Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften)

Markus Vischer*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung
II. Nachfolgeplanung
III. Instrumente der Nachfolgeplanung
IV. Aktionärbindungsverträge
- **A. Im Allgemeinen**
- **B. Corporate-Governance-Regeln**
- **C. Verfügungsbeschränkungen**
  - **a) Allgemeines**
  - **b) Anforderungen konzeptioneller Natur, insbesondere Schlüsselfunktion des Kaufrechts im Todesfall und der Mitverkaufspflicht**
  - **c) Anforderungen praktischer Natur, insbesondere fehlende Tauglichkeit des Vorkaufsrechts**
  - **d) Absicherungen**
- **D. Dividendenregelung**
- **E. Beendigungsregeln**

V. Andere Instrumente der Nachfolgeplanung
VI. Fazit

I. Einleitung

Die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), definiert als Unternehmen[1] mit weniger als 250 Arbeitsplätzen, bilden 99% der Unternehmen und stellen zwei Drittel der Arbeitsplätze.[2]

Am 1.1.2019 gab es in der Schweiz ca. 640000 Gesellschaften. Die häufigste Rechtsform unter diesen war die Aktiengesellschaft (ca. 220000).[3] An zweiter Stelle stand die GmbH (ca. 200000), während auf Rang drei das Einzelunternehmen (ca. 160000) war.[4]

Etwa 75% der KMU sind Familienunternehmen.[5]

Jedes fünfte KMU, also in absoluten Zahlen etwa 70000 bis 80000 KMU, stehen in den nächsten fünf Jahren vor der Unternehmensnachfolge.[6] Das sind etwa 15000 KMU pro Jahr. Gerade bei Familienunternehmen ist die Unternehmensnachfolge immer akut, haben sie doch infolge der biologischen Endlichkeit der dahinterstehenden Menschen wie diese einen Lebenszyklus.[7]

Die Unternehmensnachfolge i.e.S. definiert sich als Nachfolge in die Inhaberschaft des Unternehmens. Sie erfolgt bei Unternehmen ohne juristische Persönlichkeit i.d.R. als asset deal (Vermögenskauf) und bei Unternehmen mit juristischer Persönlich-

---

* RA Dr. Markus Vischer, LLM, Partner Walder Wyss AG.

1 Zum Begriff bzw. zu den Theorien des Unternehmens z.B. Jürg Frick, Private Equity im Schweizer Recht, Zürich/St. Gallen 2009, N 146 ff.

2 KMU-Portal des Bundes, https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/kmu-politik/kmu-politik-zahlen-und-fakten/kmu-in-zahlen/firmen-und-beschaeftigte.html; besucht am 10.9.2019.

3 Eidg. Amt für das Handelsregister, https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/statistiken/2019_01_01_eingetr_Rechtseinheiten_Rechtsform.pdf, besucht am 29.12.2019.

4 Eidg. Amt für das Handelsregister, https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/statistiken/2019_01_01_eingetr_Rechtseinheiten_Rechtsform.pdf, besucht am 29.12.2019.

5 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse, Unternehmensnachfolge in der Praxis, Herausforderung Generationswechsel, Juni 2016, abrufbar auf der webpage des Center for Family Business der Universität St. Gallen, https://cfb.unisg.ch/de/forschung/hauptforschungsgebiete/nachfolge, besucht am 10.9.2019, 5, 14 ff.; zur Definition des Familienunternehmens z.B. Peter V. Kunz, Familienunternehmen in der Schweiz, EF 2018, 449 ff.

6 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 5, 8 ff.; s.a. Heiko Bergmann/Frank Halter/Thomas Zellweger, Regulierungsfolgenabschätzung Revision Erbrecht (Unternehmensnachfolge), Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, April 2018, https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/gutachten-kmu-hsg-d.pdf, besucht 10.9.2019, 12 f.

7 Susanne Kalss, Rechtsformalternativen in Familiengesellschaften, in: Hans-Ueli Vogt/Holger Fleischer/Susanne Kalss (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften, Tübingen 2017, 12.

keit i.d.R. als share deal (Anteilskauf).[8] Je nach Erwerber und Art der Transaktion unterscheidet man den management buy out (MBO, Erwerb durch das bestehende Management) und den management buy in (MBI, Erwerb durch ein externes Management), wobei die Begriffe in der Praxis unterschiedlich verwendet werden und sich auch nicht klar voneinander abgrenzen lassen.[9] Erfolgt der Erwerb bei Familienunternehmen durch ein Familienmitglied, spricht man auch von FBO (family buy out)[10] oder FBI (family buy in).

Die Begriffe MBO und MBI (bzw. FBO und FBI) machen deutlich, dass es bei der Unternehmensnachfolge nicht nur um die Nachfolge in die Inhaberschaft, sondern auch um die Nachfolge in das Management geht,[11] wobei oft, aber durchaus nicht immer, die jeweiligen Nachfolger in die Inhaberschaft und in das Management identisch sind.[12] Man kann bei der Nachfolge in die Inhaberschaft und bei der Nachfolge in das Management auch von Unternehmensnachfolge i.w.S. sprechen.

Eine relative Mehrheit von 41% der Unternehmer wünscht, das Unternehmen auf ein Familienmitglied (oder mehrere Familienmitglieder) zu übertragen.[13] Etwas erstaunlich wurde denn in den letzten 20 Jahren auch tatsächlich fast die Hälfte der Unternehmen familienintern übernommen.[14]

II. Nachfolgeplanung

Unter Nachfolgeplanung ist im vorliegenden Kontext die Planung der Unternehmensnachfolge zu verstehen. Im Vordergrund steht dabei die Planung der Nachfolge in die Inhaberschaft des Unternehmens. Es geht aber immer auch um die Planung der Nachfolge in das Management des Unternehmens. Die Nachfolgeplanung ist, da es auch um die Planung im Falle des Todes des Unternehmensinhabers bzw. des Unternehmensmanagers geht, Teil der Nachlassplanung.[15]

Die Nachfolgeplanung und die Nachlassplanung sind komplexe Prozesse. Es geht um eine sinnvolle Verbindung der beteiligten Subjekte und Objekte und damit der Vergangenheit und der Zukunft.[16] Die Crux dabei ist, zu bestimmen, was im Einzelfall sinnvoll ist.

Im Falle der Unternehmensnachfolge ist der Begriff «sinnvoll» allerdings leicht zu definieren: Sinnvoll ist, was im Interesse des Unternehmens ist.[17] Denn es soll in der Unternehmensnachfolge weitergegeben werden, was nur Sinn macht, wenn es durch die Unternehmensnachfolge nicht geschädigt wird. Was im Interesse des Unternehmens ist, ist zudem auch im Interesse seiner jetzigen und zukünftigen Inhaber und seines jetzigen und zukünftigen Managements, ob man nun die Meinung vertritt, die Organe des Unternehmens müssten nur die Interessen der shareholder (Unternehmensinhaber) oder

8 Zu den Begriffen asset deal und share deal z.B. Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. [Kläger und Beschwerdeführer] gegen B. AG [Beklagte und Beschwerdegegnerin]), SZW 2003, 336.

9 S. mit z.T. anderer Terminologie KMU-Portal des Bundes, https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/nachfolge-betriebseinstellung/uebertragung-des-unternehmens/arten-von-firmenuebertragungen.html, besucht am 10.9.2019; Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 18; Balz Hösly/Nadira Ferhat, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, successio 2016, 102.

10 Z.B. Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 6), 18; Hösly/Ferhat (Fn. 9), 102.

11 Z.B. KMU-Portal des Bundes, https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/nachfolge-betriebseinstellung/uebertragung-des-unternehmens/uebergabe-eines-unternehmens/familieninterne-nachfolge.html, besucht am 10.9.2019, mit den Stichwörtern Unternehmensnachfolge und Geschäftsführernachfolge; Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 18 f. mit den Stichwörtern der Eigentums- und Führungsübergabe.

12 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 19; s.a. zum zunehmenden Auseinanderklaffen von Management- und Finanzerben bzw. aktiven und passiven Erben über die Generationen und zum dadurch zunehmenden Problem der Interessengegensätze beim Familienunternehmen Lukas Fahrländer, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung, ZSR 2019 I, 286 f.

13 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 6, 18.

14 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 19.

15 Zum Begriff der Nachlassplanung z.B. Peter Breitschmid, Nachlassplanung – die Verfügungsarten, ihre Stärken und Schwächen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlassstellung, Zürich/Basel/Genf 2014, 1 ff.

16 Breitschmid (Fn. 15), 4, bezüglich Nachlassplanung.

17 S. auch Simon Bühler, Corporate Governance in Schweizer Familienunternehmen, ST 2012, 162, zum Grundsatz von «business first».

aller stakeholder, also z.B. auch der Arbeitnehmer (inkl. Unternehmensmanager), verfolgen.[18]

Im Interesse des Unternehmens ist eine geeignete Inhaberschaft, d.h. eine Inhaberschaft, die in Bezug auf die ihr zustehenden Kompetenzen Entscheidungen trifft, die im Interesse des Unternehmens sind. Dazu gehört die Versorgung mit den notwendigen Mitteln im weit verstandenen Sinn, also insbesondere die Versorgung mit dem notwendigen Kapital und mit dem notwendigen geeigneten Management (inkl. dem geeigneten Verwaltungsrat). Die Inhaberschaft ist dazu nur in der Lage, wenn Entscheidungen grundsätzlich möglich sind. Streitigkeiten in der Inhaberschaft, die solche Entscheidungen verhindern oder erschweren, sind aus Sicht des Unternehmens nicht willkommen, umso mehr, wenn das Unternehmen in diese Streitigkeiten hineingezogen wird.[19]

Selbst bei Familienunternehmen ist im Allgemeinen anerkannt, dass bei der Nachfolge in das Management im Sinne der Unternehmenslogik[20] das Leistungsprinzip zur Anwendung kommen soll, also auf die geeignetsten Familienmitglieder zu setzen ist.[21] Bei der Nachfolge in die Inhaberschaft wird dagegen bei Familienunternehmen in der Praxis im Sinne der Familienlogik[22] meist auf das Gleichheitsprinzip gesetzt,[23] was aus Sicht des Unternehmens keinen Sinn macht und entsprechend vermieden werden sollte, wenn und soweit dies möglich ist.[24] Aus Sicht des Unternehmens ist auch hier das Leistungsprinzip vorzuziehen. Ein Weg dazu ist, die Inhaberschaft und das Management möglichst deckungsgleich zu halten.[25] Damit wird das Risikoübernahme- und Leistungsprinzip in Einklang gebracht[26] und zudem das über die Generationen zunehmend entstehende Problem der Zweiteilung von Management- und Finanzerben bzw. aktiven und passiven Erben mit zunehmender Zersplitterung des Aktionariats gemildert.[27] Zudem ist das Management den Interessen des Unternehmens faktisch meist mehr als die Inhaberschaft verpflichtet, was im Aktienrecht auch rechtlich seinen Niederschlag findet, indem das Management im Unterschied zum Aktionariat rechtlich zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen verpflichtet ist.[28] Durch die Inhaberschaft ist das Management zudem zusätzlich incentiviert.[29] Weiter besteht bei Deckungsgleichheit auch kein Principal-Agent-Problem (zwischen Inhaberschaft und Management), was sich positiv auf das Risikoprofil der Gesellschaft auswirkt.[30] Zudem gilt, dass je mehr Inhaber ein Unternehmen hat, desto grösser die Gefahr ist, dass die erwähnten Entscheidungen nicht mehr getroffen werden können und Streitigkeiten entstehen. Allerdings sind nicht nur viele Aktionäre potenziell für

18 Zum Share- bzw. Stakeholder-Value-Ansatz im Aktienrecht z.B. Markus Vischer, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht, Aktienrecht, BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018, Aa1._AG gegen B._AG, Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018, 1405; s. z.B. auch Margit Osterloh, Eine Firma gehört nicht nur den Aktionären, NZZ 25.9.2019; Joel Fischer/Rolf Watter, Shareholder contra Stakeholder, Wem gehört eine Firma, NZZ 10.9.2019.

19 Zur Gefährlichkeit von Streitigkeiten der Inhaber von Unternehmen im Allgemeinen z.B. Kunz (Fn. 5), 452 f.

20 Bergmann/Halter/Zellweger (Fn. 6), 19.

21 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 6. 23 ff.; s.a. Urs Schenker, Strukturierung der Unternehmensnachfolge bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 222 f.; Bühler (Fn. 17), 163.

22 Bergmann/Halter/Zellweger (Fn. 6), 19.

23 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 6, 23 ff.; s. auch Schenker (Fn. 21), 223.

24 S.a. Hösly/Ferhat (Fn. 9), 116, bezüglich Anrechnungswert eines lebzeitig zugewendeten Unternehmens de lege ferenda: «Das unternehmerische Leistungsprinzip soll … den Gleichbehandlungsgrundsatz durchbrechen.»

25 Bühler (Fn. 17), 163; s.a. Bergmann/Halter/Zellweger (Fn. 6), 20; Schenker (Fn. 21), 232.

26 Hösly/Ferhat (Fn. 9), 115 f.

27 S. dazu IV.C.b.

28 Art. 717 Abs. 1 OR; zur fehlenden Treuepflicht des Aktionärs z.B. OFK-Vischer, Art. 680 OR N 5 f.

29 Bergmann/Halter/Zellweger (Fn. 6), 20; s.a. das BGBB, z.B. Art. 11 Abs. 1 BGBB, in dem das Gleichheitsprinzip bei der Nachfolge zugunsten des aus dem Leistungsprinzip abgeleiteten Selbstbewirtschaftungsprinzips verdrängt wird; s.a. Martin Eggel, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu BGE 143 III 425, AJP 2018, 421 f., wonach das richtig verstandene Gleichheits- und das Leistungsprinzip nicht derart verschieden sind, wie es auf den ersten Blick scheint, weil Gleichheit immer auch die Ungleichbehandlung von Ungleichem beinhaltet.

30 Anouk Bender, Risikomanagement in Familienunternehmen, in: Leo Staub (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft, Zürich/Basel/Genf 2018, 69; s.a. zur Kehrseite 73 f.; zum Principal-Agent-Problem (zwischen Inhaberschaft und Management) im Allgemeinen Christoph B. Bühler/Anne-Sophie Burckhardt-Buchs, Die Unabhängigkeit des Verwaltungsrats, EF 2019, 584 ff.; zu diesem Principal-Agent-Problem und weiteren Principal-Agent-Problemen Frick (Fn. 1), N 173 ff.

das Unternehmen gefährlich, sondern u.U. auch grosse und gleichstarke Blöcke (50%/50% oder 33%/33%/33%).[31]

Grösstes Problem bei der Nachfolgeplanung bei Familienunternehmen ist das Geld, genauer das fehlende Geld.[32] Dieses Problem existiert auch bei der Nachfolgeplanung bei anderen Unternehmen, z.B. in Form eines MBO.

III. Instrumente der Nachfolgeplanung

Gemäss der bereits mehrmals zitierten Studie des Center for Family Business der Universität St. Gallen und der Credit Suisse sind die Instrumente, in der Studie «Governance-Instrumente» genannt, zentral für die Unternehmensnachfolge.[33] Diese Governance-Instrumente reichen von Aktionärbindungsverträgen (bei Aktiengesellschaften) (ABV) bis zu den ehe- und erbrechtlichen Instrumenten wie Eheverträge, Erbverträge und Testamente, wobei in der Praxis der ABV eine herausragende Rolle spielt.[34]

IV. Aktionärbindungsverträge

A. Im Allgemeinen

Der ABV präsentiert sich als Vertrag über die Ausübung von Rechten und Pflichten, die im Zusammenhang mit der aktuellen oder zukünftigen Aktionärstellung einer oder mehrerer Vertragsparteien bei einer oder mehreren Aktiengesellschaften entstehen. Der ABV ist im Gesetz nicht explizit geregelt, wird aber generell als zulässig erachtet, was richtig ist, aber doch etwas überrascht, wenn man sich vor Augen hält, dass der ABV materiell ein Zusatz zum Gesellschaftervertrag und damit zu seiner aktienrechtlichen Manifestation, der Statuten, ist und die Abgrenzung von den Statuten deshalb nicht ganz offensichtlich ist. Trotzdem bemüht man sich um diese Abgrenzung und hält fest, dass hier (ABV) im Gegensatz zu dort (Statuten) die Vertragsfreiheit gilt, dafür aber der ABV im Gegensatz zu den Statuten keine erga-omnes-Wirkung hat, sondern nur inter partes und damit «nur» vertraglich und nicht gesellschaftsrechtlich wirkt.[35] Der ABV ist entgegen einer verbreiteten Meinung in aller Regel keine und auf alle Fälle nicht per se eine einfache Gesellschaft, sondern ein Innominatkontrakt, auf den je nach Regelungskreis einfaches Gesellschaftsrecht, Kaufrecht oder ein anderes Recht zur Anwendung zu bringen ist.[36]

Infolge der geschilderten alleinigen inter-partes- und vertraglichen Wirkung des ABV werden in der Praxis oft einzelne Elemente eines ABV in den Statuten und im Organisationsreglement der Aktiengesellschaft gesellschaftsrechtlich verbindlich umgesetzt. Das gilt z.B. bezüglich Beschlussquoren in der Legislative und der Exekutive.[37]

Um als Instrument der Nachfolgeplanung eingesetzt werden zu können, braucht es insbesondere geeignete Corporate-Governance-Regeln, Verfügungsbeschränkungen, eine Dividendenregelung und Beendigungsregeln.

B. Corporate-Governance-Regeln

Corporate-Governance-Regeln in einem ABV sind die Regeln, welche die Legislative (Generalversammmlung) und die Exekutive (Verwaltungsrat und ev. separate Geschäftsleitung) der Aktiengesellschaft betreffen und u.a. die Zusammensetzung dieser Gremien und deren Entscheidungsfindung zum Gegenstand haben.[38]

---

31 Bergmann/Halter/Zellweger (Fn. 6), 19.

32 Bergmann/Halter/Zellweger (Fn. 6), 18.

33 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 26 ff.

34 Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 26; gl.M. Angela Hensch/Leo Staub, Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeregelung in Familiengesellschaften von zentraler Bedeutung für die Kontinuität, ST 2002, 1173, welche den ABV als «Instrument der Nachfolgeregelung von zentraler Bedeutung» sehen; a.M. Dieter Haab, Der Aktionärbindungsvertrag, Vereinbarung zur Ergänzung des Aktienrechts und Mittel für eine massgeschneiderte Nachfolgeregelung, ST 2007, 383, der die ehe- und erbrechtlichen Instrumente «im Vordergrund» und den ABV lediglich, aber immerhin, als «interessante Alternative» sieht.

35 BGE 145 III 351, E. 4.3.1; zum Ganzen Markus Vischer, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 427.

36 Zum Ganzen Vischer (Fn. 35), 428 ff.; s. schon Beat Kühni, Exitregelungen in Venture Capital/Private Equity Finanzierungen – Ausgestaltung, Durchsetzung und Schranken, in: Dieter Gericke (Hrsg.), Private Equity, Verträge und Rechtsfragen bei Venture Capital Investments (auf Grundlage der SECA-Musterverträge), Zürich/Basel/Genf 2011, 216 ff.; a.M. h.L., z.B. Thomas Jutzi/Fabian Eisenberger, Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärbindungsvertrags, ZBJV 2018, 166 ff., welche Aktionärbindungsverträge entweder als gesellschaftsrechtliche oder schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge bzw. als Mischformen sehen.

37 S. dazu IV.B.

38 Zum Begriff der Corporate Governance im Allgemeinen z.B. Bühler (Fn. 17), 162; Gion Giger, Corporate

Es gibt zahllose Varianten, wie diese Regeln gestaltet werden können. Unter dem erwähnten Gesichtspunkt, dass die Regeln im Interesse der Gesellschaft sein sollen, ist darauf zu achten, dass sie möglichst einfach und klar und damit wenig streitanfällig sind. Was die Zusammensetzung der Exekutive betrifft, sollen sie wie erwähnt sicherstellen, dass dem Leistungsprinzip Rechnung getragen wird, also bei Familiengesellschaften auf die geeignetsten Familienmitglieder und/oder auf geeignete Dritte gesetzt wird.[39] Zudem sollten die Gremien nicht zu gross sein. Was die Entscheidungsfindung betrifft, sollte in erster Linie sichergestellt werden, dass überhaupt Entscheidungen zustande kommen.[40] Mit dem Minderheitenschutz sollte also nicht übertrieben werden. Das legt im Regelfall neben dem gerade erwähnten Verzicht auf grosse Gremien einen Verzicht auf komplizierte und damit streitanfällige Vorverfahren z.B. mittels einer Gesellschafter-(Aktionärs-)Versammlung vor jeder Generalversammlung nahe,[41] zumal Weisungen der Gesellschafter an den Verwaltungsrat in der Folge einer solchen Versammlung nur beschränkt möglich sind.[42] Es sollte in aller Regel allein mit erhöhten Beschlussquoren gearbeitet werden. Präsenzquoren machen meist keinen Sinn. Allenfalls sind sie maximal für eine erste, nicht aber für eine zweite Entscheidungsrunde vorzusehen. Bezüglich Beschlussquoren ist von unnötig vielen und unnötig hohen Quoren abzusehen, zumal umstritten ist, inwieweit solche Beschlussquoren in einem ABV bzw. in Statuten und im Organisationsreglement, in denen sie umgesetzt sind,[43] zulässig sind.[44] Überhaupt sollte im Regelfall auf Beschlussquoren auf Stufe Generalversammlung verzichtet werden. Art. 704 OR und ähnliche Bestimmungen in anderen Gesetzen, z.B. dem FusG, bieten im Normalfall genügend Schutz für Minderheitsaktionäre. Der Stichentscheid hilft, zu Entscheidungen zu kommen und ist deshalb aus Sicht der Gesellschaft hilfreich. Allerdings ist er nur noch auf Stufe Verwaltungsrat und nicht mehr auf Stufe der Generalversammlung zulässig.[45] Das Gleiche gilt für den Losentscheid.[46]

Informations- und Kontrollrechte im ABV[47] sollten (in Abstimmung mit den gesetzlichen Aktionärs- und ev. Verwaltungsratsrechten) die Ausübung der Rechte der Vertragsparteien gemäss ABV sicherstellen, aber nach der hier vertretenen Linie auf die Interessen der Gesellschaft Rücksicht nehmen, z.B. derart, dass die Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft angemessen geschützt bleiben.

C. Verfügungsbeschränkungen

a) Allgemeines

Die Verfügungsbeschränkungen betreffenden Regeln eines ABV umfassen Veräusserungsverbote für eine beschränkte Zeit («lock-up» oder «lock-in»),[48] Vorkaufs- («rights of preemption»), Vorhand- («rights of first refusal» oder «rights of first offer»), Verkaufs- («put options»), Kauf- («call options») und Mitverkaufsrechte («take along», «tag-along» oder «co-sell right») und Mitverkaufspflichten («drag-along» oder «co-sell-obligation»),[49] wobei darauf hinzuweisen

Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, Zürich/Basel/Genf 2003, 6 ff.; zur Corporate Governance als Bewältigungsmethode des Principal-Agent-Problems (zwischen Inhaberschaft und Management) Bühler/Burckhardt-Buchs (Fn. 30), 584.

39 Zur Rolle geeigneter Dritter im Allgemeinen z.B. Fahrländer (Fn. 12), 295 f.; Kunz (Fn. 5), 454.

40 Gl.M. Michel Jaccard, Conventions d'actionnaires et PME, ST 2014, 340.

41 S. dazu im Allgemeinen z.B. Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 776 f., 908 ff.

42 BGE 145 III 351, E. 4.3.1.

43 S. dazu IV.A.

44 Z.B. Michael Trippel, Mitwirkungsrechte von Investoren – Ausgestaltung von Quoren in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: Dieter Gericke (Hrsg.), Private Equity, Verträge und Rechtsfragen bei Venture Capital Investments (auf Grundlage der SECA-Musterverträge), Zürich/Basel/Genf 2011, 76 ff., 90 ff., 94 ff.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 409 ff., § 13 N 119 ff.

45 Markus Vischer, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht, Aktienrecht, BGer, 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, AJP 2017, 686 ff.; Markus Vischer, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017, 81 ff., insb. 92.

46 Vischer (Fn. 45, GesKR), 93; s.a. zur Pattsituation im Allgemeinen IV.C.b.

47 Dazu im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1142 ff.

48 Zum Begriff im Allgemeinen z.B. Damian Fischer, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Zürich/St. Gallen 2009, 57 f.

49 Zum Begriff der Vorkaufs-, Vorhand- und Kaufrechte, der sogenannten Erwerbsberechtigungen, im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1178 ff., N 1262 ff., N 1285 ff.; Fischer (Fn. 48), 61 ff.; zum Begriff der Verkaufs- und Mitverkaufsrechte im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1311 ff., 1321 ff.; Fischer (Fn. 48), 98 ff.; zum Begriff der Mit-

ist, dass in der Praxis die Bezeichnungen (weder auf Deutsch noch auf Englisch) einheitlich gebraucht werden. Die Regeln sollten die (gegenwärtigen und zukünftigen) Aktien, aber auch allfällige Bezugsrechte erfassen, was in der Praxis oft vergessen wird. Ebenso sollten sie aktive oder passive Aktionärsdarlehen, d.h. vom Aktionär der Gesellschaft bzw. von der Gesellschaft dem Aktionär gewährte Darlehen, umfassen, z.B. bei Vorkaufs-, Vorhand-, Verkaufs-, Kauf- und Mitverkaufsrechten und Mitverkaufspflichten derart, dass ein Gleichlauf von Aktien und Aktionärsdarlehen oder eine Rückzahlung von Aktionärsdarlehen vorgesehen wird.[50]

Oft werden solche Instrumente mit Regelungen ergänzt, welche Aktienübertragungen nicht von ihnen erfasst werden sollen und damit «erlaubt» sind («permitted transfers»). So findet sich in der Praxis oft die Regelung, dass bei Aktienübertragungen auf Vertragsparteien das Vorkaufs- oder Vorhandrecht nicht greift.[51] In der Praxis sieht man in diesem Zusammenhang auch «Grossvater» («grandfathering»)-Regelungen, welche im Sinne einer Übergangsregel für gewisse Vertragsparteien, nicht aber für ihre Rechtsnachfolger oder andere Vertragsparteien, gewisse Ausnahmen von den Verfügungsbeschränkungen vorsehen, z.B. vom Kaufrecht im Todesfall, wenn mittels ehe- und erbrechtlicher Instrumente die Rechtsnachfolge in die Aktien der von der Grossvater-Regelung profitierenden Partei geklärt ist (und die Rechtsnachfolger Vertragsparteien sind oder werden).

Zu den Verfügungsbeschränkungen im weiteren Sinne gehören auch Überbindungsklauseln, wobei die Wirkungen einer solchen Überbindung klar zu regeln sind.[52] Eine Überbindungsklausel kann Aktienverkäufe an einen Dritten nicht nur erschweren, sondern auch erleichtern, je nachdem, ob die auf den Dritten übergehenden Pflichten (wie ein lock-up) im ABV oder die auf den Dritten übergehenden Rechte im ABV (wie ein Sitz im Verwaltungsrat) vom Dritten (und damit vom Markt) insgesamt als negativ oder positiv gewertet werden.

Es gibt zahllose Varianten, wie Verfügungsbeschränkungen aussehen können. In der Praxis finden sich zahlreiche Verträge, denen man ansieht, dass l'art pour l'art betrieben wird, also Instrument an Instrument gereiht wird, ohne dass ein Konzept erkennbar ist. Oft ist die entsprechende Aneinanderreihung nicht einmal Kunst (l'art), weil die Instrumente schlecht aufeinander abgestimmt sind, wenn sie denn überhaupt in sich stimmig sind. So werden Vorkaufsrechte oft für Fälle vorgesehen, die nicht einen klassischen Vorkaufsfall, also einen Kauf i.S. von Art. 184 ff. OR, darstellen, wie z.B. für Schenkungen, Tauschgeschäfte, Einbringungen in Gesellschaften, Kontrollwechsel, Verpfändungen, Nutzniessungseinräumungen. In diesen Fällen funktionieren Vorkaufsrechte nicht oder nicht befriedigend.[53] Diese Gegebenheiten sind deshalb anders zu regeln. Entweder arbeitet man in diesen Fällen mit Kaufrechten oder man erlaubt nur Verkäufe i.S. von Art. 184 ff. OR, bei welchen das Vorkaufsrecht sauber greift, und verbietet alle anderen freiwilligen Dispositionen über Aktien.[54]

b) Anforderungen konzeptioneller Natur, insbesondere Schlüsselfunktion des Kaufrechts im Todesfall und der Mitverkaufspflicht

Konzeptionell müssen Verfügungsbeschränkungen sicherstellen, dass keine (gegenwärtige und zukünftige) Aktie auf einen Dritten übergeht, ohne dass die Vertragsparteien dies verhindern können.[55] Zu diesem Zweck sind neben lock-up-Bestimmungen bezüglich freiwilliger Dispositionen der Vertragsparteien über Aktien Vorkaufs- oder Vorhandrechte und bezüglich unfreiwilliger Übertragungen von Aktien (z.B. im Konkurs oder in einer Ehescheidung einer Vertragspartei) Kaufrechte vorzusehen.[56] Weil Kaufrechte bei unfreiwilligen Übertragungen rechtlich heikel sind, müssen sie besonders durchdacht formuliert und insbesondere an die «richtigen» Ereignisse angeknüpft werden, z.B. bei einem Kaufrecht im Konkurs nicht nur an den Konkurs einer Vertragspartei, sondern auch an Ereignisse im Vor-

verkaufspflicht im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1321 ff.; zum Vorkaufsrecht an Aktien s.a. Markus Vischer, Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR 2014, 82 ff.

50 S. z.B. zum Verkaufsrecht (put option) für Darlehen Ulysses von Salis, Private Equity, Finanzierungsverträge, Funktion, Recht, Steuern, Zürich/Basel/Genf 2002, N 1097 ff.

51 Fischer (Fn. 48), 286.

52 Übergang der Vertragsposition der ausscheidenden Partei auf die eintretende Partei oder nicht, ex-tunc- oder ex-nunc-Eintritt in die Vertragsposition der ausscheidenden Partei etc.; zur Überbindungspflicht im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1690 ff.

53 Beat Kühni (Fn. 36), 173; s.a. José-Miguel Rubido, L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé, Genf/Zürich/Basel 2012, N 243 ff., betreffend Grundstücke.

54 Und damit u.a. Verpfändungen und Nutzniessungseinräumungen; dazu z.B. Fahrländer (Fn. 12), 307 f.

55 Sogenannter Systemschutz; z.B. Fischer (Fn. 48), 56.

56 Bezüglich unfreiwilliger Übertragungen im Allgemeinen Hensch/Staub (Fn. 34), 1176.

feld eines möglichen Konkurses, z.B. an bestimmte Betreibungen wie Betreibungen von Steuer- und Sozialversicherungsbehörden oder an Nachlassstundungsgesuche.[57] Kaufrechte sind beim Verfassen auch deshalb herausfordernd, weil die Kaufbedingungen und insbesondere der Kaufpreis zu fixieren sind. Letzterer muss i.S. von Art. 184 Abs. 3 OR bestimmt oder mindestens bestimmbar sein. Bezüglich Kaufpreis werden in der Praxis vielfach Kaufpreisformeln verwendet, welche allerdings oft unklar formuliert und u.a. infolge der verwendeten Parameter wie Cashflow, Umsatz, Ertrag oder Diskontierungssatz[58] streitanfällig sind. Vorzuziehen ist deshalb meist, mindestens als Ausgangspunkt, ein Festhalten der Massgeblichkeit des wirklichen Werts, was unter dem Titel der Bestimmbarkeit genügt.[59] Der Begriff des wirklichen Werts ist auch der Begriff, der in Art. 685b Abs. 1, Abs. 4, Abs. 5 und Abs. 6 OR verwendet wird und mit dem man Erfahrung hat.[60] In der Praxis wird meist angeordnet, dass bei Uneinigkeit der Vertragsparteien ein Schiedsgutachter den Kaufpreis bestimmt. Davon sollte abgesehen werden, sind doch mit einem Schiedsgutachten, wenn es denn rechtlich überhaupt eines ist, zurzeit zu viele Rechtsunsicherheiten verbunden, weshalb ein solches mindestens zurzeit trotz eines neueren Bundesgerichtsurteils zum Schiedsgutachten[61] nicht praxistauglich ist.[62] In der Praxis werden im ABV beim Kaufrecht oft nur der Kaufpreis, aber nicht die übrigen Kaufkonditionen geregelt, was zum Beispiel so korrigiert werden kann, dass dem ABV als Anhang ein Aktienkaufvertrag beigefügt wird, der bei Ausübung des Kaufrechts zustande kommt. Aber auch wenn dies geschieht, bleiben Kaufrechte mindestens bei nicht kotierten Aktiengesellschaften wegen der notwendigen Kaufpreisbestimmung, aber auch wegen der erwähnten ihnen inhärenten rechtlichen Probleme streitanfällig.[63]

Konzeptionell müssen Verfügungsbeschränkungen nicht nur gewährleisten, dass keine Aktie auf einen Dritten übergeht, ohne dass die Vertragsparteien dies verhindern können, sondern auch, dass die Aktien aus Sicht der Aktiengesellschaft auf die «richtigen» Vertragsparteien übergehen.[64] Nachdem die Gesellschaft wie erwähnt daran interessiert ist, dass die Inhaberschaft und das Management der Gesellschaft möglichst identisch ist und möglichst wenige Inhaber bestehen, sind die «richtigen» Aktionäre meist diejenigen, die auch Manager des Unternehmens und/oder bereits grössere Aktionäre (oder anderswie geeignete Aktionäre oder Vertragsparteien) sind. Rechtlich kann dies z.B. so sichergestellt werden, dass bei der Ausübung eines Vorkaufs-, Vorhand- oder Kaufrechts Prioritäten festgelegt werden, also bestimmt wird, dass zuerst diejenigen Vertragsparteien das Recht ausüben können, die Manager und/oder grössere Aktionäre (oder anderswie geeignete Aktionäre oder Vertragsparteien) sind, bevor es andere Vertragsparteien ausüben können.[65] Gleiches lässt sich mutatis mutandis auch bei Verkaufsrechten statuieren. Zudem gilt es, im ABV festzuschreiben, dass Vorkaufs-, Vorhand-, Verkaufs- und Kaufrechte nur in Bezug auf alle vom entsprechenden Recht erfassten Aktien und nicht nur in Bezug auf einen Teil der Aktien ausgeübt werden können, auch wenn das die Ausübung dieser Rechte infolge des grösseren Geldbedarfs erschwert.[66] Denn sonst wird der Zersplitterung des Aktionariats Vorschub geleistet, was wie ausgeführt nicht im Interesse der Aktiengesellschaft ist. Diese Alles-oder-Nichts-Lösung ist der Lösung der Koppelung der Rechte in dem Sinne, dass nur alle (anderen) Vertragsparteien zusammen und nicht nur eine Vertragspartei allein ihr Recht ausüben können,[67] vorzuziehen. Diese Alles-oder-Nichts-Lösung setzt eine Regelung voraus, was passiert, wenn das betreffende Recht durch mehrere Personen ausgeübt wurde. Meist ist diese Regelung

57 Zur Problematik von Kaufrechten im Konkurs z.B. Rubido (Fn. 53), N 743 ff., betreffend Grundstücke.

58 Zu diesen Begriffen z.B. Dario Galli/Michael Kündig/Markus Vischer, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, 427.

59 Beschluss und Urteil Obergericht des Kantons Zürich NG180008-O, 9.11.2018, ZMP 2018 Nr. 15, E. 5.4 (Manor AG/Oscar Weber AG, c/o Swiss Life AG), und Beschluss Mietgericht Zürich, MB140015-L, 26.1.2017, ZMP 2017 Nr. 1, E. 5.6 (Manor AG/Oscar Weber AG, c/o Swiss Life AG), bezüglich Bestimmbarkeit des neuen Mietzinses, der sich nach den «dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen» richtet; bestätigt durch Urteil des Mietgerichts Zürich, MB180001-L, 18.4.2019, ZMP 2019 Nr. 8, E. 4.2.3, bezüglich Bestimmbarkeit des neuen Mietzinses, der sich nach den «dannzumal geltenden Marktverhältnissen» richtet.

60 Dazu z.B. BSK OR II-du Pasquier/Wolf/Oertle, Art. 685b N 12.

61 BGer, 4A_460/2018, 13.6.2018; s. dazu auch Dario Galli/Markus Vischer, Rechtsnatur des Schiedsgutachtens, in: dRSK, publiziert am 19.8.2019.

62 S. dazu im Allgemeinen Angela Baumeler/Dario Galli/Markus Vischer, «Schiedsgutachten» über die Bestimmung des Aktienwerts, dRSK, publiziert am 31.1.2019, Rz 24; Galli/Kündig/Vischer (Fn. 58), 434 f.

63 S. z.B. BGer, 4A_282/2017, 2.5.2018.

64 Z.B. Fischer (Fn. 48), 56, der in diesem Zusammenhang von erwünschten Personen spricht.

65 Dazu im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1327 ff.; Kühni (Fn. 36), 178 f., 205 f.; von Salis (Fn. 50), N 1033.

66 S.a. Kühni (Fn. 36), 179.

67 Dazu im Allgemeinen z.B. Fischer (Fn. 48), 275.

derart, dass die Aufteilung proportional zum bisherigen Aktienbesitz erfolgt.[68]

Eine Schlüsselfunktion beim Ziel der Gesellschaft, dass die Aktien auf den «richtigen» Aktionär übergehen, hat das Kaufrecht der anderen (oder gewisser anderer) Vertragsparteien im Todesfall eines Aktionärs, das in keinem ABV unter Beteiligung natürlicher Personen fehlen sollte.[69] Mit diesem Kaufrecht wird in aller Regel eine Reduktion der Anzahl der Aktionäre erreicht, was wie ausgeführt aus Sicht der Gesellschaft zu begrüssen ist. Zudem wird damit erreicht, dass die Aktien nicht an aus Sicht der Gesellschaft allenfalls ungeeignete und uninteressierte Erben gehen. Das ist nicht nur im Interesse der Gesellschaft, sondern auch im Interesse der Erben, die in der Praxis meist nicht an den Aktien, sondern an Geld interessiert sind. Der Kaufpreis beim Kaufrecht im Todesfall sollte deshalb dem wirklichen Wert der Aktien entsprechen, auch wenn das die Ausübung dieses Rechts infolge des grösseren Geldbedarfs erschwert. Mit dieser Entsprechung lassen sich zudem bis zu einem gewissen Grade erbrechtliche Themen unter dem Titel Pflichtteilsrecht oder Ausgleichung vermeiden. Es ist zudem so, dass das (ausgeübte) Kaufrecht im Todesfall durch die möglicherweise damit verhinderte Entstehung von Mehr- und Minderheitsaktienpaketen die unter der sogenannten «biens aisément négociables»-Doktrin besonders akzentuiert auftretenden Pflichtteilsrechtsprobleme[70] lösen kann. Ebenso kann das (ausgeübte) Kaufrecht im Todesfall die im Teilungsrecht in Anwendung der zwar nicht absolut geltenden, aber doch mit Unschärfen im Grundsatz geltenden, «10%-Regel» bei der Bildung von Losen[71] auftretenden Probleme[72] beheben.

Bezüglich Postulat des Statuierens des wirklichen Werts sei nicht verschwiegen, dass es nicht einfach ist, den wirklichen Wert von Aktien zu bestimmen,[73] und das Bundesgericht sich mit der Anwendung eines vernünftigen Methodenpluralismus zwar nicht im Allgemeinen, aber doch in Einzelfällen, auf den Holzweg begibt.[74] So oder so gibt es beim Kaufrecht im Todesfall ein (weiteres) erbrechtliches Thema, weil das Bundesgericht die gegenseitige Einräumung von Kaufrechten im Todesfall (zu Unrecht) als Verfügung von Todes wegen und damit als den erbrechtlichen Verfügungsformvorschriften unterworfen qualifizieren könnte,[75] wobei zu hoffen ist, dass das Bundesgericht mindestens in den Fällen, in denen die gegenseitigen Kaufrechte nicht nur für den Fall des Todes, sondern auch in anderen Fällen eingeräumt wurden, einen anderen Standpunkt einnehmen wird.[76] Dem «bundesgerichtlichen Problem» kann, ebenso wie einem im vorliegenden Zusammenhang nicht empfohlenen Vorzugspreis, dadurch begegnet werden, dass der ABV in der Form des Erbvertrags erstellt wird, was allerdings dann umständlich wird, wenn nicht alle Erben der betroffe-

68 S.a. Kühni (Fn. 36), 180.

69 Gl.M. Fahrländer (Fn. 12), 311.

70 Dazu im Allgemeinen z.B. Hösly/Ferhat (Fn. 9), 119, 121; Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 598; Paul Eitel, KMU und Pflichtteilsrecht, in: Jörg Schmid/Daniel Girsberger (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich/Basel/Genf 2006, 55 ff.; s.a. Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge), https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-unternehmensnachfolge-d.pdf, besucht 10.9.2019 (zit. Vorentwurf), Art. 522a Abs. 1 VE-ZGB mit der Kodifikation der «biens aisément négociables»-Doktrin.

71 Dazu z.B. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10.4.2019, https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-unternehmensnachfolge-d.pdf, besucht 10.9.2019, 12; BGE 143 III 425, E. 4.6.

72 Dazu im Allgemeinen z.B. Hösly/Ferhat (Fn. 9), 108 f., 121; s.a. Vorentwurf Art. 617 VE-ZGB mit der Möglichkeit der Integralzuweisung von Unternehmen bzw. Unternehmensanteilen.

73 Zu den verschiedenen Bewertungsmethoden z.B. Tobias Hüttche/Fabian Schmid, Pragmatisch, praktisch, gut: DCF-Bewertung von KMU, Trex 2019, 84 ff.; s.a. Hösly/Ferhat (Fn. 9), 111 ff.; Eitel (Fn. 70), 50 ff. zu den im (Ehe- und) Erbrecht vom Bundesgericht angewandten Bewertungsmethoden.

74 S. z.B. BGer, 6B_918/2018, 24.4.2019, E. 2.4.5, mit der apodiktischen Ablehnung von Ertragswertmethoden; s. dazu auch Sophie Regenfuss/Dario Galli/Markus Vischer, Anwendung der Wucherstrafnorm auf eine M&A-Transaktion, in: dRSK, publiziert am 23.9.2019, Rz 17.

75 S. BGE 113 II 270 bezüglich gegenseitiger auf den Tod oder nur auf den Tod und nicht auf weitere Fälle bedingter Abfindungsklauseln; zur Kritik dieses Entscheids z.B. Markus Vischer, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, allgemein, Entstehung, BGer 4A_45/2017: Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_45/2017 vom 27.6.2017, A. gegen B., Aktionärbindungsvertrag, übermässige Bindung (zur Publikation bestimmt), AJP 2017, 1132; Hösly/Ferhat (Fn. 9), 124 f.; s.a. Kühni (Fn. 36), 214 ff.

76 S. immerhin neueren Datums als BGE 113 II 270 BGer, 4A_575/2009, 11.2.2010, E. 2.3, wo das Bundesgericht ein auf den Tod eingeräumtes vorgemerktes Kaufrecht an einem Grundstück als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden qualifizierte, s.a. E. 2.2, wonach nach dem Grundsatz des favor negotii eher ein gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden als ein ungültiges Rechtsgeschäft von Todes wegen anzunehmen ist (Grundsatz des favor negotii bestätigt z.B. in BGer, 5A_140/2014, 17.10.2014, E. 2.1).

nen Personen bereits sonst Vertragsparteien des ABV sind. Zu erinnern ist, dass (auch) bei der Ausübung des Kaufrechts im Todesfall eine Prioritätsliste festgesetzt werden kann, womit die als Nachfolger bevorzugten Vertragsparteien in die «Poleposition» gebracht werden können. Das setzt voraus, dass diese Nachfolger Vertragsparteien sind, was, wie bereits der Umschreibung des ABV entnommen werden konnte, auch dann möglich ist, wenn sie noch keine Aktien haben.[77] Eine solche vorzeitige Einbindung von Nachfolgern in den ABV ist komplizierten und umstrittenen und damit streitanfälligen Instrumenten mittels einfacher oder qualifizierter Eintritts- oder einfacher oder qualifizierter Nachfolgeklauseln[78] vorzuziehen.

Fast von gleicher Bedeutung wie das Kaufrecht im Todesfall ist in der jetzigen Zeit ein Kaufrecht bei (dauernder) Handlungsunfähigkeit einer Vertragspartei. Auch bei ihm wird (wie im Übrigen bei den meisten Kaufrechten) sinnvollerweise die Ausübung zum wirklichen Wert vorgesehen.

Statt mit einem Kaufrecht im Todesfall oder bei (dauernder) Handlungsunfähigkeit kann man im ABV auch mit einer Fortsetzungs- und damit verbundenen Abfindungsklausel[79] arbeiten, wobei einer Fortsetzungs- und damit verbundenen Abfindungsklausel das Optionale wie bei einem Kaufrecht fehlt, weil eine Fortsetzungsklausel und damit verbundene Abfindungsklausel im Todesfall oder bei (dauernder) Handlungsunfähigkeit im Endeffekt nur ein auf den Tod oder die (dauernde) Handlungsunfähigkeit und nicht noch auf eine Ausübungserklärung bedingter Kaufvertrag ist.

Bezüglich Kaufrecht im Todesfall und bei (dauernder) Handlungsunfähigkeit (und bezüglich Fortsetzungs- und damit verbundener Abfindungsklausel) ist nachzutragen, dass das Bundesgericht solche Instrumente als gegen Art. 27 ZGB verstossend und damit nichtig betrachten könnte,[80] wobei zu hoffen ist, dass der entsprechende Entscheid ein singulärer Entscheid in einem singulären Fall, also bad law in einem bad case, und deshalb nicht wirklich präjudiziell ist, weil im beurteilten Fall ein ewiger Vertrag und weniger die Nachfolgeregelung an sich im Vordergrund stand.[81]

Bei einem ABV unter Beteiligung juristischer Personen hat ein Kaufrecht im Falle eines Kontrollwechsels[82] fast die gleiche überragende Bedeutung wie bei natürlichen Personen ein Kaufrecht im Todesfall und bei (dauernder) Handlungsunfähigkeit, v.a. dann, wenn hinter der juristischen Person eine oder wenige dominierende natürliche Personen stehen.

Generell ist bei der Ausgestaltung der Verfügungsbeschränkungen darauf zu achten, dass die richtige Balance zwischen Immobilität und Mobilität der Aktien gefunden wird. Mit z.B. zu langen lock-up-Perioden oder dem per se meist praxisuntauglichen Vorkaufsrecht[83] oder sogar einem Vorkaufsrecht nach einem vorgeschalteten Vorhandrecht[84] (oder umgekehrt) werden die Aktien, insbesondere wenn es noch vinkulierte Aktien sind,[85] immobilisiert und ein Exit[86] verunmöglicht bzw. nur noch auf dem konsensualen Weg ermöglicht. Ein Exit in irgendeiner vordefinierten und von einem späteren Konsens unabhängigen Form muss aber möglich sein.[87] Einerseits fehlt es sonst an der Incentivierung der Aktionäre, im Interesse der Gesellschaft tätig zu werden, also weiter in die Gesellschaft zu investieren, z.B. durch Ausübung eines Vorkaufs- oder Vorhandrechts, was besonders für den Manager-Aktionär gilt. Andererseits gibt es sonst kein Ventil bei Streitigkeiten.[88] Es ist zudem so, dass spieltheoretisch bereits das Vorhandensein einer nicht konsensualen Exit-Möglichkeit den Kon-

77 S.a. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 566 zur vorzeitigen Einbindung von Nachfolgern.

78 Dazu im Allgemeinen Jutzi/Eisenberger (Fn. 36), 184 ff.; Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 539 ff.

79 Zu solchen Klauseln im Todesfall im Allgemeinen Jutzi/Eisenberger (Fn. 36), 172 ff.; Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 470 ff.

80 S. BGE 143 III 480, bezüglich Überbindungspflicht des ABV auf Nachfolger.

81 Vischer (Fn. 75), 1132 f.; ebenfalls kritisch zu BGE 143 III 480 Mona Stephenson, Résilier une convention d'actionnaire, EF 2019, 55; Sébastien Bettschart/Philipp Fischer, Une convention d'actionnaire est jugée excessive par le Tribunal fédéral, in: dRSK, publiziert am 24.10.2017.

82 Dazu im Allgemeinen z.B. Fischer (Fn. 48), 285; s.a. Kühni (Fn. 36), 176 f. Fn. 52, zur Alternative zu einem Kaufrecht im Falle eines Kontrollwechsels, nämlich einer Rückübertragungspflicht, wenn vorher im Rahmen eines permitted transfer eine Übertragung stattfand.

83 S. dazu IV.C.c.

84 Dazu im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1284, s.a. N 1304 f.

85 S. dazu IV.C.c.

86 Dazu im Allgemeinen von Salis (Fn. 50), N 924 ff.

87 Gl.M. Kunz (Fn. 21), 453; Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 134; s.a. Bühler (Fn. 17), 164.

88 Jaccard (Fn. 40), 340; s.a. Markus Bösiger, Die Organisation der geschlossenen AG, Reprax 2017, 139 f., mit der Verwendung des Begriffs der «Fluchtoption».

sens bezüglich eines Exit fördert.[89] Ein teilweiser Exit wird mit Dividenden erreicht, weshalb eine vernünftige Dividendenregelung wichtig ist.[90] Ein gänzlicher Exit wird mit Verkaufsrechten (und insbesondere auch den Mitverkaufsrechten) und der Mitverkaufspflicht erreicht.[91] Ein Verkaufsrecht ermöglicht z.B. einem Manager-Aktionär bei Beendigung seines Arbeitsvertrags einen Exit, während eine Mitverkaufspflicht einen Exit für alle erlaubt, denn professionelle Mitverkaufspflichten sind so strukturiert, dass eine Mehrheit oder sogar Minderheit der Aktionäre gegen den Willen der anderen Aktionäre 100% der Aktien an einen Dritten verkaufen kann. Denn im Regelfall gibt es nur einen Markt für 100% der Aktien, und nicht für einige wenige Aktien, und wird nur bei einem Verkauf von 100% der Aktien ein adäquater Kaufpreis erzielt. Entsprechend sollte es keinen ABV geben, in dem eine Mitverkaufspflicht fehlt,[92] auch weil ein gemeinsamer Verkauf an einen Dritten bei Streitigkeiten unter den Aktionären oft die geeignetste Lösung ist. Bei der Gestaltung der Mitverkaufspflicht ist in der Regel vorzusehen, dass die Mitverkaufspflicht allfälligen Vorkaufs- und Vorhandrechten vorgeht, weil sonst die Gefahr droht, dass die Mitverkaufspflicht infolge Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vorkaufs- und Vorhandrecht nicht oder zumindest lange nicht greift.[93] Von Preisbestimmungen wie einem Mindestverkaufspreis oder gar einer Preisbestimmung z.B. in der Form einer Preisformel ist in der Regel abzusehen,[94] weil so die Mitverkaufspflicht illusorisch werden kann. Bei der Definition der Mehrheit oder Minderheit der Aktionäre, welche die Mitverkaufspflicht auslösen können, kann auf einen Prozentsatz am Gesamtkapital, einen Prozentsatz am gesamten Stimmrecht, auf Anzahl nach Köpfen oder auf andere Parameter abgestellt werden. Das Abstellen auf Köpfe bewirkt, dass einer (aus Sicht der Aktiengesellschaft unerwünschten) Zersplitterung des Aktionariats mittels eines durch die Mitverkaufspflicht ermöglichten Verkaufs Einhalt geboten werden kann. Es kann bezüglich Parameter auch in der Zeit differenziert werden, also z.B. derart, dass anfänglich 60% der Aktionäre (bemessen nach Kapital- oder Stimmrechtsanteil) und nach einer gewissen Zeit bereits 40% der Aktionäre (bemessen nach Kapital- oder Stimmrechtsanteil) eine Mitverkaufspflicht in Anspruch nehmen können, womit ein Exit erleichtert wird. Das kann z.B. dann Sinn machen, wenn abzusehen ist, dass eine Zersplitterung des Aktionariats aufgrund eines Generationenwechsels droht.

Zum Exit führen auch andere, oft spieltheoretisch begründete Instrumente, wie etwa das Russianroulette-, das Texas-shoot-out- oder das blind-bid-Verfahren,[95] welche in der Praxis vor allem in Pattsituationen («deadlocks») zur Lösungsfindung eingesetzt werden. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass solche Instrumente in diesen Situationen meist nicht befriedigen, wie überhaupt zu konstatieren ist, dass es kaum vertragliche Instrumente gibt, die in diesen Situationen zu vernünftigen Lösungen führen. I.d.R. ist man am besten beraten, bei Pattsituationen nicht auf vertragliche, sondern auf die gesetzlichen Rechtsbehelfe zu setzen, z.B. gemäss Art. 731b OR.

c) Anforderungen praktischer Natur, insbesondere fehlende Tauglichkeit des Vorkaufsrechts

Ein grosses Gewicht ist bei der Regelung der Verfügungsbeschränkungen der Praktikabilität einzuräumen. Ein Vorkaufsrecht ist nur beschränkt praxistauglich, weil sich meist höchstens eine bestehende Vertragspartei, aber keine Drittpartei finden lässt, die nur einen Teil der Aktien kaufen will und die eine in aller Regel kostspielige Due Diligence durchführt und kostspielig einen Aktienkaufvertrag verhandelt, wenn sie weiss, dass ihr ein Dritter den Kaufgegenstand mittels Vorkaufsrecht «wegschnappen» kann.[96] Eine break-up fee im Aktienkaufvertrag, d.h. eine vom Verkäufer dem düpierten Käufer zu zahlende gänzliche oder teilweise Kos-

89 Im Allgemeinen z.B. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 3 N 76; Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993, 41: «Explosives Potential erhält das Patt erst aus seiner Bedingungslosigkeit. Valable Alternativen beseitigen diese Bedingungslosigkeit und wirken sich damit positiv auf die Bereitschaft der Beteiligten zu kooperativem Verhalten aus.»

90 S. dazu IV.D.

91 S. dazu bereits IV.C.b; zu den Exitmöglichkeiten im Allgemeinen Kühni (Fn. 36), 152 ff., auch 194, wo die Mitverkaufspflicht als «Kulminationspunkt der Exitorientierung» bezeichnet wird; s.a. Hösly/Ferhat (Fn. 9), 122, mit der de lege ferenda postulierten Verankerung von Mitverkaufsrechten und Mitverkaufspflichten im Erbrecht.

92 Gl.M. Fahrländer (Fn. 12), 307.

93 S.a. Kühni (Fn. 36), 202.

94 S.a. Kühni (Fn. 36), 197 ff.

95 Z.B. Hubertus Hilleström/Laure Burrus, Validité et efficacité de la clause shotgun en droit suisse, SZW 2018, 696 ff.; Beat A. Brechbühl/Daniel Emch, Die neue GmbH als massgeschneidertes Rechtskleid für Joint Ventures, SZW 2007, 276; von Salis (Fn. 50), N 1225 ff.

96 Kühni (Fn. 36), 173, 175; Fischer (Fn. 48), 62, 97.

tenerstattung bei Ausübung des Vorkaufsrechts,[97] hilft nur beschränkt, auch weil sie infrage stellt, wie weit der verhandelte Aktienkaufvertrag alsdann noch wirklich at arm's length ist und so einen tauglichen Vorkaufsfall darstellt. Eine break-up fee stellt zudem schwierige Rechtsfragen, wie auch das Vorkaufsrecht an Aktien selbst zahllose knifflige Rechtsfragen aufwirft, was in der Praxis unterschätzt wird.[98] Es ist deshalb in aller Regel im ABV anstelle eines Vorkaufsrechts ein Vorhandrecht vorzusehen, auch wenn dieses das Problem nicht löst, dass sich oft keine Dritt- und keine Vertragspartei finden lässt, die nur einen Teil der Aktien kaufen will. Das Vorhandrecht kann z.B. (unter Berücksichtigung spieltheoretischer Überlegungen) so strukturiert werden, dass die verkaufswillige Vertragspartei die betroffenen Aktien den anderen Vertragsparteien zu von ihm selbst bestimmten Kaufkonditionen (z.B. mittels eines ausformulierten Aktienkaufvertrags) offerieren muss, wobei sie bei Ablehnung der Offerte die betroffenen Aktien nicht zu günstigeren Konditionen an einen Dritten verkaufen kann. Das Vorhandrecht kann aber (erneut unter Berücksichtigung spieltheoretischer Überlegungen) auch so strukturiert werden, dass die berechtigten Vertragsparteien der verkaufswilligen Vertragspartei den Kauf zu von ihnen selbst bestimmten Kaufkonditionen (z.B. mittels eines ausformulierten Aktienkaufvertrags) offerieren kann, wobei die verkaufswillige Vertragspartei bei Ablehnung der Offerte die betroffenen Aktien nicht zu günstigeren Konditionen an einen Dritten verkaufen kann. Derart strukturierte Vorhandrechte, welche Meier-Hayoz als (bestimmt strukturierte) Vorverträge versteht,[99] welche man aber ebenso gut als (bestimmt strukturierte) Verkaufs- oder Kaufrechte qualifizieren kann,[100] vermeiden das sich bei vielen anderen Arten von Vorhandrechten stellende Problem der Bestimmung der Kaufkonditionen. Eine Preisformel wie bei den Kaufrechten ist wie dort ausgeführt anfällig für Streitigkeiten. Zudem resultieren aus einer Preisformel im besten Fall nur der Preis, nicht aber die übrigen Kaufkonditionen, was in der Praxis bei der Formulierung gewisser Arten von Vorhandrechten oft übersehen wird.

Aus dem gleichen Grund ist zu überlegen, ob (bei nicht kotierten Gesellschaften) nicht besser mit nicht vinkulierten Namenaktien gearbeitet werden soll.[101] Denn die escape clause in Art. 685b Abs. 1 OR wirkt bei vinkulierten Namenaktien wie ein vertragliches Vorkaufsrecht,[102] wobei allerdings die Gesellschaft im Unterschied zum vertraglichen Vorkaufsrecht nicht kaufen kann, wenn der Verkäufer nicht will. Bei Ablehnung des Verkaufs an die Gesellschaft muss der Verkäufer die Aktien behalten und kann sie nicht an den Dritten verkaufen.[103]

Praktikabel sind Vorkaufs-, Vorhand-, Verkaufs- und Kaufrechte zudem nur, wenn sie auch ausgeübt werden können. Oft scheitert die Ausübung an den beschränkten finanziellen Möglichkeiten der Vertragsparteien.[104] Solchen beschränkten finanziellen Möglichkeiten kann mittels Festsetzung eines Vorzugspreises Rechnung getragen werden, was allerdings wie erwähnt bei Kaufrechten im Todesfall nicht zu empfehlen ist. Solche Vorzugspreise sind zudem ganz allgemein, also nicht nur im Todesfall, unter dem Gesichtswinkel von Art. 27 ZGB heikel und sollten entsprechend im Regelfall nicht unter 50% des wirklichen Werts gehen,[105] wenn sie denn wirklich sein müssen.

Möglich sind auch grosszügige Ausübungsfristen, sodass die kaufende Partei eine Finanzierung durch einen Dritten organisieren oder sich zumindest mit den anderen kaufwilligen Vertragsparteien zwecks gemeinsamen Kaufs absprechen kann. Oder es

97 Zu break-up fees im Allgemeinen z.B. Christian Tannò, Break-up-fee-Vereinbarungen in Unternehmenszusammenschlussverträgen, Zürich/St. Gallen 2012, N 23 ff.; von Salis (Fn. 50), N 154 ff.

98 Dazu z.B. im Allgemeinen Vischer (Fn. 49), 82 ff.

99 S. BK-Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB N 33 ff.

100 Wohl gl.M. Kühni (Fn. 36), 182.

101 Gl.M. wohl Kläy (Fn. 87), 134: «Der Vinkulierung wird in der schweizerischen Rechtspraxis verbreitet ein zu grosser Stellenwert eingeräumt. Die auftretenden Probleme bestehen meist nicht darin, dass unerwünschte Personen Aktien erwerben, sondern dass das Ausscheiden bisheriger Aktionäre nur schwerlich möglich ist.»; s.a. BGE 145 III 351, ein Fall, wo ein vertragliches Vorkaufsrecht durch den Gebrauch der Vinkulierungsordnung durchkreuzt wurde; dazu Dora Peric/Dario Galli/Markus Vischer, Die Rolle körperschaftsrechtlicher Ankaufsrechte bei der Durchsetzung vertraglicher Vorkaufsrechte, in: dRSK, publiziert am 16.1.2020.

102 Gl.M. Kühni (Fn. 36), 162, s.a. 164 ff.

103 Von Salis (Fn. 50), N 945.

104 S.a. Fischer (Fn. 48), 281; s. schon im Allgemeinen II.

105 Z.B. Frick (Fn. 1), N 1116; von Salis (Fn. 50), N 1291; Peter Böckli, Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufrechten und Übernahmepflichten, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich 1998, 60 f., auch zum Problem der sogenannten unechten Konventionalstrafe; kritisch zur 50%-Regel Kühni (Fn. 36), 169 f.; s.a. Center for Family Business der Universität St. Gallen/Credit Suisse (Fn. 5), 29, zum Familienmitgliedern und Freunden bei der Nachfolge durchschnittlich gewährten Abschlag (discount) von 41% des wirklichen Werts.

sind[106] Zahlungsfristen bzw. auch Ratenzahlungen und damit vendor loans (Verkäuferdarlehen)[107] vorzusehen.[108] Zudem ist mittels einer geeigneten Dividendenregelung dafür zu sorgen, dass die Aktie möglichst leicht, der Kaufpreis also möglichst tief ist.[109]

d) Absicherungen

Damit Verfügungsbeschränkungen wirksam sind, sind sie rechtlich abzusichern. Die rechtliche Wirksamkeit der Hinterlegung von Aktienzertifikaten bei einem Dritten mittels eines sogenannten escrow arrangements (Hinterlegungslösung) zur Absicherung von Verfügungsbeschränkungen ist umstritten, nach richtiger Ansicht aber zu bejahen.[110] Wirksam und hilfreich sind aber auf alle Fälle Konventionalstrafen[111] und pfandrechtliche Absicherungen,[112] die in keinem ABV fehlen sollten.[113] Wirksam und hilfreich ist auch ein Kaufrecht an den Aktien einer Vertragspartei, die den ABV (schwerwiegend) verletzt.[114] Weiter wirksam ist auch eine Verknüpfung der Vinkulierungsordnung mit dem ABV.[115] Diese Instrumente wirken alle auch bereits präventiv.

Was bei den Absicherungen vermieden werden sollte, ist ein Hineinziehen der Gesellschaft, z.B. bezüglich Administrierung von Vorhandrechten. Überhaupt sollte vermieden werden, die Gesellschaft zur Partei des ABV zu machen, nicht weil dies per se rechtlich unzulässig wäre[116] (wobei man sich schon fragen kann, ob z.B. die Administrierung der Vorhandrechte unter einem ABV eine zulässige Tätigkeit der Gesellschaft ist), sondern weil dies den ABV komplizierter macht und deshalb und auch sonst Streitigkeiten drohen, in welche die Gesellschaft hineingezogen werden könnte, was nicht in ihrem Interesse ist.

D. Dividendenregelung

Unter einer Dividendenregelung, auch Dividendenpolitik genannt, ist eine vertragliche Handlungsanweisung an die Vertragsparteien zu verstehen, dafür zu sorgen, dass ein bestimmt umschriebener Anteil am Gewinn der Aktiengesellschaft (unter Einhaltung der gesetzlichen Regelungen, u.a. bezüglich Reservebildung) ausgeschüttet wird.[117] Wie gesagt sollte jeder ABV eine solche Regelung enthalten, weil (sinnvolle) Dividendenausschüttungen im Interesse der Gesellschaft sind. Denn sie ermöglichen jedem Aktionär einen teilweisen Exit aus der Aktiengesellschaft und halten ihn so incentiviert.[118] Zudem wird die Aktie mit Dividendenausschüttungen leichter, was die Ausübung von Vorkaufs-, Vorhand-, Verkaufs- und Kaufrechten erleichtert.[119]

E. Beendigungsregeln

Die Beendigungsregeln in einem ABV sind sehr anspruchsvoll. An sich möchten die Parteien einen Vertrag, der ewig gilt und alle denkbaren zukünftigen Konstellationen abdeckt.

Nur sind ewige Verträge unter dem Gesichtswinkel v.a. von Art. 27 ZGB rechtlich unzulässig. Als ewiger Vertrag ist auch ein ABV zu betrachten, der auf die Lebenszeit der Aktiengesellschaft ausgerichtet ist. Auch eine Kündigungsmöglichkeit des ABV bei gleichzeitiger Schaffung eines Kaufrechts an den Aktien des Kündigenden löst wohl das Problem von Art. 27 ZGB nicht.[120] Entsprechend sind im ABV eine vernünftige Befristung oder vernünf-

106 Analog den güterrechtlichen Regeln Art. 203 Abs. 2 ZGB, Art. 218 Abs. 1 ZGB, Art. 235 Abs. 1 ZGB, Art. 250 Abs. 2 ZGB und ev. neu Vorentwurf Art. 218 Abs. 3 VE-ZGB spezifisch bezüglich Unternehmensnachfolgen; s.a. Art. 271 lit. g ZPO; s.a. Vorentwurf Art. 619 VE-ZGB mit der Einführung von Zahlungsfristen im Erbrecht bezüglich Unternehmensnachfolgen.

107 Zum Begriff z.B. Markus Vischer/Lucas Hänni, Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf, AJP 2012, 620.

108 S.a. Bergmann/Halter/Zellweger (Fn. 6), 18, zur sehr grossen Bedeutung des Vendor Loan bei der Nachfolge bei Familienunternehmen, und 27 ff. zu den Vorteilen von Vendor Loans.

109 S. dazu IV.D.

110 Markus Vischer, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, 156 ff.; a.M. h.L., z.B. Kläy (Fn. 87), 496: «illusorische[r] Schutz».

111 Dazu z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1540 ff.

112 Dazu z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 1640 ff.; Vischer (Fn. 110), 163 ff., 167.

113 Gl.M. bezüglich Konventionalstrafe z.B. Fahrländer (Fn. 12), 313 f.

114 Dazu im Allgemeinen z.B. Fischer (Fn. 48), 70.

115 Bösiger (Fn. 88), 140 f.

116 Dazu im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 405 ff.

117 Dazu im Allgemeinen Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 280, 1377 ff.; s.a. Fahrländer (Fn. 12), 303, zur Zulässigkeit einer Dividendenregelung in den Statuten (statt im ABV).

118 S. dazu IV.C.b; s.a. Hösly/Ferhat (Fn. 9), mit der de lege ferenda postulierten Verankerung einer Dividendenregelung im Erbrecht.

119 S. dazu IV.C.c.

120 Wohl gl.M. Schenker (Fn. 21), 259.

tige Kündbarkeit und weitere vernünftige Regelungen[121] vorzusehen.

So oder so deckt ein ABV insgesamt, nicht nur die Beendigungsregeln, wie jeder mittel- und langfristige Vertrag nie alle denkbaren zukünftigen Konstellationen ab.[122] Das wird in der Praxis oft übersehen, wo dann etwas unbescheiden versucht wird, den Vertrag sehr dynamisch zu formulieren, um alle zukünftigen Eventualitäten abzudecken. Das führt in der Regel zu komplizierten und am Schluss nach Murphy's law[123] oft doch nicht passenden und damit streitanfälligen Verträgen, was wie ausgeführt nicht im Interesse der Gesellschaft ist. Entsprechend ist in der Regel ein Schritt zurück zu machen und der ABV statischer und weniger dynamisch zu formulieren, z.B. derart, dass der ABV bei zwei Aktionären auf zwei Parteien ausgelegt wird und man nicht zu antizipieren und zu regeln versucht, was bei Eintritt einer dritten, vierten oder sogar fünften Partei geschehen soll.[124] Eine statischere Ausrichtung des ABV ist bescheidener, schärft aber auch das Bewusstsein, dass jeder ABV zu pflegen und jeweils an neue Situationen anzupassen ist,[125] was man z.B. mit einer Klausel im ABV unterstützen kann, wonach dieser periodisch durch die Parteien an allenfalls veränderte Verhältnisse angepasst werden muss (sogenannte Überprüfungs- oder Neuaushandlungsklausel). Das verhindert, dass der ABV nach getaner Erstellung in der Schublade verschwindet und verstaubt und nicht mehr passt, wenn man ihn hervorholt und braucht.[126]

V. Andere Instrumente der Nachfolgeplanung

Wie erwähnt gibt es neben dem ABV andere Instrumente der Nachfolgeplanung, so v.a. die familien- und erbrechtlichen Instrumente wie Eheverträge, Erbverträge und Testamente.[127] In der Regel sind diese Instrumente allein nicht zielführend, weil sie meist nicht alle Ist- und Sollinhaber und -Manager des Unternehmens einbinden (können) und deshalb höchstens eine Teilverbindlichkeit in Bezug auf die Nachfolgelösung schaffen (können). Das zeigt sich gerade beim Testament, bei dem nur eine Person eingebunden ist, welche das Testament auch jederzeit widerrufen bzw. ändern kann, was auch durch einen ABV nicht verhindert werden kann.[128] Allerdings können diese Instrumente eine mittels ABV vorgenommene Nachfolgelösung unterstützen, z.B. dadurch, dass bestimmte Aktien (qua Ehevertrag) dem Eigengut zugewiesen werden,[129] dass bestimmte Personen von der Ausgleichungspflicht befreit werden oder dass bestimmte Personen auf Pflichtteils- und/oder Ausgleichungsansprüche verzichten oder bestimmte Teilungsanordnungen vorgenommen werden.[130]

VI. Fazit

Der ABV ist ein hervorragendes Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften), allerdings nur, wenn er richtig aufgesetzt ist. Richtig aufgesetzt bedeutet, dass nicht einfach Regelung an Regelung bzw. Instrument an Instrument gereiht wird, weil man das immer so macht. Vielmehr ist jede Regelung bzw. jedes Instrument auf ihre bzw. seine Wirkung und Praxistauglichkeit, gerade im konkreten Fall, zu untersuchen. Dabei gilt oft, dass weniger mehr sein kann, also eine etwas statischere Betrachtungsweise einer etwas dynamischeren Betrachtungsweise vorzuziehen ist. Entsprechend ist nicht alles gut, was möglich ist. Das Aufsetzen eines ABV ist deshalb eine anspruchsvolle Aufgabe, wobei man sich auch der Grenzen der Regelungsfähigkeit bewusst sein muss. Entsprechend ist ein ABV periodisch auf seine Tauglichkeit zu überprüfen und notfalls anzupassen.[131]

121 S.a. IV.C.b. bezüglich Fortsetzungs- und allenfalls damit verbundenen Abfindungsklauseln.

122 Zur Theorie der zwingend unvollkommenen Verträge z.B. Frick (Fn. 1), N 250 ff.

123 Dazu im Allgemeinen z.B. https://de.wikipedia.org/wiki/Murphys_Gesetz, besucht 10.9.2019.

124 S.a. Schenker (Fn. 21), 259, welcher das Aufstellen von Regeln für eine Generation, und nicht auch noch für die Nachfolgegeneration, in einem ABV bei einer Familiengesellschaft für realistisch hält.

125 S.a. Schenker (Fn. 21), 259.

126 Zum Ganzen Vischer (Fn. 35), 434; gl.M. bezüglich Notwendigkeit einer Überprüfungsklausel im ABV z.B. Fahrländer (Fn. 12), 313; s.a. Frick (Fn. 1), N 261 ff. zur Überprüfungsklausel als Korrektiv unvollkommener Verträge.

127 S. dazu III.

128 BGE 108 II 405, E. 2a; Martin Lenz, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 509 ZGB N 1; unklar Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 595.

129 Art. 199 Abs. 1 ZGB.

130 Im Allgemeinen Forstmoser/Küchler (Fn. 41), N 593 ff.

131 S. aber auch zu den Grenzen eines ABV und von Verträgen ganz allgemein und deshalb zur Bedeutung der Qualität der Vertragspartner im Allgemeinen z.B. Kühni (Fn. 36), 221 f., auch 224 f., wonach Rechtsunsicherheiten in Verträgen nicht nur negative Effekte haben.

Immerhin lässt sich verallgemeinernd sagen, dass im Regelfall (i) (bei einem ABV mit natürlichen Personen) ein Kaufrecht im Todesfall und eine Mitverkaufspflicht im ABV nicht fehlen dürfen, und (ii) ein Vorkaufsrecht im ABV nicht praxistauglich ist. Analoges wie zum ABV lässt sich zum Gesellschafterbindungsvertrag (bei der GmbH) sagen, wobei dieser in der Praxis allerdings (noch) eine geringere Bedeutung als der ABV (bei der Aktiengesellschaft) hat.[132]

Mit dem hohen Lied auf den ABV (bzw. Gesellschafterbindungsvertrag) als hervorragendes Instrument der Nachfolgeplanung ist gleichzeitig implizit gesagt, dass andere Instrumente und v.a. die familien- und erbrechtlichen Instrumente wie Eheverträge, Erbverträge und Testamente weniger geeignet sind. Allerdings spielt bei dieser Einschätzung sicher auch die berufsbedingte Voreingenommenheit des Gesellschafts- und Vertragsanwalts bzw. der sogenannte «confirmation bias»[133] mit. Zudem soll damit nicht gesagt werden, dass der Einsatz familien- und erbrechtlicher Instrumente als Begleitmassnahmen nicht sinnvoll ist. Ein Familien- und Erbrechtsanwalt mag das aber wie gerade erwähnt anders sehen.

132 Mauro Loosli/Bettina Rudin, in: Fabiana Theus Simoni/Isabel Hauser/Harald Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019, Rz 24.06; zum Gesellschafterbindungsvertrag im Allgemeinen Loosli/Rudin (Fn 132), Rz 24.

133 Dazu im Allgemeinen z.B. Mark Schweizer, Bestätigungsfehler – oder wir hören nur, was wir hören wollen, in: «Justice – Justiz- Giustizia» 2007/3.