmiade Nicole/Kohli Martin/Breitschmid Peter, Introduction: Generational Succession in the Family Firm, in: Stamm Isabell/Breitschmid Peter/Kohli Martin (Hrsg.), Doing Succession in Europe: Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective, Zürich/Basel/Genf 2011, 3–26.

Straessle Ralph, Die erbrechtliche Berücksichtigung der lebzeitigen familieninternen Unternehmensnachfolge, Diss. Zürich 2019.

Studer Christoph D., Aktionärbindungsvertrag, in: Münch Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch: Musterverträge für die Praxis, 3. Auflage, Basel 2018, 1101–1129.

Sund Lars-Göran/Andersson Jan/Haag Kajsa, Share Transfer Restrictions and Family Business: The Minority Shareholder Perspective, European Business Law Review *26* 3/2015, 437–450.

Sund Lars-Göran/Bjuggren Per-Olof, Protection of ownership in family firms: post-sale purchase clauses and management perspective, European Journal of Law and Economics *33* 2/2012, 359–370.

Tagiuri Renato/Davis John, Bivalent Attributes of the Family Firm, Family Business Review *9* 2/1996, 199–208.

THÉVENOZ LUC, La transmission d'entreprise au moyen d'un trust suisse, in: TRIGO TRINDADE RITA/BAHAR RASHID/NERI-CASTRACANE GIULIA (Hrsg.), Vers les sommets du droit: Liber amicorum pour Henry Peter, Genf 2019, 239–250.

TOGNI LORENZO, Standstill Agreements nach U.S.-amerikanischem und schweizerischem Recht: Vertragsrechtliche, aktienrechtliche und börsenrechtliche Aspekte, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010 (= SSHW Bd. 293).

TRIEBOLD OLIVER, Ausgewählte Fragen zur Corporate Governance in Venture Capital-Unternehmen, in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuern: 7. Tagung Private Equity, Tagungsband 2020, Kölliken 2021, 31–70 (= EIZ Bd. 207).

TRIPPEL MICHAEL, IPO als Exit, in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Private Equity II: Rechtliche, steuerliche und regulatorische Aspekte von Buy-out bis Exit, Zürich 2012, 195–238 (= EIZ Bd. 132). (zit. TRIPPEL, IPO)

TRIPPEL MICHAEL, Mitwirkungsrechte von Investoren – Ausgestaltung von Quoren in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Private Equity: Verträge und Rechtsfragen bei Venture Capital Investments (auf Grundlage der SECA-Musterverträge), Zürich 2011, 67–100 (= EIZ Bd. 118). (zit. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte)

TRIPPEL MICHAEL/JAISLI KULL NADJA, Das Investment in der Krise – Sind Aktionärbindungsverträge Schönwetterverträge?, in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Private Equity IV: Entwicklungen, Themen und Spannungsfelder, Zürich 2014, 201–234 (= EIZ Bd. 155).

TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Auflage, Zürich 2021.

VAN DEN BERGHE LUTGART A.A./CARCHON STEVEN, Agency Relations within the Family Business System: an exploratory approach, Corporate Governance *11* 3/2003, 171–179.

VILLALONGA BELÉN/AMIT RAPHAEL/TRUJILLO MARÍA-ANDREA/GUZMÁN ALEXANDER, Governance of Family Firms, Annual Review of Finance and Economics *7* 2015, 635–654.

VISCHER MARKUS, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften), successio *14* 1/2020, 4–17. (zit. VISCHER, Nachfolgeplanung)

VISCHER MARKUS, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW *89* 4/2017, 425–435. (zit. VISCHER, Aktionärbindungsvertrag)

VISCHER MARKUS, Gesellschafterbindungsverträge bei der GmbH, SJZ *119* 3/2023, 119–131. (zit. VISCHER, GmbH)

VISCHER MARKUS, Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR *9* 1/2014, 82–88. (zit. VISCHER, Vorkaufsrechte)

VOGEL-ETIENNE UELI/LAUTENBACH-KOCH ANNEGRET, Von der Mediation zum Kooperativen Verhandeln: Collaborative Law & Practice als alternatives Verfahren zur Konfliktlösung, Zürich 2020.

VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Auflage, Bern 2020.

VON KAENEL ADRIAN/LENZLINGER ANNETTE/CARCAGNI ROESLER ROMINA, Vertragsvorlagen: Eine Sammlung kommentierter Vertragsmuster für die Praxis, 5. Auflage, Zürich 2021.

VON MOOS ANDRÉ, Besonderheiten der Familiengesellschaft: Konsequenzen für den Verwaltungsrat, ST *73* 1–2/1999, 109–112. (zit. VON MOOS, Besonderheiten)

VON MOOS ANDRÉ, Corporate Governance im Familienunternehmen: Good Governance als Voraussetzung für Kontinuität und Wachstum im Familienunternehmen, ST *76* 11/2002, 1059–1064. (zit. VON MOOS, Governance)

VON MOOS-BUSCH IRENE, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1995.

VON SALIS ULYSSES, Funktionen einzelner Vertragsklauseln bei Venture Capital und Private Equity Finanzierungen, in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Private Equity: Verträge und Rechtsfragen bei Venture Capital Investments (auf Grundlage der SECA-Musterverträge), Zürich 2011, 269–296 (= EIZ Bd. 118). (zit. VON SALIS, Vertragsklauseln)

VON SALIS ULYSSES, Management Buy-outs, in: GERICKE DIETER (Hrsg.), Private Equity II: Rechtliche, steuerliche und regulatorische Aspekte von Buy-out bis Exit, Zürich 2012, 7–29 (= EIZ Bd. 132). (zit. VON SALIS, Buy-outs)

VON SALIS ULYSSES/HAAS PHILIPP, Familieninterne Unternehmensnachfolge und M&A Transaktionen, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Zürich 2014, 31–54 (= EIZ Bd. 148).

VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Risiko- und Gewinnverteilung bei privaten Finanzierungen: Rechtlicher Gestaltungsspielraum bei Finanzierungsverträgen für Start-Ups und KMU, SJZ *97* 10/2001, 213–224.

WANG YONG/WATKINS DAVID/HARRIS NEIL/SPICER KEITH, The relationship between succession issues and business performance: Evidence from UK family SMEs, International Journal of Entrepreneurial Behaviour & Research *10* 1–2/2004, 59–84.

WATTER ROLF/SCHWEIGHOFER FLORIAN, DSM-Firmenich: Ein Merger of Equals zwischen Gesellschaften mit grundverschiedenen Aktionariatsstrukturen, GesKR *18* 2/2023, 226–231.

WATTER ROLF/VOGT HANS-UELI (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II: Art. 530–964*l* OR inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Auflage, Basel 2023. (zit. BSK OR II-BEARBEITER(-IN), Art. x N y)

WEIBEL THOMAS/HOSANG ALAIN, Erbrechtliche Gleichbehandlung der Nachkommen: Unter Berücksichtigung nicht gemeinsamer Nachkommen und der Unternehmensnachfolge, ST *89* 5/2015, 332–335.

Weill Pierre, «Noch wenige Monate vor dem Verkauf lancierte ich erfolgreich Neuheiten»: Ein Unternehmenschef schildert den Verkaufsprozess seiner Familienfirma, die er in dritter Generation führte, NZZ 3. Dezember 2021, 27.

Weimar Peter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Bern 2009. (zit. BK ZGB (III/1/1)-Weimar, Art. x N y)

Weiss Kinga M., Nachlassplanung für Familienunternehmen, Anwaltsrevue *14* 11–12/2011, 474–478.

Weiss Kinga M./Weber Andrea Tina/Bieri Marjolein, Schutz des Unternehmens im Ehe- und Erbrecht, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht: Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2022, 285–323.

Weller Marc-Philippe, Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften: Status quo und Anforderungen, ZGR *41* 2–3/2012, 386–417.

Wennberg Karl/Wiklund Johan/Hellerstedt Karin/Nordqvist Mattias, Implications of Intra-Family and External Ownership Transfer of Family Firms: Short-Term and Long-Term Performance Differences, Strategic Entrepreneurship Journal *5* 4/2011, 352–372.

Westermann Harm Peter, Problemschwerpunkte bei der rechtlichen Beratung von Familiengesellschaften, in: Kirchdörfer Rainer/Lorz Rainer/Wiedemann Andreas/Kögel Rainer/Frohnmayer Thomas (Hrsg.), Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft: Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, München 2009, 21–35.

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2020. (zit. BSK OR I-Bearbeiter(-in), Art. x N y)

Wiesenhahn Andreas, Empirische Studie: Erwartungen an die Unternehmensnachfolge, in: Wiesenhahn Andreas (Hrsg.), Unternehmensnachfolge: Praxishandbuch für Familienunternehmen, 2. Auflage, Wiesbaden 2020, 25–55.

Wildeisen Reto/Hirner Andreas, Aktionärbindungsvertrag und übermässige Bindung, LSR *1* 2/2018, 98–101.

Wimmer Rudolf/Gebauer Annette, Die Nachfolge in Familienunternehmen, zfo *73* 5/2004, 244–252.

Wimmer Rudolf/Groth Torsten/Simon Fritz B., Erfolgsmuster von Mehrgenerationen-Familienunternehmen, in: von Schlippe Arist/Rüsen Tom/Groth Torsten (Hrsg.), Beiträge zur Theorie des Familienunternehmens, Lohmar/Köln 2009, 95–172 (= Schriften zu Familienunternehmen Bd. 1).

Wirz Pascal, Zum Sinn und Zweck von Mediationsklauseln in Verträgen, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis *31* 2/2013, 92–98.

Wolf Stephan, Die Europäische Kommission auf den Spuren von Eugen Huber und Virgile Rossel – Betrachtungen zum Erbvertrag, insbesondere als Instrument der Unternehmensnachfolge, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 941–961.

Wolf Tobias/Halter Frank, Gestaltungs- und Lösungsansätze für Ihre Vorsorge- und Vermögensplanung: Bewusster Umgang mit Risiken, KMU Next Schriftenreihe 1/2015, Bern, April 2015, abrufbar unter <https://www.alexandria.unisg.ch/bitstreams/2e97c254-250e-49c5-866a-46ac1e5c7955/download> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

Wolf Tobias/Kissling Sonja/Halter Frank, Gerechtigkeit in Familienunternehmen: Ein fairer Nachfolgeprozess, KMU Next Schriftenreihe 2/2015, Bern, Juli 2015, abrufbar unter <https://www.alexandria.unisg.ch/bitstreams/8c291dc5-1207-47ee-919c-b7daf52e8f07/download> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

Woywode Michael/Keese Detlef/Tänzler Jan, Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften – insbesondere in Familienunternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Aufsichtsgremien, ZGR *41* 2–3/2012, 418–445.

Zahner Sara, Der Tod einer Partei des Aktionärbindungsvertrags: Gesetzliche und gewillkürte Rechtsfolgen, unter besonderer Berücksichtigung der erbrechtlichen Formvorschriften, Diss. Luzern, Zürich 2021 (= LBR Bd. 161).

Zaugg Jérôme/Süess Yves, Bedeutung der Ausschüttungspolitik bei KMU im Zuge einer Nachfolgeregelung, EF *90* 12/2016, 952–955.

Zeiter Alexandra, Errichtung einer Unternehmensstiftung: Attraktive Option in der Nachlassregelung, ST *78* 10/2004, 841–848.

Zellweger Thomas, Managing the Family Business: Theory and Practice, Celtenham 2017. (zit. Zellweger, Family Business)

Zellweger Thomas, Time Horizon, Costs of Equity Capital, and Generic Investment Strategies of Firms, Family Business Review *20* 1/2007, 1–15. (zit. Zellweger, Strategies)

Zellweger Thomas/Kammerlander Nadine, Family, Wealth, and Governance: An Agency Account, Entrepreneurship Theory and Practice *39* 6/2015, 1281–1303.

Zen-Ruffinen Marie-Noëlle/Bauen Marc, Le conseil d'administration, Genf/Zürich 2017.

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl *2017* 399–682. (zit. BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION)

Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10. Juni 2022, BBl *2022* 1637. (zit. BOTSCHAFT ERBRECHTSREVISION)

Zusammenfassung

Familienunternehmen prägen die Schweizer Unternehmenslandschaft massgeblich. Trotz ihrer Vielfalt und Heterogenität ist sämtlichen Familienunternehmen gemeinsam, dass sich früher oder später die Frage nach der Nachfolge stellt. Die vorliegende Dissertation befasst sich mit dem Aktionärbindungsvertrag als einem möglichen Instrument zur Gestaltung der familieninternen Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen aus einem vertrags- und aktienrechtlichen Blickwinkel.

Zur Eingrenzung der Thematik wird der Doktorarbeit eine konkrete Ausgangslage zugrunde gelegt, anhand derer in der Praxis häufig auftretende Problemfelder und Herausforderungen der familieninternen Unternehmensnachfolge sowie die damit verbundenen Regelungsbereiche aufgezeigt werden: Ein Unternehmer überträgt sein Unternehmen lebzeitig seinen Nachkommen, von denen jedoch nur eine – die Nachfolgerin – an der Übernahme der Geschäftsführung interessiert ist, während die übrigen Nachkommen – die passiven Aktionäre – nicht im Unternehmen tätig sein möchten.

Die Dissertation fokussiert auf die vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten der Rechte und Pflichten der Nachkommen des Unternehmers im Aktionärbindungsvertrag, wodurch ein Ausgleich zwischen der optimalen Unternehmensführung durch die Nachfolgerin und der Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre am Familienunternehmen erreicht werden soll. Zusätzlich dazu beleuchtet die Doktorarbeit aktienrechtliche, insbesondere statutarische, Gestaltungsinstrumente, welche die vertraglichen Regelungen in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Nachkommen des Unternehmers abbilden und ergänzen können. Ferner geht die Dissertation auf die sich in der definierten Ausgangslage stellenden Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Abschluss des Aktionärbindungsvertrags sowie auf die vertraglichen Regelungsmöglichkeiten hinsichtlich der Konfliktprävention und -lösung sowie der Dauer, der Beendigung und der Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags ein.

Abschliessend werden im Rahmen eines Ausblicks mitunter die Auswirkungen der laufenden Erbrechtsrevision, welche Bestimmungen zur Erleichterung der familieninternen Unternehmensnachfolge vorsieht, auf den Aktionärbindungsvertrag als Instrument zur Gestaltung der familieninternen Unternehmensnachfolge gewürdigt.

Abstract

Family businesses significantly shape Switzerland's corporate landscape. Despite their variety and heterogeneity, all family businesses eventually face the question of succession. The present doctoral thesis deals with shareholders' agreements as a possible structuring tool in intra-family succession in family businesses from a contract and corporation law perspective.

To delimit the subject matter, the dissertation defines a specific scenario based on which problem areas and challenges of intra-family business succession that frequently arise in practice and the related spheres of regulation are illustrated: an entrepreneur transfers his company during lifetime to his descendants, whereof, however, only one – the successor – is interested in assuming management of the company, while the other descendants – the passive shareholders – are not interested in working at the company.

The doctoral thesis focuses on the contractual design of the rights and obligations of the entrepreneur's descendants in the shareholders' agreement to achieve a balance between the successor's optimal management of the family business and the passive shareholders' equal treatment and participation in the family business. In addition, the dissertation shows corporation law instruments which, in particular through the design of the articles of incorporation, can reflect or complement the contractual arrangements in relation to the rights and obligations of the entrepreneur's descendants. Furthermore, the doctoral thesis addresses the challenges surrounding the entry into the shareholders' agreement in the underlying scenario and the contractual regulation of conflict prevention and resolution as well as the shareholders' agreement's duration, termination and consequences of termination.

To conclude, in the context of an outlook, the dissertation *inter alia* discusses the impact of the current inheritance law revision, which is to include provisions to facilitate intra-family business succession, on shareholders' agreements as a structuring tool in intra-family business succession.

Résumé

Le paysage entrepreneurial suisse est caractérisé par les entreprises de famille. En dépit de leur variété et hétérogénéité, toutes les entreprises de famille ont en commun que tôt ou tard il se pose la question de la succession. La présente thèse traite de la convention d'actionnaires comme un instrument pour le réglage de la succession d'entreprise intrafamiliale du point de vue du droit des contrats e des entreprises.

Afin de délimiter la thématique, la présente thèse se base sur un scénario concret qui évidence des problèmes qui se posent souvent dans le contexte de la succession d'entreprise au sein de la famille et les domaines à régler: Un entrepreneur souhait remettre son entreprise de son vivant à ses descendants, dont toutefois seulement un – la successeuse – est intéressé à en assumer la direction, tandis que les autres descendants – les actionnaires passifs – ne souhaitent pas s'engager dans l'entreprise.

La thèse de doctorat se concentre sur la possibilité de régler les droits et les obligations des descendants de l'entrepreneur sur le plan contractuel au moyen d'une convention d'actionnaires afin de créer un équilibre entre la direction optimale de l'entreprise par la successeuse e le traitement égalitaire et la participation des actionnaires passifs à l'entreprise de famille. En outre, la thèse présente des instruments du droit des sociétés, en particulier au niveau des statuts, pour mettre en œuvre et complémenter les règles contractuelles concernant les droits et les obligations des descendants de l'entrepreneur. En plus, la thèse aborde les défis concernant la conclusion de la convention d'actionnaires qui découlent du scénario défini ainsi que les possibilités contractuelles pour régler la prévention et la résolution des conflits et la durée, la fin, et les conséquences de la fin de la convention d'actionnaires.

En conclusion, dans le contexte d'un aperçu, la thèse évalue les conséquences de la présente révision du droit des successions, laquelle prévoit des dispositions au but de faciliter la succession d'entreprises intrafamiliale, sur la convention d'actionnaires en tant qu'instrument pour régler la succession d'entreprise au sein de la famille.

Riassunto

Il paesaggio imprenditoriale svizzero è caratterizzato dalle imprese di famiglia. Nonostante la loro varietà ed eterogeneità, per tutte le imprese di famiglia presto o tardi si pone la questione della successione. La presente tesi di dottorato tratta della convenzione tra azionisti quale strumento per strutturare la successione di imprese di famiglia all'interno della famiglia da un punto di vista del diritto contrattuale e societario.

Al fine di delimitare la tematica, la presente tesi si basa su uno scenario concreto sulla base del quale vengono presentati problemi che spesso emergono nella prassi della successione aziendale all'interno della famiglia e le aree da regolare: Un imprenditore desidera trapassare in vita la sua impresa ai suoi discendenti, di cui tuttavia solo uno – la succeditrice – è interessato a riprenderne la gestione, mentre gli altri discendenti – gli azionisti passivi – non intendono essere attivi in seno all'impresa.

La tesi di dottorato illustra le possibilità di regolare i diritti e gli obblighi dei discendenti dell'imprenditore a livello contrattuale mediante convenzione tra azionisti al fine di creare un equilibrio tra la gestione ottimale dell'impresa per opera della succeditrice e il trattamento equo e la partecipazione degli azionisti passivi all'impresa di famiglia. La tesi presenta inoltre strumenti inerenti al diritto societario, segnatamente a livello statutario, volti a implementare e a complementare le regole contrattuali riguardanti i diritti e gli obblighi dei discendenti dell'imprenditore. In aggiunta, la tesi affronta le sfide riguardanti la conclusione della convenzione tra azionisti nel quadro dello scenario di base nonché le possibilità contrattuali per regolare la prevenzione e la risoluzione dei conflitti, la durata e la cessazione della convenzione tra azionisti e le conseguenze che ne derivano.

Infine vengono considerate le conseguenze della presente revisione del diritto di successione, la quale prevede delle disposizioni volte a facilitare la successione aziendale intrafamiliare, sulla convenzione tra azionisti quale strumento per regolare la successione aziendale in seno alla famiglia.

1 Einleitung

1.1 Einführung in die Thematik

Familienunternehmen prägen die Schweizer Unternehmenslandschaft massgeblich:[1] Als Arbeitgeber, Innnovationstreiber und Steuerzahler stellen sie eine treibende Kraft der Schweizer Wirtschaft dar.[2] Nebst der typischen Erscheinung als KMU – drei Viertel der über 500 000 Schweizer KMU sind Familienunternehmen[3] –, sind Familienunternehmen auch unter Grossunternehmen[4] und börsenkotierten Unternehmen in der Schweiz zahlreich vertreten.[5]

Trotz ihrer Vielfalt und Heterogenität[6] ist sämtlichen Familienunternehmen der ersten Generation gemeinsam, dass die Gründergeneration früher oder später abtritt – sei dies altershalber durch das Eintreten in den Ruhestand,[7] aufgrund des Wunschs nach Veränderung,[8] wegen einer eigenen oder einer bei einer nahestehenden Person eintretenden Krankheit oder infolge ihres Ablebens,[9] oder aber aus Gründen aus der Sphäre des Familienunternehmens selbst[10] –, womit sich die Frage nach der Nachfolge stellt.[11]

---

1 KUNZ, Familienunternehmen, 449.

2 AUWÄRTER, 136 f.; KUNZ, Familienunternehmen, 449. So generell auch in Europa: FILSER/KRAUS/MÄRK, 257; HINDERER, 369; STAMM/SCHMIADE/KOHLI/BREITSCHMID, 13; ZELLWEGER, Family Business, 29 ff.

3 ANDRIC et al., 11 und 14.

4 Unter Grossunternehmen verstehen sich vorliegend Unternehmen, die 250 oder mehr Mitarbeitende beschäftigen; FUEGLISTALLER/ZELLWEGER, 30.

5 BÜHLER, Steuerung, 223; KUNZ, Familienunternehmen, 449; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.220 Fn 208; PETER, 51. Vgl. die Beispiele bei KUNZ, Familienunternehmen, 449 Fn 3, sowie bei PREMAND, N 46 ff.

6 BÜHLER, Steuerung, 222; PREMAND, N 53. Vgl. beispielsweise zur Vielfalt der KMU in der Schweiz ANDRIC et al., 7, CHRISTEN et al., 7 f., sowie HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 8.

7 ARNET/HARTMANN, 834; CONRAD/HELLER, 93; FELDEN/HACK/HOON, 203; GEISER, 183. Das Alter stellt denn auch den bedeutendsten Grund für Unternehmensnachfolgen dar (CARNAZZI WEBER/KLEIN/ZELLWEGER/ZUMBÜHL, 11; CHRISTEN et al., 21).

8 ARNET/HARTMANN, 834.

9 ARNET/HARTMANN, 834; FELDEN/HACK/HOON, 203.

10 Mögliche Gründe sind etwa fehlende Ressourcen oder ein Sanierungsbedarf; ARNET/HARTMANN, 834; SCHENKER, Unternehmenskauf, 8 f.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N 17.

11 EITEL, KMU, 47; HAMPEL, N 1; KUNZ, Familienunternehmen, 454; SIMONEK/EITEL/MÜLLER, N 1; ZAUGG/SÜESS, 952. Im Zeitraum von 2017 bis 2021 wurden in der

Die Unternehmensnachfolge stellt die Gründergeneration vor die grundsätzliche Entscheidung, ihr Unternehmen entweder innerhalb der Familie weiterzugeben oder ausserhalb der Familie zu übertragen.[12] Letztere Variante bietet sich insbesondere dann an, wenn innerhalb der Familie der Unternehmerin oder des Unternehmers keine geeigneten und willigen Nachfolgerinnen und Nachfolger vorhanden sind.[13] Eine solche familienexterne Unternehmensnachfolge kann etwa durch den Verkauf der Anteile am Familienunternehmen,[14] durch einen Börsengang[15] oder durch die Liquidation des Unternehmens (im Sinn einer «geordneten Geschäftsaufgabe»)[16] vollzogen werden. Nach wie vor wünscht sich die Gründergeneration

---

Schweiz schätzungsweise 74 000 Unternehmensnachfolgen in KMU vollzogen, entsprechend ca. 15 000 jährlich (ANDRIC et al., 11). Die davon betroffenen insgesamt über 406 000 Arbeitsplätze (gemessen in Vollzeitäquivalenten) entsprechen rund zehn Prozent der Arbeitsbevölkerung in der Schweiz (ANDRIC et al., 11). Vor dem Hintergrund, dass drei Viertel der Schweizer KMU Familienunternehmen sind (ANDRIC et al., 14), stellt das Gelingen von Unternehmensnachfolgen bei Familienunternehmen eine volkswirtschaftlich relevante Herausforderung dar (vgl. BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, 11 f.; HÖSLY/FERHAT, N 14 ff.; STAMM/SCHMIADE/KOHLI/BREITSCHMID, 13).

12 Wobei freilich auch Mischformen denkbar sind, bei denen sowohl Familienmitglieder als auch familienexterne Dritte – etwa Private-Equity-Investoren – am Unternehmen beteiligt werden (vgl. FELDEN/HACK/HOON, 224 f.; KREBS/ECKHARDT, 355 f.; KUSIO/STRUTYNSKI, 166 f.).

13 Im Interesse des Leseflusses werden in der vorliegenden Dissertation stellvertretend jeweils die Begriffe «Unternehmer» und «Nachfolgerin» verwendet.

14 ARNET/HARTMANN, 837. Als mögliche Käufer kommen das bestehende Management («Management Buy-Out»; BAIER, N 16; KÄSER/GYSI, 29; KÜNZLE, Planning, 131; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N 482, insbesondere Fn 1005; VON SALIS, Buy-outs, 18), ein externes Management (KÜNZLE, Planning, 131; VON SALIS, Buy-outs, 18), strategische Käufer (FELDEN/HACK/HOON, 226; KÜNZLE, Planning, 131) oder Private-Equity-Investoren (BAIER, N 16; FELDEN/HACK/HOON, 226; ROMY/ROCHAT, 239) infrage.

15 ARNET/HARTMANN, 837; DAENIKER/HASLER, 122; KEIST, 364; KUNZ, Familienunternehmen, 454; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*a* N 211. Aufgrund der hohen Anforderungen namentlich an die Rechnungslegung, Publizität und Corporate Governance ist ein Börsengang jedoch für viele Familienunternehmen verhältnismässig aufwendig (ARNET/HARTMANN, 837 f.; DAENIKER/HASLER, 122).

16 KISSLING/HALTER/GISSELBRECHT, 4. Gründe für eine Liquidation können das Scheitern sowohl einer familieninternen als auch einer familienexternen Nachfolge, die Abhängigkeit des Unternehmens von der Person des Unternehmers (beispielsweise im Fall eines Coiffeursalons oder eines Architekturbüros) oder die Belastung des Unternehmens durch hohe Risiken (etwa aus laufenden Gerichtsverfahren) sein (FELDEN/HACK/HOON, 226; KISSLING/HALTER/GISSELBRECHT, 6; SCHÄFER, 192; WEILL, 27). Auch kann es sich

jedoch häufig eine familieninterne Nachfolge durch die Übertragung des Familienunternehmens auf Nachkommen.[17, 18]

Die familieninterne Unternehmensnachfolge steht gegenwärtig vor verschiedenen Herausforderungen. Jüngere Generationen streben zunehmend nach individueller Erfüllung und verfolgen eigene Ziele und Interessen, was – gepaart mit sinkenden Geburtsraten – zu einem zusehends abnehmenden Interesse an der Übernahme von Familienunternehmen durch Nachkommen führt.[19] Gesellschaftliche Entwicklungen wie die Zunahme von Scheidungen in fortgeschrittenem Alter und die häufigere Verbreitung von Patchwork-Familien erhöhen die Komplexität von Nachfolgelösungen zusätzlich.[20] Mit dem medizinischen Fortschritt und der steigenden Lebenserwartung geht zudem eine grössere Unsicherheit in Bezug auf den Vermögensbedarf des Unternehmers mit Blick auf seinen Lebensabend einher[21] – man denke etwa an einen späteren Pflegebedarf –, was eine lebzeitige Aufteilung seines Vermögens auf seine Nachkommen und die familieninterne Übergabe des Familienunternehmens erschwert.[22]

---

unter Umständen finanziell lohnen, das Unternehmen zu liquidieren und einzelne Aktiven separat zu verkaufen – etwa dann, wenn das Unternehmen an sich nicht (mehr) profitabel ist, jedoch einzelne Aktiven (beispielsweise ein zum Unternehmen gehörendes Grundstück) besonders werthaltig sind (SCHÄFER, 192).

17 ANDRIC et al., 18; ARNET/HARTMANN, 834; CARNAZZI WEBER/KLEIN/ZELLWEGER/ZUMBÜHL, 12; CONRAD/HELLER, 94; JUNG, 74 f.; KUNZ, Familienunternehmen, 454.

18 Als mittelbare Übertragungsformen im Rahmen der familieninternen Nachfolge – etwa für den Fall, dass vorerst keine geeignete Nachfolgerin zur Verfügung steht oder dass die Nachfolgegeneration in der Familie aufgrund zu jungen Alters die Nachfolge noch nicht antreten kann – sind ferner die Einbringung des Familienunternehmens in eine Stiftung (ARTER, 603 f.; KÜNZLE, Planning, 143; ZEITER, 842) oder in einen Trust (GEISER, 196 f.; KÜNZLE, Planning, 143 [beide Autoren jedoch unter Hinweis auf die damit zusammenhängenden Unsicherheiten]) denkbar; diesen beiden Varianten kommt in der Praxis jedoch nur eine vergleichsweise geringe Bedeutung zu (zur Stiftung: HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 27; vgl. auch KÜNZLE, Unternehmensstiftung, 369 f.; zum Trust: GEISER, 196 f.).

19 Vgl. HALTER/SCHRÖDER, 26; KAILER, 274 und 277 f.; STAMM/SCHMIADE/KOHLI/BREITSCHMID, 12 f.

20 GEISER, 184; SOMARY/VASELLA, 295.

21 Das eigene Unternehmen ist für eine Mehrheit der Unternehmer hierzulande Bestandteil der eigenen Altersvorsorge (ANDRIC et al., 29; vgl. auch CONRAD/HELLER, 100).

22 GEISER, 183 f. und 193 ff. (namentlich unter Verweis auf das geltende Pflichtteilsrecht als Quelle zusätzlicher Komplexität – vgl. hierzu Kapitel 3.2.1.1.2).

Im Kontext dieser Entwicklungen stellen die Übertragung des Familienunternehmens und die Regelung der Aufteilung des Vermögens des Unternehmers unter seinen Nachkommen, die je unterschiedliche Ziele und Interessen verfolgen, grosse Herausforderungen bei der familieninternen Nachfolge dar. Um diese Herausforderungen zu meistern, besteht Bedarf an Regelungsinstrumenten – nicht nur im Bereich des Ehegüter- und des Erbrechts, sondern auch des Gesellschafts- und des Vertragsrechts.[23] Die vorliegende Dissertation befasst sich mit dem Aktionärbindungsvertrag als ein solches mögliches Instrument zur Gestaltung der familieninternen Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen aus einem vertrags- und aktienrechtlichen Blickwinkel und geht der Frage nach, wie Aktionärbindungsverträge im Kontext der familieninternen Unternehmensnachfolge fruchtbar gemacht werden können.

1.2 Eingrenzung der Thematik

Zur Eingrenzung der Thematik der vorliegenden Dissertation werden zunächst die grundlegenden Begrifflichkeiten geklärt und wird sodann eine konkrete Ausgangslage vorgestellt, anhand welcher der Aktionärbindungsvertrag als Gestaltungselement der familieninternen Unternehmensnachfolge betrachtet wird. Ergänzt wird die Ausgangslage um allgemeine Eingrenzungen des Betrachtungsgegenstands.

1.2.1 Terminologisches

Den Begriffen «Familienunternehmen» und «Unternehmensnachfolge» liegen häufig unterschiedliche Verständnisse zugrunde. Nachfolgend werden im Sinn eines einheitlichen Verständnisses für die Zwecke dieser Dissertation Arbeitsdefinitionen dieser beiden Begriffe vorgestellt.

1.2.1.1 Familienunternehmen

Eine Legaldefinition des Begriffs «Familienunternehmen» existiert im Schweizer Recht nicht.[24] Vielmehr findet sich in der einschlägigen Literatur eine Vielzahl an unterschiedlichen Definitionen.[25] Gemeinsamer Nenner der meisten Definitionen

---

23 HANSELMANN/HERZOG, 290; HENSCH/STAUB, 1173.

24 EITEL, Eigentumstransfer, 271; KUNZ, Familienunternehmen, 449; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 158.

25 KUNZ, Familienunternehmen, 449 f.

ist, dass eine Familie[26] beherrschenden Einfluss respektive Kontrolle auf ein Unternehmen[27] ausübt,[28] etwa dahingehend, «dass die Familie gestützt auf ihre Mehrheitsbeteiligung das letzte Wort in der strategischen Ausrichtung der Firma und der Ernennung des CEO hat»[29].[30]

Für die Zwecke dieser Dissertation, bei welcher entsprechend der in Kapitel 1.2.2.1 definierten Ausgangslage die Übergabe des Familienunternehmens von der Gründergeneration an die zweite Generation betrachtet wird, liegt der Fokus auf Unternehmen, die vor der Übertragung vollständig von einem Unternehmer gehalten werden, welcher eine Übergabe an seine Nachkommen beabsich-

---

26 Mit Blick auf die in Kapitel 1.2.2.1 definierte, dieser Dissertation zugrunde liegenden Ausgangslage, in der das infrage stehende Familienunternehmen im Eigentum einer einzigen Person steht (vgl. Fn 31), ist hier nicht weiter auf den Familienbegriff einzugehen. Eingehend setzen sich mit dem Familienbegriff im Kontext von Familienunternehmen beispielsweise HENNINGER, N 15 ff., KUNZ, Familienunternehmen, 449 f. (mit dem Hinweis darauf, dass in Bezug auf jedes Familienunternehmen ein eigenes Verständnis des Personenkreises bestehe, welcher die «Familie» bildet), sowie PREMAND, N 56 ff., auseinander.

27 Aufgrund der Einschränkung des Untersuchungsgegenstands der vorliegenden Dissertation auf Familienunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft (vgl. Kapitel 1.2.2.1) erfolgt vorliegend keine Auseinandersetzung mit dem Unternehmensbegriff im Kontext von Familienunternehmen. Dafür sei auf BECEREN, 13 f., auf KUNZ, Familienunternehmen, 450, sowie auf MARTIN, 18 f., verwiesen. Hinzuweisen ist auch auf Art. 616 Abs. 1 E-ZGB, welcher Unternehmen im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge als «wirtschaftlich tätige einfache Gesellschaften, Einzelunternehmen und Handelsgesellschaften, deren Beteiligungen nicht an einer Börse kotiert sind», definiert.

28 AUWÄRTER, 136 Fn 10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 579; BÜHLER, Governance, 318; DAENIKER/HASLER, 87 f.; EITEL, Eigentumstransfer, 272; GUILLAUME/PAPEIL, 33; MARTIN, 22; PEERMÖLLER, 722; PETER, 53; STAMM/SCHMIADE/KOHLI/BREITSCHMID, 8 f.; WIMMER/GROTH/SIMON, 101; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 157.

29 BÜHLER, Steuerung, 223.

30 In Bezug auf das Erfordernis der Kontrolle schlagen verschiedene Autoren vor, von einem Familienunternehmen auszugehen, wenn die Quoten (1) des von der Familie gehaltenen Eigenkapitals, (2) der von der Familie bestellten Verwaltungsratsmitglieder sowie (3) der der Familie angehörenden Mitglieder des Managements zusammengezählt grösser oder gleich eins sind (vgl. FUEGLISTALLER/HALTER, 37; KLEIN, Businesses, 158 f.; KLEIN, Familienunternehmen, 17). In diesem Sinne auch PETER/JACQUEMET, 14 f., welche analog auf die Kriterien von Art. 963 Abs. 2 OR («Kontrolle» für die Zwecke der Konzernrechnung) abstellen.

tigt,[31] und nach ihrer Übertragung zumindest für eine gewisse Zeit vollständig im Eigentum der Nachkommen des Unternehmers sind. Dabei kommen sowohl KMU[32] als auch grössere Unternehmen in Betracht.

1.2.1.2 Unternehmensnachfolge

Auch der Begriff der Unternehmensnachfolge ist rechtlich nicht definiert.[33] Vorliegend wird unter «Unternehmensnachfolge» die Übertragung sämtlicher Aktien und damit des gesamten Eigentums an einem Familienunternehmen verstanden, wobei der Unternehmer auch die Geschäftsführung des Familienunternehmens übergibt.[34] Um eine «familieninterne Unternehmensnachfolge» handelt es sich, wenn das Eigentum am Familienunternehmen vollständig auf Nachkommen des Unternehmers übertragen wird.[35] Nicht unter die Definition der Unternehmens-

---

31 Auch bei Unternehmen mit nur einem Eigentümer kann es sich um Familienunternehmen handeln (vgl. EITEL, Eigentumstransfer, 272; HÄUSERMANN/BUSSMANN, 335; HENNINGER, N 25; KLEIN, Familienunternehmen, 153 (implizit); SCHENKER, Familiengesellschaften, 5). Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn der Eigentümer wünscht, das Unternehmen als Familienunternehmen zu halten und innerhalb der Familie zu übertragen (HENNINGER, N 24 f.; vgl. auch ASTRACHAN/KLEIN/SMYRNIOS, 49).

32 Verschiedene Autoren verwenden die Begriffe «Familienunternehmen» und «KMU» synonym (so etwa BÖCKLI, Leitgrundsätze, *passim*, KÜNZLE, Planning, *passim*, oder MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, *passim*). Wenngleich nicht jedes Familienunternehmen ein KMU ist und es sich umgekehrt nicht bei jedem KMU um ein Familienunternehmen handelt, besteht in der Praxis eine grosse Schnittmenge zwischen Familienunternehmen und KMU (ARNET/HARTMANN, 833; BUTTY, 39; FRICK M., 123; HALTER/SCHRÖDER, 24; KUNZ, Familienunternehmen, 449 Fn 7; STAMM/SCHMIADE/KOHLI/BREITSCHMID, 10); vgl. bereits Kapitel 1.1 sowie ANDRIC et al., 11 und 14, wonach drei Viertel der Schweizer KMU Familienunternehmen sind.

33 Vgl. aber im Bereich des Erbrechts Art. 630*a* Abs. 1 Ziff. 1 E-ZGB, welcher die Zuwendung von Unternehmen oder von die Kontrolle an einem Unternehmen gewährenden Beteiligungen erfasst, sowie den sich auf diese Bestimmung beziehenden Art. 16*a* SchlT E-ZGB mit dem Randtitel «Unternehmensnachfolge».

34 Vgl. HALTER/BUCHMANN/LARDI, 7; RUCKAU, 15; STRAESSLE, 15 f.; VISCHER, Nachfolgeplanung, 4 f. (der bei der reinen Übertragung des Eigentums von der «Unternehmensnachfolge i.e.S.» spricht, wohingegen die «Unternehmensnachfolge i.w.S.» die Nachfolge in Bezug auf die Geschäftsführung einschliesst).

35 Denkbar wäre auch, dass nur ein Teil der Anteile am Unternehmen innerhalb der Familie übertragen wird, wobei gleichzeitig entweder der Unternehmer einen Teil der Beteiligungsrechte am Unternehmen behält oder familienexterne Dritte am Familienunternehmen beteiligt werden; vgl. zum Einstieg von Private-Equity-Investoren bei

nachfolge fällt nach dem dieser Dissertation zugrunde liegenden Verständnis die Nachfolge lediglich in Bezug auf die Geschäftsführung, ohne dass dabei auch das Eigentum am Familienunternehmen übertragen wird.

1.2.2 Der Dissertation zugrunde liegende Ausgangslage und allgemeine Eingrenzungen

Der Betrachtungsgegenstand der vorliegenden Dissertation wird – zusätzlich zur soeben erfolgten Begriffsklärung – in zweifacher Hinsicht eingegrenzt: Zum einen wird nachfolgend eine konkrete Ausgangslage definiert, welche der Betrachtung des Aktionärbindungsvertrags als Gestaltungselement der familieninternen Unternehmensnachfolge zugrunde liegt. Zum anderen erfolgen zusätzlich allgemeine thematische Eingrenzungen.

1.2.2.1 Der Dissertation zugrunde liegende Ausgangslage

Aufgrund der zu beobachtenden Vielfalt bei Familienunternehmen in der Schweiz[36] wird der vorliegenden Dissertation zur Eingrenzung der Thematik eine konkrete Ausgangslage zugrunde gelegt, anhand derer in der Praxis bei familieninternen Unternehmensnachfolgen häufig auftretende Problemfelder und Herausforderungen sowie die damit verbundenen Regelungsbereiche aufgezeigt werden.

Die Ausgangslage präsentiert sich wie folgt: Ein Unternehmer möchte sein Familienunternehmen, dessen Alleineigentümer er ist, lebzeitig innerhalb der Familie übergeben. Das Familienunternehmen ist in der Rechtsform der Aktiengesellschaft[37] organisiert und nicht börsenkotiert. Es handelt sich um eine Übertragung von der ersten auf die zweite Unternehmergeneration innerhalb der Familie,[38]

---

der letztgenannten Variante KREBS/ECKHARDT, 355 f., sowie KUSIO/STRUTYNSKI, 166 f.

36 Vgl. bereits Kapitel 1.1 sowie dort insbesondere Fn 6.

37 Vgl. zur Ausgestaltung von KMU und Familienunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft CHRISTEN et al., 12 f., sowie PETER/JACQUEMET, 14. Vgl. zu den Vorteilen der Ausgestaltung von Familienunternehmen als Aktiengesellschaften im Hinblick auf die Unternehmensnachfolge BAUMANN, 61 ff.

38 Die Ausführungen lassen sich zudem auf Konstellationen übertragen, in denen der alleinige Eigentümer-Unternehmer das Familienunternehmen selbst bereits von der Vorgeneration übertragen erhalten hat (ohne dass weitere anspruchsberechtigte Personen bestehen) und dieses wiederum übergeben möchte.

wobei der Unternehmer sämtliche Namenaktien am Familienunternehmen seinen Nachkommen überträgt.[39] Ein Nachkomme des Unternehmers – die Nachfolgerin – ist an der Geschäftsführung interessiert und übernimmt eine leitende Funktion im Familienunternehmen. Nebst der Nachfolgerin bestehen weitere Nachkommen.[40] Diese übrigen Nachkommen (nachfolgend in Bezug auf ihre Eigenschaft als Aktionäre des Familienunternehmens auch als «passive Aktionäre»[41] und gemeinsam mit der Nachfolgerin als «Familienaktionäre» bezeichnet) haben grundsätzlich kein Interesse daran, selbst aktiv im Unternehmen tätig zu sein.[42] Da der Wert des Unternehmens einen Grossteil des Vermögens des Unternehmers ausmacht, sollen die Aktien des Familienunternehmens unter sämtlichen Nachkommen aufgeteilt werden.[43] Die Übertragung erfolgt unentgeltlich.

Das vorliegend gewählte Szenario basiert insbesondere auf den folgenden Gegebenheiten der Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen:

– Trotz insgesamt rückläufiger Tendenz[44] stellt die familieninterne Übergabe des Unternehmens nach wie vor die bevorzugteste Nachfolgeart dar[45] – zwei

---

39 Dabei wird angenommen, dass sich der Unternehmer mit der Übergabe sämtlicher Aktien aus dem Familienunternehmen zurückzieht. Nicht gesondert eingegangen wird dementsprechend auf die Möglichkeit, dass – wie dies in der Praxis teilweise sowohl vonseiten des Unternehmers als auch vonseiten der Nachfolgerin gewünscht ist (vgl. WIESENHAHN, 48 ff.) – der abtretende Unternehmer dem Familienunternehmen weiterhin beispielsweise als Verwaltungsrat oder als externer Berater zur Verfügung steht.

40 Die genaue Anzahl der weiteren Nachkommen wird vorliegend bewusst offengelassen, um nicht gewisse Problematiken von vornherein auszuschliessen. Die Darstellung in den nachfolgenden Kapiteln erfolgt aber unter der Annahme, dass nebst der Nachfolgerin zwischen einem und drei weitere Nachkommen des Unternehmers – insgesamt also zwei bis vier Nachkommen – bestehen.

41 Vgl. die Terminologie bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 583, sowie bei VON MOOS, Governance, 1060.

42 Vgl. die Ausgangslage bei BADER/SEILER, 146 f., sowie bei VON SALIS/HAAS, 37 f. Vgl. auch FORSTMOSER, Aktionärbindungsvertrag, 395 Fn 163, sowie KUNZ, Familienunternehmen, 452.

43 Wenn der Unternehmer nebst dem Familienunternehmen über Vermögen in hinreichender Höhe verfügt, um die übrigen Nachkommen entsprechend abzugelten, können der Nachfolgerin eine Mehrheitsbeteiligung und den übrigen Nachkommen je eine Minderheitsbeteiligung zugewiesen werden (vgl. die Ausgangslage bei BADER/SEILER, 146 f.); dies wird aber nicht immer möglich sein (vgl. HENSCH/STAUB, 1173, HINTZ-BÜHLER, 17, sowie Kapitel 3.2.1.1.2).

44 HALTER/KAMMERLANDER, KMU, 7 f.; ROMY/ROCHAT, 239.

45 GEISER, 183; KAILER, 272.

Drittel der Unternehmensnachfolgen in Familienunternehmen werden familienintern vollzogen.[46]

– Im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge übernehmen in rund 80 bis 90 Prozent der Fälle Nachkommen das Familienunternehmen.[47]
– In den meisten Fällen verfügen Unternehmer nicht über hinreichendes Vermögen, um sämtliche Anteile am Familienunternehmen nur einem Nachkommen, der zugleich die Geschäftsführung übernimmt, zuzuwenden und die übrigen Nachkommen entsprechend abzugelten,[48] da vielfach ein Grossteil ihres Vermögens im Unternehmen gebunden ist.[49] Auch Nachfolgerinnen verfügen nur in den wenigsten Fällen über hinreichende Mittel, um entweder die übrigen Nachkommen auszuzahlen oder das Familienunternehmen zum Marktwert zu erwerben.[50] Deshalb erhalten in solchen Fällen auch die nicht die Geschäftsführung übernehmenden Nachkommen Beteiligungen am Familienunternehmen.[51, 52]

---

46 CARNAZZI WEBER/KLEIN/ZELLWEGER/ZUMBÜHL, 12.

47 Ehegatten und andere Familienmitglieder übernehmen nur in rund 10 bis 20 Prozent der Fälle (CARNAZZI WEBER/KLEIN/ZELLWEGER/ZUMBÜHL, 12; FREY/HALTER/ZELLWEGER, 16).

48 Nicht nur das Ziel der Gleichbehandlung der Nachkommen (vgl. dazu Kapitel 2.1.1) erfordert eine Abgeltung der übrigen Nachkommen, sondern auch das geltende Pflichtteilsrecht (vgl. dazu Kapitel 3.2.1.1.2).

49 BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, 16; BUCHER/SCHWENDENER, 341; CHRISTEN et al., 24; FORSTMOSER, Governance, 483; HAAB, 384; HERZOG, 183; HÖSLY/FERHAT, N 13; VON SALIS/HAAS, 37 f.; WEIBEL/HOSANG, 335; WEISS, 474. Gemäss DARDEL, 55, entspricht der Unternehmenswert regelmässig 70 bis 80 Prozent des Werts des gesamten Nachlasses des Unternehmers.

50 BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, 16; BIZZARRO, 100; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.321; STAEHELIN, 122; VON SALIS/HAAS, 33.

51 BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, 19; BIZZARRO, 94; FORSTMOSER, Governance, 483; FREUND, 26; GEISER, 184; HENSCH/STAUB, 1173; HERZOG/JAHNEL, N 2.71; NIGGEMANN, 108; VISCHER, Nachfolgeplanung, 6 f.; VON SALIS/HAAS, 37 f. Vgl. auch die Ausgangslage bei BADER/SEILER, 146 f.

52 Bei den Finanzierungsschwierigkeiten handelt es sich gemäss der Studie von FREY/HALTER/ZELLWEGER, 20 f., um den am zweithäufigsten genannten Grund für das Scheitern von Nachfolgelösungen; einzig die (in der vorliegenden Ausgangslage angenommene) Nachfolgefähigkeit und -willigkeit der Nachkommen fällt mehr ins Gewicht. Die Notwendigkeit, auch die übrigen Nachkommen im Rahmen der Nachfolgelösung am Familienunternehmen zu beteiligen, dürfte in den meisten Fällen nur dann nicht bestehen, wenn der Unternehmer in ausserordentlich guten Verhältnissen

1.2.2.2 Weitere allgemeine Eingrenzungen der Thematik

Nebst der Eingrenzung des Betrachtungsgegenstands auf die in Kapitel 1.2.2.1 dargestellte Ausgangslage fokussiert die vorliegende Dissertation auf die Regelung der familieninternen Unternehmensnachfolge mittels eines Aktionärbindungsvertrags unter Berücksichtigung von aktienrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Daher wird grundsätzlich nicht auf weitere im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge relevante Rechtsgebiete wie das Ehegüterrecht,[53] das Erwachsenenschutzrecht,[54] das Erbrecht,[55] das Sozialversicherungsrecht[56] sowie das Steuerrecht[57] eingegangen. Ebenfalls nicht Gegenstand der vorliegenden Doktorarbeit sind Überlegungen zur Wahl der Rechtsform von Familienunternehmen.[58] Die vorliegende Dissertation beleuchtet die Thematik schliesslich einzig aus der Perspektive des materiellen Schweizer Rechts. Folglich wird weder auf allfällige kollisionsrechtliche noch auf rechtsvergleichende Aspekte der familieninternen Unternehmensnachfolge eingegangen.

---

lebt oder wenn das Familienunternehmen nur über einen sehr geringen Wert verfügt (z.B. bei Kleinstunternehmen; vgl. BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, 13 f.).

53 Vgl. für eine Übersicht über die güterrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Unternehmensnachfolge statt vieler HENNINGER, N 200 ff.

54 Vgl. zu erwachsenenschutzrechtlichen Aspekten bei der Nachfolgeplanung BIZZARRO, 97 (insbesondere mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Abfassung eines Vorsorgeauftrags zur Sicherstellung der Weiterführung des Familienunternehmens im Fall einer vor dem Vollzug der Unternehmensnachfolge beim Unternehmer eintretenden Urteilsunfähigkeit).

55 In gebotener Kürze wird jedoch auf die durch das Pflichtteilsrecht gesetzten Rahmenbedingungen eingegangen, die sich auf den Abschluss und auf die Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags auswirken; vgl. Kapitel 3.2, insbesondere 3.2.1.1.2. Vgl. eingehend zur familieninternen Unternehmensnachfolge aus erbrechtlicher Sicht EITEL, Eigentumstransfer, insbesondere 280 ff., ELMIGER, insbesondere 79 ff., HENNINGER, insbesondere N 76 ff. sowie N 178 ff., KIPFER-BERGER, insbesondere N 206 ff., und STRAESSLE, *passim*.

56 Vgl. für eine Übersicht über die sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Unternehmensnachfolge KIESER, 327 ff., sowie WOLF/HALTER, 5 ff.

57 Vgl. zu den einschlägigen steuerrechtlichen Rahmenbedingungen im Allgemeinen die Darstellung bei JAUSSI/PFIRTER, 390 ff., sowie im Besonderen zum steuerrechtlichen Rahmen bei der Übertragung von Beteiligungsrechten innerhalb der Familie die Darstellung bei POLTERA/WALK, 399 ff.

58 Vgl. dazu beispielsweise BAUMANN, 61 ff., sowie PETER, 59 ff.

1.3 Erkenntnisinteresse

Soweit ersichtlich fehlt in der Schweizer Literaturlandschaft bis anhin eine umfassende Abhandlung zum Aktionärbindungsvertrag im Kontext und als Gestaltungselement der familieninternen Unternehmensnachfolge. Ziel dieser Dissertation ist es, diese Lücke unter Berücksichtigung der gewählten Einschränkungen zu schliessen.

Im Vordergrund stehen die Ausgestaltungsmöglichkeiten von Aktionärbindungsverträgen, die im Rahmen von familieninternen Unternehmensnachfolgen abgeschlossen werden – konkret anhand der in Kapitel 1.2.2.1 definierten Ausgangslage. Das Erkenntnisinteresse gilt dabei den Ausgestaltungsmöglichkeiten des Aktionärbindungsvertrags, um den aufzuzeigenden divergierenden Zielen und Bedürfnissen der Beteiligten, den darzustellenden Problemfeldern und Herausforderungen im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge sowie den daraus abgeleiteten Regelungsbereichen und Spannungsfeldern im Rahmen der Nachfolgegestaltung zu begegnen und Rechnung zu tragen.

Im Bereich der im Aktionärbindungsvertrag geregelten Rechte und Pflichten der Familienaktionäre soll die Darstellung zudem durch das Aufzeigen möglicher aktienrechtlicher – insbesondere statutarischer – Gestaltungsmöglichkeiten zur Umsetzung oder Ergänzung der vertraglichen Regelungen komplementiert werden.

1.4 Gang der Darstellung

Nach der soeben erfolgten Kontextualisierung und Eingrenzung der Thematik werden in Kapitel 2 zunächst die im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen verfolgten Ziele und Interessen der Beteiligten dargestellt und häufig anzutreffende Problemfelder und Herausforderungen aufgezeigt, woraus im Aktionärbindungsvertrag regelungsbedürftige Bereiche und Spannungsfelder abgeleitet werden. Dazu werden mögliche Faktoren für eine erfolgreiche familieninterne Unternehmensnachfolge aufgezeigt. Kapitel 3 stellt sodann den Aktionärbindungsvertrag als zur Regelung der familieninternen Unternehmensnachfolge geeignetes Instrument im Allgemeinen vor und geht auf die Herausforderungen und Möglichkeiten im Rahmen des Abschlusses des Aktionärbindungsvertrags ein. Ausgehend vom übergeordneten Spannungsfeld zwischen optimaler Unternehmensführung durch die Nachfolgerin und Gleichbehandlung und Teilhabe der übrigen Nachkommen am Familienunternehmen zeigt Kapitel 4

mögliche vertragliche Instrumente auf, welche zur Auflösung und zur Regelung dieses Spannungsfelds im Aktionärbindungsvertrag vorgesehen werden können. Die Darstellung der vertraglichen Instrumente wird durch aktienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten ergänzt, welche alternativ oder kumulativ zu den vertraglichen Vereinbarungen zur Anwendung kommen können. Kapitel 5 widmet sich der Bearbeitung und Lösung von möglichen zwischen den Familienaktionären auftretenden Konflikten, während Kapitel 6 die mögliche Regelung der Dauer und der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags sowie von deren Folgen beleuchtet. Zum Abschluss dieser Arbeit erfolgen eine kurze Zusammenfassung und Würdigung, die Darstellung der Grenzen der Arbeit und der Bereiche zukünftiger Forschung sowie ein Ausblick, welcher mitunter die laufende Revision des Erbrechts im Bereich der Unternehmensnachfolge berücksichtigt (Kapitel 7).

2 Familieninterne Unternehmensnachfolge: Ziele, Problemfelder, Regelungsbereiche und Erfolgsfaktoren

2.1 Ziele und Interessen der Beteiligten

Die erfolgreiche Durchführung der Unternehmensnachfolge ist im Interesse sämtlicher Beteiligter. Ob eine familieninterne Unternehmensnachfolge gelingt, bemisst sich danach, ob das Unternehmen nach vollzogener Nachfolge erfolgreich ist und ob die Nachfolgelösung den Zielen und Interessen der Beteiligten Rechnung trägt,[59] weshalb die Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags diesen Zielen und Interessen möglichst entsprechen soll. In Bezug auf die familieninterne Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen können die Beteiligten in Abhängigkeit ihrer persönlichen Umstände und Bedürfnisse sowie der Verhältnisse innerhalb der Familie verschiedene Ziele verfolgen.[60] Aus diesen verschiedenen, teilweise gegenläufigen Zielen und Interessen gilt es im Rahmen der Unternehmensnachfolge eine Kompromisslösung zu formen.[61] Nachfolgend sollen – unterscheidend nach den Beteiligten und beginnend mit dem Unternehmer als prägende Figur des Familienunternehmens – die möglichen Ziele der Beteiligten im Rahmen der Unternehmensnachfolge aufgezeigt werden.

2.1.1 Ziele und Interessen des übergebenden Unternehmers

Oberstes Ziel der meisten Unternehmer ist es, dass das Familienunternehmen auch nach vollzogener Übergabe Erfolg verzeichnet.[62] Um die erfolgreiche Weiterführung des Familienunternehmens sicherzustellen, besteht häufig der Wunsch, dass die Geschäftsführung im Wesentlichen von einer Person oder von einer ein-

---

59 Vgl. Le Breton-Miller/Miller/Steier, 306; Sharma/Chrisman/Chua, 670; Sharma/Chrisman/Pablo/Chua, 19; Staehelin, 145 f. Die Zufriedenheit der Beteiligten reduziert auch das Konfliktpotenzial unter ihnen und damit das Risiko, dass Konflikte unter ihnen den Unternehmenserfolg gefährden; vgl. Kapitel 5.

60 Fischer M., 54; Hinderer, 372; Schenker, Unternehmensnachfolge, 222.

61 Staehelin, 145 f.

62 Arnet/Hartmann, 834; Dehlen/Zellweger/Kammerlander/Halter, 204; Kissling Streuli, 21; Schenker, Unternehmensnachfolge, 222; Thévenoz, 241; Vischer, Nachfolgeplanung, 5 f.; Wiesenhahn, 43.

geschränkten Anzahl Personen, welche über die erforderlichen Fähigkeiten verfügt bzw. verfügen, wahrgenommen wird.[63]

Der vom Unternehmer empfundenen Verantwortung für das eigene Lebenswerk[64] entspringt weiter das Ziel, den langfristigen Fortbestand des Familienunternehmens sicherzustellen.[65] Zum einen geht damit der Wunsch des Unternehmers einher, dass das Familienunternehmen die eigene Selbstständigkeit und Unabhängigkeit wahren kann.[66] Zum anderen wünschen sich Unternehmer oftmals, dass das Unternehmen möglichst im Eigentum der Familie verbleibt.[67] Damit soll das Familienvermögen erhalten bleiben und die Familie finanziell abgesichert werden.[68]

Das Ziel der erfolgreichen Weiterführung des Unternehmens und der Wunsch nach dem Verbleib des Unternehmens in Familienhand stehen jedoch in einem Spannungsfeld mit einem weiteren bedeutsamen Ziel des Unternehmers: die Gleichbehandlung seiner Nachkommen und die gerechte Verteilung seines Vermögens respektive seines dereinstigen Nachlasses.[69] Demnach sind Unternehmer oftmals nicht ohne Weiteres bereit, einzelne Nachkommen zu bevorzugen.[70] Weil die Wahrnehmung oder Kontrolle der Geschäftsführung letztlich auf der Stimmrechts-

---

63 Bergmann/Halter/Zellweger, 19; Schenker, Unternehmensnachfolge, 222; Thévenoz, 241. Vgl. auch Weibel/Hosang, 335.

64 Papesch, 78; Wiesenhahn, 43.

65 Arnet/Hartmann, 834; Balz/Bernau-Henkel, 60; Conrad/Heller, 95 f.; Frey/Halter/Zellweger, 15; Halter/Buchmann/Lardi, 2; Halter/Schrettle/Baldegger, 16; Papesch, 78 f.; Rautenstrauch, 80; Romy/Rochat, 239.

66 Frey/Halter/Zellweger, 15; Halter/Schrettle/Baldegger, 16; Nagl, 5 und 7; Papesch, 79.

67 Carnazzi Weber/Klein/Zellweger/Zumbühl, 33; Frey/Halter/Zellweger, 15; Halter/Schrettle/Baldegger, 16; Nagl, 13 f.; Papesch, 76; Schenker, Unternehmensnachfolge, 223 f. Vgl. bereits Kapitel 1.2.2.1 und dort die Nachweise in Fn 45 und 46, wonach die familieninterne Übergabe des Familienunternehmens nach wie vor die beliebteste Übergabeart im Rahmen der Unternehmensnachfolge darstellt.

68 Arnet/Hartmann, 833; Bizzarro, 94; Conrad/Heller, 95 f.; Freiherr von Rechenberg, 50; Frey/Halter/Zellweger, 15; Halter/Schrettle/Baldegger, 16; Kissling Streuli, 21; Papesch, 78 f.

69 Bergmann/Halter/Zellweger, 19; Bizzarro, 94; Frey/Halter/Zellweger, 15; Geiser, 194; Halter/Buchmann/Lardi, 15; Halter/Schrettle/Baldegger, 16; Kissling Streuli, 77; Schenker, Unternehmensnachfolge, 223; Thévenoz, 241; Wang/Watkins/Harris/Spicer, 60; Wolf/Kissling/Halter, 8 f.

70 Vgl. Bergmann/Halter/Zellweger, 19; Halter/Buchmann/Lardi, 15.

beherrschung des Familienunternehmens beruht – welche grundsätzlich eine Kapitalmehrheit voraussetzt[71] –, besteht Bedarf nach einem Kompromiss zwischen der im Wesentlichen bei der Nachfolgerin konzentrierten Kompetenz zur Geschäftsführung und der Teilhabe der übrigen Nachkommen – sprich der passiven Aktionäre – am Vermögen des Unternehmers.

Die Gleichbehandlung und Teilhabe der übrigen Nachkommen hängt aber auch mit dem Ziel der Vermeidung familieninterner Streitigkeiten respektive des Erhalts des Familienfriedens zusammen.[72] Durch eine möglichst gerechte Behandlung der Nachkommen in vermögensmässiger Hinsicht soll vermieden werden, dass Streitigkeiten zwischen diesen entstehen, die mitunter die Unternehmensführung beeinträchtigen können.[73]

Schliesslich streben Unternehmer auch den Erhalt der Arbeitsplätze im Familienunternehmen sowie die Wahrung eines guten Verhältnisses zu Mitarbeitenden und Geschäftspartnern an[74] – auch dies eine Ausprägung der Verbundenheit von Unternehmern mit ihrem «Lebenswerk» sowie des hohen Verantwortungsbewusstseins gegenüber den Anspruchsgruppen des Familienunternehmens.[75]

2.1.2 Ziele und Interessen der Nachfolgerin

Übergeordnetes Ziel der Nachfolgerin ist regelmässig die erfolgreiche Zukunft des Familienunternehmens.[76] Demnach ist sie daran interessiert, in der Geschäftsführung über möglichst grosse Freiheiten und über einen möglichst weiten Entscheidungsspielraum zu verfügen, um die eigenen Pläne zur erfolgreichen Führung des

---

71 Vgl. Art. 692 Abs. 1 OR sowie Kapitel 4.1.1.1.2.

72 FREUND, 23; FREY/HALTER/ZELLWEGER, 15; HALTER/BUCHMANN/LARDI, 8; HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 16; KISSLING STREULI, 21; PAPESCH, 79; RAUTENSTRAUCH, 79 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 223; WANG/WATKINS/HARRIS/SPICER, 60; WIESENHAHN, 43.

73 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 223.

74 ARNET/HARTMANN, 833 f.; BALZ/BERNAU-HENKEL, 60; CONRAD/HELLER, 95 f.; FREY/HALTER/ZELLWEGER, 15; GRAEBNER/EISENHARDT, 390; HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 16; KOHLER/INGERL, 15; NAGL, 5 und 7; PAPESCH, 79; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 224; WIESENHAHN, 43.

75 DEHLEN/ZELLWEGER/KAMMERLANDER/HALTER, 204; HINDERER, 372; WIESENHAHN, 42 f.

76 WIESENHAHN, 43.

Familienunternehmens zu verwirklichen.[77] Dies kann sich mitunter darin äussern, dass sich die Nachfolgerin eine möglichst grosse Beteiligung am Familienunternehmen sichern möchte, sowie dass sie eine übermässige Belastung der Liquidität des Familienunternehmens vermeiden möchte.[78] Ebenfalls kann sie eigene finanzielle Ziele verfolgen, wobei ihr als Entschädigung für ihre Arbeitsleistung und den Erfolg des Familienunternehmens mitunter an einem grosszügigen Salär liegen kann.[79]

Während die Nachfolgerin im Vergleich zum Unternehmer finanzielle Ziele höher als nicht-finanzielle gewichtet,[80] kann der Erhalt des Familienfriedens auch im Interesse der Nachfolgerin sein, um den negativen Auswirkungen von Konflikten auf das Familienunternehmen vorzubeugen.[81]

2.1.3 Ziele und Interessen der passiven Aktionäre

Die Ziele der passiven Aktionäre im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge können je nach Konstellation unterschiedlich sein. So kann den passiven Aktionären am Erhalt des Familienunternehmens in Familienhand liegen,[82] oder aber – auf der anderen Seite des Spektrums – haben die passiven Aktionäre gar kein oder nur ein geringes Interesse an einer Beteiligung am Familienunternehmen, womit die Vermeidung einer Beteiligung oder die Möglichkeit, diese zu einem späteren Zeitpunkt – möglicherweise sogar möglichst rasch nach Vollzug der Nachfolge – verkaufen zu können, um das darin gebundene Kapital anderweitig einzusetzen, im Vordergrund steht.[83]

Trotz der potenziell unterschiedlichen Zielsetzungen der passiven Aktionäre dürfte diesen jeweils das Bedürfnis gemeinsam sein, im Rahmen der Unternehmensnachfolge «gesehen zu werden» und damit ein gewisses Mass an Gleichbe-

---

77 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 583; CONRAD/HELLER, 129; FÄHRLANDER, 288; FRIES/DEUTLMOSER, 30; HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 20; MÜLLER/BIEDERMANN, 886; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 224; WOYWODE/KEESE/TÄNZLER, 428.

78 FISCHER M., 54.

79 FISCHER D., Änderungen, 20 Fn 108; JÖRG/MÜLLER, 316; VON SALIS/HAAS, 35.

80 WIESENHAHN, 44.

81 Vgl. WIESENHAHN, 43.

82 Vgl. BAUMGARTNER, 30.

83 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 583; DE MASSIS/CHUA/CHRISMAN, 189; FRICK M., 133; SUND/ANDERSSON/HAAG, 438 und 444.

handlung[84] und Teilhabe am Familienunternehmen und am Vermögen des Unternehmers[85] zu erfahren. Insbesondere dürften die meisten passiven Aktionäre daran interessiert sein, an den Erträgen des Familienunternehmens in der Form von Ausschüttungen teilzuhaben[86] – sei dies als Entschädigung für das durch ihre Beteiligungen am Familienunternehmen zur Verfügung gestellte Kapital und das dadurch getragene Investitionsrisiko,[87] zur Bezahlung der auf ihren Beteiligungen am Familienunternehmen anfallenden Vermögenssteuern,[88] zur Finanzierung des eigenen Lebensunterhalts[89] oder generell mit dem Ziel der Vermögensbildung zur Realisierung eigener wirtschaftlicher Ziele.[90] Mit Blick auf die Erwartung finanzieller Erträge weist die Stellung der passiven Aktionäre deshalb teilweise Parallelen zu derjenigen von Investoren auf.[91] Daraus resultiert auch das Interesse der passiven Aktionäre an Kontrollrechten, um die eigenen Interessen wahren und schützen zu können.[92]

2.2 Problemfelder und Herausforderungen

Wie mitunter die soeben dargestellten, teilweise gegensätzlichen Ziele und Interessen der Beteiligten nahelegen, weisen familieninterne Unternehmensnachfolgen verschiedene Problemfelder und Herausforderungen auf, denen im Rahmen der Gestaltung des Aktionärbindungsvertrags zu begegnen ist. Nachfolgend sollen typische solche Problemfelder und Herausforderungen aufgezeigt werden. Zunächst erfolgt eine kurze Übersicht über allgemeine Problemfelder und Herausforderungen, die sich mitunter auf das Zustandekommen einer Nachfolgelösung und damit auf den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags beziehen (Kapitel 2.2.1), im Anschluss daran eine Darstellung derjenigen Problemfelder und Herausforderun-

---

84 Vgl. HALTER/SCHRÖDER, 104 ff., insbesondere 108 ff.

85 Vgl. FISCHER M., 54; HALTER/SCHRÖDER, 54 f.

86 AEBI-MÜLLER, N 13.10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 583; CONRAD/HELLER, 129; DAENIKER/HASLER, 89; FISCHER D., Änderungen, 20 Fn 109; HALTER/SCHRÖDER, 54; HARDER SCHULER, 89; KISSLING STREULI, 121; NIGGEMANN, 108; PAPESCH, 157; RAUTENSTRAUCH, 81.

87 VON SALIS/HAAS, 35.

88 DAENIKER/HASLER, 89.

89 DAENIKER/HASLER, 89; KISSLING STREULI, 121; PAPESCH, 157.

90 DAENIKER/HASLER, 89; NIGGEMANN, 108; RAUTENSTRAUCH, 81.

91 Vgl. WIMMER/GROTH/SIMON, 135.

92 Vgl. SCHENKER, Familiengesellschaften, 32.

gen, welche das Verhältnis der Familienaktionäre untereinander in Bezug auf die Führung des Familienunternehmens und die entsprechenden Strukturen, Rechte und Pflichten – mithin die «Governance» des Familienunternehmens[93] – betreffen (Kapitel 2.2.2). Letztere stehen mit Blick auf den Regelungsgegenstand des Aktionärbindungsvertrags als vorliegend interessierendes Gestaltungsinstrument[94] im Vordergrund.

2.2.1 Problemfelder und Herausforderungen im Allgemeinen

Forschung und Literatur haben verschiedene allgemeine Problemfelder und Herausforderungen identifiziert, die sich häufig bei Nachfolgevorgängen in Familienunternehmen – so auch in der in Kapitel 1.2.2.1 definierten Ausgangslage – stellen. Eine breit erforschte Herausforderung ist der Einfluss von Emotionalität, insbesondere in Bezug auf den Unternehmer: Dieser tut sich schwer, das Familienunternehmen zu übertragen, weil er sich mit seinem «Lebenswerk» stark verbunden fühlt und mit dessen Übergabe ein gefühlter Verlust von Identität und Lebensinhalt einhergeht.[95] Dies sorgt für Konfliktpotenzial zwischen dem Unternehmer und der Nachfolgegeneration.[96] Ebenso erschweren oftmals finanzielle Aspekte, etwa unterschiedliche Ansichten über die Bewertung des Familienunternehmens respektive der einzelnen Beteiligungen daran[97] sowie die Frage, inwieweit die Nachfolgerin das Unternehmen ohne Abfindung zugunsten ihrer Geschwister übernehmen können soll,[98]

---

93 Vgl. zum Begriff ZELLWEGER, Family Business, 46.

94 Vgl. zur Eignung des Aktionärbindungsvertrags als Gestaltungselement der familieninternen Unternehmensnachfolge mit Blick auf dessen Regelungsgegenstand im Allgemeinen Kapitel 3.1.1.1.

95 ARNET/HARTMANN, 833; BAUMGARTNER, 43; BERNHARD/JASKIEWICZ, 215; DE MASSIS/CHUA/CHRISMAN, 186; FILSER/KRAUS/MÄRK, 259; HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 17; HUBLER, 119; KREPPER, 339; PAPESCH, 96; PISCULA/LETTER, 308; SHARMA/CHRISMAN/CHUA, 671; WIMMER/GEBAUER, 247. Die Studie von HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 19, identifiziert die Schwierigkeit des Unternehmers, sich vom eigenen Unternehmen zu lösen, als eines der hauptsächlichen Problemfelder bei der Unternehmensnachfolge.

96 CARNAZZI WEBER/KLEIN/ZELLWEGER/ZUMBÜHL, 6; DAVIS/HARVESTON, 319; FILSER/KRAUS/MÄRK, 264 und 266.

97 Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.2 sowie BUCHER/SCHWENDENER, insbesondere 342 ff. Vgl. auch JUNG, 75.

98 Dabei stehen sich das Ziel der Sicherstellung des Erfolgs des Familienunternehmens durch dessen Übertragung auf die Nachfolgerin zu möglichst günstigen Konditionen

die Nachfolgeregelung. Diesbezüglich können nicht nur divergierende Vorstellungen zwischen Unternehmer und Nachfolgerin, sondern auch im Verhältnis zu den passiven Aktionären bestehen.[99] Ebenso fliessen bei der Gestaltung der Nachfolgelösung vielfach nicht nur objektive, sondern auch subjektive, emotionale Faktoren ein.[100] Weiter können eine starke Ausrichtung der Organisation auf den Unternehmer sowie die fehlende oder unzureichende Formalisierung und Dokumentation von Strukturen, Prozessen und Know-how das Gelingen der Nachfolge beeinträchtigen.[101] Schliesslich bereiten häufig auch praktische Aspekte Schwierigkeiten,[102] so eine mangelhafte Kommunikation, das Fehlen einer klaren Definition von Zielen und Verantwortlichkeiten im Nachfolgeprozess,[103] die fehlende Erfahrung mit Nachfolgeprozessen[104] sowie eine allfällige Geschäftsunerfahrenheit der Beteiligten, insbesondere der passiven Aktionäre, wodurch Gespräche und Verhandlungen «auf Augenhöhe» erschwert werden.

2.2.2 Problemfelder und Herausforderungen in Bezug auf die Governance des Familienunternehmens im Besonderen

Zusätzlich zu den in Kapitel 2.1 dargestellten divergierenden Zielen und Interessen der Beteiligten ergeben sich bei der familieninternen Unternehmensnachfolge mit Blick auf die Governance des Familienunternehmens Herausforderungen aus der Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen» sowie aus dem Ausein-

---

(damit Mittel für Investitionen erhalten bleiben) und dasjenige der Gleichbehandlung und Teilhabe der übrigen Nachkommen durch ihre Abfindung mit einer möglichst angemessenen Gegenleistung gegenüber (vgl. die jeweiligen Ziele der Beteiligten in Kapitel 2.1 sowie BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, 18 f.).

99 HALTER/KAMMERLANDER, Prozess, 18 f.; PISCULA/LETTER, 308. Gemäss FREY/HALTER/ZELLWEGER, 22, handelt es sich bei divergierenden Wert- bzw. Preisvorstellungen um einen der hauptsächlichen Gründe für das Scheitern von Unternehmensnachfolgen.

100 JUNG, 75; ROMY/ROCHAT, 239. Vgl. zur Emotionalität als Herausforderung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 3.2.1.3.

101 ARNET/HARTMANN, 833; ARVANITIS/STUCKI, 752; BAUMANN, 27 f.; BUCHER/SCHWENDENER, 341; HALTER/FREY, 316; PAPESCH, 100 ff.

102 Vgl. CHRISTEN et al., 6, sowie zu praktischen Aspekten als Herausforderung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 3.2.1.4.

103 BAUMGARTNER, 31; DE MASSIS/CHUA/CHRISMAN, 191 f.

104 WIMMER/GEBAUER, 246. Vgl. auch ZELLWEGER, Family Business, 203.

anderfallen von Eigentum und Geschäftsführung. Nachfolgend werden zunächst diese beiden Faktoren im Einzelnen erläutert (Kapitel 2.2.2.1), woraufhin spezifische Problemfelder und Herausforderungen, die sich aus diesen Faktoren im Zusammenspiel mit den divergierenden Zielen und Interessen der Beteiligten ergeben, aufgezeigt werden (Kapitel 2.2.2.2).

2.2.2.1 Zugrunde liegende Faktoren

2.2.2.1.1 Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen»

Eine erste Herausforderung ergibt sich aus der Familienunternehmen inhärenten Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen».[105] Grundsätzlich werden dem Familieneinfluss auf Unternehmen in Forschung und Literatur positive Wirkungen zugeschrieben, etwa dass dieser dem Unternehmen zu einer längeren Überlebensdauer, zur Fähigkeit zu raschen Entscheidungen, zu einem hohen Identifikationspotenzial, zu einer langfristigen Ausrichtung oder zu Kontinuität in der verfolgten Strategie verhelfen kann.[106]

Der Familieneinfluss stellt jedoch zugleich eine Herausforderung für das Familienunternehmen dar.[107] So besteht das Risiko, dass Entscheide auf der Ebene des Familienunternehmens nach den Bedürfnissen der Familie bzw. von Familienmitgliedern statt nach denjenigen des Familienunternehmens selbst getroffen werden.[108] Ebenso kann die familiäre Beziehung unter den Familienaktionären dazu führen, dass die Entscheidfindung auf der Ebene des Familienunternehmens nicht einer sachlichen Logik folgt, sondern emotional geprägt ist,[109] sowie dass in der Familie auftretende Konflikte die Unternehmensführung beeinträchtigen.[110] Ferner besteht die Gefahr, dass Interessen der Familie oder einzelner Familienaktionäre zulasten solcher des Familienunternehmens und seiner Ressourcen verfolgt werden.[111]

---

105 AUWÄRTER, 137; BÜHLER, Governance, 319 f.; BÜHLER, Steuerung, 224; CHENAUX, 520; FREUND, 22; LANGE, 17; TAGIURI/DAVIS, 200.

106 AUWÄRTER, 137; BUCHER/SCHWENDENER, 341; FELDEN/WINTERS, 35 f.; HALTER/SCHRÖDER, 23; KOHLER/INGERL, 4; LANGE, 22; NEUVIANS/RÖSCH/GERARDS, 422 f.; WENNBERG/WIKLUND/HELLERSTEDT/NORDQVIST, 366 f.; WIMMER/GROTH/SIMON, 115 f.; ZELLWEGER, Family Business, 37; ZELLWEGER, Strategies, 13.

107 TAGIURI/DAVIS, 200; WIMMER/GROTH/SIMON, 115 f.

108 TAGIURI/DAVIS, 202.

109 TAGIURI/DAVIS, 204.

110 BÖCKLI, Leitgrundsätze, 524; HINDERER, 372; TAGIURI/DAVIS, 207.

111 ARNET/HARTMANN, 836; BÜHLER, Governance, 320; BÜHLER, Steuerung, 224; FORSTMOSER, Governance, 484; WELLER, 392.

Schliesslich können sich Familienmitglieder ohne Führungsfunktion in die Geschäftsführung einmischen und dadurch Verwirrung und Demotivation stiften.[112]

2.2.2.1.2 Auseinanderfallen von Eigentum und Geschäftsführung

Eine zweite Herausforderung ist im Auseinanderfallen von Eigentum und Geschäftsführung in Bezug auf das Familienunternehmen zu erblicken. Dieses Auseinanderfallen ist oftmals eine «Notwendigkeit», die sich, wie in Kapitel 1.2.2.1 dargestellt, aus den fehlenden Mitteln des Unternehmers und der Nachfolgerin ergibt, um die übrigen Nachkommen für die Zuwendung des gesamten Eigentums am Familienunternehmen an die Nachfolgerin abzugelten.

Mit der Übertragung des Familienunternehmens auf die Nachkommen des Unternehmers, womit Eigentum und Geschäftsführung erstmals nicht mehr in einer Hand – derjenigen des Unternehmers und Gründers – vereint sind,[113] stehen sich mehrere Aktionäre gegenüber, welche – wie in Kapitel 2.1 aufgezeigt – vielfach unterschiedliche Interessen verfolgen.[114] Zwar dürfte die Wertsteigerung des Unternehmens einen gemeinsamen Nenner unter allen Familienaktionären darstellen.[115] Jedoch können sich die Präferenzen der einzelnen Familienaktionäre etwa in Bezug auf die strategische Ausrichtung, die Risikotoleranz, die Ausschüttungspolitik, den Zeithorizont der verfolgten Strategie sowie mögliche nicht-ökonomische Ziele mehr oder weniger stark unterscheiden,[116] wobei den passiven Aktionären auch einfach an einem möglichst raschen Ausstieg aus dem Familienunternehmen gelegen sein kann.[117] Namentlich resultieren daraus Interessengegensätze zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären,[118]

---

112 BAUMANN, 87; BÖCKLI, Leitgrundsätze, 524; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.225; TAGIURI/DAVIS, 202; VON MOOS, Governance, 1060; ZELLWEGER, Family Business, 51.

113 BÖCKLI, Leitgrundsätze, 523; FREIHERR VON RECHENBERG, 44; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.225.

114 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.225 und 10.227; ZELLWEGER/KAMMERLANDER, 1283. Vgl. zudem bereits Kapitel 2.1.2 und 2.1.3.

115 BAUMANN, 85; ZELLWEGER, Family Business, 47; ZELLWEGER/KAMMERLANDER, 1283.

116 ARTEAGA/MENÉNDEZ-REQUEJO, 323; WELLER, 392; ZELLWEGER, Family Business, 48; ZELLWEGER/KAMMERLANDER, 1283.

117 Vgl. Kapitel 2.1.3.

118 BAUMANN, 87; BÖCKLI, Leitgrundsätze, 526; BÜHLER, Steuerung, 227; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.225; PEERMÖLLER, 725; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 181; WOLF/KISSLING/HALTER, 18. Vgl. auch ARTEAGA/MENÉNDEZ-REQUEJO, 323;

welche zur Entstehung und Verschärfung von Problemfeldern und Herausforderungen beitragen.

2.2.2.2 Problemfelder und Herausforderungen im Einzelnen

Aus dem Zusammenspiel zwischen den in Kapitel 2.1 dargestellten Zielen und Interessen der Beteiligten und den soeben in Kapitel 2.2.2.1 aufgezeigten Faktoren ergeben sich bei der familieninternen Unternehmensnachfolge namentlich die nachfolgenden Problemfelder und Herausforderungen.

2.2.2.2.1 Erlangung eigener Vorteile

Ganz allgemein können die Interessengegensätze innerhalb des Aktionariats dazu führen, dass die Familienaktionäre ihr Verhalten in Bezug auf das Familienunternehmen danach ausrichten, Vorteile für sich selbst zu erhalten und Ressourcen des Familienunternehmens zum eigenen Vorteil zu verwenden.[119]

Diese Gefahr ist besonders dann ausgeprägt, wenn die Nachfolgerin oder mehrere Familienaktionäre gemeinsam über eine (Stimmen-)Mehrheit im Familienunternehmen verfügt bzw. verfügen und sich dadurch auf Kosten der passiven Aktionäre bzw. der Minderheitsaktionäre persönliche Vorteile verschaffen kann bzw. können.[120] Grund für ein solches Verhalten kann aber auch die von einem passiven Aktionär wahrgenommene Ungleichbehandlung sein, etwa aufgrund einer Begünstigung der Nachfolgerin, wobei dieser die Ungleichbehandlung durch die Aneignung von Vorteilen zu kompensieren versucht,[121] oder das aufgrund der lediglich passiven Rolle in Bezug auf die Unternehmensführung möglicherweise tiefere *commitment* von passiven Aktionären,[122] wodurch das Familienunternehmen hauptsächlich als «Selbst-

---

FELDEN/HACK/HOON, 117 f.; KISSLING STREULI, 115 f.; NÖTZLI BREINLINGER, 101 f.

119 BÜHLER, Steuerung, 227.

120 ARTEAGA/MENÉNDEZ-REQUEJO, 323; FELDEN/HACK/HOON, 117 f.; KISSLING STREULI, 115 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.225; NÖTZLI BREINLINGER, 101 f.; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 184; WELLER, 393; ZELLWEGER/KAMMERLANDER, 1284. Bei solchen Konstellationen – insbesondere, wenn die Nachfolgerin über einen breiten Gestaltungsspielraum verfügt – handelt es sich um einen Aspekt der Agency-Problematik, die sich durch das Auseinanderfallen von Eigentum (alle Familienaktionäre) und Geschäftsführung (nur die Nachfolgerin) ergibt (vgl. FELDEN/HACK/HOON, 117 f.).

121 KISSLING STREULI, 121; WOLF/KISSLING/HALTER, 20.

122 Vgl. KISSLING STREULI, 121.

bedienungsladen» zum eigenen Vorteil angesehen wird.[123] Informationsasymmetrien unter den Familienaktionären, die es insbesondere der Nachfolgerin ermöglichen, sich selbst oder nahestehenden Personen Vorteile zu verschaffen, können ein auf die Erlangung eigener Vorteile gerichtetes Verhalten der Familienaktionäre zusätzlich befeuern.[124]

Aufgrund der in Kapitel 2.2.2.1.1 erwähnten Problematik, dass Familieninteressen auf Kosten der Interessen des Familienunternehmens verfolgt werden, können Familienmitgliedern namentlich ungerechtfertigte Vorteile auf Kosten des Familienunternehmens zugewendet werden («Nepotismus»[125]).[126] Dabei können insbesondere nicht qualifizierte Familienmitglieder (beispielsweise Kinder der Nachfolgerin oder auch der passiven Aktionäre) möglicherweise gar in leitenden Funktionen angestellt oder generell aufgrund der familiären Beziehung bevorzugt behandelt werden.[127] Selbige Familienmitglieder werden trotz ihrer mangelnden Kompetenz zudem nicht sanktioniert, wenn ihre Leistung nicht zufriedenstellend ist,[128] was dem Erfolg des Familienunternehmens abträglich ist.[129]

---

123 Vgl. BÜHLER, Governance, 321; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 184; VON MOOS, Governance, 1060.

124 Vgl. BÖCKLI, Leitgrundsätze, 526; KISSLING STREULI, 121; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.225.

125 In der ökonomischen Forschung zu diesem Phänomen ist auch von «Altruismus» (im Sinn der Agency-Problematik) die Rede; vgl. ARTEAGA/MENÉNDEZ-REQUEJO, 323; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 180 f.; SCHULZE/LUBATKIN/DINO/BUCHHOLTZ, 102 f.; VAN DEN BERGHE/CARCHON, 173 f.; WOYWODE/KEESE/TÄNZLER, 424; ZELLWEGER, Family Business, 52 f.

126 BÜHLER, Governance, 320; BÜHLER, Steuerung, 224; CHENAUX, 520; FORSTMOSER, Governance, 484 Fn 52; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.227; SCHENKER, Familiengesellschaften, 10; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 180 f.; SCHULZE/LUBATKIN/DINO/BUCHHOLTZ, 102 f.; VAN DEN BERGHE/CARCHON, 174; VON MOOS, Governance, 1060; WELLER, 392; WESTERMANN, 24; ZELLWEGER, Family Business, 53.

127 ARNET/HARTMANN, 836; ARTEAGA/MENÉNDEZ-REQUEJO, 323; FORSTMOSER, Governance, 484 Fn 52; NÖTZLI BREINLINGER, 96; SCHENKER, Familiengesellschaften, 9; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 180 f.; SCHULZE/LUBATKIN/DINO/BUCHHOLTZ, 103; VAN DEN BERGHE/CARCHON, 174 f.; ZELLWEGER, Family Business, 53.

128 ARTEAGA/MENÉNDEZ-REQUEJO, 323; SCHENKER, Familiengesellschaften, 9; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 180 f.; ZELLWEGER, Family Business, 53; ZELLWEGER/KAMMERLANDER, 1283.

129 Vgl. SCIASCIA/MAZZOLA, 340, sowie zum Ziel des langfristigen Erfolgs des Familienunternehmens bereits Kapitel 2.1.1 und 2.1.2.

2.2.2.2.2 Divergierende Risikopräferenzen

Die Interessengegensätze zwischen den Familienaktionären gründen oftmals mitunter auf der Tatsache, dass eine Beteiligung der passiven Aktionäre am Familienunternehmen vielfach eine Notwendigkeit[130] und damit nicht die von diesen bevorzugte Lösung darstellt.[131] In einer Ausgangslage wie derjenigen gemäss Kapitel 1.2.2.1 ist nach dem Vollzug der Nachfolgelösung vielfach ein Grossteil ihres Vermögens im Familienunternehmen gebunden.[132] Dies verunmöglicht eine Diversifikation ihres Vermögens.[133] Überdies besteht für ihre Beteiligungen oftmals kein liquider Markt, sodass die passiven Aktionäre faktisch ohne Ausstiegsmöglichkeit als (Minderheits-)Aktionäre des Familienunternehmens «festsitzen».[134] Dies birgt die Gefahr, dass sie zunehmend einzig darauf bedacht sind, ihre eigenen Ziele zu verwirklichen[135] – mitunter den Werterhalt ihrer Beteiligung und die Möglichkeit eines Verkaufs sicherzustellen. Als Folge daraus können die passiven Aktionäre dem Familienunternehmen im Rahmen ihrer Einflussmöglichkeiten – namentlich durch die Ausübung ihres Stimmrechts sowie mittelbar durch allfällige Vertreter im Verwaltungsrat – eine risikoaverse Haltung aufzwingen und Entscheide blockieren – beispielsweise über neue Finanzierungen –, wodurch für den Erfolg des Familienunternehmens wichtige Investitionen nicht mehr getätigt werden können.[136]

---

130 Vgl. bereits die Ausgangslage in Kapitel 1.2.2.1 und dort die Nachweise in Fn 51.

131 Dies weil die passiven Aktionäre – so sie nicht an einer Beteiligung am Familienunternehmen interessiert sind – regelmässig eine «Abfindung» in frei verfügbaren Mitteln bevorzugen dürften, um eigene finanzielle Ziele zu realisieren (vgl. Kapitel 2.1.3). Nicht zuletzt dürften Nachfolgelösungen in solchen Fällen oftmals zustande kommen, weil die passiven Aktionäre aus «Goodwill» gegenüber dem Unternehmer und der Nachfolgerin bereit sind, eine Beteiligung am Familienunternehmen zu akzeptieren, damit die Unternehmensnachfolge vollzogen werden kann (vgl. Kapitel 3.2.1). Vgl. zur Frage, inwiefern sich die passiven Aktionäre (aus erbrechtlicher Sicht) eine Beteiligung am Familienunternehmen an ihre Pflichtteile anrechnen lassen müssen, Kapitel 3.2.2.3.3c).

132 Conrad, 59; De Massis/Kotlar/Campopiano/Cassia, 167; Zellweger, Family Business, 47; Zellweger/Kammerlander, 1284.

133 De Massis/Kotlar/Campopiano/Cassia, 167; Müller/Lipp/Plüss, Verwaltungsrat I, N 10.232; Van den Berghe/Carchon, 174.

134 Böckli, Leitgrundsätze, 526; Müller/Lipp/Plüss, Verwaltungsrat I, N 10.232; Sund/Andersson/Haag, 438 und 440; Weller, 393 f. Vgl. zum (Nicht-)Bestehen eines Markts für Minderheitsbeteiligungen an Familienunternehmen Kapitel 4.5.1.2.

135 Van den Berghe/Carchon, 174.

136 De Massis/Kotlar/Campopiano/Cassia, 167; Schulze/Lubatkin/Dino, 184 f.; Zellweger, Family Business, 47 f. Vgl. auch Weller, 394.

In Abhängigkeit von den Einflussmöglichkeiten der passiven Aktionäre kann dies die Geschäftsführungskompetenz der Nachfolgerin stark einschränken. Diese wird denn auch über eine höhere Risikobereitschaft verfügen, um die eigene strategische Vision zur erfolgreichen Führung des Familienunternehmens umzusetzen.[137]

2.2.2.2.3 Divergierende Ausschüttungspräferenzen

Gegenstand divergierender Interessen ist regelmässig auch die Verwendung der Erträge des Familienunternehmens. So kann für die Nachfolgerin die Tätigung von Investitionen sowie die Thesaurierung von Gewinnen im Hinblick auf das Wachstum und die finanzielle Stabilität des Familienunternehmens im Vordergrund stehen, für die passiven Aktionäre hingegen der Erhalt möglichst hoher Ausschüttungen zur Verfolgung eigener finanzieller Ziele.[138] Auch in diesem Bereich kann eine zu sehr auf Ausschüttungen fokussierte Politik der passiven Aktionäre dazu führen, dass dem Familienunternehmen wichtige Mittel für Investitionen fehlen – oder aber können, auf der anderen Seite des Spektrums, die Interessen der passiven Aktionäre nachhaltig geschädigt werden, wenn die Nachfolgerin systematisch Ausschüttungen blockiert.[139]

2.2.2.2.4 Erhöhtes Konfliktpotenzial

Familieninterne Unternehmensnachfolgen verschärfen aufgrund der damit einhergehenden Veränderung der Umstände und Strukturen bereits vorhandene Interessengegensätze unter den Familienaktionären zusätzlich.[140] Diese können letztlich in Pattsituationen und Blockaden resultieren, welche eine positive Beschlussfassung verunmöglichen,[141] sowie in Konflikten, die sich negativ auf die Performance des Familienunternehmens niederschlagen.[142] Besonders ne-

---

137 Vgl. SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 184; ZELLWEGER, Family Business, 48.

138 DAENIKER/HASLER, 89; HALTER/SCHRÖDER, 112; KISSLING STREULI, 121; NIGGEMANN, 108; RAUTENSTRAUCH, 81; WIMMER/GROTH/SIMON, 135; WOLF/KISSLING/HALTER, 18; ZELLWEGER, Family Business, 48. Vgl. bereits die möglichen Ziele der passiven Aktionäre in Kapitel 2.1.3.

139 Vgl. WELLER, 393; WESTERMANN, 23; WOYWODE/KEESE/TÄNZLER, 427 f.; ZELLWEGER/KAMMERLANDER, 1284.

140 KOTLAR/DE MASSIS, 1283. Vgl. auch NÖTZLI BREINLINGER, 96 f., sowie PEERMÖLLER, 725.

141 BAUMANN, 88. Vgl. auch KISSLING STREULI, 121.

142 ARTEAGA/MENÉNDEZ-REQUEJO, 325; EDDLESTON/KELLERMANNS, 559; NÖTZLI BREINLINGER, 96 f.; SCHULZE/LUBATKIN/DINO, 184 f.; SCIASCIA/MAZZOLA, 340; VON MOOS, Governance, 1060.

gativ wirken sich Interessengegensätze und Konflikte in Konstellationen aus, in denen die Beteiligungsrechte am Familienunternehmen auf wenige Aktionäre mit jeweils grösseren Beteiligungen verteilt sind.[143, 144] Konstellationen, in denen die zweite Familiengeneration das Eigentum am Familienunternehmen übernimmt, sind demnach besonders anfällig für Konflikte mit negativen Auswirkungen.

Ferner birgt die Vermischung von Familie und Unternehmen dadurch Konfliktpotenzial, dass das Familienunternehmen betreffende Entscheidungen emotional und familienbezogen statt sachlich getroffen werden sowie dass in der Familie bestehende Konflikte auf der Ebene des Familienunternehmens ausgetragen werden.[145] Gleiches gilt für die Einmischung von Familienmitgliedern ohne Führungsfunktion in die Geschäftsführung.[146]

2.3 Regelungsbereiche und Spannungsfelder

Kapitel 2.2 hat im Zusammenspiel mit den in Kapitel 2.1 dargestellten divergierenden Zielen und Interessen der Beteiligten wesentliche Problemfelder und Herausforderungen aufgezeigt, die sich bei der Nachfolgeregelung in Familienunternehmen stellen können. Daraus ergibt sich eine Vielzahl von Fragen, welche

---

143 De Massis/Kotlar/Campopiano/Cassia, 171 f.; Schulze/Lubatkin/Dino, 190; Zellweger, Family Business, 62 f. (insbesondere in Bezug auf Konstellationen, in denen die Familienaktionäre über gleich grosse Beteiligungen verfügen, etwa bei zwei Familienaktionären mit je einer 50-Prozent-Beteiligung oder bei drei Familienaktionären, die je einen Drittel der Anteile am Familienunternehmen halten).

144 Dies im Gegensatz zu einer Konstellation mit einem Alleinaktionär, der keine anderen Aktionärsinteressen berücksichtigen muss und Entscheide rasch und selbstständig fällen kann, oder zu einer Konstellation mit einem breit gestreuten Aktionariat, in welcher die einzelnen Aktionäre individuell über weniger Gewicht verfügen und deshalb nur einen geringeren Einfluss auf das Familienunternehmen auszuüben vermögen. Aktionäre mit kleineren Beteiligungen am Familienunternehmen verhalten sich überdies im Allgemeinen weniger risikoavers, was das Konfliktpotenzial zusätzlich reduziert (De Massis/Kotlar/Campopiano/Cassia, 172; Zellweger, Family Business, 63 f.).

145 Habbe/Gieseler, 1014; Hagen-Eck, 739 f.; Tagiuri/Davis, 202. Vgl. dazu im Einzelnen Kapitel 5.1.1.

146 Vgl. Baumann, 87; Böckli, Leitgrundsätze, 524; Müller/Lipp/Plüss, Verwaltungsrat I, N 10.225; Tagiuri/Davis, 202; von Moos, Governance, 1060; Zellweger, Family Business, 51. Vgl. auch Kapitel 2.2.2.1.1.

die im Aktionärbindungsvertrag zu regelnden Bereiche vorgeben. Viele der in Kapitel 2.2.1 erwähnten allgemeinen Herausforderungen beschlagen schwergewichtig den Nachfolgeprozess und sind deshalb bei den Herausforderungen im Rahmen der Entstehung des Aktionärbindungsvertrags zu berücksichtigen.[147] Demgegenüber liegt der Fokus bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags hauptsächlich auf den in Kapitel 2.2.2 dargestellten Governance-Problemfeldern und -Herausforderungen. Die inhaltliche Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags steht dabei im Zeichen der «Hauptfrage», wie das übergeordnete Spannungsfeld zwischen dem Ziel der Nachfolgerin der optimalen Unternehmensführung und dem Ziel der passiven Aktionäre der Gleichbehandlung und Teilhabe – beides zugleich auch Ziele des Unternehmers – mittels der Gestaltung der Rechte und Pflichten der Familienaktionäre aufgelöst werden kann.[148] Dies wirft insbesondere die nachfolgend in Kapitel 2.3.1 aufzuzeigenden Fragen auf. Die aufgezeigten Problemfelder und Herausforderungen gebieten aber auch die Regelung der «Rahmenbedingungen» des Aktionärbindungsvertrags, worauf in Kapitel 2.3.2 (Umgang mit Konflikten) und 2.3.3 (Dauer, Beendigung und Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags) einzugehen ist.

2.3.1 Rechte und Pflichten der Familienaktionäre

2.3.1.1 Unternehmensführung

Wer kann wie auf die Unternehmensführung Einfluss nehmen?[149] Ein erster Regelungsbereich ergibt sich – speziell mit Blick auf die in Kapitel 2.2.2.2.2 dargestellten Herausforderungen, aber auch generell auf die in Kapitel 2.1 aufgezeigten divergierenden Interessen der Beteiligten – aus dem Zielkonflikt zwischen der *erfolgreichen Führung des Familienunternehmens*, einschliesslich der Sicherstellung einer angemessenen Geschäftsführungs- und Entscheidungsbefugnis der Nachfolgerin, und der *Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre*.[150] Soll der (kompetenten) Nachfolgerin einerseits ein möglichst grosser Spielraum zur Geschäftsführung zustehen,[151] sind andererseits den passiven Aktionären Rechte einzuräumen,

147 Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.

148 Vgl. zu diesem Spannungsfeld auch FISCHER M., 25 ff., sowie HENNERKES/KIRCHDÖRFER, 173 ff.

149 Vgl. dazu Kapitel 4.1.

150 Vgl. BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, 19; THÉVENOZ, 241. Vgl. zudem bereits Kapitel 2.1.

151 Vgl. HÖSLY/FERHAT, N 13; THÉVENOZ, 241.

anhand derer diese sicherstellen können, dass die Geschäftsführung auch auf ihre Interessen Rücksicht nimmt.[152] Dies gebietet konkret, dass der Aktionärbindungsvertrag Regelungen zur Ausübung des Stimmrechts im Rahmen der Generalversammlung, aber auch zur Besetzung sowie zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung aufstellt.[153] Um der Nachfolgerin eine hinreichende Freiheit in der Ausübung der Geschäftsführung zu belassen, erscheint es geboten, dass lediglich grundsätzliche und auf den Schutz der passiven Aktionäre ausgerichtete Beschlussgegenstände in den Einflussbereich der Aktionäre fallen sollen. Damit soll auch verhindert werden, dass eine zu risikoaverse Haltung der passiven Aktionäre die Entwicklung des Familienunternehmens beeinträchtigt.

2.3.1.2 Mitarbeit im Familienunternehmen

Wer kann im Familienunternehmen tätig sein? Zu welchen Bedingungen und Konditionen?[154] Ein zweiter Regelungsbereich resultiert aus dem Spannungsfeld zwischen dem Wunsch der *«familiären Kontinuität»* und der *Möglichkeit der Mitarbeit im Familienunternehmen* als Element der Gleichbehandlung und Teilhabe einerseits und dem Ziel des *Erfolgs des Unternehmens* andererseits. Letzteres Ziel kann in Anbetracht der in Kapitel 2.2.2.2.1 geschilderten Herausforderungen gefährdet sein, wenn die Einstellung von Mitarbeitenden – insbesondere in leitenden Positionen – aufgrund der familiären Verbindung erfolgt und nicht auf objektiven Kriterien beruht,[155] sowie wenn der Familie angehörende Mitarbeitende ungerechtfertigte Vorteile zulasten des Familienunternehmens beziehen. Der Aktionärbindungsvertrag hat dementsprechend die Grundsätze und das Vorgehen bezüglich der Anstellung und Mitarbeit von Familienmitgliedern – namentlich zur Sicherstellung einer kompetenten Geschäftsführung,[156] aber auch für untergeordnete Positionen – zu definieren, insbesondere die Bedingungen, unter denen Familienmitglieder im Unternehmen angestellt sein können. Dies gilt auch mit Blick auf die Ablösung der Nachfolgerin in Bezug auf die Unternehmensführung.

---

152 Vgl. FORSTMOSER, Governance, 484 f.; HANSELMANN/HERZOG, 290; THÉVENOZ, 241.

153 Vgl. BAUMANN, 87 f.

154 Vgl. dazu Kapitel 4.2.

155 ZELLWEGER, Family Business, 48.

156 Vgl. FREIHERR VON RECHENBERG, 47; PAPESCH, 162.

Mit Blick auf die Gefahr der *Erlangung eigener Vorteile* durch die Familienaktionäre, welche insbesondere die Form eines nicht leistungsgerechten Salärs der Nachfolgerin oder ihr nahestehender Personen annehmen kann und welche mit dem Interesse der passiven Aktionäre an *hohen Ausschüttungen* kontrastiert,[157] drängt es sich zudem auf, im Aktionärbindungsvertrag die Parameter für die Entschädigung der mitarbeitenden Familienmitglieder, insbesondere der Nachfolgerin, festzusetzen.

2.3.1.3 Vermögensrechte und Ausschüttungen

Wer hat Anspruch auf welche Vermögensrechte bzw. Ausschüttungen?[158] Das Spannungsfeld zwischen der *Sicherung der Entwicklung des Familienunternehmens* durch die Möglichkeit, Gewinne zu reinvestieren und zu thesaurieren, sowie dem *vermögensrechtlichen Interesse der passiven Aktionäre*, am Erfolg des Familienunternehmens über Ausschüttungen teilzuhaben, gibt einen weiteren Regelungsbereich vor. Dieses Spannungsfeld, das die Herausforderungen gemäss Kapitel 2.2.2.2.2 und 2.2.2.2.3 widerspiegelt, gebietet die Regelung der Ausschüttungspolitik im Aktionärbindungsvertrag.[159]

2.3.1.4 Informationsrechte

Wer hat Anspruch auf welche Informationen? Wie sind die erhaltenen Informationen zu behandeln?[160] Aus dem in Kapitel 2.2.2.1.2 dargestellten Auseinanderfallen von Eigentum und Geschäftsführung ergeben sich naturgemäss Informationsasymmetrien zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären, die speziell die in Kapitel 2.2.2.2.1 und 2.2.2.2.4 aufgezeigten Problematiken der Erlangung eigener Vorteile und des erhöhten Konfliktpotenzials hervorrufen und verschärfen können. Während die Wahrnehmung ihrer vertraglichen Rechte durch die passiven Aktionäre und eine wirksame Konfliktprävention deshalb die *Teilhabe an relevanten Informationen* über das Familienunternehmen bedingen, erfordert die erfolgreiche Führung des Familienunternehmens gleichzeitig, dass *Informationen* über dieses *vertraulich behandelt* werden. Vor diesem Hintergrund ist die vertragliche Regelung von Informationsrechten zugunsten der passiven Aktio-

---

157 Vgl. zum Interesse der passiven Aktionäre an hohen Ausschüttungen Kapitel 2.1.3 und 2.2.2.2.3.

158 Vgl. dazu Kapitel 4.3.

159 Vgl. FREIHERR VON RECHENBERG, 45; PAPESCH, 156 ff.

160 Vgl. dazu Kapitel 4.4.

näre sowie von entsprechenden Verhaltenspflichten der passiven Aktionäre, insbesondere zur Geheimhaltung der erhaltenen Informationen, geboten.[161]

2.3.1.5 Zusammensetzung des Aktionariats und Möglichkeiten zum Ausstieg aus dem Familienunternehmen

Unter welchen Umständen können Aktien am Familienunternehmen verkauft und familienexterne Dritte am Unternehmen beteiligt werden?[162] *Wer kann unter welchen Bedingungen bestimmen, ob das Familienunternehmen gesamthaft verkauft wird*?[163] Während die Nachfolgelösung darauf abzielt, dass die Familienaktionäre langfristig gemeinsam am Familienunternehmen beteiligt sind, können die Ziele und Interessen der passiven Aktionäre sowie die sich aus dem Auseinanderfallen von Eigentum und Geschäftsführung ergebenden Herausforderungen erfordern, dass Familienaktionäre über eine Möglichkeit verfügen, aus dem Familienunternehmen auszusteigen – sei dies, weil die passiven Aktionäre die Nachfolgerin in der *Unternehmensführung* zu stark *beeinträchtigen*, weil insbesondere deren finanzielle *Interessen* durch eine zu risikobehaftete Geschäftsführungspolitik oder durch das Ausbleiben von Ausschüttungen *nicht gewahrt* sind, weil *Konflikte* im Aktionariat auftreten und dem Familienunternehmen schaden oder weil sich die *Ziele und Bedürfnisse* der Familienaktionäre stark *verändert* haben.[164] Mit Blick auf die in Kapitel 2.2.2.1.1 dargestellten möglichen Vorzüge des Familieneinflusses auf das Unternehmen kann sich indessen auch ein *Verbleib* des Familienunternehmens *im Eigentum der Familie*, zumindest aber die *Zusammensetzung des Aktionariats aus «genehmen» Personen* aufdrängen, um den *Erfolg des Familienunternehmens* zu sichern. Dieses Spannungsfeld gebietet die Regelung der Möglichkeiten und Modalitäten, unter denen die Familienaktionäre ihre Aktien am Familienunternehmen veräussern können. Mit Blick auf das Ziel des *Erfolgs des Familienunternehmens* und des *Erhalts des Familienvermögens* respektive der *vermögensmässigen Absicherung der Familie* muss aber auch ein Ausstieg der Familie als Ganzes geregelt sein – etwa für den Fall, dass die Familie nicht bereit ist, weiter in das Unternehmen zu investieren.

---

161 Vgl. Freiherr von Rechenberg, 45.

162 Vgl. dazu Kapitel 4.5.2.

163 Vgl. dazu Kapitel 4.5.3.

164 Vgl. Freiherr von Rechenberg, 45 f.; Kissling Streuli, 121.

2.3.2 Umgang mit Konflikten

Wie wird sichergestellt, dass möglichst keine Konflikte unter den Familienaktionären entstehen? Wenn dennoch Konflikte auftreten: Wie werden diese möglichst schonend und nachhaltig gelöst? Wie kann sichergestellt werden, dass sich diese möglichst nicht auf die Geschäftsführung auswirken?[165] Weil die Unternehmensnachfolge – wie in Kapitel 2.2.2.2.4 aufgezeigt – Anlass zu Konflikten unter den Familienaktionären geben kann, die dem Erfolg des Familienunternehmens schaden, aber auch, weil sich die Familienaktionäre durch die Beteiligung am Familienunternehmen in einem auf Dauer angelegten Zusammenarbeitsverhältnis befinden und weil der Erhalt des Familienfriedens ein bedeutendes Ziel im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge darstellt,[166] kommt der *Vermeidung von Konflikten* unter den Familienaktionären grosse Bedeutung zu.[167] Durch die Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags gilt es deshalb zunächst der Entstehung von Konflikten vorzubeugen und auftretenden Konflikten mit passenden Verfahren eine angemessene Plattform zur *Bearbeitung* zu bieten.[168] Können die Konflikte auf diese Weise nicht verhindert oder gelöst werden, hat der Aktionärbindungsvertrag schliesslich einen geeigneten *Konfliktbeilegungsmechanismus* vorzusehen, der Konflikte final und rechtsverbindlich lösen und dabei den operativen Betrieb des Unternehmens möglichst nicht beeinträchtigen sollte. Es gilt in dieser Hinsicht, Familie und Unternehmen möglichst zu trennen.[169]

2.3.3 Dauer, Beendigung und Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags

Für welchen Zeitraum soll der Aktionärbindungsvertrag gelten? Was passiert, wenn der Aktionärbindungsvertrag seine Maximaldauer erreicht?[170] Die vereinbarte Nachfolgelösung muss einerseits möglichst lange währen können, um den *Ausgleich zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre* zu gewährleisten, andererseits aber auch flexibel

---

165 Vgl. dazu Kapitel 5.

166 Vgl. Kapitel 2.1.1 und 2.1.2.

167 Vgl. KUNZ, Familienunternehmen, 453.

168 Vgl. BAUMANN, 87.

169 Vgl. PAPESCH, 161 ff., sowie zur Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen» als Herausforderung Kapitel 2.2.2.1.1.

170 Vgl. dazu Kapitel 6.

für Anpassungen an die sich im Verlauf der Zeit *verändernden Umstände und Bedürfnisse* der Familienaktionäre – mitunter aufgrund personeller Veränderungen im Aktionariat – bleiben, woraus sich veränderte oder gänzlich andere Problemfelder und Herausforderungen gegenüber den in Kapitel 2.2 beschriebenen ergeben können. In diesem Spannungsfeld – und mit Blick auf die in Kapitel 3.1.2.2 aufzuzeigenden rechtlichen Schranken bei der Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags – gilt es für die Familienaktionäre die Dauer des Aktionärbindungsvertrags so festzulegen, dass Rechte und Pflichten möglichst lange Bestand haben, gleichzeitig aber auch nötige Anpassungen durchsetzbar sind. Regelungsbedarf besteht schliesslich auch für den Fall, dass der Aktionärbindungsvertrag endet, ohne dass sich die Familienaktionäre bzw. ihre Nachkommen auf eine neue Regelung zur Koordination untereinander geeinigt haben, um den *Erfolg des Familienunternehmens* und den *Erhalt des Familienvermögens* sicherzustellen.

2.4 Erfolgsfaktoren

Aufgrund der Einzigartigkeit eines jeden Familienunternehmens und der Umstände, unter denen sich Nachfolgeprozesse abspielen, existiert kein «Patentrezept» für eine erfolgreiche Unternehmensnachfolge.[171] Forschung und Literatur zur Unternehmensnachfolge haben jedoch Faktoren identifiziert, welche im Allgemeinen zum Erfolg von Nachfolgelösungen in Familienunternehmen beitragen.[172] Nachfolgend sollen mögliche solche Faktoren aufgezeigt werden, die bei der Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags in Bezug auf die identifizierten Regelungsbereiche und Spannungsfelder als Gestaltungselemente nutzbar gemacht werden können.

Unterteilt ist die nachfolgende Übersicht in die Darstellung allgemeiner Erfolgsfaktoren einerseits sowie in diejenige spezifischer Governance-Erfolgsfaktoren andererseits, wobei insbesondere letztere Anhaltspunkte für eine mögliche Ausgestaltung der regelungsbedürftigen Bereiche im Aktionärbindungsvertrag bieten können.

---

171 ZELLWEGER, Family Business, 203.

172 Vgl. für eine allgemeine Übersicht FILSER/KRAUS/MÄRK, 259 ff., LE BRETON-MILLER/MILLER/STEIER, 307 ff., sowie MORRIS/WILLIAMS/NEL, 70 f. Vgl. auch DE MASSIS/CHUA/CHRISMAN, 185 ff., für eine Übersicht über die «Misserfolgsfaktoren» bei der familieninternen Unternehmensnachfolge.

2.4.1 Erfolgsfaktoren im Allgemeinen

Besonders bedeutsam sind bei der familieninternen Unternehmensnachfolge Planungsaspekte wie die Vorbereitung der Nachfolge im Allgemeinen, aber auch Faktoren in der Sphäre der Nachfolgerin wie deren Vorbereitung, Motivation, Ausbildung und Fähigkeiten.[173] Grosse Bedeutung kommt ferner zwischenmenschlichen Aspekten zu, insbesondere dem gegenseitigen Vertrauen zwischen der Nachfolgerin und den übrigen Familienmitgliedern[174] – ein Aspekt, der auch massgeblichen Einfluss auf die Zusammenarbeit unter den Familienaktionären nach dem Vollzug der Nachfolgelösung hat. Ein entscheidender zwischenmenschlicher Faktor ist schliesslich auch die wirksame Kommunikation zwischen den Beteiligten im Rahmen des Nachfolgeprozesses.[175]

2.4.2 Erfolgsfaktoren in Bezug auf die Governance des Familienunternehmens im Besonderen

2.4.2.1 Wahl externer Verwaltungsratsmitglieder

Einige Autoren und Studien heben den positiven Effekt von externen Verwaltungsratsmitgliedern auf Familienunternehmen hervor. So sorgen externe Verwaltungsratsmitglieder für eine effektive Arbeitsweise des Verwaltungsrats[176] und bringen eine objektive Betrachtungsweise, Expertise, Erfahrung und Professionalität ein.[177] Zudem stellen externe Verwaltungsratsmitglieder sicher, dass Diskussionen – etwa im Fall von Konflikten innerhalb der Familie – sachlich geführt und Entscheide rational getroffen werden.[178] Gleichermassen vermögen externe Verwaltungsratsmitglieder einem allfälligen opportunistischen Verhalten von Mehrheitsaktionären – namentlich der Nachfolgerin – sowie der Verfolgung privater Ziele, die dem Familienunternehmen schaden, Einhalt zu gebieten.[179] Auch tragen

---

173 Le Breton-Miller/Miller/Steier, 309; Morris/Williams/Nel, 78; Spelsberg, 229 f.

174 De Massis/Chua/Chrisman, 188; Morris/Williams/Allen/Avila, 398; Morris/Williams/Nel, 78; Wang/Watkins/Harris/Spicer, 77 f.

175 Morris/Williams/Allen/Avila, 398; Sharma/Chrisman/Chua, 681.

176 Bettinelli, 163.

177 Böckli, Leitgrundsätze, 528; Brenes/Madrigal/Requena, 284 f.; Goel/Jussila/Ikäheimonen, 236; Le Breton-Miller/Miller/Steier, 311.

178 Barach/Ganitsky, 143; Goel/Jussila/Ikäheimonen, 236.

179 Goel/Jussila/Ikäheimonen, 235.

externe Verwaltungsratsmitglieder dazu bei, die unterschiedlichen Interessen der verschiedenen Familienaktionäre in Einklang zu bringen.[180] Bei familieninternen Konflikten können externe Verwaltungsratsmitglieder zudem als «Schiedsrichter» wirken und bei der Streitschlichtung unterstützen.[181] Die Wahl unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder kann sich dementsprechend in verschiedenen Regelungsbereichen des Aktionärbindungsvertrags positiv auswirken.

2.4.2.2 Bekanntgabe von Informationen und Partizipation

Ein positiver Zusammenhang besteht weiter zwischen der Partizipation der passiven Aktionäre und dem Erfolg des Familienunternehmens. Werden die passiven Aktionäre umfassend informiert und in Entscheidfindungen einbezogen, führt dies zum Abbau von Informationsasymmetrien, zu einer besseren Entscheidfindung und zu einem geringeren Konfliktpotenzial.[182] Zwar wird es kaum möglich sein, die persönliche Beziehung zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären allein durch den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags zu stärken, der ihnen zusätzliche Rechte gewährt, die Bekanntgabe von Informationen kann jedoch zur Bildung und Förderung des allgemeinen Erfolgsfaktors «Vertrauen» beitragen.[183]

2.4.2.3 Verankerung des Leistungsprinzips

Verschiedene Autoren weisen schliesslich auf die positive Wirkung von Regelungen im Bereich der Mitarbeit von Familienmitgliedern, insbesondere für solche in leitenden Positionen, hin. Dies gilt zunächst für die Festsetzung von Auswahlkriterien für die mit der Unternehmensführung betrauten Personen und für die Definition des Verfahrens zu ihrer Auswahl, aber auch dafür, wie mitarbeitende Familienmitglieder für ihre Tätigkeit Rechenschaft abzulegen haben.[184] Eine entsprechende Regelung stellt insbesondere sicher, dass eine Tätigkeit im Familienunternehmen aufgrund der jeweiligen Kompetenzen gerechtfertigt ist und nicht auf Nepotismus gründet.[185] Namentlich lässt sich beobachten, dass Familienunternehmen, welche die Geschäfts-

---

180 Goel/Jussila/Ikäheimonen, 236; Villalonga/Amit/Trujillo/Guzman, 646.

181 Brenes/Madrigal/Requena, 285.

182 Eddleston/Kellermanns, 559; Woywode/Keese/Tänzler, 429.

183 Vgl. Kapitel 2.4.1 sowie Woywode/Keese/Tänzler, 429, insbesondere Fn 30.

184 Berent-Braun/Uhlaner, 107 und 113 f.; De Massis/Chua/Chrisman, 191 f.; Woywode/Keese/Tänzler, 424 ff.

185 Berent-Braun/Uhlaner, 107 und 113 f.; Böckli, Leitgrundsätze, 527 f.; Woywode/Keese/Tänzler, 424 f.

führung ungeachtet ihrer bzw. seiner Fähigkeiten dem erstgeborenen Nachkommen des Unternehmers übertragen, relativ gesehen weniger erfolgreich sind.[186]

2.5 Zwischenfazit

Die familieninterne Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen steht im Spannungsfeld der verschiedenen, teilweise divergierenden Interessen der Beteiligten, die es bei der Nachfolgeregelung – und damit bei der Gestaltung des Aktionärbindungsvertrags – zu berücksichtigen gilt. Die Ziele des übergebenden Unternehmers stehen dabei in einem Spannungsfeld zwischen dem Erfolg des Familienunternehmens und einem weitgehenden Spielraum der Nachfolgerin, dem Erhalt des Unternehmens in Familienhand und der Gleichbehandlung und Teilhabe der übrigen Nachkommen, worin sich auch die Herausforderung eines Interessenausgleichs zwischen dem Ziel der Nachfolgerin, über möglichst viele Freiheiten bei der Unternehmensführung zu geniessen, und dem Ziel der übrigen Nachkommen als künftige passive Aktionäre, gleich behandelt zu werden und am Familienunternehmen bzw. am Vermögen des Unternehmers angemessen teilzuhaben, widerspiegelt. Die in einer solchen Konstellation auftretenden Problemfelder und Herausforderungen – zum einen aufgrund der Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen», wobei das Verfolgen eigener Ziele durch die Familienaktionäre dem Erfolg des Familienunternehmens schaden kann, zum anderen aufgrund der unter den Familienaktionären bestehenden Interessengegensätze, insbesondere hinsichtlich des Risikoprofils und der Ausschüttungspolitik, wobei die daraus resultierenden Konflikte den Erfolg des Familienunternehmens gefährden können – erfordern eine Regelung der Governance des Familienunternehmens. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Regelung der Unternehmensführung, insbesondere in Bezug auf die Ausübung des Stimmrechts sowie auf die Kompetenzen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung, der Mitarbeit von Familienmitgliedern, der Ausschüttungspolitik, von Informationsrechten sowie von der Zusammensetzung des Aktionariats und von Ausstiegsmöglichkeiten, aber auch von den «Rahmenbedingungen» der Konfliktprävention und -lösung sowie der Dauer, Beendigung und Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags. Die Wahl von familienexternen Personen in den Verwaltungsrat, die Bekanntgabe von Informationen über das Familienunternehmen und die Partizipation der passiven Aktionäre sowie die Regelung der Mitarbeit von Familienangehörigen nach dem Leistungsprinzip erweisen sich dabei als Erfolgsfaktoren.

---

[186] Bloom/Van Reenen, 1383 f. Vgl. auch Böckli, Leitgrundsätze, 527.

3 Eignung und Entstehung des Aktionärbindungsvertrags im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge

Bevor auf die konkrete Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags eingegangen wird, stellt sich die Frage, inwiefern dieser als Gestaltungsinstrument der familieninternen Unternehmensnachfolge geeignet ist und wie dieser in Anbetracht der sich bei dessen Abschluss stellenden Herausforderungen zustande kommt. Dies ist Gegenstand des vorliegenden Kapitels.

3.1 Eignung des Aktionärbindungsvertrags

Die Eignung des Aktionärbindungsvertrags als Gestaltungsinstrument der familieninternen Unternehmensnachfolge basiert sowohl auf dessen Regelungsgegenstand als auch auf dessen rechtlicher und inhaltlicher Gestaltungsfreiheit. Diese beiden Aspekte werden nachfolgend gesondert betrachtet.

3.1.1 Regelungsgegenstand

3.1.1.1 Im Allgemeinen

Aktionärbindungsverträge ermöglichen es im Allgemeinen, die Rechte und Pflichten von Aktionären in Bezug auf eine Aktiengesellschaft und deren Ausübung zu regeln.[187] Damit bietet sich der Aktionärbindungsvertrag im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge zur Regelung der Problemfelder, die sich auf die Koordination der Nachkommen des Unternehmers in Bezug auf ihre Aktionärsstellung beziehen, an.[188] Dem Aktionärbindungsvertrag kommt dabei insbesondere als Instrument zur Auflösung des Spannungsfelds zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre durch die Regelung und Gestaltung der Rechte und Pflichten der Familienaktionäre Bedeutung zu. Damit handelt es sich beim Aktionär-

[187] FÄHRLANDER, 289; FISCHER D., Änderungen, 6 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 3; HINTZ-BÜHLER, 5 f.; REICHMUTH/VON DER CRONE, 706; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 250.

[188] Vgl. bereits die Einleitung zu Kapitel 2.2.

bindungsvertrag um ein zentrales Gestaltungsmittel der familieninternen Unternehmensnachfolge.[189]

3.1.1.2 Im Verhältnis zu den aktienrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Besonderen

Aus einer rechtlichen Perspektive ergeben sich die Eignung des Aktionärbindungsvertrags und der Bedarf danach als Gestaltungsinstrument der familieninternen Unternehmensnachfolge mitunter mit Blick auf die aktienrechtlichen Rahmenbedingungen.

Im Rahmen der gesetzlichen Ordnung sind bei der Aktiengesellschaft für die Rechtsverhältnisse der Aktionäre zur Gesellschaft sowie für deren Organisation grundsätzlich die Statuten massgeblich.[190] Den Familienaktionären steht es zwar frei, die Statuten des Familienunternehmens parteiautonom auszugestalten; sie sind dabei jedoch an die (umfangreichen) Schranken des Aktienrechts gebunden.[191] Nebst der kapitalbezogenen Rechtsnatur der Aktiengesellschaft[192] und dem Gebot der Gleichbehandlung von Aktionären[193] bildet insbesondere Art. 680 Abs. 1 OR, wonach Aktionären statutarisch nebst der Liberierungspflicht keine weiteren Pflichten auferlegt werden dürfen, eine bedeutsame Schranke der statutarischen Ausgestaltung.[194] Mit Blick auf die vielfältigen, divergierenden Interessen der

---

189 Vgl. FISCHER D., Änderungen, 36; HINTZ-BÜHLER, 16 f. Vgl. zudem generell zur praktischen Bedeutung des Aktionärbindungsvertrags als Governance-Instrument bei KMU ANDRIC et al., 26.

190 BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 626 Abs. 1 N 1; ZK OR (Art. 620–659*b*)-CRAMER, Art. 626 N 1 f.

191 FRICK J., N 716; SÖDING, 82; ZK OR (Art. 620–659*b*)-CRAMER, Art. 626 N 10. Vgl. auch Art. 706*b* OR sowie BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706*b* N 8b, und ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 706*b* N 98, zur Nichtigkeit von Statutenbestimmungen, die gegen zwingende Gesetzesbestimmungen verstossen.

192 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 21; VON DER CRONE, N 340.

193 Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Minderheitenschutz, 588, sowie Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR zur Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, die Aktionäre ungerechtfertigterweise ungleich behandeln.

194 BAUMANN, 157; DRUEY, 23; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 21 ff., insbesondere N 26; HAAB, 383; HARDER SCHULER, 102; HINTZ-BÜHLER, 15; VON DER CRONE, N 2073.

Beteiligten besteht jedoch gerade im Rahmen von familieninternen Unternehmensnachfolgen Bedarf, die Stellung der Familienaktionäre teilweise von der Kapitalbezogenheit zu trennen und personenbezogen auszugestalten,[195] sowie im Verhältnis der Familienaktionäre untereinander auch Ungleichbehandlungen und Pflichten vorzusehen, um das Spannungsfeld zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der übrigen Nachkommen aufzulösen.

Im Gegensatz zu den Statuten können vertragliche Beziehungen unter den Familienaktionären grundsätzlich unabhängig von den für die Statuten geltenden aktienrechtlichen Schranken ausgestaltet werden.[196] Deshalb verfügen die Familienaktionäre auf der vertraglichen Ebene über einen sehr weiten Spielraum, um unabhängig von der aktienrechtlichen Ordnung Regelungen in Bezug auf das Familienunternehmen zu treffen.[197] Während Statuten öffentlich einsehbar sind, ermöglicht es eine vertragliche Regelung zudem, die getroffenen Vereinbarungen vertraulich zu halten,[198] was für die Familienaktionäre insbesondere gewünscht sein dürfte, um keine Rückschlüsse auf ihre Vermögens- und Einkommensverhältnisse zuzulassen.[199]

Trotz der vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten ist die Gestaltung der Statuten des Familienunternehmens jedoch nicht obsolet. Statutenbestimmungen sind einerseits erforderlich, um den vertraglich getroffenen Regelungen auch

---

195 Vgl. BLOCH, 5; FÄHRLANDER, 288; HANSELMANN/HERZOG, 305; HINTZ-BÜHLER, 15; MARTIN, 197 f.

196 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 127; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 250. Die Umgehung aktienrechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit der Regelung der Ausübung des Stimmrechts kann jedoch zur Ungültigkeit der betreffenden vertraglichen Vereinbarung führen; vgl. Kapitel 4.1.2.1.1a) sowie zum Ganzen FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 782 ff.

197 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 113 und 115 ff.; GERICKE, Vorzugsrechte, 122 ff.; HARDER SCHULER, 122.

198 FORSTMOSER, Governance, 502; HARDER SCHULER, 122; ROHDE/BERGER, 95; SÖDING, 192. Nicht nur besteht für Aktionärbindungsverträge, anders als für Statuten, kein Publizitätserfordernis, sondern können sich die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag auch ausdrücklich dazu verpflichten, dessen Existenz und Inhalt vertraulich zu halten (FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1153 f.; STUDER, N 43 f.). Vgl. zum besonderen Bedürfnis nach Vertraulichkeit in Familienunternehmen EGLE, N 151.

199 EGLE, N 151.

gegenüber dem Familienunternehmen und seinen Organen Wirkung zu verschaffen,[200] etwa in Bezug auf allfällige Modifikationen der Stimmkraft.[201] Andererseits können die Familienaktionäre mittels entsprechender Statutenbestimmungen die vertragliche Regelung unter den Familienaktionären komplementieren und absichern. Letzteres ist mitunter mit Blick auf die Durchsetzung der vertraglichen Regelung gegenüber den übrigen Familienaktionären und gegenüber Dritten[202] bedeutsam.[203] Darüber hinaus werden die Familienaktionäre auf Statutenbestimmungen zurückzugreifen haben, wenn Vereinbarungen die Höchstdauer von Aktionärbindungsverträgen[204] überdauern sollen.[205]

Damit wird es sich den Familienaktionären aufgrund der jeweiligen Vor- und Nachteile der aktienrechtlichen respektive statutarischen sowie der vertraglichen Regelung anbieten, je nach Bedarf und Regelungsbereich Statutenbestimmungen und Regelungen im Aktionärbindungsvertrag zu kombinieren.[206]

3.1.2 Rechtsnatur und Gestaltungsfreiheit

3.1.2.1 Rechtsnatur

Aktionärbindungsverträge sind gesetzlich nicht geregelt, womit sie der allgemeinen Vertragsfreiheit unterliegen.[207] Aufgrund der Vielfalt der möglichen darin enthaltenen Regelungen sind Aktionärbindungsverträge jeweils anhand ihres konkre-

---

200 BLOCH, 17; HANSELMANN/HERZOG, 305; ROHDE/BERGER, 95; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 249; VON SALIS/HAAS, 46. Vgl. aber zu den Grenzen der statutarischen Umsetzung Kapitel 4.1.3.2.1a).

201 Vgl. zur Modifikation der Stimmkraft Kapitel 4.1.2.2.

202 FORSTMOSER, Aktionärbindungsvertrag, 396; HANSELMANN/HERZOG, 305.

203 ROHDE/BERGER, 95. Vgl. zu den Schwierigkeiten der Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags (auf dem ordentlichen Gerichtsweg) Kapitel 5.4.1.2.

204 Vgl. zur zulässigen Dauer von Aktionärbindungsverträgen Kapitel 6.1.1.2.

205 Statutenbestimmungen unterliegen ohne gegenteilige Regelung keiner zeitlichen Beschränkung; vgl. SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 249; VON SALIS/HAAS, 46. Vgl. dazu auch Kapitel 6.3.2.1.

206 Vgl. FORSTMOSER, Aktionärbindungsvertrag, 396, sowie die Einleitung zu Kapitel 4.

207 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 214; HAAB, 385; HINTZ-BÜHLER, 49; MÜLLER R., 188 f.; MÜLLER/BIEDERMANN, 889; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 93.

ten Inhalts und des Parteiwillens rechtlich einzuordnen.[208] Im Allgemeinen, aufgrund der Vielfalt an Regelungsbereichen insbesondere auch bei Unternehmensnachfolgen in Familienunternehmen, weisen Aktionärbindungsverträge häufig sowohl schuld- als auch gesellschaftsrechtliche Elemente auf,[209] weshalb sich die neuere Literatur vorwiegend zugunsten ihrer Qualifikation als Innominatverträge ausspricht.[210]

Im Kontext von Unternehmensnachfolgen in Familienunternehmen dürften die Familienaktionäre zudem vielfach eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR bilden – jedenfalls dann, wenn die Familienaktionäre den Erhalt und die Weiterführung des Familienunternehmens durch die Familie als gemeinsames Ziel verfolgen[211] und den Aktionärbindungsvertrag nicht im Sinn eines synallagmatischen Austauschverhältnisses ausschliesslich zur gegenseitigen Sicherung individueller Rechte und Vorteile abschliessen, sodass kein gemeinsamer Zweck besteht.[212]

---

208 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 140. Vgl. auch BGer 4C.22/2006 vom 5. Mai 2006 E. 5.

209 FÄHRLANDER, 289.

210 CARENZA/JACQUEMOUD, 7; EITEL, Probleme, 19; FÄHRLANDER, 289 f.; FISCHER D., Änderungen, 28; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 179 ff.; HANSELMANN/HERZOG, 305; HARDER SCHULER, 114; HINTZ-BÜHLER, 34; VISCHER, Aktionärbindungsvertrag, 430 f.; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 89.

211 BÖCKLI/MORSCHER, 64; HENNINGER, N 471. Vgl. auch ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 91. Vgl. Art. 530 Abs. 1 OR zum Erfordernis des gemeinsamen Zwecks bei der einfachen Gesellschaft.

212 Vgl. BGer 4C.214/2003 vom 21. November 2003 E. 3 (worin das Bundesgericht trotz der Vereinbarung der Parteien, ihre Aktionärsrechte einvernehmlich nach Massgabe des Aktionärbindungsvertrags auszuüben, das Verhältnis zwischen den Parteien als synallagmatisches Austauschverhältnis statt als einfache Gesellschaft qualifizierte) sowie BAUMANN, 160, FISCHER D., Änderungen, 32, GERICKE/DALLA TORRE, 43, KNOBLOCH, 555 f., VISCHER, Aktionärbindungsvertrag, 427 ff., VISCHER, Nachfolgeplanung, 7, und ZAHNER, N 46. Ein rein synallagmatischer Vertrag wäre in der vorliegenden Ausgangslage etwa dann anzunehmen, wenn der Aktionärbindungsvertrag den passiven Aktionären einzig Verkaufsrechte in Bezug auf ihre Aktien am Familienunternehmen einräumt (vgl. dazu Kapitel 4.5.3) und die Familienaktionäre nicht anderweitig koordiniert.

3.1.2.2 Gestaltungsfreiheit

3.1.2.2.1 Gestaltungsfreiheit und Schranken im Allgemeinen

Als Ausfluss der geltenden Vertragsfreiheit[213] sind die Familienaktionäre zur parteiautonomen Regelung von Rechten und Pflichten im Aktionärbindungsvertrag befugt.[214] Dabei unterliegen sie den Schranken der Vertragsfreiheit nach Art. 19 Abs. 2 OR, namentlich dem Verbot von Verstössen gegen zwingende gesetzliche Vorschriften, gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit.[215] Rechtsfolge derartiger Verstösse ist grundsätzlich die (Teil-)Nichtigkeit der Vereinbarung,[216] wobei die Vereinbarung nach der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die übermässig gebundene Person lediglich *ex nunc* einseitig unverbindlich ist, wenn die relevante Verletzung des Rechts der Persönlichkeit auf einer übermässigen Bindung im Sinn des Rechts der Persönlichkeit gründet.[217]

Der Abschluss von Aktionärbindungsverträgen ist ferner formlos möglich,[218] ausser wenn diese formbedürftige Bestimmungen beinhalten.[219, 220] Die Familien-

---

213 Vgl. soeben Kapitel 3.1.2.1 und dort die Nachweise in Fn 207.

214 Art. 19 Abs. 1 OR; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 257; HINTZ-BÜHLER, 17; STUDER, N 0.3.

215 BGE 109 II 43 E. 3; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 258; HINTZ-BÜHLER, 49.

216 Art. 20 OR. Vgl. dazu im Allgemeinen statt vieler BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 52 ff.

217 BGE 129 III 209 E. 2.2; BGE 143 III 480 E. 4.2. Vgl. dazu im Allgemeinen BSK ZGB I-REITZE, Art. 27 N 19, sowie REICHMUTH/VON DER CRONE, 706 f. und 715 f. Vgl. zudem zur einseitigen Unverbindlichkeit des Aktionärbindungsvertrags infolge übermässiger Bindung Kapitel 6.1.1.2.

218 Art. 11 Abs. 1 OR; FÄHRLANDER, 290; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 218; HAAB, 384; HARDER SCHULER, 115; HINTZ-BÜHLER, 7; MARTIN, 208; MÜLLER R., 188.

219 FÄHRLANDER, 290; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 221 ff.; HINTZ-BÜHLER, 7; MARTIN, 209. Formvorschriften sind etwa dann zu beachten, wenn der Aktionärbindungsvertrag Elemente einer Verfügung von Todes wegen (HAAB, 384; HARDER SCHULER, 115; HINTZ-BÜHLER, 7; RÜTTER/ZWYSSIG, 142), eine Schiedsabrede (Art. 358 ZPO; BLOCH, 42; HAAB, 384; HARDER SCHULER, 115; MARTIN, 209) oder eine Gerichtsstandsvereinbarung (BGer 4A_507/2021 vom 2. Juni 2022 E. 5.4) enthält.

220 Um im Hinblick auf spätere Anpassungen möglichst zu verhindern, dass der Aktionärbindungsvertrag einer Formvorschrift untersteht, sollten der Unternehmer und seine

aktionäre haben damit bei der Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags grundsätzlich keine formellen Einschränkungen zu beachten. In der Praxis ist den Familienaktionären aus Beweisgründen freilich ein schriftlicher Abschluss zu empfehlen.[221]

3.1.2.2.2 Recht der Persönlichkeit als Schranke im Besonderen

In Bezug auf den Inhalt des Aktionärbindungsvertrags erweist sich im Allgemeinen[222] das Recht der Persönlichkeit als Schranke der Gestaltungsfreiheit der Familienaktionäre. Persönlichkeitsrechtswidrig sind gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB, welcher Art. 19 Abs. 2 OR konkretisiert,[223] einerseits Vereinbarungen in Bezug auf den höchstpersönlichen Bereich, bezüglich dessen Bindungen überhaupt ausgeschlossen sind («Gegenstand der Bindung»), und andererseits solche, die übermässig bindend sind («Übermass der Bindung»).[224] Während der Gegenstand der Bindung im Kontext von Aktionärbindungsverträgen zur Regelung der Unternehmensnachfolge von geringer Bedeutung sein dürfte,[225] steht die Frage nach dem Übermass der Bindung im Vordergrund.[226]

Ob eine Bindung übermässig ist, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung verschiedener Faktoren,[227] wozu insbesondere die Intensität und die Dauer der Bindung,[228] aber auch das Verhältnis zwischen Leistungen und Gegenleistun-

---

Angehörigen insbesondere parallel getroffene Vereinbarungen güter- und erbrechtlicher Natur in separaten Verträgen regeln (FÄHRLANDER, 311).

221 FÄHRLANDER, 290; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 219 f.; HAAB, 384; HARDER SCHULER, 115.

222 Vgl. zu den inhaltlichen Schranken, die spezifisch die Stimmbindung beschlagen, Kapitel 4.1.2.1.1a).

223 BSK ZGB I-REITZE, Art. 27 N 9.

224 BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 44; BSK ZGB I-REITZE, Art. 27 N 9 und 12 f.; HINTZ-BÜHLER, 56; TOGNI, N 642.

225 Zu denken ist höchstens an allfällige Vorgaben im Aktionärbindungsvertrag zu Ehe und Güterstand, etwa dahingehend, dass sich die Familienaktionäre für den Fall ihrer Heirat dazu verpflichten, den Güterstand der Gütertrennung zu vereinbaren; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 267 Fn 69, sowie TOGNI, N 643 Fn 1468.

226 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 267; TOGNI, N 644.

227 BSK ZGB I-REITZE, Art. 27 N 10; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1918; LANG, 46.

228 BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 45; BSK ZGB I-REITZE, Art. 27 N 10.

gen,[229] die Art der den Parteien auferlegten Pflichten[230] sowie ein allfälliges Abhängigkeitsverhältnis unter den Parteien[231] zählen.[232] Weil die bundesgerichtliche Rechtsprechung nur mit Zurückhaltung eine übermässige Beschränkung der – im Rahmen von Aktionärbindungsverträgen zumeist einschlägigen – wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit[233] der Vertragsparteien aufgrund der Intensität der Bindung annimmt,[234] ist für Aktionärbindungsverträge insbesondere die übermässige Bindung durch die lange Vertragsdauer von Bedeutung.[235] Damit verbleibt den Familienaktionären inhaltlich grundsätzlich ein weiter Spielraum, um die gegenseitigen Rechte und Pflichten nach Massgabe ihrer Bedürfnisse sowie zur Verwirklichung des Ausgleichs zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre vertraglich zu regeln, sofern der Aktionärbindungsvertrag zeitlich angemessen befristet ist.[236]

---

229 BGE 114 II 159 E. 2a; BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 19/20 N 45; OFK OR-Dasser, Art. 19 N 18.

230 Wobei positive Leistungspflichten einschneidender sind als blosse Unterlassungspflichten; Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 1919; Togni, N 646.

231 Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 1919.

232 Vgl. zum Ganzen im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.1.1.2.

233 Verkaufs- und Übertragungsbeschränkungen oder Kaufrechte und -pflichten, die im Rahmen von Nachfolgelösungen die gesamte wirtschaftliche Freiheit eines Familienaktionärs einschränken, etwa weil seine durch solche Bestimmungen gebundenen Aktien am Familienunternehmen sein gesamtes Vermögen bilden oder weil die künftige Tragweite solcher Rechte und Pflichten kaum abschätzbar ist, können indessen auch in das persönliche Betätigungsfeld eingreifen und übermässig bindend wirken (BGE 143 III 480 E. 5.6.2; Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 1936 und 1938).

234 BGE 143 III 480 E. 5.4; BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 19/20 N 45; BSK ZGB I-Reitze, Art. 27 N 14; OFK OR-Dasser, Art. 19 N 18.

235 Vgl. BGE 143 III 480 E. 5.4; Appenzeller, 48 (in Bezug auf Stimmbindungsverträge); BSK ZGB I-Reitze, Art. 27 N 15; Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 267.

236 Vgl. zum Ganzen im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.1.1.2.

3.1.2.2.3 Recht der einfachen Gesellschaft als Schranke im Besonderen

Bilden die Familienaktionäre eine einfache Gesellschaft,[237] haben sie als zusätzliche Schranke die zwingenden Bestimmungen des Rechts der einfachen Gesellschaft[238] zu beachten.[239] Diese Bestimmungen dürften sich in der Praxis indessen regelmässig nur als geringfügig einschränkend erweisen.[240] Zu denken ist dabei höchstens an die Solidarhaftung unter den Familienaktionären.[241, 242]

Als einschränkend können sich hingegen verschiedene dispositive Bestimmungen des Rechts der einfachen Gesellschaft erweisen, die subsidiär auf den Aktionärbindungsvertrag Anwendung finden können,[243] etwa hinsichtlich einer allfälligen gemeinsamen Willensbildung in Bezug auf die Ausübung des Stimmrechts[244] oder hinsichtlich der Beendigungsgründe.[245] Aufgrund der dispositiven Natur dieser Bestimmungen steht es den Familienaktionären jedoch offen – und wird es sich

---

237 Vgl. dazu Kapitel 3.1.2.1.

238 Vgl. die Übersicht über die zwingenden Bestimmungen des Rechts der einfachen Gesellschaft bei KNOBLOCH, 553.

239 FÄHRLANDER, 290 Fn 25; HINTZ-BÜHLER, 45 f.

240 Vgl. CHK OR (Art. 530–771, VegüV)-JUNG, Art. 530 N 41; KÜHNI, 219 f. Die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft auf den Aktionärbindungsvertrag unter den Familienaktionären dürfte bisweilen ohnehin verschiedene Herausforderungen bei der Subsumption aufweisen, etwa hinsichtlich des genauen Umfangs der «Geschäftsführung» bei der Einflussnahme der Familienaktionäre auf das Familienunternehmen.

241 Art. 544 Abs. 3 OR. So dürften die Familienaktionäre beispielsweise nicht beabsichtigen, gegenseitig für die im Zusammenhang mit der Redaktion des Aktionärbindungsvertrags anfallenden Kosten solidarisch zu haften (vgl. KNOBLOCH, 557 Fn 57). Die Solidarhaftung ist insofern zwingend, als ein unter den Familienaktionären vereinbarter Ausschluss der Solidarhaftung gegenüber Dritten unwirksam ist, wenn er nicht auch mit diesen vereinbart wurde (BSK OR II-VOGT, Art. 544 N 136).

242 Andere zwingende Bestimmungen, etwa das Recht auf Auflösung bzw. Kündigung aus wichtigem Grund (Art. 545 Abs. 2 OR; vgl. zur zwingenden Natur dieser Bestimmung HINTZ-BÜHLER, 45 f., sowie KNOBLOCH, 555 Fn 37), sind als allgemeine vertragsrechtliche Grundsätze ohnehin zwingend (vgl. zur Kündigung aus wichtigem Grund Kapitel 6.2.1 sowie dort die Nachweise in Fn 1472).

243 HINTZ-BÜHLER, 46; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 250. Vgl. auch KNOBLOCH, 556.

244 Die Familienaktionäre dürften regelmässig nicht beabsichtigen, dass Beschlüsse zur gemeinsamen Ausübung des Stimmrechts einstimmig zu fassen sind; vgl. Art. 534 Abs. 1 OR sowie FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 992.

245 So soll etwa der Tod eines Familienaktionärs den Aktionärbindungsvertrag nicht beenden; vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungs-

aufdrängen –, in den betreffenden Bereichen eigene Regelungen zu treffen, womit diese Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen[246] und insofern die Gestaltungsfreiheit der Familienaktionäre nicht beschränken.[247]

3.2 Entstehung des Aktionärbindungsvertrags

Während sich der Aktionärbindungsvertrag als geeignetes Mittel präsentiert, um einen Ausgleich zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre zu bewirken, ist der Abschluss eines solchen unter den Familienaktionären mit Blick auf die verschiedenen Ziele und Interessen der Beteiligten keineswegs eine Selbstverständlichkeit. Daher wird nachfolgend auf die praktischen Herausforderungen sowie auf die Möglichkeiten eingegangen, den Aktionärbindungsvertrag unter den Familienaktionären abzuschliessen.

3.2.1 Abschluss als praktische Herausforderung

Damit der Aktionärbindungsvertrag unter den Nachkommen des Unternehmers zustande kommt, bedarf es ihres Einverständnisses.[248] Dabei müssen sie zunächst

verträge, N 1818 f.; HARDER SCHULER, 119 f.; HÉRITIER LACHAT, Exemples, 89 f. Vgl. dazu auch Kapitel 4.5.2.3.1b).

246 HINTZ-BÜHLER, 43; KNOBLOCH, 556 Fn 53; KÜHNI, 219 f.; VISCHER, Aktionärbindungsvertrag, 433 f. Vgl. auch FÄHRLANDER, 290, sowie GERICKE/DALLA TORRE, 43 f.

247 Möglich (und in der Praxis verbreitet) sind auch «No-Partnership-Klauseln», wonach die Vertragsparteien erklären, keine einfache Gesellschaft zu bilden bzw. bilden zu wollen. Solche Bestimmungen ändern zwar nichts an der Qualifikation des Aktionärbindungsvertrags bzw. der Beziehung unter den Familienaktionären (FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 148; VISCHER, Aktionärbindungsvertrag, 430; ZK OR V/4a-HANDSCHIN, Art. 530 N 97), dürften aber ausschliessen, dass das dispositive Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung kommt, weil dieses nicht dem Parteiwillen entspricht (GERICKE/DALLA TORRE, 43 f.; KNOBLOCH, 556 Fn 53; KÜHNI, 219; VISCHER, Aktionärbindungsvertrag, 430; ZK OR V/4a-HANDSCHIN, Art. 530 N 219). Empfehlenswert ist indessen die positive vertragliche Regelung der Fragen, auf die in Ermangelung einer Regelung durch die Familienaktionäre das Recht der einfachen Gesellschaft Anwendung findet (FÄHRLANDER, 289 f.; GERICKE/DALLA TORRE, 43 f.); vgl. dazu im Zusammenhang mit der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.2.1.

248 HENSCH/STAUB, 1173; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 250. Vgl. zur Frage, inwiefern der Unternehmer den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags einseitig von Todes wegen anordnen kann, Kapitel 3.2.2.3.

mit dem Inhalt, namentlich mit den darin vorgesehenen jeweiligen Rechten und Pflichten, einverstanden sein. Das Einverständnis zum Abschluss des Aktionärbindungsvertrags bedingt überdies, dass die Nachkommen des Unternehmers der vorgesehenen Verteilung der Aktien am Familienunternehmen, die dem Vertrag zugrunde liegt, zustimmen.

Die Beteiligten werden die Nachfolgelösung, im Rahmen derer der Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen wird und die Aktien am Familienunternehmen verteilt werden, danach bewerten, ob sie diese unter Berücksichtigung eines allfälligen «Goodwills» ihrerseits gegenüber der Nachfolgerin als fair wahrnehmen[249] sowie ob diese ihren Bedürfnissen, Zielen und Erwartungen entspricht. Namentlich werden die übrigen Nachkommen oftmals nicht ohne Weiteres bereit sein, einer Nachfolgelösung zuzustimmen, die die Nachfolgerin bevorzugt.[250] Das Finden einer allseits akzeptierten Nachfolgelösung stellt den Unternehmer und seine Nachkommen damit vor verschiedene Herausforderungen, allen voran mit Blick auf das Ziel der Gleichbehandlung der Nachkommen, insbesondere der übrigen Nachkommen als künftige passive Aktionäre,[251] aber auch hinsichtlich finanzieller, emotionaler und praktischer Aspekte. Darauf wird nachfolgend eingegangen.

3.2.1.1 Gleichbehandlung der Nachkommen des Unternehmers

3.2.1.1.1 Gleichbehandlung der Nachkommen des Unternehmers im Allgemeinen

Das Ziel des Unternehmers und der Nachfolgerin, dass die Unternehmensführung möglichst durch einen eingeschränkten Personenkreis mit den erforderlichen Fähigkeiten wahrgenommen wird,[252] gebietet grundsätzlich, dass der Unternehmer der Nachfolgerin eine möglichst grosse Beteiligung am Familienunternehmen zuwendet.[253] Gleichzeitig erfordert das Ziel der Gleichbehandlung und Teilhabe der übrigen Nachkommen[254] aufgrund der getroffenen Annahme, dass der grösste Teil des Vermögens des Unternehmers auf das Familienunternehmen entfällt, dass

---

249 Vgl. FELDEN/WINTERS, 45; FRIES/DEUTLMOSER, 30.

250 Vgl. NONN, 99 Fn 91.

251 Vgl. zu diesem Ziel Kapitel 2.1.1 und 2.1.3.

252 Vgl. dazu Kapitel 2.1.1 und 2.1.2.

253 Vgl. SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 232; SOMARY/VASELLA, 293.

254 Vgl. zu diesem Ziel Kapitel 2.1.1 und 2.1.3.

auch diesen eine Beteiligung am Familienunternehmen zugewiesen wird.[255, 256] Damit gilt es bei der Verteilung der Aktien am Familienunternehmen einen Ausgleich zwischen diesen beiden entgegengesetzten Zielen zu finden, welcher mitunter allfällige «Kompensationszahlungen» aus dem übrigen Vermögen des Unternehmers an die übrigen Nachkommen berücksichtigt.

3.2.1.1.2 Schranken des Pflichtteilsrechts im Besonderen

Nebst dem Ziel der Gleichbehandlung der Nachkommen schränkt das Pflichtteilsrecht das Ausmass ein, in dem der Unternehmer aus erbrechtlicher Sicht einzelne Nachkommen bevorzugen und damit der Nachfolgerin eine Mehrheitsbeteiligung am Familienunternehmen zuwenden kann. So steht allen Nachkommen ein Pflichtteilsanspruch in der Höhe von der Hälfte des jeweiligen Erbteils am Nachlass des Unternehmers zu.[257] Die Berechnung der Erbteile und der Pflichtteile der Nachkommen stellt dabei nicht nur auf das Vermögen des Unternehmers im Zeitpunkt des Erbgangs ab, sondern schliesst auch lebzeitige Zuwendungen mit «Ausstattungscharakter» ein,[258] d.h. solche, die dem Empfänger eine Existenz verschaffen, sichern oder verbessern sollen,[259] und damit regelmässig auch die lebzeitige Zuwendung einer Beteiligung am Familienunternehmen.[260] Stellt die der Nachfolgerin zugewendete Mehrheitsbeteiligung am Familienunternehmen einen derart hohen Anteil am so errechneten Nachlass des Unternehmers dar, dass durch deren Zuwendung die Pflichtteile der übrigen Nachkommen (unter Berücksichtigung der ihnen zugewendeten Minderheitsbeteiligungen am Familienunternehmen) verletzt sind, muss die Nachfolgerin die übrigen Nachkommen in entsprechendem Umfang abgelten.[261] Die Nachfolgelösung muss deshalb – unter Berücksichtigung des übri-

---

255 Vgl. die der Dissertation zugrunde liegende Ausgangslage in Kapitel 1.2.2.1.

256 Gemäss der Studie von HALTER/SCHRETTLE/BALDEGGER, 19 f., handelt es sich bei der gerechten Behandlung der Nachkommen bezüglich der Übergabe von Eigentum und Geschäftsführung um eine der am meisten genannten Herausforderungen bei der familieninternen Unternehmensnachfolge.

257 Art. 457 Abs. 2 und Art. 470 Abs. 1 i.V.m. Art. 471 ZGB; vgl. HANSELMANN/HERZOG, 295 ff.

258 Art. 475 i.V.m. Art. 527 Ziff. 1 ZGB.

259 BGE 116 II 667 E. 3a; BSK ZGB II-PIATTI, Art. 527 N 3. Vgl. auch EITEL, Eigentumstransfer, 293 ff., sowie WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.54.

260 Vgl. BERINGER, 172; EITEL, Eigentumstransfer, 294; EITEL, Probleme, 4 f.; HENNINGER, N 624; KIPFER-BERGER, N 215 und 285; STRAESSLE, N 322 ff., insbesondere N 328.

261 Vgl. Art. 522 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sowie STRAESSLE, N 160. Der Unternehmer kann die Nachfolgerin zwar einseitig von der Ausgleichungspflicht befreien, nicht jedoch

gen Vermögens des Unternehmers, das den übrigen Nachkommen als Kompensation für die Begünstigung der Nachfolgerin zugeteilt werden kann[262] – entweder hinreichend hohe Beteiligungen für die übrigen Nachkommen vorsehen, damit ihre Pflichtteile gewahrt sind,[263] oder auf einem erbvertraglichen Verzicht der übrigen Nachkommen auf ihre Pflichtteile beruhen. Weil ein Pflichtteilsverzicht aufgrund der damit verbundenen und emotional wahrgenommenen Ungleichbehandlung[264] bisweilen an der Bereitschaft der übrigen Nachkommen dazu scheitern dürfte,[265, 266] und weil Mehrheitsbeteiligungen aufgrund der damit einhergehenden Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Familienunternehmen einen erheblich höheren Wert als Minderheitsbeteiligungen ohne vergleichbare Einflussmöglichkeiten aufweisen können, wird es dem Unternehmer unter Umständen nicht möglich sein, der Nachfolgerin unter Wahrung der Pflichtteilsrechte der übrigen Nachkommen eine Mehrheit des Kapitals zuzuweisen.[267]

---

bezüglich der Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen (EITEL, Probleme, 5; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.70). Weil das Familienunternehmen gemäss der Ausgangslage in Kapitel 1.2.2.1 den grössten Teil seines Vermögens darstellt, wird vorliegend davon ausgegangen, dass der Unternehmer keine nennenswerten Zuwendungen von Todes wegen vornimmt, die vor der Zuwendung der Beteiligung am Familienunternehmen an die Nachfolgerin herabzusetzen wären (vgl. zur Reihenfolge der Herabsetzung Art. 532 Abs. 1 ZGB sowie EITEL, Probleme, 7).

262 Vgl. JUNG, 75. Um Kompensationszahlungen auszurichten, kann der Unternehmer auch allfällige dem Familienunternehmen gehörende, jedoch nicht betrieblich genutzte Liegenschaften aus diesem aussondern und den übrigen Nachkommen zuwenden; vgl. CARNAZZI WEBER/KLEIN/ZELLWEGER/ZUMBÜHL, 31.

263 Vgl. FISCHER D., Änderungen, 20; HANSELMANN/HERZOG, 296 f.; HERZOG/JAHNEL, N 2.71; LEUBA, N 17; VON SALIS/HAAS, 37 f. und 41.

264 Vgl. dazu WOLF/KISSLING/HALTER, 20, sowie Kapitel 3.2.1.3.

265 EHRAT/FREY, 329 f.; EITEL, Eigentumstransfer, 281; HENNINGER, N 378; LEUBA, N 14; NONN, 99; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 230; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.94. Vgl. zu möglichen erbvertraglich vereinbarten Gegenleistungen für einen Pflichtteilsverzicht Kapitel 3.2.2.1.3.

266 Ein Pflichtteilsverzicht ist wahrscheinlicher, wenn das Familienunternehmen einen niedrigeren Wert hat und sich die übrigen Nachkommen durch ihre Karrieren je eine eigene Einkommensperspektive und finanzielle Absicherung erarbeitet haben (SCHENKER, Familiengesellschaften, 84 f.).

267 Vgl. HENSCH/STAUB, 1173, HINTZ-BÜHLER, 17, SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 231, sowie bereits Kapitel 1.2.2.1. Vgl. zudem zur Berücksichtigung von Zuschlägen für Mehrheitsbeteiligungen sowie von Abschlägen für Minderheitsbeteiligungen bei der Bewertung der jeweiligen Beteiligungen Kapitel 3.2.1.2.

3.2.1.2 Finanzielle Aspekte

Weiter werden die Nachkommen des Unternehmers aus einer finanziellen Perspektive mit der Nachfolgelösung einverstanden sein müssen, wofür insbesondere die Bewertung des Familienunternehmens respektive der einzelnen den Nachkommen zuzuwendenden Beteiligungen daran sowie allfällige übrige Zuwendungen des Unternehmers (in anderer als in der Form von Aktien am Familienunternehmen) bzw. Kompensationszahlungen der Nachfolgerin relevant sind.[268]

Bei der Bewertung der Nachfolgelösung aus einer finanziellen Warte wird es insbesondere darum gehen, dass der Wert der Beteiligungen der übrigen Nachkommen unter Berücksichtigung allfälliger weiterer Zuwendungen in einem angemessenen Verhältnis zu demjenigen der Beteiligung der Nachfolgerin steht. Dabei geht es nicht nur um die jeweils zugesprochene Anzahl Aktien, sondern auch darum, ob die Nachfolgerin damit eine Mehrheitsposition erlangt und wie die Beteiligungen zusammengesetzt sind, beispielsweise ob es verschiedene Kategorien von Aktien – etwa Stimmrechts- oder Vorzugsaktien[269] – gibt, denen unterschiedliche Rechte zukommen. So spricht sich die Literatur etwa für einen Bewertungsabschlag für Minderheitsbeteiligungen[270] respektive für einen Zuschlag für Mehrheitsbeteiligungen[271] aus. Ebenso befürworten verschiedene Autoren Bewertungszuschläge für Vorzugsaktien[272] und für Stimmrechtsaktien.[273] Schliesslich sind die einzelnen Beteiligungen und deren Bewertung auch im Zusammenspiel mit den im Aktionärbindungsvertrag gewährten Rechten und auferlegten Pflichten, die in Kapitel 4 dargestellt werden, zu würdigen, welche den Wert der Beteiligungen über die einmalige Verteilung der Aktien hinaus beeinflussen. Wertvermehrend können sich

---

268 JUNG, 75. Vgl. zudem soeben Kapitel 3.2.1.1.2 Fn 262.

269 Vgl. zu diesen Instrumenten Kapitel 4.1.2.2.2a) respektive 4.3.3.1.

270 Bewertungsabschläge können, abgestuft nach der Beteiligungshöhe, bis zu 20 Prozent betragen. CHERIDITO/SCHNELLER, 418; HÜTTCHE/MEIER-MAZZUCATO, 130; JENTSCH, 234 f.; LANGENEGGER, 224 f.

271 Solche Zuschläge bewegen sich in einer Bandbreite von 10 bis 30 Prozent. BUCHER/SCHWENDENER, 345; CHERIDITO/SCHNELLER, 418; HÜTTCHE/MEIER-MAZZUCATO, 130; JENTSCH, 233 f.; SOMARY/VASELLA, 293.

272 JENTSCH, 237; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 236 und 238 f.

273 Bei Stimmrechtsaktien stellt sich jedoch häufig die Frage, inwiefern sich aus dem Stimmrechtsprivileg wertrelevante Vorteile ergeben und wie diese zu quantifizieren sind; vgl. DAENIKER, 174 ff., und JENTSCH, 236. Ein Mehrwert kann jedenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn die Stimmrechtsaktien – wie eine Mehrheitsbeteiligung – Kontrollrechte gewähren (vgl. DAENIKER, 176).

etwa Privilegierungen bei Ausschüttungen[274] und das Recht auf eine Vertretung im Verwaltungsrat[275] auswirken, während Übertragungsbeschränkungen[276] wertvermindernd wirken. Die Herausforderung besteht somit darin, die den einzelnen Beteiligungen zukommenden Rechte und Pflichten so auszutarieren, dass die Beteiligungen wertmässig in einem allseits akzeptierten Verhältnis zueinander stehen. Dabei dürfte eine durch einen unabhängigen Dritten erstellte Bewertung des Familienunternehmens respektive der einzelnen Beteiligungen der Akzeptanz der Nachkommen zuträglich sein und sich positiv auf ihre Bereitschaft, der Nachfolgelösung zuzustimmen, auswirken.

3.2.1.3 Emotionale Aspekte

Zusätzlich zur allgemeinen Gleichbehandlung und zum finanziellen Aspekt spielt es auch eine massgebende Rolle, ob die Beteiligten die Nachfolgelösung aus emotionaler Sicht als fair wahrnehmen.[277] Dabei geht es um das Bedürfnis der Beteiligten, in ihren Interessen und Bedürfnissen «gesehen» und ernst genommen zu werden.[278] Soll die Nachfolgerin gegenüber den übrigen Nachkommen begünstigt werden, um die Nachfolge zu ermöglichen, etwa indem die übrigen Nachkommen dereinst lediglich ihren Pflichtteil am Nachlass des Unternehmers erhalten oder gar auf einen Teil ihres Pflichtteils verzichten sollen, können die übrigen Nachkommen dies als Rücksetzung wahrnehmen.[279] Ebenso kann die Gestaltung der Nachfolgelösung ohne Einbezug der übrigen Nachkommen – sei dies durch den Unternehmer allein oder gemeinsam mit der Nachfolgerin – die Bereitschaft der übrigen Nachkommen zum Abschluss des Aktionärbindungsvertrags beeinträchtigen.[280] Der Handlungsspielraum für eine allseits zufriedenstellende Lösung wird dementsprechend umso grösser sein, je früher der Unternehmer und die Nachfolgerin die übrigen Nachkommen miteinbeziehen,[281] und die Chancen, dass sich die Beteilig-

---

274 JENTSCH, 238. Vgl. auch HÜTTCHE/MEIER-MAZZUCATO, 129, und MEIER-MAZZUCATO/MONTANDON, 271.

275 JENTSCH, 239. Vgl. auch MEIER-MAZZUCATO/MONTANDON, 274.

276 JENTSCH, 237 f. Vgl. auch HÜTTCHE/MEIER-MAZZUCATO, 131.

277 FELDEN/WINTERS, 45. Vgl. zur Herausforderung des Einflusses von Emotionalität auf den Nachfolgeprozess bereits Kapitel 2.2.1.

278 FRIES/DEUTLMOSER, 30.

279 SCHENKER, Familiengesellschaften, 84; SOMARY/VASELLA, 293; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.95.

280 WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.95.

281 Vgl. WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.95.

ten auf eine Nachfolgelösung einigen, werden umso höher sein, je besser die Beziehung zwischen dem Unternehmer und den übrigen Nachkommen ist.[282] Dazu dürfte mitunter die Art und Weise der Kommunikation des Unternehmers massgeblich beitragen.[283]

3.2.1.4 Praktische Aspekte

Schliesslich können Faktoren praktischer Natur die Vereinbarung eines Aktionärbindungsvertrags erschweren, etwa die Komplexität der Verhältnisse, das fehlende Verständnis der Beteiligten bezüglich der rechtlichen Gegebenheiten,[284] die mangelnde Rechts- und Geschäftserfahrenheit von einem oder mehreren Beteiligten sowie ein mögliches Gefälle zwischen den Beteiligten.[285] Ebenso kann der Aufwand für den Entwurf und das Verhandeln des Aktionärbindungsvertrags ein Hindernis darstellen.[286] Zu berücksichtigen ist zudem die lange Dauer von Nachfolgeprozessen.[287]

3.2.1.5 Bedeutung für den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags

Damit es zum Abschluss des Aktionärbindungsvertrags kommen kann, ist eine Einigung der Nachkommen des Unternehmers nicht nur in Bezug auf die darin geregelten Rechte und Pflichten, die den einzelnen Nachkommen zustehen sollen, sondern auch bezüglich der Verteilung der Aktien und des übrigen Vermögens des Unternehmers erforderlich. Namentlich wenn die Nachfolgerin durch die Zuwendung einer Aktienmehrheit oder durch die Einräumung von Vorrechten privilegiert werden soll, werden die übrigen Nachkommen mit Blick auf ihre Gleichbehand-

---

282 Vgl. KIPFER-BERGER, N 278.

283 Vgl. zur Kommunikation als Erfolgsfaktor im Rahmen der Unternehmensnachfolge bereits Kapitel 2.4.1.

284 KISSLING STREULI, 28.

285 Vgl. dazu bereits Kapitel 2.2.1. Abhilfe können etwa der Beizug externer Berater oder die Durchführung geeigneter Verfahren zur Vertragsaushandlung schaffen (beispielsweise *deal mediation* bei Konstellationen mit starken Gefällen zwischen den Beteiligten; vgl. hierzu RAUBER/TOGNI, 287).

286 GERMANN, N 1670.

287 Nachfolgeprozesse dauern häufig mehrere Jahre (HALTER/KAMMERLANDER, Prozess, 5). Gemäss der Studie von CHRISTEN et al., 32, beträgt die durchschnittliche Dauer zwischen Erstgespräch und Vollzug bei familieninternen Nachfolgeprozessen sechseinhalb Jahre.

lung dafür einen Ausgleich verlangen. Ob eine Nachfolgelösung zustande kommt, hängt deshalb von finanziellen, aber auch von «irrationale[n] und unberechenbare[n] Faktoren»[288] ab, sodass es sich bei der Einigung auf eine Nachfolgelösung mitunter um eine «grosse Herausforderung[] psychologischer Natur»[289] handelt. Der Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags zur Regelung der Unternehmensnachfolge kann deshalb nicht isoliert von den Rahmenbedingungen der Aufteilung der Aktien unter den Nachkommen des Unternehmers betrachtet werden, sondern ist im Zusammenspiel mit diesen zu sehen.

Weil es bei der Verteilung der Aktien und gegebenenfalls des übrigen Vermögens des Unternehmers unter seinen pflichtteilsgeschützten Nachkommen um einen erbrechtlich relevanten Vorgang handelt, wird sich der Abschluss eines Erbvertrags zwischen dem Unternehmer und seinen Nachkommen aufdrängen, der die vereinbarte Nachfolgelösung – namentlich die Verteilung der Aktien – verbindlich regelt.[290] Dieser soll verhindern, dass die übrigen Nachkommen im Erbgang des Unternehmers erbrechtliche Ansprüche – allen voran Pflichtteilsansprüche – geltend machen,[291] welche die Nachfolgelösung gefährden können,[292] etwa weil die Nachfolgerin den übrigen Nachkommen substanzielle Zahlungen zum Ausgleich des höheren Werts der von ihr erhaltenen Beteiligung am Familienunternehmen leisten muss.[293] Ist der Abschluss eines Erbvertrags nicht möglich oder nicht erwünscht, wird es sich hingegen umso mehr aufdrängen, den übrigen Nachkommen im Aktionärbindungsvertrag zusätzliche Rechte einzuräumen, damit ihre Pflichtteile durch den Erhalt einer Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen wertmässig möglichst gewahrt sind.[294]

---

288 KIPFER-BERGER, N 278.

289 KIPFER-BERGER, N 285.

290 Vgl. zum möglichen Inhalt eines den Aktionärbindungsvertrag komplementierenden Erbvertrags Kapitel 3.2.2.1.3.

291 Vgl. DARDEL, 53; EITEL, Eigentumstransfer, 288 f.; NONN, 93.

292 EITEL, Probleme, 19.

293 Vgl. KIPFER-BERGER, N 278.

294 Vgl. HERZOG/JAHNEL, N 2.83; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 237. Vgl. zur Frage, ob sich die übrigen Nachkommen die Zuwendung einer Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen in Anrechnung an ihre Pflichtteile entgegenhalten lassen müssen, Kapitel 3.2.2.3.3c).

3.2.2 Möglichkeiten des Abschlusses des Aktionärbindungsvertrags

Entsprechend der in Kapitel 1.2.2.1 dargestellten Ausgangslage steht bei der Entstehung des Aktionärbindungsvertrags ein Vertragsschluss zu Lebzeiten des Unternehmers und eine unmittelbare Übertragung der Aktien am Familienunternehmen an seine Nachkommen im Fokus der vorliegenden Dissertation (Kapitel 3.2.2.1). Aufgrund der konkreten Umstände kann aber auch das Bedürfnis oder das Erfordernis bestehen, den Aktionärbindungsvertrag bereits abzuschliessen, die Aktienübertragung jedoch zeitlich aufzuschieben; damit befasst sich Kapitel 3.2.2.2. Schliesslich kann es sein, dass lebzeitig keine Einigung unter den Nachkommen des Unternehmers in Bezug auf den Aktionärbindungsvertrag und die Übertragung der Aktien zustande kommt. Für diesen Fall stellt sich die Frage, welche Vorkehrungen der Unternehmer zu Lebzeiten treffen kann, um die von ihm gewünschte Nachfolgelösung zwar nicht lebzeitig, aber mit Wirkung nach seinem Tod soweit möglich umzusetzen; dies ist Gegenstand von Kapitel 3.2.2.3.

3.2.2.1 Abschluss zu Lebzeiten des Unternehmers mit unmittelbarer Übertragung des Familienunternehmens

3.2.2.1.1 Ausgangslage

Wenn sich die Beteiligten zu Lebzeiten des Unternehmers auf eine Nachfolgelösung einigen können, insbesondere wenn die übrigen Nachkommen damit einverstanden sind, eine allenfalls mit zusätzlichen Rechten ausgestattete (Minderheits-)Beteiligung am Familienunternehmen zugewiesen zu erhalten, dürfte der Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags regelmässig im Interesse aller Beteiligten sein. Die Nachfolgerin hat die Gewissheit, über den erforderlichen Spielraum zur Führung des Familienunternehmens zu verfügen, wohingegen die übrigen Nachkommen weitreichendere Rechte zugesprochen erhalten, als ihnen sonst in ihrer Position als gewöhnliche Aktionäre zustehen würden,[295] was im Sinn ihrer Gleichbehandlung und Teilhabe ist. Zudem wird durch den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags Voraussehbarkeit geschaffen – im Gegensatz zu einem Zustand, in dem zwar verschiedene Personen Aktien am Familienunternehmen halten, aber untereinander nicht koordiniert sind.

[295] Vgl. SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 262.

3.2.2.1.2 Abschluss des Aktionärbindungsvertrags

Parteien des Aktionärbindungsvertrags sind die Nachkommen des Unternehmers.[296] Der Aktionärbindungsvertrag tritt in Kraft, sobald der Unternehmer die Aktien am Familienunternehmen wie vereinbart seinen Nachkommen übertragen hat.[297] Oftmals werden zwischen dem Abschluss des Aktionärbindungsvertrags und der Aktienübertragung an die Nachkommen Anpassungen an der Kapitalstruktur und an den Statuten des Familienunternehmens vorzunehmen sein,[298] wofür dienlich ist, wenn der Unternehmer noch sämtliche Aktien daran auf sich vereint.[299]

3.2.2.1.3 Regelung der Übertragung der Aktien

Für die Regelung der Übertragung der Aktien drängt sich aus den in Kapitel 3.2.1.5 dargelegten Gründen der Abschluss eines Erbvertrags auf, womit

---

296 Inwiefern auch das Familienunternehmen selbst Partei des Aktionärbindungsvertrags sein kann, ist umstritten. Während insbesondere eine Bindung der Gesellschaft im Bereich ihrer Willensbildung, z.B. im Rahmen einer Stimmbindung unter den Aktionären, verschiedentlich kritisch beurteilt wird, wird ihre Einbindung in Bereichen, welche die Aktionärsstellung nur mittelbar beschlagen oder Leistungspflichten betreffen, die auch gegenüber Dritten bestehen können, wohl mehrheitlich als zulässig angesehen (vgl. zum Ganzen sowie zum Meinungsstand FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 405 ff.; vgl. ferner das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE210066-O vom 23. Juni 2021 E. 4.6; GERICKE/DALLA TORRE, 48; TRIPPEL/JAISLI KULL, 214; VON DER CRONE, N 2071 [der die Zulässigkeit der Einbindung der Gesellschaft befürwortet, solange dabei die zwingende aktienrechtliche Kompetenzordnung eingehalten wird]). Vor diesem Hintergrund kann es – wenn eine Einbindung überhaupt gewünscht ist (kritisch diesbezüglich VISCHER, Nachfolgeplanung, 15) – Sinn ergeben, das Familienunternehmen nur selektiv hinsichtlich bestimmter Regelungen in den Aktionärbindungsvertrag einzubinden, etwa so, dass es zur Durchsetzung bestimmter Leistungspflichten der Familienaktionäre berechtigt ist (z.B. einer Geheimhaltungsverpflichtung der Familienaktionäre; vgl. hierzu Kapitel 4.4.3.1). Vgl. zudem spezifisch zur Einbindung des Familienunternehmens in Bezug auf die Bekanntgabe von Informationen an die Familienaktionäre Kapitel 4.4.2.2 Fn 928.

297 AEBI-MÜLLER, N 13.22; BAUMANN, 99 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 260, insbesondere Fn 143.

298 Beispielsweise, um die vereinbarten Aktienpakete zu bilden oder um verschiedene Aktienkategorien zu schaffen; vgl. dazu insbesondere Kapitel 4.1.2.2.2a) (Stimmrechtsaktien) sowie 4.3.3.1 (Vorzugsaktien).

299 Vgl. zur Vereinbarung von Anpassungen an der Kapitalstruktur sogleich Kapitel 3.2.2.1.3.

gleichzeitig die erbrechtlichen Ansprüche der Nachkommen des Unternehmers geregelt werden können.[300]

Inhalt des Erbvertrags ist zunächst die Zuwendung der jeweiligen Aktienpakete an die Nachkommen des Unternehmers im Sinn eines Vorempfangs,[301] wobei sämtliche Nachkommen den Zuweisungen der Aktien zustimmen.[302] Soweit erforderlich – und von diesen akzeptiert[303] – regelt der Erbvertrag zudem den Verzicht der übrigen Nachkommen auf ihre Pflichtteile[304] bzw. sieht der Erbvertrag vor, dass die übrigen Nachkommen der Anrechnung ihrer Beteiligungen am Familienunternehmen an ihre jeweiligen Pflichtteile zustimmen. Ebenfalls sieht der Erbvertrag eine allfällige Gegenleistung des Unternehmers[305] oder der Nachfolgerin[306] an die übrigen Nachkommen für den Verzicht auf ihre Pflichtteile respektive die Anrechnung der Beteiligung an ihre Pflichtteile vor. Im Fall der Nachfolgerin kann eine Gegenleistung in der Verpflichtung bestehen, periodisch Zahlungen in bestimmter Höhe an die übrigen Nachkommen auszurichten, bis ein bestimmter Betrag erreicht ist oder bis eine bestimmte Zeitdauer abgelaufen ist.[307] Ebenfalls kann vereinbart werden, dass die übrigen Nachkommen der Nachfolgerin in der Höhe ihrer

---

300 Vgl. GUILLAUME, 336; HENNINGER, N 474 (im Rahmen der Übertragung von Todes wegen); SOMARY/VASELLA, 293; WOLF, 959.

301 GUILLAUME, 335; WOLF, 959.

302 Vgl. ROUILLER/LASSERRE ROUILLER, 122; SCHENKER, Familiengesellschaften, 84.

303 Vgl. Kapitel 3.2.1.1.2 und dort insbesondere Fn 266. Lehnen die übrigen Nachkommen einen Pflichtteilsverzicht ab, sollte mit einem Erbvertrag zumindest erreicht werden, dass die übrigen Nachkommen die Zuweisung von Aktien am Familienunternehmen in Anrechnung an ihre jeweiligen Pflichtteile (anstelle eines Verzichts darauf) akzeptieren; vgl. zur Frage, ob sich die übrigen Nachkommen die Zuwendung von Minderheitsbeteiligungen am Familienunternehmen in Anrechnung an ihre Pflichtteile entgegenhalten lassen müssen, Kapitel 3.2.2.3.3c).

304 GUILLAUME, 335; GUILLAUME/PAPEIL, 45; KÜNZLE, Planning, 152; NONN, 93; ROUILLER/LASSERRE ROUILLER, 122; SOMARY/VASELLA, 294; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.94; WOLF, 959. Ob der Unternehmer und seine Nachkommen alternativ vereinbaren können, dass letztere im Sinn eines gegenständlich beschränkten Verzichts auf erbrechtliche Ansprüche in Bezug auf die Aktien am Familienunternehmen verzichten (vgl. HENNINGER, N 375; NONN, 93), ist umstritten (vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 495 N 2).

305 EITEL, Eigentumstransfer, 280; GUILLAUME, 336; GUILLAUME/PAPEIL, 49; KÜNZLE, Planning, 152; SOMARY/VASELLA, 294.

306 GUILLAUME, 336; GUILLAUME/PAPEIL, 49; WEIBEL/HOSANG, 335.

307 GUILLAUME/PAPEIL, 49; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.72.

Ansprüche ein Darlehen gewähren, welches die Nachfolgerin über einen bestimmten Zeitraum zu tilgen hat.[308] Schliesslich empfiehlt es sich, im Erbvertrag die Bewertung des Familienunternehmens respektive die Anrechnungswerte der jeweiligen Beteiligungen festzusetzen,[309] um deren Anfechtung im Erbgang des Unternehmers auszuschliessen.[310]

Der Erbvertrag kann auch als Erbauskauf der Nachfolgerin ausgestaltet sein. Diesfalls fällt die Nachfolgerin im Gegenzug für den Erhalt ihrer Beteiligung am Familienunternehmen als Erbin in Bezug auf den künftigen Nachlass des Unternehmers ausser Betracht, womit letzterer vollumfänglich den übrigen Nachkommen und allfälligen weiteren Erben des Unternehmers zusteht.[311]

Je nach Ausgangslage ist im Erbvertrag schliesslich die beabsichtigte aktienrechtliche Ausgestaltung des Familienunternehmens zu vereinbaren, z.B. die Schaffung von Stimmrechts- und Vorzugsaktien[312] zwischen dem Abschluss des Aktionärbindungsvertrags und der Übertragung der Aktien. Diesbezüglich kann sich der Unternehmer dazu verpflichten, die Statuten des Familienunternehmens nach erfolgter Umsetzung der vereinbarten Ausgestaltung bis zur Übertragung der Aktien an seine Nachkommen nicht mehr zu ändern.[313]

---

308 WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.94.

309 BERINGER, 172; BURCKHARDT BERTOSSA/TRACHSEL, 101 f.; EITEL, Probleme, 8 f.; GUILLAUME, 335 f.; GUILLAUME/PAPEIL, 46; KÜNZLE, Planning, 152; NONN, 93; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.71; WOLF, 959.

310 Vereinbaren die Parteien im Erbvertrag keinen Anrechnungswert, ist für die Berechnung der Pflichtteile der Wert des Familienunternehmens bzw. der jeweiligen Beteiligungen im Zeitpunkt des Erbgangs des Unternehmers (und nicht im Zeitpunkt der Übertragung des Familienunternehmens) relevant (Art. 474 Abs. 1 und Art. 537 Abs. 2 ZGB; vgl. BERINGER, 172; EITEL, Eigentumstransfer, 294; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.71). Vgl. aber den im Rahmen der Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» vorgesehenen Art. 630*a* E-ZGB, der es ermöglichen soll, stattdessen auf die Bewertung im Zeitpunkt der lebzeitigen Übertragung des Familienunternehmens abzustellen, sofern eine «nach anerkannten Grundsätzen erstellte Unternehmensbewertung» vorliegt (vgl. dazu Kapitel 7.3.2.1).

311 Vgl. Art. 495 Abs. 1 und 2 ZGB.

312 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 260. Vgl. zu diesen Instrumenten Kapitel 4.1.2.2.2a) respektive 4.3.3.1.

313 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 260.

3.2.2.2 Abschluss zu Lebzeiten des Unternehmers mit aufgeschobener Übertragung des Familienunternehmens

In gewissen Fällen kann der Unternehmer das Bedürfnis haben, die Unternehmensnachfolge zu regeln, gleichzeitig aber das Eigentum am Familienunternehmen noch nicht zu übertragen, etwa weil die Nachkommen, insbesondere die Nachfolgerin, während einer Übergangsphase auf die Übernahme des Eigentums am Familienunternehmen (und im Fall der Nachfolgerin auf die Übernahme von Aufgaben im Rahmen der Geschäftsführung) vorbereitet werden sollen. Die bedeutendste Herausforderung bei dieser Abschlussvariante und bei der entsprechenden Vertragsgestaltung liegt darin, dass der Aktionärbindungsvertrag erst nach einer bestimmten Zeitspanne nach dessen Abschluss Wirkung entfaltet und sich in der Zwischenzeit nicht nur das Familienunternehmen, sondern auch die Ziele und Bedürfnisse der Nachkommen des Unternehmers verändern können.

In Bezug auf den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags gilt grundsätzlich dasselbe wie bei der unmittelbaren Übertragung des Eigentums an den Aktien des Familienunternehmens,[314] jedoch mit dem Unterschied, dass zwischen Abschluss und Inkrafttreten des Aktionärbindungsvertrags ein grösserer Zeitabstand liegt. Die Nachkommen des Unternehmers erhalten die ihnen zustehenden Aktien diesfalls entweder durch lebzeitige Übertragung (z.B. sobald der Unternehmer altershalber definitiv abtritt) oder durch Erbgang.[315] Alternativ kann der Unternehmer sämtlichen Nachkommen bereits je eine symbolische Aktie am Familienunternehmen übertragen, während die Übertragung der übrigen Aktien aufgeschoben bleibt.[316] Solchenfalls kann der Aktionärbindungsvertrag bereits mit der Übertragung der symbolischen Aktien in Kraft treten und vorsehen, dass den Nachkommen, bis sie auch die verbleibenden Aktien erhalten und die eigentliche Regelung im Aktionärbindungsvertrag zum Tragen kommt, nebst dem gesetzlichen Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung auch bereits gewisse Informationsrechte zukommen und sie im Gegenzug auch bereits einer diesbezüglichen Geheimhaltungspflicht unterliegen.[317]

---

314 Vgl. Kapitel 3.2.2.1.2.

315 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 566 und 619; HENNINGER, N 474.

316 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 619 Fn 147; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 262.

317 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 619 Fn 148.

Wie bei der unmittelbaren Aktienübertragung auf die Nachkommen des Unternehmers[318] empfiehlt sich auch hier der parallele Abschluss eines Erbvertrags, welcher den Vorbezug der Aktien bzw. die Aufteilung von Todes wegen regelt.[319] Zudem wird der Erbvertrag zu regeln haben, wann und wie die Aktien übertragen werden. Mögliche Auslöser für die Übertragung können das Eintreten des Unternehmers in den Ruhestand (beispielsweise so, dass die Abtretung der Aktien auf den Rücktritt des Unternehmers aus dem Verwaltungsrat suspensiv bedingt ist) oder der Tod des Unternehmers sein.[320] Ebenfalls Gegenstand des Erbvertrags wird wiederum eine Verpflichtung des Unternehmers sein, die Statuten des Familienunternehmens nach der Umsetzung der vereinbarten Ausgestaltung nicht mehr zu verändern.[321] Schliesslich kann den möglichen in der Zwischenzeit eintretenden Veränderungen in Bezug auf das Familienunternehmen, die sich auf dessen Bewertung auswirken, bei der Vertragsgestaltung dadurch Rechnung getragen werden, dass der Erbvertrag eine Anpassung der Anrechnungswerte für die Beteiligungen am Familienunternehmen oder, falls die Nachfolgerin den übrigen Nachkommen Zahlungen zu leisten hat, eine Anpassung dieser Zahlungen in Abhängigkeit der Entwicklung des Werts des Familienunternehmens vorsieht. Sowohl für die Anrechnungswerte als auch für allfällige Zahlungen der Nachfolgerin können im Interesse der Erwartungssicherheit der Familienaktionäre Bandbreiten definiert werden.

3.2.2.3 Abschluss nach Ableben des Unternehmers?

3.2.2.3.1 Ausgangslage

Der Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags zu Lebzeiten des Unternehmers wird nicht immer möglich sein, insbesondere dann nicht, wenn sich die Nachkommen des Unternehmers in Anbetracht der in Kapitel 3.2.1 beschriebenen Herausforderungen nicht über eine Nachfolgelösung einigen können. Aber auch das plötzliche, unerwartete Ableben des Unternehmers vor der Einleitung oder während des Nachfolgeprozesses kann einen lebzeitigen Abschluss verhindern. In diesen Fällen stellt sich die Frage, inwiefern der Unternehmer lebzeitig mittels Verfügung von Todes wegen[322] Vorkehrungen treffen kann, um zu erwirken, dass

---

318 Vgl. Kapitel 3.2.2.1.3.

319 Vgl. HENNINGER, N 474.

320 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 619.

321 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 260.

322 Art. 498 ff. ZGB.

seine Nachkommen nach seinem Ableben einen Aktionärbindungsvertrag abschliessen.

Stirbt der Unternehmer, fallen die Aktien am Familienunternehmen in seinen Nachlass, welcher seinen Nachkommen gemeinschaftlich im Gesamteigentum zusteht.[323] Dies hat zur Folge, dass in Bezug auf die Verwaltung der Aktien, worunter insbesondere die Ausübung des Stimmrechts fällt, wie für die übrigen Nachlassgegenstände das Einstimmigkeitsprinzip gilt,[324] was dazu führen kann, dass auf der Ebene der Generalversammlung des Familienunternehmens keine Beschlüsse zustande kommen, wenn sich die Nachkommen nicht einigen können.[325] War der Unternehmer überdies das einzige Verwaltungsratsmitglied des Familienunternehmens oder übte er die Geschäftsführung allein aus, bestehen also keine weiteren Personen, welche die Leitung des Familienunternehmens kurzfristig sicherstellen können, gefährdet dies den Erfolg des Familienunternehmens zusätzlich. Nebst der Sicherstellung einer kompetenten Unternehmensführung und einer gerechten Nachfolgelösung wird es dem Unternehmer bei der einseitigen Anordnung einer Nachfolgelösung im Hinblick auf sein Ableben deshalb auch darum gehen, ein «Führungsvakuum» in Bezug auf das Familienunternehmen zwischen seinem Ableben und dem Vollzug der Nachfolgelösung zu verhindern.[326]

---

323 Art. 560 Abs. 1 i.V.m. Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB; EITEL, Probleme, 9; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.74.

324 Art. 560 i.V.m. Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 653 Abs. 2 ZGB; EITEL, Eigentumstransfer, 272 f.; GUILLAUME, 335; LEUBA, N 15; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.75.

325 LEUBA, N 15. Zwar haben die Nachkommen nach Art. 602 Abs. 3 ZGB die Möglichkeit, bis zur Erbteilung einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, welcher das mit den Aktien am Familienunternehmen verbundene Stimmrecht im Namen der Erbengemeinschaft ausübt. Dieses Vorgehen kann sich jedoch als unbefriedigend erweisen, weil die Bestimmung eines gemeinsamen Vertreters (sowohl durch die Nachkommen selbst als auch durch den Richter, wenn sich diese uneinig sind) Zeit erfordert, womit dringliche Beschlüsse verunmöglicht werden, und weil der gemeinsame Vertreter i.d.R. eine konservative Geschäftspolitik verfolgen wird, was sich negativ auf die Entwicklung des Familienunternehmens auswirken kann (GUILLAUME/PAPEIL, 37; LEUBA, N 15).

326 FRIES/DEUTLMOSER, 30.

3.2.2.3.2 Möglichkeiten zur Sicherstellung des Abschlusses

a) Anordnung des Abschlusses des Aktionärbindungsvertrags mittels testamentarischer Auflage

Durch entsprechende Verfügung im Testament kann der Unternehmer die Aktien am Familienunternehmen mittels Teilungsanordnung[327] oder Vermächtnis[328] seinen Nachkommen zuwenden und diese von der gegenseitigen Ausgleichung der Zuwendungen[329] befreien. Insbesondere kann er der Nachfolgerin Stimmrechtsaktien und den übrigen Nachkommen Vorzugsaktien zuweisen,[330] wobei er in Bezug auf die verschiedenen Beteiligungen jeweils einen Anrechnungswert oder eine Methode zur Ermittlung des Anrechnungswerts festlegen kann.[331] Zusätzlich kann der Unternehmer anordnen, dass die Nachfolgerin den übrigen Nachkommen bis zu einem bestimmten Betrag periodisch Zahlungen leisten muss, um die Wertdifferenz zwischen ihrer Beteiligung und den Beteiligungen der übrigen Nachkommen zu kompensieren.

Auf der Grundlage dieser Verteilung der Aktien kann der Unternehmer eine Auflage vorsehen, wonach die Nachkommen einen von ihm vorformulierten Aktionärbindungsvertrag untereinander abzuschliessen haben.[332] Weigert sich ein Nachkomme, den Aktionärbindungsvertrag zu unterzeichnen, sind die anderen Nachkommen als am Vollzug der Auflage interessierte Personen zur Durchsetzung

---

327 Art. 608 Abs. 1 ZGB; BAUMANN, 100 f.; DARDEL, 53; EHRAT/FREY, 330; EITEL, Eigentumstransfer, 284; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 598; GUILLAUME, 335; KIPFER-BERGER, N 250; LEUBA, N 22; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 260 f.; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.83.

328 Art. 484 ff. ZGB; DARDEL, 54; EITEL, Eigentumstransfer, 285; KIPFER-BERGER, N 250; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 260 f.; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.83. Während die Teilungsvorschrift eine Zuweisung an den Erbteil zur Folge hat, erfolgt mit der Zuwendung eines (Voraus-)Vermächtnisses eine über den Erbteil hinausgehende Begünstigung (BSK ZGB II-MINNIG, Art. 608 N 4; EITEL, Eigentumstransfer, 284 f.; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.83).

329 Vgl. Art. 626 Abs. 2 ZGB. Nicht möglich ist demgegenüber die einseitige Befreiung von der Herabsetzung; vgl. bereits Kapitel 3.2.1.1.2 Fn 261.

330 Vgl. zu diesen Instrumenten Kapitel 4.1.2.2.2a) (Stimmrechtsaktien) respektive 4.3.3.1 (Vorzugsaktien).

331 EITEL, Probleme, 12; SOMARY/VASELLA, 293.

332 Art. 482 Abs. 1 ZGB; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 600 f. und 603; HENNINGER, N 475; LEUBA, N 22; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 261 f.; ZAHNER, N 457 und 461 (in Bezug auf den Beitritt zu einem bereits bestehenden Aktionärbindungsvertrag).

der Auflage aktivlegitimiert und können auf Abschluss des Aktionärbindungsvertrags klagen, wobei das entsprechende Urteil die Willensäusserung des nicht abschlusswilligen Nachkommen ersetzt.[333]

Als zusätzliche Vorkehrung im Hinblick auf den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags kann der Unternehmer – soweit er seinen Nachkommen mehr als ihren Pflichtteil zuwendet – eine privatorische Klausel vorsehen, wonach sich bei Nachkommen, welche das Testament anfechten, der Erbteil auf ihren Pflichtteil reduziert.[334] Damit setzen sich allfällige das Testament anfechtende Nachkommen dem Risiko aus, im Ergebnis schlechter dazustehen, als wenn sie den Anordnungen des Unternehmers nachgekommen wären.[335]

b) Einsetzung eines Willensvollstreckers

Um den Abschluss des Aktionärbindungsvertrag zu unterstützen und einem allfälligen Führungsvakuum im Familienunternehmen vorzubeugen, kann der Unternehmer zudem testamentarisch einen Willensvollstrecker einsetzen, der seine Erbschaft einschliesslich der Aktien am Familienunternehmen verwaltet, bis diese verteilt ist.[336] Weil der Willensvollstrecker über die ausschliessliche Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis bezüglich der Aktien am Familienunternehmen verfügt, übt er die damit zusammenhängenden Aktionärsrechte aus[337] und stellt die Führung des Familienunternehmens – gegebenenfalls gemeinsam mit den verbleibenden Verwaltungsratsmitgliedern[338] – zwischen dem Ableben des Unternehmers und der Erbteilung sicher.[339] Der Unternehmer kann diesbezüglich Weisungen an den Willensvollstrecker erlassen, womit er namentlich anordnen kann, dass der Willensvollstrecker die Aktionärsrechte im Sinn des abzuschliessenden Aktionärbindungsvertrags auszuüben hat.

Ferner kann der Unternehmer den Willensvollstrecker anweisen, darauf hinzuwirken, dass die Nachkommen den vom Unternehmer vorformulierten Aktionärbindungsver-

---

333 Art. 482 Abs. 1 ZGB; BGE 99 II 375 E. 7b; BRÜCKNER/WEIBEL/PESENTI, N 276; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 25 und 28; HENNINGER, N 481.

334 EITEL, Probleme, 12 Fn 125; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 261 f.

335 EITEL, Probleme, 12 Fn 125.

336 Art. 517 f. ZGB; BAUMANN, 101; DARDEL, 54.

337 BGE 147 III 537 E. 3.2; DARDEL, 51 f.; KÜNZLE, Nachlass, 55; KÜNZLE, Planning, 154; PICHLER, 24.

338 HALTER/BUCHMANN/LARDI, 2.

339 DARDEL, 54.

trag abschliessen respektive dass die testamentarische Auflage betreffend den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags durchgesetzt wird sowie dass die Aktien am Familienunternehmen den Nachkommen des Unternehmers wie von diesem angeordnet zugewendet werden.[340] Zudem ist der Willensvollstrecker bezüglich der Auflage des Abschlusses des Aktionärbindungsvertrags ebenfalls klageberechtigt.[341]

3.2.2.3.3 Schranken

Ordnet der Unternehmer mittels testamentarischer Auflage den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags an, stellt sich die Frage, ob eine solche Auflage rechtlich zulässig ist. Zum einen bestehen Schranken, die unmittelbar der Verpflichtung zum Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags mittels Auflage entgegenstehen können (Kapitel 3.2.2.3.3a) und 3.2.2.3.3b)). Zum anderen können sich Schranken hinsichtlich der Zuweisung einer Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen in Anrechnung an die Pflichtteile der übrigen Nachkommen ergeben, welche die Verfügung von Todes wegen, die der Auflage zugrunde liegt, und damit mittelbar die Pflicht zum Abschluss des Aktionärbindungsvertrags über eine entsprechende Auflage beschlagen (Kapitel 3.2.2.3.3c)).

a) Rechts- und Sittenwidrigkeit der Auflage?

Erbrechtliche Auflagen unterliegen dem Verbot der Rechts- und Sittenwidrigkeit,[342] worunter auch eine unzumutbare Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit fällt.[343] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Auflagen zur Unterzeichnung von Verträgen mit bestimmtem Inhalt nicht *per se* rechts- oder sittenwidrig, können aber die wirtschaftliche Freiheit der Belasteten auf unzumutbare Weise einschränken.[344] Eine solche Einschränkung verneinte das Bundesgericht bezüglich einer Auflage, die den Abschluss eines Erbteilungsvertrags betreffend einen noch nicht verteilten Nachlass zum Gegenstand hatte, weil die daran berechtigten Erben über ihre Zuwendungen gemäss dem abzuschliessenden Erbteilungsvertrag frei verfügen durften.[345]

---

340 KÜNZLE, Nachlass, 60; PICHLER, 20 f.

341 BRÜCKNER/WEIBEL/PESENTI, N 276; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 25.

342 Art. 482 Abs. 2 ZGB.

343 BGE 99 II 375 E. 7b; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 39.

344 BGE 99 II 375 E. 7b; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 603; HENNINGER, N 477.

345 BGE 99 II 375 E. 7b.

Für Auflagen betreffend den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags dürfte dies bedeuten, dass diese unter dem Gesichtspunkt der Rechts- und Sittenwidrigkeit zulässig sind, solange der Aktionärbindungsvertrag kein Veräusserungsverbot betreffend die Aktien am Familienunternehmen vorsieht. Zulässig dürfte es auch sein, den Verkauf der Aktien von der Einhaltung gewisser Bedingungen abhängig zu machen, solange dies nicht faktisch einen Verkauf ausschliesst, da das Bundesgericht einen hohen Massstab an die unzumutbare Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit stellt.[346] Gegen eine übermässige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit spricht auch, dass der Abschluss des Aktionärbindungsvertrags die Nachkommen nicht nur belastet, sondern diesen mittels der eingeräumten Rechte auch – respektive, je nach Ausgestaltung, vor allem – Vorteile gewährt.[347]

b) Recht auf unbelasteten Pflichtteil?

Sodann dürfen Auflagen keine Pflichtteile belasten, sprich darf der Vollzug einer Auflage nicht dazu führen, dass sich für die Belasteten Vermögensnachteile ergeben, die ihre Pflichtteile verletzen.[348,349] Ob eine Auflage betreffend den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags wertmässig die Pflichtteile der Nachkommen des Unternehmers belastet, bemisst sich im Einzelfall anhand der durch

---

346 In BGE 99 II 375 E. 7b nannte das Bundesgericht als Beispiel für eine unzumutbare Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit das Verbot des Belasteten, eine ihm vermachte Liegenschaft zu verkaufen, wenn dies seine wirtschaftliche Existenz bedrohe; vgl. zu den hohen Anforderungen an die unzumutbare Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit auch BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 39. Zudem dürfte die wirtschaftliche Existenz der übrigen Nachkommen durch die Auflage nicht bedroht sein, wenn – wie aufgrund der Ausgangslage gemäss Kapitel 1.2.2.1 anzunehmen ist – sie über eigene Karriereperspektiven verfügen und daher ihre wirtschaftliche Existenz bereits dadurch gesichert ist.

347 Vgl. BGE 88 II 172 E. 2a; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 39; HAMPEL, N 88. Zu denken ist insbesondere an Rechte, die einen Verkauf der Aktien ermöglichen; vgl. dazu Kapitel 4.5.3.

348 BGE 99 II 375 E. 7b; BK ZGB (III/1/1)-WEIMAR, Art. 482 N 38; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 470 N 6; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 600; HENNINGER, N 478.

349 In der Praxis dürfte für die Beurteilung einer allfälligen Pflichtteilsverletzung die Tatsache, dass den übrigen Nachkommen eine Minderheitsbeteiligung zugewiesen wird, weitaus mehr ins Gewicht fallen als eine allfällige Belastung durch die Auflage betreffend den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags, namentlich wenn dieser ihnen überwiegend Vorteile gewährt; vgl. zum Bewertungsabschlag für Minderheitsbeteiligungen Kapitel 3.2.1.2.

den Aktionärbindungsvertrag eingeräumten Rechte und auferlegten Pflichten.[350] Dabei ist zwischen der Sichtweise der Nachfolgerin und derjenigen der übrigen Nachkommen zu unterscheiden:

– Für die Nachfolgerin dürfte der Abschluss des Aktionärbindungsvertrags insbesondere dann nicht wertvermindernd sein, wenn sie durch die ihr zugewiesenen Aktien allein nicht über eine Stimmenmehrheit verfügt und sie erst durch den Aktionärbindungsvertrag ihre Geschäftsführungsbefugnis sichern und die übrigen Nachkommen binden kann, weil dies für sie einen erheblichen Gegenwert hat.[351] Erhält die Nachfolgerin hingegen eine Aktienmehrheit am Familienunternehmen zugewendet, dürfte diese Zuwendung wertmässig ihren Pflichtteil regelmässig um einiges überschreiten.[352] Daher dürfte sich eine allfällige Wertverminderung aufgrund der ihr durch den Aktionärbindungsvertrag auferlegten Pflichten – beispielsweise der Pflicht, an der jährlichen Generalversammlung zugunsten der Ausschüttung einer Dividende oder der Wahl eines Vertreters der übrigen Nachkommen zu stimmen[353] – auf den über ihren Pflichtteil hinausgehenden Teil der Zuwendung beschränken, sodass ihr Pflichtteil nicht durch die Auflage belastet ist,[354] zumindest solange ihr trotz der Belastung durch die Pflichten hinreichende Bestimmungsrechte verbleiben.
– Für die übrigen Nachkommen dürfte der Abschluss dann nicht wertvermindernd sein, wenn der Aktionärbindungsvertrag ihnen überwiegend Rechte einräumt, die über die ihnen als Minderheitsaktionäre gesetzlich zustehenden hinausgehen.[355] Solche zusätzlichen Rechte können etwa das Recht auf eine Mindestdividende,[356] auf eine Vertretung im Verwaltungsrat[357] oder auf den Verkauf ihrer Beteiligung als Ausstiegsmöglichkeit[358] sein.

---

350 HENNINGER, N 479; VON SALIS/HAAS, 47 f.

351 HENNINGER, N 480; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 262.

352 Vgl. VON SALIS/HAAS, 48.

353 Vgl. zu diesen Pflichten Kapitel 4.3.2.1.1 respektive 4.1.2.1.2.

354 Der Schutz einer Zuwendung vor einer Belastung mittels Auflage umfasst nur den Pflichtteil, nicht aber einen allfälligen darüber hinausgehenden Betrag der Zuwendung (BK ZGB (III/1/1)-WEIMAR, Art. 482 N 39).

355 HENNINGER, N 481. Vgl. auch HERZOG/JAHNEL, N 2.82 f., sowie VON SALIS/HAAS, 48 ff.

356 VON SALIS/HAAS, 48. Vgl. zur Mindestdividende Kapitel 4.3.1.2.2.

357 VON SALIS/HAAS, 48 f. Vgl. zum Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat Kapitel 4.1.3.1.2.

358 VON SALIS/HAAS, 49 ff. Vgl. zu den Ausstiegsrechten der passiven Aktionäre Kapitel 4.5.3.

Damit dürfte die Auflage, einen vorformulierten Aktionärbindungsvertrag abzuschliessen, mit dem Recht der Nachkommen des Unternehmers auf einen unbelasteten Pflichtteil regelmässig vereinbar sein, wenn dieser den übrigen Nachkommen überwiegend Rechte einräumt, die sie in Bezug auf ihre Minderheitsbeteiligungen am Familienunternehmen besserstellen.

c) Anspruch auf leicht verwertbare Vermögenswerte als Gegenstand des Pflichtteils?

Nebst der Prüfung allfälliger unmittelbarer Schranken zur Auflage bleibt im Sinn einer mittelbaren Schranke die Frage zu klären, ob sich die Nachkommen – aufgrund der Ausgangslage und der verfolgten Ziele und Interessen vorliegend insbesondere die übrigen Nachkommen – der Anrechnung der dem Aktionärbindungsvertrag zugrunde liegenden Beteiligungen am Familienunternehmen an ihre Pflichtteile widersetzen können. Ist dies zu bejahen und erhalten die übrigen Nachkommen im Rahmen der Teilung des Nachlasses des Unternehmers keine Beteiligung am Familienunternehmen, kann auch die Auflage betreffend den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags gegenüber den übrigen Nachkommen nicht durchgesetzt werden, weil der Abschluss des Aktionärbindungsvertrags bedingt, dass die übrigen Nachkommen die für sie bestimmten Aktien erhalten, auf die sich der Vertrag bezieht.[359]

Anstoss zur Überprüfung dieser Frage gibt ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1944, wonach pflichtteilsgeschützte Erben Anspruch darauf haben, dass sich ihre Pflichtteile aus *«biens aisément négociables»* zusammensetzen.[360] Ein Teil der Lehre befürwortet die Anwendung der Biens-Aisément-Négociables-Doktrin auf Minderheitsbeteiligungen an Unternehmen und leitet daraus ab, dass pflichtteilsgeschützte Erben die Zuweisung einer Minderheitsbeteiligung in Anrechnung an ihre Pflichtteile ablehnen können, weil solche Beteiligungen in Ermangelung

---

[359] Vgl. BK ZGB (III/1/1)-WEIMAR, Art. 482 N 9 und 37. Zwar könnten sich die übrigen Nachkommen einer Zuweisung von Aktien am Familienunternehmen über ihren Pflichtteil hinaus – die Ausschlagung der Erbschaft ausgenommen – nicht widersetzen; insofern könnte der Aktionärbindungsvertrag in Bezug auf die den übrigen Nachkommen über ihre Pflichtteile hinaus zugewiesenen Aktien am Familienunternehmen zustande kommen. Eine solche Lösung würde in der Praxis jedoch zumeist daran scheitern, dass die Nachfolgerin nicht in der Lage wäre, die übrigen Nachkommen im Umfang ihrer (nun nicht mehr über die Beteiligungen am Familienunternehmen gewahrten) Pflichtteile abzufinden.

[360] BGE 70 II 142 E. 2; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 470 N 13; EITEL, Eigentumstransfer, 286.

bedeutender Mitbestimmungsrechte und aufgrund des daraus folgenden Fehlens eines Markts dafür nicht leicht veräusserbar sind.[361] Während eine höchstrichterliche Klärung bis anhin aussteht, hat das Kantonsgericht Graubünden 1988 die Biens-Aisément-Négociables-Doktrin in Bezug auf Minderheitsbeteiligungen angewandt.[362] Demgegenüber sprechen sich zahlreiche neuere Lehrmeinungen gegen die Anwendung der Biens-Aisément-Négociables-Doktrin auf Minderheitsbeteiligungen aus. Nach diesen stellt die faktisch fehlende oder stark eingeschränkte Veräusserbarkeit kein Hindernis zur Anrechenbarkeit von Minderheitsbeteiligungen an den Pflichtteil dar, sondern ist diese vielmehr über einen Bewertungsabschlag zu kompensieren, wobei die Stellung der pflichtteilsgeschützten Erben mit der Einräumung zusätzlicher vertraglicher und aktienrechtlicher Rechte aufgewertet werden kann, sodass es diesen zumutbar ist, eine Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen auch in Anrechnung an ihre Pflichtteile zu übernehmen.[363]

Im Licht der divergierenden Lehrmeinungen und in Ermangelung einer höchstrichterlicher Klärung kann die Frage, ob sich die übrigen Nachkommen die Zuweisung von Minderheitsbeteiligungen an ihre Pflichtteile entgegenhalten lassen müssen, und damit, ob eine Auflage betreffend den Abschluss eines sich auf diese Minderheitsbeteiligungen beziehenden Aktionärbindungsvertrags gegenüber den übrigen Nachkommen durchsetzbar ist, nach geltendem Recht nicht abschliessend beantwortet werden.[364] Klarheit könnte indessen die laufende Erbrechtsrevision «Unter-

---

361 Grundlegend HAUSHEER, 203 ff. (in Bezug auf vinkulierte Aktien, die nur innerhalb einer bestimmten Familie veräussert werden können); vgl. dazu auch AEBI-MÜLLER, N 13.11; BERINGER, 172; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 470 N 13; DARDEL, 56; EITEL, Eigentumstransfer, 286; ELMIGER, 149 f. und 152; KIPFER-BERGER, N 251 f.; MÜLLER K., 473 f.; NONN, 94.

362 Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 18. April 1988 E. 5d (zitiert in PKG 4/1988, 17–28, 28). Vgl. AEBI-MÜLLER, N 13.11 Fn 32; EITEL, Eigentumstransfer, 286; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.60. Aus dem zitierten Urteil des Kantonsgerichts Graubünden geht nicht hervor, ob die betreffenden Aktien (allgemein oder in Bezug auf eine bestimmte Familie) vinkuliert waren. Das Gericht scheint die Biens-Aisément-Négociables-Doktrin ungeachtet einer allfälligen Vinkulierung angewendet und stattdessen darauf abgestellt zu haben, dass «kaum jemand ander[e]s als der Mehrheitsaktionär [das Minderheitsaktienpaket] zu erwerben bereit» gewesen sei (E. 5d).

363 Vgl. z.B. BECEREN, 49; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 470 N 13; ELMIGER, 156; HENNINGER, N 362; HERZOG/JAHNEL, N 2.82; HÖSLY/FERHAT, N 86; LEUBA, N 21; MÜLLER K., 474 ff.; STRAESSLE, N 187 ff.; WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.60. Vgl. zudem für eine Übersicht über die neueren Lehrmeinungen KIPFER-BERGER, N 253 ff.

364 Vgl. AEBI-MÜLLER, N 13.11; DARDEL, 56; EITEL, Eigentumstransfer, 286 f.

nehmensnachfolge» schaffen, welche die Biens-Aisément-Négociables-Doktrin im Bereich von Minderheitsbeteiligungen möglicherweise in Art. 618 E-ZGB kodifizieren wird.[365] Solange wird es sich in der Praxis im Einklang mit den die Anwendung der Biens-Aisément-Négociables-Doktrin ablehnenden Lehrmeinungen weiterhin empfehlen, zumindest den für die übrigen Nachkommen vorgesehenen Minderheitsbeteiligungen über den mittels Auflage abzuschliessenden Aktionärbindungsvertrag sowie über ihre aktienrechtliche Ausgestaltung zusätzliche Rechte zu gewähren, um deren eingeschränkte Veräusserbarkeit zu kompensieren.[366]

3.3 Zwischenfazit

Aktionärbindungsverträge dienen der Regelung der Rechte und Pflichten sowie ihrer Ausübung in Bezug auf eine Aktiengesellschaft. Während die Familienaktionäre mit der Ausgestaltung der Statuten zeitlich unbeschränkte, auch gegenüber Dritten wirksame Regelungen zur Koordination untereinander in Bezug auf das Familienunternehmen treffen können, erweist sich eine vertragliche Regelung insbesondere aufgrund der fehlenden Möglichkeit, den Familienaktionären statutarisch Pflichten aufzuerlegen, als Notwendigkeit. Durch diese Möglichkeit stellt der Aktionärbindungsvertrag ein geeignetes Instrument dar, um das Spannungsfeld zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre aufzulösen.

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags verfügen die Familienaktionäre rechtlich über einen weiten Spielraum im Rahmen der Vertragsfreiheit. Dieser kann zur Entschärfung des Spannungsfelds zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der übrigen Nachkommen nutzbar gemacht werden, womit sich der Aktionärbindungsvertrag auch mit Blick auf seine inhaltliche Gestaltungsfreiheit als Instrument der familieninternen

365 BOTSCHAFT ERBRECHTSREVISION, 20. Nach dieser Bestimmung soll jeder pflichtteilsberechtigte Erbe die Zuweisung von im Nachlass befindlichen Minderheitsbeteiligungen in Anrechnung an seinen Pflichtteil ablehnen und stattdessen den Verkauf des Unternehmens verlangen können, sofern nicht ein Miterbe oder mehrere Miterben gemeinsam sämtliche Beteiligungen übernehmen. Vgl. zu einer Würdigung der möglichen Folgen der Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» für die Regelung der familieninternen Unternehmensnachfolge mittels Aktionärbindungsverträgen Kapitel 7.3.2 sowie zu deren Stand dort Fn 1521.

366 BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 470 N 13; HERZOG/JAHNEL, N 2.82.

Unternehmensnachfolge eignet. Um einer möglichen Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Familienaktionäre – insbesondere der übrigen Nachkommen – vorzubeugen, hat der Aktionärbindungsvertrag indes für einen angemessenen Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten zu sorgen und verhältnismässig befristet zu sein.

Der Abschluss des Aktionärbindungsvertrags begreift sich in der Praxis als Herausforderung im Zusammenspiel mit der Regelung der Aufteilung der Aktien am Familienunternehmen sowie des übrigen Vermögens des Unternehmers als künftigen Erblasser. Mithin ist für den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags ein umfassender Konsens unter den Nachkommen des Unternehmers über die Nachfolgelösung erforderlich. Massgeblich ist insbesondere die von den Nachkommen – besonders von den übrigen Nachkommen – wahrgenommene Gleichbehandlung und finanzielle und emotionale Fairness in Bezug auf die Nachfolgelösung, die schwergewichtig von der Bewertung der einzelnen Beteiligungen und den diesbezüglichen Rechten und Pflichten, bisweilen aber auch von psychologischen Faktoren abhängt. Damit die Nachfolgelösung allfälligen erbrechtlichen Ansprüchen der Familienaktionäre, insbesondere solchen aus dem Pflichtteilsrecht, standhält, kann der Unternehmer seine Nachkommen idealerweise noch zu Lebzeiten zum Abschluss sowohl eines Aktionärbindungsvertrags als auch eines Erbvertrags, der die Zuweisung der Aktien und deren Anrechnung an die jeweiligen Pflichtteile einschliesslich der Anrechnungswerte der Beteiligungen regelt, bewegen.

Kommt zu Lebzeiten des Unternehmers kein Aktionärbindungsvertrag unter seinen Nachkommen zustande, kann der Unternehmer diese mittels testamentarischer Auflage zum Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags verpflichten. Damit die Auflage die Pflichtteile der übrigen Nachkommen nicht verletzt, wird es erforderlich sein, insbesondere den übrigen Nachkommen weitergehende Rechte einzuräumen – sei dies durch die Zusprechung vertraglicher Rechte oder durch die Zuwendung von Aktien mit Vorzugsrechten. Letztlich wird der Unternehmer aber nicht um das Einverständnis der übrigen Nachkommen mit der Nachfolgelösung herumkommen, wenn er Gewissheit darüber haben möchte, dass diese auch erbrechtlich Bestand hat und nicht durch Herabsetzung wegen einer Verletzung der Pflichtteile zu Fall gebracht werden kann.

4 Rechte und Pflichten der Familienaktionäre

Kernstück der Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags ist die Gestaltung der Stellung, der Rechte und der Pflichten der Familienaktionäre in Bezug auf das Familienunternehmen, um das sich aus der Ausgangslage gemäss Kapitel 1.2.2.1 ergebende Spannungsfeld zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre aufzulösen. In Kapitel 2.3.1 wurden als zentrale Regelungsbereiche in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Familienaktionäre die Unternehmensführung, die Mitarbeit im Familienunternehmen, die Vermögensrechte und Ausschüttungen, die Informationsrechte sowie die Kontrolle der Zusammensetzung des Aktionariats und die Möglichkeiten zum Ausstieg identifiziert. Deren Regelung durch den Einsatz und die Ausgestaltung verschiedener vertraglicher Instrumente – sowohl innerhalb des jeweiligen Regelungsbereichs als auch in Kombination mit Instrumenten aus anderen Regelungsbereichen – zur Auflösung des Spannungsfelds zwischen optimaler Geschäftsführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre ist Gegenstand dieses Kapitels.

Zusätzlich soll in diesem Kapitel aufgezeigt werden, inwiefern die vertragliche Regelung mittels aktienrechtlicher Instrumente – im Rahmen der in Kapitel 3.1.1.2 dargestellten Grenzen insbesondere mittels entsprechender Ausgestaltung der Statuten – abgesichert oder komplementiert werden kann, wobei jeweils der mit einer statutarischen Regelung einhergehenden Publizität Rechnung zu tragen ist. Weil namentlich die Regelung der Unternehmensführung und der Mitarbeit im Familienunternehmen nebst dem Verhältnis der Familienaktionäre untereinander auch die Organisation und Arbeitsweise des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung – mitunter in Bereichen, die der statutarischen Regelung durch die Familienaktionäre entzogen sind – beschlägt, wird in den betreffenden Kapiteln auch auf die mögliche Abbildung der vertraglichen Regelung in einem Organisationsreglement eingegangen.[367]

---

[367] Die gesetzliche Funktion des Organisationsreglements ist die Regelung der Geschäftsführung, wenn der Verwaltungsrat diese überträgt (Art. 716*b* Abs. 1 und 3 OR). In der Praxis finden sich darin jedoch regelmässig auch Vorschriften zur Organisation und Beschlussfassung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 387; FORSTMOSER, Organisation, § 15 N 8; KRNETA, N 1716; VON MOOS-BUSCH, 78; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 425; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*b* N 29 f.). Vgl. zum Inhalt des Organisationsreglements Kapitel 4.1.3.2.3b).

4.1 Unternehmensführung und Stimmrecht

4.1.1 Ausgangslage

Im Rahmen der Unternehmensführung steht für die Nachfolgerin die höchstmögliche Freiheit und Einflussmöglichkeit zur Verwirklichung der eigenen Vorstellungen zur Leitung des Familienunternehmens im Vordergrund, etwa in Bezug auf die Festlegung der Strategie, auf Personalentscheide, auf die Finanzierung sowie auf operative Belange. Sie soll massgeblichen Einfluss auf wichtige strategische Entscheidungen, wie etwa die Reaktion auf Veränderungen im Marktumfeld oder die Wahrnehmung neuer Chancen, haben.

Der Freiheit der Nachfolgerin in der Verfolgung ihrer Vorstellungen in Bezug auf die Führung des Familienunternehmens steht jedoch das Bedürfnis der passiven Aktionäre nach Gleichbehandlung und Teilhabe entgegen.[368] Dieses gebietet, dass der Aktionärbindungsvertrag den passiven Aktionären Schutzrechte einräumt, die es ihnen ermöglichen, den Wert ihrer Beteiligung möglichst zu erhalten und die ihnen zustehenden und zusätzlich gewährten Rechte sinnvoll auszuüben. Diese Schutzrechte schränken die Gestaltungsfreiheit der Nachfolgerin in Bezug auf die Unternehmensführung ein.

Damit geht es bei der Ausgestaltung der Unternehmensführung – wie in Kapitel 2.3.1.1 aufgezeigt – um den Ausgleich zwischen der Verwirklichung der Ziele der erfolgreichen und «eigenbestimmten» Unternehmensführung durch die Nachfolgerin einerseits und der Gleichbehandlung und der Teilhabe sowie der daraus fliessenden Kontrollmöglichkeiten der passiven Aktionäre andererseits. Dieser Ausgleich hat auf den drei Führungsebenen des Familienunternehmens – Generalversammlung, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – zu erfolgen, in Bezug auf welche die Nachfolgerin und die passiven Aktionäre hinsichtlich der Unternehmensführung unterschiedliche Interessen verfolgen, die es in Einklang zu bringen gilt. Auf die jeweiligen Interessen und den Regelungsbedarf auf diesen drei Ebenen wird nachfolgend separat eingegangen. Besondere Betrachtung erfährt dabei die Regelung des Stimmrechts der Familienaktionäre, das deren hauptsächliches Mittel zur Einflussnahme auf die Unternehmensführung darstellt.

368 Vgl. Kapitel 2.1.3.

4.1.1.1 Generalversammlung

4.1.1.1.1 Interessenlage

Die Generalversammlung stellt die hauptsächliche «Plattform» der Familienaktionäre dar, um mittels ihrer Aktionärsrechte Einfluss auf das Familienunternehmen zu nehmen. Die Nachfolgerin hat im Allgemeinen ein Interesse daran, Generalversammlungsbeschlüsse möglichst unabhängig von den passiven Aktionären in ihrem Sinn zu gestalten. Das Interesse der Nachfolgerin fokussiert namentlich auf die Ernennung des Verwaltungsrats,[369] um die Unternehmensführung zu bestimmen, auf Kapitalveränderungen, um die Finanzierung des Familienunternehmens sicherzustellen, sowie auf die Beschlussfassung über Ausschüttungen, um den Einsatz der verfügbaren finanziellen Mittel zu steuern.

Auch die passiven Aktionäre sind daran interessiert, in der Generalversammlung gemeinsam positive Beschlüsse zu erwirken, zumindest aber daran, eine ihren Interessen zuwiderlaufende Beschlussfassung zu verhindern. Namentlich steht das Interesse im Vordergrund, einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu wählen,[370] um ein gewisses Mass an Kontrolle sicherzustellen, die Ausschüttung von Dividenden zu erwirken, um eine Rendite und ein Entgelt für das Halten der Beteiligung am Familienunternehmen zu erhalten, sowie bei Kapitalveränderungen Mitsprache zu erhalten, um eine Verwässerung ihrer Beteiligungen zu verhindern.

4.1.1.1.2 Regelungsbedarf

Zentrales Instrument zur Einflussnahme der Familienaktionäre in der Generalversammlung ist die Ausübung ihres Stimmrechts.[371] Die den Familienaktionären zustehenden Stimmen bemessen sich dabei grundsätzlich nach dem Verhältnis der von ihnen gehaltenen Aktiennennwerte und damit nach Massgabe ihres Anteils am Aktienkapital des Familienunternehmens.[372] Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse – mit Ausnahme der «wichtigen Beschlüsse» gemäss Art. 704 Abs. 1 OR, welche eine qualifizierte Mehrheit erfordern – mit der abso-

369 Vgl. BÖSIGER, 11.

370 Vgl. GERMANN, N 2310.

371 Vgl. HINTZ-BÜHLER, 13.

372 Art. 692 Abs. 1 OR.

luten Mehrheit der vertretenen Stimmen.[373] Massgebend ist somit das Mehrheitsprinzip.[374]

Vielfach wird es mit Blick auf das Ziel des Erfolgs des Familienunternehmens[375] erwünscht sein, der Nachfolgerin eine Mehrheitsposition – sprich einen Anteil der Stimmrechte, der 50 Prozent übersteigt – einzuräumen,[376] damit sie ihr Potenzial in Bezug auf die Führung des Familienunternehmens bestmöglich ausschöpfen kann. Jedoch wird es nicht immer möglich sein, der Nachfolgerin eine solche durch die Zuweisung einer Kapitalmehrheit zu gewähren – sei dies, weil eine entsprechende Verteilung des Kapitals wertmässig im Verhältnis zum übrigen Vermögen des Unternehmers nicht möglich ist[377] oder weil eine solche Verteilung des Kapitals als nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der passiven Aktionäre empfunden wird.[378] Der Regelungsbedarf und die Ausgestaltung der vertraglichen und statutarischen Rechte der Familienaktionäre in Bezug auf die Unternehmensführung sind damit massgeblich von der Verteilung der Aktien am Familienunternehmen unter den Familienaktionären abhängig.

Verfügt die Nachfolgerin über eine Stimmenmehrheit, steht bei der Regelung der Unternehmensführung auf der Ebene der Generalversammlung der Schutz der passiven Aktionäre davor, dass die Nachfolgerin Beschlüsse einzig in ihrem alleinigen Interesse fasst, im Vordergrund. Hält die Nachfolgerin nicht schon aufgrund der Verteilung der Aktien eine Stimmenmehrheit, geht es demgegenüber einerseits darum, die Ausübung des Stimmrechts im Sinn der Nachfolgerin zu koordinieren, oder der Nachfolgerin durch statutarische Instrumente eine Stimmenmehrheit einzuräumen, ohne ihr zugleich eine Kapitalmehrheit zuweisen zu müssen.[379] Ande-

---

373 Art. 703 Abs. 1 OR; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 12; HARDER SCHULER, 151.

374 BÖCKLI, Stimmenmehrheit, 445; BÖSIGER, 10; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Minderheitenschutz, 587.

375 Vgl. Kapitel 2.1.1 und 2.1.2.

376 Vgl. SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 232; SOMARY/VASELLA, 293 und 294. Vgl. zur Konzentration der Kompetenz zur Geschäftsführung zudem bereits Kapitel 2.1.1 und 3.2.1.1.1.

377 Etwa weil der Wert der Mehrheitsbeteiligung der Nachfolgerin weitaus höher ist als derjenige der Minderheitsbeteiligungen der passiven Aktionäre; vgl. zu dieser Problematik im Allgemeinen bereits Kapitel 3.2.1.1.2 sowie spezifisch zu den entsprechenden Bewertungszu- bzw. -abschlägen von Mehr- und Minderheitsbeteiligungen Kapitel 3.2.1.2.

378 Vgl. STAEHELIN, 118 Fn 2, sowie im Allgemeinen Kapitel 3.2.1.1.

379 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 234 (in Bezug auf statutarische Gestaltungsinstrumente).

rerseits sind die (Minderheits-)Beteiligungen der passiven Aktionäre so auszugestalten, dass ihre Pflichtteile wertmässig gewahrt sind und die Ausübung ihres Stimmrechts es ihnen ermöglicht, ihre Interessen zu schützen.[380] Wo eine Ausgestaltung, die der Nachfolgerin eine Stimmenmehrheit gewährt, nicht möglich oder gewünscht ist,[381] wird es hingegen darum gehen, die Nachfolgerin durch vertragliche und statutarische Instrumente in ihrer Gestaltungsfreiheit in Bezug auf die Unternehmensführung zu schützen, sodass die passiven Aktionäre nicht überhandnehmen und dem Familienunternehmen eine übermässig konservative[382] oder eine einzig auf Ausschüttungen ausgerichtete Linie[383] aufzwingen können.

4.1.1.2 Verwaltungsrat

4.1.1.2.1 Interessenlage

In Entsprechung ihrer Ziele und Interessen sowie aufgrund der Kompetenzen des Verwaltungsrats als das geschäftsführende respektive die Geschäftsführung beaufsichtigende Organ des Familienunternehmens[384] strebt die Nachfolgerin einen höchstmöglichen Einfluss auf den Verwaltungsrat an.[385] Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Festlegung der Strategie und des Budgets, auf die Finanzierung des Familienunternehmens und auf Personalentscheide in der Geschäftsleitung.[386]

Das Interesse der passiven Aktionäre gilt demgegenüber der Sicherstellung von *checks and balances*, um zu vermeiden, dass die Nachfolgerin lediglich nach Massgabe ihrer eigenen Interessen handelt, sowie der Mitsprache und Einflussnahme auf Entscheide von grosser Tragweite, etwa auf solche, die das Risikoprofil des Familienunternehmens substanziell verändern.

4.1.1.2.2 Regelungsbedarf

Anhand der Interessenlage der Familienaktionäre ergeben sich zwei Regelungsbereiche in Bezug auf den Verwaltungsrat des Familienunternehmens. Zum einen hat

---

380 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 237 und 238 f. (in Bezug auf statutarische Gestaltungsinstrumente).

381 Vgl. STAEHELIN, 118 Fn 2.

382 Vgl. Kapitel 2.2.2.2.2.

383 Vgl. Kapitel 2.2.2.2.3.

384 Art. 716 Abs. 2 respektive Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR.

385 Vgl. FÄHRLANDER, 293; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 232.

386 TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 73.

der Aktionärbindungsvertrag die personelle Zusammensetzung des Verwaltungsrats – und damit das entsprechende Stimmverhalten der Familienaktionäre bezüglich dessen Wahl[387] – zu regeln, um eine angemessene Vertretung der Interessen der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre sicherzustellen. Zum anderen drängt sich die Regelung der Organisation, der Verteilung der Kompetenzen und der Beschlussfassung des Verwaltungsrats auf, um – wo nötig – auf dessen inhaltliche Arbeitsweise Einfluss zu nehmen. Mit Blick auf das im Verwaltungsrat geltende Kopfstimmprinzip[388] ist in diesen beiden Regelungsbereichen ein Ausgleich zwischen einem hinreichenden Einfluss der Nachfolgerin, um die Unternehmensführung wahrnehmen zu können, und angemessenen Kontrollrechten der passiven Aktionäre zu finden.

Weil die Generalversammlung aufgrund der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats nur in einem beschränkten Umfang direkt Vorgaben zu dessen Organisation aufstellen kann,[389] müssen die Familienaktionäre zur Durchsetzung ihrer Interessen in diesem Bereich zusätzlich indirekt Einfluss auf den Verwaltungsrat nehmen, was ebenfalls einer Regelung im Aktionärbindungsvertrag bedarf.

4.1.1.3 Geschäftsleitung

4.1.1.3.1 Interessenlage

Im Kompetenzbereich der Geschäftsleitung als ausführendes Organ erstreckt sich das Interesse der Nachfolgerin wiederum auf die Ausübung höchstmöglichen Einflusses, um die eigenen Vorstellungen bezüglich der Geschäftsführung des Familienunternehmens zu verwirklichen. Der Nachfolgerin kann dabei daran gelegen sein, dass die Geschäftsleitung über einen möglichst weiten Spielraum verfügt, um möglichst unabhängig von der Einflussnahme des Verwaltungsrats – und damit indirekt der passiven Aktionäre – wirken zu können.

Das Interesse der passiven Aktionäre, auf das operative Geschäft des Familienunternehmens Einfluss zu nehmen, ist hingegen regelmässig untergeordnet. Vielmehr steht für die passiven Aktionäre die Verteilung der Kompetenzen zwischen Verwaltungsrat

---

387 Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

388 Art. 713 Abs. 1 OR; BÖSIGER, 10.

389 Vgl. Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 2 OR sowie FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 282 f. Vgl. zu den Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme der Familienaktionäre im Bereich der Organisation des Verwaltungsrats im Einzelnen Kapitel 4.1.3.2.1.

und Geschäftsleitung im Vordergrund, wodurch insbesondere die strategische Ausrichtung und Beschlüsse von erheblicher Tragweite in der Kompetenz des Verwaltungsrats verbleiben sollen. Die bedürfnisgerechte Besetzung und angemessene Beaufsichtigung der Geschäftsleitung durch den Verwaltungsrat sollen zudem zur Verwirklichung von *checks and balances* zugunsten der passiven Aktionäre beitragen.

4.1.1.3.2 Regelungsbedarf

Wie in Bezug auf den Verwaltungsrat besteht auch bei der Geschäftsleitung der Bedarf, die Interessen der Familienaktionäre in Bezug auf die personelle Besetzung sowie auf die – bereits im Zusammenhang mit dem Verwaltungsrat zu regelnde – Verteilung der Kompetenzen zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in Einklang zu bringen.

Weil die Kompetenzen sowohl zur personellen Besetzung als auch zur Ausgestaltung der Organisation unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zustehen,[390] haben die Familienaktionäre zur Wahrung ihrer Interessen wiederum zu regeln, wie das vertraglich Vereinbarte innergesellschaftlich umgesetzt werden kann.[391]

4.1.2 Ausgestaltung auf der Ebene der Generalversammlung

Entsprechend der in Kapitel 4.1.1.1 aufgezeigten Ausgangslage geht es für die Familienaktionäre auf der Ebene der Generalversammlung darum, dass Beschlüsse in Entsprechung ihrer Interessen gefällt werden. Dabei können die Familienaktionäre auf unterschiedliche Arten auf das Stimmrecht Einfluss nehmen. Zunächst können die Familienaktionäre unabhängig von der Verteilung der Stimmrechte dadurch Voraussehbarkeit in Bezug auf Generalversammlungsbeschlüsse schaffen, dass sie die Stimmabgabe inhaltlich regeln (Kapitel 4.1.2.1).[392] Sodann können sie den Beteiligungen der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre eine vom Kapital abweichende Stimmkraft zuweisen (Kapitel 4.1.2.2). Ergänzend dazu können die Familienaktionäre die für die Beschlussfassung erforderlichen Quoren abändern (Kapitel 4.1.2.3). Schliesslich wird es angebracht sein, das Vorgehen für den Fall zu regeln, dass die Generalversammlung aufgrund einer Pattsituation oder einer Blockade nicht in der Lage ist, positive Beschlüsse zu fassen (Kapitel 4.1.2.4).

---

390 Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 4 und 2 OR.

391 Vgl. dazu im Einzelnen Kapitel 4.1.4.1.

392 Vgl. BÖSIGER, 10.

4.1.2.1 Stimmbindung

Die Familienaktionäre können sich im Aktionärbindungsvertrag dazu verpflichten, ihr Stimmrecht in der Generalversammlung auf eine bestimmte Art und Weise auszuüben.[393] Die Stimmbindung ermöglicht es, die Willensbildung in der Generalversammlung hinsichtlich der für die Leitung des Familienunternehmens bedeutenden Beschlussgegenstände unabhängig von der Stimmkraft der Nachfolgerin in ihrem Sinn zu gestalten. Gleichzeitig kann sich die Nachfolgerin dazu verpflichten, in Bezug auf Beschlussgegenstände, die dem Schutz der passiven Aktionäre dienen, ihr Stimmrecht zugunsten dieser auszuüben. Die Stimmbindung kann damit ungeachtet der Verteilung der Stimmrechte zur Erreichung der Ziele und zur Befriedigung der Interessen der einzelnen Familienaktionäre beitragen.

4.1.2.1.1 Gestaltungsmöglichkeiten der Stimmbindung im Allgemeinen

a) Zulässigkeit und Schranken

Wie Aktionärbindungsverträge im Allgemeinen gelten auch Stimmbindungsvereinbarungen unter Aktionären vorbehältlich von Verstössen gegen zwingende gesetzliche Vorschriften sowie gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit als zulässig.[394] In Konkretisierung der allgemeinen Zulässigkeitsschranken von Aktionärbindungsverträgen[395] sind bei der Stimmbindung spezifisch das Verbot des Stimmenkaufs[396] sowie von Umgehungen von Stimmrechtsbeschränkungen[397] und von Vinkulierungsvorschriften[398] zu beachten.

---

393 APPENZELLER, 30 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 753; HARDER SCHULER, 106 f.; VON DER CRONE, N 2074.

394 BGE 109 II 43 E. 3; APPENZELLER, 37 f.; BSK OR II-SCHÄRLI, Art. 692 N 11; DRUEY, 9; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 780 f.; HARDER SCHULER, 107; HENSCH/STAUB, 1174; HINTZ-BÜHLER, 77; ROHDE/BERGER, 115; TRIPPEL/JAISLI KULL, 212; VON DER CRONE, N 2076.

395 Vgl. dazu Kapitel 3.1.2.2.

396 APPENZELLER, 46 ff.; BSK OR II-SCHÄRLI, Art. 692 N 11; HINTZ-BÜHLER, 83; ROHDE/BERGER, 115 f.

397 Art. 691 Abs. 1 OR; APPENZELLER, 45; BSK OR II-SCHÄRLI, Art. 692 N 12; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 782; HARDER SCHULER, 107; HINTZ-BÜHLER, 80 f.; TRIPPEL/JAISLI KULL, 212.

398 BGE 109 II 43 E. 3b; APPENZELLER, 45 f.; BSK OR II-SCHÄRLI, Art. 692 N 12; DRUEY, 9; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 821 f.; HARDER SCHULER, 107; HINTZ-BÜHLER, 81 f.; ROHDE/BERGER, 115 f. Vgl. auch APPENZELLER, 37 f.

b) Ausgestaltungsmöglichkeiten

Im Allgemeinen können sich die Familienaktionäre dazu verpflichten, ihr Stimmrecht jeweils entweder auf eine gewisse Art und Weise auszuüben oder gänzlich auf dessen Ausübung zu verzichten.[399] Während die zweitgenannte Variante bei einem Verzicht der passiven Aktionäre auf die Ausübung ihrer Stimmrechte der Nachfolgerin volle Gestaltungsfreiheit einräumen würde, dürfte sie für die passiven Aktionäre kaum je akzeptabel sein und unabhängig der ihnen andernorts im Aktionärbindungsvertrag eingeräumten Rechte ein zu starkes Ungleichgewicht zugunsten der Nachfolgerin schaffen. Vorzugswürdig ist dementsprechend die erstgenannte Variante, wobei den Familienaktionären verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten offenstehen. Die Familienaktionäre können dabei sämtliche in die Kompetenz der Generalversammlung fallenden Beschlussgegenstände der Stimmbindung unterstellen, aber auch nur einzelne davon.[400] Möglich ist es zudem, die der Stimmbindung unterstellten Beschlussgegenstände jeweils unterschiedlichen Arten der Stimmbindung zuzuführen, je nachdem, welche Art für die jeweiligen Beschlussgegenstände als am geeignetsten erscheint.

Im Einzelnen bieten sich den Familienaktionären insbesondere die folgenden Varianten der Stimmbindung an:

– Zunächst können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag Kriterien für die Zustimmung zu den einzelnen Beschlussgegenständen festlegen, beispielsweise unter welchen Voraussetzungen für die Ausschüttung einer Dividende oder für die Wahl eines bestimmten Verwaltungsratsmitglieds zu stimmen ist.[401] Diese Variante sorgt durch die Festlegung objektiver Kriterien für ein sachliches Ergebnis, welches zur Akzeptanz seitens sämtlicher Familienaktionäre beiträgt.
– Sodann können sich die Familienaktionäre vorgängig zur Generalversammlung des Familienunternehmens in Bezug auf ihre Stimmabgabe koordinieren.[402] Dies kann informell[403] oder – insbesondere bei einer grösseren Anzahl

399 FÄHRLANDER, 301; HAAB, 385; HAMPEL, N 47; HARDER SCHULER, 107; HENSCH/STAUB, 1174; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; SÖDING, 177; VON DER CRONE, N 2075.

400 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 761; HINTZ-BÜHLER, 85; MEYER, 422 f.

401 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 765. Vgl. im Einzelnen zur Stimmbindung bezüglich der Ausschüttung einer Dividende Kapitel 4.3.1.2.2 und bezüglich der Wahl des Verwaltungsrats Kapitel 4.1.2.1.2.

402 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 776; HINTZ-BÜHLER, 19.

403 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 979.

Familienaktionäre – im Rahmen einer formellen Vorversammlung[404] geschehen. Im Fall einer vorgängigen Koordination der Stimmrechtsausübung können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag das Vorgehen zur Willensbildung regeln, etwa so, dass die Familienaktionäre über die gemeinsame Stimmabgabe abstimmen, wobei die Stimmkraft der Familienaktionäre für die Zwecke der Abstimmung abgeändert oder ein qualifiziertes Zustimmungsquorum für bestimmte Beschlussgegenstände vorgesehen werden kann.[405] Vorteil einer solchen Regelung ist, dass die Stimmbindung nicht starr ist, sondern Raum für Diskussionen unter den Familienaktionären und zur Reaktion auf veränderte Verhältnisse bietet. Nachteilig ist sie demgegenüber, wenn sich die Familienaktionäre nicht auf eine gemeinsame Stimmabgabe einigen können, etwa weil das relevante Zustimmungsquorum nicht erreicht wird. Zwar kann der Aktionärbindungsvertrag für diesen Fall bestimmen, dass die Familienaktionäre in ihrer Stimmabgabe frei sind.[406] Dies untergräbt jedoch den Zweck der Stimmbindung, weil sich die Beschlussfassung in der Generalversammlung so nach der Verteilung der Stimmrechte richtet, womit je nach Stimmenmehrheit faktisch entweder die Nachfolgerin oder die koordiniert stimmenden passiven Aktionäre entscheiden kann bzw. können.

– Ferner können sich die passiven Aktionäre dazu verpflichten, gemäss den Instruktionen der Nachfolgerin zu stimmen,[407] was dieser eine grosse Gestaltungsfreiheit gewährt. Eine entsprechende Verpflichtung wird als zulässig erachtet, sofern dadurch keine Stimmrechtsbeschränkungen oder Vinkulierungsvorschriften umgangen werden.[408] Wie bei einem Verzicht auf die Aus-

---

404 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 908. Das Abhalten einer formellen Vorversammlung dürfte bei Familienunternehmen zweiter Generation, wie sie vorliegend betrachtet werden, jedoch oftmals einen übermässigen Aufwand bereiten (MÜLLER R., 208; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8).

405 Z.B. so, dass alle oder ein Teil der passiven Aktionäre zustimmen müssen. Vgl. zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 992 ff.

406 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 778.

407 FÄHRLANDER, 301; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 775; HAAB, 385; HAMPEL, N 47; HENSCH/STAUB, 1174; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; TRIPPEL/JAISLI KULL, 211; VON DER CRONE, N 2075.

408 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 782 f.; MARTIN, 247; ROHDE/BERGER, 115 m.w.H. in Fn 76. Vgl. zum Verbot der Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen und von Vinkulierungsvorschriften im Allgemeinen soeben Kapitel 4.1.2.1.1a). Vgl. zudem zur Stimmrechtsbeschränkung Kapitel 4.1.2.2.2c) sowie zur Vinkulierung Kapitel 4.5.2.1.2.

übung des Stimmrechts dürften die passiven Aktionäre indessen auch dieser Variante – zumindest solange sie nicht nur auf einen einzelnen Beschlussgegenstand Anwendung findet – kaum je zustimmen, geht damit doch eine zu starke Begünstigung der Nachfolgerin einher.[409]

– Weiter kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass die Familienaktionäre bezüglich bestimmter Beschlussgegenstände gemäss den Anträgen des Verwaltungsrats zu stimmen haben.[410] Dies kann für einen Ausgleich zwischen den Interessen der Familienaktionäre sorgen, wenn besonders kritische Beschlussgegenstände betroffen sind und allfällige unabhängige Verwaltungsratsmitglieder[411] dahingehend Einfluss nehmen können, dass die Beschlussfassung im Sinn der Unternehmenspolitik des Familienunternehmens und nicht im ausschliesslichen Interesse der Nachfolgerin oder der passiven Aktionäre ausfällt.[412] Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist allerdings aufgrund der Frage, ob sie zu einer unzulässigen Kompetenzverschiebung zugunsten des Verwaltungsrats führt, umstritten.[413]

---

409 Zudem wirkt sich die Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts gemäss den Weisungen der Nachfolgerin zulasten der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags aus; vgl. dazu Kapitel 6.1.1.2.

410 DRUEY, 29; FÄHRLANDER, 301; HAAB, 385; HAMPEL, N 47; HENSCH/STAUB, 1174.

411 Vgl. zu den Vorteilen der Wahl unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder Kapitel 4.1.3.1.1b).

412 Beispielsweise bei Beschlussgegenständen, hinsichtlich derer sich die Familienaktionäre zu koordinieren haben, sich jedoch nicht einigen können, etwa bezüglich der Eignung eines nominierten Kandidaten zur Wahl in den Verwaltungsrat; vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.2b).

413 Die Zulässigkeit ausdrücklich befürwortend z.B. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 769; HINTZ-BÜHLER, 76 und 84 (sofern der Verwaltungsrat selbst nicht Partei der Vereinbarung ist). Die Zulässigkeit ablehnend z.B. APPENZELLER, 49 und 63 (der in einer solchen Vereinbarung eine verpönte Teilnahme von unbefugten Personen an der Beschlussfassung i.S.v. Art. 691 Abs. 3 OR erblickt); BLOCH, 209 ff. (in Bezug auf eine entsprechende Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft und nicht nur unter den Aktionären); BÖCKLI, Aktienrecht (4. Auflage), § 12 N 579a; MARTIN, 248. Nach hier vertretener Ansicht sind die befürwortenden Meinungen vorzugswürdig, weil solche Vereinbarungen lediglich unter den Parteien wirken und die Familienaktionäre sich nur untereinander, nicht aber gegenüber dem Verwaltungsrat binden, weshalb das Familienunternehmen weder allfällige vertragswidrig abgegebene Stimmen in vertragskonforme umdeuten noch eine vertragskonforme Stimmabgabe durchsetzen kann. Insofern kommt es auch zu keiner aktienrechtlich wirksamen Kompetenzverschiebung zugunsten des Verwaltungsrats. Ferner ist nach hier vertretener Ansicht in einer solchen Absprache keine Teilnahme unbefugter Personen an der Beschlussfassung zu erblicken, weil die Familienaktionäre ihr Stimmver-

– Schliesslich können die Familienaktionäre die Ausübung ihres Stimmrechts generell einer bestimmten im Aktionärbindungsvertrag definierten Politik respektive dem Erreichen bestimmter im Aktionärbindungsvertrag festgesetzter Ziele unterwerfen,[414] etwa so, dass das Stimmrecht mit Blick auf die Weiterentwicklung, Expansion oder Etablierung des Familienunternehmens in einem bestimmten Bereich auszuüben ist. Während es sich um eine objektive Vorgabe handelt, hat eine solche Regelung den Nachteil, dass sie abstrakt ist, sodass unter den Familienaktionären Meinungsverschiedenheiten darüber auftreten können, wie in Bezug auf konkrete Beschlussgegenstände im Einklang mit dieser Regelung zu stimmen ist. Mithin dürfte die Durchsetzung einer entsprechenden Stimmbindung vielfach kaum praktikabel sein.[415]

c) Mögliche der Stimmbindung zu unterstellende Beschlussgegenstände

Mit Blick auf die verschiedenen Regelungsbereiche des Aktionärbindungsvertrags werden die Familienaktionäre regelmässig ein Interesse daran haben, insbesondere die folgenden Beschlussgegenstände einer Stimmbindung zu unterstellen, um den Ausgleich zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre zu verwirklichen:

– Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder;[416]
– Die Durchführung von Kapitalerhöhungen;[417]
– Die Genehmigung der Vergütung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung;[418]
– Die Ausschüttung einer Dividende;[419]

halten ohne die Mitwirkung des Verwaltungsrats ausserhalb der Generalversammlung bzw. vorgängig zu dieser festlegen und sich überdies nur untereinander – mithin ausschliesslich unter zur Teilnahme befugten Personen und nicht gegenüber dem Verwaltungsrat – binden.

414 HINTZ-BÜHLER, 86; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; SÖDING, 182.

415 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 773.

416 Vgl. dazu sogleich Kapitel 4.1.2.1.2.

417 Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.3.

418 Vorausgesetzt, die entsprechende Kompetenz wird statutarisch der Generalversammlung zugewiesen; vgl. dazu Kapitel 4.2.3.

419 Vgl. dazu Kapitel 4.3.2.1.1.

– Die statutarische Verankerung der Pflicht zur Durchführung zumindest einer eingeschränkten Revision und des Revisionsstandards;[420] sowie
– Der Beschluss über die Börsenkotierung des Familienunternehmens.[421]

Während die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder sowie die Durchführung von Kapitalerhöhungen als unmittelbar mit der Unternehmensführung zusammenhängende Beschlussgegenstände sogleich in den folgenden Kapiteln behandelt werden, finden sich die Ausführungen zu den übrigen Beschlussgegenständen entsprechend ihrem thematischen Zusammenhang in den Kapiteln zu den jeweils relevanten Regelungsbereichen.

4.1.2.1.2 Stimmbindung hinsichtlich der Wahl des Verwaltungsrats im Besonderen

a) Ausgangslage

Aufgrund des vordringlichen Interesses sowohl der Nachfolgerin als auch der passiven Aktionäre an der Einflussnahme auf die Wahl des Verwaltungsrats[422] drängt sich eine Regelung der diesbezüglichen Stimmbindung auf. Der Nachfolgerin geht es dabei um die Möglichkeit, die Unternehmensführung durch die Wahl geeigneter Verwaltungsratsmitglieder möglichst nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten.[423] Weil die Wahl des Verwaltungsrats lediglich eine einfache Mehrheit der Stimmen in der Generalversammlung erfordert,[424] kann die Nachfolgerin den Verwaltungsrat grundsätzlich selbst ernennen, wenn sie über eine Stimmenmehrheit verfügt,[425] wohingegen sie ohne Stimmenmehrheit auf die Beteiligung der passiven Aktionäre angewiesen ist, um sich den Einsitz in den Verwaltungsrat und die Möglichkeit, zumindest einen Teil des Verwaltungsrats zu ernennen, zu sichern.[426]

---

420 Vgl. dazu Kapitel 4.4.2.4.

421 Vorausgesetzt, die entsprechende Kompetenz wird statutarisch der Generalversammlung zugewiesen; vgl. dazu Kapitel 4.5.3.3.

422 Vgl. FISCHER D., Änderungen, 25, sowie Kapitel 4.1.1.2.1 und 4.1.3.1.1a).

423 Vgl. zur Interessenlage der Nachfolgerin bei der Besetzung des Verwaltungsrats Kapitel 4.1.3.1.1a).

424 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 703 OR.

425 STAEHELIN, 126.

426 FÄHRLANDER, 294 f.; HAMPEL, N 46; HENSCH/STAUB, 1174; MÜLLER/BIEDERMANN, 891 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 254; VON SALIS/HAAS, 47. Vgl. zur Regelung der Zusammensetzung des Verwaltungsrats Kapitel 4.1.3.1.

Demgegenüber steht für die passiven Aktionäre das Interesse an einer Zusammensetzung des Verwaltungsrats im Vordergrund, welche den Spielraum der Nachfolgerin angemessen begrenzt.[427] Während unabhängige Verwaltungsratsmitglieder einen Gegenpol zur Nachfolgerin und zu ihren Vertretern bilden,[428] ermöglicht es ein eigener Vertreter den passiven Aktionären, ihre eigenen Interessen einzubringen und Informationen über den Geschäftsgang des Familienunternehmens zu erhalten.[429] Verfügt die Nachfolgerin über eine Stimmenmehrheit, sind die passiven Aktionäre zur Wahl eines Vertreters und von unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern auf ihre Mitwirkung angewiesen.

Während sich die nachfolgenden Ausführungen auf das Verfahren zur Wahl des Verwaltungsrats beziehen, ist die Regelung der Besetzung des Verwaltungsrats Gegenstand von Kapitel 4.1.3.1.

b) Wahl der Verwaltungsratsmitglieder und des Verwaltungsratspräsidenten

Mit Blick auf die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder hat der Aktionärbindungsvertrag zunächst festzuhalten, wie viele Mitglieder die Nachfolgerin und die passiven Aktionäre jeweils nominieren können.[430] Gestützt darauf können sich die Familienaktionäre mittels Stimmbindung dazu verpflichten, diejenigen Kandidaten zu wählen, die die zur Nominierung berechtigten Familienaktionäre jeweils zur Wahl vorschlagen.

Um sicherzustellen, dass die nominierten Vertreter für die Ausübung des Verwaltungsratsmandats geeignet sind, kann die Pflicht zur Wahl der nominierten Kandidaten davon abhängig gemacht werden, dass diese die unter den Familienaktionären vereinbarten Qualifikationen und Anforderungen erfüllen.[431] Der Aktionärbindungsvertrag kann beispielsweise vorsehen, dass sich die Familienaktionäre mit einem bestimmten Vorlauf gegenüber dem Datum der Generalver-

427 Vgl. zur Interessenlage der passiven Aktionäre bei der Besetzung des Verwaltungsrats Kapitel 4.1.3.1.1a).

428 Vgl. zur Funktion von unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern im Rahmen des Ausgleichs zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre Kapitel 4.1.3.1.1b).

429 Vgl. zur Funktion des Vertreters im Verwaltungsrat im Rahmen des Zugangs der passiven Aktionäre zu Informationen über das Familienunternehmen Kapitel 4.4.2.1 sowie zu den diesbezüglichen Schranken und Vorkehrungen Kapitel 4.4.2.3.

430 Vgl. zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats Kapitel 4.1.3.1.2.

431 Vgl. zur Regelung der Qualifikationen, die Verwaltungsratsmitglieder erfüllen müssen, Kapitel 4.1.3.1.1c).

sammlung gegenseitig über die jeweils nominierten Kandidaten für den Verwaltungsrat zu informieren haben.[432] Die Prüfung der Kandidaten auf ihre Eignung wird idealerweise durch den aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammengesetzten Personalausschuss bzw. das diese Funktion wahrnehmende unabhängige Verwaltungsratsmitglied,[433] andernfalls durch die nicht-nominierenden Familienaktionäre innerhalb einer bestimmten Frist vorgenommen. Liegen wichtige Gründe vor, die gegen die Wahl eines Kandidaten sprechen, etwa wenn diesem vorausgesetzte Qualifikationen fehlen[434] oder wenn persönliche Gründe vorliegen, welche die Zusammenarbeit im Verwaltungsrat beeinträchtigen könnten,[435] kann der Personalausschuss bzw. können die nicht-nominierenden Familienaktionäre den Kandidaten ablehnen, womit die nominierenden Familienaktionäre innerhalb einer Nachfrist einen geeigneten Kandidaten vorzuschlagen haben. Erachtet der Personalausschuss bzw. erachten die nicht-nominierenden Familienmitglieder auch diesen Kandidaten aus wichtigen Gründen als ungeeignet, entscheidet der Personalausschuss bzw., sofern das Familienunternehmen über keinen solchen verfügt, der (unabhängige) Verwaltungsratspräsident verbindlich über die Besetzung des Sitzes des Vertreters.[436] Den entsprechenden Entscheid haben die Familienaktionäre im Rahmen ihrer Stimmbindung umzusetzen.[437] Um dem Zeitbedarf für ein allfälliges solches Verfahren zur Nachnominierung und Prüfung von Verwaltungsratskandidaten Rechnung zu tragen, können die Familienaktionäre die Einberufungsfrist für die Generalversammlung verlängern.[438] Erfolgt die Prüfung der

---

432 Stellen die passiven Aktionäre gemeinsam einen Vertreter (vgl. dazu Kapitel 4.1.3.1.1a)), werden sie sich ihrerseits vorgängig in Bezug auf den von ihnen nominierten Kandidaten koordinieren müssen.

433 Vgl. zur Bildung und zu den Kompetenzen des Personalausschusses Kapitel 4.1.3.2.2b).

434 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1124; HAMPEL, N 46; MARTIN, 247 f.

435 Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.87.

436 Vgl. zur möglichen Vermittlungs- und Entscheidungsfunktion des Verwaltungsratspräsidenten Kapitel 5.3.1.

437 Damit sind die Familienaktionäre jeweils auch incentiviert, geeignete Kandidaten vorzuschlagen, um die Nominierung ihrer Vertreter nicht aus der Hand zu geben. Dies trägt auch zu Akzeptanz und Vertrauen der Familienaktionäre gegenüber dem Verwaltungsrat bei. Ob eine Verpflichtung zur Stimmabgabe gemäss den Instruktionen des Verwaltungsrats zulässig ist, ist jedoch umstritten; vgl. Kapitel 4.1.2.1.1b), insbesondere Fn 413.

438 Dazu ist eine statutarische Grundlage erforderlich; vgl. Kapitel 4.1.2.1.4. Vgl. zudem zur Verlängerung der Einberufungsfrist als Mittel zur Sicherstellung der Beschlussfähigkeit der Generalversammlung Kapitel 4.1.2.4.2.

nominierten Kandidaten durch den Personalausschuss, kann der Aktionärbindungsvertrag den nicht-nominierenden Familienmitgliedern zudem ein einmaliges[439] Vetorecht einräumen, etwa für den Fall, dass ein Familienaktionär einen vorgeschlagenen Kandidaten aus persönlichen Gründen nicht in den Verwaltungsrat wählen möchte.

Hinsichtlich der Wahl von unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass der Personalausschuss entsprechende Kandidaten nominiert[440] und die Familienaktionäre sich im Rahmen ihrer Stimmbindung dazu verpflichten, diese zu wählen.[441] Verfügt das Familienunternehmen über keinen Personalausschuss, können die Familienaktionäre diese Kompetenz dem unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten übertragen. In beiden Fällen kann der Aktionärbindungsvertrag den Familienaktionären wiederum ein einmaliges Vetorecht einräumen.

Den Familienaktionären steht es schliesslich frei, die Kompetenz zur Wahl des Verwaltungsratspräsidenten der Generalversammlung zuzuweisen.[442] Dies bietet sich dann an, wenn die Familienaktionäre auf der Ebene der Generalversammlung die direkte Kontrolle über die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten behalten und gegebenenfalls mittels Stimmbindung absichern möchten. Die Familienaktionäre können sich insbesondere dahingehend binden, dass sie jeweils für ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied stimmen.

c) Abberufung und Rücktritt von Verwaltungsratsmitgliedern

Nebst der Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern drängen sich auch deren Abberufung und das Vorgehen bei einem Rücktritt von Verwaltungsratsmitgliedern als Regelungsgegenstände auf.[443]

---

439 Familienaktionäre sollten nicht in der Lage sein, die Wahl des Vertreters eines Mitaktionärs dauerhaft zu blockieren, wenn der Personalausschuss die vorgeschlagenen Kandidaten als geeignet erachtet.

440 SCHENKER, Familiengesellschaften, 61. Vgl. zur Bildung eines Personalausschusses Kapitel 4.1.3.2.2b).

441 Ob eine Verpflichtung zur Stimmabgabe gemäss den Instruktionen des Verwaltungsrats zulässig ist, ist jedoch umstritten; vgl. Kapitel 4.1.2.1.1b), insbesondere Fn 413.

442 FÄHRLANDER, 295; MARTIN, 263. Damit diese Regelung auch auf aktienrechtlicher Ebene gilt, ist eine entsprechende Statutenbestimmung erforderlich; vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.4.

443 JACCARD, 339; MARTIN, 263; MÜLLER/BIEDERMANN, 892.

Zunächst können sich die Familienaktionäre dazu verpflichten, für die Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds zu stimmen, wenn ein im Aktionärbindungsvertrag vereinbarter Abberufungsgrund vorliegt.[444] Als mögliche Abberufungsgründe kommen beispielsweise ein durch den Personalausschuss festgestelltes Fehlverhalten des betreffenden Verwaltungsratsmitglieds i.S.v. Art. 337 OR,[445] die Nichtbeachtung von zumutbaren Weisungen des nominierenden Familienaktionärs[446] sowie im Fall eines unabhängigen Verwaltungsratsmitglieds der Verlust der Unabhängigkeit infrage. Die Pflicht zur Abberufung kann auch darauf gründen, dass die Nachfolgerin oder die passiven Aktionäre die Abberufung ihrer Vertretung verlangen.[447] Schliesslich kann der Beschluss der Generalversammlung zur Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern einem qualifizierten Mehrheitserfordernis unterstellt werden, um zu verhindern, dass die gemeinsam agierenden passiven Aktionäre die Nachfolgerin aus dem Verwaltungsrat abberufen, wenn diese nicht über eine Stimmenmehrheit verfügt.

Tritt ein Verwaltungsratsmitglied vor Ablauf seiner Amtszeit zurück, kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen ist, um die Vakanz zu füllen. Das Verfahren kann sich dabei an jenes zur ordentlichen Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern anlehnen, wobei denjenigen Familienaktionären ein Vorschlagsrecht zusteht, deren Vertretung zurücktritt.

4.1.2.1.3 Stimmbindung hinsichtlich Kapitalerhöhungen im Besonderen

a) Ausgangslage

Bei der Zuführung des notwendigen Kapitals handelt es sich um eine Massnahme zur Erfolgssicherung des Familienunternehmens.[448] So ist die Nachfolgerin zur Sicherung der Entwicklungsmöglichkeiten des Familienunternehmens auf die Durchführung von Kapitalerhöhungen, bei Bedarf unter Beteiligung von Finanzinvestoren,[449] aber unter Umständen auch auf die Schaffung von bedingtem Kapital für Mitarbeiterbeteiligungen angewiesen. Plant das Familienunternehmen,

444 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 888 f.; HARDER SCHULER, 125; HENSCH/STAUB, 1174; MÜLLER/BIEDERMANN, 891 f.

445 FÄHRLANDER, 296.

446 KNOBLOCH, 561. Vgl. dazu auch Kapitel 4.1.3.2.1c).

447 KNOBLOCH, 561 Fn 93.

448 VISCHER, Nachfolgeplanung, 6.

449 Vgl. HARDER SCHULER, 125; KREBS/ECKHARDT, 357.

neues Kapital aus dem Kreis der Familienaktionäre zu erhalten, dürfte den passiven Aktionären in den meisten Fällen indessen die Bereitschaft fehlen, sich an einer Kapitalerhöhung zu beteiligen, weil sie andere finanzielle Ziele verfolgen oder nicht über die erforderlichen Mittel verfügen.[450] Beteiligen sich die passiven Aktionäre jedoch nicht an einer Kapitalerhöhung, werden ihre Beteiligungen und damit ihre Stimmrechte und die ihnen zustehenden Ausschüttungen verwässert, weshalb die passiven Aktionäre Kapitalerhöhungen grundsätzlich ablehnen dürften.[451] Die Regelung der Stimmbindung im Bereich von Kapitalerhöhungen bedarf deshalb eines Ausgleichs zwischen dem Bedürfnis der Nachfolgerin und des Familienunternehmens nach der Sicherung von Möglichkeiten zur Finanzierung einerseits und dem Schutzbedürfnis der passiven Aktionäre, die sich nicht an Kapitalerhöhungen beteiligen können oder wollen, in Bezug auf ihre Kontrollmöglichkeiten und finanziellen Interessen andererseits.

Verfügt die Nachfolgerin über eine Stimmenmehrheit, kann sie ohne Rücksicht auf die passiven Aktionäre eine ordentliche Kapitalerhöhung mit Barliberierung beschliessen, da ein entsprechender Beschluss der Generalversammlung lediglich ein einfaches Mehr der vertretenen Stimmen erfordert.[452] Demgegenüber ist sie für die Durchführung von Kapitalerhöhungen auf die Einbindung der passiven Aktionäre angewiesen, wenn sie keine Stimmenmehrheit hat, wenn Formen der Kapitalerhöhung zum Einsatz kommen sollen, die dem qualifizierten Quorum von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR unterstehen,[453] oder wenn Vorzugsaktien ausgegeben werden sollen, die über Vorrechte gegenüber allfälligen Vorzugsaktien der passiven Aktionäre verfügen.[454] Aus der Sicht der passiven Aktionäre steht hingegen die Möglichkeit der Mitsprache im Vordergrund. Zumindest aber soll sichergestellt werden, dass Kapitalerhöhungen nur unter gewissen, ihnen ein Minimalmass an Schutz gewährenden Bedingungen durchgeführt werden können.

---

450 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1401; KREBS/ECKHARDT, 357; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 239 f.

451 Vgl. BÖSIGER/ENGEL, N 14.07.

452 STAEHELIN, 126. Vgl. Art. 703 Abs. 1 OR sowie Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 und 5 OR *e contrario*.

453 Namentlich die Einführung eines Kapitalbands (Art. 653*s* ff. OR) oder die Schaffung von bedingtem Kapital (Art. 653 ff. OR).

454 Art. 654 Abs. 2 OR. Vgl. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 82.

b) Ausgestaltung der Stimmbindung

Die konkrete Ausgestaltung der Stimmbindung hängt davon ab, ob die Nachfolgerin über eine Mehrheit der Stimmen und des Kapitals verfügt. Ohne Stimmenmehrheit der Nachfolgerin kann der Aktionärbindungsvertrag dieser die Möglichkeit einräumen, ordentliche Kapitalerhöhungen innerhalb einer bestimmten Bandbreite – z.B. im Umfang von höchstens 20 Prozent des bestehenden Aktienkapitals – durchzuführen, sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind.[455] Die passiven Aktionäre verpflichten sich dabei, für eine Kapitalerhöhung zu stimmen, wenn die vereinbarten Bedingungen erfüllt sind.

Verfügt die Nachfolgerin hingegen über eine Stimmenmehrheit, können die Familienaktionäre zum Schutz der passiven Aktionäre einerseits vorsehen, dass sie nur innerhalb einer bestimmten Bandbreite und unter bestimmten Bedingungen eine ordentliche Kapitalerhöhung beschliessen kann. Verfügt die Nachfolgerin über eine qualifizierte Stimmenmehrheit und zusätzlich über eine Kapitalmehrheit, können namentlich die Einführung eines Kapitalbands sowie die Schaffung von bedingtem Kapital denselben Bedingungen unterstellt werden.[456] Andererseits können die Familienaktionäre dem Finanzierungsbedarf des Familienunternehmens dadurch Rechnung tragen, dass sich die passiven Aktionäre dazu verpflichten, zugunsten der Einführung eines Kapitalbands[457] innerhalb einer bestimmten Bandbreite – z.B. wiederum im Umfang von höchstens 20 Prozent des bestehenden Aktienkapitals – zu stimmen, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Die Verpflichtung kann auch die Erneuerung des (ungenutzten) Kapitalbands nach Ablauf der Höchstdauer von fünf Jahren[458] umfassen.

Gleichermassen kann der Aktionärbindungsvertrag die passiven Aktionäre dazu verpflichten, zugunsten der Schaffung von bedingtem Kapital für ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm zu stimmen. Diesfalls wird es sich aufdrängen, nebst dem Umfang und allfälligen Bedingungen zumindest die Grundzüge des entsprechenden Mitarbeiterbeteiligungsplans im Aktionärbindungsvertrag zu regeln.

---

455 Vgl. BÖSIGER/ENGEL, N 14.14. Vgl. zu möglichen Bedingungen sogleich Kapitel 4.1.2.1.3c).

456 Vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR, wonach die Einführung eines Kapitalbands und von bedingtem Kapital sowohl eine qualifizierte Stimmen- als auch eine Kapitalmehrheit erfordern.

457 Art. 653*s* ff. OR.

458 Vgl. Art. 653*s* Abs. 1 OR, wonach das Kapitalband gesetzlich auf fünf Jahre befristet ist.

c) Bedingungen zur Stimmabgabe zugunsten von Kapitalerhöhungen

Als mögliche Bedingung, deren Einhaltung die Familienaktionäre zur Stimmabgabe zugunsten einer Kapitalerhöhung verpflichtet, kommt zunächst die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Familienaktionäre infrage.[459] Diese kann so ausgestaltet werden, dass nebst der Nachfolgerin auch mindestens ein passiver Aktionär zustimmen muss.

Gegenstand einer Bedingung können weiter die Modalitäten der Kapitalerhöhung sein. Dabei kommt beispielsweise die Einhaltung eines Mindestausgabebetrags der neu auszugebenden Aktien infrage,[460] welcher mindestens gleich hoch wie der Anrechnungswert pro Aktie der passiven Aktionäre im Rahmen der Nachfolgelösung[461] sein muss, damit diese vor der kapitalmässigen Verwässerung ihrer Beteiligungen geschützt sind.[462] Ebenfalls zum Schutz der passiven Aktionäre kann der Aktionärbindungsvertrag die zulässigen Rechte der neu auszugebenden Aktien definieren, beispielsweise die möglichen Vorzugsrechte bei der Ausgabe von Vorzugsaktien. Auch können die Familienaktionäre als Bedingung vereinbaren, dass sämtliche sich beteiligenden Drittinvestoren vorgängig zur Durchführung der Kapitalerhöhung eine Beitrittserklärung zum Aktionärbindungsvertrag unterzeichnen.[463]

Schliesslich kann die Pflicht zur Stimmabgabe zugunsten von Kapitalerhöhungen auch von der Zustimmung der unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder bzw. einer Mehrheit dieser zur Kapitalerhöhung abhängig gemacht werden.

---

459 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1402.

460 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1403.

461 Vgl. zur erbvertraglichen Festlegung des Anrechnungswerts der Beteiligungen der passiven Aktionäre Kapitel 3.2.2.1.3.

462 Vgl. auch den im Rahmen der jüngsten Aktienrechtsrevision verabschiedeten Abs. 4 von Art. 652*b* OR, der ausdrücklich auf den Schutz von Minderheitsaktionären vor Verwässerung durch die Festsetzung eines unverhältnismässig tiefen Ausgabebetrags zielt (BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 498; vgl. zudem SCHENKER/SCHENKER, 73 und 76). Eine Ausnahme von diesem Schutz kann aber bei der Ausgabe von Aktien im Fall einer Sanierung des Familienunternehmens erforderlich sein (vgl. SCHENKER/SCHENKER, 77).

463 Vgl. zur Einbindung von Erwerbern neu ausgegebener Aktien in den Aktionärbindungsvertrag Kapitel 4.5.2.3.2. Falls ein Investor Aktien am Familienunternehmen erwirbt, wird es sich aber vielfach ohnehin aufdrängen, den Aktionärbindungsvertrag anzupassen; vgl. zur Anpassung des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 5.2.2.

d) Regelung des Bezugsrechts

Die Regelung von Kapitalerhöhungen sollte schliesslich auch die Handhabung des den Familienaktionären gesetzlich zustehenden Bezugsrechts[464] umfassen. Aus der Sicht der Nachfolgerin wird es regelmässig von Interesse sein, möglichst früh Klarheit darüber zu haben, ob die passiven Aktionäre ihr Bezugsrecht ausüben oder nicht. Soll das Bezugsrecht mittels Generalversammlungsbeschlusses eingeschränkt werden, wird es zumeist einer vertraglichen Einbindung der passiven Aktionäre bedürfen, weil eine solche Einschränkung einem qualifizierten Mehrheitserfordernis untersteht und die Nachfolgerin deshalb im Regelfall eine solche nicht allein beschliessen kann.[465] Die Familienaktionäre können im Aktionärbindungsvertrag aber auch vereinbaren, dass jeder Familienaktionär innerhalb einer bestimmten Frist ab Bekanntgabe eines Kapitalerhöhungsvorhabens verbindlich dem Familienunternehmen mitzuteilen hat, ob dieser das Bezugsrecht auszuüben gedenkt, oder aber die Familienaktionäre verpflichten sich, generell oder unter bestimmten Voraussetzungen,[466] gänzlich auf die Ausübung ihres Bezugsrechts zu verzichten.[467] Eine vertragliche Beschränkung des Bezugsrechts hat gegenüber einem entsprechenden Beschluss der Generalversammlung den Vorteil, dass sie ohne wichtigen Grund erfolgen kann.[468]

4.1.2.1.4 Aktienrechtliche Instrumente

Aufgrund von Art. 680 Abs. 1 und Art. 706*b* Ziff. 1 OR ist es unzulässig, die Familienaktionäre statutarisch dazu zu verpflichten, ihr Stimmrecht inhaltlich auf eine bestimmte Art und Weise auszuüben,[469] weshalb eine direkte Umsetzung der Stimmbindung in den Statuten nicht möglich ist.

In Bezug auf die Stimmbindung bezüglich Kapitalerhöhungen beschränkt sich der Spielraum der Familienaktionäre im Wesentlichen auf die Implementierung allfälliger qualifizierter Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse in Bezug auf Beschlüsse zur

---

464 Art. 652*b* Abs. 1 OR.

465 Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Minderheitenschutz, 592.

466 Z.B. der Einhaltung bestimmter Bedingungen; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1408.

467 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1408.

468 GERICKE, Vorzugsrechte, 122 f. Vgl. zum Erfordernis des wichtigen Grunds bei der Einschränkung des Bezugsrechts mittels Generalversammlungsbeschlusses Art. 652*b* Abs. 2 OR.

469 BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706*b* N 11.

Erhöhung oder zur Schaffung von Aktienkapital.[470] Möchten die Familienaktionäre ein Kapitalband einführen, steht es ihnen darüber hinaus offen, den Spielraum des Verwaltungsrats durch die Ausgestaltung der statutarischen Ermächtigungsnorm entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen einzuschränken, etwa durch die Beschränkung des Umfangs einer zulässigen Kapitalerhöhung,[471] durch das Aufstellen von Bedingungen,[472] durch die Definition allfälliger zulässiger Vorrechte von neu auszugebenden Aktien[473] oder durch Vorgaben zum Ausgabebetrag.[474]

Im Bereich der Wahl des Verwaltungsrats bestehen – nebst der Verlängerung der Einberufungsfrist der Generalversammlung und der allfälligen Zuweisung der Wahl des Verwaltungsratspräsidenten an die Generalversammlung,[475] welche nicht nur zulässig,[476] sondern zur Entfaltung aktienrechtlicher Wirkung auch erforderlich sind – ebenfalls in einem beschränkten Umfang Gestaltungsmöglichkeiten, um das vertraglich Vereinbarte direkt oder indirekt statutarisch umzusetzen. Diese werden nachfolgend beleuchtet.

a) Vertretung verschiedener Aktionärskategorien und -gruppen

Mit Art. 709 OR verfügt das Aktienrecht über eine Norm, welche die Vertretung von Aktionärskategorien und -gruppen im Verwaltungsrat vorsieht. Die Statuten können dieses Vertretungsrecht konkretisieren.

Bestehen mehrere Aktienkategorien, sieht Art. 709 Abs. 1 OR ein Vertretungsrecht für jede Kategorie vor. Verfügt die Nachfolgerin über Stimmrechtsaktien oder halten die passiven Aktionäre Vorzugsaktien, steht ihr respektive ihnen damit bereits von Gesetzes wegen das Recht auf mindestens einen Vertreter im Verwaltungsrat zu, was in den Statuten entsprechend abzubilden ist.[477] Konkret kommt den

---

470 Vgl. zu den statutarischen Ausgestaltungsmöglichkeiten qualifizierter Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse Kapitel 4.1.2.3.3a).

471 Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 1 OR.

472 Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 3 OR.

473 Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 4 OR.

474 Art. 653*u* Abs. 2 OR. Vgl. im Einzelnen SCHENKER/SCHENKER, 126 und 129 ff.

475 Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.2b).

476 Vgl. zur Zulässigkeit der Verlängerung der Einberufungsfrist der Generalversammlung Art. 700 Abs. 1 OR und BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 10, sowie zur Zulässigkeit der Ermächtigung der Generalversammlung, den Verwaltungsratspräsidenten zu wählen, Art. 712 Abs. 2 OR.

477 Art. 709 Abs. 1 OR; BSK OR II-WERNLI, Art. 709 N 5; HANSELMANN/HERZOG, 301; PFISTERER/WYLER, 894.

berechtigten Familienaktionären das Recht zu, einen Vertreter vorzuschlagen, den die Generalversammlung nur aus wichtigem Grund – etwa aufgrund der fehlenden Eignung des vorgeschlagenen Vertreters – ablehnen kann.[478]

Wurden keine Stimmrechts- oder Vorzugsaktien ausgegeben, kann das Recht auf einen Vertreter im Verwaltungsrat statutarisch nach Massgabe von Art. 709 Abs. 2 OR, wonach die Statuten zum Schutz von Minderheiten oder Aktionärsgruppen besondere Bestimmungen enthalten können, vorgesehen werden. Voraussetzung für die Einführung des Vertretungsrechts ist, dass dieses dem Gleichbehandlungsgrundsatz standhält, womit die Einräumung eines Vertretungsanspruchs sachlich gerechtfertigt sein muss.[479] Dies dürfte bei der Unterscheidung danach, ob die Familienaktionäre im Familienunternehmen tätig sind oder nicht, der Fall sein,[480] sodass sowohl der Nachfolgerin als Mitarbeiterin[481] als auch den passiven Aktionären in ihrer Eigenschaft als nicht mitarbeitende Angehörige der Gründerfamilie ein Vertretungsrecht gewährt werden kann.[482]

Möchten die Familienaktionäre anhand der Statuten keine Rückschlüsse über die Zusammensetzung des Aktionariats der Familie zulassen,[483] können sie das Vertretungsrecht für Aktionärsgruppen dadurch «anonym» ausgestalten, dass die Nachfolgerin und die passiven Aktionäre je Aktien einer separaten Aktienserie (beispielsweise «A» und «B») erhalten, die dieselben Rechte vermitteln, wobei jeder Aktienkategorie (und damit sowohl der Nachfolgerin als auch den passiven Aktionären) ein Vertretungsrecht zusteht.[484] Sodann kann den passiven Aktionären ein Vertretungsrecht in ihrer Eigenschaft als «Minderheit»[485] bzw. Aktionärsgruppe mit der kleineren Aktienzahl[486] zugesprochen werden. Alternativ kann das Recht

---

478 BGE 107 II 179 E. 3; BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 11; Harder Schuler, 177; Trippel, Mitwirkungsrechte, 86; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-Bühler, Art. 709 N 7.

479 BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 25; Söder, 223; Trippel, Mitwirkungsrechte, 88.

480 Vgl. BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 23 f.; Söder, 223; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-Bühler, Art. 709 N 15.

481 BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 24.

482 Vgl. BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 23 f.; Söder, 223; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-Bühler, Art. 709 N 15.

483 Vgl. BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 28.

484 BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 24; Frick J., N 1379; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-Bühler, Art. 709 N 15.

485 BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 23.

486 Trippel, Mitwirkungsrechte, 88.

auf Vertretung Aktionären gewährt werden, die als Gruppe über eine Beteiligung in bestimmter Höhe verfügen, wobei die erforderliche Höhe der Beteiligung anhand der konkreten Beteiligungsverhältnisse so festgesetzt werden kann, dass die passiven Aktionäre gemeinsam einen Vertreter im Verwaltungsrat stellen können.[487]

Erhalten die passiven Aktionäre im Rahmen der Nachfolgelösung Partizipationsscheine,[488] kann schliesslich statutarisch ein Recht auf Vertretung für Partizipanten verankert werden.[489]

b) Proporzwahlverfahren

Eine alternative Regelung, um den passiven Aktionären statutarisch die Wahl eines Vertreters in den Verwaltungsrat zu sichern, besteht darin, für die Wahl des Verwaltungsrats statutarisch das Proporzwahlverfahren *(cumulative voting)* vorzusehen.[490] Die Lehre bejaht die Zulässigkeit des Proporzwahlverfahrens gestützt auf Art. 703 Abs. 1 OR, wonach in den Statuten von der Beschlussfassung der Generalversammlung nach der Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen abgewichen werden kann.[491]

Beim Proporzwahlverfahren steht jedem Aktionär eine Anzahl Stimmen zu, die der Anzahl der von diesem gehaltenen Aktien multipliziert mit der Anzahl der zu wählenden Verwaltungsratsmitglieder entspricht. Sämtliche Verwaltungsratsmitglieder werden zusammen gewählt, wobei diejenigen Kandidaten, die am meisten Stimmen erhalten, gewählt sind.[492] Konzentrieren die passiven Aktionäre sämt-

---

487 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 242. Vgl. als aktuelles Beispiel die bei WATTER/SCHWEIGHOFER, 228 f., dargestellte Regelung in den Statuten der (börsenkotierten) DSM-Firmenich AG, welche sowohl an das Bestehen einer Aktionärsgruppe als auch an die Beteiligungshöhe anknüpft: Aktionäre, die vorgängig zum Zusammenschluss zwischen Koninklijke DSM N.V. und Firmenich SA Aktionäre letzterer Gesellschaft waren und allein oder gemeinsam mindestens 8,5 Prozent des Aktienkapitals der Gesellschaft halten, verfügen über ein Nominierungsrecht nach Art. 709 Abs. 2 OR.

488 Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.2.2b).

489 Art. 656*e* OR; HANSELMANN/HERZOG, 303.

490 GLANZMANN, 403; ROHDE/BERGER, 114; SCHENKER, Familiengesellschaften, 5. Ebenso kann der Nachfolgerin dadurch ihre Wahl in den Verwaltungsrat gesichert werden, falls sie keine Stimmenmehrheit hat.

491 BSK OR II-WERNLI, Art. 709 N 27; GLANZMANN, 406; ROHDE/BERGER, 114; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 81.

492 FRICK J., N 1382; GLANZMANN, 403; ROHDE/BERGER, 114; SÖDING, 225; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 81.

liche ihrer Stimmen auf einen Kandidaten, können sie dadurch dessen Wahl sicherstellen.[493]

Das Proporzwahlverfahren bietet den passiven Aktionären jedoch nur bei ordentlichen Wahlen des Verwaltungsrats einen wirksamen Schutz, bei denen der Verwaltungsrat gesamthaft gewählt wird.[494] Wird der Vertreter der passiven Aktionäre einzeln gewählt, etwa im Rahmen einer Ersatzwahl, kann die Nachfolgerin bei Stimmenmehrheit die passiven Aktionäre überstimmen.

c) Unabhängigkeit als Wählbarkeitsvoraussetzung

Um die Wahl der vereinbarten unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder sicherzustellen, könne die Familienaktionäre in den Statuten vorsehen, dass eine bestimmte Anzahl Mitglieder des Verwaltungsrats unabhängig sein muss.[495] Damit wäre eine Wahl der Verwaltungsratsmitglieder, bei der keine oder nicht die in den Statuten vorgesehene Anzahl unabhängiger Mitglieder gewählt wird, aufgrund ihres Verstosses gegen die Statuten des Familienunternehmens anfechtbar.[496]

d) Absicherung der Regelung zur Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern

Zur statutarischen Absicherung der Bestimmungen zur Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern können die Familienaktionäre ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis vorsehen,[497] welches die Zustimmung mindestens eines passiven Aktionärs zusätzlich zur Nachfolgerin verlangt. Ein solches Erfordernis dürfte

---

493 ROHDE/BERGER, 114; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 81. Halten die passiven Aktionäre gemeinsam beispielsweise 400 von insgesamt 1000 Aktien (entsprechend 40 Prozent der Stimmrechte) am Familienunternehmen und sind drei Verwaltungsratsmitglieder zu wählen, können sie ihre kumulierten $400 \times 3 = 1200$ Stimmen auf einen Kandidaten vereinen und dessen Wahl sicherstellen, weil die Nachfolgerin ihre $600 \times 3 = 1800$ Stimmen nicht dergestalt aufteilen kann, dass sie sämtliche drei Verwaltungsratsmitglieder bestimmen kann (um dies zu erreichen, müssten ihr pro zu wählendes Mitglied mindestens 1201 Stimmen zur Verfügung stehen), sondern nur deren zwei. Vgl. auch das Beispiel bei SÖDING, 226.

494 ROHDE/BERGER, 115; SÖDING, 227.

495 BSK OR II-WERNLI, Art. 707 N 30; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.78; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 707 N 48 f.

496 Vgl. Art. 706 Abs. 1 OR.

497 Vgl. im Allgemeinen zur Einführung von qualifizierten Mehrheitserfordernissen Kapitel 4.1.2.3.3.

Art. 705 Abs. 1 OR standhalten, solange das Quorum die Abberufung nicht verunmöglicht und nicht einen einstimmigen Beschluss erfordert.[498] Eine statutarische Einschränkung der möglichen Abberufungsgründe dürfte hingegen aufgrund der zwingenden Natur des Abberufungsrechts unzulässig sein.[499] Handelt es sich beim betreffenden Verwaltungsratsmitglied um einen Aktionärsvertreter i.S.v. Art. 709 Abs. 1 OR, ist eine Abberufung jedoch auf das Verlangen der durch diesen vertretenen Aktionäre oder auf das Vorliegen eines wichtigen Grunds beschränkt.[500]

Werden die Mitglieder des Verwaltungsrats mittels Proporzverfahren gewählt, können die Statuten vorsehen, dass ein Mitglied nur dann abgewählt werden kann, wenn die Anzahl Stimmen für dessen Abwahl genügen würde, um dieses Mitglied bei einer Wahl des gesamten Verwaltungsrats im Proporzverfahren zu wählen.[501] Haben also die passiven Aktionäre bei koordinierter Stimmabgabe die Wahl eines Verwaltungsratsmitglieds im Proporzverfahren auf sicher, kann dieses mit einer solchen Regelung nicht gegen den Willen der passiven Aktionäre abgewählt werden, obschon die Nachfolgerin über eine für eine Abwahl hinreichende Stimmenmehrheit verfügt.

4.1.2.2 Ausgestaltung und Modifikation der Stimmkraft

Nebst der Regelung der Ausübung des Stimmrechts mittels Stimmbindung können die Familienaktionäre auf ihre jeweilige Stimmkraft Einfluss nehmen, was insbesondere mit Blick auf Abstimmungen über nicht von der Stimmbindung erfasste Gegenstände bedeutsam ist, aber auch bei der Abstimmung unter den Familienaktionären in Bezug auf die gemeinsame Ausübung des Stimmrechts.[502]

---

498 BGE 117 II 290 E. 7a; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 89; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 705 N 13; HARDER SCHULER, 189; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 77.

499 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 88; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 705 N 12; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 888 f.; HARDER SCHULER, 187; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 705 N 41.

500 BSK OR II-WERNLI, Art. 709 N 17; HARDER SCHULER, 190.

501 Vgl. GLANZMANN, 406 f.; SÖDING, 227 f.

502 Vgl. zur Abstimmung unter den Familienaktionären in Bezug auf die Ausübung des Stimmrechts vorgängig zur Generalversammlung Kapitel 4.1.2.1.1b).

4.1.2.2.1 Fehlende aktienrechtliche Wirkung einer vertraglichen Modifikation der Stimmkraft

Die Familienaktionäre können untereinander ihren jeweiligen Beteiligungen eine vom Kapital abweichende Stimmkraft zuweisen, beispielsweise so, dass der Nachfolgerin eine Stimmenmehrheit zukommt, obschon sie nicht über eine Mehrheit des Aktienkapitals verfügt, und den passiven Aktionären jeweils eine geringere Stimmkraft, als ihnen aufgrund ihrer Kapitalanteile zustünde. Eine rein aufgrund des Übereinkommens der Familienaktionäre veränderte Stimmkraft ist jedoch in der Generalversammlung gegenüber dem Familienunternehmen unwirksam.[503] Damit die modifizierte Stimmkraft auch gegenüber dem Familienunternehmen gilt, müssen die Familienaktionäre auf aktienrechtliche Instrumente zurückgreifen. Auf mögliche solche Instrumente wird sogleich eingegangen.

Demgegenüber können die Familienaktionäre für die Zwecke einer allfälligen Vorversammlung zur Abstimmung der gemeinsamen Stimmrechtsausübung[504] vertraglich von der Stimmkraft nach Massgabe des von ihnen gehaltenen Kapitals abweichen.[505]

4.1.2.2.2 Aktienrechtliche Instrumente

Statutarisch können die Familienaktionäre der Nachfolgerin mittels zweier Instrumente eine Stimmenmehrheit einräumen: der Schaffung von Stimmrechtsaktien (Kapitel 4.1.2.2.2a)) sowie der Einführung von Partizipationsscheinen (Kapitel 4.1.2.2.2b)). Gleichzeitig mag das Bedürfnis bestehen, die Stimmkraft der Nachfolgerin in der Höhe zu begrenzen; dazu dient die Stimmrechtsbeschränkung (Kapitel 4.1.2.2.2c)).

---

503 Vgl. LANG, 62; OFK OR-BOSS, Art. 692 N 7; ZK OR (Art. 660–697*m*)-BOHRER/KUMMER, Art. 692 N 23 und 25 (im Kontext von Stimmbindungsabsprachen).

504 Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.1b).

505 FISCHER D., Änderungen, 87 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 973. Besteht unter den Familienaktionären eine einfache Gesellschaft (vgl. dazu Kapitel 3.1.2.1), gilt nach Massgabe von Art. 534 Abs. 1 OR das Kopfstimmprinzip und ist der Beschluss zur gemeinsamen Ausübung des Stimmrechts einstimmig zu fassen, sofern die Familienaktionäre keine davon abweichende Regelung getroffen haben (FISCHER D., Änderungen, 87 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 973 und 992).

a) Stimmrechtsaktien

Das Stimmrecht der Nachfolgerin kann dadurch privilegiert werden, dass sie ihre Beteiligung am Familienunternehmen teilweise oder ganz in Stimmrechtsaktien erhält.[506] Stimmrechtsaktien können so ausgestaltet werden, dass sie über einen bis zu zehnmal tieferen Nennwert gegenüber Stammaktien verfügen, jedoch wie Stammaktien eine Stimme gewähren.[507] Damit kann der Nachfolgerin bei gleichbleibendem Kapitaleinsatz eine Stimmenmehrheit zugewiesen werden, sodass diese mit einfachem Mehr zu fällende Beschlüsse der Generalversammlung ohne die Zustimmung der passiven Aktionäre fassen kann. Hat der Unternehmer beispielsweise drei Nachkommen, welche je einen Drittel des Kapitals am Familienunternehmen erhalten sollen, können die Aktien der Nachfolgerin als Stimmrechtsaktien mit einem Drittel oder mit einem Fünftel des Nennwerts der Stammaktien ausgestaltet werden, womit sie trotz gleichbleibender Kapitalbeteiligung eine Stimmenmehrheit von 60 respektive 71,4 Prozent hat.

Weil mit der Zuweisung von Stimmrechtsaktien eine starke Begünstigung der Nachfolgerin einhergeht, wird ein Ausgleich zugunsten der passiven Aktionäre für ihre Stimmkraftseinbusse geboten sein.[508] Zum einen schützt das Aktienrecht die passiven Aktionäre bereits dadurch, dass einerseits das Stimmrechtsprivileg von Stimmrechtsaktien auf die Beschlussfassung betreffend die Wahl der Revisionsstelle, die Ernennung eines Sachverständigen, die Einleitung einer Sonderuntersuchung und die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage keine Anwendung findet[509] und dass andererseits für die Beschlussfassung über die Beschlussgegenstände von Art. 704 OR, wozu insbesondere die meisten Kapitalveränderungen zählen, zusätzlich zu einer qualifizierten Stimmenmehrheit von zwei Dritteln die Zustimmung der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte erforderlich ist.[510] Zum anderen wird es sich regelmässig anbieten, den passiven Aktionären

---

506 AEBI-MÜLLER, N 13.12 ff.; BAUMANN, 133 f. und 136; FORSTMOSER, Governance, 499 f.; HANSELMANN/HERZOG, 302; HARDER SCHULER, 84; HÄUSERMANN, 241; HERZOG/JAHNEL, N 2.83; KUNZ, Familienunternehmen, 450 ff.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 234; SOMARY/VASELLA, 294 f.; VON SALIS/HAAS, 45. Stimmrechtsaktien wurden auch im Rahmen der jüngsten Aktienrechtsrevision explizit als geeignetes Instrument für Familienunternehmen bezeichnet (und beibehalten); vgl. BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 461.

507 Vgl. Art. 693 Abs. 1 und 2 OR.

508 AEBI-MÜLLER, N 13.14; STAEHELIN, 127.

509 Art. 693 Abs. 3 OR.

510 Vgl. HANSELMANN/HERZOG, 302; HENNINGER, N 455; PREMAND, N 410.

vertragliche, insbesondere aber auch statutarische Rechte als Kompensation einzuräumen.[511] Angesichts der Interessenlage der passiven Aktionäre dürfte sich insbesondere eine Privilegierung in vermögensrechtlicher Hinsicht durch die Ausgestaltung ihrer Stammaktien als Vorzugsaktien anbieten.[512]

Bei der Einführung von Stimmrechtsaktien sollten die Familienaktionäre ferner bedenken, dass dadurch die Kapitalstruktur des Familienunternehmens komplizierter wird[513] und allenfalls künftig im Hinblick auf eine erneute Nachfolgeregelung, beispielsweise im Rahmen der Übertragung des Familienunternehmens von der zweiten auf die dritte Generation innerhalb der Familie,[514] aber möglicherweise auch auf Druck allfälliger Drittinvestoren, angepasst werden muss.

b) Partizipationsscheine

Als Alternative zur Schaffung von Stimmrechtsaktien – oder als Ergänzung dazu – können die Familienaktionäre vorsehen, dass die passiven Aktionäre ihre Beteiligung am Familienunternehmen oder einen Teil davon in der Form von Partizipationsscheinen erhalten.[515] Da Partizipationsscheine kein Stimmrecht gewähren,[516] können die Familienaktionäre der Nachfolgerin damit eine Stimmenmehrheit einräumen, indem die Stimmkraft der passiven Aktionäre unter gleichbleibender Kapitalbeteiligung gesenkt wird. Das Partizipationskapital darf höchstens das Doppelte des Aktienkapitals des Familienunternehmens betragen,[517] womit es in einer Ausgangslage mit drei Familienaktionären theoretisch möglich wäre, unter Ausreizung dieser Obergrenze den beiden passiven Aktionären ihre Beteiligungen am Familienunternehmen unter gleichmässiger Aufteilung des Kapitals vollständig in Partizipationsscheinen auszurichten. Alternativ können Partizipationsscheine in Kombination mit Stimmrechtsaktien zugunsten der Nachfolgerin eingesetzt werden, sodass den passiven Aktionären zumindest ein Anteil am Familienunternehmen in Stammaktien mit Stimmrecht zugewiesen werden kann.

---

511 Vgl. HERZOG/JAHNEL, N 2.83.

512 Vgl. zum Instrument der Vorzugsaktien Kapitel 4.3.3.1.

513 FÄHRLANDER, 301; HARDER SCHULER, 67; SÖDING, 141; VON DER CRONE, N 431.

514 Vgl. AEBI-MÜLLER, N 13.14; BAUMANN, 136; HARDER SCHULER, 84; HÄUSERMANN, 243; HENNINGER, N 457; STAEHELIN, 127.

515 AEBI-MÜLLER, N 13.15; BAUMANN, 141; FÄHRLANDER, 301; HANSELMANN/HERZOG, 303; HARDER SCHULER, 94; HERZOG/JAHNEL, N 2.83; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 234 f.; STAEHELIN, 127 f.; VON SALIS/HAAS, 45.

516 Art. 656*a* Abs. 1 OR.

517 Art. 656*b* Abs. 1 OR.

Zwar haben Partizipanten den gleichen Anspruch auf Ausschüttungen wie Stammaktionäre.[518] Dennoch werden die Familienaktionäre – wie bei der Einführung von Stimmrechtsaktien[519] – den passiven Aktionären eine Kompensation für die Stimmrechts- und der damit einhergehenden Kontrolleinbusse zuzusprechen haben.[520] So dürften die passiven Aktionäre nur unter Gewährung zusätzlicher Rechte und Kontrollmöglichkeiten zur Wahrung ihrer Gleichbehandlung und Teilhabe einer Zuweisung von Partizipationsscheinen anstelle von Aktien zustimmen, insbesondere im Fall einer vollständigen Ausrichtung ihrer Beteiligung am Familienunternehmen in der Form von Partizipationsscheinen, womit die vollständige Aufgabe der Möglichkeit, die Beschlussfassung in der Generalversammlung aktiv mitzugestalten, einhergeht. Auch hier wird sich in erster Linie die Zuweisung zusätzlicher Vermögensrechte an die passiven Aktionäre anbieten.[521] So besteht etwa die Möglichkeit, Partizipationsscheine als Vorzugspartizipationsscheine auszugestalten, welche in vermögensrechtlicher Hinsicht gegenüber den (Stimmrechts-)Aktien der Nachfolgerin privilegiert werden können.[522]

Wie bei der Einführung von Stimmrechtsaktien führt schliesslich auch die Schaffung von Partizipationskapital zu einer komplizierteren Kapitalstruktur, die möglicherweise bei Veränderungen im Aktionariat – sei dies durch eine erneute Unternehmensnachfolge oder durch den Eintritt Dritter in den Aktionärskreis – anzupassen ist.[523]

c) Stimmrechtsbeschränkung

Als Korrelat zu den Gestaltungsmöglichkeiten, die der Nachfolgerin eine Stimmenmehrheit gewähren, kann aufseiten der passiven Aktionäre das Bedürfnis bestehen, die Stimmkraft der Nachfolgerin zu beschränken. Während der Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags kann sich die Höhe der Beteiligung und der Stimmkraft der Nachfolgerin verändern – etwa weil sie im Rahmen einer Kapitalerhöhung weitere Aktien am Familienunternehmen zeichnet oder weil sie im Einklang mit den Regelungen zum Ausstieg der Familienaktionäre im Aktionärbindungsver-

518 Art. 656*f* Abs. 1 und 2 OR; VON DER CRONE, N 459.

519 Vgl. soeben Kapitel 4.1.2.2.2a).

520 STAEHELIN, 128.

521 BAUMANN, 141.

522 VON DER CRONE, N 452. Vgl. zur möglichen vermögensmässigen Privilegierung Kapitel 4.3.3.1.1.

523 FÄHRLANDER, 301.

trag die Beteiligung eines ausstiegswilligen passiven Aktionärs erwirbt.[524] Erreicht die Nachfolgerin eine Beteiligungshöhe von zwei Dritteln der Stimmrechte und der Mehrheit der Aktiennennwerte am Familienunternehmen, kann sie allein über die des Minderheitsschutzes wegen einem qualifizierten Quorum unterliegenden Beschlussgegenstände von Art. 704 Abs. 1 OR entscheiden, die es ihr unter anderem ermöglichen, den Gesellschaftszweck zu ändern oder bedingtes Kapital oder ein Kapitalband einzuführen.[525]

Um zu verhindern, dass die Nachfolgerin über einen derart weiten Ermessensspielraum verfügt, können die Statuten des Familienunternehmens eine Höchststimmklausel vorsehen. Diese setzt die maximale Stimmenzahl fest, die ein Aktionär – und damit die Nachfolgerin – haben kann.[526] Konkret kann die Stimmrechtsbeschränkung so festgesetzt werden, dass kein Aktionär des Familienunternehmens eine Anzahl Stimmen abgeben kann, die zwei Dritteln aller Stimmrechte am Familienunternehmen oder mehr entspricht, womit ausgeschlossen ist, dass die Nachfolgerin allein über die Beschlussgegenstände von Art. 704 Abs. 1 OR entscheiden kann. Voraussetzung für die Einführung einer Höchststimmklausel ist die Wahrung des Sachlichkeitsgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes.[527] Die vorgeschlagene Regelung dürfte diesen Anforderungen standhalten, weil sie sachlich durch den Minderheitenschutz begründet ist und für alle Aktionäre des Familienunternehmens gleichermassen gilt.[528]

Alternativ können die Familienaktionäre im Hinblick auf einen zukünftigen Aktienerwerb der Nachfolgerin für die in Art. 704 Abs. 1 OR aufgezählten Gegenstände von Beginn weg ein höheres als das gesetzliche Quorum vorsehen.[529]

---

524 Vgl. zum Kaufrecht der Nachfolgerin als Ausstiegsinstrument der passiven Aktionäre Kapitel 4.5.3.1.1.

525 Vgl. zur Bedeutung von Art. 704 Abs. 1 OR für die Regelung des Stimmrechts sogleich Kapitel 4.1.2.3.

526 Art. 692 Abs. 2 OR. Vgl. BAUMANN, 143; PREMAND, N 442; ROHDE/BERGER, 109 f.; SCHENKER, Familiengesellschaften, 57.

527 BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 596; BSK OR II-SCHÄRLI, Art. 692 N 8.

528 Kritisch jedoch OFK OR-BOSS, Art. 691 N 2, für den Fall, dass eine solche Beschränkung einzelnen Aktionären (bestehende) Stimmkraft entzieht und sich faktisch gegen einen bestimmten Aktionär richtet.

529 Art. 704 Abs. 2 OR; vgl. zur Modifikation des qualifizierten Quorums von Art. 704 Abs. 1 OR Kapitel 4.1.2.3.1.

4.1.2.3 Ausgestaltung und Modifikation der Erfordernisse für das Zustandekommen von Beschlüssen

In Bezug auf bestimmte Beschlussgegenstände mag es erwünscht – oder im Licht der Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre gar geboten – sein, dass sich die Nachfolgerin nicht gegen die passiven Aktionäre durchsetzen kann, wenn sie über eine Stimmenmehrheit verfügt. Verfügt die Nachfolgerin dagegen nicht über eine Stimmenmehrheit, mag es auch angebracht sein, diese davor zu schützen, dass die passiven Aktionäre Beschlüsse fassen, die den Interessen des Familienunternehmens zuwiderlaufen. Zudem mögen die passiven Aktionäre als Minderheitsaktionäre das Bedürfnis haben, positive Beschlüsse fassen zu können. Die Familienaktionäre können im Aktionärbindungsvertrag die Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse für das Zustandekommen von Beschlüssen in Entsprechung dieser Bedürfnisse ausgestalten. Eine entsprechende Gestaltung kann sowohl für nicht von der Stimmbindung erfasste Beschlussgegenstände als auch für solche, die Gegenstand einer vorgängigen Abstimmung unter den Familienaktionären sind, Sinn ergeben.[530] Sollen qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse auch gegenüber dem Familienunternehmen gelten, sind sie zusätzlich in die Stauten aufzunehmen.[531]

4.1.2.3.1 Qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse

a) Anwendungsbereich

Als Gegenstand qualifizierter Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse für das Zustandekommen von Beschlüssen bieten sich diejenigen Beschlussgegenstände an, die von erheblicher Tragweite für die Struktur und den Bestand des Familienunternehmens sind. In Art. 704 Abs. 1 OR sieht das Gesetz bereits eine Vielzahl von Beschlüssen vor, die eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit des vertretenen Kapitals erfordern. Darüber hinaus können die Familienaktionäre das Bedürfnis haben, das qualifizierte Zustimmungsquorum abhängig von der Höhe der Beteiligung der Nachfolgerin weiter zu erhöhen oder weitere Beschlussgegenstände einem erhöhten Quorum zu unterstellen. Mögliche von Art. 704 Abs. 1 OR erfasste Beschlussgegenstände, welche die Familienaktionäre zum Schutz der passiven Aktionäre einem höheren Quorum unterstellen können, sind etwa die Änderung des Zwecks des Familienunterneh-

---

530 Vgl. zur Abstimmung unter den Familienaktionären in Bezug auf die gemeinsame Ausübung des Stimmrechts im Vorfeld der Generalversammlung Kapitel 4.1.2.1.1b).

531 Vgl. Kapitel 4.1.2.3.3a) sowie dort die Nachweise in Fn 549.

mens,[532] die Einführung von bedingtem Kapital oder eines Kapitalbands[533] – wobei das Zusammenspiel mit einer allfälligen diesbezüglichen Stimmbindung zu beachten ist[534] – sowie die Auflösung des Familienunternehmens.[535, 536] Beschlussgegenstände ausserhalb von Art. 704 Abs. 1 OR, welche die Familienaktionäre einem qualifizierten Quorum zuführen können, sind beispielsweise die Änderung allfälliger Statutenbestimmungen zum Schutz der Rechte der passiven Aktionäre[537] oder die Durchführung von ordentlichen Kapitalerhöhungen, wiederum im Zusammenspiel mit einer diesbezüglichen Stimmbindung.[538]

Verfügt die Nachfolgerin nicht über eine Stimmenmehrheit, können die Familienaktionäre qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse einsetzen, um bestimmte Beschlussgegenstände der alleinigen Disposition der passiven Aktionäre zu entziehen. Beispielsweise kann der Aktionärbindungsvertrag die Beschlüsse zur Ausschüttung einer Dividende oder zur Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern einem qualifizierten Quorum unterstellen, damit die passiven Aktionäre nicht ohne die Zustimmung der Nachfolgerin Ausschüttungen durchsetzen und den gesamten Verwaltungsrat besetzen können, was aber freilich die Gefahr einer Blockade erhöht.

b) Ausgestaltung

Zunächst können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag erhöhte Präsenz- und Mehrheitserfordernisse vorsehen.[539] Hält die Nachfolgerin eine Stimmenmehrheit, kann der Aktionärbindungsvertrag beispielsweise bestimmen, dass nebst dieser mindestens auch ein passiver Aktionär an der Generalversammlung

---

532 FÄHRLANDER, 299 f.; MÜLLER R., 208. Vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

533 MÜLLER R., 208; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 239 f.; SÖDING, 162. Vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR.

534 Vgl. zur vertraglichen Stimmbindung hinsichtlich Kapitalerhöhungen Kapitel 4.1.2.1.3.

535 FÄHRLANDER, 299 f.; MÜLLER R., 208; SÖDING, 162. Vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 16 OR.

536 Gleiches gilt für die Durchführung von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen nach dem FusG (vgl. die qualifizierten Quoren gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. a, Art. 43 Abs. 2 und Art. 64 Abs. 1 lit. a FusG).

537 HENNINGER, N 441; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 240; SÖDING, 162.

538 BÖSIGER/ENGEL, N 14.14. Vgl. zur vertraglichen Stimmbindung hinsichtlich Kapitalerhöhungen Kapitel 4.1.2.1.3.

539 FÄHRLANDER, 298 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1776; HAMPEL, N 50; HANSELMANN/HERZOG, 309; ROHDE/BERGER, 111.

anwesend oder vertreten sein muss, damit diese beschlussfähig ist. In Bezug auf die Beschlussfassung können die Familienaktionäre in Abweichung von der einfachen Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen die Höhe des erforderlichen Quorums so festsetzen, dass mindestens auch einer der passiven Aktionäre zustimmen muss. Sind die erhöhten Erfordernisse nicht erfüllt, verpflichten sich sämtliche Familienaktionäre, gegen den betreffenden Beschlussgegenstand zu stimmen. Dies zwingt die Nachfolgerin dazu, sich mit den passiven Aktionären zu koordinieren und in Bezug auf den fraglichen Beschlussgegenstand zu einigen, ansonsten der betreffende Beschluss nicht zustande kommt.

Hält die Nachfolgerin keine Stimmenmehrheit, können die Familienaktionäre qualifizierte Quoren hingegen so ansetzen, dass für Abstimmungen zu gewissen Beschlussgegenständen die von der Nachfolgerin gehaltenen Aktien vertreten sein und zustimmen müssen,[540] sodass die passiven Aktionäre nicht allein gegen deren Willen Beschlüsse fassen können.

Trotz der möglichen Vorzüge sollten die Familienaktionäre in der Praxis nur wohlüberlegt qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse vereinbaren. So dürfte bei der Einführung von Anwesenheitsquoren das Risiko, dass die passiven Aktionäre durch ihr Fernbleiben von Generalversammlungen die Beschlussfassung blockieren,[541] dasjenige, dass ein Familienaktionär nicht rechtzeitig eine Vertretung für die (rechtmässig einberufene) Generalversammlung bestellen kann, überwiegen.[542] Zudem können Anwesenheitsquoren in Folgegenerationen aufgrund der möglichen Zersplitterung des Aktionariats schwieriger zu erreichen sein.[543] Auch dürfte das gesetzlich vorgesehene, qualifizierte Mehrheitserfordernis von Art. 704 Abs. 1 OR die passiven Aktionäre als Minderheitsaktionäre oftmals bereits hinreichend schützen.[544] Wie bei den Anwesenheitsquoren besteht schliesslich auch bei qualifizierten Mehrheitserfordernissen das Risiko, dass positive Beschlüsse ohne sachlichen Grund verhindert werden.[545]

---

540 Vgl. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 79.

541 Vgl. BAUMANN, 147; SÖDING, 171; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8.

542 Der Blockierung der Beschlussfassung durch das Fernbleiben von Familienaktionären kann aber dadurch vorgebeugt werden, dass das Anwesenheitsquorum für die darauffolgende Generalversammlung entfällt, wenn ein Familienaktionär einer Generalversammlung fernbleibt bzw. sich nicht vertreten lässt (HARDER SCHULER, 154 f.; SÖDING, 171; VON DER CRONE, N 1150).

543 Vgl. STUDER, N 8.2.

544 Vgl. VISCHER, Nachfolgeplanung, 8.

545 Vgl. BAUMANN, 147; VON SALIS, Vertragsklauseln, 292.

4.1.2.3.2 Minderheitsbeschlüsse

Sollen die passiven Aktionäre nicht nur ihren Interessen gegenläufige Beschlussfassungen verhindern, sondern auch positive Beschlüsse hinsichtlich bestimmter Beschlussgegenstände erwirken können, steht den Familienaktionären die Möglichkeit offen, das erforderliche Quorum für diese Beschlussgegenstände im Aktionärbindungsvertrag so festzusetzen, dass bereits eine Mehrheit der passiven Aktionäre – und damit eine Minderheit aller Aktienstimmen – für deren Annahme genügt, womit sämtliche Familienaktionäre in der Generalversammlung dafür stimmen müssen.[546] Als einem Minderheitsquorum unterliegender Beschlussgegenstand kommt insbesondere die Ausschüttung von Dividenden infrage.[547] Wie allfällige Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse sollten aber auch Minderheitsquoren aufgrund ihrer möglichen unerwünschten Auswirkungen nur restriktiv eingesetzt werden.[548]

4.1.2.3.3 Aktienrechtliche Instrumente

a) Qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse

Damit qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse auch gegenüber dem Familienunternehmen verbindlich sind und Beschlüsse auch aktienrechtlich nur dann rechtsgültig zustande kommen, wenn die vereinbarten Quoren eingehalten wurden, sind diese in den Statuten abzubilden.[549]

Dass die Statuten zusätzliche oder gegenüber den gesetzlichen Vorschriften verschärfte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse vorsehen können, ist grundsätzlich anerkannt.[550] Umstritten ist jedoch, ob erhöhte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse auch für Beschlüsse zulässig sind, welche die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft beschlagen, wie etwa die Beschlüsse über die Genehmigung der Jahresrechnung, über die Gewinnverwendung oder über die Wahl von Organen.[551]

---

546 ROHDE/BERGER, 101 f.; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 84; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 99.

547 ROHDE/BERGER, 101 f.; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 84.

548 Vgl. SÖDING, 171; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 99.

549 HANSELMANN/HERZOG, 304; ROHDE/BERGER, 111 f.

550 BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 537 und 541; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 13; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 76; VON DER CRONE, N 1144. Vgl. auch Art. 704 Abs. 2 OR.

551 Befürwortend z.B. HARDER SCHULER, 154; SÖDING, 168; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 78; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 103. Ablehnend z.B.

Auch hinsichtlich der Zulässigkeit statutarischer Einstimmigkeitsquoren gehen die Lehrmeinungen auseinander.[552] Das Bundesgericht hat bezüglich eines Mehrheitserfordernisses betreffend die Abwahl von Verwaltungsratsmitgliedern in den Statuten einer börsenkotierten Gesellschaft festgehalten, dass dieses die Beschlussfassung nicht verunmöglichen darf und dass keinesfalls Einstimmigkeit vorausgesetzt werden darf,[553] wobei der Geltungsbereich dieses Grundsatzes umstritten ist.[554] Falls die Familienaktionäre Einstimmigkeitsquoren vorsehen möchten, können die Statuten aber das Mehrheitserfordernis in solcher Höhe ansetzen, dass faktisch alle Familienaktionäre zustimmen müssen,[555] um das gleiche Ergebnis ohne ein formelles Einstimmigkeitserfordernis zu erreichen.[556]

Im Ergebnis dürften verschärfte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse in den Statuten zulässig sein, zumindest solange hierfür nicht (formell) Einstimmigkeit verlangt ist und es sich dabei nicht um Beschlussgegenstände handelt, die die Funktionsfähigkeit des Familienunternehmens betreffen. Damit können insbesondere die Änderung des Zwecks des Familienunternehmens, die Einführung von bedingtem Kapital oder eines Kapitalbands sowie die Auflösung des Familienunternehmens statutarisch qualifizierten Quoren unterstellt werden.

b) Minderheitsbeschlüsse?

Ob es zulässig ist, Minderheitsquoren in den Statuten festzusetzen und diese damit auch gegenüber dem Familienunternehmen zu verankern, ist in der Lehre umstrit-

---

BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 542 ff.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 15; ROHDE/BERGER, 111 f.

552 Befürwortend z.B. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 13; KNOBLOCH, 561 f., insbesondere Fn 99; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 79; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 103. Ablehnend z.B. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 549; VON DER CRONE, N 1145.

553 BGE 117 II 290 E. 7aa. Vgl. bereits Kapitel 4.1.2.1.4d) und dort Fn 498.

554 Während sich z.B. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 548, sowie BÖCKLI/BÜHLER, 50 ff., für eine allgemeine Geltung dieses Grundsatzes aussprechen, weisen z.B. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 13, TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 77 f., sowie ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 106, darauf hin, dass es sich dabei lediglich um ein *obiter dictum* handle, sowie dass dieser Grundsatz nicht ohne Weiteres auf privat gehaltene Gesellschaften übertragen werden könne.

555 KNOBLOCH, 561 f.; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 79.

556 In praktischer Hinsicht weisen ROHDE/BERGER, 112, darauf hin, dass ein statutarisches Einstimmigkeitserfordernis der Prüfung durch die Handelsregisterämter nicht standhalten könnte.

ten.[557] Das Bundesgericht hat sich, ohne diese Frage zu klären, in der Vergangenheit zugunsten der Geltung des Mehrheitsprinzips ausgesprochen, wovon nur bei einem offensichtlichen Missbrauch zulasten der Minderheitsinteressen abgewichen werden könne.[558] Die statutarische Verankerung allfälliger Minderheitsquoren ist deshalb mit der Unsicherheit behaftet, dass diese einer gerichtlichen Prüfung nicht standhalten könnten.

4.1.2.4 Sicherstellung der Beschlussfähigkeit der Generalversammlung

4.1.2.4.1 Ausgangslage

Mit Blick auf die nicht von einer Stimmbindung erfassten Beschlussgegenstände sowie auf solche, die nur einer allgemeinen Politik der Stimmrechtsausübung unterliegen,[559] sollten die Stimmrechte nach Möglichkeit so unter den Familienaktionären verteilt werden, dass die Generalversammlung immer in der Lage ist, positive Beschlüsse zu fassen.[560] Problematisch sind deshalb Konstellationen, in denen sich die Nachfolgerin und ein passiver Aktionär bzw. eine Gruppe von passiven Aktionären mit je 50 Prozent der Stimmrechte am Familienunternehmen in einer Pattsituation gegenüberstehen[561] oder in denen die passiven Aktionäre aufgrund der Höhe ihrer kumulierten Beteiligungen oder aufgrund erhöhter Anwesen-

---

557 Befürwortend z.B. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 21; HARDER SCHULER, 156; ROHDE/BERGER, 102 und 112 f. (unter der Voraussetzung, dass Minderheitsquoren nur bezüglich einiger weniger Beschlussgegenstände zur Anwendung kommen); SÖDING, 157 f.; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 84; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 99. Ablehnend z.B. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 550; BÖCKLI/BÜHLER, 56; VON DER CRONE, N 1147 (wonach das Gesetz nur Mehrheitsquoren zulässt). Einigkeit besteht jedoch darüber, dass die Gegenstände von Art. 704 Abs. 1 OR nicht einem Minderheitsquorum unterstellt werden können (BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 19; HARDER SCHULER, 155; ROHDE/BERGER, 112 Fn 66; VON DER CRONE, N 1147; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 99); dies wäre mit Blick auf den Schutz der passiven Aktionäre vorliegend auch nicht sinnvoll.

558 BGE 102 II 265 E. 3. Vgl. HARDER SCHULER, 155; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-TANNER, Art. 703 N 96.

559 Beispielsweise hinsichtlich der Erreichung bestimmter Ziele; vgl. Kapitel 4.1.2.1.1b). Weil die Vorgabe zur Stimmrechtsausübung im Einzelfall verschiedenen Interpretationen zugänglich ist, kann unklar sein, wie das Stimmrecht zur Erreichung des definierten Ziels in Bezug auf den fraglichen Beschlussgegenstand konkret auszuüben ist.

560 TRIPPEL/JAISLI KULL, 207.

561 FISCHER D., Konfliktlösung, 226.

heits- oder Mehrheitserfordernisse gestaltende, für die Funktionsfähigkeit des Familienunternehmens wichtige Entscheide, z.B. die Genehmigung der Jahresrechnung,[562] dauerhaft blockieren.[563] In solchen Fällen besteht Bedarf nach Instrumenten, welche die Fähigkeit der Generalversammlung zur Fassung positiver Beschlüsse kurzfristig wiederherzustellen vermögen.[564]

Treffen die Familienaktionäre keine Regelung im Aktionärbindungsvertrag, besteht von Gesetzes wegen die Möglichkeit, zur Auflösung von Pattsituationen und Blockaden ein Verfahren zur Behebung eines Organisationsmangels nach Art. 731*b* OR einzuleiten, wobei das zuständige Gericht im Fall einer Pattsituation mitunter die Versteigerung der Aktien eines Aktionärs anordnen kann.[565] Als *ultima ratio*[566] steht zudem die Auflösungsklage[567] zur Verfügung, im Rahmen welcher das Gericht anstelle der Auflösung des Familienunternehmens ebenfalls das Ausscheiden des klagenden Familienaktionärs unter Abfindung verfügen kann.[568] Dennoch werden die Familienaktionäre zumeist eine parteiautonome Regelung bevorzugen, da eine solche Voraussehbarkeit schafft.

4.1.2.4.2 Vertragliche Instrumente

Mögliche vertragliche Instrumente zur Sicherstellung der Beschlussfähigkeit der Generalversammlung sind insbesondere die folgenden:

– Die Familienaktionäre können sich dazu verpflichten, sich vorgängig zur Generalversammlung gegenseitig über ihre beabsichtigte Stimmabgabe zu unterrichten und, wenn die jeweils beabsichtigte Stimmabgabe in der Generalversammlung zu einer Pattsituation oder zu einer Blockade führen würde, einen Einigungsversuch zu unternehmen.[569] Um sicherzustellen, dass für die Abstimmung über die Stimmrechtsausübung hinreichend Zeit verbleibt, kön-

---

562 Vgl. MÜLLER R., 208.

563 FÄHRLANDER, 300; FISCHER D., Konfliktlösung, 226; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1047.

564 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1047; TRIPPEL/JAISLI KULL, 208.

565 BGE 138 III 294 E. 3.3.3 (bei einer «Zweimanngesellschaft»); BSK OR II-WATTER/DUSS, Art. 731*b* N 6 und 16; VISCHER, Nachfolgeplanung, 13.

566 BÖSIGER, 15 Fn 43; KUNZ, Familienunternehmen, 452 f.; SÖDING, 176.

567 Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

568 ROHDE/BERGER, 97 Fn 16. Vgl. zur Auflösungsklage als Möglichkeit zum Ausstieg Kapitel 4.5.1.2.

569 Vgl. MÜLLER R., 209.

nen die Familienaktionäre die gesetzliche Einberufungsfrist der Generalversammlung verlängern.[570]

– Der Aktionärbindungsvertrag kann sodann Verfahren zur Bearbeitung von Konflikten unter den Familienaktionären vorsehen,[571] etwa eine Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten,[572] eine Mediation[573] oder die bindende Entscheidung durch einen unabhängigen Schiedsrichter.[574] Diese können sowohl im Vorfeld der fraglichen Generalversammlung als auch vor einer allfälligen nachfolgenden (ausserordentlichen) Generalversammlung zur Anwendung kommen.
– Weiter kann der Aktionärbindungsvertrag bei Vorliegen einer Pattsituation dem (neutralen) Vorsitzenden der Generalversammlung einen Stichentscheid einräumen.[575] Damit diese Regelung auch gegenüber dem Familienunternehmen Gültigkeit erlangt, ist eine entsprechende statutarische Grundlage erforderlich.[576]
– Eine ähnliche Wirkung können die Familienaktionäre in einer Pattsituation dadurch erreichen, dass sie sich im Aktionärbindungsvertrag dazu verpflichten, je eine Aktie treuhänderisch einem neutralen Dritten zu übertragen, der dann mit der Ausübung des Stimmrechts dieser beiden Aktien den Ausschlag gibt.[577]

---

570 Vgl. zur erforderlichen statutarischen Umsetzung sogleich Kapitel 4.1.2.4.3. Vgl. zur Verlängerung der Einberufungsfrist der Generalversammlung zudem bereits Kapitel 4.1.2.1.2b) (im Zusammenhang mit der Stimmbindung bezüglich der Wahl des Verwaltungsrats).

571 Vgl. zu diesen Verfahren Kapitel 5.3.

572 Vgl. zur Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten als Verfahren der Konfliktbearbeitung Kapitel 5.3.1.

573 BÖSIGER, 14; FÄHRLANDER, 300; FISCHER D., Konfliktlösung, 234; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1076; MÜLLER R., 209. Vgl. zur Mediation als Verfahren der Konfliktbearbeitung Kapitel 5.3.2.

574 BÖSIGER, 14; DRUEY, 31; FÄHRLANDER, 300; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1062; HAGEN-ECK, 752; KNOBLOCH, 563; SÖDING, 175; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 81 f.; TRIPPEL/JAISLI KULL, 207; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N 670.

575 Art. 703 Abs. 2 OR; BÖSIGER, 14; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 26.; FÄHRLANDER, 300; FISCHER D., Konfliktlösung, 228 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1048 f.; KNOBLOCH, 562; SÖDING, 174. Eine solche Lösung dürfte insbesondere dann Sinn ergeben, wenn der Verwaltungsratspräsident als unabhängiges Verwaltungsratsmitglied (vgl. dazu Kapitel 4.1.3.1.1b)) Vorsitzender der Generalversammlung ist.

576 Vgl. zur statutarischen Umsetzung sogleich Kapitel 4.1.2.4.3.

577 FISCHER D., Konfliktlösung, 232 f.; MÜLLER R., 209; SÖDING, 175.

– Soll der Entscheid bei einer Pattsituation nicht durch Dritte beeinflusst sein, können die Familienaktionäre auch vereinbaren, dass eine Pattsituation durch Losentscheid aufgelöst wird.[578] Wie der Stichentscheid bedarf auch der Losentscheid zur Geltung gegenüber dem Familienunternehmen einer statutarischen Grundlage.[579]
– Schliesslich können die Familienaktionäre Regelungen zum Ausstieg von Familienaktionären in den Aktionärbindungsvertrag aufnehmen, wonach ein die Beschlussfassung blockierender Familienaktionär ausscheiden kann, etwa in der Form eines Kaufrechts der Nachfolgerin in Bezug auf die Aktien der passiven Aktionäre.[580]

4.1.2.4.3 Aktienrechtliche Instrumente

Während die Statuten die Familienaktionäre aufgrund von Art. 680 Abs. 1 OR nicht zu einer vorgängigen Koordination ihres Stimmrechts verpflichten können, kann einer möglichen vorgängigen Absprache zur Stimmrechtsausübung dadurch Rechnung getragen werden, dass die gesetzliche Einberufungsfrist für Generalversammlungen von 20 Tagen verlängert wird.[581] Ebenfalls können die Familienaktionäre im Fall einer Pattsituation statutarisch dem Vorsitzenden der Generalversammlung den Stichentscheid[582] einräumen oder einen Losentscheid[583] vorsehen. Der statutarischen Verankerung der übrigen vertraglichen Regelungen zur Sicherstellung der Beschlussfähigkeit der Generalversammlung dürften hingegen Art. 680 Abs. 1 und Art. 706*b* Ziff. 1 OR entgegenstehen.[584]

---

578 FISCHER D., Konfliktlösung, 228 und 231 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1074; SÖDING, 175.

579 Vgl. zur statutarischen Umsetzung sogleich Kapitel 4.1.2.4.3.

580 BÖSIGER, 14; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1065; MÜLLER R., 210; SÖDING, 175 f.; TRIPPEL/JAISLI KULL, 207 Fn 9. Vgl. zum Kaufrecht der Nachfolgerin Kapitel 4.5.3.1.1.

581 Vgl. zur Zulässigkeit der statutarischen Verlängerung der Einberufungsfrist für Generalversammlungen Art. 700 Abs. 1 OR sowie BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 10. Vgl. zur Verlängerung der Einberufungsfrist für Generalversammlungen bereits Kapitel 4.1.2.1.2b) (im Zusammenhang mit der Wahl des Verwaltungsrats).

582 Art. 703 Abs. 2 OR; BGE 143 III 120 E. 3.2; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 26.

583 BGE 143 III 120 E. 3.2 (implizit); FISCHER D., Konfliktlösung, 232.

584 Vgl. bereits Kapitel 4.1.2.1.4 und dort die Nachweise in Fn 469. Die mit Art. 697*n* OR geschaffene Möglichkeit, gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten einem Schiedsgericht

4.1.3 Ausgestaltung auf der Ebene des Verwaltungsrats

Wie in Kapitel 4.1.1.2.1 ausgeführt, zielt das Interesse der Nachfolgerin an der Einflussnahme auf den Verwaltungsrat auf die Sicherung der Kompetenz zur Unternehmensführung nach ihren Vorstellungen, dasjenige der passiven Aktionäre auf die Wahrung ihrer Rechte und Interessen mittels der Bildung eines Gegenpols zur Nachfolgerin. Die Familienaktionäre können dementsprechend – wie in Kapitel 4.1.1.2.2 erwähnt – das Bedürfnis haben, sowohl bezüglich der personellen Besetzung[585] als auch im Bereich der Organisation und der Beschlussfassung auf den Verwaltungsrat Einfluss zu nehmen.

4.1.3.1 Besetzung des Verwaltungsrats

4.1.3.1.1 Anforderungen an die Besetzung

a) Vertretung der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre

Im Rahmen der personellen Besetzung des Verwaltungsrats wird die Nachfolgerin oftmals selbst Einsitz in den Verwaltungsrat einnehmen wollen.[586] Möchte sie sich gänzlich auf die Geschäftsleitung konzentrieren, wird es ihr hingegen darum gehen, einen oder mehrere gleichgesinnte Vertreter bestellen zu können, welche ihre strategische Ausrichtung teilen und ihr im Verwaltungsrat «den Rücken freihalten».

Auch den passiven Aktionären wird es darum gehen, zumindest einen Vertreter in den Verwaltungsrat wählen zu können.[587] Dass ein passiver Aktionär direkt in den Verwaltungsrat Einsitz nimmt, dürfte dann nicht erwünscht sein, wenn dieser nicht über die dafür erforderlichen Qualifikationen verfügt.[588] Vielmehr wird es sich dann beim Vertreter der passiven Aktionäre um eine Drittperson handeln, welche entsprechend qualifiziert ist und dazu bereit ist, die Interessen der passiven Aktionäre zu vertreten. Alternativ oder zusätzlich zu einem Verwaltungsratssitz kann

---

zu unterstellen, erstreckt sich nicht auf Konflikte, die ausschliesslich unter den Aktionären bestehen; vgl. dazu Kapitel 5.4.2 Fn 1420 (mit Nachweisen).

585 Vgl. zum Verfahren der Wahl der Verwaltungsratsmitglieder auf der Grundlage der vereinbarten Zusammensetzung des Verwaltungsrats Kapitel 4.1.2.1.2b).

586 Vgl. BAUMANN, 154.

587 FORSTMOSER, Governance, 488; HANSELMANN/HERZOG, 308; HARDER SCHULER, 184; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 242.

588 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1135. Vgl. zu den erforderlichen Qualifikationen von Verwaltungsratsmitgliedern Kapitel 4.1.3.1.1c).

den passiven Aktionären das Recht zugesprochen werden, einen Beobachter *(board observer)* zu ernennen, welcher an den Verwaltungsratssitzungen teilnehmen kann und Anspruch auf den Erhalt derselben Informationen wie die Verwaltungsratsmitglieder hat. Als Beobachter kommen nebst Dritten auch passive Aktionäre infrage.[589] Weil der Beobachter nicht Mitglied des Verwaltungsrats ist und damit nicht der entsprechenden Treue- und Geheimhaltungspflicht[590] untersteht, hat der Aktionärbindungsvertrag vorzusehen, dass dieser eine separate Geheimhaltungserklärung unterzeichnen muss.[591]

Sowohl für die Nachfolgerin als auch für die passiven Aktionäre ist schliesslich von Bedeutung, dass ihre Vertreter dazu bereit sind, im Verwaltungsrat – sofern mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar[592] – ihre jeweiligen Interessen wahrzunehmen und ihre Anweisungen zur Umsetzung des Aktionärbindungsvertrags zu befolgen.[593]

b) Interessenausgleich durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder

Ebenso wichtig wie die Vertretung der Interessen der Familienaktionäre als Prinzipale im Verwaltungsrat ist dessen reibungslose Funktionsfähigkeit und Zweckmässigkeit. Im Spannungsfeld zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre können unabhängige Verwaltungsratsmitglieder deshalb eine zentrale Rolle einnehmen, indem sie – den Interessen des Familienunternehmens verpflichtet[594] – für einen Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre sorgen[595] und so mitunter verhindern, «dass der Verwaltungsrat zu einem Gremium von reinen Interessenvertretern verkommt, die [. . .] nur die eigenen Interessen bzw. die Interessen der [Familien-]Aktionäre vertreten, die sie delegiert haben».[596] In dieser Funktion stellen die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder

589 Vgl. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 99.

590 Art. 717 Abs. 1 OR.

591 TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 99 f.

592 BSK OR II-WERNLI, Art. 709 N 18; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 87; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 709 N 9.

593 Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*b* N 4.

594 Art. 717 Abs. 1 OR; FELDEN/HACK/HOON, 195; VON MOOS, Besonderheiten, 109.

595 BÜHLER, Governance, 323; BÜHLER, Steuerung, 232 f.; LÜTHI/NEUWEILER, 171; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.257; VON MOOS, Besonderheiten, 112.

596 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 254.

überdies die Trennung von Familie und Unternehmen sicher,[597] verhindern negative Auswirkungen der Familie auf das Unternehmen[598] und sorgen für Sachlichkeit,[599] womit sich unabhängige Verwaltungsratsmitglieder zusätzlich für die Position des Verwaltungsratspräsidenten[600] sowie als Vermittler bei Konflikten zwischen den Familienaktionären[601] anbieten.

Die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder dienen aber nicht nur dem Interessenausgleich unter den Familienaktionären, der insbesondere im Interesse der passiven Aktionäre ist, um *checks and balances* gegenüber der Nachfolgerin sicherzustellen, sondern auch dem Erfolg des Familienunternehmens. Einerseits bringen unabhängige Verwaltungsratsmitglieder bei den Vertretern der Familienaktionäre nicht vorhandene Expertise ein,[602] andererseits stehen sie der Nachfolgerin als kritisch reflektierende «Sparringspartner» mit Sicht von aussen zur Verfügung,[603] sorgen für bessere Entscheide im Verwaltungsrat[604] und stellen die Qualität der Mitarbeitenden und das Know-how sicher.[605] Die Wahl unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder ist damit auch im Interesse der Nachfolgerin.

---

597 BÖCKLI, Leitgrundsätze, 528.

598 DE MASSIS/KOTLAR/CAMPOPIANO/CASSIA, 168. Vgl. zur Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen» Kapitel 2.2.2.1.1.

599 BARACH/GANITSKY, 143; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1139; GOEL/JUSSILA/IKÄHEIMONEN, 236; HARDER SCHULER, 178.

600 BAUMANN, 155; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1139; MÜLLER/BIEDERMANN, 894; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.259; STUDER, N 51.1.

601 AUWÄRTER, 143; BRENES/MADRIGAL/REQUENA, 285; HARDER SCHULER, 178; LÜTHI/NEUWEILER, 171. Vgl. zur Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten als Verfahren zur Konfliktbearbeitung Kapitel 5.3.1.

602 AUWÄRTER, 143; BAUMANN, 150; BÖCKLI, Leitgrundsätze, 528; BRENES/MADRIGAL/REQUENA, 284 f.; BÜHLER, Governance, 323; DE MASSIS/KOTLAR/CAMPOPIANO/CASSIA, 168; FORSTMOSER, Governance, 489; GOEL/JUSSILA/IKÄHEIMONEN, 236; HARDER SCHULER, 178; LE BRETON-MILLER/MILLER/STEIER, 311; LÜTHI/NEUWEILER, 171; PEERMÖLLER, 731; VON MOOS, Besonderheiten, 112. So können unabhängige Verwaltungsratsmitglieder etwa über zusätzliche Marktinformationen verfügen (FELDEN/HACK/HOON, 195).

603 FELDEN/HACK/HOON, 195; JACCARD, 340; LÜTHI/NEUWEILER, 171; VON MOOS, Besonderheiten, 112.

604 BETTINELLI, 163; BÖCKLI, Leitgrundsätze, 528; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1139.

605 DE MASSIS/KOTLAR/CAMPOPIANO/CASSIA, 168; VON MOOS, Besonderheiten, 112.

Vor dem Hintergrund ihrer positiven Funktionen im Kontext von Unternehmensnachfolgen ist den Familienaktionären deshalb zu empfehlen, im Aktionärbindungsvertrag über die Stimmbindung die Wahl von unabhängigen, familienexternen Verwaltungsratsmitgliedern vorzusehen.[606] Der Aktionärbindungsvertrag sollte dabei definieren, wann eine Person als unabhängig gilt. Dafür wird insbesondere zu verlangen sein, dass die betreffende Person nicht der Familie angehört oder Beziehungen zur Familie, insbesondere zu Familienaktionären, pflegt und zusätzlich weder geschäftsführend für das Familienunternehmen tätig ist noch geschäftliche Beziehungen zu diesem unterhält.[607]

c) Erforderliche Qualifikationen

Um sicherzustellen, dass der Verwaltungsrat nicht nur die soeben in Kapitel 4.1.3.1.1a) und 4.1.3.1.1b) beschriebenen Funktionen erfüllt, sondern auch seine Aufgaben erfolgreich wahrnimmt, empfiehlt es sich, dass die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag definieren, über welche Qualifikationen Verwaltungsratsmitglieder verfügen müssen.[608] Um Nepotismus vorzubeugen[609] und um die erforderliche Kompetenz im Verwaltungsrat sicherzustellen, haben die Anforderungen auch für Familienmitglieder respektive für die Familienaktionäre selbst zu gelten:[610] Auch für sie muss das Leistungsprinzip und nicht die familiäre Beziehung im Vordergrund stehen.[611] Als Anforderungen, denen Kandidaten für den Verwaltungsrat genügen müssen, kommen einerseits das Vorhandensein von Grundkenntnissen der Rechnungslegung sowie der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge infrage,[612] andererseits – für unabhängige Kandidaten –

606 AUWÄRTER, 143; FÄHRLANDER, 295; KUNZ, Familienunternehmen, 454. Vgl. zur Wahl externer Verwaltungsratsmitglieder als Erfolgsfaktor Kapitel 2.4.2.1, zur entsprechenden Stimmbindung Kapitel 4.1.2.1.2b).

607 BÜHLER, Governance, 323; BÜHLER, Steuerung, 232; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.257. Vgl. als Anhaltspunkt zudem die in Art. 728 Abs. 2 OR definierten Unabhängigkeitskriterien für die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision.

608 FÄHRLANDER, 296; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1135; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 254.

609 Vgl. zu Nepotismus als Herausforderung bei der familieninternen Unternehmensnachfolge Kapitel 2.2.2.2.1.

610 HARDER SCHULER, 187; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.248.

611 AUWÄRTER, 141; FORSTMOSER, Governance, 501; HAAB, 385; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8.

612 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 41 f.; HARDER SCHULER, 172; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.112; SCHENKER, Familiengesellschaften, 17 f.

spezifische Kenntnisse, über die die Nachfolgerin und allfällige Vertreter der passiven Aktionäre nicht verfügen. Für die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder wird es zudem unerlässlich sein, dass sie von allen Familienaktionären als unparteiisch wahrgenommen werden[613] und dazu bereit sind, eine ausgleichende Funktion zwischen diesen wahrzunehmen,[614] damit sie die in Kapitel 4.1.3.1.1b) beschriebenen Funktionen effektiv erfüllen können.

4.1.3.1.2 Zusammensetzung

Mit Blick auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrats können die Familienaktionäre einerseits über die Anzahl Mitglieder, andererseits über die Aufteilung der Sitze auf die Nachfolgerin und ihre Vertretung, den oder die Vertreter der passiven Aktionäre und die unabhängigen Mitglieder übereinkommen.

Hinsichtlich der Anzahl Mitglieder kann es einerseits aus Effizienzgründen Sinn ergeben, ein kleineres Gremium vorzusehen,[615] während andererseits die wahrgenommenen Aufgaben und die Arbeitslast des Verwaltungsrats eine grössere Anzahl Mitglieder gebieten können. Dementsprechend ist die Anzahl Mitglieder anhand der Grösse und der konkreten Bedürfnisse des Familienunternehmens festzulegen. Als grobe Richtlinie dürfte gelten, dass bei kleinen Familienunternehmen drei und bei mittleren und grösseren Familienunternehmen fünf oder mehr Mitglieder angebracht sind.[616] Um Pattsituationen möglichst zu verhindern, empfiehlt sich eine ungerade Anzahl Mitglieder.[617]

Bei der Besetzung der Sitze geht es darum, einerseits der Nachfolgerin ein hinreichendes Gewicht für die Umsetzung ihrer Vorstellungen der Unternehmensführung einzuräumen, andererseits aber auch darum, für ein angemessenes Gegengewicht durch den Vertreter der passiven Aktionäre und insbesondere durch die unabhängigen Mitglieder zu sorgen, sodass insbesondere letztere ihre Ausgleichsfunktion wahrnehmen können. Die Familienaktionäre können bei der Verteilung der Verwaltungsratssitze auch dafür sorgen, dass ihre Vertreter gemeinsam über eine Mehrheit verfügen, sodass diese bei Einigkeit untereinander unabhängig von den unabhängigen Mitgliedern entscheiden können.[618] Am Beispiel eines fünfköp-

613 BAUMANN, 151.

614 Vgl. HARDER SCHULER, 179.

615 Vgl. AUWÄRTER, 141; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8.

616 Vgl. HARDER SCHULER, 186.

617 Vgl. HARDER SCHULER, 179.

618 Vgl. auch FORSTMOSER, Governance, 489 Fn 85.

figen Verwaltungsrats kann die Verteilung der Sitze konkret so aussehen, dass die Nachfolgerin und ein von ihr nominiertes Mitglied, ein Vertreter der passiven Aktionäre und zwei unabhängige Mitglieder Einsitz nehmen. Sind sich die Vertreter der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre einig, können sie gemeinsam Beschlüsse fassen; sind sie sich uneinig, geben die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder den Ausschlag im Sinn der Interessen des Familienunternehmens.

4.1.3.1.3 Aktienrechtliche Instrumente

Hinsichtlich der vertraglich vereinbarten Besetzung des Verwaltungsrats können die Familienaktionäre zunächst die Anzahl Verwaltungsratsmitglieder in den Statuten definieren und die dispositive gesetzliche Regelung, wonach sich der Verwaltungsrat «aus einem oder mehreren Mitgliedern»[619] zusammensetzt, konkretisieren.[620] Das Vertretungsrecht der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre lässt sich – wie in Kapitel 4.1.2.1.4a) beschrieben – im Rahmen von Art. 709 OR statutarisch abbilden. Dabei wird es als zulässig angesehen, gegebenenfalls auch das Recht auf einen Beobachter statutarisch zu verankern.[621]

Die Statuten können sodann in einem beschränkten Rahmen Anforderungen an die Wählbarkeit von Verwaltungsratsmitgliedern definieren.[622] Die Anforderungen müssen dem Sachlichkeits- und dem Gleichbehandlungsgebot genügen.[623] Als zulässig erachtet werden beispielsweise Anforderungen hinsichtlich der fachlichen Qualifikationen,[624] sodass die Familienaktionäre die im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Erfordernisse in den Statuten verankern können. Zulässig dürfte auch die Vorschrift sein, wonach eine bestimmte Anzahl Mitglieder unabhängig zu sein hat,[625] womit der Anspruch auf die vereinbarte Anzahl unabhängiger, familienexterner Verwaltungsratsmitglieder abgesichert werden kann.

---

619 Art. 707 Abs. 1 OR.

620 BSK OR II-WERNLI, Art. 707 N 5.

621 GERICKE, Verwaltungsrat, 159; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 100.

622 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 54; BSK OR II-WERNLI, Art. 707 N 30; FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 15; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.69; SÖDING, 229; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 707 N 30.

623 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 54; BSK OR II-WERNLI, Art. 707 N 30; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.69; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 707 N 31.

624 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 54; BSK OR II-WERNLI, Art. 707 N 30; FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 17; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.69; SÖDING, 229; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 707 N 46.

625 SÖDING, 231; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 707 N 49.

4.1.3.2 Organisation und Beschlussfassung des Verwaltungsrats

Aus der weitreichenden Entscheidungsbefugnis in strategischen und operativen Belangen des Familienunternehmens ergibt sich für die Familienaktionäre das Interesse, zusätzlich zur Regelung der personellen Besetzung direkt auch auf die Willensbildung des Verwaltungsrats Einfluss zu nehmen und diesbezüglich im Aktionärbindungsvertrag Regelungen zu treffen. Es geht darum, auch auf der Ebene des Zusammenwirkens des Verwaltungsrats einen Ausgleich zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre zu schaffen. Dafür können die Familienaktionäre das Bedürfnis haben, mitunter in Bereichen der innergesellschaftlichen Organisation gestaltend einzugreifen, die der Disposition der Generalversammlung und damit ihren Kompetenzen als Aktionäre entzogen sind.[626] Dabei stellt sich zunächst die Frage, wie die Regelung der Organisation und Beschlussfassung gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrats überhaupt verbindlich geregelt werden kann, sodann die Frage nach der möglichen inhaltlichen Ausgestaltung entsprechender Regelungen.

4.1.3.2.1 Möglichkeiten der Familienaktionäre zur Einflussnahme auf Organisation und Beschlussfassung

Im Unterschied zur Besetzung des Verwaltungsrats, welche aufgrund von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR in der Kompetenz der Familienaktionäre liegt, ist der Verwaltungsrat grundsätzlich selbst – und sind damit dessen Mitglieder, die nicht Partei des Aktionärbindungsvertrags sind – für dessen Organisation zuständig.[627] Weil der Aktionärbindungsvertrag nur unter den Familienaktionären als Parteien verbindlich ist und den Verwaltungsrat dementsprechend nicht bindet,[628] stellt sich für die Familienaktionäre die Frage, wie die getroffenen Regelungen bezüglich der Organisation des Verwaltungsrats – sowohl hinsichtlich der Regelungsgegenstände, die in die Kompetenz der Generalversammlung und damit der Familienaktionäre selbst fallen, als auch hinsichtlich solcher, die nicht davon erfasst sind – gegenüber diesem auf verbindliche Weise angeordnet werden können.[629] Mehrere Instrumente kommen dafür in Betracht.

---

626 Vgl. zum entsprechenden Regelungsbedarf bereits Kapitel 4.1.1.2.2.

627 Vgl. Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 2 OR.

628 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 116 f.

629 Nach Ansicht gewisser Autoren sind vertragliche Vereinbarungen unter Aktionären im Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats unmöglich und damit nichtig (vgl. dazu FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 259 ff. und 282 f., jeweils m.w.H.). Nach hier vertretener Ansicht sind sol-

a) Statuten

Die Familienaktionäre können im gesetzlich zulässigen Rahmen[630] Statutenbestimmungen erlassen, welche Vorgaben zur Organisation und zur Beschlussfassung des Verwaltungsrats enthalten und diesen direkt binden.[631] Namentlich verfügen die Familienaktionäre von Gesetzes wegen über die Kompetenz, die Grösse des Verwaltungsrats festzulegen,[632] sich die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten vorzubehalten[633] sowie die Möglichkeit des Verwaltungsrats einzuschränken, die Geschäftsführung zu delegieren.[634] Demgegenüber steht das Selbstorganisationsrecht des Verwaltungsrats einer darüber hinausgehenden Einflussnahme der Familienaktionäre grundsätzlich entgegen, wobei der Umfang des Selbstorganisationsrechts – und damit die Möglichkeit der Familienaktionäre, entsprechende organisatorische Bestimmungen in die Statuten aufzunehmen – umstritten ist.[635] Möchten die Familienaktionäre auch im Bereich des Selbstorganisationsrechts des Verwaltungsrats Vorgaben aufstellen, haben sie deshalb auf andere Instrumente zurückzugreifen.

b) Vertragliche Einbindung der Vertreter im Verwaltungsrat

Denkbar ist sodann, dass sich die Vertreter der Familienaktionäre im Verwaltungsrat in Bezug auf die betreffenden organisatorischen Bestimmungen direkt an den Aktionärbindungsvertrag binden und sich so verpflichten, diese Bestimmungen umzusetzen. Ob dies im Licht der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben sowie der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats zulässig ist, ist

---

che Vereinbarungen im Zusammenspiel mit der im Aktionärbindungsvertrag vorzusehenden allgemeinen Pflicht der Familienaktionäre zu sehen, sich so zu verhalten, dass die vertraglichen Vereinbarungen soweit möglich umgesetzt werden (beispielsweise durch die Erteilung entsprechender Anweisungen an ihre Vertreter im Verwaltungsrat; vgl. zur entsprechenden Pflicht Kapitel 4.1.3.2.1d)), was keine unmögliche Leistung darstellt. Ob das Verhalten der Familienaktionäre dann tatsächlich zur Umsetzung der vertraglichen Regelung führt (etwa ob die Vertreter im Verwaltungsrat die Anweisungen tatsächlich umsetzen), ist eine andere Frage, die aber die Gültigkeit der vertraglichen Regelung nicht beschlägt.

630 Vgl. dazu FRICK J., N 722, sowie bereits Kapitel 3.1.1.2.

631 Vgl. zur Bindungswirkung der Statuten Kapitel 3.1.1.2.

632 Vgl. Art. 707 Abs. 1 OR sowie bereits Kapitel 4.1.3.1.3.

633 Art. 712 Abs. 2 OR. Vgl. bereits Kapitel 4.1.2.1.4.

634 Art. 716*b* Abs. 1 OR. Vgl. dazu Kapitel 4.1.3.2.3a).

635 Vgl. zur Umsetzung organisatorischer Bestimmungen in den Statuten und zum diesbezüglichen Gestaltungsspielraum Kapitel 4.1.3.2.3a).

umstritten, wobei sich eine Mehrheit der Lehrmeinungen für die Zulässigkeit einer solchen Bindung ausspricht, solange die Gesellschaftsinteressen Vorrang gegenüber den Instruktionen der Familienaktionäre geniessen und gewahrt sind.[636]

Eine derartige vertragliche Verpflichtung kann freilich aus der Warte der gebundenen Verwaltungsratsmitglieder unerwünscht sein, insbesondere mit Blick auf mögliche Haftungsfolgen. Den Haftungsrisiken, die sich ergeben können, wenn die Umsetzung der Bestimmungen des Aktionärbindungsvertrags gegen die Pflichten des Verwaltungsrats verstösst, kann jedoch dadurch begegnet werden, dass vertraglich die Schadloshaltung der gebundenen Vertreter vereinbart wird.[637] Weil die Familienaktionäre als Parteien des Aktionärbindungsvertrags die relevanten, von ihren Vertretern umzusetzenden Bestimmungen aufstellen, ist es ihnen zudem verwehrt, selbst Verantwortlichkeitsansprüche gegen diese geltend zu machen *(«volenti non fit iniuria»)*.[638]

c) Anweisung der Vertreter im Verwaltungsrat und Erlass eines Organisationsreglements

Weiter können sich die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag dazu verpflichten, die von ihnen nominierten Verwaltungsratsmitglieder anzuweisen, die Bestimmungen des Aktionärbindungsvertrags zur Organisation des Verwaltungsrats umzusetzen, was als rechtlich zulässig angesehen wird, solange dies mit der Pflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats vereinbar ist, im Interesse der Gesellschaft zu handeln.[639] Die Zulässigkeit, Sonderinteressen der vertretenen Familienaktionäre zu berücksichtigen, gilt insbesondere für Verwaltungsratsmitglieder, die Aktionärsvertreter i.S.v. Art. 709 OR sind.[640] Die Wirksamkeit einer solchen

---

636 Befürwortend z.B. FÄHRLANDER, 297 f.; FORSTMOSER, Aktionärbindungsvertrag, 400 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 372 ff.; GERICKE, Verwaltungsrat, 140 f.; HAAB, 385; HARDER SCHULER, 104 f. und 180 f.; HINTZ-BÜHLER, 11; LANG, 59; MARTIN, 230 ff.; STUDER, N 0.3. Ablehnend z.B. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 359 f.; VON DER CRONE, N 2081.

637 FISCHER D., Änderungen, 13.

638 BGE 131 III 640 E. 4.2.1; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 383; GERICKE, Verwaltungsrat, 145 f.

639 BGE 145 III 351 E. 4.3.1; GERICKE, Verwaltungsrat, 140; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 70 Fn 9; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8 Fn 42.

640 BSK OR II-WERNLI, Art. 709 N 18; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 87; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 709 N 9. Vgl. zur statutarischen Einräumung von Vertretungsrechten gestützt auf Art. 709 OR Kapitel 4.1.2.1.4a).

Verpflichtung dürfte mitunter von der faktischen Bereitschaft der Vertreter im Verwaltungsrat abhängig sein, die Anweisungen der jeweiligen Prinzipale umzusetzen, und damit von der Wahl von Vertretern mit entsprechender Bereitschaft durch die Familienaktionäre.[641] Wie bei der vertraglichen Einbindung der Vertreter im Verwaltungsrat lassen sich auch hier allfällige Haftungsrisiken für die Vertreter aus der Befolgung von Weisungen der Familienaktionäre dadurch abfedern, dass ihnen vertraglich eine Schadloshaltung zugesprochen wird. Ebenso gilt wiederum, dass die Familienaktionäre keine Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber ihrer Vertretung geltend machen können, da sie als Parteien des Aktionärbindungsvertrags die entsprechenden Anweisungen angeordnet haben.[642]

Gegenstand der Anweisung der Vertreter der Familienaktionäre im Verwaltungsrat kann – soweit nicht bereits durch den Unternehmer oder durch einen von diesem kontrollierten Verwaltungsrat vor dem Vollzug der Nachfolgelösung erfolgt – ferner der Erlass eines von den Familienaktionären vereinbarten und dem Aktionärbindungsvertrag angehängten Organisationsreglements sein.[643] Der Verwaltungsrat muss bereits von Gesetzes wegen ein Organisationsreglement erlassen, das im Rahmen der Ordnung der Geschäftsführung Verantwortlichkeiten, Kompetenzen und Berichterstattung regelt, wenn er die Geschäftsführung Ausschüssen oder der Geschäftsleitung überträgt.[644] Das Organisationsreglement kann darüber hinaus – innerhalb der Schranken des zwingenden Rechts und der Statuten[645] – aber auch Regeln zur Organisation des Verwaltungsrats selbst beinhalten.[646] Weil der Erlass eines Organisationsreglements in der Kompetenz des Verwaltungsrats selbst liegt,[647] bietet es im Gegensatz zu den Statuten eine bedeutend höhere Gestaltungsfreiheit im Bereich der Organisation und der Beschlussfassung des Verwaltungs-

641 Vgl. BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716*b* N 4. Vgl. zudem bereits Kapitel 4.1.3.1.1a).

642 Vgl. dazu soeben Kapitel 4.1.3.2.1b) sowie die dortigen Nachweise.

643 Vgl. Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 904.

644 Art. 716*b* Abs. 1 und 3 OR.

645 Bastian, 42; Forstmoser, Organisation, § 15 N 9; von Moos-Busch, 62 f. und 73. Zu beachten sind insbesondere die Pflichten des Verwaltungsrats nach Art. 717 OR (vgl. Frick J., N 748; Roth Pellanda, 79; von der Crone, N 1535).

646 Böckli, Aktienrecht, § 9 N 387; Forstmoser, Organisation, § 15 N 8. Vgl. auch Krneta, N 1716; von Moos-Busch, 78; Zen-Ruffinen/Bauen, N 425; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-Bühler, Art. 716*b* N 29 f. Vgl. zudem bereits die Einleitung zu Kapitel 4 und dort insbesondere Fn 367.

647 Vgl. Art. 716*b* OR.

rats.[648] Dies eröffnet den Familienaktionären die Möglichkeit, auch diejenigen Bereiche mittels eines generell-abstrakten Reglements zu regeln, die in den unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzbereich des Verwaltungsrats fallen, und damit entsprechende im Aktionärbindungsvertrag getroffene Vereinbarungen zur Organisation und Beschlussfassung des Verwaltungsrats auf für diesen verbindliche Weise nachzubilden – vorausgesetzt, ihre Vertreter sind zum Erlass eines solchen Organisationsreglements bereit.[649]

Weigern sich die Vertreter der Familienaktionäre, zumutbare Weisungen ihrer Prinzipale umzusetzen, steht es den Familienaktionären ferner frei, diese als «Sanktion» abzuwählen.[650] Der Aktionärbindungsvertrag kann die Familienaktionäre über die Stimmbindung dazu verpflichten, bei entsprechendem Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds für dessen Abwahl zu stimmen.[651]

d) Allgemeine Verhaltenspflicht der Familienaktionäre

Schliesslich können sich die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag dazu verpflichten, sich generell so zu verhalten und ihre Rechte im Allgemeinen so auszuüben, dass die im Aktionärbindungsvertrag getroffenen Regelungen umgesetzt werden. Dies kann sowohl die Ausübung des Stimmrechts hinsichtlich der statutarischen Abbildung der Regelungen, soweit dies zulässig ist,[652] als auch die entsprechende Anweisung allfälliger Vertreter im Verwaltungsrat – vorbehältlich der Verhaltenspflichten ihrer Vertreter – umfassen.[653]

---

648 Vgl. KRNETA, N 1725; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 429.

649 Vgl. BÖSIGER, 13; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*b* N 25 (zur Bindungswirkung des Organisationsreglements). Vgl. zur Umsetzung der getroffenen Regelungen im Organisationsreglement Kapitel 4.1.3.2.3b).

650 Vgl. KNOBLOCH, 561.

651 Vgl. zur Nichtbeachtung zumutbarer Weisungen der Familienaktionäre als Abberufungsgrund im Rahmen der Stimmbindung zur Wahl des Verwaltungsrats Kapitel 4.1.2.1.2c).

652 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 899.

653 Vgl. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 70 Fn 9. Vgl. zudem beispielsweise Ziff. 2 des Muster-Aktionärbindungsvertrags (*«large»*; 4. Auflage) der Schweizerischen Vereinigung für Unternehmensfinanzierung (SECA), abrufbar unter <https://www.seca.ch/getattachment/cc113019-14ea-48c3-bef4-6d22e4b079a2/large-Shareholders-Agreement-with-Annotations.aspx> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023).

4.1.3.2.2 Inhaltliche Ausgestaltung von Organisation und Beschlussfassung

a) Verteilung der Kompetenzen zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Nach der gesetzlichen Konzeption ist der Verwaltungsrat für die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft zuständig,[654] kann diese jedoch nach Massgabe von Art. 716*b* OR delegieren. Die Familienaktionäre können diesbezüglich gestaltend eingreifen und zunächst vereinbaren, dass bestimmte Entscheide im Rahmen der Geschäftsführung in der Kompetenz des Verwaltungsrats verbleiben sollen bzw. diesem zur Genehmigung unterbreitet werden müssen.[655] Damit unterliegen diese Entscheide je nach Zusammensetzung des Verwaltungsrats der Zustimmung und der Kontrolle der unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder sowie des Vertreters der passiven Aktionäre. Mögliche Beschlussgegenstände, die aus der Sicht der passiven Aktionäre dem Verwaltungsrat vorbehalten werden sollen, sind etwa die Festlegung des Budgets und der Finanzplanung, das Eingehen einmaliger oder wiederkehrender Verpflichtungen ab einem bestimmten Betrag oder die Aufnahme von Fremdkapital.[656] Ebenfalls wird es im Interesse der Familienaktionäre sein, Vorgaben zur Vergütung der Nachfolgerin, aber auch zu derjenigen allfälliger mitarbeitender Familienmitglieder aufzustellen.[657]

b) Zuweisung von Kompetenzen und Bildung von Ausschüssen innerhalb des Verwaltungsrats

Der Aktionärbindungsvertrag kann weiter die Verteilung der Kompetenzen unter den Verwaltungsratsmitgliedern regeln und – sofern dies mit Blick auf die Grösse des Verwaltungsrats und des Familienunternehmens Sinn ergibt – die Bildung von Ausschüssen vorsehen.[658] Dabei können die Familienaktionäre als ausgleichendes Element zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre besonders konfliktanfällige Kompetenzbereiche wie Personalentscheide, die Rechnungslegung, die Revision und die Festlegung

654 Art. 716 Abs. 2 OR.

655 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 667; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*b* N 8; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*b* N 22.

656 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 667; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*b* N 23.

657 Vgl. zur Regelung der Vergütung von mitarbeitenden Familienmitgliedern Kapitel 4.2.3.

658 Vgl. SCHENKER, Familiengesellschaften, 25 ff.

der Vergütung[659] unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zuweisen bzw. die dafür zuständigen Ausschüsse mit unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern besetzen.[660] Die Wahl externer Verwaltungsratsmitglieder und die Zuweisung von Kompetenzen an diese ist für die Sicherstellung des Ausgleichs zugunsten der passiven Aktionäre allfälligen Vetorechten vorzuziehen, weil dadurch eine sachliche Entscheidfindung, die auch den Interessen des Familienunternehmens entspricht, begünstigt wird.[661]

Im Einzelnen können sich insbesondere die folgenden Ausschüsse zur Wahrnehmung ausgleichender Funktionen anbieten:

– Einem Personalausschuss (Nominierungsausschuss) kann die Kompetenz, die unabhängigen Mitglieder des Verwaltungsrats und die Mitglieder der Geschäftsleitung zu nominieren, sowie die von den Familienaktionären nominierten Vertreter für den Verwaltungsrat auf ihre Eignung zu prüfen, zugewiesen werden. Zudem kann der Personalausschuss über die Anstellung und die allfällige Sanktionierung von Familienmitgliedern entscheiden.[662]
– Ein Vergütungsausschuss kann damit beauftragt werden, die individuellen Entschädigungen der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung – und damit diejenige der Nachfolgerin – festzusetzen sowie die Angemessenheit der Höhe der Entschädigungen regelmässig zu überprüfen. Vergütungs- und Personalausschuss können in einem gemeinsamen Ausschuss vereint werden.[663]
– Ein Prüfungsausschuss (Revisionsausschuss) kann schliesslich mit der Überprüfung der Rechnungslegung und der Überwachung der Revision betraut werden.

Verfügt das Familienunternehmen nur über wenige Verwaltungsratsmitglieder und nur über ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied, kann es sich anbieten, anstelle der Bildung von Ausschüssen die betreffenden Kompetenzen dem einzigen unabhängigen Mitglied zuzuweisen.

Weil die den Ausschüssen bzw. den entsprechend tätigen Verwaltungsratsmitgliedern zugewiesenen Kompetenzen gerade nicht durch den Gesamtverwaltungsrat

---

659 SCHENKER, Familiengesellschaften, 55.

660 Vgl. FORSTMOSER, Organisation, § 5 N 21.

661 Vgl. SCHENKER, Familiengesellschaften, 74.

662 Vgl. zur Anstellung und zur Sanktionierung von Familienmitgliedern Kapitel 4.2.2.1 respektive 4.2.2.3.

663 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*a* N 46.

unter Mitwirkung der interessengebundenen Vertreter der Familienaktionäre entschieden werden sollen – allen voran, wenn diese die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder stellen –, können die Familienaktionäre vereinbaren, dass den betreffenden Ausschüssen bzw. Verwaltungsratsmitgliedern in ihrem jeweiligen Aufgabenbereich eine selbstständige Entscheidungskompetenz zukommen soll. Dies ist soweit zulässig, als die Kompetenzen der Ausschüsse nicht in den Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats[664] fallen, welche zwingend der Beschlussfassung durch den Gesamtverwaltungsrat vorbehalten sind,[665] sodass den Ausschüssen diesbezüglich nur eine vorbereitende Funktion zukommen kann.[666] Weil der Entscheid über die personelle Besetzung der Geschäftsleitung als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Gesamtverwaltungsrats gilt,[667] kann der Personalausschuss lediglich in Bezug auf die Ebenen unterhalb der Geschäftsleitung[668] – und damit in Bezug auf die Anstellung von Familienmitgliedern in untergeordneten Positionen –, nicht aber bezüglich der (Weiter-)Beschäftigung der Nachfolgerin oder anderer Familienmitglieder in der Geschäftsleitung oder bezüglich der Nominierung neuer unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder entscheiden. Demgegenüber kann der Vergütungsausschuss selbstständig die individuellen Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung festsetzen,[669] womit er namentlich die Entschädigung der Nachfolgerin bestimmen kann. Alternativ können die Familienaktionäre vereinbaren, dass ihre Vertreter hinsichtlich dieser Beschlussgegenstände in den Ausstand treten müssen.

---

664 Art. 716*a* Abs. 1 OR.

665 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 669; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*a* N 38; FORSTMOSER, Organisation, § 5 N 14; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*a* N 131.

666 Wobei die Vorbereitungsarbeit der Ausschüsse aufgrund der Fachkompetenz ihrer Mitglieder die Beschlussfassung des Gesamtverwaltungsrats massgeblich prägt und insofern regelmässig auch der «blossen» vorbereitenden Tätigkeit der Ausschüsse grosses Gewicht zukommen wird; FORSTMOSER, Organisation, § 5 N 14, insbesondere Fn 25. Zudem können sich die Familienaktionäre dazu verpflichten, ihre Vertreter anzuweisen, den Anträgen der Ausschüsse bzw. der diese Funktion ausübenden Verwaltungsratsmitglieder zu folgen.

667 Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 4 OR.

668 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*a* N 19.

669 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*a* N 47; FORSTMOSER, Organisation, § 5 N 107.

c) Qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse

Nach der gesetzlichen Ordnung besteht für Beschlüsse des Verwaltungsrats kein Präsenzquorum[670] und fasst dieser seine Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.[671] Um die Interessen der passiven Aktionäre zu wahren, können die Familienaktionäre qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse vorsehen, die bei der Beschlussfassung über für sie bedeutsame Beschlussgegenstände Anwendung finden.

Mittels eines qualifizierten Anwesenheitsquorums kann für bestimmte Beschlussgegenstände vorgesehen werden, dass der Verwaltungsrat nur beschlussfähig ist, wenn die Vertretung der passiven Aktionäre anwesend ist, damit die Balance im Verwaltungsrat zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären gewahrt ist. Weil das betreffende Verwaltungsratsmitglied durch seine Abwesenheit jedoch die Beschlussfassung blockieren kann, braucht es eine Möglichkeit, um einem Missbrauch des Anwesenheitsquorums vorzubeugen. Bleibt das betreffende Verwaltungsratsmitglied etwa einer Sitzung, für welche die Beschlussfassung über einen besonderen Beschlussgegenstand traktandiert ist, grundlos fern, sollte das Anwesenheitserfordernis deshalb für die darauffolgende Sitzung entfallen.[672]

In Bezug auf die erforderliche Mehrheit zur Beschlussfassung können die Familienaktionäre vereinbaren, dass bestimmte Beschlussgegenstände abweichend vom Grundsatz des Kopfstimmprinzips[673] der Zustimmung von einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern, namentlich des Vertreters der passiven Aktionäre, oder eines erhöhten Quorums bedürfen. Gegenstand eines qualifizierten Mehrheitserfordernisses zum Schutz der Interessen der passiven Aktionäre können etwa Entscheide sein, die das Risikoprofil des Unternehmens massgeblich beeinflussen (beispielsweise Akquisitionen anderer Unternehmen mit höherem Risikoprofil in Analogie zu einer *asset substitution*[674]), weil regelmässig ein bedeutender Teil ihres Ver-

---

670 FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 72; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 91; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 713 N 7.

671 Art. 713 Abs. 1 OR; BSK OR II-WERNLI, Art. 713 N 8; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 713 N 11.

672 TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 93 f.; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8.

673 BÖSIGER, 10.

674 Bei der *asset substitution* geht es vereinfacht gesagt darum, dass bestehende Aktiven durch solche ersetzt werden, deren Rendite volatiler ist und die dementsprechend ein höheres Risiko bergen. Vgl. zum – i.d.R. im Zusammenhang mit den Rechten von Fremdkapitalgebern stehenden – Problem der *asset substitution* beispielsweise CARNEY, 424.

mögens ohne Diversifikationsmöglichkeiten im Familienunternehmen gebunden ist.[675] Gleiches gilt für das Eingehen erheblicher finanzieller Verpflichtungen (z.B. die Aufnahme von Fremdkapital ab Überschreitung einer bestimmten Fremdkapitalquote), weil die damit verbundenen Verbindlichkeiten die ausschüttbaren Mittel des Familienunternehmens schmälern.[676] Ebenso können Geschäfte mit nahestehenden Personen einem erhöhten Quorum unterstellt werden,[677] was die Gefahr der ungerechtfertigten Begünstigung von Personen, die der Nachfolgerin nahe stehen, mindert.[678] Schliesslich wird es sich anbieten, die Abänderung des Organisationsreglements bezüglich Bestimmungen, die die von den Familienaktionären im Aktionärbindungsvertrag getroffenen Abreden abbilden, dergestalt einem qualifizierten Quorum zu unterstellen, dass sowohl die Nachfolgerin bzw. ihre Vertretung als auch die Vertretung der passiven Aktionäre zuzustimmen haben.[679]

Verfügen die passiven Aktionäre nicht über einen Vertreter im Verwaltungsrat, ist auch eine Pflicht des Verwaltungsrats denkbar, die passiven Aktionäre oder einen allfälligen von ihnen bestellten Beobachter vorgängig zur Beschlussfassung über die genannten Beschlussgegenstände zu konsultieren.

Weil qualifizierte Quoren dazu führen können, dass der Verwaltungsrat nicht mehr beschlussfähig ist und dadurch funktionsunfähig wird, ist bei verschärften Anwesenheits- und Mehrheitserfordernissen – insbesondere bei allfälligen Einstimmigkeitserfordernissen – Vorsicht und Zurückhaltung geboten.[680] Diese sollten auf wenige Gegenstände beschränkt werden.

d) Vertretungsrecht

Weiter werden sich die Familienaktionäre über das Vertretungsrecht und die Zeichnungsberechtigung der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder verständigen

---

675 Vgl. zur daraus resultierenden Risikoaversion der passiven Aktionäre Kapitel 2.2.2.2.2.

676 Vgl. zum Interesse der passiven Aktionäre an Ausschüttungen Kapitel 2.1.3 sowie 2.2.2.2.3.

677 Vgl. zum Vorgehen bei Interessenkonflikten Kapitel 4.1.3.2.2e).

678 Vgl. dazu Kapitel 2.2.2.2.1.

679 Demgegenüber sollten in Bezug auf organisatorische Bestimmungen, die nicht dem Interessenausgleich unter den Familienaktionären dienen, keine qualifizierten Quoren zur Abänderung gelten, damit der Verwaltungsrat seine Organisation nach seinen (sich mit der Zeit verändernden) Bedürfnissen anpassen kann.

680 Vgl. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 95; VON SALIS, Vertragsklauseln, 292.

wollen.[681] Das Vertretungsrecht steht von Gesetzes wegen sämtlichen Mitgliedern des Verwaltungsrats zu.[682] So kann es erwünscht sein, dass allfällige passive Aktionäre, die zugleich Verwaltungsratsmitglieder sind, nicht (einzeln) zeichnungsberechtigt sein sollen oder dass generell sämtliche Verwaltungsratsmitglieder nur über eine kollektive Zeichnungsberechtigung verfügen sollen. Zusätzlich können die Familienaktionäre vorsehen, dass für ihre Vertreter zur Wahrung von *checks and balances* immer auch die Unterschrift eines unabhängigen Verwaltungsratsmitglieds erforderlich sein soll.

e) Vorgehen bei Interessenkonflikten

Aufgrund der sich notwendigerweise ergebenden Verflechtungen zwischen dem Familienunternehmen und den Familienangehörigen[683] sowie allfälliger nahestehender Personen können bei Verwaltungsratsmitgliedern Interessenkonflikte auftreten. Weil das Aktienrecht diesbezüglich lediglich generisch vorschreibt, dass von einem Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsratsmitglieder den Verwaltungsrat darüber informieren müssen und letzterer «die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind», zu ergreifen hat,[684] kann es angezeigt sein, im Aktionärbindungsvertrag auch das Vorgehen im Fall des Auftretens von Interessenkonflikten zu regeln.[685] Der Aktionärbindungsvertrag kann nebst einer Ausstandspflicht des betreffenden Verwaltungsratsmitglieds[686] vorsehen, dass von einem Interessenkonflikt betroffene Geschäfte entweder durch sämtliche nicht vom Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsratsmitglieder oder gar nur durch die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder zu prüfen und zu genehmigen sind.[687] Führt ein Interessenkonflikt dazu, dass ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied dauerhaft nicht mehr unabhängig ist, können die Familienaktionäre vereinbaren, dass dieses zurückzutreten hat respektive dass die Familien-

---

681 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 905.

682 Art. 718 Abs. 1 OR.

683 Vgl. dazu bereits Kapitel 2.2.2.1.1.

684 Art. 717*a* OR. Die BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 572, erwähnt als eine solche Massnahme die Möglichkeit, das betroffene Geschäft einer Abstimmung sowohl durch den Gesamtverwaltungsrat als auch durch die nicht vom Interessenkonflikt behafteten Mitglieder zu unterstellen, wobei zur Genehmigung beide Zusammensetzungen des Verwaltungsrats zustimmen müssen.

685 JACCARD, 340.

686 FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 106.

687 Vgl. zur Genehmigung von Geschäften mit nahestehenden Personen bereits Kapitel 4.1.3.2.2c).

aktionäre dieses abzuberufen und ein neues, unabhängiges Mitglied zu wählen haben.[688]

4.1.3.2.3 Aktienrechtliche Instrumente

a) Statuten

Gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 OR stellt die Festlegung der Organisation eine unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats dar. In der Lehre besteht Uneinigkeit darüber, ob das daraus abgeleitete Selbstorganisationsrecht des Verwaltungsrats[689] nebst der Organisation im Rahmen der Delegation der Geschäftsführung gemäss Art. 716*b* OR auch dessen innere Organisation umfasst, womit entsprechende statutarische Bestimmungen unzulässig wären.[690] Gerade statutarische Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse für Verwaltungsratsbeschlüsse scheinen relativ breit akzeptiert zu sein,[691] zumindest solange dadurch die Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrats nicht dauerhaft beeinträchtigt ist[692] und – mit Blick auf das für den Verwaltungsrat geltende Kopfstimmprinzip –

---

688 Vgl. zum Verlust der Unabhängigkeit als Abberufungsgrund Kapitel 4.1.2.1.2c).

689 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 133; BSK OR WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*a* N 12; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*a* N 44.

690 Zugunsten eines weit gefassten Selbstorganisationsrechts des Verwaltungsrats beispielsweise BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 133; FORSTMOSER, Organisation, § 8 N 31 und § 9 N 44 f.; GERMANN, N 2277; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.295; VON DER CRONE, N 1315 und 1372; VON MOOS-BUSCH, 79 f. Ein weit gefasstes Selbstorganisationsrecht ablehnend beispielsweise BSK OR II-WERNLI, Art. 712 N 4; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 713 N 8. Sowohl BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 133 (insbesondere Fn 331), als auch OFK OR-STACH, Art. 712 N 2, sprechen diesbezüglich von einer Tendenz der neueren Lehre zugunsten eines weit gefassten Selbstorganisationsrechts des Verwaltungsrats.

691 Insbesondere scheint das Bundesgericht in BGE 137 III 503 E. 3.4 qualifizierte Mehrheitserfordernisse für Verwaltungsratsbeschlüsse in den Statuten als zulässig erachtet zu haben *(«à moins que les statuts n'exigent une majorité qualifiée»)*. Befürwortend äussern sich in der Lehre beispielsweise BSK OR II-WERNLI, Art. 713 N 6a; CARENZA/JACQUEMOUD, 20; SCHENKER/SCHENKER, 261; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 90 ff.; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 713 N 8 und 12. Ablehnend beispielsweise BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 165 (anders jedoch noch in der 4. Auflage des Werks; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (4. Auflage), § 13 N 120); FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 80 Fn 134.

692 TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 92.

keine Vetorechte *ad personam* geschaffen werden.[693] Aufgrund der herrschenden Unklarheit ist indessen davon auszugehen, dass die Familienaktionäre in Bezug auf die innere Organisation des Verwaltungsrats nur über einen eingeschränkten statutarischen Gestaltungsspielraum verfügen.[694] Gleiches gilt wohl auch für die Regelung des Vorgehens bei Interessenkonflikten.[695]

Im Grundsatz unbestritten ist demgegenüber, dass die statutarische Regelung der Delegation der Geschäftsführung nach Massgabe von Art. 716*b* Abs. 1 OR zulässig ist. Die Statuten können nicht nur eine Delegation gänzlich untersagen, sondern diese auch nur teilweise einschränken oder aber diesbezügliche Vorschriften aufstellen,[696] etwa einen Genehmigungsvorbehalt des Verwaltungsrats für bestimmte Geschäfte vorsehen.[697, 698] In kleineren Familienunternehmen können

---

693 TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 97. Vgl. auch ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 713 N 16. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 96, hält sogar dafür, dass Einstimmigkeitsquoren in den Statuten zulässig sind (kritisch dazu BSK OR II-WERNLI, Art. 713 N 8).

694 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 253; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 84. Vgl. in praktischer Hinsicht auch die Hinweise bei BSK OR II-WERNLI, Art. 712 N 4, zur Praxis der Handelsregisterämter in Bezug auf statutarische Bestimmungen zur inneren Organisation des Verwaltungsrats, wonach insbesondere das Handelsregisteramt des Kantons Zürich entsprechende Bestimmungen mit Ausnahme der Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung zurückzuweisen pflegt.

695 Vgl. BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 572, wonach der Verwaltungsrat das Vorgehen bei Interessenkonflikten im Organisationsreglement zu regeln habe. Vgl. dazu sogleich Kapitel 4.1.3.2.3b).

696 BGE 137 III 503 E. 4.2 (im Kontext einer Vorschrift bezüglich der Delegation der Geschäftsführung, die auf den Minderheitenschutz abzielte, wonach die mit der Geschäftsführung betrauten Personen den für die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision geltenden Anforderungen an die Unabhängigkeit gemäss Art. 728 OR zu genügen hatten); BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 662; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*b* N 4; CARENZA/JACQUEMOUD, 20; FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 24 ff. und 31 (mit dem Hinweis auf Lehrstimmen, die einer detaillierten statutarischen Regelung der Delegationsmöglichkeiten im Licht des Paritätsprinzips kritisch gegenüberstehen); MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 3.106; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*b* N 7.

697 Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*b* N 8.

698 Im Unterschied zur bis am 31. Dezember 2022 geltenden Fassung von Art. 716*b* Abs. 1 OR, wonach die Statuten den Verwaltungsrat zur Delegation der Geschäftsführung ausdrücklich zu ermächtigen hatten, ist der Verwaltungsrat gemäss der per 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Fassung derselben Bestimmung nun von Gesetzes wegen dazu befugt, soweit «die Statuten nichts anderes vor[sehen]». Der Generalversammlung dürfte es indessen nach dem Grundsatz *«a maiore ad minus»* weiterhin

die Statuten zudem bestimmen, dass die Geschäftsführung nur einem Delegierten des Verwaltungsrats übertragen werden kann,[699] wobei die Nachfolgerin diese Rolle einnehmen kann. Grenze der statutarischen Regelung ist jedoch, dass die Statuten den Verwaltungsrat nicht dazu verpflichten können, die Geschäftsführung effektiv zu delegieren, sondern nur Regeln aufstellen können, für den Fall, dass der Verwaltungsrat die Geschäftsführung überträgt.[700]

Während statutarische Vorgaben über die Zuweisung von Kompetenzen und die Bildung von Ausschüssen im Verwaltungsrat im Allgemeinen als Gegenstand des verwaltungsrätlichen Selbstorganisationsrechts nicht zulässig sein dürften,[701] können die Familienaktionäre die aktienrechtlichen Vorschriften zur Vergütung bei börsenkotierten Gesellschaften übernehmen, in welchem Fall der Vergütungsausschuss von der Generalversammlung zu wählen und statutarisch zu regeln ist.[702] Gleiches gilt, wenn Ausschüsse gebildet werden sollen, denen eine eigenständige Entscheidungskompetenz zukommt:[703] Weil darin eine Übertragung der Geschäftsführung nach Art. 716*b* Abs. 1 OR zu erblicken ist, können die Statuten entsprechende Vorschriften aufstellen.[704]

Gemäss ausdrücklicher Regelung in Art. 718 Abs. 1 OR sind die Familienaktionäre schliesslich frei, die Vertretungsbefugnis der Verwaltungsratsmitglieder in den Statuten zu regeln.[705]

---

unbenommen sein, für den Fall der Delegation der Geschäftsführung Vorschriften aufzustellen (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 662 Fn 1510).

699 Vgl. ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*b* N 10.

700 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*b* N 4; FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 32; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 3.106; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*b* N 8.

701 Zulässig ist wohl nur eine statutarische Ermächtigung, nicht aber die Anordnung der Bildung von Ausschüssen; vgl. FORSTMOSER, Organisation, § 5 N 28 ff. und § 9 N 38 f.; VON MOOS-BUSCH, 79 (bezüglich der Verteilung von Aufgaben innerhalb des Verwaltungsrats). Vgl. ferner ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 712 N 1.

702 Art. 732 Abs. 2 i.V.m. Art. 733 Abs. 1 und 5 OR.

703 Vgl. zur Entscheidungskompetenz der einzelnen Ausschüsse Kapitel 4.1.3.2.2b).

704 Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*a* N 38; FORSTMOSER, Organisation, § 5 N 30 f.; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*a* N 131.

705 FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 29.

b) Organisationsreglement

Wie in Kapitel 4.1.3.2.1c) ausgeführt, können die Familienaktionäre in einem Organisationsreglement Regelungen zur Organisation und Beschlussfassung des Verwaltungsrats aufstellen, die den entsprechenden Bestimmungen im Aktionärbindungsvertrag nachgebildet sind.[706] Das Organisationsreglement kann bereits durch den Unternehmer oder einen durch diesen kontrollierten Verwaltungsrat vor dem Vollzug der Nachfolgelösung verabschiedet werden, oder aber danach auf entsprechende Anweisung der Familienaktionäre an ihre Vertreter im Verwaltungsrat hin.[707]

Nebst einer allfälligen Konkretisierung der Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gemäss Statuten[708] kann das Organisationsreglement insbesondere qualifizierte Quoren vorsehen, sowohl bezüglich der erforderlichen Präsenz[709] als auch bezüglich der Mehrheitserfordernisse[710] bei der Beschlussfassung. Aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit dem Kopfstimmprinzip dürften jedoch Zustimmungserfordernisse einzelner Verwaltungsratsmitglieder, beispielsweise der Nachfolgerin oder des Vertreters der passiven Aktionäre, unzulässig sein.[711] Soll der Nachfolgerin oder dem Vertreter der passiven Aktio-

---

706 BÖSIGER, 12 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 903; HARDER SCHULER, 238; VISCHER, Nachfolgeplanung, 7.

707 Vgl. dazu bereits Kapitel 4.1.3.2.1c).

708 Vgl. soeben Kapitel 4.1.3.2.3a).

709 BASTIAN, 71; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 168 (jedoch nur in Bezug auf Präsenzquoren von bis zu zwei Dritteln sämtlicher Mitglieder des Verwaltungsrats); BSK OR II-WERNLI, Art. 713 N 6a; FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 73; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 92 (sofern das Anwesenheitsquorum nicht die Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrats dauerhaft einschränkt); VON DER CRONE, N 1374.

710 Befürwortend beispielsweise BASTIAN, 71; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 165 f. (in Bezug auf «einzelne besonders bedeutsame Beschlussgegenstände» wie bedeutende Investitionen, nicht jedoch bezüglich der «jährlichen absolut notwendigen Beschlüsse» gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 6 OR); BSK OR II-WERNLI, Art. 713 N 6a; FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 80 f.; SCHENKER, Familiengesellschaften, 54; TRIEBOLD, 50; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 90; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N 659; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 713 N 12. Ablehnend beispielsweise VON DER CRONE, N 1372.

711 Vgl. das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140114-O vom 25. Oktober 2015 E. 4.3.4.: Das Handelsgericht des Kantons Zürich kam zum Schluss, dass ein Zustimmungserfordernis in einem Organisationsreglement, wonach eine bestimmte Kategorie von Verwaltungsratsmitgliedern bestimmten Geschäften zustimmen muss, gegen das Kopfstimmprinzip und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstösst, weil

näre ein Vetorecht eingeräumt werden, kann das Organisationsreglement für den betreffenden Beschlussgegenstand aber Einstimmigkeit verlangen, wodurch das gleiche Resultat wie bei einem Zustimmungserfordernis erreicht wird, ohne ein formelles Vetorecht einzelner Mitglieder zu schaffen. Ob ein solches Einstimmigkeitserfordernis zulässig ist, ist jedoch umstritten.[712]

Zulässig ist ferner die Regelung der Kompetenzen innerhalb des Verwaltungsrats respektive der Bildung von Ausschüssen,[713] welche nach Massgabe des Aktionärbindungsvertrags umgesetzt werden kann. Gleiches gilt für das Vorgehen bei Interessenkonflikten[714] sowie – falls nicht abschliessend in den Statuten geregelt – für das Vertretungsrecht.[715]

4.1.4 Ausgestaltung auf der Ebene der Geschäftsleitung

Im Gegensatz zur Ebene des Verwaltungsrats ist das Interesse der passiven Aktionäre an der Gestaltung der Ebene der Geschäftsleitung zumeist eher untergeordnet.[716] Dennoch kann es Sinn ergeben, Grundsätze auch in Bezug auf die Besetzung und die Organisation der Geschäftsleitung im Aktionärbindungsvertrag zu verankern, einerseits – aus der Sicht der passiven Aktionäre – um dem Spielraum der in der Geschäftsleitung tätigen Nachfolgerin in einem vernünftigen Umfang einzugrenzen, andererseits – aus der Sicht der Nachfolgerin – um die erforderliche

---

den betreffenden Verwaltungsratsmitgliedern durch das Zustimmungserfordernis faktisch eine höhere Stimmkraft als den übrigen Mitgliedern zukommt. Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 167; FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 84; TRIEBOLD, 43 ff. (mit einer Kritik am zitierten Urteil); TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N 659. TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 97 f., hält demgegenüber dafür, dass das Erfordernis der Zustimmung eines oder mehrerer Vertreter einer Aktionärsgruppe i.S.v. Art. 709 OR zulässig sein soll, sofern mehrere Vertreter bestehen und nicht alle dieser Vertreter zustimmen müssen.

712 Befürwortend z.B. BÖSIGER, 13; FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 81; TRIPPEL, Mitwirkungsrechte, 95 f. Ablehnend beispielsweise BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 167; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 713 N 12.

713 Vgl. FORSTMOSER, Organisation, § 18 N 2; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.298.

714 BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 572; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 716*b* N 30. Vgl. auch FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 106.

715 Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 1.299; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 441.

716 Vgl. zur Interessenlage bereits Kapitel 4.1.1.3.1.

Gestaltungsfreiheit im Bereich der Geschäftsführung sicherzustellen. Besonders auf dieser Ebene ist aber auch der nötigen Flexibilität Rechnung zu tragen, die Geschäftsleitung an die Bedürfnisse des Familienunternehmens anzupassen, was eine zurückhaltende, auf grundlegende Schutzbedürfnisse der Familienaktionäre beschränkte vertragliche Regelung gebietet.[717]

4.1.4.1 Regelungsspielraum der Familienaktionäre

Wie in Bezug auf den Verwaltungsrat[718] stellt sich auch im Bereich der Geschäftsleitung zunächst die Frage, wie die unter den Familienaktionären getroffenen Regelungen innergesellschaftlich Verbindlichkeit erlangen können – im Unterschied zum Verwaltungsrat auch hinsichtlich der personellen Besetzung der Geschäftsleitung, die kraft Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 4 OR unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat obliegt. Zur Bindung des Verwaltungsrats im Bereich der Geschäftsleitung stehen den Familienaktionären grundsätzlich die gleichen Instrumente zur Verfügung.[719] Nebst der Einbindung der Verwaltungsratsmitglieder in den Aktionärbindungsvertrag und der Anweisung dieser – jeweils soweit dies mit den Interessen des Familienunternehmens vereinbar ist[720] – bietet sich insbesondere die Regelung in einem (bei Bedarf von den Vertretern der Familienaktionäre im Verwaltungsrat zu erlassenden) Organisationsreglement an, hat der Verwaltungsrat im Zusammenhang mit der Delegation der Geschäftsführung an die Geschäftsleitung doch ohnehin ein solches zu verabschieden.[721] Zwar ist es denkbar, Mitglieder der Geschäftsleitung analog zu den Mitgliedern des Verwaltungsrats ebenfalls direkt in den Aktionärbindungsvertrag einzubinden,[722] jedoch dürften Anweisungen an den Verwaltungsrat bezüglich der Organisation der Geschäftsleitung vorzuziehen sein.[723] Zudem kann den Verwaltungsratsmitglie-

---

717 Vgl. bereits Kapitel 2.3.1.1.

718 Vgl. Kapitel 4.1.3.2.1.

719 Vgl. Kapitel 4.1.3.2.1 sowie für die (beschränkte) Zulässigkeit statutarischer Regelungen Kapitel 4.1.4.4.1.

720 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 403 (insbesondere Fn 76) und 893.

721 Art. 716*b* Abs. 1 OR. Vgl. zur Regelung in einem Organisationsreglement Kapitel 4.1.4.4.2.

722 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 403.

723 Dies dürfte sich insbesondere aus Verantwortlichkeitsüberlegungen aufdrängen, damit der Verwaltungsrat als ultimativ für die Geschäftsführung verantwortliches Organ nicht «übergangen» wird. Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 404.

dern wiederum eine Schadloshaltung im Zusammenhang mit der Befolgung der Weisungen der Familienaktionäre zugesprochen werden.[724]

4.1.4.2 Besetzung der Geschäftsleitung

Mit Blick auf eine kompetente und ausgewogene Geschäftsleitung kann der Aktionärbindungsvertrag Regelungen über das Verfahren und die Kriterien zur personellen Besetzung der Geschäftsleitung enthalten.[725] Wie bei der Besetzung des Verwaltungsrats ist es auch bezüglich der Geschäftsleitung ratsam, objektive und fähigkeitsbezogene Kriterien anzuwenden.[726] Besonders bei kleineren und mittleren Familienunternehmen wird es sich anbieten, mitunter von der Familie unabhängige Dritte zu engagieren, um das Familienunternehmen zu professionalisieren.[727] Die Familienaktionäre können dazu vereinbaren, dass die Nominierung der Mitglieder der Geschäftsleitung dem aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammengesetzten Personalausschuss bzw. dem diese Funktion wahrnehmenden unabhängigen Verwaltungsratsmitglied zusteht.[728]

Ferner mag es dem Wunsch der Nachfolgerin entsprechen, sich einen Anspruch auf Einsitz in die Geschäftsleitung vertraglich zu sichern. Ein solches Recht sollte aber nicht unbeschränkt gelten, etwa für den Fall, dass die Nachfolgerin ihre Pflichten gegenüber dem Familienunternehmen schwer verletzen sollte. Zudem dürfte die reglementarische Verankerung einer solchen Regelung von den Verwaltungsratsmitgliedern im Licht ihrer Verhaltenspflichten besonders kritisch beäugt werden.

---

724 Vgl. Kapitel 4.1.3.2.1c).

725 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 254 f.; TRIPPEL/JAISLI KULL, 209. Wiederum (vgl. bereits Kapitel 4.1.3.2.1, insbesondere Fn 629) ist eine diesbezügliche vertragliche Vereinbarung unter den Familienaktionären nach hier vertretener Ansicht zulässig, weil es sich dabei um eine allgemeine Verhaltenspflicht (z.B. zur entsprechenden Anweisung der eigenen Vertreter im Verwaltungsrat) und nicht um eine Pflicht, das Stimmrecht entsprechend auszuüben, handelt (vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 892).

726 AUWÄRTER, 143 f.; FORSTMOSER, Governance, 501.

727 SCHENKER, Familiengesellschaften, 29.

728 Vgl. zur Bildung von Ausschüssen und zur Zuweisung von Kompetenzen bereits Kapitel 4.1.3.2.2b).

4.1.4.3 Organisation und Kompetenzen der Geschäftsleitung

Möglicher Inhalt der Vorgaben zur Organisation kann – wie bereits im Zusammenhang mit den Kompetenzen des Verwaltungsrats[729] – die Regelung der Kompetenzen der Geschäftsleitung und die Abgrenzung zu denjenigen des Verwaltungsrats sein, wobei zugunsten der passiven Aktionäre vereinbart werden kann, dass Geschäfte von grosser Tragweite, z.B. solche, die einen bestimmten Wert übersteigen, durch den Verwaltungsrat zu genehmigen sind.[730] Auch können Grundsätze, die das Unternehmen als Familienunternehmen auszeichnen und aufgrund welcher dem Familienunternehmen Goodwill entgegengebracht wird, Gegenstand der Vorgaben an die Geschäftsleitung bilden.[731] Vorgaben zur Organisation der Geschäftsleitung sollten jedoch nur massvoll eingesetzt und im Übrigen dem Verwaltungsrat überlassen werden, damit dieser sie zweckmässig und den (sich im Lauf der Zeit verändernden) Bedürfnissen des Familienunternehmens entsprechend ausgestalten kann.

4.1.4.4 Aktienrechtliche Instrumente

4.1.4.4.1 Statuten

Weil die Kompetenz zur Ernennung der Geschäftsleitung unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zusteht,[732] können die Familienaktionäre keine diesbezüglichen Statutenbestimmungen aufstellen.[733] Der Spielraum der Familienaktionäre, um mittels Ausgestaltung der Statuten auf die Geschäftsleitung Einfluss zu nehmen, ist dementsprechend auf das Aufstellen von Vorgaben bezüglich der Delegation der Geschäftsführung nach Massgabe von Art. 716*b* Abs. 1 OR beschränkt. Damit ist eine Statutenbestimmung zulässig, wonach der Verwaltungsrat für bestimmte Geschäfte zuständig bleibt oder diese genehmigen muss.[734] Aus derselben Bestimmung ergibt sich ferner die Zulässigkeit der Vorgabe, dass eine bestimmte Anzahl Mitglieder der Geschäftsleitung unabhängig sein muss.[735]

---

729 Vgl. Kapitel 4.1.3.2.2a).

730 CARENZA/JACQUEMOUD, 20. Vgl. zu den möglichen der Genehmigung des Verwaltungsrats zu unterstellenden Geschäften bereits Kapitel 4.1.3.2.2a).

731 Vgl. EGLE, N 152.

732 Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 4 OR; vgl. bereits Kapitel 4.1.4.1.

733 FÄHRLANDER, 294; FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 19; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 892; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 253.

734 Vgl. bereits Kapitel 4.1.3.2.3a).

735 Vgl. BGE 137 III 503 E. 4.2; BERTSCHINGER, Einsichtsrecht, 189 Fn 18.

4.1.4.4.2 Organisationsreglement

Weil das Organisationsreglement formell durch den Verwaltungsrat als für die Organisation der Geschäftsleitung zuständiges Organ erlassen wird, verfügen die Familienaktionäre diesbezüglich über einen weiteren Gestaltungsspielraum als in Bezug auf die Statuten. Namentlich können darin die vereinbarten Grundsätze zur personellen Besetzung sowie zu den Aufgaben und Kompetenzen der Geschäftsleitung Eingang finden. Zur Umsetzung eines allfälligen Anspruchs der Nachfolgerin, gemäss Aktionärbindungsvertrag als Mitglied der Geschäftsleitung tätig zu sein, ist vor dem Hintergrund der dem Verwaltungsrat obliegenden Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre[736] jedoch eine entsprechende vertragliche Einbindung oder Anweisung der Verwaltungsratsmitglieder zu empfehlen.

4.1.5 Zwischenfazit

Die Herausforderung der Familienaktionäre bei der Ausgestaltung der Unternehmensführung und der Regelung des Stimmrechts besteht darin, einen Ausgleich zwischen einem möglichst weiten Spielraum der Nachfolgerin und einem sinnvollen Mass an Kontrollrechten zugunsten der passiven Aktionäre auf drei Ebenen – Generalversammlung, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – zu schaffen.

Auf der Ebene der Generalversammlung bietet sich als ausgleichendes Instrument zunächst die Stimmbindung an. Dadurch können die Familienaktionäre einerseits die Ausübung des Stimmrechts im Sinn der Nachfolgerin – ungeachtet ihrer Stimmkraft – regeln und andererseits die Interessen der passiven Aktionäre schützen, indem sich die Familienaktionäre, allenfalls unter der Einhaltung gewisser Bedingungen, insbesondere dazu verpflichten, zugunsten eines Vertreters der passiven Aktionäre im Verwaltungsrat zu stimmen. Die Stimmbindung schafft überdies Voraussehbarkeit in Bezug auf die Beschlussfassung der Generalversammlung.

Verfügt die Nachfolgerin – mit Blick auf die nicht der Stimmbindung unterliegenden Beschlussgegenstände – aufgrund der Aufteilung der Aktien am Familienunternehmen nicht über eine Stimmenmehrheit, kann ihr eine solche dadurch gewährt werden, dass ihre Aktien am Familienunternehmen oder ein Teil davon als Stimmrechtsaktien ausgestaltet werden. Zum selben Zweck können den passiven Aktionären Partizipationsscheine anstelle von Aktien zugewiesen werden. Gleichzeitig kann die Stimmkraft der Nachfolgerin über eine Stimmrechtsbeschränkung in der Höhe beschränkt werden. Ausgleichend können sich ferner

[736] Art. 717 Abs. 2 OR.

qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse auswirken, womit insbesondere die Nachfolgerin nicht ohne die Mitwirkung der passiven Aktionäre oder mindestens eines Teils dieser über die unterstellten Beschlussgegenstände entscheiden kann, selbst wenn sie über eine Stimmenmehrheit verfügt. Weil bei qualifizierten Anwesenheits- und Mehrheitserfordernissen jedoch die Gefahr besteht, dass die Generalversammlung keine positiven Beschlüsse mehr fassen kann, sollten diese nur zurückhaltend eingesetzt werden und hat der Aktionärbindungsvertrag zusätzlich ein Verfahren zur Überwindung von Blockaden vorzusehen.

Auf der Ebene des Verwaltungsrats steht zunächst die Regelung der personellen Besetzung im Vordergrund, im Rahmen welcher der Nachfolgerin sowie den passiven Aktionären die Nominierung von Vertretern (bzw. im Fall der Nachfolgerin ihre eigene Nominierung) vorbehalten werden kann. Daneben empfiehlt es sich, auch unabhängige familienexterne Personen in den Verwaltungsrat zu wählen, da sich diese sowohl auf den Erfolg des Familienunternehmens als auch auf dessen Governance positiv auswirken und als ausgleichendes Element in Bezug auf die divergierenden Interessen der Familienaktionäre dienen. Der Aktionärbindungsvertrag sollte die Anforderungen und das Verfahren zur Nomination von Verwaltungsratsmitgliedern regeln, einschliesslich des Vorgehens bei Uneinigkeit zwischen den Familienaktionären darüber, ob ein nominierter Kandidat die vereinbarten Anforderungen erfüllt. Die Familienaktionäre können im Aktionärbindungsvertrag weiter Vereinbarungen bezüglich der Organisation und Beschlussfassung des Verwaltungsrats treffen, so etwa, dass die Beschlussfassung über bestimmte Gegenstände – beispielsweise solche, die das Risikoprofil des Familienunternehmens massgeblich verändern – von der Anwesenheit oder der Zustimmung der Vertreter bestimmter Familienaktionäre, insbesondere derjenigen der Vertreter der passiven Aktionäre, abhängig ist, oder dass Kompetenzen bezüglich unter den Familienaktionären besonders konfliktanfälliger Bereiche – z.B. Vergütung, Mitarbeit von Familienmitgliedern, Revision – den unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zugewiesen werden. Generell sollte der Ausgleich zwischen der Kontrolle und der Einflussmöglichkeit der passiven Aktionäre einerseits und der Sicherstellung der Handlungsfähigkeit des Familienunternehmens andererseits bevorzugt über die Wahl unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder statt über Vetorechte erfolgen.

Weil die Vereinbarungen im Aktionärbindungsvertrag gegenüber dem Verwaltungsrat nicht verbindlich sind, haben die Familienaktionäre die von ihnen nominierten Mitglieder zur Umsetzung anzuhalten. Ebenso können Regelungen in gewissen Bereichen für die Verwaltungsratsmitglieder verbindlich in den Statuten oder in einem von den Vertretern der Familienaktionäre im Verwaltungsrat zu erlassenden Organisationselement festgesetzt werden, wobei Änderungen derjeni-

gen Bestimmungen, die den Aktionärbindungsvertrag umsetzen, einem erhöhten Zustimmungsquorum unterstellt werden können, sodass sämtliche Vertreter der Familienaktionäre zuzustimmen haben.

Im Bereich der Geschäftsleitung können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag ebenfalls Grundsätze zur personellen Besetzung – im Rahmen welcher das Leistungsprinzip verankert werden kann – sowie zur Organisation und zu den Kompetenzen vereinbaren. Aus der Sicht der passiven Aktionäre geht es diesbezüglich darum, den Spielraum der Nachfolgerin zu ihrer «Sicherheit» in einem vernünftigen Mass einzugrenzen, etwa dadurch, dass Geschäfte ab einer bestimmten Tragweite durch den Verwaltungsrat und damit mitunter durch unabhängige Personen genehmigt werden müssen. Zur Sicherstellung der Umsetzung können die Familienaktionäre wiederum die von ihnen nominierten Verwaltungsratsmitglieder entsprechend anweisen und Grundsätze im Organisationsreglement festhalten.

Je nachdem, wie stark die Nachfolgerin im Bereich der Unternehmensführung begünstigt wird, etwa durch eine Erhöhung ihrer (relativen) Stimmkraft oder durch eine Senkung der Stimmkraft der passiven Aktionäre, beispielsweise durch die Einführung von Stimmrechtsaktien, wird es schliesslich erforderlich sein, durch den Einsatz von Instrumenten aus anderen Regelungsbereichen einen Ausgleich zugunsten der passiven Aktionäre und ihrer Interessen herbeizuführen.

4.2 Mitarbeit von Familienmitgliedern

4.2.1 Ausgangslage

4.2.1.1 Interessenlage

Als Person, welche die Geschäftsführung des Familienunternehmens vom Unternehmer übernehmen möchte, steht bei der Mitarbeit von Familienmitgliedern die Nachfolgerin im Fokus. Daneben kann es aber auch gewünscht sein oder gar eine Notwendigkeit darstellen, dass auch andere Familienmitglieder – seien dies Familienaktionäre oder Familienmitglieder, die keine Aktien am Familienunternehmen halten – im Familienunternehmen tätig sein können, beispielsweise in folgenden Fällen:

– Ein Familienmitglied ist zur finanziellen Absicherung auf die Mitarbeit im Familienunternehmen angewiesen,[737] z.B. wenn dieses in fortgeschrittenem Arbeitsalter seine Stelle verliert;

[737] Vgl. SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 255.

– Die Nachfolgerin möchte ihre eigenen Nachkommen an das Familienunternehmen heranführen oder ihr nahestehende Personen beschäftigen; oder
– Vor dem Vollzug der Unternehmensnachfolge bereits im Familienunternehmen tätige Familienmitglieder sollen weiterhin beschäftigt werden.[738]

Während die Nachfolgerin mit Blick auf den Erfolg des Familienunternehmens an kompetenten Mitarbeitenden – und damit an der Möglichkeit, ungeeignete Familienmitglieder von der Mitarbeit abzuhalten[739] –, allenfalls aber auch am Nachziehen der eigenen Nachkommen sowie hinsichtlich ihrer finanziellen Ziele an einem grosszügigen Lohn interessiert ist,[740] steht für die passiven Aktionäre im Sinn ihrer Gleichbehandlung und Teilhabe ein Anspruch auf Mitarbeit im Familienunternehmen (bei eigenem oder bei Bedarf von nahestehenden Familienmitgliedern)[741] sowie die Beschränkung der Vergütung der Nachfolgerin zugunsten der ausschüttbaren Mittel,[742] einschliesslich der entsprechenden Transparenz, im Vordergrund.

4.2.1.2 Regelungsbedarf

Im besten Fall kann die Mitarbeit von Familienmitgliedern die in Kapitel 2.2.2.1.1 beschriebenen positiven Eigenschaften von Familienunternehmen zum Vorschein bringen. Wie in Kapitel 2.2.2.1.1 und 2.2.2.2.1 dargestellt, birgt die Mitarbeit von Familienmitgliedern jedoch gleichzeitig das Risiko, dass mitarbeitende Familienmitglieder direkt oder indirekt ungerechtfertigte Vorteile auf Kosten des Familienunternehmens und damit mittelbar auch zulasten der (anderen) Familienaktionäre erlangen. So kann die Nachfolgerin durch nicht leistungsgerechte Bezüge für sich selbst oder für ihr nahestehende Personen[743] die ausschüttbaren Mittel des Familienunternehmens schmälern.[744] Zudem besteht die Gefahr, dass sich mitarbeitende Familienmitglieder durch Einmischung und Anmassung von Kompetenzen kraft ihrer Familienzugehörigkeit, durch ungerechtfertigte Beanspruchung der Ressour-

738 Vgl. Kapitel 2.1.1 zur Verantwortung des Unternehmers für Mitarbeitende des Familienunternehmens.

739 BAUMANN, 121; SCHENKER, Familiengesellschaften, 32. Vgl. bereits Kapitel 2.4.2.3 zum Erfolgsfaktor der Mitarbeit nach dem Leistungsprinzip.

740 Vgl. Kapitel 2.1.2.

741 BAUMANN, 121.

742 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 256.

743 Vgl. Kapitel 2.2.2.2.1.

744 JÖRG/MÜLLER, 315.

cen des Familienunternehmens[745] oder durch fehlende Kompetenz und Qualifikationen als zur Mitarbeit ungeeignet erweisen,[746] was sich das Familienunternehmen in einem von Wettbewerb geprägten Marktumfeld nicht leisten kann.[747] Die Mitarbeit von Familienmitgliedern kann deshalb nicht nur das Ziel der erfolgreichen Unternehmensführung beeinträchtigen, sondern durch eine ungerechtfertigte Möglichkeit der Mitarbeit oder durch den Erhalt nicht leistungsgerechter Bezüge auch zu einem Ungleichgewicht zwischen den Familienaktionären führen – und bildet damit einen häufigen Streitpunkt in Familienunternehmen.[748]

Damit ergeben sich die zwei bereits in Kapitel 2.3.1.2 erörterten Spannungsfelder, die im Kontext des allgemeinen Spannungsfelds zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre im Aktionärbindungsvertrag zu regeln sind: zum einen zwischen dem Anspruch auf Mitarbeit und der Sicherstellung kompetenter Mitarbeitender und zum anderen zwischen der Freiheit der Nachfolgerin, sich eine grosszügige Entschädigung auszubezahlen, und dem Interesse der passiven Aktionäre an einem leistungsgerechten Lohn der Nachfolgerin, der hinreichende freie Mittel für Dividendenausschüttungen übrig lässt.[749]

Weil sowohl für Personalentscheide auf den Ebenen unterhalb des Verwaltungsrats[750] als auch für die Regelung der Vergütung[751] der Verwaltungsrat zuständig ist, müssen die Familienaktionäre zur Umsetzung der vereinbarten Regelungen auf diesen Ebenen wiederum auf die vertragliche Einbindung oder Anweisung ihrer Vertreter im Verwaltungsrat oder – soweit möglich – auf deren Verankerung in den Statuten oder im Organisationsreglement zurückgreifen, was im Aktionärbindungsvertrag entsprechend zu regeln ist.[752]

---

745 Vgl. Kapitel 2.2.2.1.1 und 2.2.2.2.1.

746 SCHENKER, Familiengesellschaften, 32.

747 BÖCKLI, Leitgrundsätze, 527 f.

748 NEUVIANS/RÖSCH/GERARDS, 424.

749 FÄHRLANDER, 296.

750 FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 19; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 370.

751 Art. 716 Abs. 1 OR; vgl. in Bezug auf den Verwaltungsrat KRNETA, N 1771.

752 Vgl. zu den Möglichkeiten der Umsetzung der im Aktionärbindungsvertrag getroffenen Regelungen auf der Ebene des Verwaltungsrats im Allgemeinen Kapitel 4.1.3.2.1 sowie konkret zur aktienrechtlichen Umsetzung in Bezug auf die Regelung der Mitarbeit und der Vergütung von Familienmitgliedern Kapitel 4.2.2.5 respektive 4.2.3.3.

4.2.2 Ausgestaltung der Mitarbeit

4.2.2.1 Voraussetzungen der Mitarbeit

Um sicherzustellen, dass hinreichend qualifizierte Personen für das Familienunternehmen tätig sind, aber auch, um diesbezügliche Konflikte zu verhindern, sollten die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag zunächst die Voraussetzungen der Mitarbeit von Familienmitgliedern regeln.[753] Die Besetzung von Stellen im Familienunternehmen sollte sich dabei nach dem Leistungsprinzip und nicht nach der Familienzugehörigkeit richten,[754] um den entsprechenden Erfolgsfaktor[755] zu verwirklichen. An der Mitarbeit interessierte Familienmitglieder sollten den Anforderungen, die auch eine Drittperson für die betreffende Stelle erfüllen muss – etwa hinsichtlich Qualifikationen oder Berufserfahrung[756] –, genügen.[757] Unter Umständen kann es indessen erwünscht sein, dass Familienmitglieder weitergehende Anforderungen zu erfüllen haben, etwa Berufserfahrung ausserhalb des Familienunternehmens.[758] Erfüllt ein Familienmitglied die relevanten Voraussetzungen, kann diesem der Vorrang gegenüber Nicht-Familienmitgliedern gegeben werden, wodurch auch Mitglieder der dritten Familiengeneration, insbesondere die Nachkommen der Nachfolgerin, an das Familienunternehmen herangeführt werden können. Aufgrund des Konfliktpotenzials, das Personalentscheide in Bezug auf Familienmitglieder bergen, empfiehlt es sich, diese einem Gremium von unabhängigen, familienexternen Personen – soweit vorhanden insbesondere dem Personalausschuss oder dem diese Funktion wahrnehmenden unabhängigen Verwaltungsratsmitglied – zuzuweisen, welches über die Erfüllung der Anforderungen befindet.[759]

Im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Mitarbeit stellt sich zudem die Frage, ob Familienmitgliedern, die die erforderlichen Qualifikationen erfüllen, ein

---

753 Die Regelung der Voraussetzungen der Mitarbeit wird sich freilich ohnehin in allgemeingültiger Form auch für Nicht-Familienmitglieder aufdrängen, um die Kompetenz der Mitarbeitenden des Familienunternehmens sicherzustellen.

754 AUWÄRTER, 140; BÜHLER, Governance, 326; BÜHLER, Steuerung, 231; FÄHRLANDER, 296; FORSTMOSER, Governance, 503 Fn 148. Vgl. betreffend den Verwaltungsrat Kapitel 4.1.3.1.1c) sowie betreffend die Geschäftsleitung Kapitel 4.1.4.2.

755 Vgl. Kapitel 2.4.2.3.

756 LÄCHLER/BLUM, 889; LUTTER, 29.

757 HAGEN-ECK, 748; LÄCHLER/BLUM, 889; WOYWODE/KEESE/TÄNZLER, 426.

758 BÖCKLI, Leitgrundsätze, 527; LÄCHLER/BLUM, 889.

759 HAGEN-ECK, 748; SCHENKER, Familiengesellschaften, 62. Vgl. bereits Kapitel 4.1.3.2.2b).

Anspruch auf Mitarbeit zustehen soll, beispielsweise solchen, die im Zeitpunkt des Übergangs des Familienunternehmens bereits für dieses tätig sind oder die aus finanziellen Gründen auf eine Mitarbeit angewiesen sind. Zwar ist denkbar, dass der Aktionärbindungsvertrag einen Anspruch auf Mitarbeit vorsieht,[760] sodass die Familienaktionäre ihre Vertreter im Verwaltungsrat entsprechend anzuweisen haben. Jedoch muss der Verwaltungsrat stets den Gesellschaftsinteressen Vorrang einräumen,[761] weshalb er jeweils in der Lage sein muss, die Anstellung eines nicht geeigneten Familienmitglieds zu verweigern, auch wenn dieses über einen vertraglichen Anspruch auf Mitarbeit verfügt.[762] Eine entsprechende Bestimmung im Aktionärbindungsvertrag sollte deshalb vorzugsweise vorsehen, dass das Bedürfnis von Familienmitgliedern zur Mitarbeit im Familienunternehmen angemessen zu berücksichtigen ist, jedoch ohne diesen einen Anspruch auf Mitarbeit einzuräumen.

Die Familienaktionäre können die Mitarbeit von Familienmitgliedern schliesslich durch eine Altersgrenze einschränken,[763] welche zumindest für Geschäftsführungspositionen gelten sollte. Damit stellt der Aktionärbindungsvertrag mitunter sicher, dass die Familienaktionäre die Nachfolgeregelung in Bezug auf das Familienunternehmen nicht zu spät angehen, da durch eine solche Altersgrenze klar absehbar ist, wann die Nachfolgerin von ihrer geschäftsführenden Position abzutreten hat.

4.2.2.2 Inhaltliche Grundsätze der Mitarbeit

Um der Gefahr der unerwünschten Vermischung von Familie und Unternehmen vorzubeugen, können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag auch für das laufende Arbeitsverhältnis Grundsätze definieren. Zum einen drängt sich eine klare Definition von Anforderungen und Rollenbeschreibungen auf, um Kompetenzüberschreitungen durch mitarbeitende Familienmitglieder vorzubeugen.[764] Dies gilt besonders dann, wenn Familienmitglieder in hierarchisch untergeordneten Funktionen tätig sind und sich kraft ihrer Familienzugehörigkeit Kompetenzen anmassen, die ihnen aufgrund ihrer Position nicht zustehen.[765] Der

760 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1441; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 255.

761 Vgl. dazu bereits Kapitel 4.1.3.2.1c) und dort die Nachweise in Fn 639.

762 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1443, insbesondere Fn 36.

763 LÄCHLER/BLUM, 889.

764 HAGEN-ECK, 748.

765 Vgl. Kapitel 2.2.2.2.4.

Aktionärbindungsvertrag kann diesbezüglich eine Verpflichtung sämtlicher Familienaktionäre vorsehen, im Rahmen ihrer Möglichkeiten dafür zu sorgen und insbesondere ihre jeweiligen Vertreter im Verwaltungsrat dahingehend anzuweisen, dass dieser Grundsatz umgesetzt wird. Die klare Definition von Kompetenzen wird sich aber ohnehin für sämtliche Mitarbeitenden des Familienunternehmens aufdrängen.

Zum anderen mag je nach Konstellation die Regelung angebracht sein, dass Geschäftsverhältnisse des Familienunternehmens mit nahestehenden Personen dem Grundsatz *arm's length* entsprechen müssen, um die Gewährung nicht marktkonformer Konditionen oder Vorteile an Familienmitglieder zu verhindern.[766] Soweit dies die Nachfolgerin als Mitglied des Verwaltungsrats betrifft, wird dies bereits durch die Regelung des Vorgehens bei Interessenkonflikten abgedeckt sein.[767] Für die Nachfolgerin als Mitglied der Geschäftsleitung sowie für andere Familienmitglieder, denen im Rahmen ihrer Stellung eine entsprechende Entscheidungskompetenz zukommt, kann es sich dagegen anbieten, die Prüfung und Genehmigung durch eine übergeordnete, unabhängige Instanz, beispielsweise die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder, vorzusehen. Wiederum wird eine solche Regelung nicht nur für mitarbeitende Familienmitglieder, sondern auch generell für die gesamte Belegschaft des Familienunternehmens Sinn ergeben.

4.2.2.3 Möglichkeit der Sanktionierung

Um den Erfolg des Familienunternehmens über die Anstellung von Familienmitgliedern hinaus sicherzustellen, sollte der Aktionärbindungsvertrag ferner Bestimmungen zur Sanktionierung oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses von mitarbeitenden Familienmitgliedern vorsehen, wenn diese die ihnen übertragenen Aufgaben ungenügend erfüllen. Die Familienaktionäre sollten sich dementsprechend auf das Vorgehen zur Feststellung einer Schlechterfüllung einigen.[768] Als Schlechterfüllung sollte mindestens ein von Art. 337 OR erfasstes Fehlverhalten gelten,[769] aber auch eine geringfügigere Schlechterfüllung sollte zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen können.[770] Der Aktionärbindungsvertrag kann namentlich Gründe definieren, welche eine Abberufung bzw. Kündigung zur

---

766 Vgl. HAGEN-ECK, 749; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.227.

767 Vgl. zur entsprechenden Regelung Kapitel 4.1.3.2.2e).

768 HAGEN-ECK, 748; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 255.

769 VON KAENEL/LENZLINGER/CARCAGNI ROESLER, 319 f.

770 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 255.

Folge haben.[771] Wiederum sollte die Kompetenz zur Feststellung der Schlechterfüllung sowie zur Kündigung einer unabhängigen, familienexternen Person bzw. einem aus unabhängigen, familienexternen Personen zusammengesetzten Gremium obliegen, soweit vorhanden idealerweise dem Personalausschuss.[772] Hält das betreffende Familienmitglied Aktien am Familienunternehmen, ist zudem eine Bad-Leaver-Regelung denkbar, wonach der betreffende Familienaktionär seine Aktien der Nachfolgerin oder den übrigen Familienaktionären zu einem tiefen Betrag zum Verkauf anbieten muss.[773]

4.2.2.4 Regelung der Nachfolge in der Geschäftsführung

Zu regeln sind schliesslich die Folgen des Rücktritts der Nachfolgerin von ihrer leitenden Position im Familienunternehmen, namentlich die Besetzung der von ihr bekleideten Rolle im Rahmen der Geschäftsführung. Dabei ist insbesondere zu regeln, ob allfällige Nachkommen der Nachfolgerin oder andere Familienmitglieder den Vorzug gegenüber Dritten erhalten sollen, wenn sie daran interessiert sind. Der Aktionärbindungsvertrag kann diesbezüglich entsprechende Regeln vorsehen, welche wiederum den Voraussetzungen der Mitarbeit von Familienmitgliedern[774] entsprechen sollten. Alternativ können die Familienaktionäre vereinbaren, dass der Rücktritt eine Überprüfung des Aktionärbindungsvertrags durch die Familienaktionäre auslöst, womit die Regelung zur Mitarbeit an die veränderten Umstände und Bedürfnisse der Familienaktionäre angepasst werden kann.[775]

4.2.2.5 Aktienrechtliche Instrumente

Damit die vereinbarten Regelungen betreffend die Mitarbeit von Familienmitgliedern auch gegenüber dem Familienunternehmen und dem Verwaltungsrat Gültigkeit erlangen, stellt sich die Frage nach ihrer aktienrechtlichen Umsetzung.[776]

---

771 SCHENKER, Familiengesellschaften, 62.

772 HAGEN-ECK, 748. Vgl. zur Bildung und zu den Kompetenzen des Personalausschusses Kapitel 4.1.3.2.2b).

773 Vgl. CARENZA/JACQUEMOUD, 13; PAIR, 29. Vgl. zum entsprechenden Kaufrecht der Nachfolgerin Kapitel 4.5.3.1.1.

774 Vgl. dazu Kapitel 4.2.2.1.

775 Vgl. zur Überprüfungs- und Anpassungsklausel Kapitel 5.2.2.

776 Vgl. zu den Umsetzungsmöglichkeiten im Allgemeinen (bezogen auf den Verwaltungsrat) Kapitel 4.1.3.2.1.

4.2.2.5.1 Statuten

Weil die Generalversammlung grundsätzlich nicht über die Kompetenz verfügt, auf personelle Entscheide in den Ebenen unterhalb des Verwaltungsrats Einfluss zu nehmen,[777] dürfte sich eine statutarische Regelung der vereinbarten Grundsätze nebst Bestimmungen, welche den Einsitz von Familienmitgliedern im Verwaltungsrat betreffen[778] – soweit dies im Licht der mit einer statutarischen Regelung einhergehenden Publizität überhaupt gewünscht ist – höchstens auf Vorgaben im Bereich der Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat an die Geschäftsleitung (Art. 716*b* OR) beschränken, etwa zu erforderlichen Qualifikationen oder zu Unabhängigkeitserfordernissen.[779]

4.2.2.5.2 Organisationsreglement

Das Organisationsreglement kann grundsätzlich Regelungen betreffend die Mitarbeitenden des Familienunternehmens beinhalten. Die Grenze der Formalisierung der Regelung der Mitarbeit im Organisationsreglement dürfte im Gleichbehandlungsgebot sowie in der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats, der sich in Bezug auf die Wahrung letzterer nicht zu stark einschränken sollte, liegen.[780] Auch dürften spezifische Regelungen in Bezug auf einzelne Familienmitglieder im Widerspruch zur Natur des Organisationsreglements als grundsätzlich generell-abstraktes Reglement stehen.[781] Damit empfiehlt sich, im Organisationsreglement allgemein auch für nicht der Familie angehörende Mitarbeitende geltende Regelungen zu verankern, spezifisch auf Familienmitglieder anwendbare Regelungen hingegen über die entsprechende Anweisung der Vertreter der Familienaktionäre im Verwaltungsrat sowie mittels entsprechender Ausgestaltung der Arbeitsverträge von mitarbeitenden Familienmitgliedern umzusetzen.

---

777 FÄHRLANDER, 294; FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 19; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 892; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 253. Vgl. bereits Kapitel 4.1.4.4.1.

778 Z.B. Anforderungen bezüglich der fachlichen Qualifikationen, die Verwaltungsratsmitglieder generell – und damit auch im Verwaltungsrat Einsitz nehmende Familienmitglieder – erfüllen müssen; vgl. dazu bereits Kapitel 4.1.3.1.3.

779 Vgl. zur statutarischen Einschränkung der Befugnis zur Delegation der Geschäftsführung bereits Kapitel 4.1.3.2.3a).

780 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1443 Fn 36.

781 Vgl. BASTIAN, 42; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716*b* N 5; FORSTMOSER, Organisation, § 14 N 23.

4.2.3 Ausgestaltung der Entschädigung und allfälliger Nebenleistungen

4.2.3.1 Regelung der Entschädigung

Bei der Ausgestaltung der Entschädigung steht die Regelung der Bezüge der Nachfolgerin im Vordergrund. Für in untergeordneten Positionen tätige Familienmitglieder kann der Aktionärbindungsvertrag aber den Grundsatz festhalten, dass sie die ihnen kraft ihrer Position zustehende Vergütung erhalten sollen und dass eine Privilegierung aufgrund ihrer Familienzugehörigkeit ausgeschlossen ist.[782] Dadurch soll mitunter verhindert werden, dass die Nachfolgerin durch die Ausrichtung eines überhöhten Salärs an allfällige mitarbeitende Nachkommen Mittel des Familienunternehmens an der vertraglichen Regelung der eigenen Vergütung «vorbeischleust».

Die Familienaktionäre können im Aktionärbindungsvertrag zunächst die Bemessung der Vergütung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung – und damit die Vergütung der Nachfolgerin – festsetzen. Im Sinn eines sachlichen Ausgleichs zwischen den Interessen der passiven Aktionäre und denjenigen der Nachfolgerin können die Familienaktionäre als Grundsatz vereinbaren, dass den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung eine marktübliche Vergütung zustehen soll,[783] wobei insbesondere die Nachfolgerin die einer Drittperson in der gleichen Position zustehende Entschädigung erhalten soll.[784]

In Bezug auf die konkrete Höhe der Vergütung kann der Aktionärbindungsvertrag diese betragsmässig festsetzen. Eine solche Regelung sorgt für klare Verhältnisse und Voraussehbarkeit. Dabei wird sich indessen aufdrängen, einen Anpassungsmechanismus vorzusehen, beispielsweise so, dass sich der Betrag periodisch um einen bestimmten Prozentsatz erhöht oder dass der Vergütungsausschuss respektive das diese Aufgabe wahrnehmende unabhängige Verwaltungsratsmitglied innerhalb einer bestimmten Bandbreite eine Erhöhung beschliessen kann.

Alternativ können die Familienaktionäre den Vergütungsausschuss respektive das diese Aufgabe wahrnehmende unabhängige Verwaltungsratsmitglied oder einen Personalberater mit der Festsetzung der Höhe der Vergütung beauftragen.[785] Dabei können die Familienaktionäre den Spielraum zur Festlegung durch die Vorgabe

---

782 Vgl. LÄCHLER/BLUM, 889.

783 AUWÄRTER, 140; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.301. Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1416.

784 LÄCHLER/BLUM, 889.

785 SCHENKER, Familiengesellschaften, 63.

eines Maximalbetrags[786] oder einer Bandbreite einschränken. Sowohl ein Maximalbetrag als auch eine Bandbreite sollten wiederum im zeitlichen Verlauf angepasst werden können, etwa auf entsprechenden Vorschlag des Vergütungsausschusses nach einer bestimmten Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags.

Ungeachtet dessen, ob der Aktionärbindungsvertrag die Vergütung betragsmässig festsetzt oder lediglich die diesbezüglichen Parameter definiert, hat der Verwaltungsrat die Familienaktionäre jährlich über die ausgerichtete Vergütung zu informieren, damit die passiven Aktionäre deren Vertragsmässigkeit überprüfen können. Insbesondere können die Familienaktionäre die Pflicht zur Erstellung eines Vergütungsberichts vorsehen.[787]

Möchten die Familienaktionäre bei der Festsetzung der Vergütung das letzte Wort behalten, können sie im Aktionärbindungsvertrag vereinbaren, dass sie den Vorschlag des Vergütungsausschusses jeweils in der Generalversammlung genehmigen müssen.[788] Verfügt die Nachfolgerin über eine Stimmenmehrheit, kann der entsprechende Beschluss einem qualifizierten Mehrheitserfordernis unterstellt werden, sodass nebst ihr auch mindestens ein passiver Aktionär zustimmen muss.[789] Ebenfalls hat der Aktionärbindungsvertrag das Vorgehen im Fall einer Ablehnung zu regeln, etwa so, dass der Vergütungsausschuss den Familienaktionären einen angepassten Antrag mit einer tieferen Vergütung zu unterbreiten hat.[790] Während diese Variante den passiven Aktionären das höchste Mass an Kontrolle und Einfluss gewährt, eröffnet sie diesen gleichzeitig die Möglichkeit, ihr faktisches Vetorecht zu missbrauchen. Um dem vorzubeugen, kann der Aktionärbindungsvertrag der Nachfolgerin ein fixes Mindestgehalt zusprechen und nur eine allfällige über diesen Betrag hinausgehende Entschädigung der Genehmigung durch die Generalversammlung unterstellen.[791]

Soll die Nachfolgerin zum Bezug eines Teils ihrer Vergütung in Aktien am Familienunternehmen berechtigt sein, ist auch das betreffende Mitarbeiterbeteiligungsprogramm zu regeln.[792] Dabei kann sich aber auch eine Beschränkung des Bezugs

---

786 FÄHRLANDER, 301; HENSCH/STAUB, 1174; HINTZ-BÜHLER, 17.

787 Vgl. zum Inhalt des Vergütungsberichts Art. 734*a* OR. Vgl. zur statutarischen Umsetzung Kapitel 4.2.3.3.1.

788 Vgl. zur statutarischen Umsetzung Kapitel 4.2.3.3.1.

789 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 244.

790 Vgl. RÜESCH/FORSTER, N 38.141.

791 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 244.

792 PAIR, 29; RÜTTER/ZWYSSIG, 144.

zusätzlicher Aktien als Teil der Entschädigung der Nachfolgerin aufdrängen, insbesondere weil sich dadurch das Gleichgewicht zwischen ihr und den passiven Aktionären in Bezug auf die Stimmkraft in der Generalversammlung verschieben kann.

4.2.3.2 Regelung von Nebenleistungen

Zusätzlich zur Regelung der eigentlichen Vergütung drängt sich die Regelung allfälliger Nebenleistungen auf.[793] Der Aktionärbindungsvertrag sollte insbesondere festhalten, dass allfällige Nebenleistungen und *fringe benefits*, wie etwa ein Geschäftsauto, einem mitarbeitenden Familienmitglied nicht aufgrund seiner Familienzugehörigkeit, sondern einzig aufgrund der mit der entsprechenden Position einhergehenden Funktion und Verantwortung, beispielsweise nach Massgabe eines für alle Mitarbeitenden des Familienunternehmens geltenden Personalreglements, zustehen.

4.2.3.3 Aktienrechtliche Instrumente

4.2.3.3.1 Statuten

Damit die Regelung der Vergütung auch gegenüber dem Familienunternehmen und damit namentlich gegenüber dem Verwaltungsrat Geltung erlangt, kann es sich anbieten, diesbezügliche Grundsätze in den Statuten abzubilden. Gegenstand einer statutarischen Regelung kann insbesondere Folgendes sein:

– Die Statuten können eine Maximalvergütung für die Mitglieder des Verwaltungsrats[794] und der Geschäftsleitung[795] vorsehen. Weil sich die Höhe einer innerhalb der Branche, in der das Familienunternehmen tätig ist, angemessenen Vergütung im Lauf der Zeit ändern kann, sollte ein Mechanismus zur Anpassung vorgesehen werden. Beispielsweise kann vereinbart werden, dass der Vergütungsausschuss bzw. das diese Funktion wahrnehmende unabhängige Verwaltungsratsmitglied periodisch, z.B. alle fünf Jahre, die Höhe der

---

793 HAGEN-ECK, 748; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 255.

794 RÜESCH/FORSTER, N 38.143. Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1414 Fn 80.

795 Vgl. BERTSCHINGER, Lohn, 397 f., gestützt auf BGE 137 III 503 E. 4.2, wonach die Statuten Vorgaben im Bereich der Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat an die Geschäftsleitung (Art. 716*b* OR) enthalten können, insbesondere wenn die Vorgaben dem Minderheitenschutz dienen; vgl. hierzu bereits Kapitel 4.1.3.2.3a) und dort die Nachweise in Fn 696.

Maximalvergütung unter Beizug eines Personalberaters überprüft und nötigenfalls der Generalversammlung einen Antrag zur Anpassung unterbreitet. Alternativ können die Statuten bestimmen, dass sich die Maximalvergütung jährlich automatisch um einen bestimmten Prozentsatz erhöht.

– Die Familienaktionäre können den Verwaltungsrat in Übereinstimmung mit der vertraglichen Regelung[796] statutarisch dazu verpflichten, jährlich einen Vergütungsbericht zu erstellen, woraus die Vergütung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung ersichtlich sind.[797] Damit ist sichergestellt, dass die passiven Aktionäre transparent über die Bezüge der Nachfolgerin informiert werden.
– In Nachbildung der vertraglichen Regelung können die Familienaktionäre schliesslich die Kompetenz zur Genehmigung der Entschädigung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung statutarisch der Generalversammlung zuweisen.[798] Insbesondere können die Statuten vorsehen, dass die Vergütungen der einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung individuell zu genehmigen sind,[799] womit die Familienaktionäre spezifisch über die Vergütung der Nachfolgerin abstimmen können – entweder über die gesamte Vergütung oder nur über einen allfälligen variablen Teil davon. Ebenfalls kann das erforderliche Mehrheitserfordernis so festgesetzt werden, dass ein qualifiziertes Mehr erforderlich ist, womit mindestens ein passiver Aktionär zusätzlich zur Nachfolgerin der vorgeschlagenen Vergütung zustimmen muss.[800] Die Statuten können für den Fall, dass das erforderliche Quorum nicht erreicht wird, weiter vorsehen, dass der Verwaltungsrat weder noch an derselben oder an einer in der Folge einzuberufenden ausserordentlichen Generalversammlung den Familienaktionären einen angepassten Antrag zu unterbreiten hat.[801]

---

796 Vgl. Kapitel 4.2.3.1.

797 Art. 732 Abs. 2 i.V.m. Art. 734 ff. OR (bis am 31. Dezember 2022 Art. 13 ff. VegüV); vgl. SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 243.

798 Art. 732 Abs. 2 i.V.m. Art. 735 OR (bis am 31. Dezember 2022 Art. 18 VegüV); BGE 140 III 602 E. 4; BERTSCHINGER, Einsichtsrecht, 189; FÄHRLANDER, 296 f.; JÖRG/MÜLLER, 326; KRNETA, N 1771; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 244; SCHENKER/SCHENKER, 275 (ausdrücklich zu Art. 732 ff. OR).

799 Ausdrücklich BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 593. Dies entspricht der bereits unter der VegüV geltenden Rechtslage (vgl. Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 18 N 7 und 71).

800 FÄHRLANDER, 296 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 244.

801 RÜESCH/FORSTER, N 38.141.

4.2.3.3.2 Organisationsreglement

Nebst einer statutarischen Regelung stehen den Familienaktionären wiederum[802] die Anweisung an ihre Vertreter im Verwaltungsrat sowie die Abbildung der vereinbarten Regelungen im Organisationsreglement als Instrumente zur Verfügung, um diese auch gegenüber dem Verwaltungsrat und dem Familienunternehmen verbindlich anzuordnen. Insbesondere kann das Organisationsreglement umfassend die Grundsätze der Vergütung[803] sowie allfälliger Nebenleistungen regeln. Auch kann das Organisationsreglement die Festsetzung der Vergütung dem Vergütungsausschuss bzw. dem diese Funktion wahrnehmenden unabhängigen Verwaltungsratsmitglied zuweisen.[804]

4.2.4 Zwischenfazit

Die Regelung der Mitarbeit von Familienmitgliedern im Familienunternehmen erfordert einen Ausgleich zwischen den Bedürfnissen der Nachfolgerin zur Verwirklichung einer optimalen Unternehmensführung und des unternehmerischen Erfolgs, wofür qualifizierte Mitarbeitende erforderlich sind, sowie eines gewissen Spielraums zur Festsetzung der eigenen Vergütung mit Blick auf ihre finanziellen Ziele einerseits und denjenigen der passiven Aktionäre nach Gleichbehandlung und nach Teilhabe am Familienunternehmen andererseits, was die Begrenzung der Entschädigung der Nachfolgerin sowie bei Bestehen einer entsprechenden Notwendigkeit die Möglichkeit zur Mitarbeit im Familienunternehmen bedingen kann. Im Interesse des unternehmerischen Erfolgs sollten Familienmitglieder zur Mitarbeit im Familienunternehmen die für die relevante Position erforderlichen Qualifikationen erfüllen müssen und nicht einzig aufgrund der familiären Verbundenheit angestellt werden. Erfüllen Familienmitglieder die erforderlichen Qualifikationen, können sie jedoch gegenüber Dritten bevorzugt werden. Schranke der Anstellung sollte aber immer die Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags bilden, in welchem Fall die Möglichkeit der Sanktionierung bestehen sollte – eine «Garantie auf Arbeitsplatz» ist trotz Familienzugehörigkeit nicht zu empfehlen. Um Konflikte unter den Familienaktionären zu verhindern, sollte über die Anstellung, Leistung und Schlechterfüllung von Familienmitgliedern jeweils eine unabhängige, familienexterne Person oder ein aus unabhängigen, familienexternen Personen zusammengesetztes Gremium, idealerweise der Personalausschuss, befinden.

---

802 Vgl. bereits Kapitel 4.2.2.5.2.

803 KRNETA, N 1746; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 442.

804 Vgl. FORSTMOSER, Organisation, § 21 N 26.

Die Regelung der Entschädigung sollte einerseits hinreichend Flexibilität für eine marktgerechte Vergütung gewähren, andererseits aber auch übermässige und ungerechtfertigte Bezüge durch die Nachfolgerin oder durch dieser nahestehende Personen verhindern. Wiederum kann die Festsetzung durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder, gegebenenfalls innerhalb der von den Familienaktionären definierten Parameter, ausgleichend wirken. Die Regelung sollte zudem allfällige Nebenleistungen erfassen.

4.3 Vermögensrechte und Ausschüttungen

Den Familienaktionären stehen als Aktionäre des Familienunternehmens von Gesetzes wegen verschiedene Vermögensrechte zu.[805] Im vorliegenden Kapitel geht es darum, welche Regelungen die Familienaktionäre treffen können, um das Recht auf Ausschüttungen – das bedeutendste vermögensmässige Recht der Aktionäre[806] – im Rahmen des Ausgleichs zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre fruchtbar zu machen.[807]

4.3.1 Ausgangslage

4.3.1.1 Interessenlage

Auch in Bezug auf die Vermögensrechte am Familienunternehmen stehen die Familienaktionäre vor der Herausforderung, einen Kompromiss zwischen den Interessen der Nachfolgerin und denjenigen der passiven Aktionäre zu schmieden. Wie in Kapitel 2.3.1.3 aufgezeigt, zielt die Nachfolgerin auf möglichst grosse Freiräume zur Verwirklichung des unternehmerischen Erfolgs und damit auf die Möglichkeit, Gewinne zu reinvestieren, respektive im Hinblick auf einen späteren

---

805 Zu den Vermögensrechten der Aktionäre zählen insbesondere das Recht auf Dividende (Art. 660 Abs. 1 OR), das Recht auf einen Liquidationsanteil (Art. 660 Abs. 2 OR) und das Bezugsrecht (Art. 652*b*, 653*c* und 656*g* OR) (BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689 N 4; ZK OR (Art. 660–697*m*)-BOHRER/KUMMER, Art. 689 N 13).

806 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.314; ZK OR (Art. 660–697*m*)-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 N 1.

807 Vgl. zur Regelung des Bezugsrechts als weiteres Vermögensrecht Kapitel 4.1.2.1.3d). Indirekt kommt freilich auch der allgemeinen vertraglichen und statutarischen Ausgestaltung der Beteiligungen der Familienaktionäre jeweils ein Vermögenswert zu; vgl. dazu Kapitel 3.2.1.2.

Bedarf dafür zu thesaurieren, und kompetitive Vergütungen auszurichten, während für die passiven Aktionäre mit dem Ziel der finanziellen Teilhabe sowie der Gleichbehandlung der Erhalt von Ausschüttungen im Vordergrund steht.

Im Rahmen des allgemeinen Spannungsfelds zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre kommt der Regelung der Vermögensrechte insbesondere als Mittel zur Gleichbehandlung respektive zur Kompensation der passiven Aktionäre für die der Nachfolgerin gewährten Entscheidungsbefugnisse im Rahmen der Unternehmensführung sowie für das Halten einer schwer verkäuflichen Beteiligung[808] grosse Bedeutung zu. Die Vereinbarung vermögensrechtlicher Ansprüche im Aktionärbindungsvertrag dient damit auch als Anreiz für die passiven Aktionäre, dass sie überhaupt zur Nachfolgelösung Hand bieten,[809] sowie als Entgelt für das Tragen des unternehmerischen Risikos mit Bestimmungsrechten, die gegenüber denjenigen der Nachfolgerin bedeutend weniger weit reichen.[810] Die Vermögensrechte sind deshalb mit der Verteilung der Aktien unter den Familienaktionären sowie mit den der Nachfolgerin gewährten Vorzügen, beispielsweise in der Form von Stimmrechtsaktien, denen ebenfalls ein Vermögenswert zukommt,[811] abzustimmen.

Ausschüttungen des Familienunternehmens sind in Bezug auf das Spannungsfeld zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre aber auch anderweitig bedeutsam. Weil die beschränkten finanziellen Möglichkeiten der Nachfolgerin das grösste Hindernis für die Ausübung allfälliger Kauf- und Verkaufsrechte darstellen,[812] erweitert die Ausschüttung von Dividenden ihre Möglichkeiten, die passiven Aktionäre dereinst auszukaufen – sowohl weil der Nachfolgerin dadurch mehr finanzielle Mittel zur Verfügung stehen als auch weil ausgeschüttete Dividenden bei Aktienkäufen unter den Familienaktionären an den Kaufpreis angerechnet werden können.[813] So kann

---

808 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1378; JÖRG/MÜLLER, 316.

809 Vgl. zu den diesbezüglichen Herausforderungen Kapitel 3.2.1.

810 SCHENKER, Familiengesellschaften, 64.

811 Vgl. Kapitel 3.2.1.2.

812 VISCHER, Nachfolgeplanung, 14. Vgl. zu diesen Instrumenten im Zusammenhang mit den Ausstiegsmöglichkeiten der passiven Aktionäre Kapitel 4.5.3.1 sowie spezifisch zum Hindernis der beschränkten finanziellen Möglichkeiten der Nachfolgerin Kapitel 4.5.3.1.2.

813 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.321; VISCHER, Nachfolgeplanung, 14. Vgl. dazu Kapitel 4.5.3.1.2.

die Nachfolgerin die passiven Aktionäre umso günstiger auskaufen, je mehr Dividenden ausgeschüttet werden. Dementsprechend dienen Ausschüttungen mitunter als Mittel, um den passiven Aktionären einen Ausstieg aus dem Familienunternehmen zu ermöglichen.[814]

4.3.1.2 Regelungsbedarf

4.3.1.2.1 Im Allgemeinen

Mit Blick auf die dargestellten Interessen der Familienaktionäre und auf die Funktionen von Ausschüttungen ergeben sich in Bezug auf Ausschüttungen des Familienunternehmens zwei Regelungsbereiche, welche einen Interessenausgleich bedingen.

Der erste Regelungsbereich betrifft den Anspruch auf die Ausschüttung einer Dividende, wobei sich das Interesse der passiven Aktionäre am regelmässigen Erhalt eines Entgelts für das Halten ihrer Beteiligung am Familienunternehmen und das Interesse der Nachfolgerin an der Tätigung von Investitionen und an der Ausbezahlung eines grosszügigen Lohns gegenüberstehen.[815] Weil die Ausschüttung einer Dividende mitunter eines entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses bedarf,[816] hat der Aktionärbindungsvertrag insbesondere mit Blick auf eine allfällige Stimmenmehrheit der Nachfolgerin, die es ihr erlauben würde, Ausschüttungen zu verhindern, die entsprechende Ausübung des Stimmrechts durch die Familienaktionäre zu regeln.

Der zweite Regelungspunkt beschlägt die Privilegierung der passiven Aktionäre. Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass die Familienaktionäre Ausschüttungen im Verhältnis der auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge und damit des von ihnen

---

814 VISCHER, Nachfolgeplanung, 15.

815 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1378. Vgl. bereits Kapitel 2.3.1.3.

816 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR; vgl. zur Voraussetzung eines entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses zudem sogleich Kapitel 4.3.1.2.2. Weitere Voraussetzungen für die Ausschüttung einer Dividende sind das Vorliegen hinreichender ausschüttbarer Mittel (Art. 675 Abs. 2 OR), die vorgängige Speisung der gesetzlichen und allfälliger freiwilliger Gewinnreserven (Art. 675 Abs. 3 OR; vgl. Art. 672 und Art. 673 OR), das Vorhandensein eines geprüften Jahresabschlusses sowie die Bestätigung der Revisionsstelle hinsichtlich der Gesetzes- und Statutenkonformität des entsprechenden Antrags des Verwaltungsrats an die Generalversammlung (Art. 728*a* Abs. 1 Ziff. 2 OR für die ordentliche bzw. Art. 729*a* Abs. 1 Ziff. 2 OR für die eingeschränkte Revision). Vgl. zum Ganzen statt vieler VON DER CRONE, N 954.

gehaltenen Kapitals am Familienunternehmen erhalten.[817] In Einklang zu bringen sind diesbezüglich das Interesse der passiven Aktionäre an einer von diesem Grundsatz abweichenden höchstmöglichen Privilegierung und das Interesse der Nachfolgerin am eigenen Vermögensaufbau – sei dies mit Blick auf Zahlungen an die passiven Aktionäre oder auf einen Auskauf dieser, aber auch, um an dem durch ihren Arbeitseinsatz herbeigeführten finanziellen Erfolg angemessen teilzuhaben und um eine dem Gleichbehandlungsgedanken widersprechende, übermässige Vermögenszuweisung an die passiven Aktionäre, die zwar einen Kapital-, nicht aber einen Arbeitseinsatz leisten, zu verhindern.

4.3.1.2.2 In Bezug auf den gesetzlichen Anspruch der Familienaktionäre auf einen «verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn» im Besonderen

Vor dem Hintergrund des soeben aufgezeigten Regelungsbedarfs hinsichtlich der Pflicht zur Ausschüttung einer Dividende stellt sich mit Blick auf die Interessen der passiven Aktionäre die Frage, ob den Familienaktionären bereits von Gesetzes wegen ein Anspruch auf die Ausrichtung einer Dividende zusteht. So statuiert Art. 660 Abs. 1 OR einen Anspruch der Aktionäre auf einen «verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn». Einen durchsetzbaren Anspruch auf die Ausschüttung einer Dividende begründet diese Bestimmung jedoch nicht:[818] Zum einen besteht der Anspruch nach Art. 660 Abs. 1 OR nur «soweit [der Bilanzgewinn] nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist», womit die Speisung gesetzlicher und statutarischer Reserven Vorrang geniesst.[819] Zum anderen erfordert die Ausschüttung einer Dividende stets einen entsprechenden Beschluss der Generalversammlung,[820] wobei es dieser grundsätzlich freisteht, den Bilanzgewinn freiwilligen Reserven zuzuweisen oder auf die nächste Rechnung vorzutragen.[821] Die Bildung freiwilliger Reserven muss zwar durch «das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre»[822] – und damit auch der Interessen der passiven Aktionäre an der Ausschüttung von Gewinnen – gerechtfertigt sein, was gleichermassen für den Vortrag

817 Art. 661 OR.

818 ZK OR (Art. 660–697*m*)-Bahar/Peyer, Art. 660/661 N 15.

819 BSK OR II-Balkanyi/Neuhaus, Art. 660 N 13; ZK OR (Art. 660–697*m*)-Bahar/Peyer, Art. 660/661 N 16. Vgl. soeben Kapitel 4.3.1.2.1 Fn 816.

820 Dazio/von der Crone, 241 f.; Pfisterer/Wyler, 894; ZK OR (Art. 660–697*m*)-Bahar/Peyer, Art. 660/661 N 11. Vgl. wiederum soeben Kapitel 4.3.1.2.1.

821 BSK OR II-Balkanyi/Neuhaus, Art. 660 N 10a; ZK OR (Art. 660–697*m*)-Bahar/Peyer, Art. 660/661 N 19 f.

822 Art. 673 Abs. 2 OR.

des Gewinns gilt.[823] Diese Voraussetzung dürfte jedoch mit Blick auf das objektive Gesellschaftsinteresse, Gewinne zu reinvestieren, regelmässig erfüllt sein.[824] Anders verhält es sich einzig, wenn die Reservenbildung bzw. der Gewinnvortrag rechtsmissbräuchlich sind.[825] Auch in einem solchen Fall können die passiven Aktionäre jedoch nur auf Aufhebung des entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses klagen, nicht direkt auf Leistung einer Dividende.[826] Im Ergebnis steht den passiven Aktionären daher zumeist kein durchsetzbares gesetzliches Recht auf die Ausschüttung einer Dividende zu,[827] weshalb sich eine diesbezügliche vertragliche Regelung aufdrängt.

4.3.2 Vertragliche Pflicht zur Ausschüttung einer Dividende und Privilegierung der passiven Aktionäre

4.3.2.1 Ausgestaltung der Ausschüttungspflicht und Privilegierung der passiven Aktionäre

4.3.2.1.1 Ausschüttungspflicht

Zur Befriedigung der vermögensrechtlichen Interessen der passiven Aktionäre kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass jährlich eine Dividende auszuschütten ist. Die Familienaktionäre verpflichten sich dabei, anlässlich der ordentlichen Generalversammlung des Familienunternehmens zugunsten der Aus-

---

823 ZK OR (Art. 660–697*m*)-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 N 20.

824 BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660 N 17; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.315; VON DER CRONE, N 910; ZK OR (Art. 660–697*m*)-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 N 24; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 672–674 N 4 und 13. Vgl. auch BGE 100 II 384 E. 4.

825 Etwa wenn dadurch beabsichtigt wird, die passiven Aktionäre zu schädigen; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1378 Fn 40; SCHENKER/SCHENKER, 155; VON DER CRONE, N 910; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 672–674 N 13.

826 BÖCKLI, Aktienrecht (4. Auflage), § 12 N 514a; ROHDE/BERGER, 97; ZK OR (Art. 660–697*m*)-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 N 25. Eine Ausschüttung von Dividenden kann das zuständige Gericht lediglich im Rahmen der (strengen Voraussetzungen unterliegenden) Auflösungsklage aus wichtigen Gründen anordnen; BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 736 N 27; ZK OR (Art. 660–697*m*)-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 N 25. Vgl. zu den Anforderungen an die Auflösungsklage (im Zusammenhang mit dem Ausstieg von Familienaktionären) Kapitel 4.5.1.2.

827 PFISTERER/WYLER, 894 f.

schüttung einer Dividende zu stimmen.[828] Diese Pflicht ist insofern bedingt, als das Familienunternehmen einen Gewinn erzielt haben oder aus vergangenen Geschäftsjahren über frei ausschüttbare Mittel verfügen muss sowie die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zur Vornahme von Ausschüttungen einhalten muss.[829] Zudem kann sie weiteren Bedingungen unterstellt werden, z.B. der Erwirtschaftung von Gewinnen in bestimmter Höhe oder der Zustimmung einer bestimmten Anzahl Familienaktionäre, wobei die Familienaktionäre – wie in Kapitel 4.1.2.3.2 ausgeführt – vorsehen können, dass die Zustimmung sämtlicher passiver Aktionäre im Sinn eines Minderheitsquorums ausreicht.

Als zusätzliche Begünstigung der passiven Aktionäre ist für den Fall, dass das Familienunternehmen während eines Halbjahrs besonders profitabel ist, denkbar, die Pflicht zur Ausrichtung einer Zwischendividende zu vereinbaren.[830] Die Familienaktionäre sind in einem solchen Fall analog zur ordentlichen Dividende verpflichtet, anlässlich der dafür einzuberufenden ausserordentlichen Generalversammlung zugunsten der Zwischendividende zu stimmen. Die Pflicht zur Ausschüttung einer Zwischendividende sollte jedoch mit Vorsicht eingesetzt werden und nur bei einer ausserordentlich guten Ertragslage greifen, beispielsweise wenn der Halbjahresgewinn einen bestimmten Faktor des durchschnittlichen Halbjahresgewinns der fünf vorangehenden Geschäftsjahre übersteigt. Ein allfälliger Gewinnüberschuss nach Abzug der Beträge für Reinvestitionen und ordentlichen Ausschüttungen sollte bevorzugt einer für zukünftige Ausschüttungen geäufneten Reserve zugewiesen werden, um die Ausschüttung einer regulären Dividende auch für zukünftige Geschäftsjahre zu sichern.

Stimmt die Nachfolgerin entgegen der Stimmbindung gegen die Ausschüttung der vertraglich vereinbarten Dividende, obwohl die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, und unterbleibt demzufolge die Ausschüttung, kann der Aktionärbindungsvertrag ferner vorsehen, dass die passiven Aktionäre den ihnen dadurch entgangenen Dividendenbetrag direkt bei der Nachfolgerin einfordern können.[831]

---

828 ROHDE/BERGER, 105; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 256 f. Vgl. zur Stimmbindung im Allgemeinen Kapitel 4.1.2.1.

829 Art. 675 Abs. 2 OR; HANSELMANN/HERZOG, 308; HENSCH/STAUB, 1174; KUNZ, Familienunternehmen, 452; ROHDE/BERGER, 105; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 257; VISCHER, Nachfolgeplanung, 15. Vgl. auch den Vorschlag von HÖSLY/FERHAT, N 93, im Kontext von Nachfolgelösungen *de lege lata* eine jährliche Mindestausschüttung vorzusehen.

830 Vgl. Art. 675*a* OR.

831 SCHENKER/SCHENKER, 41 f.

4.3.2.1.2 Privilegierung der passiven Aktionäre

Während Ausschüttungen – wie erwähnt – von Gesetzes wegen nach Massgabe der auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge und damit basierend auf dem von ihnen gehaltenen Kapital auf die Aktionäre verteilt werden,[832] können die Familienaktionäre vertraglich eine abweichende Regelung vereinbaren, um die passiven Aktionäre zu begünstigen.[833] Die vertragliche Regelung kann etwa vorsehen, dass die passiven Aktionäre Anspruch auf eine Dividende haben, die ein Vielfaches der Dividende der Nachfolgerin beträgt, oder dass die Nachfolgerin erst dann Ausschüttungen erhält, wenn allfällige Ausgleichszahlungen an die passiven Aktionäre (z.B. als Gegenleistung für deren Bereitschaft, eine Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen – insbesondere in Anrechnung an ihre Pflichtteile – zu übernehmen)[834] vollständig geleistet wurden bzw. wenn jeder passive Aktionär kumuliert Dividenden in bestimmter Höhe erhalten hat.

4.3.2.2 Bestimmung der Höhe der Dividende

Nebst der Pflicht, eine Dividende auszuschütten, ist deren Höhe regelungsbedürftig. Die Bestimmung der Höhe der Dividende hat einerseits dem Investitions- und Liquiditätsbedarf des Familienunternehmens und der angemessenen Äufnung von Reserven sowie andererseits dem Interesse der passiven Aktionäre an einer angemessenen Rendite Rechnung zu tragen.[835]

Der Bedarf des Familienunternehmens, Gewinne für Investitionen und für die Bildung von Reserven aufzuwenden, kann entweder vergangenheitsorientiert anhand historischer Zahlen[836] oder zukunftsgerichtet anhand des Businessplans bzw. der Finanzplanung des Familienunternehmens ermittelt werden. Weil der Bedarf bei letzterer Variante kaum objektiv feststellbar ist, erfordert diese einen Schutz zugunsten der passiven Aktionäre davor, dass die ausschüttbaren Mittel durch den Ausweis eines überhöhten Finanzbedarfs erodiert werden. Eine mögliche Vorkehrung besteht darin, dass sämtliche unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder die Finanzplanung bzw. den Finanzbedarf aus Reinvestition genehmigen müssen.

---

832 Art. 661 OR. Vgl. bereits Kapitel 4.3.1.2.1.

833 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1379.

834 Vgl. Kapitel 3.2.2.1.3.

835 FÄHRLANDER, 304; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 257.

836 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 257.

Die Höhe einer angemessenen Rendite für die passiven Aktionäre sollte demgegenüber mindestens das Halten einer «risikofreien» Anlage,[837] idealerweise aber auch die Opportunitätskosten für das Halten einer vielfach kaum liquiden Beteiligung am Familienunternehmen abgelten. Die Familienaktionäre können dabei auch auf den Liquiditätsbedarf der passiven Aktionäre Rücksicht nehmen. Die jährliche Dividende sollte für die passiven Aktionäre zudem ausreichen, um die auf ihre Beteiligungen anfallenden Vermögenssteuern zu decken.[838] Die Höhe der Dividende sollte weiter mit allfälligen Ausgleichszahlungen, die die Nachfolgerin den passiven Aktionären im Zusammenhang mit einem allfälligen Pflichtteilsverzicht oder einem Entgegenkommen zur Nachfolgelösung entrichten muss,[839] abgestimmt werden.

Basierend auf diesen Überlegungen kann die Höhe der jährlich auszuschüttenden Dividende entweder als fester Prozentsatz des Jahresgewinns des Familienunternehmens definiert werden[840] oder aber als Bandbreite des Jahresgewinns, wobei der Verwaltungsrat – zum Schutz der passiven Aktionäre wiederum mit einem erhöhten Quorum oder mit bestimmten Zustimmungserfordernissen, beispielsweise der unabhängigen Mitglieder – den Betrag der auszuschüttenden Dividende anhand der konkreten Bedürfnisse des Familienunternehmens und der Familienaktionäre für das betreffende Geschäftsjahr festzulegen hat.[841] Die Familienaktionäre können dabei vorsehen, dass jährlich eine bestimmte Mindestdividende aus-

---

837 AUWÄRTER, 146; BÜHLER, Steuerung, 230; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.317. Dafür kann beispielsweise auf den Durchschnittsertrag bestimmter «risikofreier» Anleihen abgestellt werden (vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1389).

838 AUWÄRTER, 146; BÜHLER, Governance, 322; BÜHLER, Steuerung, 230; FÄHRLANDER, 303; FORSTMOSER, Governance, 492; KUNZ, Familienunternehmen, 452; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.317. Vgl. bereits Kapitel 2.1.3. Die Vermögenssteuer würde aber auch bei der Zuwendung entsprechender Barmittel anfallen; abzugelten sind deshalb insbesondere die fehlende Liquidität und das Risiko der Beteiligung.

839 Vgl. Kapitel 3.2.2.1.3.

840 AUWÄRTER, 146; BÜHLER, Governance, 322; BÜHLER, Steuerung, 230; FORSTMOSER, Governance, 492 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1384; HARDER SCHULER, 111; LUTTER, 30; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.318; ROHDE/BERGER, 105 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 257; VON SALIS/HAAS, 48.

841 Als Anhaltspunkt nennt SCHENKER, Familiengesellschaften, 65, eine Bandbreite von 20 bis 40 Prozent des Reingewinns.

zuschütten ist,[842] wobei der Verwaltungsrat bei Vorliegen einer ausserordentlich positiven Entwicklung des Gewinns die Ausschüttung einer darüber hinausgehenden Dividende beantragen kann.

Die Höhe der Dividende kann zudem auf die Bildung einer Ausschüttungsreserve Rücksicht nehmen. So kann in besonders ertragsreichen Jahren eine solche Reserve gespiesen werden, um auch für Geschäftsjahre, die mit geringeren Gewinnen oder mit Verlusten abgeschlossen werden, die Ausschüttung einer Dividende sicherzustellen.[843] Dies ermöglicht zudem eine gleichmässigere Ausschüttung von Dividenden über die Jahre.

4.3.2.3 Bestimmung der Berechnungsbasis der Dividende

Zum Schutz der Interessen der passiven Aktionäre ist es angebracht, dass der Aktionärbindungsvertrag auch festhält, auf welcher Basis die auszuschüttende Dividende ermittelt wird. Dadurch, dass die Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts die Bildung von stillen Reserven erlauben,[844] bietet sich der Nachfolgerin die Möglichkeit, den Gewinn als Berechnungsbasis für die Ausschüttungen durch die Bildung von stillen Reserven zu schmälern. Um dies zu verhindern, muss sichergestellt werden, dass der für die Bemessung der Dividende massgebende Gewinn des Familienunternehmens auf der Basis eines *«true and fair view»* der Finanzlage ermittelt wird.[845]

Zu diesem Zweck können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag zunächst den Rechnungslegungsstandard festlegen, den das Familienunternehmen anzuwenden hat.[846] Als mögliche, auf dem Grundsatz *true and fair view* basierende Rechnungslegungsstandards[847] kommen – je nach Grösse und internationaler Ausrichtung des Familienunternehmens – Swiss GAAP FER oder IFRS bzw.

---

842 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1379; LUTTER, 30.

843 FORSTMOSER, Governance, 494.

844 DAENIKER/HASLER, 92 f.; FÄHRLANDER, 304; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 257. Vgl. zum Vorsichtsprinzip im Allgemeinen Art. 958*c* Abs. 1 Ziff. 5 OR und zur Möglichkeit der Bildung stiller Reserven im Besonderen Art. 960*a* Abs. 4 und Art. 960*e* Abs. 3 Ziff. 4 OR sowie zum Ganzen BSK OR II-SUTER/HAAG/NEUHAUS, Art. 958*c* N 13 ff.

845 FORSTMOSER, Governance, 492 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1384; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.319; ROHDE/BERGER, 105 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 257.

846 FÄHRLANDER, 304.

847 HANDSCHIN, N 42.

IAS infrage.[848] Insbesondere Swiss GAAP FER dürfte sich für mittlere und grössere Familienunternehmen eignen.[849]

Nebst der Bildung stiller Reserven schmälert auch die Speisung statutarischer oder freiwilliger Reserven die ausschüttbaren Mittel des Familienunternehmens. Dementsprechend kann es sich anbieten, dass die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag festhalten, welche statutarischen und freiwilligen Reserven gebildet werden können und welcher Betrag oder Prozentsatz des Bilanzgewinns diesen jährlich höchstens zugewiesen werden kann.

Schliesslich können die Familienaktionäre auch dadurch auf die Höhe der Berechnungsbasis für die Dividende Einfluss nehmen, dass Entschädigungen – insbesondere diejenige der Nachfolgerin – durch das Abstellen auf eine marktübliche Vergütung in der Höhe begrenzt werden, damit der Jahresgewinn nicht durch unverhältnismässig hohe Vergütungen erodiert wird.[850]

4.3.2.4 Abweichungen von der vereinbarten Ausschüttungspolitik

4.3.2.4.1 Möglichkeit und Erfordernis der Abweichung

Die konkreten Umstände, insbesondere eine Verschlechterung der finanziellen Lage des Familienunternehmens, können eine Abweichung von der vereinbarten Ausschüttungspolitik erfordern. Einerseits können aufgrund eines zu geringen Gewinns oder eines negativen Jahresergebnisses keine hinreichenden Mittel zur Verfügung stehen, um eine Dividende in vereinbarter Höhe auszuschütten – oder um überhaupt eine Ausschüttung zu tätigen. Hat das Familienunternehmen dem nicht durch die Bildung einer entsprechenden Reserve vorgebeugt,[851] reduziert

---

848 FORSTMOSER, Governance, 493 Fn 104; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.320.

849 HANDSCHIN, N 42; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 244. Swiss GAAP FER kann sich aber auch für gewisse kleinere Familienunternehmen eignen: Unternehmen, die in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren höchstens eines der Grössenkriterien überschreiten (im Einzelnen: (1) Bilanzsumme von 10 Millionen Franken; (2) Jahresumsatz von 20 Millionen Franken; und (3) 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt), können sich auf die Anwendung des Rahmenkonzepts sowie der ausgewählten zentralen Fachempfehlungen beschränken (HANDSCHIN, N 44). Vgl. dazu auch <https://www.fer.ch/das-konzept/groessenkriterien> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023). Für einige kleine Familienunternehmen dürfte die Umstellung auf Swiss GAAP FER jedoch überfordernd sein (SCHENKER, Familienunternehmen, 64).

850 Vgl. bereits Kapitel 4.2.3 sowie HÖSLY/FERHAT, N 93, und JÖRG/MÜLLER, 315.

851 Vgl. Kapitel 4.3.2.2.

sich die Dividende auf die vorhandenen ausschüttbaren Mittel respektive hat die Ausschüttung einer Dividende zu unterbleiben.

Andererseits kann ein Gewinneinbruch trotz des Vorhandenseins ausreichender ausschüttbarer Mittel die Ausschüttung einer niedrigeren Dividende oder das Absehen von einer Ausschüttung gebieten, insbesondere wenn die Ertragsaussichten für die folgenden Geschäftsjahre negativ ausfallen und die Ausschüttung einer Dividende die Geschäftstätigkeit gefährden könnte.[852] Der Aktionärbindungsvertrag hat hierfür einen entsprechenden Mechanismus vorzusehen. Beispielsweise können die Familienaktionäre vereinbaren, dass der Verwaltungsrat oder dessen unabhängige Mitglieder anordnen können, dass nur eine tiefere oder aber gar keine Dividende auszuschütten ist. Diesfalls verpflichten sich die Familienaktionäre, in der Generalversammlung gemäss der entsprechenden Weisung des Verwaltungsrats zu stimmen.[853] Alternativ kann es der Disposition der Familienaktionäre überlassen werden, situativ mit einem bestimmten Quorum von der vereinbarten Dividendenausschüttung abzuweichen,[854] beispielsweise so, dass für eine Abweichung zusätzlich zu derjenigen der Nachfolgerin die Zustimmung mindestens eines passiven Aktionärs erforderlich ist.

4.3.2.4.2 Folgen der Abweichung

Als Korrelat zur Möglichkeit bzw. zum Erfordernis, von der vertraglich vereinbarten Ausschüttungspolitik abzuweichen, drängt sich eine Regelung auf, die den Erwartungen der passiven Aktionäre hinsichtlich der Ausschüttung einer Dividende Rechnung trägt. Dabei rechtfertigt sich eine für die passiven Aktionäre vorteilhaftere Regelung, wenn gar keine statt nur eine reduzierte Dividende ausgeschüttet wird.

Zunächst können die Familienaktionäre vereinbaren, dass nicht ausgeschüttete Dividenden in den folgenden Geschäftsjahren zu kompensieren sind.[855] Dies kann dadurch erfolgen, dass eine überproportionale Dividende auszuschütten ist, oder dadurch, dass der Anteil der Nachfolgerin an der Dividende statt ihr den passiven Aktionären ausbezahlt wird, bis die ausgefallenen Dividenden kompensiert sind.

---

852 Vgl. auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat II, 1030.

853 Die Zulässigkeit der Stimmbindung gemäss den Weisungen des Verwaltungsrats ist allerdings umstritten; vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.1b) sowie dort die Nachweise in Fn 413.

854 AUWÄRTER, 146; FÄHRLANDER, 304; FORSTMOSER, Governance, 493; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1385; HENNINGER, N 508; MARTIN, 261; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.318.

855 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1385.

Wird mehrere Jahre in Folge keine Dividende ausgeschüttet, können die Familienaktionäre vereinbaren, dass den passiven Aktionären ab einer gewissen Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags das Recht zusteht, ihre Beteiligungen am Familienunternehmen der Nachfolgerin zu verkaufen.[856] Ob und ab welcher Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags den passiven Aktionären ein solches Verkaufsrecht zustehen soll, bedarf einer Interessenabwägung gegen die Bedürfnisse der Nachfolgerin, die die Möglichkeit haben muss, die erforderlichen Mittel für den Erwerb der Aktien der passiven Aktionäre zu erwirtschaften.[857] Alternativ zu einem Auskauf – oder für den Fall, dass die Nachfolgerin die passiven Aktionäre nicht auszukaufen vermag – kann der Aktionärbindungsvertrag den passiven Aktionären das Recht einräumen, einen Ausstieg durch den Verkauf des Familienunternehmens durchzusetzen.[858]

4.3.3 Aktienrechtliche Instrumente

4.3.3.1 Vorzugsaktien

Um die passiven Aktionäre auch mit Bindungswirkung gegenüber dem Familienunternehmen in vermögensmässiger Hinsicht zu bevorzugen, können die Familienaktionäre die Aktien der passiven Aktionäre als Vorzugsaktien ausgestalten.[859]

4.3.3.1.1 Privilegierung der passiven Aktionäre

Vorzugsaktien können so ausgestaltet werden, dass sie Vorrechte in Bezug auf vermögensmässige Rechte, namentlich in Bezug auf Dividenden, gewähren.[860] Zur Privilegierung der passiven Aktionäre können Vorzugsaktien sowohl Anspruch

---

856 VON SALIS/HAAS, 50. Vgl. zum Ausbleiben von Ausschüttungen über mehrere Jahre als wichtiger Grund im Rahmen der Auflösungsklage DAZIO/VON DER CRONE, 243 f. Vgl. zudem zum Verkaufsrecht der passiven Aktionäre infolge des Ausbleibens von Ausschüttungen Kapitel 4.5.3.1.2.

857 Vgl. HENNINGER, N 509.

858 Vgl. zum Recht der passiven Aktionäre, einen Trade Sale zu verlangen, Kapitel 4.5.3.2.2.

859 BAUMANN, 137; FÄHRLANDER, 303; FORSTMOSER, Governance, 500; HANSELMANN/HERZOG, 301; HARDER SCHULER, 89; HERZOG/JAHNEL, N 2.83; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 235 f.

860 GERICKE, Vorzugsrechte, 105 f.; HANSELMANN/HERZOG, 301; HARDER SCHULER, 86; PFISTERER/WYLER, 889; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 235 f.; VON DER CRONE, N 448; VON SALIS/HAAS, 44.

auf eine überproportionale Dividende (Privilegierung in Bezug auf den Betrag) als auch ein Vorrecht auf Dividende (Privilegierung in Bezug auf die Reihenfolge der Ausschüttung) gewähren.[861]

Bezüglich des Betrags der Dividende kann den passiven Aktionären durch entsprechende Ausgestaltung der Vorzugsaktien beispielsweise ein Anspruch auf einen höheren Anteil an den ausgeschütteten Dividenden oder auf einen bestimmten Prozentsatz ihres «Investitionsbetrags» – vorliegend konkret des vereinbarten Anrechnungswerts ihrer Beteiligungen[862] – gewährt werden.[863]

Im Hinblick auf die Reihenfolge der Ausschüttung kann vorgesehen werden, dass die passiven Aktionäre als Vorzugsaktionäre Dividenden gegenüber der Nachfolgerin generell bevorzugt erhalten, bis ein bestimmter Betrag erreicht ist,[864] oder dass die passiven Aktionäre nur dann privilegiert werden, wenn für ein Geschäftsjahr keine Dividende ausgerichtet wird, in welchem Fall sie für die kommenden Geschäftsjahre bevorzugt Dividenden erhalten, bis die ausgefallene Dividende kompensiert ist.[865]

Sollen die passiven Aktionäre ihre Beteiligungen am Familienunternehmen ganz oder teilweise in Partizipationsscheinen erhalten, können diese gleichermassen als Vorzugspartizipationsscheine mit denselben Privilegien ausgestaltet werden.[866]

Damit lässt sich die vertragliche Privilegierung der passiven Aktionäre in Bezug auf Ausschüttungen mittels Vorzugsaktien umfassend in den Statuten abbilden.

4.3.3.1.2 Pflicht zur Ausschüttung einer (Vorzugs-)Dividende?

Weil Vorzugsaktien *per se* keinen Anspruch auf eine Ausschüttung begründen,[867] stellt sich die Frage, ob ein solcher Anspruch in den Statuten des Familienunternehmens vorgesehen werden kann.

---

861 BSK OR II-Liebi, Art. 654–656 N 2; Fährlander, 303; Harder Schuler, 86; Pfisterer/Wyler, 889; Schenker, Unternehmensnachfolge, 235 f.

862 Vgl. zur Vereinbarung der Anrechnungswerte der Beteiligungen in einem Erbvertrag, der zugleich die Übertragung der Aktien regelt, Kapitel 3.2.2.1.3.

863 Gericke, Vorzugsrechte, 112; Pfisterer/Wyler, 891; von der Crone, N 448.

864 Pfisterer/Wyler, 891.

865 Gericke, Vorzugsrechte, 112 f.; Harder Schuler, 87; Pfisterer/Wyler, 892; Schenker, Unternehmensnachfolge, 236.

866 Art. 656*a* Abs. 2 i.V.m. Art. 654 ff. OR. Vgl. zur Zuweisung von Partizipationsscheinen an die passiven Aktionäre Kapitel 4.1.2.2.2b).

867 Schenker, Unternehmensnachfolge, 256.

Mehrheitlich als zulässig erachtet wird eine Statutenbestimmung, wonach – vorbehältlich der Kapitalschutzvorschriften[868] – jährlich mindestens ein bestimmter Prozentsatz des Bilanzgewinns auszuschütten ist.[869] Ein durchsetzbarer Anspruch auf die Ausschüttung einer Dividende entsteht jedoch nur infolge eines entsprechenden Beschlusses der Generalversammlung.[870] Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid zwar festgehalten, dass die betroffenen Vorzugsaktionäre[871] in einem solchen Fall die Dividende bei der Gesellschaft einklagen können, wenn die Generalversammlung die Dividende auch nach erfolgreicher Anfechtung des statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlusses treuwidrig nicht beschliesst.[872] Die Durchsetzung dieser direkten Forderung ist aber mit einigen praktischen Unwegsamkeiten behaftet – insbesondere mit Blick auf das zu tragende Prozessrisiko,

868 Insbesondere die Pflicht, Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus entsprechenden Reserven auszurichten (Art. 675 Abs. 2 OR), sowie die Pflicht, Dividenden erst nach erfolgter Zuweisung an die gesetzliche und an freiwillige Gewinnreserven auszuschütten (Art. 675 Abs. 3 OR). Vgl. FÄHRLANDER, 303; ROHDE/BERGER, 100. Vgl. zudem bereits Kapitel 4.3.1.2.1 Fn 816.

869 AUWÄRTER, 146; BÜHLER, Governance, 322; FORSTMOSER, Aktionärbindungsvertrag, 395; FORSTMOSER, Governance, 492 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.318; ROHDE/BERGER, 98 ff. Auch das Bundesgericht scheint zumindest implizit von der Zulässigkeit einer solchen Regelung auszugehen; vgl. den BGE 147 III 126 zugrunde liegenden Sachverhalt, gemäss welchem die Vorzugspartizipanten über einen statutarischen Anspruch auf eine Dividende von bis zu 5 Prozent des Nennwerts ihrer Partizipationsscheine verfügten. Demgegenüber erachtet FÄHRLANDER, 303 f., eine solche statutarische Bestimmung als mit Art. 706*b* Ziff. 1 OR (wonach zwingende Aktionärsrechte nicht beschränkt werden dürfen) unvereinbar, weil sie die freie Beschlussfassung der Generalversammlung beschränke.

870 So im Ergebnis BGE 147 III 126 E. 3 (das Bundesgericht hat es namentlich abgelehnt, aus BGE 29 II 452 und BGE 53 II 250 ein direktes Forderungsrecht ohne das Erfordernis der vorgängigen Anfechtung des statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlusses und des Versuchs, einen statutenkonformen Beschluss zu erwirken, abzuleiten [E. 3.2]); BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 N 184; BSK OR II-LIEBI, Art. 654–656 N 25; DAZIO/VON DER CRONE, 242 f.; GERICKE, Vorzugsrechte, 113; ROHDE/BERGER, 100 f.

871 Das Bundesgericht unterscheidet zwar in seinen Erwägungen zwischen Vorzugsaktionären und -partizipanten anhand der Tatsache, dass Partizipanten, im Gegensatz zu Aktionären, aufgrund des ihnen abgehenden Stimmrechts «selbst keinen entscheidenden Einfluss auf die Generalversammlung nehmen können» (BGE 147 III 126 E. 3.4.5), spricht in der Regeste des Entscheids das (subsidiäre) direkte Forderungsrecht jedoch Vorzugsaktionären und -partizipanten gleichermassen zu; vgl. PFISTERER/WYLER, 895.

872 BGE 147 III 126 E. 3.4.5. Vgl. DAZIO/VON DER CRONE, 248 f.; PFISTERER/WYLER, 895 f.

zumal sich der Streitwert nach der gesamten statutengemäss auszuschüttenden Dividende und nicht nur nach dem dem klagenden Aktionär daran zustehenden Anteil richtet.[873] Im Ergebnis dürfte eine statutarische Pflicht zur Ausschüttung einer (Vorzugs-)Dividende zwar zulässig sein, jedoch aufgrund der praktischen Herausforderungen bei der Durchsetzung faktisch eine ergänzende vertragliche Regelung der Dividende mittels Stimmbindung und Sanktionierung der vertragswidrig stimmenden Familienaktionäre erfordern.[874]

Vereinbaren die Familienaktionäre eine statutarische Pflicht zur Dividendenausschüttung, wird es sich – wie bei der vertraglichen Regelung – anbieten, eine Möglichkeit vorzusehen, in Abhängigkeit der finanziellen Lage des Familienunternehmens die Dividende zu kürzen oder gänzlich von einer Ausschüttung abzusehen.[875] Dies kann so erfolgen, dass die Familienaktionäre mit einem qualifizierten Mehrheitserfordernis eine Reduktion der Dividende oder einen Verzicht auf eine Ausschüttung beschliessen können,[876] wobei das Quorum so festgesetzt werden kann, dass nebst der Nachfolgerin mindestens ein passiver Aktionär zustimmen muss.

4.3.3.1.3 Bestimmung der Berechnungsbasis der (Vorzugs-)Dividende

Haben die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag einen Rechnungslegungsstandard vereinbart, können sie diesen – mit Geltung auch gegenüber dem Familienunternehmen und damit auch für die Berechnung von Vorzugsdividenden – in die Statuten aufnehmen.[877] Den passiven Aktionären steht bereits von Gesetzes wegen ein Anspruch auf einen «Abschluss nach anerkanntem Standard» – worunter auch Swiss GAAP FER fällt[878] – zu, wenn sie gemeinsam mindestens 20 Prozent des Aktienkapitals halten.[879] Im Gegensatz zu einer statutari-

873 Vgl. dazu SCHENKER/SCHENKER, 40 f.

874 Vgl. SCHENKER/SCHENKER, 41 f. Vgl. zudem zur Stimmbindung hinsichtlich Ausschüttungen Kapitel 4.3.2.1.1.

875 AUWÄRTER, 146; FORSTMOSER, Governance, 493; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.318.

876 ROHDE/BERGER, 100 Fn 26.

877 Art. 962 Abs. 4 OR; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 244.

878 Art. 962*a* Abs. 5 OR i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. c der Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung vom 21. November 2012, SR 221.432; BSK OR II-BAUR/NEUHAUS/KUNZ, Art. 962*a* N 9. Vgl. zu Swiss GAAP FER als Rechnungslegungsstandard, der auf dem Grundsatz *true and fair view* basiert, bereits Kapitel 4.3.2.3.

879 Art. 962 Abs. 2 Ziff. 1 OR; BÜHLER, Steuerung, 229; HANDSCHIN, N 36.

schen Regelung können die passiven Aktionäre im Rahmen ihres gesetzlichen Anspruchs jedoch den konkret anzuwendenden Rechnungslegungsstandard nicht vorgeben; der diesbezügliche Entscheid bleibt dem Verwaltungsrat vorbehalten.[880]

4.3.3.1.4 Praktische Überlegungen zur Einführung von Vorzugsaktien

Vorzugsaktien eignen sich besonders als Gegenstück zu allfälligen Stimmrechtsaktien, die der Nachfolgerin zugewiesen werden,[881] mitunter weil dadurch auch die passiven Aktionäre statutarisch – und damit mit Bindungswirkung gegenüber der Gesellschaft – privilegiert werden. Vorzugsaktien bieten sich zugleich wertmässig als Kompensation für die niedrigere Stimmkraft der passiven Aktionäre an, was dazu beiträgt, einer allfälligen Pflichtteilsverletzung vorzubeugen, die sich durch die Zuweisung einer Stimmenmehrheit an die Nachfolgerin ergibt.[882] Dasselbe gilt, wenn die passiven Aktionäre Vorzugspartizipationsscheine statt -aktien erhalten sollen.

Bei der Einführung von Vorzugsaktien sollten die Familienaktionäre indes beachten, dass – wie bei der Schaffung von Stimmrechtsaktien und von Partizipationskapital[883] – auch das Bestehen von Vorzugsaktien zu einem späteren Zeitpunkt unpassend werden kann.[884] Zudem mag im Einzelfall die Publizität in den Statuten bezüglich der Vorrechte der Vorzugsaktien – insbesondere hinsichtlich eines allfälligen Anspruchs auf die Ausschüttung einer Dividende – unerwünscht sein, da diese Rückschlüsse auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Familienaktionäre ermöglicht.[885]

---

880 OFK OR-EBERLE/BUCHMANN, Art. 962 N 4.

881 BAUMANN, 137; FÄHRLANDER, 303; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 236 f.

882 HERZOG/JAHNEL, N 2.83; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 237. Vgl. dazu bereits Kapitel 3.2.1.1.2 und 3.2.1.2.

883 Vgl. zu diesen Instrumenten Kapitel 4.1.2.2.2a) (Stimmrechtsaktien) und 4.1.2.2.2b) (Partizipationskapital).

884 BAUMANN, 137 f.; HARDER SCHULER, 89. Vgl. zur Anpassung des Aktionärbindungsvertrags und der darin vereinbarten Kapitalstruktur Kapitel 5.2.2, insbesondere 5.2.2.2.

885 Vgl. EGLE, N 151; FÄHRLANDER, 304.

4.3.3.2 *Genussscheine*?

Als Instrument zur vermögensrechtlichen Bevorzugung der passiven Aktionäre und als Kompensation für die Zuweisung einer Minderheitsbeteiligung sind auch Genussscheine denkbar.[886] Wie Vorzugsaktien können Genussscheine den Haltern vermögensrechtliche Privilegien – namentlich in Bezug auf Ausschüttungen – gewähren,[887] unterscheiden sich von ersteren jedoch dadurch, dass deren Ausgabe das Kapital des Familienunternehmens nicht verändert,[888] womit die passiven Aktionäre ohne gleichzeitigen Kapitaleinsatz bevorzugt werden können. Da Genussscheine nur Vermögens-, nicht aber Mitgliedschaftsrechte gewähren können,[889] verfügen die Inhaber von Genussscheinen allerdings über noch weniger Rechte als Vorzugspartizipanten, weshalb die Zuweisung von Genussscheinen an die passiven Aktionäre regelmässig nur zusätzlich und nicht anstelle von Aktien oder Partizipationsscheinen infrage kommen dürfte. Die Ausgabe von Genussscheinen erfordert zudem, dass die betreffenden Aktionäre der Gesellschaft einen Vorteil eingeräumt haben, welcher durch die Ausgabe von Genussscheinen abgegolten werden soll.[890] Weil die passiven Aktionäre im Rahmen der Regelung der Nachfolge üblicherweise keine Vorteile an das Familienunternehmen gewähren, dürfte die Ausgabe von Genussscheinen höchstens für allfällige im Familienunternehmen tätige passive Aktionäre als Abgeltung für eine besondere Arbeitsleistung infrage kommen.[891]

4.3.4 Zwischenfazit

Bei der Ausgestaltung der Vermögensrechte im Rahmen der Nachfolgeregelung stellt eine vertraglich vereinbarte bedingte Pflicht zur Ausschüttung einer Dividende ein mögliches Instrument dar, um die vermögensmässigen Rechte der passiven Aktionäre zu wahren und ihnen einen angemessenen Ausgleich für das der Nachfolgerin zugestandene Führungsschwergewicht und die Illiquidität ihrer Beteiligungen am Familienunternehmen zu gewähren. Die Regelung der Aus-

---

886 HANSELMANN/HERZOG, 303 f.; VON SALIS/HAAS, 45.

887 Art. 657 Abs. 2 OR.

888 HARDER SCHULER, 95 f. Vgl. Art. 657 Abs. 3 OR.

889 Vgl. BSK OR II-RAMPINI/RIGOZZI, Art. 657 N 4; ZK OR (Art. 620–659*b*)-BAHAR/PEYER, Art. 657 N 15 und 23.

890 ZK OR (Art. 620–659*b*)-BAHAR/PEYER, Art. 657 N 7.

891 Vgl. Art. 657 Abs. 1 OR; BAUMANN, 142; BSK OR II-RAMPINI/RIGOZZI, Art. 657 N 2; HENNINGER, N 437 f.; ZK OR (Art. 620–659*b*)-BAHAR/PEYER, Art. 657 N 10.

schüttungen begünstigt aber auch einen Ausstieg der passiven Aktionäre, indem ausgeschüttete Dividenden einerseits dazu beitragen, dass die Nachfolgerin hinreichende Mittel für den Auskauf der passiven Aktionäre äufnen kann, und andererseits an den Kaufpreis der Beteiligungen der passiven Aktionäre angerechnet werden können.

Mittels Gestaltung im Aktionärbindungsvertrag kann zugunsten der passiven Aktionäre zum einen ein Anspruch auf die Ausschüttung einer Dividende vereinbart werden, indem sich die Familienaktionäre dazu verpflichten, in der Generalversammlung zugunsten der Ausschüttung zu stimmen, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind. Zum anderen können die passiven Aktionäre sowohl betragsmässig als auch bezüglich der Rangordnung der Ausschüttung gegenüber der Nachfolgerin privilegiert werden, indem sie einen höheren Anteil an den ausgeschütteten Dividenden oder diese bis zu einem bestimmten Betrag exklusiv erhalten.

Die Ausgestaltung der Höhe der Dividende hat dem Finanzierungs- und Reinvestitionsbedarf des Familienunternehmens, einer angemessenen Rendite für die passiven Aktionäre sowie allfälligen Abgeltungsleistungen der Nachfolgerin an die passiven Aktionäre Rechnung zu tragen. Der Aktionärbindungsvertrag kann dabei einen festen Prozentsatz oder eine Bandbreite vorgeben, innerhalb welcher der Verwaltungsrat, allenfalls mit dem Erfordernis der Zustimmung seiner unabhängigen Mitglieder, die konkrete Höhe festzusetzen hat.

Um sicherzustellen, dass der für die Berechnung der Dividende massgebende Gewinn die wirtschaftliche Lage des Familienunternehmens möglichst realitätstreu wiedergibt und nicht durch die Bildung stiller Reserven geschmälert werden kann, sollten sich die Familienaktionäre möglichst auf einen Rechnungslegungsstandard einigen, der auf dem Grundsatz *true and fair view* fusst.

Schliesslich sollte der Aktionärbindungsvertrag Möglichkeiten vorsehen, bei Bedarf von der vereinbarten Dividendenpolitik abzuweichen. Dies ist dann erforderlich, wenn keine ausschüttbaren Mittel in hinreichender Höhe vorhanden sind, oder wenn es die Ertragsaussichten des Familienunternehmens gebieten, in welchem Fall vorgesehen werden kann, dass die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder die Dividende kürzen oder das Absehen von einer Ausschüttung anordnen können. Wurde keine oder eine tiefere Dividende als vereinbart ausgeschüttet, können die Familienaktionäre übereinkommen, dass die ausgefallene Dividende in den darauffolgenden Jahren nachzuzahlen ist und die Nachfolgerin so lange keine Dividende erhält, bis die ausgefallene Dividende vollständig kompensiert ist. Auch kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass nach mehreren Jahren, in denen das Familienunternehmen keine Dividenden ausschütten konnte, die pas-

siven Aktionäre einen Ausstieg verlangen können, entweder durch den Verkauf ihrer Beteiligungen an die Nachfolgerin oder durch den Verkauf des gesamten Familienunternehmens.

Möchten die Familienaktionäre die Privilegierung der passiven Aktionäre statutarisch umsetzen, bieten sich Vorzugsaktien an, mittels derer die passiven Aktionäre gegenüber der Nachfolgerin ebenfalls sowohl betragsmässig als auch bezüglich der Reihenfolge des Erhalts von Ausschüttungen bevorzugt werden können. Gleichermassen kann ein statutarischer Anspruch auf die Ausschüttung einer Dividende vorgesehen werden, wobei es aufgrund der praktischen Herausforderungen bei der Durchsetzung dieses Anspruchs einer ergänzenden vertraglichen Regelung bedarf. Vorzugsaktien bilden zudem ein geeignetes Instrument, um ein allfälliges der Nachfolgerin durch die Zuteilung von Stimmrechtsaktien gewährtes Führungsschwergewicht statutarisch zu kompensieren.

4.4 Informationsrechte

4.4.1 Ausgangslage

4.4.1.1 Interessenlage

Verfügt einerseits die Nachfolgerin auf der Grundlage ihrer unternehmerischen Tätigkeit über umfassende Informationen über das Familienunternehmen, ist andererseits das Wissen der passiven Aktionäre eingeschränkt: Zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären besteht ein Informationsgefälle.[892]

Während die Nachfolgerin aufgrund ihres Informationsstands ohne Weiteres in der Lage ist, die ihr gemäss Aktionärbindungsvertrag zustehenden Rechte auszuüben, trifft dies auf die passiven Aktionäre nicht zu. Die passiven Aktionäre haben deshalb – wie in Kapitel 2.3.1.4 dargestellt – ein gewichtiges Interesse daran, diejenigen Informationen zu erhalten, die es ihnen ermöglichen, angemessen informierte Entscheide zu treffen, sodass die ihnen gewährten Rechte effektiv zu ihrer Gleichbehandlung und Teilhabe beitragen können.[893] Dieses Interesse rechtfertigt sich

---

892 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 583; FÄHRLANDER, 297; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1477.

893 VISCHER, Nachfolgeplanung, 8. Vgl. auch BAUMANN, 173, sowie VON DER CRONE, N 780. Insbesondere dient der Erhalt von Informationen über das Familienunternehmen den passiven Aktionären als Grundlage für einen allfälligen Entscheid zum Verkauf ihrer Beteiligungen (FORSTMOSER, Informationsrechte, 93 Fn 35). Vgl. zu den

umso mehr, als die Beteiligungen am Familienunternehmen oftmals einen bedeutenden Teil der Vermögen der passiven Aktionäre darstellen.[894]

Informationsrechte zugunsten der passiven Aktionäre sind aber auch deshalb von Bedeutung, weil sie die zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären bestehende Informationsasymmetrie und damit eine mögliche Agency-Problematik einzudämmen vermögen.[895] Namentlich tragen Informationsrechte zugunsten der passiven Aktionäre zur Vertrauensbildung im Verhältnis zwischen ihnen und der Nachfolgerin bei[896] und dienen der Konfliktprävention.[897] Durch die Teilhabe der passiven Aktionäre an Informationen über das Familienunternehmen können die Familienaktionäre zudem den Erfolgsfaktor der Partizipation umsetzen.[898]

Demgegenüber liegt der Nachfolgerin an der Geheimhaltung von vertraulichen Informationen über das Familienunternehmen,[899] um schädigendem Verhalten der passiven Aktionäre oder Dritter, die an diese Informationen gelangen, vorzubeugen. Die Geheimhaltung von Informationen über das Familienunternehmen dient dementsprechend als Mittel zur Sicherstellung der optimalen und erfolgreichen Unternehmensführung. Ebenso möchte die Nachfolgerin regelmässig verhindern, dass die Bereitstellung von Informationen die Ressourcen des Familienunternehmens übermässig beansprucht.

Nebst dem Erhalt von Informationen ist für die passiven Aktionäre deren Aussagekraft und Verlässlichkeit – mithin deren «Qualität» – von Bedeutung. Die erhaltenen Informationen sollen die Lage des Familienunternehmens möglichst akkurat und realitätsgetreu darstellen. Dieses Interesse kann mit demjenigen der Nachfolgerin kollidieren, wenn die entsprechende Aufbereitung von Informationen einen bedeutenden Aufwand verursacht, der die Ressourcen des Familienunternehmens belastet.

Möglichkeiten der Familienaktionäre, ihre Beteiligungen am Familienunternehmen zu veräussern, Kapitel 4.5.3.

894 SCHENKER, Familiengesellschaften, 63 f.

895 Vgl. dazu Kapitel 2.2.2.2.1.

896 HAGEN-ECK, 742; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 245. Vgl. zur Vertrauensbildung als Erfolgsfaktor im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge Kapitel 2.4.1.

897 Vgl. zur Bekanntgabe von Informationen als Instrument zur Konfliktprävention Kapitel 5.2.1.

898 Vgl. dazu Kapitel 2.4.2.2.

899 Vgl. VISCHER, Nachfolgeplanung, 8; VON DER CRONE, N 780. Vgl. zudem bereits Kapitel 2.3.1.4.

4.4.1.2 Regelungsbedarf

Das Aktienrecht sieht für Minderheitsaktionäre verschiedene gesetzliche Informationsrechte vor. So hat die Gesellschaft sämtlichen Aktionären aktiv den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht[900] bekanntzugeben sowie auf Anfrage Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft[901] zu erteilen und Einsicht in Geschäftsbücher und Akten[902] zu gewähren.[903]

Praktisch gesehen sind die gesetzlichen Informationsrechte indes nicht ausreichend, um das Informationsbedürfnis der passiven Aktionäre zu befriedigen.[904] Die Bekanntgabe des Geschäftsberichts und des Revisionsberichts erfolgen nur einmal jährlich, womit die passiven Aktionäre im Verlauf des Geschäftsjahrs nicht über wesentliche Ereignisse informiert werden.[905] Zwar steht ihnen während des laufenden Geschäftsjahrs das Auskunftsrecht zur Verfügung. Weil jedoch einerseits Informationen nur soweit zu gewähren sind, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind[906] und als durch deren Bekanntgabe keine «Geschäftsgeheimnisse oder andere[] schutzwürdige[] Interessen der Gesellschaft gefährdet werden»,[907] und andererseits Art. 697 Abs. 3 OR dem Verwaltungsrat ausserhalb der Generalversammlung eine viermonatige Frist für die Beantwortung schriftlicher Anfragen gewährt, ist das gesetzliche Auskunftsrecht für die passiven

---

900 Art. 699*a* OR.

901 Art. 697 OR.

902 Art. 697*a* OR.

903 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1477 Fn 2; VON DER CRONE, N 782.

904 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1477.

905 Vgl. FRICK J., N 1361 f.

906 Vgl. Art. 697 Abs. 4 OR. Der Nachweis der Erforderlichkeit kann in der Praxis schwierig sein; vgl. beispielhaft für die Auskunft über die individuellen Vergütungen der Verwaltungsratsmitglieder bei einem Familienunternehmen – was auch vorliegend eine Information darstellt, an der die passiven Aktionäre interessiert sind, namentlich um die Vertragskonformität der Bezüge der Nachfolgerin zu überprüfen – BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021 E. 5.3 sowie die diesbezüglichen Besprechungen bei BERTSCHINGER, Einsichtsrecht, 188 f., sowie bei MAHLER/VON DER CRONE, 523.

907 Art. 697 Abs. 4 OR. In der Praxis dürfte sich die Auskunft daher oftmals auf Informationen beschränken, die auch Gegenstand des Jahresberichts oder sonstiger Bekanntmachungen durch den Verwaltungsrat sind (DAENIKER/HASLER, 91; SCHENKER/SCHENKER, 174).

Aktionäre in der Praxis sowohl in inhaltlicher[908] als auch in zeitlicher[909] Hinsicht unbefriedigend. Deshalb drängt sich zur Verwirklichung der Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre die vertragliche Einräumung zusätzlicher Informationsrechte auf.

Die Gestaltung erweiterter Informationsrechte erfordert gleichzeitig einen Ausgleich mit dem Geheimhaltungsinteresse der Nachfolgerin und des Familienunternehmens.[910] Dieses ist mitunter deshalb vordringlich, weil die passiven Aktionäre keiner gesetzlichen Verschwiegenheits- und Treuepflicht unterstehen.[911] Der Regelungsbedarf erstreckt sich dabei sowohl auf den Umfang als auch auf den zulässigen Verwendungszweck der erhaltenen Informationen. Ebenso soll die Aufbereitung und Bekanntgabe der Informationen die Ressourcen des Familienunternehmens nicht übermässig beanspruchen.

Darüber hinaus hat der Aktionärbindungsvertrag die Qualität der Informationen zu regeln, wobei der dadurch dem Familienunternehmen erwachsende Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zum «Qualitätsgewinn» stehen muss.

4.4.2 Zugang zu erweiterten Informationen

4.4.2.1 Vertretung im Verwaltungsrat

Ein mögliches Instrument im Rahmen der erweiterten Informationsrechte stellt der Anspruch der passiven Aktionäre auf eine Vertretung im Verwaltungsrat dar,[912] wobei sich die Familienaktionäre mittels Stimmbindung zur Wahl einer entspre-

---

908 Da der Aktionärbindungsvertrag den passiven Aktionären Rechte einräumt, die weiter als die gesetzlich vorgesehenen reichen (z.B. Verkaufsrechte), gehen die Informationen, welche die passiven Aktionäre zur Ausübung dieser Rechte benötigen, regelmässig über die zur Geltendmachung der gesetzlichen Aktionärsrechte erforderlichen Informationen hinaus.

909 Die viermonatige Frist von Art. 697 Abs. 3 OR dürfte je nach Gegenstand der begehrten Information der Notwendigkeit, diese innert nützlicher Frist zu erhalten, nicht gerecht werden. Vgl. auch FRICK J., N 1362.

910 Vgl. bereits Kapitel 2.3.1.4.

911 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1480; VON DER CRONE, N 780. Vgl. demgegenüber Art. 803 Abs. 1 OR zur gesetzlichen Geheimhaltungspflicht der Gesellschafter einer GmbH in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse.

912 BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 160; HANSELMANN/HERZOG, 308; HARDER SCHULER, 184. Vgl. zur Vertretung der passiven Aktionäre im Verwaltungsrat bereits Kapitel 4.1.3.1.1a).

chenden Vertretung verpflichten.[913] Nebst der damit einhergehenden Einfluss- und Kontrollmöglichkeit gegenüber der Nachfolgerin[914] stellt dieses Instrument sicher, dass die passiven Aktionäre mittelbar auch diejenigen Informationen erhalten, über die nur der Verwaltungsrat verfügt. Zudem steht sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach Massgabe von Art. 715*a* OR zu, wodurch sich der Vertreter der passiven Aktionäre bei Bedarf zusätzliche Informationen über den Geschäftsgang des Familienunternehmens verschaffen kann.[915]

Weil die passiven Aktionäre nicht immer über die erforderlichen Qualifikationen für eine Wahl in den Verwaltungsrat verfügen dürften und weil die Ausübung des Verwaltungsratsmandats für die passiven Aktionäre mit Risiken und Haftungsfolgen verbunden sein kann,[916] dürfte vielfach ein Vertreter infrage kommen, der nicht aus dem Kreis der passiven Aktionäre nominiert wird.[917] Alternativ kann es sich anbieten, dass ein passiver Aktionär als Beobachter an den Verwaltungsratssitzungen teilnimmt und so trotzdem direkt relevante Informationen erhält.[918]

4.4.2.2 Anspruch auf Erhalt erweiterter Informationen

Die Familienaktionäre können ferner vereinbaren, dass die passiven Aktionäre einen vertraglichen Anspruch auf die Zustellung bestimmter Informationen über das Familienunternehmen haben.[919] Gegenstand eines solchen Anspruchs können etwa Informationen finanzieller Natur – beispielsweise die (ungeprüfte) Bilanz und Erfolgsrechnung auf halbjährlicher, vierteljährlicher oder monatlicher Basis[920] –, über beabsichtigte Änderungen in der Zusammensetzung der Geschäftsleitung, über Änderungen der Strategie oder Veränderungen in der wirtschaftlichen Lage[921] oder über wesentliche Ereignisse (z.B. gegen das Familienunternehmen eingeleitete Verfahren) sein.[922] Letzterer Informationsgegenstand kann dadurch

913 Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.2b).

914 Vgl. zum entsprechenden Interesse der passiven Aktionäre bereits Kapitel 4.1.3.1.1a).

915 Vgl. FRICK J., N 1392.

916 FÄHRLANDER, 297; HANSELMANN/HERZOG, 308; HENNINGER, N 506.

917 Vgl. dazu bereits Kapitel 4.1.3.1.1a).

918 Vgl. zur Möglichkeit der passiven Aktionäre, einen Beobachter zu entsenden, Kapitel 4.1.3.1.1a).

919 HANSELMANN/HERZOG, 308; VON SALIS/HAAS, 47 f.

920 Vgl. SCHENKER, Familiengesellschaften, 64, insbesondere Fn 40.

921 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.307.

922 Vgl. für eine Übersicht möglicher Inhalte des Informationsanspruchs SÖDING, 360 ff.

konkretisiert werden, dass auf die Informationen, die im Anhang zur Jahresrechnung aufzuführen sind, abgestellt wird,[923] oder dass eine Informationspflicht analog der Ad-hoc-Meldepflicht von börsenkotierten Unternehmen vorgesehen wird.[924] Gegenstand der Informationspflicht kann zudem ein allfälliger Vergütungsbericht des Verwaltungsrats sein.[925]

Darüber hinaus kann der Aktionärbindungsvertrag den passiven Aktionären einen zusätzlichen Anspruch auf Auskunft ausserhalb der Generalversammlung und des schriftlichen Auskunftsrechts[926] gewähren,[927] etwa durch die Möglichkeit des periodischen Austauschs mit dem Verwaltungsrat (insbesondere mit dem Prüfungsausschuss respektive dem mit den entsprechenden Aufgaben beauftragten Verwaltungsratsmitglied) oder mit der Geschäftsleitung. Dieses Zugangsrecht ist jedoch auf angemessene Weise zu beschränken, etwa so, dass ein solcher Austausch höchstens zweimal im Jahr stattfindet.

Das Recht auf Erhalt von Informationen kann sowohl spezifisch die Nachfolgerin als Partei des Aktionärbindungsvertrags und Mitglied des Verwaltungsrats als auch sämtliche Familienaktionäre im Sinn einer allgemeinen Anweisung zur entsprechenden Einflussnahme auf das Familienunternehmen im Rahmen ihrer Möglichkeiten belasten. Denkbar ist es aber auch, in Bezug auf die Bereitstellung der entsprechenden Informationen das Familienunternehmen direkt vertraglich einzubinden.[928]

---

923 Vgl. Art. 959*c* Abs. 2 OR. Alternativ kann auf die Informationen gemäss Art. 961*c* Abs. 2 OR abgestellt werden, wie sie im Lagebericht von Unternehmen, die der ordentlichen Revision unterliegen, aufgeführt werden müssen.

924 Vgl. Art. 53 des Kotierungsreglements der SIX Exchange Regulation AG, wonach Emittenten den Markt über Tatsachen, die den Börsenkurs massgeblich beeinflussen können, informieren müssen, sobald sie von den wesentlichen Punkten Kenntnis haben.

925 Vgl. dazu Kapitel 4.2.3.1.

926 Art. 697 Abs. 1 und 2 OR.

927 FRICK M., 134.

928 Während die Zulässigkeit der Einbindung der Gesellschaft in den Aktionärbindungsvertrag in Bezug auf ihre Willensbildung umstritten ist (vgl. zum Ganzen FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 405 ff.), kann der Gesellschaft vertraglich eine Leistungspflicht wie diejenige zur Bekanntgabe von Informationen auferlegt werden und kann die Gesellschaft bezüglich dieser Leistungspflicht dem Aktionärbindungsvertrag beitreten (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE210066-O vom 23. Juni 2021 E. 4.6.; vgl. ferner FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 445 f.; FRICK J., N 1363; GERICKE/DALLA TORRE, 48; TRIPPEL/

In faktischer Hinsicht darf die Gewährung von Informationen an die passiven Aktionäre schliesslich nicht dazu führen, dass die Ressourcen des Familienunternehmens übermässig beansprucht werden. Werden die betreffenden Informationen aber ohnehin bereits unternehmensintern aufbereitet, dürfte dem Familienunternehmen durch ihre Bereitstellung zugunsten der passiven Aktionäre kein wesentlicher Mehraufwand entstehen.[929]

4.4.2.3 Vorkehrungen bezüglich der Schranken erweiterter Informationsrechte

Soll der Verwaltungsrat den Familienaktionären weitergehende Informationen übermitteln, ergeben sich mit Blick auf dessen Verhaltenspflichten bestimmte Grenzen.[930]

4.4.2.3.1 Schranken erweiterter Informationsrechte

Einerseits kann die Verschwiegenheitspflicht des Verwaltungsrats[931] gebieten, dass der Verwaltungsrat von der Bekanntgabe bestimmter Informationen an die Familienaktionäre absieht.[932] Der Verschwiegenheitspflicht unterliegen grundsätzlich sämtliche Informationen, die dem Verwaltungsrat aufgrund seiner Stellung im Familienunternehmen bekannt sind und nicht öffentlich sind, bezüglich derer der Verwaltungsrat mit Blick auf das Gesellschaftsinteresse ein Geheimhaltungsinteresse hat.[933] Darunter fallen nebst allgemeinen «Interna» allen voran Informationen, die besonders sensitiv sind, weil Konkurrenten diese verwerten und dadurch die

---

JAISLI KULL, 214). Vgl. zudem zur Einbindung des Familienunternehmens in den Aktionärbindungsvertrag im Allgemeinen Kapitel 3.2.2.1.2 Fn 296.

929 FREIHERR VON RECHENBERG, 45.

930 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 384 ff.; GERICKE, Verwaltungsrat, 150 f.

931 Diese leitet sich aus der Treuepflicht des Verwaltungsrats (Art. 717 Abs. 1 OR) ab; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1479; GERICKE, Verwaltungsrat, 150; KRNETA, N 1900.

932 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 385. Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1150.

933 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 762; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20a und 20b; FRICK J., N 1368; GERICKE, Verwaltungsrat, 150; KRNETA, N 1901; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 717 N 167. Die Bekanntgabe von Informationen kann aber durchaus auch im Interesse der Gesellschaft sein (BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 763; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20d).

Wettbewerbsposition des Familienunternehmens schädigen könnten, etwa Kundenlisten, Produktionsverfahren, Preise, Volumen oder Margen, aber auch interne Finanzkennzahlen und strategische Vorhaben.[934]

Andererseits muss der Verwaltungsrat des Familienunternehmens aufgrund des Gleichbehandlungsgebots sämtliche Familienaktionäre auch hinsichtlich des Zugangs zu Informationen unter gleichen Umständen gleich behandeln.[935]

4.4.2.3.2 Vorkehrungen zur Ermöglichung erweiterter Informationsrechte

Um die Gewährung erweiterter Informationen unter Wahrung der Verschwiegenheitspflicht des Verwaltungsrats zu ermöglichen, können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag insbesondere die folgenden Vorkehrungen treffen:

– Der Aktionärbindungsvertrag kann besonders sensitive Informationen wie Kundenlisten, Preise und Margen vom Gegenstand der Informationsrechte ausdrücklich ausschliessen oder eine Bekanntgabe lediglich in anonymisierter oder aggregierter Form[936] vorsehen. Diese Informationen dürften – zumindest in detaillierter Form – ohnehin kaum je für die Ausübung der Rechte der Familienaktionäre relevant sein.
– Die Familienaktionäre können sich im Aktionärbindungsvertrag zu einer umfassenden Geheimhaltungspflicht in Bezug auf die erhaltenen Informationen verpflichten.[937] Damit kann der Umfang der bekanntzugebenden Informationen unter Wahrung des Geheimhaltungsinteresses des Familienunternehmens erweitert werden.[938]
– Die Familienaktionäre können vorsehen, dass die Pflicht und der Umfang der Bekanntgabe von zusätzlichen Informationen im Organisationsreglement fest-

---

934 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 762; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20b; KRNETA, N 1901; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Minderheitenschutz, 590; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 3.587; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 717 N 166.

935 FORSTMOSER, Governance, 499; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1481; FRICK J., N 1370; GERICKE, Verwaltungsrat, 151.

936 Vgl. VON DER CRONE, N 803.

937 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1480; FRICK J., N 1366. Vgl. zum Inhalt einer solchen Geheimhaltungspflicht Kapitel 4.4.3.1.

938 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1480; FORSTMOSER/KÜCHLER, Vertreter, 61.

zuhalten sind.[939] Dieses kann die Bekanntgabe von Informationen denjenigen Familienaktionären vorbehalten, die sich einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterwerfen.[940] Eine diesbezügliche Bestimmung im Organisationsreglement hat überdies den Vorteil, dass sie die Bekanntgabe von Informationen auch auf der Ebene des Verwaltungsrats regelt, zumal die Geheimnisherrschaft beim Gesamtverwaltungsrat und nicht bei den einzelnen Mitgliedern liegt.[941]

– Der Aktionärbindungsvertrag kann eine Pflicht der Familienaktionäre zur Schadloshaltung der Mitglieder des Verwaltungsrats im Zusammenhang mit der Bekanntgabe der vereinbarten Informationen vorsehen.[942]

Der Disposition der Familienaktionäre entzogen sind indessen Informationen, deren Geheimnisherr aufgrund Gesetzes oder Vertrags ein Dritter ist («absolute Geschäftsgeheimnisse»): Ohne einen entsprechenden gesetzlichen respektive vertraglichen Vorbehalt oder die Zustimmung des Geheimnisherrn kann der Verwaltungsrat diese Informationen nicht an die Familienaktionäre weitergeben, ohne Drittrechte zu verletzen.[943]

Unproblematisch ist die Gewährung von Informationen an die Familienaktionäre hingegen unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots, sofern alle Familienaktionäre Partei des Aktionärbindungsvertrags sind[944] und der Verwaltungsrat bereit ist, allen sich erkundigenden Familienaktionären Zugang zu den erweiterten Informationen zu verschaffen.[945] Eine entsprechende Regelung im

---

939 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 762; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20d; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 3.589; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 717 N 168.

940 FORSTMOSER/KÜCHLER, Vertreter, 60 f. Dabei handelt es sich um eine sachlich zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Familienaktionäre, solange alle Familienaktionäre die Möglichkeit haben, unter Verpflichtung zur Geheimhaltung Zugang zu den betreffenden Informationen zu erhalten.

941 BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20d; VON DER CRONE, N 1394.

942 Als Parteien des Aktionärbindungsvertrags, der die Bekanntgabe der betreffenden Informationen vorsieht, wird es den Familienaktionären ohnehin verwehrt sein, entsprechende Ansprüche gegen die Verwaltungsratsmitglieder geltend zu machen *(«volenti non fit iniuria»)* (GERICKE, Verwaltungsrat, 154).

943 BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 763; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20d; GERICKE, Verwaltungsrat, 151; KRNETA, N 1906; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 717 N 167.

944 FÄHRLANDER, 297; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1482.

945 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1485; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.313.

Aktionärbindungsvertrag und im Organisationsreglement, wonach alle Familienaktionäre Anspruch auf die Bekanntgabe der vereinbarten Informationen haben, kann ebenfalls Sicherheit schaffen.

4.4.2.4 Sicherung der «Qualität» der Informationen

4.4.2.4.1 Festlegung des Rechnungslegungsstandards

Insbesondere mit Blick auf finanzielle Informationen drängt es sich auf, dass die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag festhalten, nach welchem Standard sich die Rechnungslegung des Familienunternehmens zu richten hat. Wie im Rahmen der Regelung der Ausschüttungen[946] bietet sich auch in Bezug auf die Informationsrechte ein Rechnungslegungsstandard an, welcher auf dem Grundsatz *true and fair view* basiert,[947] damit die passiven Aktionäre Informationen über das Familienunternehmen erhalten, welche dessen finanzielle Lage möglichst realitätsgetreu abbilden. Als geeigneter Rechnungslegungsstandard kommt für Familienunternehmen Swiss GAAP FER infrage;[948] einzig für sehr kleine Familienunternehmen dürfte die Buchführung nach diesem Standard einen unverhältnismässig hohen Aufwand darstellen.[949]

Nebst der Sicherung der «Qualität» der Informationen hat die Festlegung eines Rechnungslegungsstandards nach *true and fair view* den Vorteil, dass allfällige Probleme des Familienunternehmens offenkundig werden, womit sich die Nachfolgerin diesen annehmen[950] und möglicherweise auch das Gespräch mit den passiven Aktionären suchen muss, was sich wiederum positiv auf das gegenseitige Vertrauen auswirkt.

4.4.2.4.2 Durchführung der Revision

Damit der Standard, den die den passiven Aktionären zukommenden Informationen erfüllen müssen, tatsächlich eingehalten wird, aber auch, um sicherzustellen, dass relevante Informationen an die passiven Aktionäre gelangen, sollte der Aktionärbindungsvertrag Vorschriften zur Revision vorsehen.

---

946 Vgl. Kapitel 4.3.2.3.

947 HERZOG, 198.

948 HANDSCHIN, N 42; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 244. Vgl. dazu bereits Kapitel 4.3.2.3.

949 SCHENKER, Familiengesellschaften, 64. Vgl. dazu bereits Kapitel 4.3.2.3 Fn 849.

950 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 245.

Hat das Familienunternehmen zehn oder weniger Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, kann dieses mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf die Durchführung einer eingeschränkten Revision verzichten.[951] Dies dürfte bei kleineren Familienunternehmen der ersten Generation oftmals der Fall sein, zumal kein Schutzbedürfnis anderer Aktionäre besteht, solange der Unternehmer alleiniger Aktionär ist. Im Rahmen der Nachfolgeregelung sollten die Familienaktionäre jedoch zum Schutz der passiven Aktionäre vereinbaren, dass auf die Möglichkeit des Opting-Out von der eingeschränkten Revision verzichtet und stattdessen mindestens eine solche Revision durchgeführt wird.[952] Auch ohne eine entsprechende Regelung im Aktionärbindungsvertrag kann nach geltendem Gesetzesrecht ohnehin jeder der passiven Aktionäre durch Verweigerung oder Widerruf der Zustimmung zum Opting-Out erwirken, dass das Familienunternehmen die Jahresrechnung mindestens eingeschränkt prüfen lassen muss.[953]

Bei mittelgrossen und grossen Familienunternehmen können die Familienaktionäre überdies vereinbaren, dass anstelle einer eingeschränkten eine ordentliche Revision durchzuführen ist,[954] sofern nicht ohnehin das Gesetz[955] oder passive Aktionäre, die gemeinsam mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, die Durchführung einer ordentlichen Revision verlangt bzw. verlangen.[956] Die ordentliche Revision ist für die passiven Aktionäre insbesondere unter den folgenden Gesichtspunkten vorteilhaft:

– Sie hat einen höheren Prüfungsmassstab, da auch geprüft wird, ob die Jahresrechnung dem Gesetz, den Statuten und dem Rechnungslegungsstandard entspricht.[957]

---

951 Art. 727*a* Abs. 2 OR.

952 AUWÄRTER, 144; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.289.

953 Art. 727*a* Abs. 4 OR.

954 Art. 727 Abs. 3 OR. Bei kleinen und mittleren Familienunternehmen dürften die Kosten der Durchführung einer ordentlichen Revision im Vergleich zum resultierenden Nutzen hingegen unverhältnismässig hoch sein.

955 Nach Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR müssen Gesellschaften eine ordentliche Revision durchführen, wenn mindestens zwei der nachfolgenden Kriterien in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren erfüllt sind: (1) Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, (2) Umsatzerlös von 40 Millionen Franken und (3) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

956 Art. 727 Abs. 2 OR; BÖCKLI, Stimmenmehrheit, 456.

957 Art. 728*a* Abs. 1 Ziff. 1 OR. Dies im Gegensatz zur eingeschränkten Revision, im Rahmen welcher die Revisionsstelle lediglich auf Sachverhalte hinweisen muss, die

– Sie hat einen weiteren Prüfungsumfang, etwa dadurch, dass auch das Vorhandensein eines internen Kontrollsystems Gegenstand der Prüfung bildet.[958]
– Die Revisionsstelle unterliegt einer erweiterten Anzeigepflicht, wonach sie den Verwaltungsrat auch über Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement informieren muss.[959]

4.4.2.5 Aktienrechtliche Instrumente

Den Familienaktionären steht es grundsätzlich frei, die Instrumente zur erweiterten Informationspflicht statutarisch zu verankern. Möglich ist zunächst ein statutarisches Recht auf eine Vertretung im Verwaltungsrat, welches bei Bestehen verschiedener Aktionärskategorien oder -gruppen – wie in Kapitel 4.1.2.1.4a) aufgezeigt – nach Massgabe von Art. 709 OR umgesetzt werden kann. Ebenfalls können die Familienaktionäre den vereinbarten Rechnungslegungsstandard[960] sowie die Pflicht zur ordentlichen Revision[961] statutarisch verankern.

Eingeschränkter sind die Möglichkeiten zur statutarischen Umsetzung des Erhalts zusätzlicher Informationen. Grundsätzlich dürfte es zulässig sein, die «spontane» Informationspflicht des Familienunternehmens, die die Bekanntmachung des Geschäftsberichts und des Revisionsberichts umfasst,[962] statutarisch zumindest hinsichtlich eines Teils der vertraglich vereinbarten Informationen zu erweitern.[963] Grenze einer solchen statutarischen Erweiterung der gesetzlich vorgesehenen Informationsrechte dürfte – wie beim Auskunftsrecht – die Bekanntgabe von Informationen, die schutzwürdige Interessen des Familienunternehmens verletzen, sein.[964] Die statutarische Bestimmung sollte deshalb – in Übereinstimmung mit Art. 697 Abs. 4 OR, welcher den Inhalt des Auskunftsrechts entsprechend ein-

---

auf mögliche Unstimmigkeiten mit Gesetz und Statuten schliessen lassen (vgl. Art. 729*a* Abs. 1 Ziff. 1 OR).

958 Art. 728*a* Abs. 1 Ziff. 3 OR.

959 Art. 728*c* Abs. 1 und 2 OR.

960 Vgl. hierzu Kapitel 4.3.3.1.3.

961 Art. 727 Abs. 3 OR; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 245.

962 Art. 699*a* Abs. 1 OR. Vgl. FORSTMOSER, Informationsrechte, 89 f., sowie bereits Kapitel 4.4.1.2.

963 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 245 (in Bezug auf ungeprüfte Halbjahres- und Quartalsberichte). Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Vertreter, 60 f., sowie ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 717 N 167, welche zumindest implizit von der Möglichkeit einer statutarischen Regelung auszugehen scheinen.

964 Vgl. FORSTMOSER, Informationsrechte, 99.

schränkt – einen diesbezüglichen Vorbehalt zugunsten des Verwaltungsrats vorsehen. Insofern kann das statutarische Recht auf Bekanntgabe von Informationen nicht gleich weit gehen wie das vertragliche, weil den Familienaktionären statutarisch keine Geheimhaltungspflicht auferlegt werden kann.[965]

4.4.3 Massnahmen zur Wahrung der Interessen des Familienunternehmens

Um nebst der Erweiterung der Informationsrechte zugunsten der passiven Aktionäre auch dem Bedürfnis des Familienunternehmens und der Nachfolgerin nach der vertraulichen Behandlung von Informationen betreffend das Familienunternehmen Rechnung zu tragen, hat der Aktionärbindungsvertrag zusätzlich die Geheimhaltung der offengelegten Informationen sowie allfällige Verhaltenspflichten der Familienaktionäre als Korrelat zu den erweiterten Informationsrechten vorzusehen.

Grundsätzlich dürften sämtliche Familienaktionäre aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung am Familienunternehmen einen Anreiz haben, schädigende Handlungen gegen dieses auf der Grundlage der ihnen zur Verfügung gestellten Informationen zu unterlassen, weil Schädigungen des Familienunternehmens letztlich dessen Möglichkeiten beeinträchtigen, Dividenden auszuschütten, und damit eines der Hauptziele der passiven Aktionäre vereiteln. Je kleiner jedoch die Beteiligungen der passiven Aktionäre am Familienunternehmen sind, desto eher kann der Nutzen aus der Weitergabe von vertraulichen Informationen über das Familienunternehmen den Anteil der passiven Aktionäre am Schaden, der dem Familienunternehmen daraus entsteht, überwiegen.[966] Der Sicherstellung der Geheimhaltung und von Verhaltenspflichten kommt deshalb besondere Bedeutung zu, wenn die passiven Aktionäre kleine Beteiligungen halten.

Vor diesem Hintergrund sind vordergründig die passiven Aktionäre Adressaten der Verhaltenspflichten. Diese können aus Gründen der Gleichbehandlung aber auch der Nachfolgerin (und damit sämtlichen Familienaktionären) auferlegt werden.

---

965 Vgl. Kapitel 4.4.2.3; bei einer vertraglichen Regelung kann dem Geheimhaltungsinteresse des Familienunternehmens hingegen dadurch Rechnung getragen werden, dass sich die Familienaktionäre zur vertraulichen Behandlung der erhaltenen Informationen verpflichten (vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1480).

966 VON DER CRONE, N 781. Dies dürfte umso mehr gelten, wenn Konflikte unter den Familienaktionären bestehen.

4.4.3.1 Geheimhaltungspflicht

Die passiven Aktionäre unterstehen in ihrer blossen Eigenschaft als Aktionäre von Gesetzes wegen keiner Geheimhaltungspflicht und können aufgrund von Art. 680 Abs. 1 OR auch nicht statutarisch einer solchen unterstellt werden.[967] Dementsprechend sollten die Familienaktionäre eine Geheimhaltungspflicht der passiven Aktionäre im Aktionärbindungsvertrag vereinbaren.[968] Damit kann verhindert werden, dass die passiven Aktionäre vertrauliche Informationen an Unberechtigte weitergeben, aber auch, dass sie eine solche Weitergabe als Druckmittel gegen die Nachfolgerin verwenden können. Die Geheimhaltungsverpflichtung sollte zudem vorsehen, dass die passiven Aktionäre die erhaltenen Informationen nur zum Zweck der Geltendmachung ihrer Rechte aus dem Aktionärbindungsvertrag verwenden dürfen.[969]

4.4.3.2 Treuepflicht und Konkurrenzverbot

Während die Interessen der Nachfolgerin und des Familienunternehmens durch die Geheimhaltungspflicht grundsätzlich gewahrt sind, kann unter Umständen Bedarf für einen zusätzlichen Schutz mittels einer Treuepflicht oder eines Konkurrenzverbots bestehen.

Mit der Vereinbarung einer Treuepflicht[970] kann über die Geheimhaltungspflicht hinaus verhindert werden, dass sich Familienaktionäre gestützt auf die erhaltenen Informationen (auch ohne diese direkt preiszugeben) in der Öffentlichkeit dem Familienunternehmen gegenüber schädlich verhalten,[971] insbesondere sich nachtei-

---

967 FORSTMOSER, Informationsrechte, 88; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1480; VON DER CRONE, N 780 Fn 82. Vgl. bereits Kapitel 4.4.1.2.

968 BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 160; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1153 ff. und 1480; HAGEN-ECK, 752.

969 Vgl. FRICK J., N 1366; GERICKE, Verwaltungsrat, 153 f.

970 Für die Familienaktionäre wird sich eine Treuepflicht ohnehin bereits aus Art. 536 OR ergeben, wenn sie eine einfache Gesellschaft bilden (FÄHRLANDER, 312; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1450), welche zumindest insofern zum Tragen kommt, als sie den gemeinsamen Zweck der einfachen Gesellschaft beschlägt (BLOCH, 232 f.). Ebenfalls gilt eine Treuepflicht kraft Art. 717 Abs. 1 OR für Familienaktionäre, welche Mitglieder des Verwaltungsrats sind (FÄHRLANDER, 313 Fn 172), und kraft Art. 321*a* Abs. 1 OR für solche, die im Familienunternehmen arbeitstätig sind.

971 Vgl. FÄHRLANDER, 312 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1449; STUDER, N 34.1.

lig über das Familienunternehmen äussern, etwa zu negativen Entwicklungen oder allgemeiner zu Spannungen oder Konflikten unter den geschäftsführenden Personen oder unter den Familienaktionären. Ebenfalls kann eine gegenseitige Pflicht der Familienaktionäre zur Offenlegung von möglichen Interessenkonflikten vereinbart werden,[972] beispielsweise über mögliche Geschäftsbeziehungen zu Konkurrenten des Familienunternehmens.

Haben Familienaktionäre im Einzelfall Zugang zu besonders sensitiven Informationen wie Kunden, Preise oder Geschäftsbedingungen,[973] kann es sich aufdrängen, diesen mittels eines angemessenen Konkurrenzverbots das Tätigwerden für bzw. das Halten einer substanziellen Beteiligung an einem Konkurrenten zu untersagen.[974] Ein Konkurrenzverbot kann auch für einen beschränkten Zeitraum nach Veräusserung der Aktien am Familienunternehmen gelten. Die Familienaktionäre können das Konkurrenzverbot weiter als Vertrag zugunsten Dritter ausgestalten,[975] damit das Familienunternehmen dieses selbst durchsetzen kann,[976] sowie die Möglichkeit der nicht-konkurrenzierenden Familienaktionäre vorsehen, eine konkurrenzierende Tätigkeit im Einzelfall zu genehmigen.[977]

4.4.3.3 *Aktienrechtliche Instrumente*?

Art. 680 Abs. 1 OR steht einer Verankerung zusätzlicher Pflichten zulasten der Aktionäre in den Statuten entgegen, weshalb Geheimhaltungspflichten, Treuepflichten und Konkurrenzverbote der Familienaktionäre nicht gültig in die Statuten aufgenommen werden können.[978]

---

972 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1146 und 1470 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.340.

973 Weil solche Informationen, zumindest in nicht aggregierter bzw. anonymisierter Form, kaum zur Ausübung der Rechte unter dem Aktionärbindungsvertrag erforderlich sein dürften, sollten sie nicht Gegenstand der erweiterten Informationsrechte der Familienaktionäre bilden; vgl. dazu bereits Kapitel 4.4.2.3.2.

974 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 160; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1460 ff. (auch zu den inhaltlichen und zeitlichen Schranken eines Konkurrenzverbots). Ein Konkurrenzverbot ergibt sich für Familienaktionäre, die zugleich Verwaltungsratsmitglieder sind, bereits aus Art. 717 Abs. 1 OR, sowie für allfällige mitarbeitende Familienaktionäre aus Art. 321*a* Abs. 3 OR (FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1460).

975 Art. 112 Abs. 2 OR.

976 BLOCH, 231; BÖSIGER, 16.

977 STUDER, N 34.2.

978 BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 44.

4.4.4 Zwischenfazit

Das Ziel der Gleichbehandlung der passiven Aktionäre erfordert Informationsrechte zu ihren Gunsten – einerseits damit die passiven Aktionäre die ihnen kraft des Aktionärbindungsvertrags zustehenden Rechte effektiv ausüben können, andererseits weil eine offene Informationspolitik das Vertrauen zwischen den Familienaktionären fördert und Konflikten vorbeugt. Weil die gesetzlichen Informationsrechte zu diesem Zweck nicht ausreichend sind, besteht Bedarf nach erweiterten Informationsrechten, die vertraglich unter den Familienaktionären vereinbart werden können. Zu den möglichen vertraglichen Informationsrechten zählen der Anspruch auf eine Vertretung im Verwaltungsrat, auf regelmässige Berichterstattung über die finanzielle Lage des Familienunternehmens sowie über wesentliche Ereignisse, was auch ein Recht auf Gespräche mit Verwaltungsrat und Geschäftsleitung umfassen kann, auf die Rechnungslegung nach einem Standard, welcher auf dem Prinzip *true and fair view* fusst, sowie auf die Durchführung mindestens einer eingeschränkten Revision. Die Grenzen der Informationsrechte liegen in der Verschwiegenheitspflicht des Verwaltungsrats, im Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre sowie faktisch in der Notwendigkeit zur Beschränkung der Ressourcen des Familienunternehmens, die für die Bereitstellung von Informationen aufgewendet werden. Während der Verschwiegenheitspflicht des Verwaltungsrats insbesondere durch Geheimhaltungsverpflichtungen der Familienaktionäre Rechnung getragen werden kann, wird die Gleichbehandlung der Familienaktionäre dadurch sichergestellt, dass der Aktionärbindungsvertrag allen Familienaktionären Zugang zu den erweiterten Informationen gewährt.

Nicht nur mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht des Verwaltungsrats, sondern auch mangels einer diesbezüglichen gesetzlichen Regelung ist zur Sicherung des Unternehmenserfolgs eine Geheimhaltungspflicht der Familienaktionäre vorzusehen, um einer das Familienunternehmen schädigenden Verwendung der erhaltenen Informationen vorzubeugen. Diese kann bei Bedarf durch eine Treuepflicht oder durch ein Konkurrenzverbot ergänzt werden, wodurch zusätzlich einer nicht von der Geheimhaltung erfassten, indirekten schädigenden Nutzung der erhaltenen Informationen entgegengewirkt werden kann.

4.5 Zusammensetzung des Aktionariats und Ausstieg aus dem Familienunternehmen

Während das Familienunternehmen auf Dauer angelegt ist, unterliegt die Zusammensetzung des Kreises der Familienaktionäre nur schon aufgrund ihres früher oder später eintretenden Ablebens zwangsläufig einem Wandel. Der Wunsch nach oder die Notwendigkeit einer Veränderung des Aktionärskreises kann aber aus verschiedenen Gründen bereits viel früher eintreten. Dem haben die Familienaktionäre bei der Redaktion des Aktionärbindungsvertrags Rechnung zu tragen.

4.5.1 Ausgangslage

4.5.1.1 Interessenlage

4.5.1.1.1 Im Allgemeinen

Der Regelung des Personenkreises, der das Aktionariat des Familienunternehmens bildet, und derjenigen von Ausstiegsmöglichkeiten liegen insbesondere die folgenden, bereits in Kapitel 2.3.1.5 aufgezeigten Interessen zugrunde:

– Zum einen das Interesse der Nachfolgerin an der Kontrolle der Zusammensetzung des Aktionariats des Familienunternehmens, um ihre Bestimmungsrechte zu sichern und um Dritte, die einen schädlichen Einfluss auf das Familienunternehmen haben können, fernzuhalten; und
– Zum anderen das Interesse der passiven Aktionäre an der Möglichkeit des Verkaufs ihrer Beteiligungen, um ihre (vermögensmässige) Gleichbehandlung und Teilhabe, mithin den Werterhalt und die Realisation ihrer Beteiligungen zur Verwirklichung eigener finanzieller Ziele, zu sichern.

Im Spannungsfeld zwischen diesen beiden Interessen stehen zudem die insbesondere vom Unternehmer – möglicherweise aber auch von den Familienaktionären – verfolgten Ziele der Sicherung des Familienvermögens respektive der finanziellen Absicherung der Familie und des Verbleibs des Unternehmens im Eigentum der Familie.

Um den konkreten Regelungsbedarf zu ermitteln, ist nachfolgend näher auf das Interesse an der Regelung der Zusammensetzung des Aktionariats sowie auf dasjenige an Möglichkeiten zum Ausstieg aus dem Familienunternehmen einzugehen.

4.5.1.1.2 Zusammensetzung des Aktionariats und Erhalt des Familienunternehmens im Eigentum der Familie im Besonderen

Insbesondere aufseiten der Nachfolgerin besteht ein Interesse an der Regelung der Zusammensetzung des Aktionariats, um «unerwünschte Dritte»[979] fernzuhalten. Bei solchen unerwünschten Dritten kann es sich um Konkurrenten handeln, um Investoren, die an kurzfristigen, möglichst hohen Gewinnen und Ausschüttungen interessiert sind und deren Interessen im Widerspruch zu den vom Familienunternehmen vertretenen und gelebten Werten stehen,[980] sowie um Dritte, die über eine schlechte Reputation verfügen und so auch diejenige des Familienunternehmens schädigen könnten. Die Kontrolle über die Zusammensetzung des Aktionariats kann der Nachfolgerin aber auch dazu dienen, den dem Familienunternehmen aufgrund der Eigentümerstruktur entgegengebrachten Goodwill zu erhalten[981] sowie die eigene Position im Rahmen der Unternehmensführung zu sichern, was durch ein ausschliesslich oder mehrheitlich aus Familienmitgliedern zusammengesetztes Aktionariat begünstigt wird.

Das Interesse an der Kontrolle der Zusammensetzung des Aktionariats kann ferner dem ideellen Interesse des Unternehmers[982] – und je nach Grad der emotionalen Verbundenheit auch der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre – entspringen, das Familienunternehmen möglichst im Familieneigentum zu halten.

Indessen wird die Beteiligung Dritter am Familienunternehmen vielfach eine Notwendigkeit darstellen: sei dies, weil Dritte sich im Rahmen der Finanzierung des Familienunternehmens an Kapitalerhöhungen beteiligen,[983] weil sie Aktien am Familienunternehmen über eine Mitarbeiterbeteiligung erhalten[984] oder weil sie bestehende Aktien am Familienunternehmen erwerben – insbesondere solche von passiven Aktionären, die aus dem Familienunternehmen aussteigen möchten, aber auch sämtliche Aktien am Familienunternehmen, wenn dies die einzige gangbare strategische Option für das Familienunternehmen darstellt.[985]

---

979 HINTZ-BÜHLER, 87.

980 Beispielsweise Hedgefonds. Vgl. BENDER, 73.

981 Vgl. HINTZ-BÜHLER, 87, die vom Erhalt «eine[s] bestimmten Gesellschaftscharakter[s]» spricht.

982 Vgl. Kapitel 2.1.1.

983 BAUMANN, 120; SCHENKER, Familiengesellschaften, 32. Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.3a).

984 Vgl. RÜTTER/ZWYSSIG, 144.

985 SCHENKER, Familiengesellschaften, 32.

Bei der Regelung des Erhalts des Familienunternehmens in der Familie geht es daher nicht darum, Dritte kategorisch auszuschliessen, sondern vielmehr darum, Regeln und Bedingungen aufzustellen, unter denen «genehme» Dritte Aktionäre des Familienunternehmens werden können sowie mittels derer der Einfluss familienexterner Dritter bei Bedarf beschränkt werden kann.[986]

4.5.1.1.3 Möglichkeit eines Ausstiegs im Besonderen

Die Gründe für den Wunsch der passiven Aktionäre, nicht mehr am Familienunternehmen beteiligt zu sein und ihre Beteiligungen zu veräussern, können vielfältig sein. Nebst dem Wunsch, das im Familienunternehmen gebundene Vermögen anderweitig zu investieren,[987] können auch das Alter oder der Gesundheitszustand,[988] die fehlende Identifikation mit dem Familienunternehmen,[989] der Bedarf nach liquiden Mitteln[990] oder Konflikte mit anderen Familienaktionären[991] ausschlaggebend sein.

Ausstiegsrechte nehmen verschiedene Funktionen wahr. Zunächst dienen sie als Element der Gleichbehandlung der passiven Aktionäre im Rahmen der Nachfolgelösung,[992] indem ihnen eine Möglichkeit gewährt wird, anderweitig über das ansonsten im Familienunternehmen gebundene Vermögen zu verfügen. Die Einräumung von Ausstiegsrechten zugunsten der passiven Aktionäre dient in diesem Zusammenhang auch als Gegenleistung für deren Hand-Bieten zu einer Nachfolgelösung, bei welcher die Nachfolgerin Vorrechte in Bezug auf die Unternehmensführung erhält und bei der die passiven Aktionäre eine Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen in Anrechnung an ihre Pflichtteile erhalten – eine Nachfolgelösung, deren Bestand aus erbrechtlicher Sicht ohne erbvertragliche Regelung nach geltendem Recht unklar ist.[993]

---

986 Vgl. SCHENKER, Familiengesellschaften, 56.

987 Vgl. dazu bereits Kapitel 2.1.3.

988 FÄHRLANDER, 305; SUND/ANDERSSON/HAAG, 444.

989 SCHENKER, Familiengesellschaften, 65 f.

990 FÄHRLANDER, 305. Ein solcher Bedarf kann sich beispielsweise aufgrund einer Scheidung und der entsprechenden güterrechtlichen Auseinandersetzung (FÄHRLANDER, 305 Fn 121) oder zur Deckung eines Pflegebedarfs ergeben.

991 HAGEN-ECK, 769; SUND/ANDERSSON/HAAG, 444.

992 Vgl. VON SALIS/HAAS, 50.

993 Vgl. dazu Kapitel 3.2.2.3.3c). Mit dem E-ZGB wird indessen möglicherweise die Regel kodifiziert, wonach Nachkommen die Anrechnung von (Minderheits-)Betei-

Ebenfalls dienen Ausstiegsrechte als Instrument zur Konfliktprävention[994] und zur Konfliktlösung, indem unzufriedene passive Aktionäre aus dem Familienunternehmen ausscheiden können.

Schliesslich stellt die Möglichkeit des Ausstiegs der passiven Aktionäre auch ein Instrument zur ultimativen Auflösung der Agency-Problematik[995] im Familienunternehmen und damit des Spannungsfelds zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre dar, wenn die Nachfolgerin die Anteile der passiven Aktionäre übernimmt, womit sie Eigentum und Geschäftsführung auf sich vereint, und die passiven Aktionäre dafür angemessen abgegolten werden.

Die passiven Aktionäre haben deshalb ein bedeutendes Interesse an der Möglichkeit, einen Verkauf ihrer Beteiligungen durchzusetzen.

Der Wunsch nach einem Verkauf kann aber auch von der Nachfolgerin ausgehen oder von dieser geteilt werden, etwa dann, wenn sie nicht mehr dazu bereit ist, für das Familienunternehmen Verantwortung zu tragen,[996] wenn den Familienaktionären die Bereitschaft fehlt, weiter in das Familienunternehmen zu investieren, und eine Drittfinanzierung nicht möglich oder erwünscht ist – beispielsweise wenn die passiven Aktionäre weder bereit sind, sich an Kapitalerhöhungen zu beteiligen noch Drittinvestoren zuzulassen –, oder wenn niemand aus der dritten Familiengeneration das Familienunternehmen übernehmen möchte. Dementsprechend erfüllt auch die Möglichkeit des Verkaufs sämtlicher Aktien am Familienunternehmen an familienexterne Dritte (Trade Sale[997]) – sprich der Ausstieg der gesamten Familie bzw. sämtlicher Familienaktionäre – eine bedeutende Funktion, indem dadurch der Erfolg des Familienunternehmens gesichert[998] und das Familienvermögen gewahrt respektive die Familie finanziell abgesichert werden kann.[999]

---

ligungen am Familienunternehmen an ihre Pflichtteile verweigern können; vgl. dazu Kapitel 7.3.2.1 und 7.3.2.2.

994 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1312; FREIHERR VON RECHENBERG, 45 f.; HAGEN-ECK, 753; KUNZ, Familienunternehmen, 453; LIATOWITSCH/BELL, 12; SCHENKER, Familiengesellschaften, 66; VISCHER, Nachfolgeplanung, 12; VON SALIS/HAAS, 50. Vgl. zu den Ausstiegsrechten als Instrument zur Konfliktprävention Kapitel 5.2.1.

995 KISSLING STREULI, 114. Vgl. zur Agency-Problematik Kapitel 2.2.2.2.1.

996 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 224.

997 Vgl. zum Begriff KÜHNI, 152.

998 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 224.

999 Vgl. EITEL, KMU, 47 Fn 6.

4.5.1.2 Regelungsbedarf

Die soeben geschilderte Interessenlage begründet in verschiedener Hinsicht Regelungsbedarf.

Zunächst drängt sich eine Regelung hinsichtlich der Zusammensetzung des Aktionariats auf, weil Aktien ohne gegenteilige Regelung grundsätzlich frei – und damit auch an unerwünschte Dritte – übertragbar sind.[1000] Allfällige Übertragungsbeschränkungen müssen daher von den Familienaktionären vorgesehen werden.

Demgegenüber ist die Möglichkeit eines Ausstiegs aus dem Familienunternehmen mitunter deshalb regelungsbedürftig, weil das Aktienrecht kein gesetzliches Austrittsrecht für Aktionäre vorsieht.[1001] Zwar können Aktionäre von Gesetzes wegen die Auflösung des Familienunternehmens aus wichtigen Gründen begehren, wobei das zuständige Gericht anstelle der Auflösung als «andere sachgemässe und [...] zumutbare Lösung»[1002] eine Versteigerung der Aktien der begehrenden Aktionäre oder einen Rückkauf in Bezug auf ihre Anteile anordnen kann.[1003] Die begehrenden Familienaktionäre werden mit einer solchen Klage jedoch nur im Fall schwerwiegender und anhaltender Störungen im Aktionariat durchdringen,[1004] weshalb

---

1000 Art. 684 Abs. 1 OR; KÜHNI, 157 f.; ZK OR (Art. 660–697*m*)-TRIGO TRINDADE, Art. 684 N 12. Auf die gesetzliche Übertragungsbeschränkung bei nicht voll liberierten Namenaktien (Art. 685 OR) wird vorliegend nicht eingegangen.

1001 GERMANN, N 1769; JACCARD, 340; KÜHNI, 157; KUNZ, Grundmechanismen, 28; MARTIN, 120; PREMAND, N 871; STAEHELIN, 143. Vgl. demgegenüber das in Art. 822 OR vorgesehene Austrittsrecht bei der GmbH.

1002 Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 OR.

1003 Vgl. BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 520; BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 736 N 27; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Minderheitenschutz, 595, insbesondere Fn 114; ROHDE/BERGER, 97 Fn 16.

1004 Die Gutheissung einer Auflösungsklage aus wichtigen Gründen setzt eine andauernde Beeinträchtigung voraus, welche die Existenzberechtigung des Familienunternehmens infrage stellt (BGE 136 III 278 E. 2.2.2; BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 736 N 23). Zu denken ist dabei z.B. an sehr zerstrittene Verhältnisse unter den Familienaktionären (vgl. BGE 126 III 269 E. 1a sowie KUNZ, Familienunternehmen, 452 f.), an einen systematischen Missbrauch ihrer (Mehrheits-)Position durch die Nachfolgerin oder an eine anhaltende Blockierung der Beschlussfassung in der Generalversammlung durch die passiven Aktionäre (vgl. BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 736 N 24). Nicht als wichtige Gründe gelten dementsprechend Konflikte unter den Familienaktionären geringerer Intensität (vgl. BGE 136 III 278 E. 2.2.4; BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 736 N 25) oder der blosse Wunsch der passiven Aktionäre, ihre Aktien am Familienunternehmen zu verkaufen.

sie als gewöhnliche Ausstiegsmöglichkeit nicht praktikabel ist.[1005] Die einzige «reguläre» Austrittsmöglichkeit für die Familienaktionäre besteht somit im Verkauf der eigenen Aktien.[1006]

Speziell für den Fall, dass ein passiver Aktionär seine Aktien verkaufen möchte, ist mit Blick sowohl auf das Interesse an der Regelung der Zusammensetzung des Aktionariats als auch auf dasjenige an der Möglichkeit des Verkaufs von Aktien am Familienunternehmen eine Regelung erforderlich. Um beiden Interessen Rechnung zu tragen, bietet sich an, dass die Nachfolgerin in einem solchen Fall zum Erwerb der Aktien des verkaufswilligen passiven Aktionärs berechtigt ist, in welchem Fall der passive Aktionär seine Aktien veräussern kann und kein unerwünschter Dritter Aktionär des Familienunternehmens wird. Der Verkauf an die Nachfolgerin wird jedoch nicht immer möglich sein, insbesondere wenn die Nachfolgerin nicht bereit oder nicht in der Lage ist, die Aktien des verkaufswilligen passiven Aktionärs zu erwerben. Diesfalls bedarf es einer Regelung, die einen Ausgleich zwischen der Möglichkeit des verkaufswilligen passiven Aktionärs, seine Aktien an Dritte zu verkaufen[1007] – wodurch aus der Sicht der Nachfolgerin unerwünschte Dritte Aktionäre des Familienunternehmens werden könnten –, und dem Schutz der Zusammensetzung des Aktionärskreises – welcher allerdings einen Verkauf der Aktien vereiteln kann –, bewirkt.

Umgekehrt wird es nicht immer einen Markt für die (Minderheits-)Beteiligungen von verkaufswilligen passiven Aktionären geben. So dürfte die «nackte» Beteiligung eines passiven Aktionärs namentlich aufgrund der sehr beschränkten Möglichkeiten zur Einflussnahme auf und zur Kontrolle über das Familienunternehmen[1008] für kaum einen Drittkäufer interessant sein,[1009] umso weniger, wenn

---

1005 In praktischer Hinsicht wäre ein vom Gericht angeordneter Rückkauf eigener Aktien durch das Familienunternehmen überdies auf 20 Prozent des Aktienkapitals beschränkt (Art. 659 Abs. 3 OR) und von der Verfügbarkeit hinreichender finanzieller Mittel im Familienunternehmen abhängig (vgl. auch Kapitel 4.5.3.1.4).

1006 KUNZ, Grundmechanismen, 28; PREMAND, N 871.

1007 Zwar wird «[d]ie Möglichkeit eines Verkaufs an Dritte [...] regelmässig beim [Unternehmer] nicht auf offene Ohren stossen – die Realität ist aber dennoch, dass die Stabilität im Aktionariat nicht aufrecht zu erhalten ist, wenn nicht alle Aktionäre langfristig ihren angemessenen Anteil erhalten» (VON SALIS/HAAS, 50).

1008 SUND/ANDERSSON/HAAG, 444. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 582.

1009 BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 154; FORSTMOSER, Governance, 482 und 495; STAEHELIN, 143; VON SALIS/HAAS, 42. Mögliche Interessenten könnten höchstens Konkurrenten sein, die durch die Beteiligung Einblick in die Geschäftstätigkeit des Familienunternehmens erhalten möchten (FORSTMOSER, Governance, 495).

der Erwerb der Beteiligung gegen den Willen der Nachfolgerin bzw. ohne Abstimmung mit dieser erfolgt.[1010] Die den passiven Aktionären gemäss Aktionärbindungsvertrag zustehenden erweiterten Rechte können im Zusammenspiel mit einer Überbindungsklausel[1011] zwar die Attraktivität ihrer Beteiligungen steigern,[1012] z.B. für Finanzinvestoren.[1013] Trotzdem dürfte für die (Minderheits-)Beteiligungen der passiven Aktionäre teilweise nur ein «interner» Markt unter den Familienaktionären – konkret mit der Nachfolgerin als möglicher Käuferin – bestehen.[1014] Vor diesem Hintergrund haben die Familienaktionäre zu regeln, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen verkaufswillige passive Aktionäre einen Verkauf ihrer Beteiligungen gegenüber der Nachfolgerin – oder, wenn ein solcher nicht möglich ist, den Verkauf des gesamten Familienunternehmens – durchsetzen können.

Schliesslich haben sich die Familienaktionäre auch über die anderweitigen Möglichkeiten und Bedingungen eines Verkaufs des gesamten Familienunternehmens gegen den Willen der Nachfolgerin oder der passiven Aktionäre zu einigen – sei dies aufgrund von Konflikten unter den Familienaktionären, von Blockaden bei der Beschlussfassung oder von fehlenden Investitionen –, um das Familienvermögen zu wahren.

Der Regelungsbedarf begreift sich dementsprechend als Balanceakt zwischen der Kontrolle der Zusammensetzung des Aktionariats – insbesondere dem Erhalt des Familienunternehmens im Eigentum der Familie und der Beteiligung Dritter am Familienunternehmen – und der Möglichkeit zum Ausstieg. Dem haben die Familienaktionäre bei der Ausgestaltung der Bedingungen, unter denen der Verkauf von Aktien am Familienunternehmen zulässig ist – einschliesslich der Einbindung von Dritterwerbern von Aktien in den Aktionärbindungsvertrag – (Kapitel 4.5.2) sowie der Möglichkeit der Durchsetzung des Verkaufs von Aktien am Familienunternehmen (Kapitel 4.5.3) Rechnung zu tragen.

1010 FORSTMOSER, Governance, 482 und 495; VON SALIS/HAAS, 43.

1011 Vgl. dazu Kapitel 4.5.2.3.1a).

1012 HENNINGER, N 496; VISCHER, Nachfolgeplanung, 9; VON SALIS/HAAS, 50 f. Dritterwerber dürften in einem solchen Fall jedoch vielfach eine Anpassung des Aktionärbindungsvertrags – sowie möglicherweise die Einräumung zusätzlicher Rechte – verlangen und sich mit der Nachfolgerin als Mehrheitsaktionärin absprechen wollen (VON SALIS/HAAS, 43).

1013 Vgl. FRICK J., N 1262.

1014 VISCHER, Nachfolgeplanung, 13.

4.5.2 Instrumente zur Regelung der Zusammensetzung des Aktionariats und zum Verbleib des Unternehmens im Eigentum der Familie

In einem ersten Schritt stellt sich die Frage nach möglichen Instrumenten, die in einem sinnvollen Mass den Erhalt der Aktien am Familienunternehmen in Familienhand ermöglichen und die Aufnahme Dritter in das Aktionariat – einschliesslich ihrer Stellung, Rechte und Pflichten – regeln. Die Instrumente sollten jeweils so ausgestaltet sein, dass sie auch allfällige zukünftig erworbene Aktien – z.B. durch Kapitalerhöhung oder durch Zukauf von anderen Familienaktionären – sowie Bezugsrechte erfassen.[1015]

4.5.2.1 Verkaufsbeschränkungen und Belastungsverbote

4.5.2.1.1 Vertragliche Verkaufsbeschränkungen und Belastungsverbote

a) Verkaufsbeschränkungen

Ein allgemeines Verbot der Familienaktionäre, ihre Aktien zu veräussern,[1016] dürfte höchstens für eine beschränkte Zeitdauer sinnvoll sein.[1017] Deshalb geht es bei der Ausgestaltung der Verkaufsbeschränkungen vielmehr um die Bedingungen für einen zulässigen Verkauf.

Zunächst können die Familienaktionäre den Kreis der möglichen Erwerber definieren. So kann der Aktionärbindungsvertrag beispielsweise bestimmen, dass nur Familienmitglieder Aktionäre sein können, oder bestimmte Kategorien möglicher Erwerber ausschliessen, worunter insbesondere Konkurrenten fallen können,[1018] aber auch Käufer, deren Vorstellungen in Bezug auf das Familienunternehmen nicht mit denjenigen der Familienaktionäre oder der Nachfolgerin vereinbar

---

1015 GERMANN, N 1588; HINTZ-BÜHLER, 112 f.; MÜLLER R., 216; VISCHER, Nachfolgeplanung, 9.

1016 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1705 und 1709; GERMANN, N 1586; HARDER SCHULER, 111; HINTZ-BÜHLER, 120; MARTIN, 248 f.; SUND/BJUGGREN, 363; VISCHER, Nachfolgeplanung, 8 f.; VON DER CRONE, N 2092.

1017 HINTZ-BÜHLER, 120. Ein absolutes Verkaufsverbot ist ohne die gleichzeitige Einräumung von Verkaufsrechten zudem stark einschränkend unter dem Gesichtspunkt des Verbots der übermässigen Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB); HINTZ-BÜHLER, 122; MARTIN, 249 f. Vgl. dazu im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.1.1.2.

1018 VON SALIS/HAAS, 51.

sind.[1019] Die Familienaktionäre müssen sich diesfalls im Aktionärbindungsvertrag auf Kriterien zur Definition der zulässigen bzw. unzulässigen Erwerberkategorien einigen.[1020]

Als weitere Bedingung kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass Aktien nur mit Zustimmung der nicht verkaufswilligen Familienaktionäre oder einer (qualifizierten) Mehrheit dieser veräussert werden können.[1021] Die Zustimmung kann an die Einhaltung anderer Bedingungen – etwa von solchen über die zulässigen Erwerberkategorien – geknüpft werden, sodass die übrigen Familienaktionäre ihre Zustimmung erteilen müssen, wenn diese Bedingungen erfüllt sind.[1022] Zu regeln sind diesfalls auch das Vorgehen, beispielsweise die Benachrichtigung der übrigen Familienaktionäre bei Verkaufsabsicht. Auch ohne die Bedingung der Zustimmung der übrigen Familienaktionäre wird sich jedoch eine Anzeigepflicht des veräusserungswilligen Familienaktionärs aufdrängen, damit die übrigen Familienaktionäre die Einhaltung der Verkaufsbeschränkungen überprüfen können. Die Überprüfung kann auch durch den (unabhängigen) Verwaltungsratspräsidenten erfolgen, welcher zugleich im Fall einer Uneinigkeit unter den Familienaktionären in Bezug auf die Genehmigung des Verkaufs vermitteln und – falls gewünscht – entscheiden kann.[1023]

Sodann kann vorausgesetzt werden, dass Dritterwerber dem Aktionärbindungsvertrag beitreten.[1024] Der Verkauf der Aktien gilt dann – vorbehältlich der Erfüllung allfälliger weiterer Bedingungen – als genehmigt, wenn der verkaufende Familienaktionär eine gültig unterzeichnete Beitrittserklärung des Käufers vorweist. Die Familienaktionäre können dem Aktionärbindungsvertrag ein entsprechendes Muster als Anhang beifügen.

Verkäufe bzw. Übertragungen durch einen Familienaktionär innerhalb der Familie, mindestens aber an die jeweiligen Nachkommen bzw. Erben, sollten schliesslich nur zurückhaltend Verkaufsbeschränkungen unterworfen werden, da derartige

---

1019 Vgl. Kapitel 4.5.1.1.2.

1020 Z.B. den Verwandtschaftsgrad, falls der Erwerberkreis auf Familienmitglieder beschränkt werden soll.

1021 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1708; LUTTER, 31; MARTIN, 249.

1022 BÖSIGER, 6.

1023 Vgl. zur möglichen Rolle des Verwaltungsratspräsidenten als Vermittler Kapitel 5.3.1.

1024 STUDER, N 36.1; VISCHER, Nachfolgeplanung, 9. Vgl. zur Überbindung des Aktionärbindungsvertrags auf Dritterwerber Kapitel 4.5.2.3.1a).

Übertragungsbeschränkungen zu einer übermässigen Bindung der Familienaktionäre führen können.[1025]

b) Belastungsverbote

Zusätzlich zu eigentlichen Verkäufen können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag sämtliche Vorgänge, aufgrund derer ein Dritter mittelbar das Eigentum an den Aktien erlangen könnte, untersagen oder der Zustimmung der übrigen Familienaktionäre bzw. einer (qualifizierten) Mehrheit dieser unterstellen.[1026] Unter solche Vorgänge fallen insbesondere die Verpfändung von Aktien, das Gewähren von Kaufrechten an den Aktien oder der Verkauf von Bezugsrechten. Eine solche Regelung bedarf des Ausgleichs zwischen den Interessen der passiven Aktionäre, für welche solche Vorgänge als Möglichkeit dienen, das in den Aktien des Familienunternehmens gebundene Vermögen nutzbar zu machen,[1027] und denjenigen der Nachfolgerin, die sich nicht dem Risiko aussetzen möchte, sich mit einem unerwünschten Dritterwerber auseinandersetzen zu müssen.

Darüber hinaus wird es regelmässig im Interesse der Familienaktionäre sein, ein Nutzniessungsverbot vorzusehen oder zumindest zu vereinbaren, dass die Mitwirkungsrechte bei der Begründung einer Nutzniessung beim betreffenden Familienaktionär als Eigentümer verbleiben, weil ansonsten ein allfälliger Nutzniesser entgegen dem Interesse der übrigen Familienaktionäre und einer allfälligen unter den Familienaktionären vereinbarten Stimmbindung das mit den Aktien verbundene Stimmrecht wie ein Drittkäufer ausüben kann.[1028]

4.5.2.1.2 Aktienrechtliche Instrumente: Statutarische Vinkulierung

Um eine Drittwirkung der vertraglichen Verkaufsbeschränkungen zu erzeugen, können sich die Familienaktionäre der statutarischen Vinkulierung[1029] bedienen.[1030]

1025 Vgl. BGE 143 III 480 E. 5.6.2 sowie zur übermässigen Bindung als inhaltliche Schranke von Aktionärbindungsverträgen im Allgemeinen Kapitel 3.1.2.2.2 sowie im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags im Besonderen Kapitel 6.1.1.2.

1026 FÄHRLANDER, 307 f.; GERMANN, N 1588; HARDER SCHULER, 111; HINTZ-BÜHLER, 118; MARTIN, 249.

1027 Z.B. durch die Verpfändung der Aktien als Sicherheit für ein Darlehen.

1028 Art. 690 Abs. 2 OR; HARDER SCHULER, 101 f.; HINTZ-BÜHLER, 115 f.

1029 Art. 685 ff. OR.

1030 BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 46 f.

Dabei können die Statuten bestimmen, dass die Übertragung von Aktien an der Gesellschaft und die Errichtung einer Nutzniessung daran nur mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgen kann.[1031] Bei der Ausgestaltung der Vinkulierung haben die Familienaktionäre verschiedene Aspekte zu beachten, worauf sogleich einzugehen ist.

a) Ablehnung von Erwerbern aus wichtigem Grund

Während die Familienaktionäre bei der Ausgestaltung vertraglicher Verkaufsbeschränkungen grundsätzlich frei sind, kann die Gesellschaft im Rahmen der Vinkulierung Dritterwerber nur auf zwei verschiedene Arten ablehnen. Zunächst kann ein wichtiger Grund gemäss Statuten geltend gemacht werden.[1032] Ein solcher muss die Verweigerung der Aufnahme eines neuen Aktionärs im Hinblick auf den Zweck oder die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Familienunternehmens rechtfertigen.[1033, 1034] Die Familienaktionäre können mittels Vinkulierung demnach insbesondere die Ablehnung von Konkurrenten sicherstellen.[1035] Demgegenüber können andere «unerwünschte Dritte» nur abgelehnt werden, wenn sie den Zweck oder die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Familienunternehmens gefährden, nicht aber, wenn sie ausschliesslich subjektiv aus der Sichtweise der Nachfolgerin unerwünscht sind, weil sie deren Geschäftsführungskompetenzen beschneiden könnten.[1036]

Ob es vor diesem Hintergrund zulässig ist, den Erwerberkreis auf Familienmitglieder zu beschränken – d.h., ob die Zusammensetzung des Aktionärskreises nur aus Familienmitgliedern als wichtiger Grund im Sinn der statutarischen Vinkulierung gilt[1037] –, ist umstritten.[1038] Familienklauseln sollten aber aufgrund der möglicher-

---

1031 Art. 685*a* Abs. 1 und 2 OR.

1032 Art. 685*b* Abs. 1 OR. Vgl. zur zweiten Ablehnungsmöglichkeit sogleich Kapitel 4.5.2.1.2b).

1033 Art. 685*b* Abs. 2 OR; FÄHRLANDER, 305; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1731 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 246.

1034 Vgl. zur Frage, ob die Weigerung eines Erwerbers, dem Aktionärbindungsvertrag unter den Familienaktionären beizutreten, einen wichtigen Grund zur Ablehnung darstellt, Kapitel 4.5.2.3.3.

1035 HARDER SCHULER, 72 f.

1036 Vgl. VON DER CRONE, N 345.

1037 Solche «Familienklauseln» sind bei Familienunternehmen verbreitet; vgl. BAUMANN, 129.

1038 Befürwortend z.B. BAUMANN, 129 (jedoch mit dem Hinweis darauf, dass Familienklauseln einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten könnten); BÖCKLI, Aktien-

weise auftretenden Notwendigkeit, Dritte am Familienunternehmen zu beteiligen,[1039] ohnehin nur mit Bedacht eingesetzt werden. Ist eine Familienklausel erwünscht, kann eine Kompromisslösung darin bestehen, dass diese befristet wird, beispielsweise auf die ersten fünf oder zehn Jahre nach Inkrafttreten des Aktionärbindungsvertrags. Alternativ bietet sich anstelle einer Familienklausel eine Prozentklausel an. Diese beschränkt den prozentualen Anteil der Aktien, den Erwerber am Familienunternehmen halten können, sodass dadurch die Stimmenmehrheit der verbleibenden Familienaktionäre gesichert werden kann, falls Dritte Aktien am Familienunternehmen erwerben.[1040]

b) Ablehnung von Erwerbern mittels Kaufangebot

Die zweite Möglichkeit der Ablehnung eines Erwerbers mittels Vinkulierung[1041] besteht darin, dass das Familienunternehmen dem veräusserungswilligen Familienaktionär anbietet, ihm seine Aktien zum wirklichen Wert abzukaufen («Escape Clause»).[1042] Dies ermöglicht es dem Familienunternehmen, auch «unerwünschte Dritte» abzulehnen, wenn diese den Zweck oder die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Familienunternehmens nicht gefährden. Weil sich das Kaufangebot des Familienunternehmens auf sämtliche Aktien des veräusserungswilligen Familienaktionärs beziehen muss[1043] und der angebotene Kaufpreis dem «wirklichen Wert» der Aktien entsprechen muss,[1044] dürften die verfügbaren Mittel des Familienunter-

---

recht, § 5 N 230 (wonach Art. 685*b* Abs. 2 OR eine weite Gestaltungsfreiheit gewähre); CARENZA/JACQUEMOUD, 11; GERMANN, N 1386; HENSCH/STAUB, 1177; KUNZ, Familienunternehmen, 452. Ablehnend z.B. DAENIKER/HASLER, 102 ff., insbesondere 104 (mit dem Hinweis, dass eine solche statutarische Bestimmung faktisch Gültigkeit erlangt, wenn sie nicht innerhalb der Zweimonatsfrist gemäss Art. 706*a* Abs. 1 OR angefochten wird); FÄHRLANDER, 305; MARTIN, 110 ff.; PREMAND, N 246; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 246; VON DER CRONE, N 352.

1039 Vgl. dazu Kapitel 4.5.1.1.2.

1040 Vgl. DAENIKER/HASLER, 102.

1041 Vgl. zur ersten Ablehnungsmöglichkeit soeben Kapitel 4.5.2.1.2a).

1042 Art. 685*b* Abs. 1 OR; FÄHRLANDER, 306; HENSCH/STAUB, 1176; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 247.

1043 BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*b* N 11; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 21.

1044 Art. 685*b* Abs. 1 OR. Der «wirkliche Wert» bestimmt sich anhand des basierend auf dem Substanz- und dem Ertragswert errechneten Gesamtwerts des Unternehmens, der mangels Einigung unter den Parteien richterlich zu bestimmen ist (BGE 120 II 259 E. 2b; BGer 4C.363/2000 vom 3. April 2001 E. 3b; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*b* N 12 f.; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 25 ff.).

nehmens jedoch häufig nicht ausreichen, um alle Aktien zu übernehmen.[1045] Erwirbt das Familienunternehmen die Aktien auf eigene Rechnung, ist der Erwerb zudem auf 20 Prozent des Aktienkapitals beschränkt,[1046] was nur dann ausreichend ist, wenn der betreffende passive Aktionär höchstens Aktien in entsprechendem Umfang hält. Denkbar ist zwar, dass das Familienunternehmen dem veräusserungswilligen Familienaktionär seine Aktien auf Rechnung der übrigen Familienaktionäre abkauft, sodass die 20-Prozent-Grenze keine Anwendung findet. Auch dann dürfte die Escape Clause aber in vielen Fällen nicht praktikabel sein, weil die Nachfolgerin als regelmässig einziger kaufinteressierter Familienaktionär oftmals nicht über ausreichende Mittel verfügen dürfte, um die Aktien zum vollen «wirklichen Wert» zu übernehmen.[1047]

c) Kompetenz zur Zustimmung zu Aktienübertragungen

Die Zustimmung zu einer Veräusserung oder Belastung vinkulierter Aktien liegt aufgrund der allgemeinen gesetzlichen Kompetenzverteilung beim Verwaltungsrat.[1048] Den Familienaktionären steht es jedoch offen, die Kompetenz zur Zustimmung zu Aktienübertragungen statutarisch der Generalversammlung zuzuweisen.[1049] Die Familienaktionäre sind dabei zwar ihrerseits an die gesetzlichen Ablehnungsgründe von Art. 685*b* Abs. 1 OR gebunden, könnten aber die «wichtigen Gründe» zur Ablehnung im Aktionärbindungsvertrag konkretisieren und eine entsprechende Stimmbindung vorsehen.[1050] Der Verwaltungsrat hat solchenfalls bei einem Verkauf unverzüglich eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, hat eine allfällige Ablehnung des Erwerbers doch innerhalb der Dreimonatsfrist von Art. 685*c* Abs. 3 OR zu erfolgen.[1051]

1045 HARDER SCHULER, 123. Dies gilt umso mehr, als bei der Berechnung des «wirklichen Werts» der Aktien keine Minderheitsabschläge zu berücksichtigen sind (BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 193; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*b* N 12; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 36).

1046 Art. 659 Abs. 3 OR; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*b* N 11; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 20.

1047 Vgl. zu dieser Problematik im Zusammenhang mit einem allfälligen Verkaufsrecht der passiven Aktionäre gegenüber der Nachfolgerin Kapitel 4.5.3.1.2.

1048 Art. 716 Abs. 1 OR; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*a* N 8.

1049 BÖSIGER, 5 Fn 13; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*a* N 9; CARENZA/JACQUEMOUD, 19; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1767; GERMANN, N 1404; HINTZ-BÜHLER, 128.

1050 Vgl. GERMANN, N 1406.

1051 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1767; GERMANN, N 1407.

Mittels einer vertraglichen Regelung können sich die Familienaktionäre zudem an den vertragsverletzenden Mitaktionären schadlos halten, wenn diese vertragswidrig einer Aktienübertragung zustimmen bzw. diese vertragswidrig ablehnen, was nicht möglich ist, wenn der Entscheid über die Vinkulierung in der Kompetenz des Verwaltungsrats liegt. Stimmt etwa die Nachfolgerin in Verletzung der Stimmbindung gegen die Übertragung der Aktien der passiven Aktionäre, können diese zwar ihre Aktien nicht verkaufen, aber immerhin die Nachfolgerin zur Bezahlung von Schadenersatz oder einer allfälligen Konventionalstrafe[1052] anhalten; Gleiches gilt umgekehrt, wenn die passiven Aktionäre entgegen der vertraglichen Stimmbindung dem Verkauf ihrer Aktien zustimmen und dadurch der Verkauf genehmigt wird.

d) Unzulässigkeit über die Vinkulierung hinausgehender Übertragungsbeschränkungen

Über die Vinkulierung hinausgehende statuarische Übertragungsbeschränkungen sind aufgrund von Art. 685*b* Abs. 7 OR, wonach die Statuten die Voraussetzungen der Übertragbarkeit nicht erschweren dürfen, sowie aufgrund des allgemeinen Verbots statutarischer Leistungspflichten zulasten der Aktionäre, die über die Liberierungspflicht hinausgehen,[1053] unzulässig,[1054] was der Abbildung entsprechender vertraglicher Übertragungsbeschränkungen in den Statuten entgegensteht.[1055]

e) Praktische Aspekte

Möchten die Familienaktionäre eine Vinkulierung vorsehen, müssen sie letztlich zwischen dem Vorteil, dass dadurch unerwünschte Erwerber im Interesse der Nachfolgerin abgewiesen werden können, und dem Nachteil, dass dadurch möglicherweise der Ausstieg der passiven Aktionäre erschwert wird,[1056] abwägen. Eine Kompromisslösung könnte darin bestehen, dass die Vinkulierung relativ eng gefasst wird, sodass nur Konkurrenten abgelehnt werden können, im Gegenzug aber zusätzlich eine Prozentklausel vorgesehen wird, um den Einfluss allfälliger

---

1052 Vgl. zum Instrument der Konventionalstrafe Kapitel 5.2.3.1.1.

1053 Art. 680 Abs. 1 OR.

1054 FÄHRLANDER, 306; HANSELMANN/HERZOG, 310; VON DER CRONE, N 347.

1055 Vgl. spezifisch zur (Un-)Zulässigkeit einer statutarischen Pflicht der Familienaktionäre zur Überbindung des Aktionärbindungsvertrags auf allfällige Dritterwerber Kapitel 4.5.2.3.3.

1056 VISCHER, Nachfolgeplanung, 14.

«unerwünschter» familienexterner Aktionäre zu beschränken. Bei der Frage, ob die Familienaktionäre eine Vinkulierung vorsehen sollen, ist auch zu beachten, dass – wie bereits ausgeführt[1057] – für Aktienpakete, die weder bedeutende Mitbestimmungsrechte noch eine substanzielle Rendite verschaffen, ausserhalb des Kreises der Familienaktionäre kaum ein Markt besteht,[1058] sowie dass die Umsetzung der Anweisungen der Familienaktionäre bezüglich der Ablehnung von Dritterwerbern von der entsprechenden Bereitschaft ihrer Vertreter im Verwaltungsrat abhängt, wenn die diesbezügliche Kompetenz nicht der Generalversammlung übertragen wurde.[1059] Ebenso werden vielfach die Mittel fehlen, um Aktien über die Escape Clause zu erwerben.[1060]

f) Statutarisches Belastungsverbot

Sehen die Familienaktionäre in den Statuten des Familienunternehmens eine Vinkulierung vor, gilt diese auch für die Begründung einer Nutzniessung an den Aktien, ohne dass die Statuten dies ausdrücklich bestimmen müssten.[1061] Die statutarische Absicherung eines Verpfändungsverbots ist hingegen aufgrund des in Art. 685*b* Abs. 7 OR statuierten Verbots der Erschwerung der Übertragbarkeit von Aktien unzulässig.[1062]

4.5.2.2 Vorkaufsrecht und Vorhandrecht

Zusätzlich zu Bestimmungen, die den Verkauf von Aktien am Familienunternehmen an unliebsame Dritte verhindern können, kann die Nachfolgerin auch ein Interesse daran haben, sich den Erwerb der Aktien von veräusserungswilligen passiven Aktionären vorzubehalten.[1063] Dazu dienen das Vorkaufs- und das Vorhandrecht.

1057 Vgl. Kapitel 4.5.1.2.

1058 Vgl. VON SALIS/HAAS, 43.

1059 Vgl. SCHENKER, Vorkaufsrechte, 267 f.

1060 Vgl. bereits Kapitel 4.5.2.1.2b).

1061 Art. 685*a* Abs. 2 OR; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*a* N 6; HINTZ-BÜHLER, 116; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 19.

1062 BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*a* N 6; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 76.

1063 Vgl. SCHENKER, Familiengesellschaften, 66, sowie bereits Kapitel 4.5.1.2.

4.5.2.2.1 Vorkaufsrecht

Die Familienaktionäre können zunächst vereinbaren, dass der Nachfolgerin ein Vorkaufsrecht *(right of first refusal)* an den Aktien der passiven Aktionäre zusteht.[1064] Dadurch hat die Nachfolgerin das Recht, die Aktien eines passiven Aktionärs zu erwerben, sobald dieser sich zur Veräusserung seiner Aktien an einen Dritten verpflichtet.[1065, 1066] Die passiven Aktionäre können sich damit gegenüber einem Dritterwerber nur bedingt zum Verkauf ihrer Aktien verpflichten.[1067]

Da ein Vorkaufsrecht den Ausstieg der passiven Aktionäre aufgrund der Unsicherheit darüber, ob die Nachfolgerin dieses ausüben wird, erschwert,[1068] können die Familienaktionäre Ausnahmen zum Vorkaufsrecht vereinbaren. Beispielsweise kann dieses nicht greifen, wenn das Angebot des Dritterwerbers über einem bestimmten Preis liegt,[1069] welcher die maximale Zahlungsbereitschaft der Nachfolgerin für Aktien der passiven Aktionäre abbildet.

4.5.2.2.2 Vorhandrecht

Der Aktionärbindungsvertrag kann sodann ein Vorhandrecht *(right of first offer)* der Nachfolgerin in Bezug auf die Aktien der passiven Aktionäre vorsehen.[1070] Im Gegensatz zum Vorkaufsrecht hat die Nachfolgerin beim Vorhandrecht bereits dann das Recht, die Aktien des verkaufswilligen passiven Aktionärs zu erwerben, wenn dieser eine Verkaufsabsicht hat, ohne dass er sich wie beim Vorkaufsrecht

---

1064 FÄHRLANDER, 306 f.; HANSELMANN/HERZOG, 309; MÜLLER/BIEDERMANN, 893.

1065 FÄHRLANDER, 306; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1178; GERMANN, N 1617; HANSELMANN/HERZOG, 309; HINTZ-BÜHLER, 89; MARTIN, 255; MÜLLER/BIEDERMANN, 893; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 251; SUND/BJUGGREN, 363; VON DER CRONE, N 2090; VON SALIS, Vertragsklauseln, 279.

1066 Die Verpfändung der Aktien und die Einräumung von Kaufrechten an den Aktien sowie andere wirtschaftliche Äquivalente eines Verkaufs sollten entweder vertraglich untersagt werden (vgl. Kapitel 4.5.2.1.1b)) oder die Nachfolgerin – falls gewünscht gemeinsam mit den übrigen passiven Aktionären – zum Kauf der betreffenden Aktien berechtigen (vgl. KÜHNI, 171; VISCHER, Nachfolgeplanung, 9).

1067 FÄHRLANDER, 306; HANSELMANN/HERZOG, 309.

1068 VISCHER, Nachfolgeplanung, 13; VON SALIS, Vertragsklauseln, 286.

1069 Vgl. KNOBLOCH, 565 Fn 135.

1070 FÄHRLANDER, 307; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1262; HANSELMANN/HERZOG, 310; HENSCH/STAUB, 1175 f.; MÜLLER/BIEDERMANN, 892 f.; SUND/BJUGGREN, 363; VON DER CRONE, N 2090.

schon (bedingt) zu einem Verkauf verpflichtet haben muss.[1071] Damit hat das Vorhandrecht den Vorteil, dass es bereits vorgängig zu einem Verkauf an einen Dritten greift.[1072]

Das Vorhandrecht kann so ausgestaltet werden, dass der verkaufswillige passive Aktionär der Nachfolgerin ein Angebot unterbreiten muss, wobei er seine Aktien nicht zu einem tieferen Verkaufspreis an Dritte veräussern darf, wenn die Nachfolgerin das Angebot ausschlägt.[1073] Alternativ kann vorgesehen werden, dass der verkaufswillige passive Aktionär die Nachfolgerin über seine Verkaufsabsicht zu informieren hat, woraufhin die Nachfolgerin ein Angebot formulieren muss. Schlägt der verkaufswillige passive Aktionär das Angebot aus, ist es ihm verwehrt, die Aktien zu günstigeren Konditionen an Dritte zu verkaufen.[1074]

4.5.2.2.3 Gemeinsame Regelungspunkte

a) Berechtigte

Sofern die Familienaktionäre dies wünschen, können nebst der Nachfolgerin auch die nicht verkaufenden bzw. nicht verkaufswilligen passiven Aktionäre zu einem Kauf der Aktien berechtigt sein. Der Aktionärbindungsvertrag hat diesfalls zu regeln, in welchem Verhältnis die Familienaktionäre zur Ausübung des Vorkaufs- bzw. des Vorhandrechts berechtigt sind, beispielsweise im Verhältnis ihres bestehenden Aktienbesitzes.[1075]

b) Modalitäten der Ausübung

Sodann haben die Familienaktionäre die auslösenden Tatbestände sowie die Modalitäten der Ausübung zu regeln.[1076] Dazu gehören zunächst die Fristen und die Art und Weise, wie der verkaufswillige passive Aktionär die Nachfolgerin über den Vorkaufs- bzw. Vorhandfall benachrichtigen muss und wie die Nachfolgerin

---

1071 FÄHRLANDER, 307; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1262; GERMANN, N 1626; HINTZ-BÜHLER, 89; MARTIN, 256; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; SCHENKER, Vorkaufsrechte, 270. Vgl. zudem HINTZ-BÜHLER, 101, sowie SCHENKER, Vorkaufsrechte, 270, zur Definition des Vorkaufsfalls.

1072 MARTIN, 258; SCHENKER, Vorkaufsrechte, 272.

1073 HINTZ-BÜHLER, 90; SCHENKER, Vorkaufsrechte, 272; VISCHER, Nachfolgeplanung, 14.

1074 HINTZ-BÜHLER, 90; VISCHER, Nachfolgeplanung, 14.

1075 HENSCH/STAUB, 1176; HINTZ-BÜHLER, 96.

1076 KÜHNI, 181.

gegenüber dem verkaufswilligen passiven Aktionär die Ausübung des Vorkaufs- oder Vorhandrechts erklären muss.[1077] Idealerweise sind die Mitteilungen – wie auch die Bedingungen des Erwerbs respektive der zwischen der Nachfolgerin und dem passiven Aktionär abzuschliessende Kaufvertrag – als Muster im Anhang zum Aktionärbindungsvertrag vorgesehen.[1078]

Um den passiven Aktionären einen vollständigen Ausstieg zu ermöglichen, hat die Nachfolgerin zudem alle (und nicht nur einen Teil) der zum Verkauf stehenden Aktien zu erwerben.[1079] Da die Nachfolgerin in den meisten Fällen nicht sofort ausreichende Mittel aufbringen können wird, um sämtliche Aktien zu erwerben,[1080] kann der Aktionärbindungsvertrag Zahlungserleichterungen vorsehen, etwa längere Zahlungsfristen oder die Möglichkeit einer ratenweisen Zahlung,[1081] wobei zum Schutz der passiven Aktionäre das Eigentum an den Aktien bei ihnen verbleibt, bis die Nachfolgerin den Kaufpreis vollständig beglichen hat. Die Erleichterungen sollten den Ausstieg der passiven Aktionäre jedoch nicht zu stark verzögern, besteht für sie doch mit dem Verkauf an den interessierten Drittkäufer bereits eine andere Ausstiegsmöglichkeit.

Zudem wird sich anbieten, den Verkauf bzw. die Übertragung von Aktien unter den Familienaktionären oder sogar innerhalb der Familie vom Geltungsbereich des Vorkaufs- und Vorhandrechts auszuschliessen, namentlich wenn deren Übergang auf Familienmitglieder ehe- oder erbrechtlich geregelt ist[1082] und die Empfänger dem Aktionärbindungsvertrag beitreten.[1083] Die Geltung des Vorkaufs- und Vorhandrechts bei der Übertragung von Aktien beispielsweise von einem Familienaktionär an seine Nachkommen würde ohnehin die Gefahr einer übermässigen Bindung bergen.[1084]

1077 HENSCH/STAUB, 1176.

1078 BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 62 f.; VISCHER, Nachfolgeplanung, 10.

1079 HAMPEL, N 61; HARDER SCHULER, 109; VISCHER, Nachfolgeplanung, 10.

1080 Vgl. FISCHER D., Änderungen, 26 f.

1081 Vgl. zu diesen Erleichterungen Kapitel 4.5.3.1.2.

1082 BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 55; STUDER, N 35.1; VISCHER, Nachfolgeplanung, 9.

1083 VISCHER, Nachfolgeplanung, 9; vgl. dazu Kapitel 4.5.2.3.1.

1084 Vgl. dazu im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.1.1.2.

c) Kaufpreis

Regelungsbedürftig ist ferner die Bestimmung des anwendbaren Kaufpreises. Die Familienaktionäre sind in der Festlegung des Kaufpreises grundsätzlich frei; Grenze der Preisfestlegung bildet Art. 27 Abs. 2 ZGB, womit je nach Perspektive ein zu hoher, aber auch ein zu tiefer Kaufpreis übermässig bindend sein kann.[1085]

Die Familienaktionäre können im Wesentlichen auf zwei verschiedene Arten der Kaufpreisermittlung zurückgreifen:

– Der unlimitierte Kaufpreis entspricht (beim Vorkaufsrecht) dem Preis, den der Dritterwerber zu zahlen bereit ist, respektive (beim Vorhandrecht) dem Preis, zu dem die Aktien an einen Dritterwerber verkauft werden sollen.[1086]
– Beim limitierten Kaufpreis ist der Preis oder das Vorgehen zur Preisermittlung vertraglich zu regeln.[1087]

Im Rahmen des limitierten Kaufpreises können sich die Familienaktionäre wiederum verschiedener Untervarianten zur Kaufpreisermittlung bedienen:

– Die Familienaktionäre können im Aktionärbindungsvertrag einen fixen Preis vereinbaren.[1088] Ein solcher dürfte indessen nur für eine beschränkte Zeitdauer sinnvoll sein, weil sich der Wert des Familienunternehmens und damit derjenige der Aktien in den meisten Fällen über die Zeit verändert.[1089] Eine mögliche Regelung besteht darin, dass sich der Kaufpreis nach dem Anrechnungswert der Beteiligung im Rahmen der Nachfolgelösung bemisst, wenn ein passiver Aktionär seine Beteiligung innerhalb von ein bis zwei Jahren nach Übertragung der Aktien verkaufen möchte.
– Weiter können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag eine Berechnungsmethode festlegen, die zur Kaufpreisbestimmung zur Anwen-

---

1085 BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 60; GERMANN, N 1612; VISCHER, Nachfolgeplanung, 14. Vgl. dazu im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.1.1.2.

1086 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1187; HANSELMANN/HERZOG, 309; HENSCH/STAUB, 1176; HINTZ-BÜHLER, 92; MARTIN, 253; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; SCHENKER, Vorkaufsrechte, 270 f.

1087 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1189 ff.; HANSELMANN/HERZOG, 309; HENSCH/STAUB, 1176; MÜLLER/BIEDERMANN, 892.

1088 GERMANN, N 1606; HENSCH/STAUB, 1176; HINTZ-BÜHLER, 92; MARTIN, 253; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; RÜTTER/ZWYSSIG, 143; VON DER CRONE, N 2090 Fn 39.

1089 GERMANN, N 1606; RÜTTER/ZWYSSIG, 143.

dung kommt.[1090] Um Konflikte zu verhindern, empfiehlt es sich, die relevanten Parameter möglichst detailliert zu definieren.[1091] Falls auf bestimmte Werte der Bilanz oder der Erfolgsrechnung des Familienunternehmens abgestellt wird, sollte idealerweise auf spezifische *line items* verwiesen werden. Der Klarheit halber empfiehlt es sich zudem, eine Musterberechnung in den Anhang des Aktionärbindungsvertrags aufzunehmen.[1092] Vorteil der Festlegung einer Berechnungsmethode ist, dass diese – sofern die Berechnungsmethode bzw. -formel hinreichend klar detailliert wurde – weniger streitanfällig ist. Demgegenüber besteht ein Nachteil darin, dass gewisse Parameter nach einigen Jahren möglicherweise nicht mehr passen, etwa Diskontierungsfaktoren, wenn eine Bewertung nach der Discounted-Cashflow-Methode vereinbart wurde.

– Schliesslich können die Familienaktionäre vereinbaren, dass der Kaufpreis verbindlich durch einen Dritten festgelegt wird,[1093] beispielsweise durch eine Revisionsgesellschaft.[1094] Die Festlegung durch einen Dritten kann so ausgestaltet werden, dass dieser entweder selbst eine Bewertung – allenfalls nach vorgegebenen Grundsätzen – vornimmt oder dass dieser die von den beteiligten Familienaktionären (oder deren Beratern) erstellten Bewertungen überprüft und eine davon als verbindlich erklärt.[1095] Der Vorteil an der Preisfestlegung durch Dritte ist, dass dadurch allfällige veränderte Verhältnisse berücksichtigt werden können. Nachteilig daran ist hingegen, dass die Berechnungen des Dritten konfliktanfälliger sind, wenn die beteiligten Familienaktionäre damit nicht einverstanden sind.

Die Familienaktionäre können auch verschiedene Berechnungsvarianten vorsehen und diese zeitlich abstufen, etwa so, dass sich der Kaufpreis für die ersten fünf bis zehn Jahre mittels einer Formel bestimmt und danach ein Dritter den Preis festlegt.

1090 BÖSIGER, 8; GERMANN, N 1606; HENSCH/STAUB, 1176; HINTZ-BÜHLER, 92; MARTIN, 253; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; RÜTTER/ZWYSSIG, 143; VON DER CRONE, N 2090 Fn 39.

1091 GERMANN, N 1608.

1092 RÜTTER/ZWYSSIG, 143.

1093 BÖSIGER, 8; GERMANN, N 1606; HARDER SCHULER, 110; HENSCH/STAUB, 1176; HINTZ-BÜHLER, 93; KÜHNI, 180; MARTIN, 253; MÜLLER/BIEDERMANN, 892; RÜTTER/ZWYSSIG, 143; VON DER CRONE, N 2090 Fn 39.

1094 KÜHNI, 180.

1095 GERMANN, N 1609 f.

d) Dauer

Die zulässige Dauer des Vorkaufs- und Vorhandrechts richtet sich nach Art. 27 Abs. 2 ZGB[1096] und damit nach derjenigen des Aktionärbindungsvertrags insgesamt im Gefüge zwischen den darin vereinbarten Rechten und Pflichten der Familienaktionäre.[1097] Den Familienaktionären ist es aber unbenommen, die Dauer des Vorkaufs- und Vorhandrechts bei Bedarf davon abweichend zu regeln,[1098] etwa so, dass dieses bereits vor Ablauf des Aktionärbindungsvertrags nach einer bestimmten Zeit verwirkt.

4.5.2.2.4 Aktienrechtliche Instrumente?

Die Verankerung eines Vorkaufs- und Vorhandrechts zugunsten der Nachfolgerin auf statutarischer Ebene wird in der Lehre mehrheitlich als mit dem Verbot der Verschärfung von Übertragbarkeitsvoraussetzungen[1099] und dem Verbot der Belastung der Aktionäre mit zusätzlichen Pflichten[1100] unvereinbar angesehen.[1101] Ein Teil der Lehre will die statutarische Verankerung eines Vorkaufs- und Vorhandrechts jedoch dann zulassen, wenn die Gesellschaft (auf Rechnung der Aktionäre) zur Ausübung des Vorkaufs- und Vorhandrechts berechtigt ist und dieses lediglich

---

1096 FISCHER D., Änderungen, 76; HINTZ-BÜHLER, 107 f.; HUBER-PURTSCHERT/MAISSEN, 201; MEIER SCHLEICH, 212; VISCHER, Vorkaufsrechte, 83. Die Lehre wendet zwar die Bestimmungen zu Vorkaufs- und Kaufrechten an Grundstücken (Art. 216*a* ff. OR) analog auch auf solche betreffend Aktien an (HANSELMANN/HERZOG, 309; SCHENKER, Vorkaufsrechte, 249), steht jedoch der analogen Anwendung von Art. 216*a* OR, welcher die Dauer von Vorkaufsrechten auf 25 Jahre beschränkt, bei der Beurteilung der Höchstdauer mehrheitlich kritisch gegenüber bzw. lehnt diese ab (FISCHER D., Änderungen, 76; GERMANN, N 1655; HINTZ-BÜHLER, 107 f.; HUBER-PURTSCHERT/MAISSEN, 201; MEIER SCHLEICH, 212; VISCHER, Vorkaufsrechte, 83; differenzierend BÖCKLI/MORSCHER, 61 f.; vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1179 Fn 3, die nur auf die analoge Anwendbarkeit von Art. 216*c* ff. OR verweisen). Das Bundesgericht hat seinerseits in einem *obiter dictum* in BGE 143 III 480 E. 5.6.2 Art. 216*a* OR im Zusammenhang mit einem Vorkaufsrecht in einem Aktionärbindungsvertrag als «nicht einschlägig» bezeichnet.

1097 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1257.

1098 HUBER-PURTSCHERT/MAISSEN, 201.

1099 Art. 685*b* Abs. 7 OR.

1100 Art. 680 Abs. 1 OR.

1101 BAUMANN, 145; BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 150; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*b* N 20; FÄHRLANDER, 306; GERMANN, N 1416; HINTZ-BÜHLER, 132; SÖDING, 373 f.; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 72.

eine Abbildung der Escape Clause gemäss Art. 685*b* Abs. 1 OR darstellt, wobei der Ausübungspreis dem wirklichen Wert der Aktien zu entsprechen hat.[1102]

4.5.2.3 Einbindung von Dritterwerbern in den Aktionärbindungsvertrag

Eng mit der Frage der Bedingungen, unter denen Dritte Aktien am Familienunternehmen erwerben können, ist die Regelung der Stellung sowie der Rechte und Pflichten solcher Dritterwerber verbunden. Namentlich werden Dritte, die Aktien am Familienunternehmen erwerben, nicht automatisch zu Parteien des Aktionärbindungsvertrags.[1103] Die Familienaktionäre haben jedoch ein vordringliches Interesse daran, auch diese Personen in den Aktionärbindungsvertrag einzubinden,[1104] damit die unter ihnen vereinbarte Regelung der Rechte und Pflichten in Bezug auf das Familienunternehmen im Rahmen des Ausgleichs zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre weiterhin Bestand hat.

Namentlich wird die Nachfolgerin ein vordringliches Interesse an einer Überbindung des Aktionärbindungsvertrags auf Erwerber haben, wenn sie über keine Stimmenmehrheit verfügt und auf eine Stimmbindung angewiesen ist, um weiterhin über die vereinbarten Kompetenzen und Freiräume zur Unternehmensführung zu verfügen. Den verkaufswilligen Familienaktionären erleichtert die Überbindung des Aktionärbindungsvertrags hingegen potenziell den Ausstieg aus dem Familienunternehmen, da – wie erwähnt – die vertraglich gewährten Rechte die Attraktivität einer Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen für mögliche Dritterwerber erhöhen.[1105]

Bei der Regelung der Einbindung von Dritterwerbern steht der Fall, in dem ein Dritter die Beteiligung eines Familienaktionärs erwirbt, im Vordergrund (Kapitel 4.5.2.3.1). Die Familienaktionäre können aber auch Regelungen zur Stellung von Erwerbern neu ausgegebener Aktien vereinbaren (Kapitel 4.5.2.3.2).

[1102] BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*b* N 20; GERMANN, N 1416; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 73. Vgl. zur Escape Clause sowie zum wirklichen Wert Kapitel 4.5.2.1.2b).

[1103] FISCHER D., Änderungen, 168; HINTZ-BÜHLER, 182; LANG, 56.

[1104] FISCHER D., Änderungen, 247; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 453; HINTZ-BÜHLER, 177.

[1105] Vgl. dazu Kapitel 4.5.1.2.

4.5.2.3.1 Einbindung von Erwerbern der Beteiligungen von Familienaktionären

a) Im Allgemeinen

Erwirbt ein Dritter die Beteiligung eines Familienaktionärs am Familienunternehmen im Einklang mit den Bestimmungen zur Zusammensetzung des Aktionariats, kann der Aktionärbindungsvertrag die Familienaktionäre mittels einer Überbindungsklausel verpflichten, «die Rechte und Pflichten aus dem Aktionärbindungsvertrag [diesem] zu überbinden bzw. diesen im Veräusserungsvertrag zum Vertragsbeitritt zu verpflichten»,[1106] während der veräussernde Familienaktionär aus dem Aktionärbindungsvertrag ausscheidet.[1107] Weil der Eintritt einer neuen Partei in den Aktionärbindungsvertrag der Zustimmung aller bestehender Vertragsparteien bedarf,[1108] können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag bereits dem Beitritt neuer Parteien im Rahmen der Überbindungsklausel zustimmen.[1109] Damit ist sichergestellt, dass nur Personen Aktionäre des Familienunternehmens werden können, die sich der Regelung der Rechte und Pflichten gemäss Aktionärbindungsvertrag unterwerfen.

Aufgrund der durch den Beitritt eines neuen Aktionärs veränderten Konstellation im Aktionariat kann sich vielfach aber auch der Bedarf ergeben, den Aktionärbindungsvertrag anzupassen. Beispielsweise kann ein Investor, der die Beteiligung eines passiven Aktionärs erwirbt, Bedürfnisse haben, die durch seine Rechte nach dem bestehenden Aktionärbindungsvertrag nicht abgedeckt sind, etwa der Bedarf nach spezifischen Informationen. Für solche Fälle kann die Überbindungsklausel mit einer Überprüfungsklausel verbunden werden, die dann greift, wenn ein Dritter in den Aktionärbindungsvertrag eintritt.[1110] Mit dem Einverständnis aller Vertrags-

---

1106 FISCHER D., Änderungen, 79; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1691 (Zitat); HARDER SCHULER, 113; KÜHNI, 159; MÜLLER R., 217.

1107 FÄHRLANDER, 308.

1108 FISCHER D., Änderungen, 249; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 628 und 631.

1109 FISCHER D., Änderungen, 249; HARDER SCHULER, 113. Vgl. aber BÖCKLI/MORSCHER, 58, sowie HINTZ-BÜHLER, 184, wonach eine vorgängige Zustimmung zum Beitritt noch nicht individualisierter Dritter übermässig bindend sein kann, zumindest dort, wo das persönliche Verhältnis unter den Vertragsparteien eine Rolle spielt. Dagegen ist einzuwenden, dass die Familienaktionäre bereits über die (übrigen) Übertragungsbeschränkungen (vgl. Kapitel 4.5.2.1) dafür sorgen, dass nur «erwünschte» Dritte Aktien am Familienunternehmen erwerben und damit dem Aktionärbindungsvertrag beitreten können.

1110 Vgl. zur Überprüfungsklausel Kapitel 5.2.2.

parteien kann diesfalls freilich auch ein gänzlich neuer, angepasster Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen werden.[1111]

b) Bei Aktienübertragungen innerhalb der Familie im Besonderen

Das Bedürfnis der Familienaktionäre, Dritterwerber in den Aktionärbindungsvertrag einzubinden, erstreckt sich auch auf Aktienübertragungen innerhalb der Familie. Familienmitglieder können Aktien am Familienunternehmen namentlich mittels lebzeitiger Übertragung durch einen Familienaktionär – beispielsweise als Vorbezug im Rahmen der lebzeitigen Nachlassregelung – sowie durch Erbschaft infolge Versterbens eines Familienaktionärs erhalten. Dabei ergeben sich gegenüber der Einbindung familienexterner Dritter einige Besonderheiten.

Zunächst kann der Aktionärbindungsvertrag den übertragenden Familienaktionär auch bei einer lebzeitigen familieninternen Aktienübertragung dazu verpflichten, dafür zu sorgen, dass der Empfänger in den Aktionärbindungsvertrag eintritt.[1112] Ebenso können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag bereits einem solchen Beitritt zustimmen.[1113] Die Überbindung des Aktionärbindungsvertrags auf Nachkommen kann allerdings übermässig bindend sein, wenn dieser zu einseitig ausgestaltet ist oder Pflichten enthält, die die ausgewogene Übertragung von Aktien auf mehrere Personen erschweren.[1114] Daher kann es sich aufdrängen, allfällige besonders einseitig ausgestaltete Bestimmungen bzw. Pflichten von der Überbindung auf die die Aktien übernehmenden Nachkommen auszunehmen.

Für den Fall, dass ein Familienaktionär verstirbt, müssen die Familienaktionäre hingegen zunächst vereinbaren, dass der Aktionärbindungsvertrag weitergeführt wird, wenn sie eine einfache Gesellschaft bilden.[1115] Mit einer Nachfolgeklausel bewirken die Familienaktionäre, dass der Aktionärbindungsvertrag gemeinsam mit dem Eigentum an den Aktien des verstorbenen Familienaktionärs am Familien-

---

1111 FÄHRLANDER, 308 f.

1112 Vgl. im Allgemeinen soeben Kapitel 4.5.2.3.1a).

1113 Vgl. bereits Kapitel 4.5.2.3.1a) sowie die Nachweise in Fn 1109.

1114 BGE 143 III 480 E. 5.6.2 (namentlich in Bezug auf das Recht des Mitaktionärs, in einem fixen Verhältnis am Lohn des geschäftsführenden Mehrheitsaktionärs teilzuhaben). Vgl. zudem REICHMUTH/VON DER CRONE, 713, sowie WILDEISEN/HIRNER, 101.

1115 Beim Ableben eines Gesellschafters handelt es sich um einen (dispositiven) gesetzlichen Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Vgl. FÄHRLANDER, 310; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 461; HANSELMANN/HERZOG, 312. Vgl. zudem zur Anwendbarkeit der Bestimmungen der einfachen Gesellschaft Kapitel 3.1.2.2.3.

unternehmen mittels Universalsukzession gemeinschaftlich auf seine Erben übergeht,[1116] wozu sie bereits zustimmen können.[1117] Dabei obliegt es jedem Familienaktionär, im Rahmen der eigenen Nachlassregelung zu bestimmen, welche seiner Erben die Aktien am Familienunternehmen erhalten und dementsprechend dem Aktionärbindungsvertrag beitreten sollen. Dies geschieht mit Blick auf die Rechtssicherheit vorzugsweise mittels eines Erbvertrags, alternativ testamentarisch mittels einer Auflage zum Beitritt zum Aktionärbindungsvertrag.[1118] Letzteres wird als zulässig angesehen, sofern dadurch die Persönlichkeitsrechte der Erben des betreffenden Familienaktionärs gewahrt sind.[1119] Dies dürfte dann der Fall sein, wenn der Aktionärbindungsvertrag ihre Stellung gegenüber einer «einfachen» Aktionärsstellung verbessert.

Weil die Erben des betreffenden Familienaktionärs nicht in jedem Fall an einer Übernahme der Aktien und an einem Beitritt zum Aktionärbindungsvertrag interessiert sein werden, kann die Nachfolgeklausel auch so ausgestaltet werden, dass sie nur dann Anwendung findet, wenn der verstorbene Familienaktionär dahingehend erbrechtliche Anordnungen betreffend seine Beteiligung am Familienunternehmen getroffen hat, dass bestimmte Erben diese übernehmen und dem Aktionärbindungsvertrag beitreten sollen. Andernfalls können die Zusammensetzung und die Koordination des Aktionärskreises dadurch geregelt werden, dass der Nachfolgerin oder sämtlichen verbleibenden Familienaktionären ein Kaufrecht an den betreffenden Aktien zusteht.[1120, 1121]

1116 Art. 560 Abs. 1 ZGB; FÄHRLANDER, 310; FISCHER D., Änderungen, 193; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 568; HANSELMANN/HERZOG, 312; HINTZ-BÜHLER, 180; ZAHNER, N 131.

1117 MÜLLER R., 217.

1118 FISCHER D., Änderungen, 193 f.

1119 FISCHER D., Änderungen, 195 f. Vgl. zudem FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 575 ff., sowie zur generellen Zulässigkeit von Nachfolgeklauseln BGE 99 II 547 E. 3. Die Zulässigkeit einer solchen Auflage dürfte sich analog zu derjenigen einer Auflage zum Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags beurteilen; vgl. dazu Kapitel 3.2.2.3.3 sowie FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 600 ff.

1120 FÄHRLANDER, 311; HAMPEL, N 36; VISCHER, Nachfolgeplanung, 11. Vgl. zum Kaufrecht unter den Familienaktionären im Todesfall (sowie zu den diesbezüglich allfällig zu wahrenden Formvorschriften und zu dessen Auswirkungen auf die zulässige Vertragsdauer) Kapitel 4.5.3.1.1.

1121 Kommt es nicht zu einem Erwerb der Aktien mittels Kaufrechts, sollte die Nachfolgeklausel aber trotzdem greifen, um auch die Erben des verstorbenen Familienaktionärs zu «koordinieren».

4.5.2.3.2 Einbindung von Erwerbern neu ausgegebener Aktien

Auch bei der Ausgabe neuer Aktien am Familienunternehmen – namentlich an Investoren im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder an Arbeitnehmende über ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm – können die Familienaktionäre vorsehen, dass Erwerber dem Aktionärbindungsvertrag beizutreten haben. Da der Aktionärbindungsvertrag keine Drittwirkung zeitigt und die Familienaktionäre Erwerber deshalb nicht direkt zu einem Beitritt verpflichten können, sind sie dabei auf die Mitwirkung des Verwaltungsrats angewiesen.[1122]

Im Gegensatz zur Überbindung des Aktionärbindungsvertrags beim Erwerb der Beteiligung eines Familienaktionärs hat der Vertrag bei der Einbindung der Erwerber neu ausgegebener Aktien die Rechte und Pflichten der Erwerber zu regeln, weil diese nicht in die bereits vorbestehende Stellung eines Familienaktionärs eintreten.

Soweit es sich dabei um Mitarbeitende handelt, werden die Familienaktionäre ein Interesse daran haben, dass diese nicht über die gleichen Rechte wie die passiven Aktionäre verfügen, damit sie das Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten unter den Familienaktionären nicht beeinträchtigen. Namentlich werden sich Abweichungen in Bezug auf die Einflussnahme an der Generalversammlung,[1123] auf den Erhalt erweiterter Informationen sowie auf die Ausstiegsrechte[1124] aufdrängen.[1125]

Im Hinblick auf den Beitritt von Investoren kann sich hingegen eine Stellung anbieten, die derjenigen der passiven Aktionäre nachgebildet ist. Investoren dürften ihre Rechte und Pflichten aber oftmals selbst anhand ihrer Bedürfnisse mit-

---

1122 Der Beitritt von Investoren zum Aktionärbindungsvertrag wird allenfalls bereits eine Bedingung zur Zustimmung der passiven Aktionäre zu einer Kapitalerhöhung sein; vgl. Kapitel 4.1.2.1.3c).

1123 PAIR, 29.

1124 Die Mitarbeitenden sollen dadurch incentiviert werden, dass sich ihre Arbeitsleistung positiv auf den langfristigen Erfolg des Familienunternehmens und damit auf den Wert ihrer Aktien und auf die erhaltenen Ausschüttungen auswirkt, was nicht gegeben ist, wenn sie einen kurzfristigen Verkauf ihrer Aktien durchsetzen können. Hingegen werden sich die Familienaktionäre ein Kaufrecht an ihren Aktien vorbehalten wollen, namentlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit den betreffenden Mitarbeitenden. Vgl. PAIR, 29.

1125 Je einschränkender jedoch die Stellung der Mitarbeitenden als Aktionäre ist, desto kürzer ist die zulässige Dauer ihrer Bindung an den Aktionärbindungsvertrag gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB; vgl. Kapitel 6.1.1.2.

gestalten wollen, was eine allgemeine Anpassung des Aktionärbindungsvertrags erfordert.[1126]

4.5.2.3.3 Aktienrechtliche Instrumente?

Eine statutarische Pflicht des veräussernden Familienaktionärs, für den Beitritt des Erwerbers seiner Aktien am Familienunternehmen zum Aktionärbindungsvertrag zu sorgen, wäre im Licht von Art. 680 Abs. 1 und Art. 685*b* Abs. 7 OR unzulässig.[1127] Denkbar wäre es zwar, den Nichtbeitritt des Erwerbers als wichtigen Grund für dessen Ablehnung im Sinn von Art. 685*b* Abs. 1 und 2 OR in den Statuten vorzusehen. Damit ein wichtiger Grund gegeben wäre, müsste der Beitritt in einem engen Zusammenhang mit den Interessen der Gesellschaft stehen, was nur selten der Fall sein dürfte.[1128] Zudem wäre die statutarische Voraussetzung des Beitritts zu einem Aktionärbindungsvertrag, der über Art. 680 Abs. 1 OR hinausgehende Pflichten der Aktionäre vorsieht, mit dieser Bestimmung wohl unvereinbar, würde dies dem beitretenden Erwerber doch indirekt kraft der Statuten des Familienunternehmens weitere Pflichten auferlegen.[1129]

1126 Vgl. bereits Kapitel 4.1.2.1.3c) Fn 463.

1127 BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 264; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1697; HINTZ-BÜHLER, 126; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 75.

1128 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1743 ff. (die Autoren nennen Anwaltskanzleigesellschaften als Beispiel: Die Beitrittspflicht steht bei diesen in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Interesse der Gesellschaft an der Sicherstellung der berufsrechtlich erforderlichen Zusammensetzung des Aktionariats aus in der Schweiz registrierten Anwälten); HARDER SCHULER, 74 f.; HENSCH/STAUB, 1177 m.w.H.; ZK OR (Art. 660–697*m*)-HANDSCHIN, Art. 685*b*/685*c* N 75. Vgl. auch BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685*b* N 20, wonach der Nichtbeitritt zum Aktionärbindungsvertrag als wichtiger Grund zulässig sein soll, wenn der wesentliche Inhalt des Aktionärbindungsvertrags in den Statuten offengelegt wird, sowie GERMANN, N 1424, wonach die Offenlegung des wesentlichen Inhalts des Aktionärbindungsvertrags in den Statuten nichts an der generellen Unzulässigkeit einer solchen Bestimmung ändern soll.

1129 Vgl. FISCHER D., Änderungen, 263 (wonach jedoch die Voraussetzung des Beitritts zu einem Aktionärbindungsvertrag, der keine über Art. 685*b* Abs. 2 und 7 OR hinausgehende Pflichten vorsieht, zulässig sein soll, sofern die Statuten den Inhalt des Aktionärbindungsvertrags offenlegen; dies wird jedoch, wie auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1741 Fn 29, zu bedenken geben, in der Praxis auf die wenigsten Aktionärbindungsverträge zutreffen); GERMANN, N 1422.

4.5.3 Instrumente zur Ermöglichung eines Ausstiegs aus dem Familienunternehmen

Weil es – wie gesehen – nicht immer einen Markt für die Aktien am Familienunternehmen gibt,[1130] besteht ein Bedürfnis der Familienaktionäre – insbesondere der passiven Aktionäre – mittels Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags einen Ausstieg aus dem Familienunternehmen erwirken zu können – entweder nur der passiven Aktionäre oder aber sämtlicher Familienaktionäre. Nachfolgend sollen mögliche Instrumente aufgezeigt werden, die diesem Zweck dienen.

4.5.3.1 Ausstieg der passiven Aktionäre durch Kaufrechte und Kaufpflichten

Ein Ausstieg der passiven Aktionäre aus dem Familienunternehmen kann zunächst dadurch erreicht werden, dass diese ihre Beteiligungen der Nachfolgerin veräussern. Ein solcher Verkauf kann entweder von der Nachfolgerin oder von den passiven Aktionären ausgehen.

4.5.3.1.1 Kaufrecht der Nachfolgerin und Verkaufspflicht der passiven Aktionäre

Die Familienaktionäre können vereinbaren, dass die Nachfolgerin ein Kaufrecht an den Aktien der passiven Aktionäre hat, die umgekehrt mit einer Verkaufspflicht zugunsten der Nachfolgerin belastet werden.[1131] Ein solches Kaufrecht gewährt einerseits den passiven Aktionären eine Möglichkeit zum Ausstieg, andererseits der Nachfolgerin die Möglichkeit, das Familienunternehmen gesamthaft in ihr Eigentum zu überführen, um es ohne Rücksichtnahme auf die passiven Aktionäre zu führen und innerhalb ihres Familienstamms weiterzugeben – womit das Kaufrecht zusätzlich als Instrument zur Kontrolle der Zusammensetzung des Aktionariats und zum Erhalt des Familienunternehmens im Eigentum der Familie dient.

Der Aktionärbindungsvertrag kann die Ausübung des Kaufrechts in zeitlicher Hinsicht beschränken, etwa so, dass die Nachfolgerin das Kaufrecht erst nach einer bestimmten Laufzeit, beispielsweise nach fünf Jahren,[1132] ausüben kann.[1133] Eben-

---

1130 Vgl. Kapitel 4.5.1.2.

1131 HANSELMANN/HERZOG, 311; HARDER SCHULER, 123; HENSCH/STAUB, 1176; MÜLLER/BIEDERMANN, 893; SUND/BJUGGREN, 363; VON SALIS, Vertragsklauseln, 279 f.

1132 Vgl. HENNINGER, N 515.

1133 HENSCH/STAUB, 1176.

falls können die Familienaktionäre die Ausübung des Kaufrechts an das Eintreten bestimmter Bedingungen knüpfen.[1134] So kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass bei passiven Aktionären, die im Familienunternehmen tätig sind, die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses die Nachfolgerin zur Ausübung des Kaufrechts berechtigt.[1135] Auch kann das Kaufrecht im Fall der Verletzung des Aktionärbindungsvertrags durch einen passiven Aktionär greifen.[1136] Ebenfalls kann der Nachfolgerin ein Kaufrecht zustehen, wenn ein passiver Aktionär die Beschlussfassung in der Generalversammlung blockiert.[1137]

Sodann kann sich – wie in Kapitel 4.5.2.3.1b) erwähnt – ein Kaufrecht bei Ableben eines passiven Aktionärs anbieten,[1138] wenn dieser nicht erbrechtlich angeordnet hat, dass seine Erben die Aktien erhalten und dem Aktionärbindungsvertrag beitreten sollen.[1139, 1140] Weil ein solches Kaufrecht auf den Tod des betreffenden passiven Aktionärs abstellt, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine Verfügung von Todes wegen handelt,[1141] in welchem Fall die Formvorschrift der qualifizierten öffentlichen Beurkundung zu beachten ist.[1142] Dies ist zu verneinen,

---

1134 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1285; GERMANN, N 1597; HANSELMANN/HERZOG, 311; MARTIN, 255; MÜLLER/BIEDERMANN, 893; SUND/ANDERSSON/HAAG, 445; SUND/BJUGGREN, 363.

1135 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1290; HINTZ-BÜHLER, 88 f.; KÜHNI, 204; VON SALIS, Vertragsklauseln, 280. Vgl. bereits Kapitel 4.2.2.3.

1136 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1290 und 1307; HARDER SCHULER, 109; HENSCH/STAUB, 1176; HINTZ-BÜHLER, 88 f.; KÜHNI, 204; MARTIN, 255; MÜLLER R., 204 f.; MÜLLER/BIEDERMANN, 893; VON SALIS, Vertragsklauseln, 280. Vgl. zur präventiven Wirkung von Kaufrechten, die an Vertragsverletzungen knüpfen, Kapitel 5.2.3.1 und 5.2.3.1.2.

1137 Vgl. hierzu bereits Kapitel 4.1.2.4.2.

1138 Vgl. BÖSIGER/ENGEL, N 14.17; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1290; HARDER SCHULER, 108 f.; HENSCH/STAUB, 1176; KÜHNI, 204; VISCHER, Nachfolgeplanung, 11; VON SALIS, Vertragsklauseln, 280.

1139 Vgl. Kapitel 4.5.2.3.1b) sowie FÄHRLANDER, 311, und SUND/BJUGGREN, 369.

1140 Das Abstellen auf das Fehlen einer entsprechenden Anordnung dürfte zudem einer einschränkenden Wirkung des Kaufrechts unter dem Gesichtspunkt der übermässigen Bindung entgegenwirken. Ein nicht dergestalt beschränktes Kaufrecht würde nämlich die Freiheit des betreffenden Familienaktionärs zur Regelung der Nachfolge betreffend seine Aktien am Familienunternehmen erheblich einschränken; vgl. dazu BGE 143 III 480 E. 5.6.2 sowie im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.1.1.2.

1141 VISCHER, Nachfolgeplanung, 11.

1142 Art. 512 Abs. 1 i.V.m. Art. 499 ff. ZGB.

falls das Kaufrecht – wie dies bei Kaufrechten in Aktionärbindungsverträgen häufig der Fall ist – in ein Gesamtgefüge mit Rechten und Pflichten, die zu Lebzeiten gelten, eingebettet ist.[1143]

Ebenso kann das Kaufrecht an die dauernde Handlungsunfähigkeit eines passiven Aktionärs knüpfen.[1144] Dabei können Ausnahmen vorgesehen werden, etwa wenn der betreffende passive Aktionär in einem Vorsorgeauftrag Anordnungen zur Verwaltung seiner Beteiligung am Familienunternehmen getroffen hat.

Schliesslich kann sich ein Kaufrecht anbieten, wenn ein passiver Aktionär Zahlungsschwierigkeiten hat und eine Pfändung droht.[1145] Mit dem Kaufrecht ergibt sich der Nachfolgerin die Möglichkeit, die Aktien des betreffenden passiven Aktionärs zu erwerben und damit eine Pfändung mit anschliessender Verwertung der Aktien zu verhindern. Damit die Nachfolgerin das Kaufrecht ausüben kann, hat der Aktionärbindungsvertrag die passiven Aktionäre zu verpflichten, die Nachfolgerin über eine bevorstehende Pfändung zu informieren.[1146]

4.5.3.1.2 Verkaufsrecht der passiven Aktionäre und Kaufpflicht der Nachfolgerin

Als Gegenstück zum Kaufrecht der Nachfolgerin können die Familienaktionäre ein Verkaufsrecht der passiven Aktionäre in Bezug auf ihre Aktien und eine entsprechende Kaufpflicht der Nachfolgerin vereinbaren.[1147] Das Verkaufsrecht räumt den passiven Aktionären das Recht ein, ihre Aktien der Nachfolgerin zu einem bestimmten Preis zu verkaufen[1148] und damit einen Ausstieg durchzusetzen.[1149]

1143 GERMANN, N 1616; HINTZ-BÜHLER, 95. Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 472 f. und 1183 Fn 14.

1144 HAMPEL, N 68; VISCHER, Nachfolgeplanung, 12.

1145 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1290; HENSCH/STAUB, 1176.

1146 MARTIN, 266.

1147 HANSELMANN/HERZOG, 311 f.; MÜLLER/BIEDERMANN, 894; SUND/ANDERSSON/HAAG, 445.

1148 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1311; GERMANN, N 1640; HANSELMANN/HERZOG, 311 f.; MARTIN, 258; MÜLLER/BIEDERMANN, 894; SUND/ANDERSSON/HAAG, 445; VON SALIS, Vertragsklauseln, 292.

1149 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1312; HANSELMANN/HERZOG, 312; MARTIN, 258; MEIER SCHLEICH, 58; VISCHER, Nachfolgeplanung, 13; VON DER CRONE, N 2091. Vgl. für ein Beispiel aus der Praxis den BGer 4A_25/2023 vom 22. Juni 2023 zugrunde liegenden Sachverhalt sowie E. 6 dieses Urteils: Die in der Familie getroffene Vereinbarung ermöglichte es jedem der vier Geschwister (Nachkommen), die übrigen Geschwister (einschliesslich jedoch auch der nicht operativ täti-

Weil davon auszugehen ist, dass die Nachfolgerin zunächst die erforderlichen Mittel für den Erwerb der Aktien der passiven Aktionäre erwirtschaften muss,[1150] erscheint ein zeitlicher Aufschub des Verkaufsrechts sinnvoll, beispielsweise so, dass die passiven Aktionäre dieses erst nach zehn Jahren ab Inkrafttreten des Aktionärbindungsvertrags ausüben können.[1151] Ebenfalls kann es Sinn ergeben, die Ausübung des Verkaufsrechts an die Bedingung zu knüpfen, dass die Interessen der passiven Aktionäre nicht mehr hinreichend gewahrt sind, was beispielsweise nach einigen verlustreichen oder ausschüttungslosen Geschäftsjahren der Fall sein kann.[1152] Liegen keine solche Umstände vor, ist es den passiven Aktionären eher zumutbar, weiterhin Aktionäre des Familienunternehmens zu bleiben, und ist das Interesse der Nachfolgerin, die Aktien der passiven Aktionäre nicht erwerben zu müssen, zumindest in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Aktionärbindungsvertrags höher zu gewichten.

Generell stellt die Erwerbspflicht ein grosses finanzielles Risiko für die Nachfolgerin dar.[1153] Dementsprechend dürfte bei der Ausübung des Verkaufsrechts der passiven Aktionäre das grösste Problem darin liegen, dass die Nachfolgerin oftmals nicht unmittelbar über hinreichende finanzielle Mittel für den Erwerb verfügt.[1154] Zumal sich der Wert des Familienunternehmens seit dem Abschluss des Aktionärbindungsvertrags stark verändert haben kann,[1155] wird der Nachfolgerin bei mittelgrossen und grossen Familienunternehmen die Erwirtschaftung und Aufbringung der nötigen finanziellen Mittel oftmals auch nach einigen Jahren nicht möglich sein.

Abhilfe können – wie beim Vorkaufs- und Vorhandrecht[1156] – die Ermöglichung einer ratenweisen Zahlung des Kaufpreises,[1157] die Einräumung einer längeren Zahlungsfrist und die Gewährung eines Verkäuferdarlehens durch die passiven

---

gen «passiven Aktionäre») zu einem Erwerb der eigenen Beteiligungen an den beiden Familienunternehmen zu verpflichten.

1150 Vgl. bereits die Ausgangslage in Kapitel 1.2.2.1.

1151 HENNINGER, N 489.

1152 Vgl. zum Verkaufsrecht als Folge ausbleibender Ausschüttungen bereits Kapitel 4.3.2.4.2.

1153 BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 67; VON SALIS, Vertragsklauseln, 293.

1154 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.321; VISCHER, Nachfolgeplanung, 14. Vgl. auch HÉRITIER LACHAT, Lune, 111.

1155 MARTIN, 259.

1156 Vgl. Kapitel 4.5.2.2.3b).

1157 BÖSIGER/ENGEL, N 14.16; SCHENKER, Familiengesellschaften, 67.

Aktionäre schaffen.[1158] Die Familienaktionäre können beispielsweise vereinbaren, dass die Nachfolgerin nach Ausübung des Verkaufsrechts einen Teil des Kaufpreises sofort als Anzahlung zu begleichen hat, den restlichen Teil dagegen gestaffelt über mehrere Jahre. Die Forderungen der passiven Aktionäre können dabei verzinst und sichergestellt werden.[1159] Im Rahmen des Verkaufsrechts rechtfertigt sich zudem eine für die Nachfolgerin grosszügigere Regelung als beim Vorkaufs- und Vorhandrecht, besteht hier im Gegensatz zu dort doch kein Drittkäufer[1160] und sind die passiven Aktionäre somit darauf angewiesen, dass die Nachfolgerin ihre Aktien erwirbt, um aus dem Familienunternehmen auszusteigen.

Ebenfalls ist es denkbar, der Nachfolgerin während einer bestimmten Zeitdauer nach Ausübung des Verkaufsrechts die Möglichkeit einzuräumen, nach einem Drittkäufer für die Beteiligungen der verkaufswilligen passiven Aktionäre zu suchen. Ist der Drittkäufer bereit, den den passiven Aktionären gemäss Aktionärbindungsvertrag zustehenden Kaufpreis zu bezahlen, sind die passiven Aktionäre zu einem Verkauf an den Drittkäufer verpflichtet und ist die Nachfolgerin entsprechend von ihrer Kaufpflicht befreit.

Falls die Nachfolgerin innerhalb der entsprechenden Fristen nicht in der Lage ist, die Beteiligungen der begehrenden passiven Aktionäre zu erwerben oder einen Dritterwerb ihrer Beteiligungen zu ermöglichen, kann der Aktionärbindungsvertrag schliesslich die Nachfolgerin dazu verpflichten, einen Trade Sale des Familienunternehmens zu veranlassen.[1161] Die Nachfolgerin hat dann einen geeigneten Käufer zu suchen und dafür zu sorgen, dass dieser sämtliche Aktien am Familienunternehmen, mindestens aber diejenigen der passiven Aktionäre,[1162] erwirbt.

1158 VISCHER, Nachfolgeplanung, 14 f.; vgl. auch BÖSIGER, 8 f., sowie FREIHERR VON RECHENBERG, 46.

1159 FREIHERR VON RECHENBERG, 46.

1160 Vgl. Kapitel 4.5.2.2.3b).

1161 Vgl. zum Recht der passiven Aktionäre, einen Trade Sale zu verlangen, Kapitel 4.5.3.2.2.

1162 Wobei es sich bei der zweitgenannten Variante nicht um einen eigentlichen Trade Sale handelt, da nicht sämtliche Aktien am Familienunternehmen verkauft werden; vgl. Kapitel 4.5.1.1.3 sowie dort Fn 997.

4.5.3.1.3 Gemeinsame Regelungspunkte

a) Modalitäten der Ausübung

Die Familienaktionäre haben zunächst die Modalitäten der Ausübung des Kauf- und Verkaufsrechts, namentlich die anwendbaren Fristen und Mitteilungen, zu regeln. Diese können sich, wo sinnvoll, an die in Kapitel 4.5.2.2.3b) beschriebenen Modalitäten im Rahmen des Vorkaufs- und Vorhandrechts anlehnen.

b) Kaufpreis

Sowohl im Rahmen des Kaufrechts der Nachfolgerin als auch des Verkaufsrechts der passiven Aktionäre hat sodann der anwendbare Kaufpreis zumindest bestimmbar zu sein. Die Familienaktionäre können hierfür im Aktionärbindungsvertrag auf die im Zusammenhang mit dem Vorkaufs- und Vorhandrecht in Kapitel 4.5.2.2.3c) beschriebenen Möglichkeiten der Kaufpreisbestimmung zurückgreifen. Der Aktionärbindungsvertrag kann überdies vorsehen, dass allfällige bereits ausgeschüttete Dividenden an den Kaufpreis – als bereits realisierter Teil des Kaufpreises[1163] – anzurechnen sind, was den noch zu bezahlenden Kaufpreis unter Umständen erheblich reduzieren und den Ausstieg der passiven Aktionäre erleichtern kann.[1164]

Wird der Kaufpreis mittels einer Formel bestimmt oder ist ein Dritter für dessen Festsetzung zuständig, können die Familienaktionäre eine «Preisgarantie» vereinbaren, wonach der Kaufpreis nicht tiefer als ein bestimmter Betrag pro Aktie sein kann, namentlich als derjenige, welcher der Bewertung bzw. dem Anrechnungswert pro Aktie der Beteiligung der passiven Aktionäre im Zeitpunkt des Vollzugs der Unternehmensnachfolge entspricht.[1165] Damit verfügen die passiven Aktionäre über einen gewissen finanziellen Schutz, wenn sich das Familienunternehmen unter der Leitung der Nachfolgerin nicht wunschgemäss entwickelt.

Während bei der Ausübung des Kaufrechts infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Verschuldens des passiven Aktionärs *(bad leaver)* oder infolge Vertragsverletzung ein «strafender», unter dem Marktwert liegender Kaufpreis ver-

---

1163 VISCHER, Nachfolgeplanung, 15.

1164 Vgl. bereits Kapitel 4.3.1.1.

1165 HENNINGER, N 490. Vgl. auch HÖSLY/FERHAT, N 69 und 91, sowie zur Vereinbarung eines Anrechnungswerts bei der Aktienübertragung bereits Kapitel 3.2.2.1.3.

einbart werden kann,[1166] sollte der Kaufpreis beim Kaufrecht infolge Todes oder dauernder Handlungsunfähigkeit auf dem wirklichen Wert der Aktien abstellen, weil in solchen Fällen kein Abschlag für ein Fehlverhalten des betreffenden passiven Aktionärs angebracht ist.[1167] Ebenso wird sich der Ausübungspreis beim Kaufrecht infolge Zahlungsschwierigkeiten am Verkehrswert der Aktien orientieren müssen, um die Gefahr einer Anfechtung des Verkaufs zu verhindern.[1168]

c) Dauer

Wie im Rahmen des Vorkaufs- und Vorhandrechts richtet sich auch die zulässige Dauer von Kauf- und Verkaufsrechten nach Art. 27 Abs. 2 ZGB.[1169] Massgeblich ist dabei insbesondere das Verhältnis zwischen den Rechten und Pflichten im Aktionärbindungsvertrag, wobei eine zeitliche Beschränkung von Kauf- und Verkaufsrechten einer möglichen übermässigen Bindung entgegenwirkt und sich somit zugunsten einer längeren Dauer des Aktionärbindungsvertrags auswirkt.[1170] Wiederum können die Familienaktionäre für die Kauf- und Verkaufsrechte eine kürzere Dauer als diejenige des Aktionärbindungsvertrags vereinbaren, namentlich dahingehend, dass diese Rechte erst nach einer bestimmten Laufzeit des Vertrags ausübbar sind.[1171]

1166 Ist der vereinbarte Kaufpreis jedoch unverhältnismässig tief gegenüber dem inneren Wert der Aktien, unterliegt dieser der richterlichen Überprüfung (KÜHNI, 168 ff.). Vgl. dazu bereits Kapitel 4.5.2.2.3c) (beim Vorhand- und Vorkaufsrecht).

1167 VISCHER, Nachfolgeplanung, 11 f.

1168 Ein Verkauf der Aktien ist nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG anfechtbar, wenn der Kaufpreis in einem Missverhältnis zum Verkehrswert der Aktien steht. Das Missverhältnis muss erheblich sein – wovon bei einer Differenz zum Verkehrswert von zehn Prozent ausgegangen wird –, wobei das Bundesgericht eine Unternehmensbewertung mittels der (im Vergleich zu anderen Bewertungsmethoden i.d.R. einen relativ tiefen Wert ergebenden) Substanzwertmethode zulässt (BGer 5A_557/2008 vom 28. Januar 2009 E. 3.2.3; BSK SchKG-STAEHELIN/BOPP, Art. 286 N 15 f.).

1169 FISCHER D., Änderungen, 76; HINTZ-BÜHLER, 107 f.; MEIER SCHLEICH, 212. Vgl. im Zusammenhang mit dem Vorkaufs- und Vorhandrecht bereits Kapitel 4.5.2.2.3d) und dort Fn 1096.

1170 BÖCKLI/MORSCHER, 61; FRICK J., N 1280; GERMANN, N 1655; MEIER SCHLEICH, 213. Im Allgemeinen hält die Lehre eine Höchstdauer von zwanzig Jahren noch für zulässig (BÖCKLI/MORSCHER, 61 f.; MEIER SCHLEICH, 214 m.w.H.; VON SALIS-LÜTOLF, 223). Vgl. dazu im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 6.1.1.2.

1171 Vgl. Kapitel 4.5.3.1.1 und 4.5.3.1.2.

4.5.3.1.4 Aktienrechtliche Instrumente: Statutarisches Verkaufsrecht?

Wie in Kapitel 4.5.1.2 erwähnt, kennt das Aktienrecht kein gesetzliches Austrittsrecht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die passiven Aktionäre mittels eines statutarischen Verkaufsrechts einen Ausstieg aus dem Familienunternehmen erwirken können. Weil eine statutarische Kaufpflicht zulasten der Nachfolgerin oder der nicht verkaufswilligen Familienaktionäre im Widerspruch zu Art. 680 Abs. 1 OR steht,[1172] kommt für die Belastung mit der entsprechenden Kaufpflicht einzig das Familienunternehmen infrage. Zumindest ein Teil der Lehre spricht sich für die Zulässigkeit eines solchen statutarischen Verkaufsrechts aus.[1173]

Bejaht man die Zulässigkeit eines statutarischen Verkaufsrechts zulasten des Familienunternehmens, stellen sich bei der praktischen Ausgestaltung verschiedene Herausforderungen. Soll das Familienunternehmen die Aktien des veräusserungswilligen passiven Aktionärs erwerben, hat es zunächst die Bestimmungen zum Rückkauf eigener Aktien einzuhalten.[1174] Der Rückkauf eigener Aktien ist auf zehn Prozent des Aktienkapitals beschränkt,[1175] was für den veräusserungswilligen passiven Aktionär unbefriedigend ist, wenn seine Beteiligung höher ist, weil er bei einem Verkauf nicht einen vollständigen Ausstieg erreicht und ein nur teilweiser Verkauf seiner Aktien seine Stimmkraft verringert. Um einen Aktienrückkauf zu tätigen, muss das Familienunternehmen überdies über hinreichendes frei verwendbares Eigenkapital verfügen,[1176] was nicht gewährleistet ist – besonders dann nicht, wenn mehrere passive Aktionäre gleichzeitig einen Verkauf verlangen oder wenn das Verkaufsrecht zu einem Zeitpunkt ausgeübt wird, in dem das Familienunternehmen finanziell schlecht aufgestellt ist.[1177] Gerade wenn das Verkaufsrecht der passiven Aktionäre daran geknüpft ist, dass das Familienunternehmen keine Aus-

---

1172 HINTZ-BÜHLER, 132; KUNZ, Grundmechanismen, 29.

1173 Befürwortend beispielsweise BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 67; HARDER SCHULER, 99; KUNZ, Grundmechanismen 28 f.; ROHDE/BERGER, 102 ff. Ablehnend beispielsweise BÖCKLI, Aktienrecht (4. Auflage), § 16 N 203a (der die Möglichkeit eines statutarischen Verkaufsrechts als «mit dem Gesetz absolut unvereinbar» erachtet); GERMANN, N 1802 (welcher in N 1793 unter anderem die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit der aktienrechtlichen Grundstruktur moniert).

1174 Vgl. BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 67; FRICK J., N 1287; MEIER SCHLEICH, 54; SANWALD, 183.

1175 Art. 659 Abs. 2 OR; FORSTMOSER, Governance, 496 Fn 117; FRICK J., N 1289; KÜHNI, 163; KUNZ, Grundmechanismen, 29 Fn 91; ROHDE/BERGER, 104 f.

1176 Art. 659 Abs. 1 OR.

1177 Vgl. BLOCH, 292 (im Kontext einer vertraglichen Kaufpflicht der Gesellschaft).

schüttungen vorgenommen hat, dürfte es dem Familienunternehmen auch an den erforderlichen Mitteln fehlen, um einen Aktienrückkauf zu tätigen.[1178]

Sodann hat das Familienunternehmen das Gleichbehandlungsgebot[1179] zu beachten, dem ein selektives Rückkaufangebot nur zugunsten eines verkaufswilligen passiven Aktionärs auf dessen Begehren kaum standhält.[1180] Um dem Gleichbehandlungsgebot zu genügen, müsste das Rückkaufangebot im Gesellschaftsinteresse liegen – wofür die Partikularinteressen von verkaufswilligen passiven Aktionären unbeachtlich sind[1181] und was in einer finanziell angespannten Lage kaum je der Fall sein wird – und sämtlichen Familienaktionären oder, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen, zumindest sämtlichen passiven Aktionären unterbreitet werden.[1182] Eine Ungleichbehandlung wäre allenfalls in Verbindung mit einer Pflicht der übrigen Familienaktionäre denkbar, das selektive Rückkaufangebot zu genehmigen.[1183] Dies würde jedoch eine zusätzliche vertragliche Stimmbindung der Familienaktionäre hinsichtlich einer solchen Genehmigung erfordern. Ohne vertragliche Regelung unter den Familienaktionären zur Genehmigung des Rückkaufs würde sich dieser zudem durch einen selektiven Rückkauf dem Risiko einer Sorgfaltspflichtverletzung und einer entsprechenden Verantwortlichkeitsklage durch einen mit dem Rückkauf nicht einverstandenen Familienaktionär aussetzen, wenn der Rückkauf über eine grosse Tragweite verfügt.[1184]

Damit die Zehn-Prozent-Grenze von Art. 659 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung kommt, könnten sich die Familienaktionäre auf die Durchführung einer konstitutiven Kapitalherabsetzung einigen, womit das Familienunternehmen auch eine grössere Anzahl eigener Aktien zurückkaufen könnte.[1185] Der Beschluss, das Kapital herabzusetzen, obliegt jedoch den Familienaktionären in der Generalversamm-

---

1178 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 329.

1179 Art. 717 Abs. 2 OR.

1180 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 4 N 57; GERMANN, N 1796; MEIER SCHLEICH, 54; MÜLLER J., N 708; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.302; ROHDE/BERGER, 104 f.; SANWALD, 192.

1181 Vgl. DIEM, 124 f.

1182 Vgl. DIEM, 125; SÖDING, 376; ZK OR (Art. 698–726, 731*b*)-BÜHLER, Art. 717 N 263.

1183 FRICK J., 1293; SANWALD, 192.

1184 BÖCKLI, Aktienrecht, § 4 N 65. Die Familienaktionäre müssten zudem zusätzlich eine Schadloshaltung zugunsten des Verwaltungsrats vereinbaren, weil dieser im Konkursfall den Gläubigern des Familienunternehmens gegenüber haftbar bleiben würde (Art. 754 Abs. 1 i.V.m. Art. 757 Abs. 1 und 2 OR).

1185 Vgl. ZK OR (Art. 620–659*b*)-HANDSCHIN, Art. 659–659*b* N 78.

lung, weshalb zur Durchsetzung einer Kapitalherabsetzung wiederum eine ergänzende vertragliche Stimmbindung erforderlich wäre.[1186] Selbst bei einer vom Verwaltungsrat im Rahmen des Kapitalbands beschlossenen Kapitalherabsetzung wäre aufgrund der Notwendigkeit der Genehmigung einer selektiven Kapitalherabsetzung, die sich nur auf die Aktien des begehrenden Familienaktionärs bezieht, durch die Familienaktionäre eine ergänzende vertragliche Regelung erforderlich.[1187] Nebst dem aufwendigen Verfahren zur Kapitalherabsetzung[1188] bestünde zudem weiterhin das Problem, dass es dem Familienunternehmen in einer finanziell schwierigen Lage an den erforderlichen Mitteln fehlen würde, um eine Kapitalherabsetzung vorzunehmen.

Nach dem Gezeigten wäre ein statutarisches Verkaufsrecht nicht nur schwerfälliger und rechtlich heikler gegenüber vertraglichen Verkaufsrechten,[1189] sondern zur Sicherstellung der wunschgemässen Implementierung ohnehin auch von einer ergänzenden vertraglichen Regelung abhängig. Vor diesem Hintergrund handelt es sich beim statutarischen Verkaufsrecht um eine wenig praktikable Lösung.

4.5.3.2 Ausstieg von Familienaktionären durch Trade Sale

Nebst dem individuellen Ausstiegsrecht einzelner Familienaktionäre stellt sich die Frage, wann und wie die Familienaktionäre den Verkauf sämtlicher Aktien am Familienunternehmen erwirken können sollen. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Ausstieg von der Nachfolgerin oder von den passiven Aktionären ausgelöst wird.

4.5.3.2.1 Ausstieg ausgehend von der Nachfolgerin

a) Mitverkaufspflicht der passiven Aktionäre

Die Familienaktionäre können im Aktionärbindungsvertrag eine Mitverkaufspflicht *(«drag-along»)* vereinbaren.[1190] Mittels einer solchen Pflicht kann die Nachfolgerin bei einem Verkauf ihrer Beteiligung am Familienunternehmen an einen Drittkäufer die passiven Aktionäre dazu zwingen, ihre Aktien zu den glei-

---

1186 ROHDE/BERGER, 104.

1187 Vgl. ROHDE/BERGER, 104; SANWALD, 192.

1188 Vgl. im Einzelnen Art. 653*j* ff. OR.

1189 Vgl. SÖDING, 376.

1190 FÄHRLANDER, 307; HANSELMANN/HERZOG, 310 f.; MÜLLER/BIEDERMANN, 894; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 252 f.

chen Konditionen mitzuverkaufen.[1191] Dies hat den Vorteil, dass sich der Drittkäufer beim Erwerb des Familienunternehmens nicht mit den passiven Aktionären auseinanderzusetzen hat.[1192]

Für den Fall, dass der Drittkäufer Aktien am Familienunternehmen nur in dem Umfang erwerben möchte, der diesem eine Stimmenmehrheit und damit die Kontrolle über das Familienunternehmen gewährt, sollte die Mitverkaufspflicht alle Aktien der passiven Aktionäre beschlagen, auch wenn die Nachfolgerin nur einen Teil ihrer Aktien verkauft. Eine Pro-rata-Mitverkaufspflicht, wonach die passiven Aktionäre ihre Aktien nur proportional zu den von der Nachfolgerin veräusserten Aktien zu verkaufen hätten, würde nicht nur die Ausstiegsmöglichkeit der passiven Aktionäre vereiteln, sondern auch ihre Einflussmöglichkeiten einschränken, da sie sich nach dem Verkauf mit einer Beteiligung mit weniger Stimmkraft wiederfinden würden.

Ebenfalls zum Schutz der passiven Aktionäre kann der Aktionärbindungsvertrag einen Mindestverkaufspreis im Sinn einer Preisgarantie festlegen.[1193] Kann die Nachfolgerin mit dem Drittkäufer nicht einen hinreichend hohen Preis aushandeln, muss sie selbst für die Differenz zum garantierten Preis aufkommen. Zudem partizipieren die passiven Aktionäre durch die Mitverkaufspflicht am Paketzuschlag, den die Nachfolgerin vom Drittkäufer verlangen kann,[1194] zumindest dann, wenn die Beteiligung der Nachfolgerin dem Drittkäufer allein keine Kontrolle über das Familienunternehmen in der Form einer Stimmenmehrheit verschafft.

Im Interesse der passiven Aktionäre ist zudem die Regelung der Frage, ob diese gegenüber Drittkäufern ebenfalls Zusicherungen abgeben und für deren Richtigkeit einstehen müssen. Die passiven Aktionäre dürften nämlich nicht bereit sein, gegenüber Dritterwerbern die gleichen Zusicherungen in Bezug auf das Familienunternehmen abzugeben und in gleichem Umfang zu haften wie die Nachfolgerin, da sie als nicht geschäftsführende Aktionäre nur einen beschränkten Einblick in das Familienunternehmen haben. Sinnvoll erscheint jedoch, dass die passiven

---

1191 FÄHRLANDER, 307; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1322; HANSELMANN/HERZOG, 310 f.; MARTIN, 254; MÜLLER/BIEDERMANN, 894; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 252 f.

1192 KÜHNI, 152; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 252 f.; VON SALIS, Vertragsklauseln, 284.

1193 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 253; VON SALIS, Vertragsklauseln, 284 f. Vgl. zudem HÖSLY/FERHAT, N 69 und 91, sowie zur Preisgarantie im Zusammenhang mit dem Verkaufsrecht der passiven Aktionäre bereits Kapitel 4.5.3.1.3b).

1194 HANSELMANN/HERZOG, 311; MEYER, 423.

Aktionäre zumindest eine Zusicherung darüber abgeben, dass sie die jeweiligen (uneingeschränkten) Eigentümer ihrer Aktien am Familienunternehmen sind.[1195] Darüber hinaus sind in Einzelfällen – je nach dem Grad der den passiven Aktionären zukommenden Informationen (z.B. über vertragliche Informationsrechte[1196]) – weitere Zusicherungen denkbar, allenfalls verbunden mit einem angemessenen *knowledge qualifier* und einer verhältnismässigen Haftungsbeschränkung, die insbesondere eine Solidarhaftung der passiven Aktionäre ausschliesst.

b) Mitverkaufsrecht der passiven Aktionäre

Als Korrelat zur Mitverkaufspflicht bietet es sich für die Familienaktionäre an, ein Mitverkaufsrecht der passiven Aktionäre *(«tag-along»)* zu vereinbaren.[1197] Möchte die Nachfolgerin ihre Beteiligung am Familienunternehmen veräussern, haben die passiven Aktionäre das Recht, ihre Aktien am Familienunternehmen zu den gleichen Konditionen an den Dritterwerber mitzuveräussern bzw. muss die Nachfolgerin dafür sorgen, dass der Dritterwerber ihre Aktien miterwirbt.[1198] Wie beim Kauf- und Verkaufsrecht entsteht durch die Pflicht bzw. durch die Möglichkeit eines Mitverkaufs – je nach Ausgangslage – überhaupt erst ein Markt für die Beteiligungen der passiven Aktionäre.[1199]

Ein Mitverkaufsrecht der passiven Aktionäre wird insbesondere dann angebracht sein, wenn die Nachfolgerin über Stimmrechtsaktien verfügt, weil sich ein Käufer ansonsten mit dem Erwerb von relativ wenigen Aktien (denjenigen der Nachfolgerin) die Stimmenmehrheit sichern könnte und die Nachfolgerin eine Kontrollprämie für sich beanspruchen könnte.[1200] Mit einem Mitverkaufsrecht partizipieren die passiven Aktionäre hingegen an einem höheren Kaufpreis für die Aktien am Familienunternehmen.[1201] Zudem erscheint es sachgerecht, dass die passiven

---

1195 FRICK J., N 1229.

1196 Vgl. dazu im Einzelnen Kapitel 4.4.2.2.

1197 FÄHRLANDER, 307; HANSELMANN/HERZOG, 311; MÜLLER/BIEDERMANN, 894; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 251 f.

1198 BÖSIGER, 9; FÄHRLANDER, 307; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1321; HARDER SCHULER, 109; HENSCH/STAUB, 1176; KÜHNI, 184; MARTIN, 254; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 252.

1199 ROHDE/BERGER, 106; SUND/ANDERSSON/HAAG, 444 ff. Vgl. zum möglichen Fehlen eines Markts für die Beteiligungen der passiven Aktionäre Kapitel 4.5.1.2.

1200 SCHENKER, Familiengesellschaften, 68; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 251 f.

1201 MEYER, 423; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 252; SCHENKER, Vorkaufsrechte, 276.

Aktionäre ebenfalls das Recht haben sollen, sich von ihrer Beteiligung am Familienunternehmen zu trennen, wenn die Nachfolgerin ihre Beteiligung verkauft,[1202] da sie zu einer Nachfolgelösung spezifisch zum Vorteil der Nachfolgerin (und nicht eines beliebigen Dritten) Hand geboten haben. Vor diesem Hintergrund kann das Mitverkaufsrecht so ausgestaltet werden, dass die passiven Aktionäre das Recht haben, sämtliche ihrer Aktien am Familienunternehmen an den Dritterwerber zu verkaufen, auch wenn die Nachfolgerin nur einen Teil ihrer Beteiligung veräussert oder wenn die Nachfolgerin infolge des Verkaufs eines Teils ihrer Aktien nicht mehr über die Stimmenmehrheit am Familienunternehmen verfügt.

Zum Schutz der passiven Aktionäre kann mit Blick auf den Kaufpreis wiederum eine Preisgarantie vereinbart werden.[1203] Verletzt die Nachfolgerin das Mitverkaufsrecht der passiven Aktionäre, kann zusätzlich vereinbart werden, dass sie die Aktien der passiven Aktionäre selbst zum vom Dritterwerber für die Aktien der Nachfolgerin bezahlten Preis, mindestens aber zu jenem gemäss Preisgarantie, erwerben muss.[1204]

4.5.3.2.2 Ausstieg ausgehend von den passiven Aktionären: Recht auf Trade Sale

Als Mittel, um einen Ausstieg aus dem Familienunternehmen ungeachtet der finanziellen Möglichkeiten der Nachfolgerin und des Familienunternehmens durchzusetzen, können die Familienaktionäre den passiven Aktionären das Recht einräumen, einen Trade Sale zu erwirken. Weil es sich dabei um einen Schritt mit schwerwiegenden Konsequenzen handelt – nicht nur «bricht» die Familie mit dem Familienunternehmen, sondern wird der Nachfolgerin faktisch die von ihr angestrebte und ihr im Rahmen der Nachfolgelösung zugesprochene Möglichkeit entzogen, das Familienunternehmen zu leiten –, stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen die passiven Aktionäre – oder auch nur einzelne von ihnen – einen Trade Sale erzwingen können sollen und wie sich das konkrete Vorgehen zum Verkauf gestaltet.

1202 Vgl. HANSELMANN/HERZOG, 311; KÜHNI, 186; SCHENKER, Vorkaufsrechte, 275.

1203 Vgl. dazu bereits Kapitel 4.5.3.2.1a).

1204 Vgl. SCHENKER, Vorkaufsrechte, 278.

a) Voraussetzungen und Ausübung

Sinnvollerweise sollte die Durchsetzbarkeit eines Trade Sale daran anknüpfen, dass es den passiven Aktionären nicht mehr zumutbar ist, im Familienunternehmen investiert zu bleiben. Dies kann dann der Fall sein, wenn sich das Familienunternehmen nach der Übernahme der Leitung durch die Nachfolgerin schlecht entwickelt – beispielsweise, wenn es in drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren Verluste in einem bestimmten Umfang schreibt – bzw. wenn für drei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre keine Dividende ausgeschüttet wird, sodass die Interessen der passiven Aktionäre nicht mehr gewahrt sind,[1205] oder wenn anhaltende Konflikte das Verhältnis der Familienaktionäre untereinander schwer beeinträchtigen. Denkbar ist das Recht auf einen Trade Sale aber auch bei einer schwerwiegenden Vertragsverletzung durch die Nachfolgerin, etwa wenn diese die Minderheitsrechte der passiven Aktionäre systematisch missachtet.

Das Recht, einen Trade Sale zu verlangen, kann ferner zeitlich abgestuft werden, sodass die passiven Aktionäre erst nach einer bestimmten Anzahl Jahren einen Trade Sale erzwingen können.[1206] Dabei kann danach unterschieden werden, ob die passiven Aktionäre einen Trade Sale infolge fehlender Ausschüttungen verlangen, was bereits nach einer kürzeren Zeitdauer möglich sein kann, oder ob sie einen solchen ohne Vorliegen spezifischer Gründe verlangen, wofür ein längerer Aufschub angebracht erscheint.

Wie beim Verkaufsrecht der passiven Aktionäre gegenüber der Nachfolgerin[1207] kann es sich weiter auch beim Recht auf einen Trade Sale anbieten, der Nachfolgerin als milderes Mittel eine Frist einzuräumen, um einen Drittkäufer für die Beteiligungen der begehrenden passiven Aktionäre zu finden. Das Recht auf einen Trade Sale greift solchenfalls nur dann, wenn die Nachfolgerin nicht in der Lage ist, fristgemäss für einen Dritterwerb der Aktien der begehrenden passiven Aktionäre zu sorgen.

Wie bereits im Zusammenhang mit dem Verkaufsrecht der passiven Aktionäre ausgeführt, kann das Recht auf einen Trade Sale wiederum so mit dem Verkaufsrecht kombiniert werden, dass wenn die Nachfolgerin erklärt, nicht bereit oder nicht fähig zu sein, die Beteiligungen der passiven Aktionäre zu erwerben, die passiven Aktionäre einen Trade Sale erwirken können.[1208]

[1205] Vgl. zum Trade Sale als Folge fehlender Ausschüttungen bereits Kapitel 4.3.2.4.2.

[1206] Vgl. VON SALIS, Vertragsklauseln, 278.

[1207] Vgl. dazu Kapitel 4.5.3.1.2.

[1208] Vgl. zum zweistufigen Vorgehen mit vorgelagertem Verkaufsrecht und nachgelagertem Recht auf einen Trade Sale bereits Kapitel 4.5.3.1.2.

Sind mehrere passive Aktionäre vorhanden, kann es zudem als «Übereilungsschutz» Sinn ergeben, dass es einer Mehrheit der passiven Aktionäre bedarf, um das Recht auf einen Trade Sale auszuüben.

Als Korrelat zum Recht der passiven Aktionäre, einen Trade Sale zu verlangen, kann der Aktionärbindungsvertrag schliesslich ein Mitverkaufsrecht der Nachfolgerin vorsehen, das dann greift, wenn alle passiven Aktionäre ihre Beteiligungen gemeinsam ausserhalb eines Trade Sale verkaufen, und somit auch in jenem Fall zu einem Trade Sale führt. Dies kann gerechtfertigt sein, wenn durch den Ausstieg sämtlicher passiver Aktionäre die Kapitalmehrheit nicht mehr in Familienhand ist und das Unternehmen dadurch den Charakter eines Familienunternehmens verliert. Gleichzeitig darf das Mitverkaufsrecht der Nachfolgerin aber den Ausstieg der passiven Aktionäre nicht dadurch erschweren, dass ein nur an den Beteiligungen der passiven Aktionäre interessierter Drittkäufer faktisch sämtliche Aktien am Familienunternehmen erwerben muss. Die Vereinbarung eines Mitverkaufsrechts der Nachfolgerin erfordert deshalb eine Interessenabwägung unter den Familienaktionären.

b) Vorgehen

Hinsichtlich des Vorgehens bei der Ausübung des Rechts auf einen Trade Sale sind zwei Varianten denkbar:

– Besteht bereits ein interessierter Dritterwerber, können die passiven Aktionäre die Nachfolgerin zu einem Mitverkauf an diesen zwingen.
– Gibt es hingegen noch keinen interessierten Drittkäufer, können die passiven Aktionäre die Nachfolgerin oder den Verwaltungsrat des Familienunternehmens dazu verpflichten, sich um einen Verkauf des Familienunternehmens zu bemühen. Diesbezüglich kann der Aktionärbindungsvertrag vorsehen, dass sich die Familienaktionäre zunächst in Bezug auf den Verkaufsvorgang zu einigen versuchen müssen. Kommt auf diese Weise keine Einigung zustande, kann jeder passive Aktionär – was dieser den anderen Familienaktionären mitzuteilen hat – einen externen Berater mit der Suche nach einem geeigneten Dritterwerber und mit der Durchführung des Verkaufs mandatieren. Findet sich ein geeigneter Käufer,[1209] sind sämtliche Familienaktionäre zum Verkauf ihrer Aktien an diesen verpflichtet.

[1209] Die Eignung des Käufers kann z.B. an dessen Bereitschaft knüpfen, einen bestimmten Kaufpreis zu zahlen.

4.5.3.2.3 Aktienrechtliche Instrumente?

Sowohl eine statutarische Mitverkaufspflicht zulasten der passiven Aktionäre als auch eine statutarische Verpflichtung der Nachfolgerin, im Rahmen des Mitverkaufsrechts der passiven Aktionäre für den Verkauf auch der Aktien der passiven Aktionäre am Familienunternehmen besorgt zu sein, wären mit Art. 680 Abs. 1 OR unvereinbar. Die Verpflichtung der Nachfolgerin, für den Mitverkauf der Aktien der passiven Aktionäre zu sorgen, wäre überdies aus der Warte von Art. 685*b* Abs. 7 OR unzulässig.

Im Rahmen eines Ausstiegs mittels Trade Sale auf Verlangen der passiven Aktionäre würde jegliche statutarische Verpflichtung zulasten der Familienaktionäre, ihre Aktien zu verkaufen, gleichermassen gegen Art. 680 Abs. 1 OR verstossen.

Folglich erscheint es als nicht praktikabel, den Ausstieg der Familienaktionäre mittels Trade Sale – gleichgültig, ob ein solcher von der Nachfolgerin oder von den passiven Aktionären ausgeht – statutarisch umzusetzen.

4.5.3.3 Ausstieg von Familienaktionären durch Börsenkotierung

4.5.3.3.1 Ausgangslage

Eine Alternative zum Verkauf sämtlicher Aktien an einen Drittkäufer mit dem Ziel des Ausstiegs von Familienaktionären stellt die Börsenkotierung des Familienunternehmens dar.[1210] Einerseits können ausstiegswillige Familienaktionäre versuchen, ihre Aktien im Rahmen der Börsenkotierung zu platzieren,[1211] andererseits ergibt sich ihnen die Möglichkeit, diese aufgrund der mit der Börsenkotierung einhergehenden Fungibilität der Aktien auch zu einem späteren Zeitpunkt an der Börse zu verkaufen.[1212]

[1210] Vgl. DAENIKER/HASLER, 122; SCHENKER, Familiengesellschaften, 80.

[1211] FRICK J., N 1178; KEIST, 364; TRIPPEL, IPO, 198. Um einen Ausstieg der verkaufswilligen Familienaktionäre zu erwirken, werden im Rahmen des Börsengangs die Aktien der Familienaktionäre statt neu durch Kapitalerhöhung ausgegebener Aktien platziert (vgl. DAENIKER/HASLER, 122; FRICK J., N 1178; TRIPPEL, IPO, 198).

[1212] DAENIKER/HASLER, 122; TRIPPEL, IPO, 199. Zu beachten ist jedoch, dass allfällige nicht im Rahmen des Börsengangs platzierte Aktien der bestehenden Aktionäre typischerweise einem befristeten Veräusserungsverbot von bis zu zwölf Monaten nach erfolgter Kotierung unterliegen, um einem Sturz des Börsenkurses durch ein Überangebot von Aktien vorzubeugen (FRICK J., N 1198 ff.; TRIPPEL, IPO, 199).

Den Vorzügen der Börsenkotierung des Familienunternehmens mit Blick auf den Ausstieg von Familienaktionären stehen allerdings verschiedene Herausforderungen gegenüber. Damit ein Börsengang überhaupt infrage kommt, muss das Familienunternehmen zunächst die Anforderungen der relevanten Börse an eine Kotierung erfüllen.[1213] Sodann besteht keine Gewissheit darüber, ob sich die Aktien der verkaufswilligen Familienaktionäre im Rahmen des Börsengangs bzw. nach erfolgter Kotierung am Markt platzieren lassen, und damit darüber, ob der Börsengang tatsächlich einen Ausstieg ermöglicht.[1214] Ferner kann der Ausstieg von Familienaktionären durch die Platzierung bestehender Aktien vom Markt negativ aufgefasst werden, sodass der angestrebte Platzierungspreis möglicherweise nicht erreicht wird.[1215] Bleibt der Börsenkurs nach der Börsenkotierung unterhalb des angestrebten Werts,[1216] können die Familienaktionäre nicht zum gewünschten Preis aus dem Familienunternehmen aussteigen. Schliesslich ist ein Börsengang mit relativ hohen Kosten verbunden.[1217]

4.5.3.3.2 Vertragliche Regelung des «Rechts auf Börsenkotierung»

Möchten die Familienaktionäre einen Börsengang als Ausstiegsinstrument vorsehen, können sie im Aktionärbindungsvertrag die Bedingungen und Modalitäten für einen Börsengang regeln. Insbesondere wird es um die Regelung gehen, unter welchen Umständen Familienaktionäre – insbesondere die passiven Aktionäre, aber auch die Nachfolgerin – einen Börsengang durchsetzen können. Beispielsweise kann der Aktionärbindungsvertrag bestimmen, dass ab einer bestimmten Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags – oder wenn das Familienunternehmen bei bestimmten Kennzahlen die vereinbarten Werte erreicht – jeder Familienaktionär den Verwaltungsrat des Familienunternehmens damit beauftragen kann, die Möglichkeit eines Börsengangs mithilfe externer Berater zu prüfen.

Der Entscheid über eine Kotierung des Familienunternehmens liegt zwar im Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrats, kann jedoch statutarisch der Generalversammlung zugewiesen werden, womit die Familienaktionäre selber darüber

---

1213 Vgl. DAENIKER/HASLER, 124 ff.

1214 TRIPPEL, IPO, 198 f. Vgl. zur Platzierung bestehender Aktien im Rahmen eines Börsengangs (und zum jeweiligen Erfolg) die Beispiele aus der Praxis bei DAENIKER/HASLER, 122, sowie bei TRIPPEL, IPO, 198 Fn 9.

1215 DAENIKER/HASLER, 122.

1216 Vgl. die Beispiele bei DAENIKER/HASLER, 122.

1217 ARNET/HARTMANN, 838; DAENIKER/HASLER, 122; FRICK J., N 1181; KEIST, 367.

entscheiden können.[1218] So kann der Aktionärbindungsvertrag eine diesbezügliche Stimmbindung vorsehen, wonach sämtliche Familienaktionäre zugunsten des Börsengangs zu stimmen haben, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind,[1219] beispielsweise wenn der Verwaltungsrat das Familienunternehmen als «börsenreif» einstuft oder wenn der von den Familienaktionären gewünschte, allenfalls im Aktionärbindungsvertrag vereinbarte Platzierungspreis nach Einschätzung des Verwaltungsrats bzw. der beigezogenen Berater erreicht werden kann.[1220] Erfordert die Stimmbindung zugunsten eines Börsengangs die Zustimmung des Verwaltungsrats, wird es sich aufdrängen, diese einer qualifizierten Mehrheit[1221] – wenn nicht sogar einem einstimmigen Beschluss – zu unterstellen,[1222] damit zumindest auch ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied zustimmen muss.

Die Familienaktionäre können sich gleichermassen dazu verpflichten, den notwendigen Anpassungen der Statuten zuzustimmen, etwa der Umwandlung allfälliger Stimmrechts- oder Vorzugsaktien in Stammaktien sowie der Abschaffung allfälliger qualifizierter Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse.[1223]

Um den Ausstieg der passiven Aktionäre möglichst zu begünstigen und um die mit der Börsenkotierung erforderliche Abschaffung allfälliger statutarischer Privilegien abzufedern, können die Familienaktionäre zudem vereinbaren, dass die passiven Aktionäre das Recht haben, ihre Aktien vor denjenigen der Nachfolgerin zu verkaufen.[1224]

4.5.3.3.3 Aktienrechtliche Instrumente?

Eine Statutenbestimmung, wonach die Familienaktionäre eine Börsenkotierung des Familienunternehmens verlangen können, erscheint problembehaftet. Insbesondere könnte eine statutarische Pflicht des Verwaltungsrats, auf Begehren der Familienaktionäre die für eine Börsenkotierung relevanten Schritte vorzunehmen,

---

1218 Vgl. FRICK J., N 1190; SÖDING, 378; TRIPPEL, IPO, 202 f.

1219 Vgl. FRICK J., N 1196; SÖDING, 378.

1220 Eine Börsenkotierung gegen die Ansicht des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung durchzusetzen, wird hingegen kaum je zielführend sein; vgl. FRICK J., N 1184 f.; SÖDING, 379. Dies dürfte auch dem Ziel des Erhalts des Familienvermögens zuwiderlaufen; vgl. zu diesem Ziel im Zusammenhang mit dem Ausstieg der Familienaktionäre Kapitel 4.5.1.1.3.

1221 Vgl. TRIPPEL, IPO, 219 f.

1222 Vgl. TRIPPEL, IPO, 220, insbesondere Fn 102.

1223 Vgl. TRIPPEL, IPO, 201 f.

1224 Vgl. TRIPPEL, IPO, 198.

mit der gesetzlichen Pflicht des Verwaltungsrats zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen[1225] kollidieren, was die Gültigkeit einer entsprechenden Statutenbestimmung beschlagen würde. Unzulässig ist zudem eine statutarische Verpflichtung, das Stimmrecht auf eine bestimmte Weise – und damit zugunsten einer Börsenkotierung – auszuüben.[1226] Eine statutarische Verankerung des Rechts der Familienaktionäre, eine Börsenkotierung zu verlangen, erscheint deshalb als nicht praktikabel.

4.5.4 Zwischenfazit

Während insbesondere die Nachfolgerin ein vordringliches Interesse an der Einflussnahme auf die Zusammensetzung des Aktionariats des Familienunternehmens hat, um Konkurrenten und anderweitig unerwünschte Erwerber fernzuhalten, können die Sicherung des Erfolgs des Familienunternehmens und der Erhalt des Familienvermögens sowie die Möglichkeit der passiven Aktionäre, ihre Beteiligungen am Familienunternehmen zu realisieren, den Verkauf von Anteilen am Familienunternehmen gebieten.

Selbst wenn die einzelnen Aktienpakete der passiven Aktionäre in vielen Fällen kaum attraktiv für allfällige Dritterwerber sein werden und deshalb ein Markt für Aktien am Familienunternehmen nicht ohne Weiteres gegeben sein wird – solchenfalls wird die Nachfolgerin die einzige infrage kommende Käuferin für diese Beteiligungen sein –, wird es dem Bedürfnis der Nachfolgerin entsprechen, einen Verkauf an unerwünschte Erwerber untersagen zu können. Die gewünschte Zusammensetzung des Aktionariats kann dabei mittels verschiedener Instrumente sichergestellt werden.

Über Verkaufsbeschränkungen kann der Verkauf von Aktien am Familienunternehmen Bedingungen unterstellt werden, sodass etwa der Verkauf an bestimmte Kategorien von potenziellen Erwerbern – allen voran Konkurrenten oder Investoren, die sich nicht bereit erklären, ihre Rechte im Einklang mit den vom Familienunternehmen verfolgten Zielen und Prinzipien auszuüben – untersagt werden kann. Gleiches kann mit Wirkung auch gegenüber dem Familienunternehmen und potenziellen Dritterwerbern mittels statutarischer Vinkulierung erreicht werden, wobei die Beschränkung mit Blick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Unternehmens gerechtfertigt sein muss und insofern engeren

[1225] Art. 717 Abs. 1 OR.

[1226] Vgl. bereits Kapitel 4.1.2.1.4 und dort den Nachweis in Fn 469.

Schranken unterliegt. Vorhand- bzw. Vorkaufsrechte bieten demgegenüber die Möglichkeit, sowohl die Aktien in Familienhand zu halten als auch verkaufswilligen Familienaktionären einen Verkauf zu ermöglichen.

Unter Einhaltung der durch diese Instrumente aufgestellten Regeln ist jeder Familienaktionär frei, seine Aktien zu veräussern, respektive können die übrigen Familienaktionäre – insbesondere die Nachfolgerin – einen solchen Verkauf nicht verhindern. Die Familienaktionäre können sich aber beim Verkauf von Aktien am Familienunternehmen an Dritte verpflichten, dafür zu sorgen, dass Dritterwerber dem Aktionärbindungsvertrag beitreten, um den vereinbarten Ausgleich zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre trotz der Veränderung im Aktionariat zu wahren. Dies wird sich auch bei einer familieninternen Übertragung aufdrängen. Ebenso kann der Aktionärbindungsvertrag die Einbindung von Erwerbern neu ausgegebener Aktien am Familienunternehmen vorsehen.

Weil vielfach kein Markt für ihre Beteiligungen existiert, bedarf es aus der Sicht der passiven Aktionäre einer Möglichkeit, einen Ausstieg durchzusetzen, sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind bzw. es ihnen nicht mehr zumutbar ist, im Familienunternehmen investiert zu bleiben, namentlich wenn das Familienunternehmen länger keine Ausschüttungen getätigt hat. Als Instrumente zur Verwirklichung eines Ausstiegs der passiven Aktionäre bieten sich insbesondere Kauf- und Verkaufsrechte, aber auch Mitverkaufspflichten und -rechte an. Während die Nachfolgerin mithilfe solcher Rechte entweder selbst sämtliche Aktien erwerben oder einem Dritten den Erwerb sämtlicher Aktien ermöglichen kann, können die passiven Aktionäre über ein Verkaufsrecht und das Recht, einen Trade Sale zu verlangen, einen Ausstieg selbstständig durchsetzen.

Mit Blick auf die Herausforderung für die Nachfolgerin, die erforderlichen Mittel für einen Auskauf der passiven Aktionäre aufzubringen, können die Anrechnung bereits ausgeschütteter Dividenden an den Kaufpreis der Aktien sowie Zahlungserleichterungen – wie etwa eine zeitlich abgestufte Zahlung des Kaufpreises – bei einer Kaufpflicht der Nachfolgerin Abhilfe schaffen. Ebenfalls kann der Nachfolgerin die Möglichkeit eingeräumt werden, innerhalb einer bestimmten Frist einen Drittkäufer zu finden, der die Aktien der verkaufswilligen passiven Aktionäre zu erwerben bereit ist. Ist die Nachfolgerin trotz dieser Massnahmen nicht in der Lage, die Beteiligungen der passiven Aktionäre zu erwerben bzw. für einen Dritterwerb ihrer Beteiligungen zu sorgen, kann den passiven Aktionären das Recht eingeräumt werden, einen Trade Sale des Familienunternehmens zu erwirken.

Sehen die Familienaktionäre eine Börsenkotierung des Familienunternehmens als Ausstiegsinstrument vor, ist der Vorteil der Fungibilität der Aktien gegen die Herausforderungen der hohen Kosten sowie insbesondere der fehlenden Garantie für das Bestehen einer Nachfrage nach Aktien am Familienunternehmen und damit für die Möglichkeit, die (bestehenden) Aktien tatsächlich – und zum angestrebten Preis – am Markt verkaufen zu können, abzuwägen.

Der Abbildung der Ausstiegsregelungen in den Statuten sind schliesslich aufgrund der aus Art. 680 Abs. 1 und Art. 685*b* Abs. 7 OR folgenden Unzulässigkeit weitergehender statutarischer Pflichten und Übertragungsbeschränkungen zulasten der Familienaktionäre enge Grenzen gesetzt. Der Ausstieg durch statutarische Instrumente, im Rahmen derer das Familienunternehmen direkt die Aktien der verkaufswilligen Familienaktionäre erwerben soll, erweist sich hingegen mitunter aufgrund der Unsicherheit über den rechtlichen Bestand und über die Verfügbarkeit hinreichender Mittel aufseiten des Familienunternehmens sowie aufgrund des Bedarfs nach einer komplementierenden vertraglichen Regelung als wenig praktikabel.

5 Regelung des Umgangs mit Konflikten

Trotz der im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Regelungen ist es möglich, dass es zu Konflikten unter den Familienaktionären kommt. Solche Konflikte wirken sich nicht nur auf die Beziehung unter den Familienaktionären negativ aus, wodurch das Ziel des Familienfriedens beeinträchtigt wird,[1227] sondern auch auf das Familienunternehmen[1228] – mitunter durch die damit einhergehende Ressourcenbindung, durch die entstehende Verunsicherung von Mitarbeitenden und Geschäftspartnern sowie durch Reputationsschäden.[1229] Der Umgang mit Konflikten unter den Familienaktionären ist deshalb im Hinblick auf die möglichst geringe Belastung des Familienunternehmens im Interesse sämtlicher Familienaktionäre. Gleichzeitig stellt die Regelung des Umgangs mit Konflikten ein Element der Gleichbehandlung dar, nämlich insofern, als die passiven Aktionäre eher bereit sein werden, einer Nachfolgelösung zuzustimmen, wenn ihre Rechte einfacher durchsetzbar und besser geschützt sind.[1230] Damit stellt sich die in Kapitel 2.3.2 aufgeworfene Frage, welche Regelungen die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag treffen können, um Konflikten möglichst vorzubeugen und um bestmöglich mit allfälligen dennoch auftretenden Konflikten umzugehen.

5.1 Konflikte unter den Familienaktionären

Zunächst ist zu erörtern, wie sich Konflikte unter den Familienaktionären charakterisieren und welches dementsprechend die Anforderungen an den Umgang mit Konflikten im Aktionärbindungsvertrag sind.

5.1.1 Charakterisierung von Konflikten unter den Familienaktionären

Konflikte unter den Familienaktionären können insbesondere aufgrund der divergierenden Interessen und Zielsetzungen – welche durch einen schlechten Geschäftsgang des Familienunternehmens zusätzlich akzentuiert werden kön-

[1227] Vgl. zu diesem Ziel Kapitel 2.1.1 und 2.1.2.

[1228] Vgl. Kapitel 2.2.2.2.4.

[1229] HAGEN-ECK, 738 f.

[1230] Vgl. HENNINGER, N 530.

nen –, aufgrund der Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen» sowie aufgrund der zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären bestehenden Informationsasymmetrie und der daraus resultierenden unterschiedlichen Vorstellungen und Erwartungen auftreten.[1231] Zusätzlich zum Konfliktpotenzial, das auch unter nicht miteinander verwandten Aktionären besteht, weist die familiäre Verbindung unter den Familienaktionären gewisse inhärente Gefahrenbereiche auf,[1232] denen im Umgang mit Konflikten Rechnung zu tragen ist:

– Unter den Familienaktionären besteht die Gefahr, dass Konflikte auch intrafamiliäre Komponenten aufweisen,[1233] d.h. solche, die sich nicht (nur) auf die Führung des Familienunternehmens beziehen, sondern sich aufgrund der Beziehung innerhalb der Familie ergeben. Auslöser können beispielsweise in der Familie vorbestehende Spannungen[1234] sowie in der Vergangenheit enttäuschte Erwartungen oder erlebte Zurücksetzungen[1235] sein. Solche Konflikte werden von den Familienaktionären oftmals in Angelegenheiten, die das Familienunternehmen betreffen, ausgetragen.[1236]
– Konflikte unter den Familienaktionären sind vielfach durch Emotionalität geprägt.[1237] Dies kann dazu führen, dass Entscheide im Bereich des Familienunternehmens emotional statt rational getroffen werden[1238] sowie dass die Familienaktionäre personenbezogen statt sachlich argumentieren.[1239] Die familiäre Beziehung erweist sich damit aufgrund der erhöhten Gefahr irrationaler Handlungsweisen und Reaktionen als Faktor, der Konflikte begünstigt.[1240]

1231 Vgl. Kapitel 2.1 und 2.2.2.2.4 sowie Böckli, Aktienrecht, § 9 N 583, und Fischer M., 20.

1232 Fischer M., 18.

1233 Fries/Deutlmoser, 32; Habbe/Gieseler, 1014.

1234 Felden/Winters, 35; Hagen-Eck, 739.

1235 Fries/Deutlmoser, 32; Hagen-Eck, 739.

1236 Hagen-Eck, 739 f.; Tagiuri/Davis, 202.

1237 Habbe/Gieseler, 1014; Neuvians/Röschmann/Gerards, 425; Peermöller, 725 f.; Tagiuri/Davis, 204. Vgl. bereits Kapitel 2.2.2.1.1.

1238 Vgl. Felden/Winters, 35; Tagiuri/Davis, 204. Vgl. bereits Kapitel 2.2.2.1.1.

1239 Neuvians/Röschmann/Gerards, 425.

1240 Hagen-Eck, 739.

– Da die Familienaktionäre oftmals keine *sophisticated parties* sind, kann es vorkommen, dass sie das abgeschlossene Vertragswerk nicht vollends verstehen oder dieses nicht ihre Überzeugungen widerspiegelt.[1241] Gleichermassen besteht die Gefahr, dass sich die passiven Aktionäre auf Lösungen einlassen, die die Nachfolgerin zu stark bevorzugen, was später Konflikte auslösen kann.[1242]
– Verstirbt der Unternehmer, kann sich das Konfliktpotenzial unter den Familienaktionären dadurch erhöhen, dass dieser seine Funktion, die Familie zusammenzuhalten, nicht mehr erfüllt.[1243]

5.1.2 Anforderungen an den Umgang mit Konflikten

Damit die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag wirksame Regelungen betreffend den Umgang mit Konflikten treffen können, sind die diesbezüglichen Anforderungen zu eruieren. Mit Blick auf die Ziele der Familienaktionäre und auf die soeben in Kapitel 5.1.1 dargestellten Herausforderungen hat der Umgang mit Konflikten insbesondere den nachfolgenden Anforderungen zu genügen:

– Konflikte sollen möglichst rasch bereinigt werden können, damit das Familienunternehmen nicht zu lange beeinträchtigt und das Ziel des unternehmerischen Erfolgs nicht gefährdet wird.[1244] Dazu soll auch sichergestellt sein, dass die Führung des Familienunternehmens und die diesbezügliche Entscheidfindung stets funktionieren.
– Der Umgang mit Konflikten soll berücksichtigen, dass die Familienaktionäre als Aktionäre des Familienunternehmens grundsätzlich ein auf Dauer angelegtes Zusammenwirken verbindet[1245] und soll deshalb auf die Fortsetzung der Zusammenarbeit ausgerichtet sein.[1246] Gleichzeitig soll die Möglichkeit eines Ausstiegs bestehen, wenn dies im Interesse der Beteiligten und des Familienunternehmens ist.[1247]

1241 Vgl. KISSLING STREULI, 28.

1242 SCHENKER, Familiengesellschaften, 75.

1243 SCHENKER, Familiengesellschaften, 75.

1244 Vgl. FABIS, 278; FISCHER/SCHNEUWLY, 335 f.

1245 SCHNEUWLY/FISCHER, 3.

1246 FISCHER/SCHNEUWLY, 335; FRIES/DEUTLMOSER, 87 f.

1247 Vgl. zu den Ausstiegsmöglichkeiten der Familienaktionäre Kapitel 4.5.3.

– Liegen Konflikten, die auf der Ebene des Familienunternehmens ausgetragen werden, solche zugrunde, die bereits aus familiären oder anderweitig nicht dem Familienunternehmen zuordenbaren Gründen unter den Familienaktionären bestehen, sollen möglichst auch diese bearbeitet und gelöst werden.[1248] Dies fördert das Ziel des Familienfriedens[1249] und ermöglicht eine nachhaltige Konfliktlösung.
– Der Umgang mit Konflikten muss – in Entsprechung des Bedürfnisses der Familienaktionäre nach Vertraulichkeit – unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgen.[1250] Reputationsschäden durch das Dringen emotional aufgeladener Konflikte an die Öffentlichkeit sollen vermieden werden.[1251]

5.1.3 Bedeutung der Anforderungen für die Regelung des Umgangs mit Konflikten im Aktionärbindungsvertrag

Die Grenze zwischen Meinungsverschiedenheiten unter den Familienaktionären, die zwar für die Ausübung der Rechte unter dem Aktionärbindungsvertrag relevant, aber nicht justiziabel sind, und eigentlichen Vertragsverletzungen dürfte oftmals fliessend verlaufen – man denke etwa an die Frage der Eignung des von einem Familienaktionär vorgeschlagenen Verwaltungsratskandidaten oder an die Stimmabgabe in der Generalversammlung zu Beschlussgegenständen, die nur einer allgemeinen Politik der Stimmrechtsausübung unterliegen. Nebst der rechtlichen Perspektive des «Recht-Bekommens» dürfte in Familienunternehmen aufgrund der familiären Verbindung insbesondere auch die zwischenmenschliche Perspektive eine grosse Bedeutung haben. Besteht auf der einen Seite der Bedarf, Konflikte rechtlich verbindlich zu lösen, vermag auf der anderen Seite eine rein rechtliche Bearbeitung von Konflikten deren emotionalen Aspekten nicht gerecht zu werden. Daher besteht unter den Familienaktionären das Bedürfnis nach einer Regelung des Umgangs mit Konflikten auf verschiedenen Ebenen.[1252]

1248 Vgl. Fabis, 279; Fischer/Schneuwly, 335; Fries/Deutlmoser, 32.

1249 Vgl. dazu Kapitel 2.1.1 und 2.1.2.

1250 Forstmoser, Aktionärbindungsvertrag, 404. Vgl. auch Kapitel 3.1.1.2.

1251 Habbe/Gieseler, 1014. Vgl. auch Bender, 71 f.

1252 Vgl. Habbe/Gieseler, 1014.

5.2 Konfliktprävention

In einem ersten Schritt geht es darum, mittels Gestaltung des Aktionärbindungsvertrags der Entstehung von Konflikten vorzubeugen. Nebst allgemeinen Instrumenten zur Konfliktprävention (Kapitel 5.2.1) stehen den Familienaktionären dazu die Möglichkeit der Überprüfung und Anpassung des Aktionärbindungsvertrags (Kapitel 5.2.2) sowie rechtliche Sicherungsmittel (Kapitel 5.2.3) zur Verfügung.

5.2.1 Instrumente zur Konfliktprävention im Allgemeinen

Als mögliche allgemeine Instrumente zur Konfliktprävention bieten sich insbesondere die nachfolgenden an:

- Der Aktionärbindungsvertrag sollte klar redigiert werden[1253] und für sämtliche Familienaktionäre verständlich sein, sodass von Beginn weg ein einheitliches Verständnis ohne Raum für unterschiedliche Interpretationen besteht.[1254] Dabei versteht sich mit Blick auf das Verfahren der Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags, dass insbesondere auch die passiven Aktionäre einzubeziehen sind.[1255]
- Der Aktionärbindungsvertrag sollte die passiven Aktionäre an Informationen über bedeutende Geschehnisse und Entwicklungen teilhaben lassen, um Informations-asymmetrien unter den Familienaktionären möglichst gering zu halten.[1256]
- Der Aktionärbindungsvertrag sollte Kriterien bezüglich der Eignung von Familienmitgliedern als Mitglieder der Geschäftsleitung aufstellen[1257] sowie die Bedingungen der Mitarbeit von Familienmitgliedern im Familienunternehmen regeln.[1258]

1253 KÜHNI, 222 f.

1254 KISSLING STREULI, 28; KÜHNI, 223.

1255 WEISS/WEBER/BIERI, N 14a.95. Vgl. bereits Kapitel 3.2.1.3.

1256 FÄHRLANDER, 294; FELDEN/HACK/HOON, 335; HAGEN-ECK, 752; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.307; SCHENKER, Familiengesellschaften, 75 f. Vgl. zum entsprechenden Erfolgsfaktor bereits Kapitel 2.4.2.2.

1257 KUNZ, Familienunternehmen, 453.

1258 HAGEN-ECK, 748; SCHENKER, Familiengesellschaften, 76. Vgl. dazu Kapitel 4.2.

- Der Aktionärbindungsvertrag sollte vorsehen, dass in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auch eine hinreichende Anzahl unabhängiger, familienexterner Personen Einsitz nimmt, um eine Aussenperspektive und ein gewisses Mass an Unabhängigkeit dieser Gremien von der Familie und einzelnen Mitgliedern sicherzustellen.[1259] Der Einsitz von familienexternen Personen im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung sorgt zudem dafür, dass nicht persönlich an allfälligen dennoch auftretenden Konflikten beteiligte Personen weiterhin die Geschäftsführung im Sinn des Familienunternehmens ausüben können.
- Vetorechte von (einzelnen) Familienaktionären sollten selektiv und mit Bedacht eingesetzt werden, um zu verhindern, dass das «unsachliche» Einlegen eines Vetos zu einem Konflikt führt. Bei Uneinigkeit unter den Familienaktionären sollten vorzugsweise unabhängige Personen entscheiden.[1260]
- Die Familienaktionäre können im Aktionärbindungsvertrag wichtige Beschlüsse des Verwaltungsrats einer Konsultativabstimmung durch die Familienaktionäre unterstellen.[1261] Dies verringert das Risiko, dass es zu Konflikten kommt, weil die passiven Aktionäre mit der Handlungsweise des Verwaltungsrats nicht einverstanden sind.
- Der Aktionärbindungsvertrag sollte Ausstiegsmöglichkeiten für die Familienaktionäre, insbesondere für die passiven Aktionäre, vorsehen.[1262] Die Ausstiegsmöglichkeiten sollten so ausgestaltet werden, dass die ausstiegswilligen Familienaktionäre – zumindest unter bestimmten Bedingungen – einen Ausstieg auch ohne Konsens sämtlicher Familienaktionäre durchsetzen können.[1263]
- Parallel zum Aktionärbindungsvertrag sollten die Familienaktionäre Ehe- und Erbverträge abschliessen, um güter- oder erbrechtliche Streitigkeiten, die sich auf das Familienunternehmen auswirken, möglichst zu verhindern.[1264]

1259 KUNZ, Familienunternehmen, 453. Vgl. zur Funktion und zur Wahl externer Verwaltungsratsmitglieder bereits Kapitel 4.1.3.1.1b) sowie zum entsprechenden Erfolgsfaktor Kapitel 2.4.2.1.

1260 Vgl. bereits Kapitel 4.1.5.

1261 BAUMANN, 153; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.307.

1262 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1312; FREIHERR VON RECHENBERG, 45 f.; HAGEN-ECK, 753; KUNZ, Familienunternehmen, 453; LIATOWITSCH/BELL, 12; SCHENKER, Familiengesellschaften, 66; VISCHER, Nachfolgeplanung, 12. Vgl. zu diesem Bedürfnis bereits Kapitel 4.5.1.1.3 sowie zu den Ausstiegsmöglichkeiten der Familienaktionäre Kapitel 4.5.3.

1263 VISCHER, Nachfolgeplanung, 12 f.

1264 HAGEN-ECK, 746; LIATOWITSCH/BELL, 12. Vgl. zum gleichzeitigen Abschluss eines Erbvertrags Kapitel 3.2.1.5 und 3.2.2.1.3.

– Die Familienaktionäre können das Familienunternehmen entsprechend einer diesbezüglichen Regelung im Aktionärbindungsvertrag in eine Holdinggesellschaft einbringen, um Konflikte von der operativen Gesellschaft fernzuhalten.[1265] Nachteil einer Holding-Struktur ist jedoch, dass die Aktionäre die direkte Kontrolle über das Familienunternehmen verlieren, weil sie nur noch indirekt über den Verwaltungsrat der Holding Einfluss auf das Familienunternehmen nehmen können. Weil in der vorliegend zugrunde liegenden Ausgangslage davon ausgegangen wird, dass die Nachfolgerin an der operativen Leitung des Familienunternehmens teilhaben möchte,[1266] erscheint eine Holding-Lösung als weniger geeignet.[1267] Zudem werden die bestehenden Herausforderungen und Konfliktpotenziale mit der «Zwischenschaltung» einer Holdinggesellschaft lediglich um eine Ebene verschoben,[1268] statt dass dadurch Konflikten effektiv vorgebeugt wird. Insofern vermag eine Holding-Lösung nur einer direkten Belastung der operativen Tätigkeit des Familienunternehmens, nicht aber Konflikten unter den Familienaktionären entgegenzuwirken.
– Schliesslich können die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag die Bildung eines Familienrats vorsehen und eine Familienverfassung verankern, um innerhalb der Familie für Identifikation zu sorgen und um den familieninternen Diskurs zu fördern.[1269] Diese Instrumente dürften sich indes eher ab der dritten Generation eignen, wenn das Unternehmen weiterhin im Familieneigentum bleibt und die Anzahl Aktionäre zunimmt, was vielfach dazu führt, dass sich die Familienaktionäre untereinander weniger gut kennen, weniger miteinander im Austausch stehen und einander möglicherweise auch weniger Vertrauen entgegenbringen.[1270]

1265 BAUMANN, 121; KUNZ, Familienunternehmen, 453; LIATOWITSCH/BELL, 12.

1266 Vgl. die Ausgangslage in Kapitel 1.2.2.1.

1267 Anders zu beurteilen ist die Holding-Lösung in Konstellationen, in denen sich die Familie aus der operativen Führung des Familienunternehmens zurückgezogen hat (z.B. ab der dritten Generation), weil mit zunehmender Streuung der Stimmrechte unter verschiedenen Familienmitgliedern die Funktion der Bündelung der Stimmrechte eine grössere Bedeutung erhält, insbesondere wenn Dritte Beteiligungen am Familienunternehmen erwerben (vgl. BAUMANN, 76).

1268 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1678; HÉRITIER LACHAT, Lune, 110; LANG, 177.

1269 FISCHER/SCHNEUWLY, 339 f.; KUNZ, Familienunternehmen, 453; PAPESCH, 139 ff.

1270 Vgl. HARDER SCHULER, 168, wonach in kleineren Familienunternehmen eine weniger formalisierte, inhaltliche Auseinandersetzung mit auftretenden Fragen vorzuziehen

5.2.2 Überprüfung und Anpassung des Aktionärbindungsvertrags im Besonderen

5.2.2.1 Überprüfung und Anpassung im Allgemeinen

Weil sich die Umstände und die Bedürfnisse der Familienaktionäre mit der Zeit verändern können, kann der Aktionärbindungsvertrag unpassend werden und zu Konflikten unter den Familienaktionären führen.[1271] Dem kann die Möglichkeit einer Anpassung des Aktionärbindungsvertrags entgegenwirken.[1272] Zu diesem Zweck kann der Aktionärbindungsvertrag eine Überprüfungsklausel vorsehen, wonach sich die Familienaktionäre dazu verpflichten, den Aktionärbindungsvertrag gemeinsam zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen.[1273] Verschiedene Auslöser für eine Überprüfung sind denkbar:

- Die Überprüfung kann an den Ablauf einer bestimmten Zeitdauer oder an das Erreichen einer bestimmten Zeitdauer vor Ablauf des Aktionärbindungsvertrags knüpfen.[1274]
- Die Familienaktionäre können eine wiederkehrende Überprüfungspflicht vorsehen (z.B. alle vier Jahre).
- Der Aktionärbindungsvertrag kann bestimmen, dass eine Mehrheit der Familienaktionäre eine Überprüfung verlangen kann.[1275] Dabei können die Familienaktionäre vereinbaren, dass die Überprüfung erst nach Ablauf einer bestimmten Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags verlangt werden kann.
- Veränderungen in der Familienkonstellation können eine Überprüfung auslösen,[1276] z.B. wenn die Nachfolgerin ihre geschäftsführende Tätigkeit aufgibt oder wenn ein Familienaktionär seine Aktien oder einen Teil davon seinen Nachkommen überträgt.

---

ist; vgl. auch KUNZ, Familienunternehmen, 453 Fn 74, sowie MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat I, N 10.254.

1271 Dies kann beispielsweise die Regelung der Stimmbindung betreffen; vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.

1272 HAGEN-ECK, 745; HALTER/BUCHMANN/LARDI, 15.

1273 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1493 f.; HAGEN-ECK, 745; VISCHER, Aktionärbindungsvertrag, 434; VISCHER, Nachfolgeplanung, 16.

1274 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1494 f.; VISCHER, Nachfolgeplanung, 16.

1275 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1496.

1276 FÄHRLANDER, 313.

– Schliesslich kann der Beitritt eines Dritterwerbers eine Überprüfung auslösen.[1277]

Das Verfahren der Überprüfung und Anpassung des Aktionärbindungsvertrags kann so ausgestaltet sein, dass sich die Familienaktionäre innerhalb einer bestimmten Frist ab Eintritt des die Überprüfung auslösenden Ereignisses zusammenzufinden haben, um über allfällige Anpassungen des Vertrags zu beraten. Dabei kann es Sinn ergeben, dass ein neutraler Dritter, z.B. der unabhängige Verwaltungsratspräsident, die Familienaktionäre unterstützt,[1278] etwa indem er das «Überprüfungstreffen» leitet, moderiert und strukturiert.

Die Grenze einer Überprüfungsklausel liegt darin, dass die Pflicht zur Überprüfung und Anpassung kaum «real» durchsetzbar ist. Weil die Familienaktionäre nur zu einem Verhandeln nach Treu und Glauben verpflichtet werden können, besteht keine Garantie, dass sich die Familienaktionäre tatsächlich auf eine Anpassung des Aktionärbindungsvertrags an die veränderten Bedürfnisse einigen.[1279] Immerhin ist die Vereinbarung einer Konventionalstrafe denkbar, für den Fall, dass sich ein Familienaktionär weigert, über Anpassungen zu verhandeln.[1280]

5.2.2.2 Anpassung statutarischer Gestaltungsmittel im Besonderen

Wurden im Rahmen der Nachfolgelösung zusätzlich zur vertraglichen Regelung statutarische Gestaltungsmittel – insbesondere Aktienkategorien mit unterschiedlichen Rechten – eingesetzt, besteht bei Veränderungen der Umstände und der Bedürfnisse der Familienaktionäre Bedarf, auch diese anzupassen. Zu denken ist insbesondere daran, dass die Nachfolgerin ihre geschäftsführende Tätigkeit aufgibt und keiner ihrer Nachkommen diese übernimmt. In einem solchen Fall kann es beispielsweise als unsachgemäss erscheinen, dass ihre Nachkommen über Stimmrechtsaktien und dadurch über eine Stimmenmehrheit verfügen.

Diesfalls sind verschiedene Ansätze zur Anpassung der statutarischen Gestaltungsmittel denkbar. Zunächst können sich die Familienaktionäre dazu verpflichten, allfällige statutarische «Privilegien» (insbesondere Stimmrechtsaktien bzw. Partizipationsscheine, Vorzugsaktien sowie qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheits-

---

1277 Vgl. Kapitel 4.5.2.3.

1278 FÄHRLANDER, 313; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1500.

1279 FÄHRLANDER, 313; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1500.

1280 FÄHRLANDER, 313; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1498 f. Vgl. zur Konventionalstrafe Kapitel 5.2.3.1.1.

erfordernisse[1281]) aufzuheben und sämtliche Familienaktionäre bzw. -stämme gleich zu stellen, namentlich durch die Umwandlung von Stimmrechtsaktien, Partizipationsscheinen und Vorzugsaktien in Stammaktien. Sind die Voraussetzungen für eine Anpassung erfüllt, haben die Familienaktionäre eine Generalversammlung abzuhalten und anlässlich dieser zugunsten der entsprechenden Umwandlung respektive Abschaffung zu stimmen.[1282]

Alternativ können die statutarischen Privilegien mit einer Resolutivbedingung versehen werden.[1283] Tritt die festgelegte Bedingung ein, werden Stimmrechtsaktien, Partizipationsscheine und Vorzugsaktien in Stammaktien umgewandelt und Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse aufgehoben. Voraussetzung dafür ist, dass die Bedingung objektiv klar bestimmbar ist.[1284] Eine mögliche Bedingung könnte sein, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraums – beispielsweise sechs Monate – ab dem Rücktritt der Nachfolgerin aus ihrer leitenden Position keiner ihrer Nachkommen diese Position übernimmt. Wenn sich der Eintritt der Bedingung objektiv klar feststellen lässt (was im soeben genannten Beispiel der Fall sein dürfte), dürfte es zulässig sein, statutarisch dem Verwaltungsrat die Kompetenz zuzuweisen, die Statutenänderung zur Umwandlung allfälliger Stimmrechts- oder Vorzugsaktien in Stammaktien vorzunehmen.[1285]

In beiden Varianten ist die Anpassung der statutarischen Gestaltungsmittel jedoch stets mit der Verteilung der Stimmrechte abzustimmen. Verfügt etwa die Nachfolgerin bzw. verfügen ihre Nachkommen auch ohne Stimmrechtsaktien über eine Stimmenmehrheit, kann der Schutz der passiven Aktionäre gebieten, dass ihnen allfällige statutarische Ausschüttungsprivilegien belassen werden, ansonsten die Aufhebung sämtlicher statutarischer Privilegien zu einer durch die Umstände nicht gerechtfertigten Begünstigung der Nachfolgerin bzw. ihres Familienstamms führen kann.

1281 Vgl. zur Problematik des «Unpassend-Werdens» dieser Instrumente Kapitel 4.1.2.2.2a) (Stimmrechtsaktien), 4.1.2.2.2b) (Partizipationskapital), 4.3.3.1 (Vorzugsaktien) sowie 4.1.2.3.1b) (qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse).

1282 GERICKE, Vorzugsrechte, 120.

1283 Vgl. BAUMANN, 136 und 137 f.; BSK OR II-LIEBI, Art. 654–656 N 60 und 75; GERICKE, Vorzugsrechte, 120; HARDER SCHULER, 89 f.; TRIPPEL, IPO, 222 ff.; ZK OR (Art. 620–659*b*)-BAHAR/PEYER, Art. 654–656 N 69.

1284 BSK OR II-LIEBI, Art. 654–656 N 60 und 75; GERICKE, Vorzugsrechte, 120.

1285 GERICKE, Vorzugsrechte, 120; ZK OR (Art. 620–659*b*)-BAHAR/PEYER, Art. 654–656 N 69.

5.2.3 Rechtliche Sicherungsmittel gegen Verletzungen des Aktionärbindungsvertrags im Besonderen

Um allfälligen Konflikten vorzubeugen, die spezifisch auf einer Verletzung von Bestimmungen des Aktionärbindungsvertrags gründen, steht es den Familienaktionären offen, im Aktionärbindungsvertrag rechtliche Sicherungsmittel dagegen vorzusehen.[1286] Diese können auf die Vermeidung allfälliger Vertragsverletzungen sowohl durch die Nachfolgerin als auch durch die passiven Aktionäre zielen. Sicherungsmittel sind aber auch im Hinblick auf die Herausforderungen der rechtlichen Durchsetzung von Aktionärbindungsverträgen bedeutsam.[1287] Aufgrund der familiären Beziehung dürften die Familienaktionäre indes vielfach nur dann bereit sein, Sicherungsmittel tatsächlich gegenüber anderen Familienaktionären rechtlich durchzusetzen, wenn es sich um schwerwiegende Verletzungen des Aktionärbindungsvertrags handelt oder wenn das Verhältnis zwischen den betreffenden Familienaktionären ohnehin stark beeinträchtigt ist.

Die eingesetzten Sicherungsmittel können sich gegen Vertragsverletzungen im Allgemeinen richten oder aber spezifisch gegen Verletzungen von bestimmten Pflichten. Aufgrund der fehlenden «Drittwirkung» der Stimmbindung sowie von Übertragungsbeschränkungen werden mögliche Mittel zur Absicherung dieser Bestimmungen nachfolgend gesondert betrachtet.

5.2.3.1 Sicherungsmittel mit präventiver Wirkung im Allgemeinen

Der Aktionärbindungsvertrag kann allgemeine Sicherungsmittel mit präventiver Wirkung vorsehen. Zwar vermögen diese weder eine Vertragsverletzung effektiv zu verhindern noch die Erfüllung des Aktionärbindungsvertrags sicherzustellen[1288] bzw. den vertragsmässigen Zustand wiederherzustellen, sollen aber durch die angedrohte Sanktion die Familienaktionäre von einer Vertragsverletzung abhalten.

[1286] Vgl. zu Sicherungsmitteln im Allgemeinen FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1533 ff.

[1287] Vgl. MARTIN, 238, sowie Kapitel 5.4.1.2.

[1288] BLOCH, 104; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1540 Fn 1; HINTZ-BÜHLER, 227; LANG, 128; STUDER, N 39.3 (allesamt in Bezug auf die Konventionalstrafe).

5.2.3.1.1 Konventionalstrafe

Die Familienaktionäre können für Vertragsverletzungen zunächst die Leistung einer Konventionalstrafe vereinbaren.[1289] Diese ist unabhängig vom Nachweis eines Schadens zu leisten[1290] und besticht als Geldforderung durch ihre hohe Praktikabilität.[1291]

Die Familienaktionäre sind in der Festsetzung der Höhe der Konventionalstrafe grundsätzlich frei, womit diese zur Entfaltung ihrer präventiven Wirkung hoch angesetzt werden kann. Übermässige Beträge können im Rahmen einer richterlichen Überprüfung zwar herabgesetzt werden,[1292] was bei Aktionärbindungsverträgen jedoch nur zurückhaltend geschieht.[1293] Soll ein Familienaktionär sanktioniert werden, der in Verletzung des Aktionärbindungsvertrags gegen die Ausschüttung einer Dividende stimmt, kann sich die Höhe der Konventionalstrafe nach der entgangenen, vertragsgemäss auszuschüttenden Dividende bemessen.[1294] Allgemein kann die Höhe der Konventionalstrafe nach der Art der Vertragsverletzung abgestuft werden.[1295] Ferner ist es möglich, die Konventionalstrafe mit einem Erfüllungsanspruch zu kumulieren, sodass die Leistung der Konventionalstrafe den betreffenden Familienaktionär nicht von der Pflicht zur Erfüllung des Aktionärbindungsvertrags befreit, was zusätzlich präventiv wirkt.[1296]

5.2.3.1.2 Kaufrecht und Verkaufspflicht

Verletzt ein Familienaktionär den Aktionärbindungsvertrag, kann den nichtverletzenden Familienaktionären das Recht eingeräumt werden, seine Aktien zu einem tiefen Preis zu erwerben.[1297] Das Kaufrecht und die Verkaufspflicht gehen insofern

---

1289 Art. 160 Abs. 1 OR; HARDER SCHULER, 121; HINTZ-BÜHLER, 227.

1290 FÄHRLANDER, 314; HINTZ-BÜHLER, 227; LANG, 125; STUDER, N 39.3; VON DER CRONE, N 2117.

1291 BÖSIGER, 6.

1292 HINTZ-BÜHLER, 227; LANG, 127; STUDER, N 39.3; VON DER CRONE, N 2117.

1293 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1548 f.; LANG, 128.

1294 Vgl. SCHENKER/SCHENKER, 41 f.

1295 HINTZ-BÜHLER, 227 f.

1296 Art. 160 Abs. 1 OR; CARENZA/JACQUEMOUD, 13; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1559.

1297 CARENZA/JACQUEMOUD, 13; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1290 und 1307; HAMPEL, N 69; HENSCH/STAUB, 1176; HINTZ-BÜHLER, 230; KÜHNI, 204; MARTIN, 255; MÜLLER R., 205; MÜLLER/BIEDERMANN, 893; VON DER CRONE, N 2090 (zur Durchsetzung von Vorhandrechten). Vgl. zum Kaufrecht

weiter als die Konventionalstrafe, als dadurch zusätzlich zur finanziellen Einbusse die Rechte des verletzenden Familienaktionärs in Bezug auf das Familienunternehmen geschwächt werden.

Ob die Verkaufspflicht zum Tragen kommt und welcher Anteil der Aktien des verletzenden Familienaktionärs gegebenenfalls dieser unterliegen soll, kann sich wiederum anhand der «Schwere» der Vertragsverletzung bemessen. Überdies sollten die Familienaktionäre bei der Festsetzung des abstrafenden Kaufpreises beachten, dass ein Preis mit «Strafcharakter» in krassen Fällen der richterlichen Herabsetzung unterliegt.[1298] Eine Verkaufspflicht dürfte sich zudem mit Blick auf eine mögliche übermässige Bindung einschränkend auf die zulässige Dauer des Aktionärbindungsvertrags auswirken.[1299]

Spezifisch zum Schutz der passiven Aktionäre können die Familienaktionäre schliesslich anstelle eines Kaufrechts vereinbaren, dass sie ihre Aktien der Nachfolgerin zum Marktwert oder gar zu einem abstrafend hohen Kaufpreis verkaufen können, falls diese den Aktionärbindungsvertrag generell – oder aber spezifisch Bestimmungen zum Schutz der passiven Aktionäre – schwerwiegend verletzt.[1300]

5.2.3.1.3 Entzug von Rechten

Die Familienaktionäre können schliesslich vereinbaren, dass ein Familienaktionär, der den Aktionärbindungsvertrag verletzt, gewisse vertraglich gewährte Vorrechte verliert, beispielsweise das Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat.[1301] Wie bei einem Kaufrecht dürften indessen aufgrund der einschneidenden Folgen auch hierfür nur Verletzungen des Aktionärbindungsvertrags ab einer gewissen Schwere infrage kommen.

---

der Nachfolgerin im Fall einer Verletzung des Aktionärbindungsvertrags durch einen passiven Aktionär bereits Kapitel 4.5.3.1.1.

1298 KÜHNI, 168 ff.

1299 Vgl. dazu Kapitel 6.1.1.2.

1300 CARENZA/JACQUEMOUD, 13 f.

1301 SCHENKER, Familiengesellschaften, 70; SÖDING, 190.

5.2.3.2 Sicherungsmittel gegen Verletzungen der Stimmbindung im Besonderen

Weil eine den Aktionärbindungsvertrag verletzende Stimmabgabe in der Generalversammlung aktienrechtlich gültig ist,[1302] mag es dem Bedürfnis der Familienaktionäre entsprechen, rechtliche Sicherungsmittel spezifisch gegen Verletzungen der Stimmbindung vorzusehen. Zu denken ist etwa an den Fall, dass die Nachfolgerin vertragswidrig gegen die Ausschüttung einer Dividende stimmt oder dass ein passiver Aktionär entgegen der Stimmbindung gegen die Wiederwahl der Nachfolgerin in den Verwaltungsrat stimmt. Als mögliche Sicherungsmittel sind insbesondere die folgenden denkbar:

– Die Familienaktionäre verpflichten sich, einen gemeinsamen Stimmenvertreter zu bevollmächtigen, welcher das Stimmrecht an Generalversammlungen an ihrer Stelle ausübt.[1303] Nachteil einer solchen Lösung ist, dass jeder Familienaktionär die Bevollmächtigung jederzeit beschränken oder widerrufen kann.[1304]
– Die Familienaktionäre können sodann Gesamteigentum an den Aktien am Familienunternehmen begründen,[1305] beispielsweise durch deren Einbringung zu Eigentum in die unter den Familienaktionären bestehende einfache Gesellschaft.[1306] Vorteil dieser Lösung ist, dass das Stimmrecht der Aktien zwingend nur noch durch einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt werden kann, mithin die einzelnen Familienaktionäre nicht vertragswidrig stimmen können.[1307]

1302 BAUMANN, 158; BLOCH, 78 f.; CARENZA/JACQUEMOUD, 17; HAAB, 385; HANSELMANN/HERZOG, 307; HINTZ-BÜHLER, 63 und 70; LANG, 55; PREMAND, N 504; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 258 f.; TRIPPEL/JAISLI KULL, 218; VON DER CRONE, N 2078; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 96. Daran vermag auch die Einbindung des Familienunternehmens in den Aktionärbindungsvertrag nichts zu ändern (GERICKE, Vorzugsrechte, 124; LANG, 57); dessen Einbindung in Bezug auf die eigene Willensbildung wird aber ohnehin mehrheitlich kritisch betrachtet (vgl. dazu Kapitel 3.2.2.1.2 Fn 296).

1303 Art. 689*b* Abs. 1 OR; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1570; HARDER SCHULER, 121; HINTZ-BÜHLER, 226.

1304 Art. 34 Abs. 1 und 2 OR; BLOCH, 105; CARENZA/JACQUEMOUD, 8; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1575; HINTZ-BÜHLER, 226; LANG, 133; VON DER CRONE, N 2118.

1305 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1603; HARDER SCHULER, 121; HINTZ-BÜHLER, 138.

1306 LANG, 163; MARTIN, 243; VON DER CRONE, N 2123.

1307 Art. 690 Abs. 1 OR; BLOCH, 113 und 115; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1603; LANG, 165; MARTIN, 243; VON DER CRONE, N 2123.

Die Koordination zur Anweisung des Vertreters bezüglich der Stimmrechtsausübung kann sich jedoch als schwerfällig und anfällig für Blockaden bei Uneinigkeit erweisen.[1308] Auch dürften nicht alle Familienaktionäre dazu bereit sein, das Alleineigentum an ihren Aktien aufzugeben.[1309]

– Schliesslich können die Familienaktionäre das Eigentum an den Aktien fiduziarisch einem Treuhänder zu Eigentum übertragen.[1310] Dabei übt der Treuhänder das Stimmrecht gemäss dem Aktionärbindungsvertrag aus, während den Familienaktionären die Verfügungsmacht über ihre Aktien entzogen ist.[1311] Weil das fiduziarische Verhältnis grundsätzlich jederzeit kündbar ist,[1312] sollten die Familienaktionäre vorsehen, dass dieses nur von allen Familienaktionären gemeinsam beendet werden kann.[1313] Die fiduziarische Eigentumsübertragung ist allerdings mit dem Risiko behaftet, dass der Treuhänder, dem dinglich die Verfügungsmacht über die Aktien zukommt, vertragswidrig über die Aktien verfügt[1314] sowie dass der Treuhänder in Konkurs fällt, in welchem Fall die Familienaktionäre ihre Aktien nicht aus dessen Konkursmasse aussondern können.[1315] Wie bei der Begründung von Gesamteigentum an den Aktien dürfte zudem wiederum die mangelnde Bereitschaft der Familienaktionäre zur Übertragung des Eigentums an den Aktien ein Hindernis darstellen.[1316]

5.2.3.3 Sicherungsmittel gegen Verletzungen von Übertragungsbeschränkungen im Besonderen

Gleich wie bei der Ausübung des Stimmrechts besteht auch in Bezug auf die Durchsetzung von Übertragungsbeschränkungen ein erhöhtes Schutzbedürfnis der

---

1308 BÖSIGER, 6; CARENZA/JACQUEMOUD, 10.

1309 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1594; HINTZ-BÜHLER, 139.

1310 HARDER SCHULER, 121; HINTZ-BÜHLER, 136 f.; LANG, 144.

1311 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1659 f.; LANG, 157.

1312 Art. 404 Abs. 1 OR; HÉRITIER LACHAT, Lune, 110; LANG, 146; VON DER CRONE, N 2121.

1313 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1665. Vgl. zur Zulässigkeit einer solchen Regelung vor dem Hintergrund von Art. 404 Abs. 1 OR BGer 4C.315/2002 vom 23. April 2002 E. 4 sowie CHK OR (Art. 319–529)-GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 404 N 21.

1314 HINTZ-BÜHLER, 138; LANG, 160.

1315 CARENZA/JACQUEMOUD, 9; HINTZ-BÜHLER, 138.

1316 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1671.

Familienaktionäre, weil eine vertragswidrige Übertragung von Aktien gegenüber Dritten gültig ist.[1317] Zu denken ist hier an den Fall, in dem die Nachfolgerin ihre Beteiligung unter Missachtung des Mitverkaufsrechts der passiven Aktionäre verkauft oder in dem ein passiver Aktionär seine Beteiligung unter Verletzung von Verkaufsbeschränkungen oder des Vorkaufsrechts der Nachfolgerin veräussert. Mögliche Sicherungsmittel gegen solche Vertragsverletzungen sind insbesondere die folgenden:

– Die Familienaktionäre können die Aktien am Familienunternehmen gemeinsam hinterlegen.[1318] Dabei verpflichtet sich der Aufbewahrer, die Aktien nur auf Begehren sämtlicher Familienaktionäre wieder herauszugeben.[1319] Hat das Familienunternehmen physische Aktientitel bzw. -zertifikate ausgegeben und die Übertragung von Aktien mittels Zession statutarisch ausgeschlossen, schützt die Hinterlegung vor Verletzungen der Übertragungsbeschränkungen.[1320] Nachteilig an einer Hinterlegung sind die damit verbundenen relativ hohen Kosten,[1321] sodass insbesondere die passiven Aktionäre einer solchen Lösung abgeneigt sein könnten, weil die entstehenden Kosten zulasten der Erträge aus dem Familienunternehmen gehen.
– Sodann können die Familienaktionäre wiederum Gesamteigentum an den Aktien am Familienunternehmen begründen,[1322] damit die Familienaktionäre nur noch einstimmig über die Aktien verfügen können,[1323] oder ihre Aktien fiduziarisch einem Dritten übertragen,[1324] damit die einzelnen Familienaktio-

---

1317 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1535; HAMPEL, N 61; HANSELMANN/HERZOG, 307; HARDER SCHULER, 108; HINTZ-BÜHLER, 62; LANG, 55; MÜLLER/BIEDERMANN, 893; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 96.

1318 HARDER SCHULER, 121; HINTZ-BÜHLER, 132 f.

1319 BLOCH, 105; HANSELMANN/HERZOG, 307; HINTZ-BÜHLER, 132; LANG, 135; MARTIN, 242 f.; STUDER, N 42.1; VON DER CRONE, N 2119.

1320 BAUMANN, 164; BLOCH, 107; CARENZA/JACQUEMOUD, 9; HINTZ-BÜHLER, 134 f. Die Zulässigkeit eines statutarischen Ausschlusses der Übertragung mittels Zession ist allerdings umstritten; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1590.

1321 KÜHNI, 224.

1322 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1603; HARDER SCHULER, 121. Vgl. bereits Kapitel 5.2.3.2.

1323 Art. 653 Abs. 2 ZGB; BLOCH, 113 und 115; CARENZA/JACQUEMOUD, 10; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1603; MARTIN, 243; VON DER CRONE, N 2123.

1324 Vgl. bereits Kapitel 5.2.3.2.

näre gar nicht mehr über ihre jeweiligen Aktien verfügen können.[1325] Zu beachten sind die gleichen Nachteile dieser Instrumente wie bei Absicherung der Stimmbindung.[1326]

– Schliesslich können sich die Familienaktionäre ihre jeweiligen Aktien gegenseitig auf eine Verletzung der Übertragungsbeschränkungen hin aufschiebend bedingt abtreten, sodass im Fall einer solchen Verletzung der Übergang des Eigentums auf Dritte verhindert werden kann.[1327]

5.3 Konfliktbearbeitung

Falls trotz der Massnahmen zur Konfliktprävention im Aktionärbindungsvertrag Konflikte unter den Familienaktionären auftreten, stellt sich die Frage, wie diese bearbeitet und möglichst «schonend» gelöst werden können. Die Konfliktbearbeitung versteht sich dabei als eine «erste Stufe»[1328] und nicht als Streitschlichtung im rechtlichen Sinn[1329] – es geht (noch) nicht um die rechtliche Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags. Ziel der Konfliktbearbeitung ist vielmehr die – nach Möglichkeit nachhaltige – Lösung des Konflikts mit minimalem Zeit- und Ressourcenaufwand.[1330]

5.3.1 Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten

Eine erste Variante der Konfliktbearbeitung ist die Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten des Familienunternehmens.[1331] Diese kann so ausgestaltet sein, dass der Verwaltungsratspräsident im Konfliktfall «nur» vermittelnd tätig wird, oder aber, dass dieser zusätzlich hinsichtlich bestimmter Angele-

1325 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1659.

1326 Vgl. soeben Kapitel 5.2.3.2.

1327 KÜHNI, 224.

1328 HAGEN-ECK, 761.

1329 SCHENKER, Familiengesellschaften, 76.

1330 Vgl. BÖCKLI, Leitgrundsätze, 528.

1331 Vgl. BLOCH, 30; BRENES/MADRIGAL/REQUENA, 285; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1062; HAGEN-ECK, 757; HENNERKES/KIRCHDÖRFER, 68; SCHENKER, Familiengesellschaften, 76.

genheiten für die Familienaktionäre verbindlich entscheidet.[1332] Letzteres bietet sich hinsichtlich Konfliktgegenständen an, bezüglich derer Bedarf nach einer kurzfristigen Konfliktlösung besteht, beispielsweise hinsichtlich des Entscheids über die Eignung eines nominierten Verwaltungsratskandidaten vorgängig zur ordentlichen Generalversammlung.[1333]

Der Einbezug des Verwaltungsratspräsidenten zur Konfliktlösung kann sich im Licht der Anforderungen an den Umgang mit Konflikten[1334] anbieten, weil dieser aufgrund seiner Kenntnisse und seiner Tätigkeit im Familienunternehmen über die Fähigkeit verfügt, im Sinn des Familienunternehmens Einfluss zu nehmen[1335] sowie gegebenenfalls zu entscheiden. Ebenso kann der Verwaltungsratspräsident rasch eingreifen[1336] und die Eskalation des Konflikts zu offenem Streit verhindern.[1337] Zudem ist die Vertraulichkeit der Konfliktbearbeitung gewährleistet.

Allerdings bindet das Tätigwerden des Verwaltungsratspräsidenten Ressourcen, die dem Familienunternehmen nicht mehr zur Verfügung stehen. Auch wird der Verwaltungsratspräsident womöglich nicht dazu befähigt sein, in rechtlichen Fragen final zu entscheiden.[1338] Verfügt der Verwaltungsratspräsident über eine Entscheidungskompetenz, besteht zudem die Gefahr, dass er das Vertrauen und die Akzeptanz derjenigen Familienaktionäre, zu deren Ungunsten sein Entscheid ausfällt, verliert.[1339] Hat der Verwaltungsratspräsident nur die Kompetenz, zwischen den Familienaktionären zu vermitteln, nicht aber auch zu entscheiden, besteht ferner keine Garantie, dass es zu einer Lösung des Konflikts kommt.

Zu beachten ist auch, dass die Vereinbarung, Konflikte zunächst der Vermittlung durch den Verwaltungsratspräsidenten zu unterstellen, gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht durchsetzbar ist, weil die Nichtbeachtung einer entsprechenden Vereinbarung keine negative Prozessvoraussetzung im Sinn der ZPO dar-

---

1332 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2156 (in Bezug auf einen Schiedsgutachter); HAGEN-ECK, 756; TRIPPEL/JAISLI KULL, 207 Fn 11.

1333 Vgl. Kapitel 4.1.2.1.2b). Ein Teil der Lehre erachtet die Verpflichtung zur Stimmabgabe gemäss den Instruktionen des Verwaltungsrats jedoch als unzulässig; vgl. dazu Kapitel 4.1.2.1.1b), insbesondere Fn 413.

1334 Vgl. dazu Kapitel 5.1.2.

1335 Vgl. BLOCH, 30; HAGEN-ECK, 758.

1336 Vgl. BLOCH, 30.

1337 SCHENKER, Familiengesellschaften, 76.

1338 Vgl. BLOCH, 30; HABBE/GIESELER, 1014.

1339 Vgl. HABBE/GIESELER, 1014.

stellt.[1340] Somit kann ein Familienaktionär im Konfliktfall entgegen der vertraglichen Vereinbarung den ordentlichen Gerichtsweg begehen. Als Anreiz für die Familienaktionäre, vertragsgemäss vorgängig die Vermittlung durch den Verwaltungsratspräsidenten anzurufen, kann aber eine Konventionalstrafe[1341] dienen.

Einigen sich die Familienaktionäre auf eine Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten, haben sie im Aktionärbindungsvertrag das konkrete Verfahren mit den anwendbaren Regeln, die Fristen – insbesondere, ab welchem Zeitpunkt die Vermittlung als gescheitert gilt – sowie ein allfälliges subsidiär zur Anwendung kommendes Konfliktlösungsverfahren, für den Fall, dass die Vermittlung erfolglos bleibt, zu regeln.

5.3.2 Mediation

Als zweite Variante der Konfliktbearbeitung können sich die Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag dazu verpflichten, Konflikte im Rahmen einer Mediation zu bearbeiten. Bei dieser unterstützt ein Mediator als neutraler Dritter die Familienaktionäre in einem parteiautonomen Verfahren bei der einvernehmlichen Lösung des Konflikts, wobei ihm keine Entscheidungsbefugnis zukommt.[1342] Im Unterschied zur Schlichtung unterbreitet der Mediator den Parteien auch keinen Vergleichsvorschlag.[1343]

5.3.2.1 Vorzüge

Die Mediation bietet mit Blick auf die Anforderungen der Familienaktionäre an den Umgang mit Konflikten[1344] verschiedene Vorzüge:

1340 Vgl. den Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG170120 vom 22. Dezember 2017 E. 3.2 (zitiert in ZR *117* 10/2018, 24–26, 25 und 26), mit dem Hinweis, dass gemäss BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1 die Sistierung des Verfahrens das geeignete prozessuale Instrument bei der Nichtbeachtung alternativer Streitbeilegungsmethoden darstellt. Vgl. dazu im Zusammenhang mit der Mediation Kapitel 5.3.2.2. Vgl. zudem Art. 61 ZPO, wonach das Gericht seine Zuständigkeit grundsätzlich ablehnen muss, wenn eine Schiedsabrede unter den Parteien vorliegt.

1341 Vgl. zur Konventionalstrafe Kapitel 5.2.3.1.1.

1342 CONRAD, 72; ERK, 148; HENNERKES/KIRCHDÖRFER, 68.

1343 Vgl. zu den Unterschieden zwischen Mediation und Schlichtung im Einzelnen CONRAD, 72 f., sowie KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.5.

1344 Vgl. dazu Kapitel 5.1.2.

- Die Mediation zielt auf interessengerichtete Lösungen ab,[1345] wobei die Lösung möglichst die Interessen aller Parteien befriedigen soll.[1346] Damit ermöglicht es die Mediation, den unterschiedlichen unter den Familienaktionären bestehenden Interessen Rechnung zu tragen.
- Das Mediationsverfahren zielt auf die Behandlung der Ursachen des Konflikts statt nur auf dessen Auswirkungen, mithin auf die Bearbeitung vorbestehender familiärer Konflikte.[1347] Dies ist besonders im Hinblick auf den Beziehungserhalt[1348] und die fortgeführte Zusammenarbeit unter den Familienaktionären[1349] bedeutsam, die sich aus der gemeinsamen Stellung als Aktionäre des Familienunternehmens sowie aufgrund der unabhängig davon bestehenden Familienzugehörigkeit ergibt. Die Nachhaltigkeit und die Zukunftsorientierung der Konfliktlösung stehen im Vordergrund.[1350]
- Weil das Mediationsverfahren nur geringfügig formalisiert ist, können die Verfahrenskosten regelmässig tief gehalten werden.[1351] Zudem übernehmen Rechtsschutzversicherungen teilweise die Kosten einer Mediation.[1352]
- Die geringe Formalisierung des Mediationsverfahrens ermöglicht weiter eine rasche Behandlung des Konflikts,[1353] womit die Belastung des Familienunternehmens gering gehalten werden kann.
- Weil es sich beim Mediationsverfahren um ein nicht-öffentliches Verfahren handelt, ist die Vertraulichkeit des Konflikts und der Konfliktbearbeitung gewährleistet.[1354]

1345 Erk, 167; Fischer M., 53; Wirz, 97.

1346 Knecht/Jung-Utzinger, N 0.12; Roberto/Wirth, 1028.

1347 Fabis, 282; Habbe/Gieseler, 1014; Hagen-Eck, 761.

1348 Erk, 166; Fischer M., 56; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.12; Wirz, 97 f.

1349 Fischer M., 56; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.12; Müller R., 217; Roberto/Wirth, 1029; Wirz, 97.

1350 Erk, 166; Fischer M., 55; Fischer/Schneuwly, 336; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.12; Roberto/Wirth, 1028; Wirz, 98.

1351 Böckli, Leitgrundsätze, 528; Habbe/Gieseler, 1014; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.12; Roberto/Wirth, 1033; Schneuwly/Fischer, 4; Wirz, 97.

1352 Erk, 166. Vgl. die Übersicht bei Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, 113 f.

1353 Böckli, Leitgrundsätze, 528; Fischer M., 56; Habbe/Gieseler, 1014; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.12; Roberto/Wirth, 1032; Wirz, 97.

1354 Erk, 167; Fischer M., 57; Fischer/Schneuwly, 338; Habbe/Gieseler, 1014; Hagen-Eck, 762; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.13; Roberto/Wirth, 1032.

– Die Familienaktionäre können von der Parteiautonomie des Mediationsverfahrens Gebrauch machen und dabei insbesondere den Mediator wählen sowie die Verfahrensgestaltung festlegen, was die Akzeptanz des Verfahrens und seines Ausgangs fördert.[1355] Da der Mediator nicht über eine Entscheidungsbefugnis verfügt, liegt die Konfliktlösung inhaltlich vollständig im Gestaltungsbereich der Familienaktionäre.[1356]
– Gelangen die Familienaktionäre im Mediationsverfahren zu einem Ergebnis, besteht die Möglichkeit, dieses gerichtlich genehmigen zu lassen oder als vollstreckbare öffentliche Urkunde auszugestalten, womit die Durchsetzbarkeit gewährleistet ist.[1357]

5.3.2.2 Nachteile und Herausforderungen

Nebst den soeben in Kapitel 5.3.2.1 genannten Vorzügen weist die Mediation auch Nachteile und Herausforderungen auf. Die Mediation kann sich insbesondere aus den folgenden Gründen als unpassendes Konfliktlösungsverfahren erweisen:

– Das Mediationsverfahren bedingt die Bereitschaft der Familienaktionäre, gemeinsam an einer einvernehmlichen Lösung zu arbeiten,[1358] was bei starker Zerstrittenheit der Familienaktionäre möglicherweise nicht der Fall ist.
– Aufgrund der fehlenden autoritativen Entscheidungsbefugnis des Mediators führt das Mediationsverfahren nicht zur Konfliktlösung, wenn sich die Familienaktionäre nicht einigen können; somit bietet das Mediationsverfahren keine Ergebnissicherheit.[1359] Vielmehr entstehen den Familienaktionären in einem solchen Fall ein Zeitverlust[1360] sowie zusätzliche Kosten für ein nachfolgendes Konfliktlösungsverfahren.[1361]
– Weil das Mediationsverfahren auf eine interessenbasierte Konfliktlösung abzielt, sind die Familienaktionäre unter Umständen angehalten, gegenseitig vertrauliche Informationen offenzulegen,[1362] was für die Familienaktionäre

---

1355 Fischer M., 56; Wirz, 97.

1356 Hagen-Eck, 761; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.8; Roberto/Wirth, 1029; Wirz, 97.

1357 Erk, 167 f.; Knecht/Jung-Utzinger, N 0.14.

1358 Erk, 168.

1359 Knecht/Jung-Utzinger, N 0.3.

1360 Erk, 167; Fabis, 282 f.; Roberto/Wirth, 1032.

1361 Roberto/Wirth, 1033.

1362 Fabis, 282; Roberto/Wirth, 1034 ff.

unerwünscht sein mag. Zu denken ist etwa an vordergründig nicht erkennbare Motivationen, welche die Familienaktionäre leiten.[1363]

– Mediationsklauseln in Aktionärbindungsverträgen sind gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht durchsetzbar, weil das Fehlen einer Mediationsvereinbarung – im Gegensatz etwa zum Fehlen einer Schiedsvereinbarung[1364] – keine negative Prozessvoraussetzung i.S.v. Art. 59 ZPO darstellt.[1365] Damit kann ein Familienaktionär im Konfliktfall ungeachtet der Mediationsklausel rechtswirksam ein staatliches Gericht anrufen, obschon dies den Aktionärbindungsvertrag verletzt. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid zur Schiedsgerichtsbarkeit indessen erwogen, dass bei Verletzung einer Streitbeilegungsklausel, welche die vorgängige Durchführung eines Mediationsverfahrens vorsieht, das eingeleitete Schiedsverfahren zu sistieren ist, bis das Mediationsverfahren beendet ist.[1366] Dasselbe dürfte bei der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gelten,[1367] weshalb es den Familienaktionären in einem solchen Fall offensteht, unter Berufung auf die im Aktionärbindungsvertrag vereinbarte Mediationsklausel die Sistierung des vertragswidrig eingeleiteten Gerichtsverfahrens zu verlangen.[1368] Die Familienaktionäre können die Einhaltung der Mediationsklausel zudem vertraglich mittels Vereinbarung einer Konventionalstrafe absichern.[1369] Ferner wird der die Mediationsklausel nicht einhaltende Familienaktionär seinen Mitaktionären gegenüber schadenersatzpflichtig.[1370]

1363 ROBERTO/WIRTH, 1035.

1364 Vgl. Art. 61 ZPO.

1365 Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG170120 vom 22. Dezember 2017 E. 3.2 (zitiert in ZR *117* 10/2018, 24–26, 24); KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 3.4; VOGEL-ETIENNE/LAUTENBACH-KOCH, 86 ff. m.w.H.; WIRZ, 93 f. A.M. hingegen CONRAD, 81, wonach bei fehlendem Nachweis eines erfolglosen vorgängigen Mediationsverfahrens das Gericht nicht auf die Klage einzutreten habe.

1366 BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1. Vgl. KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 3.3.

1367 Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG170120 vom 22. Dezember 2017 E. 3.2 (zitiert in ZR *117* 10/2018, 24–26, 25); KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 3.4.

1368 BK ZPO II-PETER, Vorbemerkungen zu Art. 213–218 N 55 ff., insbesondere N 58; WIRZ, 94.

1369 Vgl. zur Konventionalstrafe Kapitel 5.2.3.1.1.

1370 Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG170120 vom 22. Dezember 2017 E. 3.2 (zitiert in ZR *117* 10/2018, 24–26, 25); WIRZ, 93 ff.

5.3.2.3 Regelungspunkte

Einigen sich die Familienaktionäre auf eine Mediationsklausel im Aktionärbindungsvertrag, sollte diese die Ausgestaltung des Mediationsverfahrens regeln.[1371] Regelungspunkte sind insbesondere das Vorgehen zur Wahl des Mediators,[1372] die auf das Mediationsverfahren anwendbaren Verfahrensregeln,[1373] der Austragungsort der Mediation,[1374] die Dauer des Mediationsverfahrens[1375] sowie ein subsidiär zur Anwendung kommendes Verfahren zur finalen Lösung des Konflikts, für den Fall, dass die Mediation den Konflikt nicht (auf befriedigende Weise) beizulegen vermag – wofür beispielsweise auf den Ablauf einer bestimmten Frist nach Einleitung des Mediationsverfahrens abgestellt werden kann.[1376] Zudem sollten die Familienaktionäre vereinbaren, dass die Inhalte, die im Mediationsverfahren erarbeitet wurden, in einem nachgelagerten Konfliktlösungsverfahren nicht verwendet werden dürfen.[1377]

Weitere Regelungspunkte sind die Vorgabe, dass die Mediationsvereinbarung unter den Familienaktionären als vollstreckbare öffentliche Urkunde auszugestalten ist,[1378] ein für die Dauer des Mediationsverfahrens geltender Klageverzicht[1379] sowie eine allfällige Konventionalstrafe für den Fall, dass ein Familienaktionär in Verletzung der Mediationsklausel eine Klage oder ein Schiedsverfahren einleitet.[1380]

1371 KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.16.

1372 Bei Uneinigkeit unter den Familienaktionären kann die Kompetenz zur Wahl des Mediators beispielsweise der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation übertragen werden; vgl. Ziff. 6.9 des Muster-Aktionärbindungsvertrags bei FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, 818.

1373 KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.16. Beispielsweise kann die Schweizerische Mediationsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution, abrufbar unter <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/mediation_2019_webversion_german.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023), beigezogen werden.

1374 ERK, 149; KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.16.

1375 KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.16.

1376 BK ZPO II-PETER, Vorbemerkungen zu Art. 213–218 N 69; ERK, 149; FISCHER/SCHNEUWLY, 338.

1377 ERK, 167; KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.13.

1378 KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.14.

1379 BK ZPO II-PETER, Vorbemerkungen zu Art. 213–218 N 56; KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 1.2.

1380 BK ZPO II-PETER, Vorbemerkungen zu Art. 213–218 N 60. Vgl. zu dieser Möglichkeit bereits Kapitel 5.3.2.2 sowie zur Konventionalstrafe Kapitel 5.2.3.1.1.

5.4 Rechtliche Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags

Führt die Konfliktbearbeitung nicht zu einem befriedigenden Ergebnis, stellt sich die Frage, wie die Familienaktionäre den Konflikt aus rechtlicher Sicht final lösen können. Dafür steht ihnen die Möglichkeit der rechtlichen Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags offen. Diese erfolgt in erster Linie über die ordentliche Gerichtsbarkeit (Kapitel 5.4.1), kann mittels Vereinbarung im Aktionärbindungsvertrag aber auch der Schiedsgerichtsbarkeit zugeführt werden (Kapitel 5.4.2).

5.4.1 Durchsetzung auf dem ordentlichen Gerichtsweg

5.4.1.1 Grundsätzliche Durchsetzbarkeit von Aktionärbindungsverträgen auf dem ordentlichen Gerichtsweg

Die Familienaktionäre haben Anspruch auf Realerfüllung der im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Pflichten und können diese grundsätzlich auf dem Gerichtsweg durchsetzen.[1381] So steht es allen Familienaktionären offen, gegen säumige Familienaktionäre auf Erfüllung bzw. Leistung der im Aktionärbindungsvertrag vorgesehenen Pflichten, die jene nicht erfüllen, zu klagen.[1382]

Gerichtlich durchsetzbar sind namentlich Stimmbindungsabsprachen.[1383] So können die Familienaktionäre begehren, dass ein Familienaktionär verpflichtet wird, an einer Generalversammlung auf eine bestimmte Art und Weise zu stimmen, was mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden kann.[1384] Ob ein gerichtliches Urteil die Stimmabgabe des betreffenden Familienaktionärs in der

---

[1381] BÖSIGER/ENGEL, N 14.13 (in Bezug auf die Stimmbindung); HANSELMANN/HERZOG, 307; HINTZ-BÜHLER, 190; LANG, 72. Vgl. auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF220009-O/U vom 8. Februar 2022 E. 3.5.5. (in Bezug auf ein Konkurrenzverbot in einem Aktionärbindungsvertrag).

[1382] BLOCH, 79 f.; CARENZA/JACQUEMOUD, 15; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2031; HANSELMANN/HERZOG, 307; LANG, 72; KÜHNI, 221; MARTIN, 235; VON DER CRONE, N 2104.

[1383] APPENZELLER, 58; BLOCH, 82; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2039 m.w.H.; LANG, 89; MARTIN, 235; TRIPPEL/JAISLI KULL, 217 f.

[1384] BLOCH, 86 f.; CARENZA/JACQUEMOUD, 16; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2061; HINTZ-BÜHLER, 214; LANG, 92; TRIPPEL/JAISLI KULL, 222; VON DER CRONE, N 2107.

Generalversammlung i.S.v. Art. 344 Abs. 1 ZPO ersetzen kann, ist umstritten.[1385] Weitgehend anerkannt ist jedoch, dass das Gericht einen Dritten dazu anhalten kann, für den betroffenen Familienaktionär auf eine bestimmte Art zu stimmen.[1386] Zudem kann der säumige Familienaktionär dazu verpflichtet werden, «die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu unterstützen (Art. 699 Abs. 3 OR) und in dieser vertragskonform zu stimmen, oder [. . .] zur Stimmabgabe für die Abwahl bzw. die Nichtwiederwahl eines abredewidrig gewählten Mitgliedes des Verwaltungsrats in einer künftigen Generalversammlung».[1387]

5.4.1.2 Schwierigkeiten bei der Durchsetzung auf dem ordentlichen Gerichtsweg

Trotz der Zulässigkeit der gerichtlichen Durchsetzung von Aktionärbindungsverträgen bereitet diese den Familienaktionären häufig auf verschiedenen Ebenen praktische Schwierigkeiten.

5.4.1.2.1 Klage auf Erfüllung

Problematisch ist zunächst, dass die Familienaktionäre oftmals erst ein Gerichtsverfahren zur Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags einleiten können – und insbesondere ein entsprechendes Urteil erst ergeht –, wenn ein Familienaktionär seine Pflichten aus dem Aktionärbindungsvertrag bereits verletzt hat. Namentlich bei Verletzungen der Stimmbindung sowie von Übertragungsbeschränkungen erfahren die nichtverletzenden Familienaktionäre von der Vertragsverletzung regelmässig erst anlässlich der betreffenden Generalversammlung respektive nachdem die Aktien bereits übertragen wurden, womit die Durchsetzung des vertragskonformen Verhaltens nicht mehr möglich ist.[1388] Ist die Absicht eines Familien-

---

[1385] TRIPPEL/JAISLI KULL, 222 m.w.H. Befürwortend z.B. BLOCH, 92; CARENZA/JACQUEMOUD, 16 f. (sofern das Urteil dem Verwaltungsrat der Gesellschaft bei der betreffenden Abstimmung zur Kenntnis gebracht wird); FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2067; HINTZ-BÜHLER, 216 f.; VON DER CRONE, N 2109 und 2112. Ablehnend z.B. LANG, 91 f.; MARTIN, 236 f.

[1386] CARENZA/JACQUEMOUD, 16; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2064; HINTZ-BÜHLER, 214 f.; MARTIN, 237.

[1387] FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2043 (Zitat); VON DER CRONE, N 2104 Fn 73.

[1388] BLOCH, 80; CARENZA/JACQUEMOUD, 15; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2045; HINTZ-BÜHLER, 218; MARTIN, 235; TRIEBOLD, 55 f.; VON DER CRONE, N 2104.

aktionärs, den Aktionärbindungsvertrag zu verletzen, schon vorgängig bekannt, kann zwar bereits zu jenem Zeitpunkt eine Klage eingereicht werden[1389] respektive kann die Anordnung vorsorglicher Massnahmen[1390] eine Vertragsverletzung verhindern,[1391] wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dass eine solche Absicht bereits im Voraus bekannt ist, dürfte jedoch kaum die Regel darstellen und eine Verletzungsabsicht bisweilen schwierig nachzuweisen sein.[1392]

Ferner dürfte die Streitwertbestimmung Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Durchsetzung bereiten,[1393] da es – ausser bei Pflichten der Familienaktionäre mit finanziellem Bezug wie der Stimmabgabe zugunsten einer Ausschüttung – bezüglich vieler Pflichten und Abstimmungsgegenstände keinen direkten Streitwert gibt. Zudem ist eine Realerfüllung teilweise aufgrund der Natur der verletzten Pflicht nicht möglich.[1394]

Damit ist die Klage auf Erfüllung nur für die Durchsetzung von Pflichten, die überhaupt noch erfüllt werden können, geeignet, und damit namentlich für die Durchsetzung von Übertragungsbeschränkungen ungeeignet.[1395] Zur Durchsetzung von Stimmabsprachen ist die Erfüllungsklage nur insofern geeignet, als diese an einer neuen Generalversammlung durchgesetzt werden können.[1396]

1389 BLOCH, 80; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2045.

1390 Art. 261 ff. ZPO.

1391 BLOCH, 95 ff.; CARENZA/JACQUEMOUD, 15; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2045 ff.; HINTZ-BÜHLER, 222 ff.; MARTIN, 237 f.; STAEHELIN, 120; TRIPPEL/JAISLI KULL, 219 ff.; VON DER CRONE, N 2110 ff.; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 96. Vgl. auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF220009-O/U vom 8. Februar 2022 E. 3.5.5. (in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen zur Verhinderung der Verletzung eines in einem Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Konkurrenzverbots).

1392 BLOCH, 80; HINTZ-BÜHLER, 218.

1393 BLOCH, 81 f.

1394 Beispielsweise, wenn ein Familienaktionär – namentlich die Nachfolgerin – persönlich eine Dienstleistung zu erbringen hat; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1442 und 2079.

1395 VON DER CRONE, N 2104.

1396 CARENZA/JACQUEMOUD, 15 f.; VON DER CRONE, N 2104 Fn 73. So kann beispielsweise die Stimmbindung hinsichtlich der Wahl eines Verwaltungsratsmitglieds an einer nachfolgenden Generalversammlung durchgesetzt werden (CARENZA/JACQUEMOUD, 15 f.).

5.4.1.2.2 Klage auf Schadenersatz

Falls eine Erfüllungsklage nicht oder nicht mehr möglich ist, etwa weil die betreffende Generalversammlung bereits abgehalten wurde und der vertragsgemässe Zustand nicht durch die Ansetzung einer neuen Generalversammlung wiederhergestellt werden kann oder weil eine den Aktionärbindungsvertrag verletzende Aktienübertragung bereits vollzogen wurde, können die nichtverletzenden Familienaktionäre alternativ die Leistung von Schadenersatz verlangen.[1397] Eine Klage auf Schadenersatz ist jedoch mit der Schwierigkeit verbunden, einen durch die Verletzung des Aktionärbindungsvertrags verursachten Schaden nachzuweisen[1398] und zu beziffern,[1399] insbesondere bei der Verletzung von Stimmbindungsvereinbarungen.[1400] Überdies befriedigt die Leistung von Schadenersatz die Interessen der nichtverletzenden Familienaktionäre nur dann, wenn die verletzte Pflicht finanzieller Natur ist; hingegen vermag eine Schadenersatzzahlung einen durch die Vertragsverletzung erlittenen Verlust von Einflussmöglichkeiten oder Kontrollrechten über das Familienunternehmen nicht zu kompensieren.[1401]

5.4.1.2.3 Anforderungen an den Umgang mit Konflikten

Schliesslich erscheint die Konfliktlösung auf dem ordentlichen Gerichtsweg auch mit Blick auf die Anforderungen der Familienaktionäre an den Umgang mit Konflikten[1402] in verschiedener Hinsicht als unbefriedigend.

Nebst den entstehenden Kosten und ihrer inhärenten Vergangenheitsorientierung sind gerichtliche Verfahren stärker konfrontativ und bergen ein höheres Risiko für

---

1397 BLOCH, 99; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2074 und 2080; HANSELMANN/HERZOG, 307; MARTIN, 238; TRIPPEL/JAISLI KULL, 217.

1398 HINTZ-BÜHLER, 190 f.; LANG, 70 f.; MARTIN, 238 f.; SCHENKER, Familiengesellschaften, 70.

1399 BLOCH, 99 f.; FÄHRLANDER, 291; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2032; HINTZ-BÜHLER, 190 f.; LANG, 70 f.; MARTIN, 238 f.; STUDER, N 41.2.

1400 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2081; MARTIN, 238. Während bei der vertragswidrigen Stimmabgabe gegen eine Ausschüttung der Schaden in der ausgebliebenen Ausschüttung zu erkennen ist, kann bei der vertragswidrigen Nichtwahl von Verwaltungsratsmitgliedern kaum je ein Schaden nachgewiesen werden (SCHENKER, Familiengesellschaften, 70).

1401 BLOCH, 100; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2032 und 2081; HINTZ-BÜHLER, 192; TRIEBOLD, 56; TRIPPEL/JAISLI KULL, 217.

1402 Vgl. dazu Kapitel 5.1.2.

eine Konflikteskalation.[1403] Die Konzeption gerichtlicher Verfahren ermöglicht denn auch nur die Berücksichtigung rechtlicher, nicht auch persönlicher Differenzen unter den Familienaktionären.[1404] Damit kann ein Konflikt zwar rechtlich final gelöst werden, infolge mangelnder Akzeptanz des Urteils seitens der unterlegenen Familienaktionäre jedoch zu einer Verhärtung der Fronten und zur Entstehung weiterer Konflikte führen.

Der ordentliche Gerichtsweg kann zudem langwierig sein – auch vor dem Hintergrund eines möglichen Instanzenzugs –, sodass die klagenden Familienaktionäre möglicherweise erst nach einigen Jahren zu ihrem «Recht» kommen.[1405] Die damit einhergehende Unsicherheit über den Verfahrensausgang kann das Familienunternehmen in der Zwischenzeit erheblich belasten und blockieren.

Schliesslich steht der Grundsatz der Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren[1406] regelmässig im Widerspruch zum Bedürfnis der Familienaktionäre nach Vertraulichkeit.

5.4.1.3 Fazit: Ordentlicher Gerichtsweg als beschränkt geeignetes Konfliktlösungsverfahren

Im Ergebnis bietet der ordentliche Gerichtsweg für die Familienaktionäre zwar den Vorteil, dass der Konflikt final gelöst und das Ergebnis rechtlich durchgesetzt werden kann, weist jedoch gleichzeitig einige Nachteile auf. Während eine Erfüllungsklage insbesondere Übertragungsbeschränkungen und Stimmbindungen nicht respektive nur unzureichend durchzusetzen vermag, eignet sich eine Schadenersatzklage nur für den Ausgleich von Schäden finanzieller Natur. Die Vergangenheitsorientierung, die Bearbeitung des Konflikts aus einem ausschliesslich rechtlichen Blickwinkel, die potenziell lange Verfahrensdauer und die Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren stehen überdies im Widerspruch zu den Anforderungen der Familienaktionäre an den Umgang mit Konflikten. Die Konfliktlösung mittels Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Aktionärbindungsvertrag auf dem ordentlichen Gerichtsweg erweist sich damit für die Familienaktionäre oftmals als unbefriedigend. Deshalb besteht Bedarf nach alternativen Konfliktlösungsverfahren, welche die Anforderungen der Familienaktionäre an den Umgang mit Konflik-

---

1403 FABIS, 278 f.; FISCHER/SCHNEUWLY, 336; WIRZ, 96 ff.

1404 FABIS, 279; SCHNEUWLY/FISCHER, 3; WIRZ, 96.

1405 FABIS, 279; KNECHT/JUNG-UTZINGER, N 0.12.

1406 Art. 54 ZPO.

ten besser erfüllen, ohne an der Endgültigkeit und Durchsetzbarkeit der Konfliktlösung auf dem ordentlichen Gerichtsweg einzubüssen.

5.4.2 Durchsetzung mittels Schiedsgerichtsbarkeit

Als Alternative zum ordentlichen Gerichtsweg hat sich in der Praxis die Schiedsgerichtsbarkeit etabliert.[1407] Nach Art. 354 ZPO können sämtliche Ansprüche, über welche die Familienaktionäre frei verfügen können, Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Frei verfügbar sind Ansprüche, worauf die Familienaktionäre verzichten oder worüber sie sich durch Vergleich einigen können, wozu insbesondere vertragliche Ansprüche[1408] – und damit auch solche aus Aktionärbindungsverträgen[1409] – zählen.

Die Schiedsgerichtsbarkeit kommt für Konflikte unter den Familienaktionären infrage, weil Schiedsverfahren mitunter mit Blick auf die in Kapitel 5.1.2 aufgezeigten Anforderungen an den Umgang mit Konflikten Vorteile gegenüber gerichtlichen Verfahren aufweisen und gleichzeitig eine rechtsverbindliche Konfliktlösung ermöglichen. Konkret überzeugt die Schiedsgerichtsbarkeit insbesondere aus den folgenden Gründen:

– Die Familienaktionäre verfügen über weite Freiheiten bei der Verfahrensgestaltung,[1410] womit das Verfahren auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten werden kann – etwa so, dass ein beschleunigtes Verfahren vorgesehen wird, womit der Schiedsspruch innerhalb einer festgesetzten Zeitdauer zu ergehen hat.[1411]
– Die Familienaktionäre sind in der Lage, sachkundige Schiedsrichter zu bestellen,[1412] was die Akzeptanz des Urteils des Schiedsgerichts fördert.[1413]

1407 Vgl. SCHNEUWLY/FISCHER, 4.

1408 BK ZPO III-PFISTERER, Art. 354 N 13 und 17.

1409 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2158.

1410 BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 545; LIATOWITSCH/BELL, 12.

1411 ERK, 178.

1412 BOTSCHAFT AKTIENRECHTSREVISION, 545; CONRAD, 84; FABIS, 280; FISCHER D., Änderungen, 24; HAGEN-ECK, 763; HENNERKES/KIRCHDÖRFER, 69; SCHNEUWLY/FISCHER, 5.

1413 SCHNEUWLY/FISCHER, 5.

- Mitunter weil es bei Schiedsverfahren grundsätzlich nur eine Instanz gibt,[1414] zeichnen sich diese durch eine kürzere Dauer im Vergleich zu Gerichtsverfahren aus,[1415] was die Belastung des Familienunternehmens reduziert.
- Schiedsverfahren sind nicht öffentlich, sodass die Vertraulichkeit des Verfahrens gewährleistet ist.[1416]
- Die Verfahrenswahl ist gegenüber sämtlichen Parteien des Aktionärbindungsvertrags durchsetzbar, weil das Fehlen einer Schiedsabrede gemäss Art. 61 ZPO eine negative Prozessvoraussetzung darstellt,[1417] womit sich ein vertragswidrig angerufenes Gericht mittels Nichteintretensentscheids für unzuständig zu erklären hat.[1418]
- Auch im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit besteht die Möglichkeit, bei einem staatlichen Gericht vorsorgliche Massnahmen zu beantragen[1419] – etwa im Fall einer bevorstehenden Verletzung des Aktionärbindungsvertrags.
- Mittels statutarischer Verankerung können auch gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten des Familienunternehmens der Schiedsgerichtsbarkeit zugeführt werden,[1420] womit für sämtliche Konflikte betreffend das Familienunternehmen und die Familienaktionäre ein einheitliches Konfliktlösungsverfahren vorgesehen werden kann.

Die Schiedsgerichtsbarkeit erweist sich damit als «Zwischenweg» zwischen der rechtlichen Verbindlichkeit der Konfliktlösung und der Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Familienaktionäre im Umgang mit Konflikten.

1414 Conrad, 84; Erk, 178 f. Vgl. zur Anfechtung von Schiedssprüchen mittels Beschwerde an das Bundesgericht Art. 389 Abs. 1 ZPO sowie zu den (beschränkten) zulässigen Beschwerdegründen Art. 393 ZPO.

1415 Erk, 178; Hagen-Eck, 763; Hennerkes/Kirchdörfer, 69.

1416 Botschaft Aktienrechtsrevision, 545; Fabis, 281; Fischer D., Änderungen, 24; Hagen-Eck, 762 f.; Hennerkes/Kirchdörfer, 69; Kunz, Familienunternehmen, 453, insbesondere Fn 73; Liatowitsch/Bell, 12; Schneuwly/Fischer, 5.

1417 BSK ZPO-Gehri, Art. 61 N 1; Wirz, 93.

1418 BSK ZPO-Gehri, Art. 61 N 14.

1419 Vgl. Art. 374 Abs. 1 ZPO sowie Carenza/Jacquemoud, 16.

1420 Art. 697*n* OR. Vgl. Henninger, N 560 Fn 1980. Die Geltung einer statutarischen Schiedsklausel erstreckt sich jedoch nicht auf Konflikte nur unter Aktionären, insbesondere nicht auf solche aus Aktionärbindungsverträgen (Böckli, Aktienrecht, § 14 N 343; Botschaft Aktienrechtsrevision, 547; Schenker/Schenker, 416; offen gelassen in BGer 4A_344/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 3.4). Daher müssen die Familienaktionäre solche Konflikte weiterhin mittels separater Vereinbarung im Aktionärbindungsvertrag der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen.

Entscheiden sich die Familienaktionäre dafür, im Aktionärbindungsvertrag eine Schiedsklausel vorzusehen, sollten sie trotz der Vorteile von Schiedsverfahren beachten, dass auch Schiedsgerichte wie staatliche Gerichte nur rechtliche Fragen und Aspekte beurteilen und damit nicht auch einen allfälligen nicht auf rechtlichen Tatsachen beruhenden zugrunde liegenden Konflikt bearbeiten können.[1421] Ebenfalls ist zu bedenken, dass die nominierten Schiedsrichter nicht unparteiisch sind[1422] sowie dass Schiedsverfahren regelmässig kostenintensiv sind.[1423]

Sieht der Aktionärbindungsvertrag eine Schiedsklausel vor, sollte diese zunächst festhalten, dass damit die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen werden soll.[1424] Die Schiedsklausel sollte sodann die Anzahl Schiedsrichter sowie das Verfahren zu deren Ernennung festlegen.[1425] Weitere Regelungspunkte sind die anwendbare Schiedsordnung, der Sitz des Schiedsgerichts sowie die explizite Vereinbarung der Vertraulichkeit des Verfahrens.[1426]

5.5 Zwischenfazit

Konflikte unter den Familienaktionären sind oftmals von Emotionalität geprägt und unterliegen dem Einfluss von Spannungen innerhalb der Familie. Ziel im Umgang mit solchen Konflikten ist deren möglichst rasche und nachhaltige Lösung unter Schonung der Ressourcen des Familienunternehmens und der Familienaktionäre und unter Wahrung der Vertraulichkeit. Der Übergang zwischen Meinungsverschiedenheiten und eigentlichen Vertragsverletzungen ist oftmals fliessend und erfordert deshalb eine Regelung des Umgangs mit Konflikten auf verschiedenen Ebenen.

In einem ersten Schritt geht es darum, Konflikten unter den Familienaktionären durch Präventionsmassnahmen vorzubeugen. Die Ausgewogenheit der im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Nachfolgelösung, die Teilhabe der passiven Aktionäre an Informationen betreffend das Familienunternehmen, die Bestellung externer Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder, die Regelung der Mitarbeit von Familienmitgliedern und die Vereinbarung von Ausstiegsmöglichkeiten

---

1421 FABIS, 281.

1422 FABIS, 281. Dies im Gegensatz zu Richtern und Mediatoren (HAGEN-ECK, 762).

1423 ERK, 178.

1424 CONRAD, 85; FISCHER/SCHNEUWLY, 453.

1425 CONRAD, 86; FISCHER/SCHNEUWLY, 454 und 460.

1426 FISCHER/SCHNEUWLY, 454.

können als allgemeine Mittel zur Konfliktprävention dienen. Durch eine Überprüfungsklausel kann zudem veränderten Umständen und Bedürfnissen Rechnung getragen und daraus entstehenden Konflikten vorgebeugt werden. Zur Prävention eigentlicher Vertragsverletzungen können die Familienaktionäre ferner auf rechtliche Sicherungsmittel zurückgreifen. Als praktikables Instrument zur allgemeinen rechtlichen Absicherung erweist sich die Konventionalstrafe, wohingegen für die effektive Absicherung von Stimmrechtsabsprachen und Übertragungsbeschränkungen die weniger praktikablen Varianten der Überführung der Aktien in Gesamteigentum unter den Familienaktionären oder der treuhänderischen Übertragung auf einen Dritten infrage kommen.

Falls trotz der Präventionsmassnahmen Konflikte unter den Familienaktionären auftreten, können die Familienaktionäre diese einer vorgelagerten Konfliktbearbeitung unterstellen, um die Konflikte möglichst rasch, kostengünstig und vertraulich zu lösen. Einerseits kann die Vermittlung durch den familienexternen Verwaltungsratspräsidenten dazu beitragen, eine Lösung im Sinn des Familienunternehmens zu formen und durch eine allfällige Entscheidungskompetenz des Verwaltungsratspräsidenten kurzfristig die Funktionsfähigkeit der Beschlussfassung im Familienunternehmen wiederherzustellen. Andererseits ermöglicht die Mediation als rasches und kostengünstiges Verfahren eine interessenbasierte, zukunftsgerichtete Konfliktlösung und die Bearbeitung allfälliger zugrunde liegender Konflikte, was sich positiv auf den Beziehungserhalt unter den Familienaktionären und die Nachhaltigkeit der Konfliktlösung auswirkt.

Führt die Konfliktbearbeitung nicht zum gewünschten Resultat, steht den Familienaktionären die rechtliche Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags über den ordentlichen Gerichtsweg offen. Weil dieser jedoch insbesondere für die Durchsetzung von Stimmbindungsabsprachen und Übertragungsbeschränkungen nur beschränkt geeignet ist und zudem vielfach nicht hinreichend rasch greift, langwierig ist und den Anforderungen der Familienaktionäre an den Umgang mit Konflikten nur in geringem Umfang gerecht wird, drängt sich ein alternatives Verfahren zur finalen und durchsetzbaren Konfliktlösung auf. Die Schiedsgerichtsbarkeit vermag zwar nicht alle Nachteile des ordentlichen Gerichtsverfahrens abzufedern, wird aber durch die Sicherstellung eines rascheren und vertraulichen Verfahrens mit rechtlich finalem Entscheid den Anforderungen der Familienaktionäre an den Umgang mit Konflikten besser gerecht.

6 Dauer, Beendigung und Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags

6.1 Dauer des Aktionärbindungsvertrags

6.1.1 Ausgangslage

6.1.1.1 Im Allgemeinen

Wie in Kapitel 2.3.3 aufgezeigt, steht die Festlegung der Dauer des Aktionärbindungsvertrags in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis zwischen zwei unterschiedlichen, gegensätzlichen Bedürfnissen der Familienaktionäre.[1427]

Einerseits können die Ziele des unternehmerischen Erfolgs, der Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre und der Konfliktprävention einen möglichst langen Bestand der Nachfolgelösung gebieten.[1428] Für eine lange Geltung der Bestimmungen des Aktionärbindungsvertrags spricht, dass die Nachfolgerin das Unternehmen auf Dauer optimal führen kann und die passiven Aktionäre ebenso lange von den ihnen gewährten zusätzlichen Rechten profitieren können. Dies gebieten auch der langfristige Zeithorizont und das «Denken in Generationen» bei Familienunternehmen.[1429] Es geht dabei um die Voraussehbarkeit und Beständigkeit des Verhaltens der Familienaktionäre.[1430]

Andererseits erfordern dieselben Ziele gleichzeitig die Möglichkeit, die Regelung im Aktionärbindungsvertrag im Verlauf der Zeit an veränderte Gegebenheiten anzupassen, ansonsten der Vertrag die Erreichung der Ziele gefährdet, statt sie zu fördern. Veränderte Umstände und Bedürfnisse in Bezug auf das Familienunternehmen ergeben sich insbesondere aufgrund von Veränderungen in der familiären Struktur, etwa durch den Einstieg der dritten Familiengeneration – wobei nebst den Nachkommen der Nachfolgerin auch diejenigen der passiven Aktionäre an der Ausübung der Geschäftsführung interessiert sein können –, aber auch aufgrund

---

1427 Vgl. Héritier Lachat, Lune, 103.

1428 Hanselmann/Herzog, 305 f.; Harder Schuler, 116; Studer, N 44.1; Vischer, Nachfolgeplanung, 15.

1429 Dies im Gegensatz etwa zu Aktionärbindungsverträgen im Kontext von Private-Equity-Investitionen, bei denen im Vordergrund steht, dass die Investoren nach einigen wenigen Jahren wieder aus der Gesellschaft aussteigen und einen Kapitalgewinn realisieren können (vgl. Frick J., N 1168 ff.).

1430 Héritier Lachat, Lune, 103; Hintz-Bühler, 16.

von Veränderungen in der Zusammensetzung des Aktionariats, beispielsweise infolge des Ausscheidens von passiven Aktionären, die ihre Beteiligungen verkaufen, oder aufgrund der Beteiligung familienexterner Dritter, die in das Familienunternehmen investieren. Die Familienaktionäre wollen deshalb zugleich eine gewisse Flexibilität wahren und verhindern, «Gefangene» einer nicht mehr passenden vertraglichen Lösung zu werden.[1431]

Zwar kann dem auftretenden Anpassungsbedarf auch mittels einer Überprüfungs- und Anpassungsklausel begegnet werden.[1432] Da die Pflicht zur Überprüfung des Aktionärbindungsvertrags jedoch nicht gewährleistet, dass sich die Familienaktionäre tatsächlich auf eine Vertragsanpassung einigen,[1433] bedarf es nach einer gewissen Zeitdauer einer Möglichkeit, eine solche Anpassung «durchzusetzen». Die Beendigung des Aktionärbindungsvertrags stellt eine solche Möglichkeit dar, da die Familienaktionäre dadurch ihre vertraglichen Privilegien verlieren und deshalb ein Interesse daran haben, über eine Fortführung des Aktionärbindungsvertrags in angepasster Form zu verhandeln.[1434]

In praktischer Hinsicht ergibt sich regelmässig spätestens nach einem Generationenwechsel Anpassungsbedarf, weil sich in diesem Zeitraum die Lebensumstände der meisten Familienaktionäre verändert haben.[1435] Dies ist als Chance zu werten, die im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Regelungen zu überdenken und bei Bedarf anzupassen.[1436] So ist es namentlich «weder sinnvoll noch möglich, weitere Generationen gegen ihren Willen zeitlich unbeschränkt an das [Familien-]Unternehmen zu binden».[1437]

1431 HÉRITIER LACHAT, Lune, 103.

1432 Vgl. dazu Kapitel 5.2.2.

1433 Vgl. bereits Kapitel 5.2.2.1.

1434 Vgl. dazu Kapitel 6.3.2.2. Die Beendigung des Aktionärbindungsvertrags ist dabei mit der Aufhebung allfälliger statutarischer Privilegien abzustimmen. Je nachdem, wie die Stimmrechte unter den Familienaktionären verteilt sind, können sie unterschiedliche Anreize mit Blick auf die Anpassung des Aktionärbindungsvertrags schaffen. Verfügt etwa die Nachfolgerin über eine Stimmenmehrheit, wird ihr durch einen neuen Aktionärbindungsvertrag abzudeckendes Schutzbedürfnis geringer sein als dasjenige der passiven Aktionäre als Minderheitsaktionäre. In einem solchen Fall kann es sich daher aufdrängen, den passiven Aktionären einzelne statutarische Privilegien zu belassen bzw. nur allfällige statutarische Privilegien der Nachfolgerin aufzuheben; vgl. dazu bereits Kapitel 5.2.2.2.

1435 FORSTMOSER, Governance, 500; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1967 Fn 219.

1436 FÄHRLANDER, 292; FORSTMOSER, Governance, 504; GERMANN, N 149.

1437 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 224. Vgl. auch STAEHELIN, 145.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der optimalen Gestaltung der Dauer des Aktionärbindungsvertrags im Spannungsfeld zwischen den Zielen der Beständigkeit und der Flexibilität. Diese ist im Zusammenspiel mit der nachfolgend sogleich zu erörternden rechtlich zulässigen Dauer von Aktionärbindungsverträgen zu definieren.

6.1.1.2 Rechtlich zulässige Dauer von Aktionärbindungsverträgen im Besonderen

Massgebliche Schranke der rechtlich zulässigen Dauer von Aktionärbindungsverträgen bildet das Verbot der übermässigen Einschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Handlungsfreiheit («übermässige Bindung») nach Massgabe von Art. 27 Abs. 2 ZGB, welches einer unbeschränkten oder übermässig langen Dauer entgegensteht.[1438] Ob die Bindung durch den Aktionärbindungsvertrag übermässig i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB ist, bemisst sich nach dem Inhalt und dem Zusammenspiel der Pflichten und Rechte im Aktionärbindungsvertrag; die Dauer des Aktionärbindungsvertrags ist dabei ein wesentliches Element.[1439] Je stärker die vertraglichen Pflichten die Familienaktionäre in ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Handlungsfreiheit einschränken, desto kürzer fällt die rechtlich zulässige Dauer aus.[1440] Überschreitet der Aktionärbindungsvertrag die im Einzelfall zulässige Höchstdauer, wird dieser nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die übermässig gebundene Partei *ex nunc* einseitig unverbindlich.[1441] Der übermässig gebundene Familienaktionär kann sich damit aus der Bindung des Aktionärbindungsvertrags lösen.

Einschränkend – und damit zulasten der zulässigen Dauer von Aktionärbindungsverträgen – wirken sich insbesondere persönliche Leistungspflichten der Familienaktio-

---

1438 Art. 19 Abs. 2 OR; ARTER/JÖRG, 474; BLOCH, 74; FÄHRLANDER, 291; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1915 und 1917; HINTZ-BÜHLER, 150; MARTIN, 209 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 258; VISCHER, Nachfolgeplanung, 15; VON DER CRONE, N 2099; VON SALIS/HAAS, 51. Vgl. zum Verstoss gegen das Recht der Persönlichkeit als Schranke der Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags bereits Kapitel 3.1.2.2.2.

1439 BGE 143 III 480 E. 5.5; APPENZELLER, 48 (in Bezug auf Stimmbindungsverträge); FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1918; HANSELMANN/HERZOG, 306; HARDER SCHULER, 116; HINTZ-BÜHLER, 151; VON DER CRONE, N 2098; VON SALIS/HAAS, 51.

1440 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1969.

1441 BGE 129 III 209 E. 2.2; BGE 143 III 480 E. 4.2; VON DER CRONE, N 2099.

näre aus, worunter namentlich Stimmbindungsabsprachen fallen.[1442] Das Mass der Einschränkung ist bei Stimmbindungsabsprachen höher, wenn ein Familienaktionär an die Weisungen eines anderen Familienaktionärs gebunden ist oder wenn ein Mehrheitsaktionär besteht.[1443] Eine einschränkende Wirkung kommt sodann Beschränkungen der Übertragbarkeit der Aktien am Familienunternehmen, beispielsweise Verkaufsbeschränkungen[1444] oder Vorkaufs- oder Vorhandrechten[1445] – insbesondere, wenn diese zu einem Erwerb mit einem erheblichen Abschlag berechtigen[1446] sowie wenn diese einen bedeutenden Teil des Vermögens der gebundenen Partei beschlagen[1447] –, zu. Gleichermassen wirken Kauf- und Verkaufsrechte einschränkend, wenn ihre künftige Tragweite kaum abzuschätzen ist.[1448] Im Kontext der familieninternen Unternehmensnachfolge besonders bedeutsam ist schliesslich die einschränkende Wirkung von Bestimmungen, die die Unternehmensnachfolge bzw. die freie Übertragung von Aktien an Nachkommen erschweren,[1449] sodass etwa auch eine Überbindungsklausel[1450] oder die Vereinbarung, wonach ein Familienaktionär Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat oder auf Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen hat,[1451] zu einer übermässigen Bindung beitragen.[1452]

1442 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1919 und 1933; HARDER SCHULER, 116; HINTZ-BÜHLER, 152 f.; TOGNI, N 652; VON DER CRONE, N 2098. Vgl. zur Stimmbindung Kapitel 4.1.2.1.

1443 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1934 f.

1444 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1936 f.; HINTZ-BÜHLER, 153; MARTIN, 249 f.; TOGNI, N 649. Vgl. zu den vertraglichen Verkaufsbeschränkungen Kapitel 4.5.2.1.1.

1445 BGE 143 III 480 E. 5.6.2; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1937. Vgl. aber auch VON SALIS/HAAS, 51, wonach gegenseitige unlimitierte Vorkaufs- und Vorhandrechte unter den Aktionären diesen auch Vorteile gewähren können. Vgl. zudem zum Vorkaufs- und Vorhandrecht Kapitel 4.5.2.2.

1446 TOGNI, N 650. Vgl. auch SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 259.

1447 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1936; vgl. auch BGE 143 III 480 E. 5.6.2 und MENGHINI, 359. Die persönliche Handlungsfreiheit dürfte aber insbesondere bei den passiven Aktionären gewahrt sein, wenn diese – wie aufgrund der Ausgangslage gemäss Kapitel 1.2.2.1 anzunehmen ist – über eigene Karriereperspektiven verfügen; vgl. bereits Kapitel 3.2.2.3.3a) Fn 346 (zur Rechts- und Sittenwidrigkeit von testamentarischen Auflagen betreffend den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags).

1448 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1938.

1449 Vgl. BGE 143 III 480 E. 5.6.2; HENNINGER, N 543 f.; WILDEISEN/HIRNER, 101.

1450 Vgl. zur Überbindung des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 4.5.2.3.

1451 Vgl. zum Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat Kapitel 4.1.3.1.2.

1452 BGE 143 III 480 E. 5.6.2.

Mögliche Elemente, die einer übermässigen Bindung entgegenwirken und sich deshalb positiv auf die zulässige Dauer von Aktionärbindungsverträgen auswirken, sind demgegenüber insbesondere die Gewährung zusätzlicher Rechte,[1453] die Möglichkeit einer Vertragsanpassung[1454] oder die Ausstiegsmöglichkeit zu einem angemessenen Preis,[1455] etwa über Verkaufs- und Mitverkaufsrechte.[1456]

In Bezug auf die konkrete zulässige Dauer von Aktionärbindungsverträgen scheint das Bundesgericht im Allgemeinen von einer zulässigen Höchstdauer von etwa 25 bis 30 Jahren auszugehen,[1457] wobei in einem jüngeren Entscheid ein Aktionärbindungsvertrag mit dreissigjähriger Laufzeit aufgrund von darin enthaltenen Bestimmungen, die das Bundesgericht als die Unternehmensnachfolge einschränkend erachtete, für übermässig bindend befunden wurde.[1458] Auch die Lehre erachtet den Abschluss von Aktionärbindungsverträgen für eine Zeitdauer von höchstens «knapp eine[r] Generation»[1459] und damit – je nach Inhalt – von 15 bis 30 Jahren als zulässig.[1460] Während somit die zulässige Dauer stets im Licht der konkreten, sich aus dem Aktionärbindungsvertrag ergebenden Pflichten und Rechte zu ermitteln ist, dürfte in den meisten Fällen bei einer ausgewogenen Ausgestaltung, die insbesondere Ausstiegsrechte vorsieht, als grobe Richtlinie eine Dauer von 20 Jahren zulässig sein.[1461]

1453 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1919; HINTZ-BÜHLER, 154.

1454 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1970. Auch das Bundesgericht berücksichtigte in BGE 143 III 480 E. 5.6.2 die Tatsache, dass gewisse Bestimmungen des infrage stehenden Aktionärbindungsvertrags mit der Überbindung unpassend geworden wären. Vgl. zur Überprüfungs- und Anpassungsklausel Kapitel 5.2.2.

1455 BGE 143 III 480 E. 5.6.2; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1930, 1937 und 1971; MARTIN, 210 f.; SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 259; STUDER, N 45.4.

1456 BGE 143 III 480 E. 5.6.2; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1162; MARTIN, 211. Vgl. zu diesen Instrumenten Kapitel 4.5.3.

1457 BGE 143 III 480 E. 5.6 mit Verweis auf MEYER, 426. Vgl. auch REICHMUTH/VON DER CRONE, 715.

1458 BGE 143 III 480 E. 5.6.

1459 SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 259.

1460 FÄHRLANDER, 291 (20 bis 30 Jahre); FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1967 (20 Jahre); LANG, 51 (25 bis 30 Jahre); MEYER, 426 (25 bis 30 Jahre); MÜLLER R., 211 (20 Jahre); SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 258 f. (15 bis 25 Jahre); STUDER, N 45.2 (20 Jahre); VON SALIS/HAAS, 51 (20 bis 25 Jahre); ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 94 (25 Jahre).

1461 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1967; HINTZ-BÜHLER, 159.

6.1.2 Regelung der Dauer

Die Familienaktionäre können die Dauer des Aktionärbindungsvertrags auf verschiedene Arten regeln. Nachfolgend wird spezifisch auf zwei Varianten eingegangen, die den in Kapitel 6.1.1 dargestellten Zielen der Beständigkeit und der Flexibilität sowie den soeben erörterten rechtlichen Rahmenbedingungen Rechnung tragen.[1462]

6.1.2.1 Fixe Dauer mit Prolongationsklausel

Eine erste Variante besteht darin, zunächst eine fixe Dauer vorzusehen, wobei sich der Aktionärbindungsvertrag mittels einer Prolongationsklausel jeweils um eine ebenfalls fixe, kürzere Dauer verlängert, sofern kein Familienaktionär den Vertrag innert der festgesetzten Kündigungsfrist kündigt.[1463] Durch die wiederholte automatische Verlängerung kann der Aktionärbindungsvertrag insgesamt zwar weit über die rechtlich zulässige Laufzeit hinaus dauern. Da jedoch aus dem Gesichtspunkt der übermässigen Bindung nicht die gesamte Dauer, sondern lediglich die unausweichliche Vertragsbindung – und damit jeweils nur die einzelnen fixen Dauern – massgebend ist bzw. sind, sind Prolongationsklauseln zulässig, sofern die einzelnen fixen Dauern mit dem Verbot der übermässigen Bindung vereinbar sind.[1464]

Einerseits trägt die automatische Verlängerung dem Erfordernis der Beständigkeit des Aktionärbindungsvertrags Rechnung, indem der Vertrag ohne Kündigung fortgeführt wird. Andererseits lässt es die Kündigungsmöglichkeit zu, dass sich Familienaktionäre aus der Bindung des Aktionärbindungsvertrags lösen, und schafft mit Blick auf eine mögliche Kündigung des Vertrags im Sinn des Erfordernisses der Flexibilität Anreize zur Verhandlung von Anpassungen oder zum Abschluss eines neuen Aktionärbindungsvertrags.

Konkret kann die Ausgestaltung der Dauer beispielsweise so aussehen, dass der Aktionärbindungsvertrag über eine anfängliche Dauer von 20 Jahren verfügt und sich jeweils um 5 bis 10 Jahre verlängert, sofern nicht ein Familienaktionär den

---

1462 Vgl. zu den Möglichkeiten der Ausgestaltung der Dauer des Aktionärbindungsvertrags im Allgemeinen FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1791 ff.

1463 Vgl. FÄHRLANDER, 311 f. (m.H. auf BGE 114 II 159 E. 2b); FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1826 ff.; GERMANN, N 168; HAAB, 386; HANSELMANN/HERZOG, 306; ZK OR (Art. 620–659*b*)-JUNG, Vor Art. 620–625 N 94.

1464 BGE 114 II 159 E. 2b; HINTZ-BÜHLER, 160.

Vertrag unter Einhaltung einer Frist von 2 Jahren vor Ablauf der anfänglichen Dauer von 20 Jahren respektive von 6 bis 12 Monaten vor Ablauf der verlängerten Dauer kündigt.[1465] Diese Zeitdauern sollten bei einem relativ ausgewogenen Regelungsinhalt, welcher den passiven Aktionären angemessene Rechte – insbesondere eine Möglichkeit zum Ausstieg – im Gegenzug für die ihnen aufgebürdeten Pflichten einräumt, (noch) zulässig sein.

6.1.2.2 Fixe Dauer mit Überprüfungs- und Anpassungsklausel

Eine zweite Variante sieht ebenfalls eine fixe Dauer des Aktionärbindungsvertrags vor, wobei eine bestimmte Zeitdauer vor Ablauf der fixen Dauer eine Überprüfungs- und Anpassungsklausel greift.[1466] Die Familienaktionäre sind dann angehalten, über eine Fortführung des Aktionärbindungsvertrags in angepasster Form bzw. über den Abschluss eines neuen Aktionärbindungsvertrags unter Berücksichtigung der in jenem Zeitpunkt bestehenden Gegebenheiten zu verhandeln. Erzielen die Familienaktionäre innerhalb einer festgesetzten Frist keine Einigung über eine Fortführung oder über einen neuen Aktionärbindungsvertrag, endet der bestehende Vertrag mit dem Ablauf der fixen Dauer.[1467] Diese Variante bietet sich insbesondere dann an, wenn aufgrund der Umstände der Bedarf nach einer Anpassung zu erwarten ist oder generell wenn die Möglichkeit der Anpassung stärker gewichtet werden soll. Konkret können die Familienaktionäre beispielsweise eine zwanzigjährige Laufzeit mit einer Überprüfungsklausel, die zwei Jahre vor Ablauf der Vertragsdauer greift, vereinbaren.

Falls bei den Familienaktionären der Bedarf besteht, sich für einen über die anfängliche fixe Dauer des Aktionärbindungsvertrags hinausgehenden Zeitraum zu binden, haben sie den Inhalt des Aktionärbindungsvertrags soweit rechtlich zulässig auf aktienrechtlicher Ebene mittels entsprechender Statutenbestimmungen umsetzen.[1468]

[1465] FÄHRLANDER, 312; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1967; HAAB, 386; HANSELMANN/HERZOG, 306; MÜLLER/BIEDERMANN, 891; STUDER, N 45.3.

[1466] Vgl. Kapitel 5.2.2.

[1467] FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1493 und 1498 ff.; VISCHER, Aktionärbindungsvertrag, 434; VISCHER, Nachfolgeplanung, 16.

[1468] SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 259. Vgl. dazu Kapitel 6.3.2.1. Vgl. zudem bereits Kapitel 3.1.1.2.

6.2 Beendigung des Aktionärbindungsvertrags

6.2.1 Ausgangslage

Mit der Dauer des Aktionärbindungsvertrags eng verbunden ist die Frage, wie dieser endet bzw. wie die Familienaktionäre diesen beenden können. Aus den zur Dauer des Aktionärbindungsvertrags ausgeführten Überlegungen[1469] werden die Familienaktionäre regelmässig ein Interesse daran haben, die Modalitäten der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags der von ihnen bevorzugten Beendigungsregelung zuzuführen.

Im Rahmen der Vertragsfreiheit steht es den Familienaktionären zu, die Beendigung des Aktionärbindungsvertrags zu regeln.[1470] Dabei ist danach zu unterscheiden, ob der Aktionärbindungsvertrag befristet oder unbefristet ist:[1471] Während bei befristeten Aktionärbindungsverträgen ohne entsprechende Vereinbarung keine ordentliche einseitige Kündigung durch einen Familienaktionär möglich ist,[1472] sind unbefristete Aktionärbindungsverträge ordentlich kündbar.[1473, 1474] Das ordentliche Kündigungsrecht bei unbefristeten Aktionärbindungsverträgen ist

---

1469 Vgl. Kapitel 6.1.1.1.

1470 BLOCH, 54.

1471 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1785. Diese Abgrenzung kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten (vgl. dazu FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1786 ff.).

1472 BGE 106 II 226 E. 2a; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1841 und 1845; HARDER SCHULER, 118; LANG, 49.

1473 BGE 106 II 226 E. 2a; HARDER SCHULER, 118. Vgl. zudem Art. 546 Abs. 1 OR.

1474 Sofern es sich bei Aktionärbindungsverträgen fixer Dauer mit Prolongationsklausel (vgl. dazu Kapitel 6.1.2.1) – trotz der Ungewissheit darüber, ob auf das Ende der fixen Dauer tatsächlich eine Kündigung erfolgt – nicht ohnehin um einen befristeten Vertrag handelt (dies befürwortend z.B. BLOCH, 55, FISCHER D., Änderungen, 41 f., FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1790 und 1806 (implizit), HENNINGER, N 558 Fn 1977, sowie HINTZ-BÜHLER, 144; vgl. auch BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545/546 N 21), dürfte die Vereinbarung einer anfänglichen fixen Dauer zumindest bewirken, dass eine ordentliche Kündigung während der fixen Dauer ausgeschlossen ist (ZK OR V/4a-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 115). Bei Aktionärbindungsverträgen fixer Dauer mit Überprüfungs- und Anpassungsklausel (vgl. dazu Kapitel 6.1.2.2), die mangels Einigung auf den Abschluss eines angepassten Aktionärbindungsvertrags ohne Zutun der Parteien durch Zeitablauf enden, dürfte es sich hingegen ohne Weiteres um solche befristeter Natur handeln.

indessen dispositiver Natur,[1475] womit die Familienaktionäre eine abweichende Beendigungsordnung vorsehen, namentlich die Möglichkeit einer Beendigung auf das Vorliegen bestimmter Umstände beschränken oder die Beendigung für einen längeren Zeitraum gänzlich ausschliessen können.[1476] Grenze des Gestaltungsspielraums bildet das Verbot einer übermässigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB, womit die Beendigungsmöglichkeit je länger ausgeschlossen bzw. je stärker beschränkt werden kann, desto weniger intensiv der Aktionärbindungsvertrag die Familienaktionäre bindet.[1477] Die Familienaktionäre können die Möglichkeit der Beendigung in jedem Fall höchstens für die im Einzelfall zulässige Dauer des Aktionärbindungsvertrags ausschliessen.[1478]

Sowohl bei befristeten als auch bei unbefristeten Aktionärbindungsverträgen[1479] steht jedoch sämtlichen Familienaktionären als allgemeiner vertragsrechtlicher Grundsatz jederzeit ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu.[1480] Als zwingendes Recht können die Familienaktionäre dieses im Aktionärbindungsvertrag nicht beschränken.[1481] Ein Familienaktionär kann den Aktionärbindungsvertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn dessen Fortführung unzumutbar geworden ist[1482]

1475 BGE 106 II 226 E. 2a; BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 24; Harder Schuler, 118; Hintz-Bühler, 146; Knobloch, 555 Fn 35; Lang, 50; ZK OR V/4a-Handschin/Vonzun, Art. 545–547 N 135.

1476 BGE 74 II 172 E. 1; Bloch, 55; BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 24; Harder Schuler, 118; Hintz-Bühler, 146; Knobloch, 555 Fn 35; Lang, 50; ZK OR V/4a-Handschin/Vonzun, Art. 545–547 N 116 und 135.

1477 BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 24; ZK OR V/4a-Handschin/Vonzun, Art. 545–547 N 116 und 135.

1478 ZK OR V/4a-Handschin/Vonzun, Art. 545–547 N 135. Vgl. zur zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags bereits Kapitel 6.1.1.2.

1479 BGE 106 II 226 E. 2a; Bloch, 58 f.; Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 1879; ZK OR V/4a-Handschin/Vonzun, Art. 545–547 N 145. Vgl. auch den Wortlaut von Art. 545 Abs. 2 OR.

1480 BGE 128 III 428 E. 3; BGE 135 III 1 E. 2.4; Bloch, 58 f.; Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 1877; Harder Schuler, 118 Fn 633; Hintz-Bühler, 163; Lang, 49; Martin, 219 f.; Reichmuth/von der Crone, 707. Vgl. zudem Art. 545 Abs. 2 OR.

1481 Bloch, 70 f.; Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 1879. Vgl. auch BGE 89 II 30 E. 5a. Jedoch können sie dieses erweitern oder konkretisieren; vgl. dazu Kapitel 6.2.2.2.

1482 Fährlander, 312; Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, N 1878; Harder Schuler, 118 Fn 633; Hintz-Bühler, 166; Reichmuth/von der Crone, 707.

und die geltend gemachten Umstände, die zur Unzumutbarkeit führen, bei Vertragsschluss nicht bereits vorlagen oder voraussehbar waren.[1483] In der vorliegenden Ausgangslage dürften insbesondere persönliche Differenzen zwischen der Nachfolgerin und den passiven Aktionären mit gravierenden Auswirkungen auf den Aktionärbindungsvertrag, schwere Verletzungen vertraglicher Pflichten oder Vorkommnisse ausserhalb des Vertrags als Unzumutbarkeitsgründe infrage kommen.[1484] Die Kündigung aus wichtigem Grund muss jedoch verhältnismässig sein, sodass eine zeitnahe ordentliche Beendigungsmöglichkeit, die Dauer und die Intensität der Bindung sowie das Verschulden der Familienaktionäre einer solchen entgegenstehen können.[1485] Zudem wird der sich auf die ausserordentliche Kündigung berufende Familienaktionär zunächst seine Möglichkeiten auszuschöpfen haben, mittels einer allfälligen Überprüfungsklausel korrigierend in den Aktionärbindungsvertrag einzugreifen, da es sich dabei um das mildere Mittel handelt.[1486]

Im Ergebnis steht den Familienaktionären sowohl bei befristeten als auch bei unbefristeten Aktionärbindungsverträgen ein weiter Gestaltungsspielraum offen, um die Beendigung des Aktionärbindungsvertrags nach ihren Bedürfnissen zu regeln, welcher dadurch begrenzt ist, dass eine Beendigung des Vertrags ungeachtet der diesbezüglichen darin enthaltenen Regelung sowohl bei Vorliegen wichtiger Gründe als auch bei Erreichen der unter dem Gesichtspunkt der übermässigen Bindung zulässigen Höchstdauer stets möglich ist.

6.2.2 Regelung der Beendigung

6.2.2.1 Ordentliche Beendigung

Die Möglichkeiten der ordentlichen Beendigung des Aktionärbindungsvertrags hängen zunächst von der Ausgestaltung der Vertragsdauer ab. Haben die Familienaktionäre eine fixe Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags mit Prolongationsklausel[1487] vereinbart, werden sie ein ordentliches Kündigungsrecht auf das Ende der fixen Laufzeiten vorsehen. Verfügt der Aktionärbindungsvertrag hingegen über

---

1483 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1882; HINTZ-BÜHLER, 166; REICHMUTH/VON DER CRONE, 707.

1484 Vgl. FÄHRLANDER, 312; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1884; HINTZ-BÜHLER, 163.

1485 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1887.

1486 Vgl. zur Überprüfungsklausel Kapitel 5.2.2.

1487 Vgl. dazu Kapitel 6.1.2.1.

eine fixe Dauer mit Überprüfungs- und Anpassungsklausel,[1488] endet dieser mangels Einigung auf Fortführung – allenfalls in angepasster Form – mit dem Ablauf der vereinbarten Dauer.[1489] Demgegenüber stünde ein ordentliches Kündigungsrecht während der fixen Laufzeit in beiden Fällen im Widerspruch zur Natur der Vereinbarung und zu den Interessen der Familienaktionäre, für die Laufzeit des Aktionärbindungsvertrags Voraussehbarkeit und Beständigkeit zu schaffen. Ein solches ist jedoch vorzusehen, falls der Aktionärbindungsvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird.[1490]

Darüber hinaus können die Familienaktionäre vereinbaren, dass der Aktionärbindungsvertrag bereits vor der Beendigung durch Kündigung oder Zeitablauf automatisch endet, wenn bestimmte Ereignisse eintreten.[1491] Mögliche solche Ereignisse sind der Börsengang des Familienunternehmens,[1492] die Vereinigung sämtlicher Aktien auf nur einen Familienaktionär, der Verkauf sämtlicher Aktien am Familienunternehmen an Dritte oder die Liquidation des Familienunternehmens.[1493] Sind mehrere auslösende Ereignisse vorgesehen, endet der Aktionärbindungsvertrag mit dem Eintritt des ersterfolgenden Ereignisses.

6.2.2.2 Ausserordentliche Beendigung

Wie bereits in Kapitel 6.2.1 erwähnt, können die Familienaktionäre das Recht auf Vertragskündigung aus wichtigem Grund nicht rechtsgültig ausschliessen. Hingegen steht es ihnen frei, dieses Recht zu erweitern oder zu konkretisieren.[1494] Beispielsweise können die Familienaktionäre mögliche Gründe vereinbaren, die als wichtige Gründe für die ausserordentliche Beendigung des Aktionärbindungsvertrags gelten sollen,[1495] etwa die Verletzung von Bestimmungen, die spezifisch dem Schutz der Nachfolgerin oder der passiven Aktionäre im Rahmen des Aus-

---

1488 Vgl. dazu Kapitel 6.1.2.2.

1489 Vgl. BLOCH, 57; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1791; HARDER SCHULER, 118; MARTIN, 213; VON DER CRONE, N 2098.

1490 Vgl. Kapitel 6.2.1.

1491 BLOCH, 57; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1836; HARDER SCHULER, 118; HINTZ-BÜHLER, 144.

1492 Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N 691.

1493 Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1797 ff. und 1824.

1494 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1879 Fn 21 und 1907; HINTZ-BÜHLER, 160.

1495 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1909.

gleichs zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre dienen.

Den Familienaktionären ist es ferner unbenommen, den Aktionärbindungsvertrag jederzeit mittels Aufhebungsvereinbarung durch gegenseitige Übereinkunft vorzeitig zu beenden,[1496] was etwa im Zusammenhang mit einer Überprüfungsklausel aufgrund veränderter Verhältnisse und Bedürfnisse geschehen kann – namentlich für den Fall, dass gegen Ende der Laufzeit eine Nachfolge durch die dritte Familiengeneration umgesetzt und dazu ein neuer Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen wird.[1497]

6.3 Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags

6.3.1 Ausgangslage

Halten im Zeitpunkt der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags verschiedene Familienaktionäre Aktien am Familienunternehmen und haben sich diese nicht auf einen neuen Aktionärbindungsvertrag geeinigt, befinden sie sich in einem «koordinationslosen Zustand» in Bezug auf das Familienunternehmen. Dieser Zustand ist für die Familienaktionäre – allen voran für die passiven Aktionäre, aber auch für die Nachfolgerin, wenn sie nicht über eine Stimmenmehrheit verfügt – unbefriedigend, weil die sich aus dem Aktionärbindungsvertrag ergebenden zusätzlichen Rechte entfallen, die Beendigung des Aktionärbindungsvertrags gleichzeitig jedoch nichts an der Aktionärsstellung der Familienaktionäre ändert[1498] und insbesondere kein Ausstiegsrecht gewährt. Diese Ausgangslage erfordert, dass die Familienaktionäre eine Regelung im Hinblick auf die Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags treffen, damit ihre Ziele und Interessen möglichst auch danach verwirklicht sind. Ziel ist die «Verhinderung des vertragslosen Zustandes»[1499] respektive die Verhinderung

---

1496 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1837; HINTZ-BÜHLER, 166; MARTIN, 220.

1497 Vgl. Kapitel 5.2.2.1.

1498 FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1998 ff. Sofern die Familienaktionäre eine einfache Gesellschaft bilden und die Aktien dieser zu Eigentum übertragen wurden, muss das Zurückfallen der Aktien an die jeweils berechtigten Familienaktionäre nach Beendigung des Aktionärbindungsvertrags ausdrücklich vereinbart werden (Art. 548 Abs. 1 OR).

1499 MÜLLER R., 210.

eines «koordinationslosen Zustands», solange das Eigentum an den Aktien unter den Nachkommen des Unternehmers bzw. unter ihren Familienstämmen verteilt ist.

Bei Beendigung des Aktionärbindungsvertrags können die Interessen der Beteiligten vielfältig sein, sodass mit Blick auf die Unternehmensführung und auf das Eigentum am Familienunternehmen verschiedene Szenarien denkbar sind:

– In Bezug auf die *Unternehmensführung* ist möglich, dass die Nachfolgerin diese weiterhin ausüben möchte, dass Familienmitglieder aus der dritten Generation (seien dies Nachkommen der Nachfolgerin oder der passiven Aktionäre) diese übernehmen möchten oder aber, dass die Familienaktionäre ein externes Management ohne Beteiligung von Familienmitgliedern damit betrauen möchten, was sich insbesondere dann aufdrängen wird, wenn keine Familienmitglieder mit den erforderlichen Fähigkeiten vorhanden sind.[1500]
– In Bezug auf das *Eigentum* am Familienunternehmen hingegen ist denkbar, dass sowohl die Nachfolgerin als auch die passiven Aktionäre weiterhin Eigentümer bleiben möchten, dass nur die Nachfolgerin Eigentümerin bleiben und die passiven Aktionäre ihre Beteiligungen veräussern möchten oder aber dass sämtliche Familienaktionäre aus dem Familienunternehmen aussteigen möchten.[1501]

Damit besteht die hauptsächliche Schwierigkeit bei der Regelung der Beendigungsfolgen darin, Bestimmungen vorzusehen, die den verschiedenen möglichen Interessenlagen gerecht werden. So lässt sich beim Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags mit zwanzigjähriger Laufzeit etwa kaum vorhersagen, ob eine weitere familieninterne Unternehmensnachfolge von der zweiten auf die dritte Generation stattfinden wird. Bei der Regelung der Beendigungsfolgen geht es deshalb darum, ein Minimalmass an rechtlich verbindlichen Regeln vorzusehen und gleichzeitig den Familienaktionären die nötige Flexibilität für eine neue Regelung unter Berücksichtigung der bei Beendigung des Aktionärbindungsvertrags bestehenden Verhältnisse zuzulassen.

[1500] SCHENKER, Familiengesellschaften, 79.

[1501] Vgl. SCHENKER, Familiengesellschaften, 79.

6.3.2 Regelung der Folgen der Beendigung

6.3.2.1 Perpetuierung der Nachfolgeregelung durch Statutenbestimmungen

Eine erste Regelungsmöglichkeit besteht darin, die zukünftig gewünschten Regelungen soweit zulässig in die Statuten des Familienunternehmens aufzunehmen. Da Bestimmungen in den Statuten ohne gegenteilige Regelung im Gegensatz zum Aktionärbindungsvertrag keiner zeitlichen Beschränkung unterliegen,[1502] können statutarische Bestimmungen die Dauerhaftigkeit der Lösung zur Koordination der Familienaktionäre gewährleisten. Stimmrechtsaktien ermöglichen es der Nachfolgerin und ihren Nachkommen, weiterhin über die Stimmenmehrheit im Familienunternehmen zu verfügen, während Vorzugsaktien mit Dividendenvorrechten – insbesondere, soweit zulässig, mit einem Dividendenanspruch[1503] – den passiven Aktionären zumindest eine Rendite zusichern. Gleichzeitig steht dadurch sowohl der Nachfolgerin als auch den passiven Aktionären (bzw. ihren jeweiligen Nachkommen) als Halter unterschiedlicher Aktienkategorien i.S.v. Art. 709 Abs. 1 OR eine Vertretung im Verwaltungsrat zu. Damit sind sowohl aufseiten der Nachfolgerin als auch aufseiten der passiven Aktionäre wenigstens die grundlegendsten Interessen in Bezug auf das Familienunternehmen gewahrt.

Bestehen vor Ablauf des Aktionärbindungsvertrags noch keine Stimmrechts- oder Vorzugsaktien, können sich die Familienaktionäre dazu verpflichten, vor Ablauf der Dauer des Aktionärbindungsvertrags die verschiedenen Aktienkategorien zu implementieren. Die Familienaktionäre sollten jedoch die mögliche destabilisierende Wirkung von verschiedenen Aktienkategorien beachten, wenn in späteren Familiengenerationen andere Interessen und Fähigkeiten vertreten sind.[1504]

Bestehen bereits verschiedene Aktienkategorien, ist überdies zu beachten, dass der Wegfall der ergänzenden vertraglichen Regelung im Aktionärbindungsvertrag (z.B. einer Stimmbindung) zu einer Unausgeglichenheit der Stellungen der Familienaktionäre führen kann.[1505] Bei der Perpetuierung der Nachfolgeregelung durch Statutenbestimmungen werden dementsprechend die Aspekte der Sicherheit und

---

1502 Vgl. bereits Kapitel 3.1.1.2 und dort die Nachweise in Fn 205.

1503 Vgl. zur Verankerung des Anspruchs auf die Ausschüttung von Dividenden in den Statuten Kapitel 4.3.3.1.2.

1504 Vgl. BAUMANN, 123.

1505 Vgl. dazu bereits Kapitel 5.2.2.2 sowie dort Fn 1281.

der Beständigkeit zulasten der Flexibilität betont, weil keine Möglichkeit zur Durchsetzung von Anpassungen besteht.

6.3.2.2 «Pflicht» zum Abschluss eines neuen Aktionärbindungsvertrags

Auf der anderen Seite des Spektrums – im Sinn der Betonung der Flexibilität – stellt sich die Frage, ob und wie die Familienaktionäre dazu «gezwungen» werden können, einen neuen Aktionärbindungsvertrag abzuschliessen. Der Aktionärbindungsvertrag kann dazu eine Pflicht der Familienaktionäre vorsehen, vor dessen Ablauf in guten Treuen über einen neuen Aktionärbindungsvertrag zu verhandeln.[1506]

Die Pflicht zur Verhandlung kann mit der Pflicht verbunden werden, statutarische Privilegien (z.B. Stimmrechts- oder Vorzugsaktien, Partizipationskapital, Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse) abzuschaffen, wenn die Nachkommen der Nachfolgerin nicht an der operativen Geschäftsführung beteiligt sein möchten. Die Familienaktionäre können aber auch vorsehen, dass nicht mehr gerechtfertigte Privilegien mit der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags «automatisch» abgeschafft werden, insbesondere durch deren Befristung auf die Dauer des Aktionärbindungsvertrags[1507] und durch die statutarische Ermächtigung des Verwaltungsrats, die Statutenänderung zur Umwandlung von Aktienkategorien, die Sonderrechte gewähren, in Stammaktien vorzunehmen.[1508]

Die Beseitigung von statutarischen Privilegien schafft einen Anreiz für die Familienaktionäre, Verhandlungen über einen neuen Aktionärbindungsvertrag zu füh-

---

1506 Vgl. zur Pflicht zur Verhandlung über eine allfällige Anpassung während der Dauer des Aktionärbindungsvertrags bereits Kapitel 5.2.2.

1507 BAUMANN, 137 f. (in Bezug auf Vorzugsaktien); GERICKE, Vorzugsrechte, 120 (in Bezug auf Vorzugsaktien); HARDER SCHULER, 85 (in Bezug auf Stimmrechtsaktien) und 89 f. (in Bezug auf Vorzugsaktien); TRIPPEL, IPO, 223 f. (in Bezug auf Vorzugsaktien); ZK OR (Art. 620–659*b*)-BAHAR/PEYER, Art. 654–656 N 69 (in Bezug auf Vorzugsaktien).

1508 GERICKE, Vorzugsrechte, 120; ZK OR (Art. 620–659*b*)-BAHAR/PEYER, Art. 654–656 N 69. Sofern die Nachfolgerin auch ohne Stimmrechtsaktien über eine Stimmenmehrheit verfügt, wird es aber angebracht sein, den passiven Aktionären zumindest ihre finanziellen statutarischen Privilegien zu belassen, da eine allfällige Stimmbindung zu ihren Gunsten entfällt. Gleiches gilt für qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse zu ihrem Schutz. Vgl. zur Abschaffung statutarischer Privilegien im Rahmen einer Anpassung des Aktionärbindungsvertrags Kapitel 5.2.2.2.

ren, weil eine Aktionärsstellung ohne die beseitigten Privilegien – wie in Kapitel 6.3.1 ausgeführt – für sämtliche Familienaktionäre unbefriedigend ist.

6.3.2.3 Kauf- und Verkaufsrechte

Schliesslich kann die Herausforderung der Koordination der Familienaktionäre nach Beendigung des Aktionärbindungsvertrags dadurch gelöst werden, dass das Eigentum der Aktien auf nur eine Person vereint wird. Hierfür können Rechte und Pflichten analog den Ausstiegsbestimmungen[1509] geschaffen werden, die dann greifen, wenn sich die Familienaktionäre eine bestimmte Zeit vor Ablauf des Aktionärbindungsvertrags nicht über ihre Koordination in Bezug auf das Familienunternehmen geeinigt haben. Namentlich sind folgende Bestimmungen denkbar:

- Die passiven Aktionäre verfügen über ein Verkaufsrecht gegenüber der Nachfolgerin, welche verpflichtet ist, ihre Aktien am Familienunternehmen zu einem gemäss einer vereinbarten Formel zu berechnenden Kaufpreis zu erwerben[1510] oder für den Verkauf ihrer Aktien an einen Dritten zu sorgen. Wie auch bei der Kaufpflicht während der Dauer des Aktionärbindungsvertrags stellt eine Kaufpflicht bei Ablauf des Aktionärbindungsvertrags für die Nachfolgerin allerdings je nach Höhe des vereinbarten Kaufpreises ein erhebliches finanzielles Risiko dar.[1511]
- Die Nachfolgerin hat ein Kaufrecht an den Aktien der passiven Aktionäre zu einem gemäss einer vereinbarten Formel zu berechnenden Kaufpreis. Übt die Nachfolgerin ihr Kaufrecht nicht aus, muss sie für einen Trade Sale des Familienunternehmens, zumindest aber für den Verkauf der Aktien der passiven Aktionäre sorgen.
- Die Nachfolgerin oder der Verwaltungsrat ist (ohne vorgängiges Kaufrecht der Nachfolgerin) verpflichtet, nach einem Käufer für sämtliche Aktien des Familienunternehmens zu suchen und einen Trade Sale zu ermöglichen.

Bei der Vereinbarung solcher Kauf- und Verkaufsrechte bzw. -pflichten haben die Familienaktionäre indessen zu beachten, dass sich diese zulasten der zulässigen Dauer des Aktionärbindungsvertrags auswirken.[1512]

1509 Vgl. zu den Ausstiegsrechten der Familienaktionäre Kapitel 4.5.3.

1510 Vgl. BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 68; HERZOG, 198; MÜLLER R., 210.

1511 BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 68. Vgl. bereits Kapitel 4.5.3.1.2.

1512 Dies gilt insbesondere, wenn der Ausübungspreis einen substanziellen Abschlag gegenüber dem inneren Wert der Aktien vorsieht; vgl. SCHENKER, Unternehmensnachfolge, 259, sowie Kapitel 6.1.1.2.

Die teilweise in Aktionärbindungsverträgen vorgesehenen Verfahren zur Zuteilung von Aktien infolge Beendigung des Vertrags wie Blind-Bid[1513] oder Versteigerung[1514] sind nach hier vertretener Ansicht im Kontext von Familienunternehmen nicht empfehlenswert, weil sie zu unerwünschten Resultaten führen können,[1515] etwa dann, wenn ein passiver Aktionär, der nicht an der Unternehmensführung interessiert ist, den Zuschlag für die Aktien erhält. Deshalb sind die vorgeschlagenen Verfahren, bei denen entweder die Nachfolgerin die Aktien der passiven Aktionäre erwirbt oder sämtliche Aktien des Familienunternehmens an Dritte verkauft werden, vorzuziehen.

6.4 Zwischenfazit

Bei der Ausgestaltung der Dauer des Aktionärbindungsvertrags befinden sich die Familienaktionäre im Zielkonflikt zwischen der Beständigkeit und Voraussehbarkeit der Regelung einerseits, welche eine möglichst lange Dauer nahelegt, sowie dem Bedürfnis nach Flexibilität für Anpassungen aufgrund im Verlauf der Zeit eintretender Veränderungen der Umstände und Bedürfnisse, was für eine kürzere Bindung spricht. Mit Blick auf die praktisch sinnvolle Dauer des Aktionärbindungsvertrags ist davon auszugehen, dass mit einem Generationenwechsel zugleich das Bedürfnis einhergeht, den Vertrag anzupassen, weshalb die Dauer «einer Generation» als Massstab dienen kann.

Der rechtliche Rahmen für die Ausgestaltung der Dauer richtet sich nach dem Art. 27 Abs. 2 ZGB entspringenden Verbot der übermässigen Bindung: Je länger die Dauer des Aktionärbindungsvertrags, desto eher ist eine übermässige Bindung anzunehmen. Die zulässige Dauer ist jedoch immer im Zusammenspiel mit den konkreten Rechten und Pflichten im Aktionärbindungsvertrag zu beurteilen, sodass sich etwa die Einräumung zusätzlicher Rechte zugunsten einer längeren zulässigen Dauer auswirkt. Als grobe Richtlinie dürfte bei einer ausgewogenen Ausgestaltung von Rechten und Pflichten im Allgemeinen eine Dauer von 20 Jahren zulässig sein.

Um den Anforderungen an die Dauer des Aktionärbindungsvertrags zu genügen, kann diese einerseits so ausgestaltet werden, dass der Vertrag über eine feste anfängliche Laufzeit mit wiederkehrender automatischer Verlängerung um eine

[1513] BÖSIGER, 14.

[1514] MÜLLER/BIEDERMANN, 894.

[1515] Vgl. KNOBLOCH, 565.

weitere fixe Dauer vorbehältlich einer vorgängigen Kündigung (Prolongationsklausel) verfügt, andererseits so, dass vor Ablauf der fixen anfänglichen Laufzeit eine Überprüfungs- und Anpassungsklausel greift, wobei der Aktionärbindungsvertrag mangels Einigung unter den Familienaktionären über die Fortführung des (angepassten) Vertrags endet. Besteht das Bedürfnis, die im Aktionärbindungsvertrag getroffenen Regelungen über das erlaubte Mass hinaus zu perpetuieren, kann dies – wo zulässig – über die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Statuten des Familienunternehmens erreicht werden.

Mögliche Gründe für die Beendigung des Aktionärbindungsvertrags sind nebst der ordentlichen Kündigung (bei der Variante mit Prolongationsklausel) und dem Zeitablauf (bei der Variante mit Überprüfungs- und Anpassungsklausel) die Vereinigung der Aktien auf nur eine Person sowie der Verkauf sämtlicher Aktien am Familienunternehmen an familienexterne Dritte. Zudem besteht – vorbehältlich milderer Massnahmen – jeweils eine ausserordentliche Beendigungsmöglichkeit, wenn die Fortführung des Aktionärbindungsvertrags unzumutbar geworden ist, was etwa dann der Fall sein kann, wenn ein Familienaktionär den Aktionärbindungsvertrag schwer verletzt.

Möchten die Familienaktionäre Vorkehrungen treffen für den Fall, dass der Aktionärbindungsvertrag zu einem Zeitpunkt endet, in dem verschiedene Familienaktionäre (noch) über Aktien am Familienunternehmen verfügen, können sie gewisse Rechte der Familienaktionäre (bzw. der von ihnen gehaltenen Aktienkategorien) in den Statuten des Familienunternehmens verankern, eine «Pflicht» zur Verhandlung eines neuen Aktionärbindungsvertrags vereinbaren, wobei mangels Einigung statutarische Privilegien entfallen, oder Kauf- und Verkaufsrechte vorsehen, wobei der Verkauf der Aktien der passiven Aktionäre an die Nachfolgerin oder des gesamten Familienunternehmens an familienexterne Dritte erwirkt werden kann.

7 Fazit und Ausblick

7.1 Zusammenfassung und Würdigung

Ausgehend von der in *Kapitel 1* definierten Ausgangslage, welche die Beteiligung sämtlicher Nachkommen des Unternehmers am Familienunternehmen bedingt, hat *Kapitel 2* aufgezeigt, dass die familieninterne Unternehmensnachfolge bei Familienunternehmen im Spannungsfeld zwischen den unterschiedlichen Zielen und Interessen der Beteiligten steht. Möchte die Nachfolgerin einerseits über einen möglichst weiten Spielraum zur Verwirklichung ihrer Vorstellungen in Bezug auf die Leitung des Familienunternehmens und zur Sicherung des unternehmerischen Erfolgs verfügen, streben die passiven Aktionäre andererseits nach Gleichbehandlung und Teilhabe am Familienunternehmen – besonders finanziell, aber damit zusammenhängend auch bezüglich Kontrollmöglichkeiten. Der abtretende Unternehmer vereint diese beiden Zielrichtungen in einer Person, indem er sich sowohl dem Wohlergehen seines Lebenswerks als auch der Gleichbehandlung seiner Nachkommen verpflichtet fühlt. Aus dem Spannungsfeld dieser divergierenden Ziele und Vorstellungen, aber auch aus den Gefahrenbereichen, die der Vermischung der Sphären «Familie» und «Unternehmen» und dem Auseinanderfallen von Eigentum und Geschäftsführung unter den Familienaktionären inhärent sind, ergeben sich vielfältige Herausforderungen und Spannungsfelder, die der Regelung unter den Nachkommen des Unternehmers bedürfen.

Kapitel 3 hat zunächst die Eignung und die Notwendigkeit einer Regelung der Unternehmensnachfolge mittels Aktionärbindungsvertrags aufgezeigt: Während sich der Aktionärbindungsvertrag aufgrund des weiten inhaltlichen Gestaltungsspielraums – dessen bedeutendste Grenze das Verbot einer übermässigen Bindung der Familienaktionäre und damit insbesondere dessen zulässige Dauer darstellt – und der Möglichkeit, den Familienaktionären Pflichten aufzuerlegen und dessen Existenz und Inhalt vertraulich zu halten, als Regelungsinstrument anbietet, ist eine statutarische Abbildung derjenigen Regelungen erforderlich, die auch gegenüber dem Familienunternehmen und über die Dauer des Aktionärbindungsvertrags hinaus gelten sollen.

In praktischer Hinsicht steht der Abschluss des Aktionärbindungsvertrags in einem engen Zusammenhang mit der Verteilung des Vermögens des Unternehmers im Allgemeinen und mit der Zuweisung der Aktien am Familienunternehmen an die Nachkommen im Besonderen. Um den Abschluss des Aktionärbindungsvertrags sicherzustellen, werden der Unternehmer und seine Nachkommen nicht darum

herumkommen, sich den Herausforderungen des Schaffens einer allseits stimmigen Gesamtlösung der Nachfolge im Vermögen des Unternehmers im Sinn der Gleichbehandlung der Nachkommen unter Berücksichtigung sowohl finanzieller als auch emotionaler und praktischer Aspekte zu stellen. Idealerweise schliessen die Familienaktionäre deshalb zusätzlich zum Aktionärbindungsvertrag einen Erbvertrag mit dem Unternehmer ab, welcher die Zuwendung der Aktien am Familienunternehmen sowie eine allfällige Entschädigung zugunsten der passiven Aktionäre für den Erhalt einer Minderheitsbeteiligung regelt. Kann der Abschluss des Aktionärbindungsvertrags nicht zu Lebzeiten des Unternehmers erfolgen, steht es diesem frei, testamentarisch den Abschluss mittels Auflage anzuordnen und der Nachfolgerin und den passiven Aktionären die Aktien am Familienunternehmen zuzuwenden. Der erbrechtliche Bestand einer solchen Anordnung ist jedoch ungewiss, da Teile der Lehre – und im Rahmen der laufenden Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» möglicherweise auch der Gesetzgeber – den passiven Aktionären das Recht zusprechen wollen, sich der Anrechnung einer Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen an ihre Pflichtteile zu widersetzen.

Wie in *Kapitel 4* dargestellt, bedingt die Auflösung des Spannungsfelds zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre einen Ausgleich bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Familienaktionäre im Aktionärbindungsvertrag. Dieser Ausgleich kann namentlich mittels der Gestaltung der Regelungsbereiche der Unternehmensführung und des Stimmrechts, der Mitarbeit von Familienmitgliedern, der Vermögensrechte, der Informationsrechte sowie der Regelung der Zusammensetzung des Aktionariats und der Ausstiegsrechte erfolgen. Die konkrete Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Familienaktionäre – insbesondere im Bereich der Unternehmensführung – hängt dabei mitunter von der dem Aktionärbindungsvertrag zugrunde liegenden Verteilung der Aktien und der Stimmrechte unter den Familienaktionären ab, weil eine Stimmenmehrheit der Nachfolgerin am Familienunternehmen eine weitgehende Einflussnahme auf dieses ermöglicht.

Im Bereich der Unternehmensführung stellt sich die Herausforderung, einerseits der Nachfolgerin einen möglichst breiten Gestaltungsspielraum zu gewähren, um unternehmerische Entscheide zu treffen, und andererseits den passiven Aktionären hinreichende Kontrollrechte einzuräumen, um ihre Interessen zu wahren. Auf der Ebene der Generalversammlung steht mit der Stimmbindung ein Instrument zur Herbeiführung eines solchen Ausgleichs zur Verfügung, indem die Stimmabgabe der Familienaktionäre insbesondere in den Bereichen der Wahl des Verwaltungsrats, der Ausschüttung von Dividenden und der Durchführung von Kapitalerhöhungen nach Massgabe von sachlichen und differenzierten Kriterien festgesetzt

werden kann. Ausserhalb der durch die Stimmbindung geregelten Beschlussgegenstände kann der Nachfolgerin mittels statutarischer Gestaltung durch die Zuweisung von Stimmrechtsaktien oder durch die Ausgabe von Partizipationsscheinen an die passiven Aktionäre auch ohne Kapital- eine Stimmenmehrheit – und damit eine weitgehende Gestaltungsfreiheit – eingeräumt werden. Demgegenüber können zum Schutz der passiven Aktionäre eine Stimmrechtsbeschränkung sowie qualifizierte Anwesenheits- und Mehrheitserfordernisse für bedeutende Beschlussgegenstände vorgesehen werden.

Auf der Ebene des Verwaltungsrats kann der Aktionärbindungsvertrag den Einsitz von Vertretern der Nachfolgerin (bzw. der Nachfolgerin selbst) sowie der passiven Aktionäre vorsehen, wobei Eignungskriterien für die Verwaltungsratsmitglieder zu definieren sind. Daneben empfiehlt sich die Wahl unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder, welche den Interessen des Familienunternehmens verpflichtet sind und für einen sachlichen Ausgleich zwischen den Interessen der Nachfolgerin und denjenigen der passiven Aktionäre sorgen. Im Bereich der Organisation und Beschlussfassung des Verwaltungsrats können die Familienaktionäre zum Schutz der passiven Aktionäre insbesondere grundlegende Entscheide in Bezug auf die Strategie, auf bedeutende Investitionen und auf das Risikoprofil des Familienunternehmens der Kompetenz des Verwaltungsrats vorbehalten und qualifizierten Anwesenheits- und Mehrheitserfordernissen unterstellen. Die Bildung von Ausschüssen, die sich aus unabhängigen Verwaltungsmitgliedern zusammensetzen, ermöglicht die Schaffung von unabhängigen Gremien zur neutralen Bearbeitung besonders konfliktanfälliger Aufgabenbereiche wie Mitarbeit und Vergütung. Soweit Vorgaben zur inneren Organisation des Verwaltungsrats in den Statuten unzulässig sind, hängt deren Umsetzung massgeblich von der Bereitschaft der Verwaltungsrats-Vertreter der Familienaktionäre ab, den im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Regelungen namentlich mittels der Befolgung der Anweisungen ihrer Prinzipale sowie mittels des Erlasses eines diese Regelungen abbildenden Organisationsreglements auch innergesellschaftlich Geltung zu verschaffen. Gleiches gilt für allfällige Regelungen in Bezug auf die Geschäftsleitung, welche nach dem Leistungsprinzip besetzt werden sollte.

Im Bereich der Mitarbeit von Familienmitgliedern im Familienunternehmen steht das Bedürfnis der passiven Aktionäre bzw. von diesen nahestehenden Personen, bei Bedarf im Familienunternehmen tätig zu sein, dem Interesse der Nachfolgerin an qualifizierten Mitarbeitenden mit Blick auf den Unternehmenserfolg gegenüber. Das Aufstellen leistungsbezogener Kriterien, welche – wenn erfüllt – eine bevorzugte Behandlung von Familienangehörigen zulassen, sowie die Möglichkeit der Sanktionierung von mitarbeitenden Familienaktionären, die – was idealerweise

von den unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern festzuhalten ist – ihre Pflichten nur unzulänglich erfüllen, bieten sich als Gestaltungsmittel an.

Ebenso ist das Interesse der Nachfolgerin an einem grosszügigen Salär demjenigen der passiven Aktionäre an der Ausschüttung möglichst hoher Dividenden entgegengesetzt. Die Vereinbarung einer markt- und leistungsgerechten Vergütung der Nachfolgerin, welche konkret von unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern – gegebenenfalls innerhalb der vom Aktionärbindungsvertrag definierten Parameter – festgesetzt werden kann, trägt zu einem Interessenausgleich bei.

Im Rahmen der Vermögensrechte, bei denen die Ausschüttung von Dividenden im Vordergrund steht, kollidiert das Interesse der Nachfolgerin an einer Reinvestition der verfügbaren finanziellen Mittel zur Sicherung des unternehmerischen Erfolgs sowie an der Reservenbildung mit dem Interesse der passiven Aktionäre an möglichst hohen Ausschüttungen als Kompensation für das Führungsschwergewicht der Nachfolgerin sowie für die beschränkte Verkäuflichkeit ihrer Beteiligungen am Familienunternehmen. Mit einer vertraglichen Regelung können die Familienaktionäre nicht nur die Pflicht zur Ausschüttung einer Dividende vorsehen, wenn die finanziellen Verhältnisse des Familienunternehmens dies erlauben, sondern auch die passiven Aktionäre in Bezug auf die Höhe und die Reihenfolge der Ausschüttung privilegieren. Die Bestimmung der konkreten Höhe der Dividende nach Massgabe der im Aktionärbindungsvertrag festgelegten Parameter, wie auch das Absehen von einer solchen, kann wiederum der Kompetenz der unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder zugewiesen werden. Das wiederholte Ausbleiben von Dividenden kann überdies die passiven Aktionäre zum Verkauf ihrer Beteiligungen berechtigen. Den passiven Aktionären zugewiesene Vorzugsaktien können deren Privilegierung auch statutarisch absichern, erfordern aufgrund der praktischen Herausforderungen bei der Durchsetzung eines allfälligen, zusätzlich vorzusehenden Anspruchs auf Ausschüttung jedoch eine ergänzende vertragliche Regelung.

Im Bereich der Informationsrechte geht es darum, den passiven Aktionären die erforderlichen Informationen zur gehaltvollen Ausübung der ihnen im Aktionärbindungsvertrag gewährten Rechte sowie zur Förderung der Vertrauensbildung unter den Familienaktionären – insbesondere vor dem Hintergrund des ihrer Tätigkeit im Familienunternehmen geschuldeten Informationsvorsprungs der Nachfolgerin – zukommen zu lassen. Als hauptsächliches Instrument hierfür bietet sich nebst der Wahl eines Vertreters in den Verwaltungsrat das Recht auf die Bekanntgabe erweiterter Informationen, insbesondere solcher finanzieller Natur, an. Die Regelung des Rechnungslegungsstandards sowie der Durchführung der Revision stellen dabei die Qualität der Informationen sicher. Der Verschwiegenheitspflicht des Verwaltungsrats als hauptsächliche rechtliche Hürde erweiterter Informations-

rechte kann insbesondere durch eine vertragliche Geheimhaltungsverpflichtung beigekommen werden, welche den Familienaktionären die Verwendung und Offenlegung der erhaltenen Informationen für vertragsfremde Zwecke untersagt.

Bei der Regelung der Zusammensetzung des Aktionariats und der Möglichkeiten zum Ausstieg kontrastiert schliesslich das Interesse der Nachfolgerin daran, dass sich der Aktionärskreis so zusammensetzt, dass er dem Charakter des Unternehmens als Familienunternehmen sowie ihrer Gestaltungsfreiheit und den Interessen des Familienunternehmens Rechnung trägt, mit demjenigen der passiven Aktionäre, bei Bedarf die eigenen Beteiligungen am Familienunternehmen frei veräussern zu können, um anderweitig über das darin gebundene Vermögen zu verfügen. Verkaufsrechte dienen den Familienaktionären aber auch zur Vermögenssicherung sowie als Instrument zur ultimativen Auflösung des Spannungsfelds zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre. Verkaufsrechte werden zudem oftmals erst eine Ausstiegsmöglichkeit für die passiven Aktionäre schaffen, da ihre Beteiligungen aufgrund der ihnen abgehenden Einflussmöglichkeiten auf das Familienunternehmen für potenzielle Erwerber vielfach kaum attraktiv sein werden.

In Bezug auf den Erhalt des Eigentums am Familienunternehmen in der Familie bietet sich eine Regelung der Bedingungen, unter Einhaltung welcher ein Verkauf von Aktien am Familienunternehmen an familienexterne Dritte möglich ist, an. Damit kann im Interesse der Nachfolgerin insbesondere der Verkauf an Konkurrenten sowie an Dritte, die eine den Zielen des Familienunternehmens zuwiderlaufende Strategie verfolgen, ausgeschlossen werden und der Beitritt von Dritterwerbern zum Aktionärbindungsvertrag sichergestellt werden. Ein Verkauf an Konkurrenten kann zudem mittels statutarischer Vinkulierung unterbunden, der Einfluss übriger Dritterwerber mittels einer Prozentklausel zusätzlich eingeschränkt werden. Der Aktionärbindungsvertrag kann ferner der Nachfolgerin durch Vorkaufs- und Vorhandrechte die Möglichkeit einräumen, den Verkauf an einen Dritten durch einen eigenen Erwerb der Aktien von verkaufswilligen passiven Aktionären zu unterbinden. Im Fall des Verkaufs von Aktien am Familienunternehmen ist schliesslich eine Überbindungsklausel vorzusehen, um sicherzustellen, dass Dritterwerber dem Aktionärbindungsvertrag beitreten und den im Rahmen der Nachfolgelösung vereinbarten Interessenausgleich nicht gefährden.

Zur Ermöglichung eines Ausstiegs der passiven Aktionäre bietet sich die Vereinbarung eines Kaufrechts sowie insbesondere einer Kaufpflicht der Nachfolgerin auf Verlangen der passiven Aktionäre an. Insbesondere bei einer Kaufpflicht sind aufgrund der finanziellen Belastung der Nachfolgerin die Rahmenbedingungen der Ausübung zu regeln, namentlich die zur Ausübung berechtigenden Tatbestände

wie etwa das mehrjährige Ausbleiben von Ausschüttungen, sowie diejenigen der Abwicklung, beispielsweise durch die Vereinbarung einer ratenweisen Zahlung des Kaufpreises. Weil die Nachfolgerin bei mittleren und grösseren Familienunternehmen vielfach auch nach mehreren Jahren nicht in der Lage sein wird, die für den Auskauf der passiven Aktionäre erforderlichen Mittel aufzubringen, kann der Aktionärbindungsvertrag den passiven Aktionären das Recht einräumen – allenfalls vorbehältlich des Rechts der Nachfolgerin, zunächst nach einem Dritterwerber für ihre Beteiligungen zu suchen –, einen Trade Sale des Familienunternehmens durchzusetzen und ihre finanziellen Rechte mittels einer Preisgarantie in der Höhe des Anrechnungswerts ihrer Beteiligungen zu schützen. Weil es sich bei der Durchsetzung eines Verkaufs um eine schwerwiegende Massnahme handelt, sind eine sorgfältige Interessenabwägung und eine ausgewogene Ausgestaltung dieses Rechts erforderlich. Ein Verkauf kann aber auch von der Nachfolgerin ausgehen, in welchem Fall eine Mitverkaufspflicht und ein Mitverkaufsrecht zugunsten der passiven Aktionäre zu vereinbaren sind. Auch ein Börsengang stellt eine Ausstiegsoption dar, bietet jedoch keine Garantie für einen tatsächlichen Verkauf der Aktien zum erwünschten Preis.

Da es nicht «die» ideale Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Familienaktionäre im Rahmen von familieninternen Unternehmensnachfolgen gibt, sind die dargestellten Gestaltungsmittel zum Ausgleich unter den Familienaktionären jeweils in Abhängigkeit der konkreten Ausgangslage sowie der bestehenden Bedürfnisse der Familienaktionäre einzusetzen. Insbesondere sollten die Familienaktionäre stets die Nachteile der eingesetzten Instrumente bedenken, etwa wenn dadurch zu starre Regelungen geschaffen werden oder, bei Statutenbestimmungen, wenn damit eine unerwünschte Publizität der Nachfolgeregelung einhergeht. Ebenso ist in für die Geschäftsführung wichtigen Bereichen, in denen das Familienunternehmen bei Uneinigkeit der Familienaktionäre blockiert ist, ein Entscheid der unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder allfälligen Vetorechten der Familienaktionäre vorzuziehen, um unsachlichen Verhaltensweisen der Familienaktionäre vorzubeugen, die dem Familienunternehmen schaden.

Kapitel 5 hat sich den Anforderungen und den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf den Umgang mit Konflikten unter den Familienaktionären gewidmet. Nebst der Sicherstellung einer raschen, nachhaltigen und vertraulichen Konfliktlösung sowie einer möglichst geringen Belastung des Familienunternehmens gilt es beim Umgang mit Konflikten auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Konflikte unter den Familienaktionären aufgrund der Dynamik und der Verhältnisse innerhalb der Familie oftmals mitunter auf nicht dem Familienunternehmen zuordenbaren Tatsachen beruhen und emotional aufgeladen sind. Der

Umgang mit Konflikten hat damit nebst rechtlichen auch zwischenmenschlichen und emotionalen Aspekten Rechnung zu tragen. Um negative Auswirkungen von Konflikten auf das Familienunternehmen zu verhindern, können die Familienaktionäre auf drei Stufen gestalterisch Einfluss nehmen. Zunächst können sie durch eine als fair wahrgenommene Zuteilung von Rechten und Pflichten, durch die Schaffung von Transparenz sowie durch die Einbindung unabhängiger familienexterner Personen, aber auch durch die Möglichkeit der Anpassung des Aktionärbindungsvertrags sowie durch rechtliche Sicherungsmittel der Entstehung von Konflikten entgegenwirken. Treten dennoch Konflikte auf, kann sich mit Blick auf eine rasche Konfliktlösung die Vermittlung durch den unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten, dem auch eine Entscheidungskompetenz zugewiesen werden kann, oder durch die Bearbeitung des Konflikts in einem Mediationsverfahren anbieten. Letzteres ist interessenbasiert und berücksichtigt namentlich auch die nichtrechtlichen Komponenten des Konflikts mit Blick auf eine zukunftsgerichtete, allseits akzeptierte Lösung. Kann der Konflikt auf diese Weise nicht bereinigt werden, können die Familienaktionäre Vorkehrungen für die rechtliche Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags treffen. Weil ordentliche Gerichtsverfahren in inhaltlicher und in zeitlicher Hinsicht die Ansprüche der Familienaktionäre nur unzureichend zu befriedigen vermögen, bietet sich die Vereinbarung eines – der Konfliktbearbeitung nachgelagerten – Schiedsverfahrens an, welches nebst einer gleichermassen rechtsverbindlichen auch eine raschere und vertraulichere Konfliktlösung sicherstellt.

Kapitel 6 hat schliesslich die Notwendigkeit aufgezeigt, die Dauer, die Beendigung und die Folgen der Beendigung des Aktionärbindungsvertrags zu regeln. Während aus Gründen der Beständigkeit und Voraussehbarkeit eine möglichst lange Dauer erstrebenswert scheint, ist gleichzeitig die Möglichkeit, Anpassungen infolge veränderter Verhältnisse zu erwirken, erforderlich. Namentlich im Rahmen eines Generationenwechsels wird sich eine Anpassung an die veränderten Umstände und Bedürfnisse der Familienaktionäre aufdrängen. Die Dauer knapp einer Generation entspricht denn auch zumeist der rechtlich zulässigen Höchstdauer von Aktionärbindungsverträgen mit Blick auf das Verbot übermässiger Bindungen. Bei der praktischen Ausgestaltung bietet sich eine anfängliche fixe Dauer mit einer periodischen Verlängerung um eine weitere fixe Dauer vorbehältlich Kündigung an. Alternativ können die Familienaktionäre vor dem Ablauf der anfänglichen fixen Dauer eine Überprüfungspflicht vorsehen, wobei der Aktionärbindungsvertrag mangels Einigung unter den Familienaktionären auf eine Weiterführung – allenfalls mit angepasstem Inhalt – endet. Möchten die Familienaktionäre bestimmte Regelungen über die rechtlich zulässige Dauer des Aktionärbindungsvertrags hinaus erhalten, können diese – soweit zulässig – in

den Statuten des Familienunternehmens Niederschlag finden. Zusätzlich zur Beendigung, die je nach Ausgestaltung der Dauer infolge Kündigung oder Zeitablauf, aber auch schon davor durch die Vereinigung sämtlicher Aktien auf nur einen Familienaktionär oder den Ausstieg sämtlicher Familienaktionäre eintreten kann, drängt sich eine Regelung in Bezug auf den Zeitraum nach Beendigung des Aktionärbindungsvertrags auf, um zu verhindern, dass mehrere Personen Aktien am Familienunternehmen halten, untereinander jedoch nicht koordiniert sind. Während die statutarische Verankerung der im Aktionärbindungsvertrag eingeräumten Rechte die Beständigkeit der Nachfolgeregelung sicherstellt, kann der Verlust der vertraglichen und statutarischen Rechte umgekehrt als Anreiz für die verbleibenden Familienaktionäre dienen, sich möglichst auf einen angepassten oder neuen Aktionärbindungsvertrag zu einigen. Möglich sind aber auch Kauf- und Verkaufsrechte, um das Eigentum an den Aktien vollständig der Nachfolgerin zu übertragen, sowie der Verkauf des gesamten Familienunternehmens.

Im Licht der aufgezeigten Gestaltungsmöglichkeiten erweist sich der Aktionärbindungsvertrag insgesamt als geeignetes und nützliches Gestaltungsinstrument der familieninternen Unternehmensnachfolge, das insbesondere eine flexible, auf die Bedürfnisse der Beteiligten angepasste Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Familienaktionäre ermöglicht. Gleichwohl sollten der Unternehmer und die Familienaktionäre nicht der Illusion verfallen, durch den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags auch die fernere Zukunft des Familienunternehmens gestalten zu können. Vielmehr wird es an den künftig übernehmenden Generationen liegen, diese zu formen, was – nicht nur in Anbetracht der rechtlichen Grenzen bezüglich der Dauer des Aktionärbindungsvertrags – sachgerecht erscheint. Für die Generation der Nachfolgerin und der passiven Aktionäre stellt der Aktionärbindungsvertrag jedoch ein passendes Instrument dar, um das Spannungsfeld zwischen optimaler Unternehmensführung und Gleichbehandlung und Teilhabe der passiven Aktionäre aufzulösen.

7.2 Grenzen der Arbeit und Bereiche weiterführender Forschung

7.2.1 Grenzen der Arbeit

Hauptsächliche Grenze der vorliegenden Arbeit ist die gewählte, eingangs definierte Ausgangslage. Namentlich berücksichtigt diese weder das Vorhandensein und die Ansprüche allfälliger Ehegatten noch das Vorliegen einer «komplexeren» Familiensituation, etwa das Vorhandensein von pflichtteilsgeschützten Stiefkin-

dern oder Kindern aus verschiedenen Ehen oder Beziehungen. Ebenso lässt diese den Koordinationsbedarf in Konstellationen, in denen der Unternehmer nach der Übertragung des Eigentums am Familienunternehmen an die Nachkommen weiterhin im Familienunternehmen tätig bleibt (und die möglichen daraus entstehenden Friktionen mit der Nachfolgerin), unberücksichtigt.

Ferner bildet die Einschränkung bezüglich der betrachteten Rechtsgebiete eine Grenze. So berücksichtigt die vorliegende Arbeit – nebst einer lediglich überblicksweisen Darstellung der erbrechtlichen Rahmenbedingungen – insbesondere weder die in der Praxis ebenfalls bedeutsamen Gebiete des Ehegüterrechts und des Steuerrechts noch allfällige grenzüberschreitende oder kollisionsrechtliche Aspekte, welche eine unterschiedliche Ausgestaltung des Aktionärbindungsvertrags oder auch eine andere Nachfolgelösung als die vorliegend betrachtete erfordern können.

7.2.2 Bereiche weiterführender Forschung

Im Sinn von Anstössen für weiterführende Forschung im Bereich von Aktionärbindungsverträgen im Rahmen der familieninternen Unternehmensnachfolge bieten sich insbesondere die folgenden Themen an, welche nicht Gegenstand der vorliegenden Dissertation sind:

- Die Ausgestaltung von Aktionärbindungsverträgen im Zusammenhang mit der familieninternen Übertragung des Familienunternehmens von der zweiten auf die dritte Familiengeneration und damit zusammenhängend der Umgang mit den durch die zunehmende «Zersplitterung» des Aktionariats auftretenden Herausforderungen in Bezug auf die Koordination der Familienaktionäre;
- Die familieninterne Unternehmensnachfolge unter Beteiligung familienexterner Dritter, z.B. durch den Verkauf eines Teils der Aktien am Familienunternehmen an Dritte, und deren Koordination; sowie
- Die Auswirkungen der Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» auf die Regelung der familieninternen Unternehmensnachfolge mittels Aktionärbindungsverträgen.[1516]

[1516] Vgl. für einen Überblick und für eine erste Einschätzung Kapitel 7.3.2.

7.3 Ausblick

Die vorliegende Dissertation schliesst mit einem Ausblick, der nebst der allgemeinen Entwicklung von familieninternen Unternehmensnachfolgen überblicksweise auch die Bedeutung der laufenden Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» sowie der fortschreitenden Zunahme der Anzahl Gesellschaften mit beschränkter Haftung gegenüber den Aktiengesellschaften beleuchtet.

7.3.1 Familieninterne Unternehmensnachfolge als weiterhin aktuelle und relevante Herausforderung

Der Blick in die Zukunft offenbart eine leicht rückläufige Entwicklung der Anzahl Familienunternehmen, was mitunter darauf zurückzuführen ist, dass Familienunternehmen in Wachstumsbranchen untervertreten sind und dass die vielfältigen Karrieremöglichkeiten sowie der zunehmende Bildungsgrad jüngerer Generationen generell zu einem abnehmenden Interesse an der Übernahme von Familienunternehmen führt.[1517] Aufgrund des nach wie vor sehr hohen Anteils an Familienunternehmen insbesondere bei KMU wird aber auch in Zukunft ein grosser Bedarf an Instrumenten zur familieninternen Unternehmensnachfolge bestehen.[1518] Zudem wird die Anzahl jährlich durchgeführter Unternehmensnachfolgen trotz der rückläufigen Anzahl Familienunternehmen voraussichtlich noch bis Ende dieses Jahrzehnts insgesamt zunehmen.[1519] Daher wird der Aktionärbindungsvertrag als Gestaltungsinstrument der familieninternen Unternehmensnachfolge auf absehbare Zeit von hoher Relevanz bleiben.

7.3.2 Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge»

7.3.2.1 Überblick

Die erbrechtlichen Rahmenbedingungen für die familieninterne Unternehmensnachfolge sind derzeit in einem Wandel begriffen. Mit der per 1. Januar 2023 in Kraft getretenen allgemeinen Revision des Erbrechts wurde der Pflichtteilsschutz

---

[1517] ANDRIC et al., 15; CARNAZZI WEBER/KLEIN/ZELLWEGER/ZUMBÜHL, 30; KAILER, 272.

[1518] Vgl. ANDRIC et al., 15.

[1519] ANDRIC et al., 12 f., rechnen mit einem Anstieg der Anzahl jährlicher Unternehmensnachfolgen bis 2030.

für Nachkommen von drei Vierteln auf nunmehr die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils reduziert.[1520] Dies ermöglicht es dem Unternehmer namentlich, der Nachfolgerin eine grössere Beteiligung zuzuwenden, ohne die Pflichtteile ihrer Miterben zu verletzen.

Besonders bedeutsam für die familieninterne Unternehmensnachfolge sind darüber hinaus speziell die im Rahmen der Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» geplanten Neuerungen, welche die Übertragung von Unternehmen an Nachkommen erleichtern sollen.[1521] Die Neuerungen der Revision lassen sich wie folgt zusammenfassen:[1522]

– Bei der lebzeitigen Übertragung des Familienunternehmens auf die Nachfolgerin kann der erbrechtliche Anrechnungswert bei Vorliegen einer nach anerkannten Grundsätzen erstellten Bewertung auf den Unternehmenswert im Zeitpunkt der lebzeitigen Übertragung statt auf denjenigen im Zeitpunkt des Erbgangs des Unternehmers abstellen, sodass die Nachfolgerin eine allfällige Wertsteigerung des Familienunternehmens zwischen der Übertragung und dem Erbgang des Unternehmers nicht mit ihren Miterben teilen muss.[1523]
– Die Nachfolgerin kann verlangen, dass ein im Nachlass des Unternehmers befindliches Unternehmen im Rahmen der Erbteilung integral ihr allein zugewiesen wird.[1524]

1520 Vgl. Art. 471 ZGB sowie bereits Kapitel 3.2.1.1.2.

1521 Vgl. zu den parlamentarischen Beratungen und zum derzeitigen Stand des Revisionsvorhabens das entsprechende Geschäft 22.049 auf der Webseite des Parlaments unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20220049> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023). Während der Ständerat als Erstrat nicht auf die Vorlage eingetreten ist (vgl. AB S *2023*, 641, abrufbar unter <https://print.parlament.ch/printview/?subjectId=61211> [zuletzt besucht am 22. Dezember 2023]), hat sie der Nationalrat mit geringfügigen Änderungen gegenüber dem E-ZGB angenommen (vgl. AB N *2023*, 1783, abrufbar unter <https://print.parlament.ch/printview/?subjectId=62019> [zuletzt besucht am 22. Dezember 2023]). Zum Zeitpunkt der Abgabe dieser Dissertation im Dezember 2023 obliegt es wiederum dem Ständerat, über die Vorlage zu beraten. Da der Ständerat bei deren Erstberatung nicht auf die Vorlage eingetreten ist, ist deren Ausgang indes ungewiss. Vgl. auch SOMARY/BOLLINGER-BÄR, 656.

1522 Vgl. im Einzelnen BOTSCHAFT ERBRECHTSREVISION, 22 ff., sowie EITEL, Entwurf, N 4 ff.

1523 Vgl. Art. 630*a* E-ZGB.

1524 Vgl. Art. 617 E-ZGB.

– Die Nachfolgerin kann eine Stundung allfälliger erbrechtlicher Forderungen ihrer Miterben, die auf einer lebzeitigen Zuwendung eines Unternehmens gründen, verlangen, wenn sie nachweisen kann, dass ihr eine sofortige Bezahlung dieser Forderungen «ernstliche Schwierigkeiten» bereiten würde.[1525]
– Die übrigen Nachkommen können die Zuweisung von Minderheitsbeteiligungen[1526] in Anrechnung an ihre Pflichtteile ablehnen und, sofern die Nachfolgerin nicht die Zuweisung aller Beteiligungen am Unternehmen verlangt, einen Verkauf des Familienunternehmens durchsetzen.[1527] Damit wird die Anwendung der Biens-Aisément-Négociables-Doktrin auf Minderheitsbeteiligungen[1528] gesetzlich verankert.[1529]
– Die übrigen Nachkommen können die Nachfolgerin dazu verpflichten, allfällige ihnen vom Unternehmer lebzeitig übertragene Minderheitsbeteiligungen am Familienunternehmen zu erwerben oder ihre eigene Beteiligung in Natur in die Erbschaft einzuwerfen, falls der Unternehmer bei seinem Ableben noch über Aktien am Familienunternehmen verfügte, die entsprechend in seinen Nachlass fallen.[1530]

7.3.2.2 Mögliche Auswirkungen auf den Aktionärbindungsvertrag als Instrument der familieninternen Unternehmensnachfolge

Die Erbrechtsrevision «Unternehmensnachfolge» geht von einer Vorstellung der familieninternen Unternehmensnachfolge aus, wonach die Nachfolgerin sämtliche Anteile am Familienunternehmen übernehmen soll.[1531] Die vorgesehenen Neue-

---

1525 Vgl. Art. 619 E-ZGB. Im Kontext der Unternehmensnachfolge ist namentlich dann von «ernstlichen Schwierigkeiten» auszugehen, wenn die Nachfolgerin die eigene Beteiligung am Familienunternehmen oder betriebsnotwendiges Vermögen des Familienunternehmens veräussern müsste, um ihren Zahlungspflichten nachzukommen (Botschaft Erbrechtsrevision, 34).

1526 Bei Minderheitsbeteiligungen im Sinn des E-ZGB handelt es sich gemäss Art. 616 Abs. 3 um solche, die keine Kontrolle über das Unternehmen gewähren.

1527 Vgl. Art. 618 E-ZGB.

1528 Vgl. dazu und zur (noch) geltenden Rechtslage Kapitel 3.2.2.3.3c).

1529 Botschaft Erbrechtsrevision, 20 (mit dem Hinweis, dass sich die Regelung im Rahmen der Vernehmlassung breiter Unterstützung erfreute); Müller K., 480 f. (m.H. auf kritische Lehrstimmen); Nonn, 94.

1530 Vgl. Art. 522*a* Abs. 3 E-ZGB.

1531 Vgl. Botschaft Erbrechtsrevision, 20 und 24, sowie Eitel, Entwurf, N 17.

rungen sind folglich auf diese Art der Unternehmensnachfolge ausgerichtet und erleichtern die Nachfolge in denjenigen Fällen, in denen es der Nachfolgerin mit Blick auf den Unternehmenswert finanziell möglich ist, ihre Miterben – allenfalls unter Beanspruchung der vorgesehenen gesetzlichen Erleichterungen – auszuzahlen.

Demgegenüber dürfte das Recht der übrigen Nachkommen, die Anrechnung von Minderheitsbeteiligungen an ihre Pflichtteile zu verweigern, familieninterne Unternehmensnachfolgen, bei denen namentlich aus finanziellen Gründen auch die übrigen Nachkommen am Familienunternehmen beteiligt werden sollen, dadurch erschweren, dass sich die übrigen Nachkommen nicht nur einer Zuweisung von Aktien am Familienunternehmen im Umfang ihres Pflichtteils widersetzen, sondern auch einen Verkauf des Familienunternehmens durchsetzen könnten.[1532] Die übrigen Nachkommen könnten sich damit letztlich erfolgreich dagegen wehren, je eine Beteiligung am Familienunternehmen im Umfang ihres Pflichtteils übernehmen zu müssen. Dementsprechend hätten sie auch nur einen sehr geringen Anreiz, sich mit der Nachfolgerin über eine Nachfolgelösung zu verständigen, bei der sie Aktien am Familienunternehmen übernehmen und einen diesbezüglichen Aktionärbindungsvertrag abschliessen würden, da sie die Gewissheit hätten, im Erbgang des Unternehmers keine solchen Aktien übernehmen zu müssen.[1533] Gleichzeitig dürfte diese Bestimmung die Bedeutung und das Erfordernis einer lebzeitigen Zuwendung der Aktien am Familienunternehmen und einer vertraglichen Einbindung der übrigen Nachkommen, einschliesslich des Abschlusses eines Aktionärbindungsvertrags unter den Nachkommen des Unternehmers, zusätzlich steigern, um den ansonsten bestehenden Unsicherheiten vorzubeugen.[1534]

1532 Vgl. MÜLLER K., 480.

1533 Alternativ wäre es prüfenswert gewesen, die Möglichkeit der Zuweisung von Minderheitsbeteiligungen an Miterben in Anrechnung an ihre Pflichtteile vorzusehen und diesen im Gegenzug gesetzlich entweder erweiterte Minderheitsrechte (vgl. HÖSLY/FERHAT, N 86 ff., sowie MÜLLER K., 480 Fn 61) oder entsprechende Bewertungsabschläge auf ihre Beteiligungen zu gewähren. Damit wären die Miterben incentiviert gewesen, sich an der Gestaltung der Nachfolgelösung zu beteiligen, um mittels eines Aktionärbindungsvertrags eine ihren Interessen noch mehr entsprechende Lösung im Vergleich zur gesetzlichen «Mindestposition» zu erreichen. Vgl. auch die Kritik bei MÜLLER K., 480 f., wonach ein Schutzbedürfnis der übrigen Nachkommen nur dort bestehe, wo die Anrechnung einer Minderheitsbeteiligung an ihre Pflichtteile unzumutbar ist.

1534 Vgl. DARDEL, 56.

7.3.3 GmbH als Rechtsformalternative zur AG bei der familieninternen Unternehmensnachfolge?

Gelegentlich erwähnt die Literatur zu Aktionärbindungsverträgen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Rechtsformalternative zur Aktiengesellschaft, deren Aktionäre durch einen Aktionärbindungsvertrag koordiniert sind.[1535] Die GmbH hat in den vergangenen Jahren denn auch einen stetigen Aufschwung verzeichnet, sodass sie mittlerweile – vor der AG – die meistverwendete Gesellschaftsform in der Schweiz darstellt.[1536] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die GmbH die AG künftig auch bei nachfolgebedürftigen Familienunternehmen verdrängen und der Aktionärbindungsvertrag als Gestaltungsmittel dadurch obsolet werden wird.

Die Rechtsform der GmbH hat gegenüber derjenigen der AG mit Blick auf die familieninterne Unternehmensnachfolge den Vorzug, dass mehr Spielraum besteht, um personalistische Elemente statutarisch – und damit mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft – umzusetzen, die bei der AG nur auf vertraglicher Ebene in einem Aktionärbindungsvertrag geregelt werden können. Dazu gehören beispielsweise statutarische Vorkaufs-, Vorhand- und Kaufrechte,[1537] ein weitgehenderes Auskunfts- und Einsichtsrecht,[1538] Vetorechte *ad personam*[1539] sowie ein Austrittsrecht.[1540] Dies ermöglicht es dem Unternehmer zudem, mittels Statutengestaltung für den Fall vorzusorgen, in dem sich seine Nachkommen nicht über den Abschluss eines Gesellschafterbindungsvertrags (als Korrelat zum Aktionärbindungsvertrag) untereinander einigen können. Ebenso vermag die Verankerung der

---

1535 Vgl. FÄHRLANDER, 292; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2169 ff.

1536 VISCHER, GmbH, 119 f. Gemäss der Statistik des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/statistik/statistik-handelsregister-2022.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2023), waren per 1. Januar 2023 schweizweit insgesamt 244 864 Gesellschaften mit beschränkter Haftung in den kantonalen Handelsregistern eingetragen, gegenüber 235 163 Aktiengesellschaften. Ob auch Familienunternehmen vermehrt die GmbH als Rechtsform nutzen, lässt sich aus den vorhandenen Daten nicht schliessen.

1537 Vgl. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR; AEBI-MÜLLER, N 13.27; FORSTMOSER, Organisation, § 9 N 60 und 103; SÖDING, 374; STAEHELIN, 120 f.; VISCHER, GmbH, 121.

1538 Vgl. Art. 802 OR.

1539 Vgl. Art. 807 OR.

1540 Vgl. Art. 822 OR.

vereinbarten Rechte und Pflichten in den Statuten dem «Durchsetzungsdefizit» des Aktionärbindungsvertrags entgegenzuwirken.[1541]

Die Kehrseite der statutarischen Gestaltungsfreiheit liegt in der weniger stark ausgeprägten Anonymität der GmbH. So sind wie bei der AG auch bei der GmbH die Statuten öffentlich einsehbar,[1542] womit die vereinbarte Nachfolgeregelung der Öffentlichkeit preisgegeben wird. Der Publizität unterliegt – im Gegensatz zur AG – zudem die Identität der Gesellschafter, führt der Handelsregisterauszug einer GmbH diese doch mit ihren jeweiligen Stammanteilen auf.[1543] Damit haben die Familienaktionäre den statutarischen Gestaltungsspielraum der GmbH gegen die Vertraulichkeit der AG abzuwägen. Dementsprechend ist trotz der allgemein steigenden Beliebtheit der GmbH als Rechtsform auch mit Blick auf die Zukunft davon auszugehen, dass für die Nachfolgeregelung in Familienunternehmen die Rechtsform der AG mit dem Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags unter den Familienaktionären zumindest in jenen Fällen die Gestaltungsoption erster Wahl bleiben wird, in denen die Familienaktionäre ein erhöhtes Bedürfnis nach Vertraulichkeit haben.[1544] Zudem bestehen wie bei der AG auch bei der GmbH gewisse rechtliche Schranken in Bezug auf den zulässigen Statuteninhalt, weshalb sich in der Praxis oftmals gleichermassen der Abschluss eines Gesellschafterbindungsvertrags aufdrängen wird.[1545]

* * * * *

[1541] AEBI-MÜLLER, N 13.27; STAEHELIN, 120 f. Vgl. zu den Schwierigkeiten der rechtlichen Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags auf dem ordentlichen Gerichtsweg Kapitel 5.4.1.2.

[1542] Vgl. ausdrücklich Art. 936 Abs. 2 OR.

[1543] Vgl. Art. 73 Abs. 1 lit. i HRegV.

[1544] FÄHRLANDER, 292. Vgl. auch EGLE, N 151, sowie FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2189.

[1545] Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 2188 und 2191.

Familienunternehmen prägen die Schweizer Unternehmenslandschaft. Ihnen allen ist gemeinsam, dass sich früher oder später die Frage nach der Nachfolge stellt. Basierend auf einer Ausgangslage, in der ein Unternehmer sein Unternehmen lebzeitig seinen Nachkommen überträgt, von denen jedoch nur einer die Geschäftsführung übernimmt, stellt die Dissertation den Aktionärbindungsvertrag als Instrument zur Gestaltung der familieninternen Unternehmensnachfolge dar. Die Dissertation zeigt auf, wie die Rechte und Pflichten der Nachkommen des Unternehmers im Aktionärbindungsvertrag ausgestaltet werden können, um einen Ausgleich zwischen der optimalen Unternehmensführung und der Gleichbehandlung und Teilhabe aller Nachkommen am Familienunternehmen zu erreichen. Sie beleuchtet zudem aktienrechtliche Gestaltungsinstrumente, welche die Regelungen im Aktionärbindungsvertrag abbilden und ergänzen können.

ISBN 978-3-03891-756-4