

Recht der Familiengesellschaften

Siebtes Deutsch-österreichisch-
schweizerisches Symposium,
Zürich 12.–13. Mai 2016

Herausgegeben von

Hans-Ueli Vogt, Holger Fleischer
und Susanne Kalss

Mohr Siebeck

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

Holger Fleischer ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Susanne Kals ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

ISBN 978-3-16-155575-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags

Inhaltsverzeichnis

<i>Susanne Kalss</i>	
Rechtsformalternativen in Familiengesellschaften	1
<i>Jan Lieder</i>	
Rechtsformalternativen für Familiengesellschaften	27
Diskussion (<i>Hans-Ueli Vogt</i>)	65
<i>Katharina Mengers / Stefan Prigge</i>	
Die Familienverfassung aus betriebswirtschaftlicher Perspektive	71
<i>Holger Fleischer</i>	
Das Rätsel Familienverfassung: Realbefund – Regelungsnatur – Rechtswirkungen	99
Diskussion (<i>Hans-Ueli Vogt</i>)	127
<i>Martin Oppitz</i>	
Börsennotierte Familiengesellschaft und Kapitalmarkt-Compliance	133
<i>Dirk A. Zetzsche</i>	
Family Offices und Familienvermögen zwischen Recht und Regulierung	153
Diskussion (<i>Hans-Ueli Vogt</i>)	191

Inhaltsverzeichnis

<i>Eveline Artmann</i>	
Steuerung des Anteilseignerkreises in Familiengesellschaften	195
<i>Christoph B. Bühler</i>	
Steuerung des Anteilseignerkreises in Schweizer Familiengesellschaften	221
Diskussion (<i>Hans-Ueli Vogt</i>)	237
<i>Martin Schauer</i>	
Rechtsfragen des Generationenübergangs in der Familiengesellschaft	241
<i>Francesco A. Schurr</i>	
Rechtsfragen des Generationenübergangs in der Familiengesellschaft	259
Diskussion (<i>Hans-Ueli Vogt</i>)	299
Autorenverzeichnis	301

Steuerung des Anteilseignerkreises in Schweizer Familienunternehmen

CHRISTOPH B. BÜHLER

I.	Einführung.....	221
II.	Zum Begriff des Familienunternehmens.....	222
III.	Bedeutung von Familienunternehmen in der Schweiz.....	223
IV.	Governance-Risiken mit Bezug zum Anteilseignerkreis von Familienunternehmen.....	224
	1. Vermischung der Sphären von Familie und Unternehmen.....	224
	2. Kontrolldefizit durch Konzentration der Entscheidungsstrukturen.....	225
	3. Selektive Informationsvermittlung an Familienmitglieder innerhalb des Aktionariats.....	225
	4. Interessenkonflikt zwischen Familienaktionären und „außenstehenden“ Minderheitsaktionären.....	226
	5. Interessenkonflikt zwischen aktiven Unternehmeraktionären und passiven Investorenaktionären innerhalb der Familie.....	226
	6. „Family Shareholder Activism“.....	227
V.	Steuerung des Anteilseignerkreises in Familienunternehmen.....	228
	1. Vorbemerkung.....	228
	2. Verhaltensleitlinien für den Umgang mit den Anteilseignern.....	228
	a) Familienleitbild.....	228
	b) Transparenz und Gleichbehandlung unter den Anteilseignern.....	229
	c) Ausschüttung angemessener Dividenden.....	230
	3. Strukturelle Vorkehrungen zur Steuerung des Aktionärskreises.....	231
	a) Trennung von Familie und Unternehmen.....	231
	b) Ausgewogene „Vertretung“ der Familienstämme im Verwaltungsrat.....	232
	c) Family Advisory Board.....	233
	d) Einsetzung eines Sachverständigenausschusses.....	234
	e) Faire Ausstiegsmöglichkeit für außenstehende Minderheitsaktionäre.....	234
	f) Frühzeitige Nachfolgeregelung.....	235
VI.	Schluss.....	236

I. Einführung

Die Frage, wie der Anteilseignerkreis in Familienunternehmen gesteuert werden kann, wird kontrovers diskutiert und ist derzeit auch in der Schweiz von hochaktueller Bedeutung: Im Zentrum der Diskussion steht seit Jahr und Tag

der Rechtsstreit um den Zuger Baustoffhersteller *Sika AG*. Die Erbenfamilie *Burkard* hält über ihre Familienholding *Schenker Winkler Holding* mit einem Kapitalanteil von 16,4 % einen Stimmenanteil von 52,6 % an *Sika AG* und will diese Stimmenmehrheit an die französische Konkurrentin *Saint-Gobain* verkaufen. Dagegen wehren sich verschiedene Minderheitsaktionäre, wie eine Aktionärsgruppe um *Bill Gates*, sowie der Verwaltungsrat und das Management. Sie berufen sich vor allem auf eine statutarische Vinkulierungsklausel, welche die Stimmrechte der Familie auf 5 % beschränken soll.

Dieser Fall zeigt praxisnah das Spannungsfeld auf, in dem sich Familie und Unternehmen regelmäßig befinden; er soll hier jedoch nicht weiter vertieft und auch nicht in die vorliegende Beurteilung einbezogen, sondern nur zum Anlass genommen werden, einige grundsätzliche Überlegungen zum Umgang mit dem Problem der Steuerung des Anteilseignerkreises in Familienunternehmen anzustellen.

II. Zum Begriff des Familienunternehmens

Es ist zunächst festzuhalten, dass die Erscheinungsformen von Familienunternehmen auch in der Schweiz äußerst vielfältig sind. Deren Spanne reicht von der Bäckerei mit fünf Angestellten bis zum international tätigen Konzern mit mehreren Tausend Beschäftigten.¹

Die Eigenheit von Familienunternehmen ist dabei darin zu sehen, dass die beiden Sozialsysteme „Familie“ und „Unternehmen“ mehr oder weniger stark miteinander verbunden sind.² Typisch für Familienunternehmen ist die Konzentration des Aktienkapitals auf einen meist kleinen Aktionärskreis, wobei die Führungs- und Kapitalverantwortung oft in einer Hand liegen. Bestimmte Indikatoren können auf ein Familienunternehmen hindeuten:

- Eine Familie hält die stimmen- oder kapitalmäßige Mehrheit an einer Unternehmung;
- die Leitungsfunktionen im Unternehmen sind mehrheitlich mit Angehörigen einer Familie besetzt; oder
- mehrere Generationen derselben Familie sind im Unternehmen tätig.³

¹ Man denkt etwa an Unternehmen wie *Bühler AG* oder *Maus Frères SA*; aber auch große Publikumsgesellschaften wie die *F. Hoffmann La-Roche AG* oder *Schindler AG* können die maßgeblichen Eigenheiten eines Familienunternehmens aufweisen.

² *Fueglistaller/Halter*, ST 79 (2005), 35 ff.; vgl. dazu bereits eingehend *Bühler*, AJP 15 (2006), 317 ff.; *ders.*, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich 2009, Rn. 1320 ff.

³ Vgl. *Continuum/Prager Dreifuss/Vereinigung Privater Aktiengesellschaften* (Hrsg.), Governance für Familienunternehmen, 2006, Rn. 2; *Neubauer/Lank*, The Family Business, 1998, S. 3 ff.; v. *Moos*, ST 73 (1999), 109 ff.; *Baumann*, Die Familienholding, Diss. Zürich

Allen Definitionsversuchen gemeinsam ist das Halten eines kapitalmäßig bzw. mindestens *stimmenmäßig* relevanten Anteils, der es der Familie ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen auszuüben.⁴ Basierend auf diesem pragmatischen Begriffsverständnis liegt ein Familienunternehmen immer dann vor, wenn eine Unternehmung von einer bestimmten Familie *kontrolliert* wird.⁵ Es geht im Wesentlichen darum, dass die Familie gestützt auf ihre Mehrheitsbeteiligung das letzte Wort in der strategischen Ausrichtung der Firma und der Ernennung des CEO hat.⁶

III. Bedeutung von Familienunternehmen in der Schweiz

Nach den letzten Betriebszählungen sind in der Schweiz rund 300.000 Unternehmen ansässig,⁷ die ca. 3,2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen. Bis auf 0,2 % aller Betriebe handelt es sich um KMU mit weniger als 250 Mitarbeitern, die es zusammen auf rund zwei Drittel aller Arbeitsplätze bringen. Laut einer Untersuchung des *Schweizerischen Instituts für Klein- und Mittelunternehmen* an der Universität St. Gallen werden etwa 88 % aller Schweizer Unternehmen von Familien geführt,⁸ und nach einer aktuellen Studie des Beratungsunternehmens *HPO* sind rund 30 % der an einer Schweizer Börse kotierten Gesellschaften familiendominiert, d.h., mindestens 25 % der Stimmrechte sind im Besitze der Familiengründer oder von deren Nachfahren.⁹

2005, S. 5 ff.; *Harder Schuler*, Corporate Governance in nicht kotierten Aktiengesellschaften. Gesellschafts- und schuldrechtliche Ausgestaltung von KMU, Diss. Zürich 2013, S. 45 f.

⁴ Vgl. v. *Moos*, Familienunternehmen erfolgreich führen, Corporate Governance als Herausforderung, 2003, S. 15; *Chua/Chrisman/Sharma*, 23 ET&P 19 ff. (1999); *Baumann* (Fn. 3), S. 19; *Bühler*, AJP 15 (2006), 317, 318; *Martin*, Sociétés anonymes de famille, Structure, maintien et optimisation de la détention du capital, 2. Aufl., 2013, S. 19 f.

⁵ So auch *Neubauer/Lank* (Fn. 3), S. 8; *Harder Schuler* (Fn. 3), S. 45; *Baumann* (Fn. 3), S. 66; *Chenaux*, SZW 87 (2015), 517, 519.

⁶ *Bühler*, AJP 15 (2006), 317, 318; *ders.* (Fn. 2), Rn. 1322; *Germain*, Die personalistische AG und GmbH. Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschaftsverbindungsverträgen, Diss. Zürich 2015, Rn. 417.

⁷ Nach der Studie *PricewaterhouseCoopers*, Nachfolger gesucht! Empirische Kenntnisse und Handlungsempfehlungen für die Schweiz, 2005, gibt es in der Schweiz 272.000 Familienunternehmen.

⁸ *Frey/Halter/Zellweger*, Bedeutung und Struktur von Familienunternehmen in der Schweiz, Schweizerisches Institut für Klein- und Mittelunternehmen an der Universität St. Gallen (KMU-HSG), 2004, S. 5; vgl. auch die Kommentierung dieser Studie in *Fueglistaller/Halter*, ST 79 (2005), 35 ff.

⁹ Studie *hkp group*, Umsetzung der VegüV in Unternehmen der Schweiz, 2015.

IV. Governance-Risiken mit Bezug zum Anteilseignerkreis von Familienunternehmen

Stellt man sich die Frage, wie der Anteilseignerkreis in Familienunternehmen gesteuert werden kann, so muss man sich zuerst mit den Eigenheiten und spezifischen Governance-Risiken auseinandersetzen, welche diesen Unternehmen inhärent sind.¹⁰

1. Vermischung der Sphären von Familie und Unternehmen

Die Nähe der Familie zum Unternehmen bzw. des Managements zum Aktionariat ist ein Wesensmerkmal, das grundsätzlich eine besondere Stärke des Familienunternehmens darstellt.¹¹ Die in der Unternehmensleitung aktiven Familienaktionäre bringen sich in der Regel mit ihrer ganzen wirtschaftlichen Persönlichkeit – ihrer Arbeitskraft, dem ihnen verfügbaren Kapital und dem Kredit, den sie genießen – in das Unternehmen ein. *Craig E. Aronoff* und *John L. Ward*¹² haben diese eigenartige Synergie wie folgt beschrieben:

„The values, ideals and sense of purpose nurtured by the owning family are potentially a vast source of strength and energy for a business. A healthy owning family with strong values, in fact, may be the greatest resource a business can have.“

Diese Stärke des Familienunternehmens entpuppt sich aber bei näherem Hinsehen zugleich auch als dessen größte Schwäche:¹³ Ist die Gründerphase einmal vorbei, so haben *Familie* und *Unternehmen* mehr und mehr je eigene Bedürfnisse und Ziele.¹⁴ Sie verkörpern zwei Sphären, die von unterschiedlichen Prinzipien geleitet werden. Während die Familie primär nach *Harmonie* und Bevorzugung ihrer Angehörigen strebt, bezweckt das Unternehmen in erster Linie die *Erzielung von Gewinn* unter Einsatz der Tüchtigsten. Persönliche Streitigkeiten auf familiärer Ebene schlagen sich hier nur allzu oft auch im Unternehmen nieder. Unternehmerische Grundentscheidungen wie die Bestimmung des Unternehmensführers oder die Kapitalausstattung der Gesellschaft werden nicht selten stärker an den persönlichen Bedürfnissen der Eigentümerfamilie als an denjenigen des Unternehmens orientiert.¹⁵ Im Familienunternehmen geht es somit vor allem darum, die Interessenssphäre der Gesellschaft vor derjenigen des Familienaktionariats zu schützen.

¹⁰ Vgl. dazu bereits *Bühler*, AJP 15 (2006), 317, 319 ff.; vgl. auch *Böckli*, SZW 86 (2014), 522 ff.

¹¹ Vgl. *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 483 f.

¹² *Aronoff/Ward*, Family Meetings: How to Build a Stronger Family and a Stronger Business, Family Business Leadership Series No. 2, 1992, S. 1 ff.

¹³ Vgl. *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 484.

¹⁴ Vgl. *Fueglistaller/Halter*, ST 79 (2005), 35 ff.; v. *Moos* (Fn. 4), S. 54; *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 484.

¹⁵ Vgl. *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 484.

2. Kontrolldefizit durch Konzentration der Entscheidungsstrukturen

Die Ansiedlung der Führungsverantwortung bei der Familie, die definitionsgemäß zugleich den größten Teil des Aktienkapitals hält, bewirkt eine *Konzentration der Entscheidungsstrukturen* bei wenigen Personen. Dies kann die Diversifikation unternehmensrelevanter Risiken verhindern. Außerdem besteht tendenziell ein *Kontrolldefizit* und damit ein latentes Risiko strategischer und operativer Fehlentscheidungen.¹⁶ Andererseits wird dieses Defizit auch durch die Doppelrolle des Familienunternehmers als Eigentümer und Führungskraft aufgefangen, indem dieser im Verwaltungsrat bzw. in der Geschäftsleitung sozusagen aus „Eigeninteresse“ immer auch die Anliegen des Aktionariats vertritt.

3. Selektive Informationsvermittlung an Familienmitglieder innerhalb des Aktionariats

Die stärkere Nähe des Managements zum Aktionariat lässt insbesondere in kleineren Familienunternehmen der informellen Information mehr Raum und schafft an sich günstige Voraussetzungen für einen reibungslosen unternehmensinternen Informationsfluss. Es wäre jedoch verfehlt, daraus abzuleiten, innerhalb des Familienunternehmens gäbe es das Problem der sich über das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot hinwegsetzenden *selektiven Informationsvermittlung*¹⁷ nicht. Dieses Problem kann gerade in Familienunternehmen besonders ausgeprägte Formen annehmen. Nur besteht es nicht primär zwischen dem Management und dem Familienaktionariat, dessen aktive Mitglieder ja oft zugleich die Führungsverantwortung im Unternehmen wahrnehmen, sondern im Verhältnis zwischen den *außenstehenden Verwaltungsratsmitgliedern* und denjenigen der Familie.¹⁸ Eine *Informationsasymmetrie*¹⁹ kann sich aber auch zwischen den *außenstehenden Minderheitsaktionären* und den Familienaktionären ergeben; Letztere können unter sich ein eigent-

¹⁶ Vgl. *Holenstein*, Good Governance bei Familienunternehmen, Kontrollinstrumente sichern die Bodenhaftung, NZZ, 28.12.2004, 25; *Jaeger/Zanotelli*, Effiziente Kontrolle in Familienunternehmen, NZZ, 3.2.2005, 27.

¹⁷ Vgl. zu diesem Problem *Böckli/Bühler*, SZW 77 (2005), 101 ff.; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 13 Rn. 701 ff.; *Forstmoser*, in: *Druey/Forstmoser* (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Bd. 11, 1997, S. 85 ff.; *Kunz*, AJP 10 (2001), 883 ff.; *Watter*, in: *Bühler* (Hrsg.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, 2003, S. 33 ff.; *Hofstetter*, SZW 68 (1996), 222 ff.; *Daeniker/Dettwiler*, FS Weber, 2011, S. 19 ff.

¹⁸ Vgl. anschaulich am Beispiel des Verwaltungsrates der Erb-Gruppe *Buomberger*, Die Erb-Pleite, 2005, S. 149; vgl. *Böckli*, NZZ Fokus 19 (2004), 35 f.; *Druey*, GesRZ 2002 Sonderheft, 32, 34.

¹⁹ Vgl. zu diesem Begriff v. d. *Crone*, ZSR 119 (2000), 239, 259 ff.; *Milgrom/Roberts*, Economics, Organization and Management, 1992, S. 126 ff.; *Schumann/Meyer/Ströbele*, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 7. Aufl., 1999, S. 436 ff.

liches „Syndikat“ bilden. Diesem kann es in erstaunlichem Maße gelingen, die Information während des Laufs des Geschäftsjahres von der Minderheit abzuschotten.²⁰

4. *Interessenkonflikt zwischen Familienaktionären und „außenstehenden“ Minderheitsaktionären*

Bei Familienunternehmen, an denen auch *außenstehende Minderheitsaktionäre* beteiligt sind, ist neben dem klassischen Prinzipal-Agent-Problem zwischen dem Aktionariat und dem Management zusätzlich ein *Interessengegensatz innerhalb des Aktionariats* angesiedelt.²¹ Während die Familienaktionäre, welche über eine Mehrheitsbeteiligung oder zumindest eine Sperrminorität verfügen, oft die Geschicke der Unternehmung aktiv mitgestalten wollen (*voice*), stehen für die Minderheitsaktionäre²² die Investition und die daraus erzielten Erträge im Vordergrund (*exit*).²³ Die Minderheitsaktionäre einer nicht kotierten Familienunternehmung haben aber meist keine Möglichkeit, ihre Aktien auch nur teilweise zu einem angemessenen Preis zu verkaufen (keine echte *exit*-Option). Sie sind daher umso mehr auf ihre Aktionärsrechte angewiesen.²⁴ Es stellt sich in dieser Konstellation insbesondere die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass die Minderheitsaktionäre angemessene Ausschüttungen und eine faire Ausstiegsmöglichkeit erhalten.

5. *Interessenkonflikt zwischen aktiven Unternehmeraktionären und passiven Investorenaktionären innerhalb der Familie*

Ab der dritten Generation driften Kapital und Führung im Familienunternehmen und damit auch die Interessen der Familienmitglieder oder -stämme zunehmend auseinander. Nur noch ein kleiner Teil der Familie gestaltet die Geschicke des Unternehmens aktiv mit. Die meisten Familienaktionäre stehen außerhalb des Unternehmens und verdienen ihren Lebensunterhalt auf andere Weise oder aber sie zehren vom Kapital.²⁵

²⁰ Böckli (Fn. 17), § 14 Rn. 357.

²¹ Vgl. Forstmoser, FS Zobel, 2004, S. 475, 481; v. Moos, ST 76 (2002), 1059, 1060; Hansmann/Kraakman, in: Kraakman et al. (Hrsg.), *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 2004, S. 21 ff.

²² Bei den Minderheitsaktionären kann es sich freilich ebenfalls um Familienaktionäre, z.B. Vertreter eines anderen Familienstammes, handeln.

²³ Vgl. Forstmoser, FS Zobel, 2004, S. 475, 484; vgl. zu dieser Grundproblematik auch Forstmoser, FS Wiegand, 2005, S. 785, 801 f.; Giger, *Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht*, Diss. Zürich 2003, S. 415.

²⁴ Vgl. Böckli (Fn. 17), § 14 Rn. 353; Forstmoser, FS Zobel, 2004, S. 475, 482; Burkhalter, *Zur KMU-Relevanz des Swiss Code of Best Practice*, Jusletter vom 15.12.2003, Rn. 8.

²⁵ Vgl. Böckli, in: ATAG Ernst & Young (Hrsg.), *Der Unternehmer als Firmeninhaber – erfolgreiche Konzepte zur Zukunftsgestaltung*, 1993, S. 3; Bühler, *AJP* 15 (2006), 317, 321.

Aus dieser Konstellation kann sich nicht nur das viel diskutierte Nachfolgeproblem ergeben,²⁶ sondern auch leicht ein Konflikt zwischen den *aktiven Unternehmeraktionären* und den *passiven Investorenaktionären* innerhalb der Familie.²⁷ Die aktiven Familienaktionäre verdienen zulasten der passiven Aktionäre plötzlich zu viel oder kommen in den Genuss von Privilegien, die diesen vorenthalten sind. Möglich ist aber auch, dass die passiven Familienaktionäre gegenüber den übrigen außenstehenden Minderheitsaktionären privilegiert behandelt werden. Wird z.B. geduldet, dass sich jene ihren Wagen in der Firmengarage waschen lassen, sich gratis in der Kantine verpflegen oder – mehr „aktiv“ als „passiv“ – sogar Anordnungen gegenüber den Mitarbeitern treffen, so ist das Gift für die Firma.²⁸

6. „Family Shareholder Activism“

Das Phänomen der in die Gesellschaft direkt hineinwirkenden Familienaktionäre ist geradezu typisch für das Familienunternehmen.²⁹ Die rechtliche Grenze der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens liegt auf jeden Fall dort, wo der Familienaktionär, ohne zugleich Mitglied im Verwaltungsrat zu sein, die Stellung eines sog. faktischen Organs für sich beansprucht. Das Problem besteht vor allem darin, dass ein sich derart organtypisch verhaltender Familienaktionär grundsätzlich der gesetzlichen Treuepflicht des Verwaltungsrates nach Art. 717 Abs. 1 OR unterstünde, die für ihn als Aktionär aber nicht gilt.³⁰ Indem ein solcher von der Generalversammlung nicht gewählter und im Handelsregister nicht eingetragener Familienaktionär faktisch Organfunktionen übernimmt, verstößt er zudem gegen die Hauptregel der *Selbstverwaltung* einer Kapitalgesellschaft.³¹ Der Einflussnahme von Familienaktionären, die keine Organfunktion innehaben, sind durch Art. 716a Abs. 1 OR, wonach grundlegende Aufgaben dem Verwaltungsrat unübertragbar und unentziehbar zugewiesen sind, an sich klare Grenzen gesetzt.³²

²⁶ Vgl. Studie *PricewaterhouseCoopers* (Fn. 7), S. 12; v. *Moos* (Fn. 4), S. 83 ff.

²⁷ Vgl. *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 481; v. *Moos*, ST 76 (2002), 1059, 1060.

²⁸ *Bühler*, AJP 15 (2006), 317, 321.

²⁹ Vgl. *Böckli/Bühler*, SZW 77 (2005), 101 f., 108; *Watter*, AJP 2 (1993), 117, 121; *Ruffner*, in: Kellerhals (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, 1995, S. 233, 236; v. *d. Crone*, SJZ 98 (2002), 2 ff.; *Göcmen/Meyer*, Mehr Wert dank Eigentümer-Unternehmen, Grossaktionäre bringen „ihre“ Unternehmen voran, NZZ, 29.6.2004, 25; *Schiltknecht*, NZZ Fokus 19 (2004), 65 f.; *Mackenzie*, The Shareholders Action Handbook, 1993, S. 48 f.

³⁰ Vgl. *Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 8 Rn. 45; *Böckli* (Fn. 17), § 13 Rn. 659; a.M. offenbar *Watter*, AJP 2 (1993), 117, 124 f.

³¹ *Böckli/Bühler*, SZW 77 (2005), 101, 109; *Böckli* (Fn. 17), § 13 Rn. 92.

³² Vgl. *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 498; *Böckli/Bühler*, SZW 77 (2005), 101.

V. Steuerung des Anteilseignerkreises in Familienunternehmen

1. Vorbemerkung

Auf der Grundlage der Analyse der Eigenheiten und Risiken hinsichtlich der Governance von Familienunternehmen ist in einem nächsten Schritt die Frage zu beantworten, wie sich der Anteilseignerkreis in Familienunternehmen funktional zweckmäßig steuern lässt.³³

Um es vorwegzunehmen: Es geht nach der hier vertretenen Auffassung vor allem darum, frühzeitig bestimmte *Verhaltensmaximen* einzurichten, bevor die Probleme sich manifestieren, und *nachhaltige Strukturen* zu schaffen,

- (i) die den spezifischen Interessengegensätzen im Aktionariat des Familienunternehmens Rechnung tragen,
- (ii) in welche die designierten Nachfolger rechtzeitig hineinwachsen können und
- (iii) die auch nach dem Ausscheiden der Unternehmensgründer oder Patrons eine tragfähige Unternehmensgrundlage bilden.

Die Konzeption der Unternehmensstruktur stellt dabei ein wichtiges Element zur Sicherung und Mehrung der familiären und unternehmerischen Werte dar.

2. Verhaltensleitlinien für den Umgang mit den Anteilseignern

a) Familienleitbild

Die Werte, Verhaltensmuster und Präferenzen der Familie entwickeln sich stetig und werden in der Regel von wenigen Familienmitgliedern beeinflusst, die aktiv im Unternehmen tätig sind. Im Familienleitbild wird dieses Wertesystem festgehalten. Das Familienleitbild enthält die Ziele und Wertvorstellungen der Familie sowie die Instrumente zu deren Umsetzung. Die Grundsätze des Umgangs mit der Minderheit sind ein wichtiger Bestandteil dieses Leitbilds. Dieses kann auch regeln, wer im Rahmen der Nachfolgeplanung Gesellschafter werden oder bleiben soll und wie die Aktionärsinteressen und Managementverantwortung zu kombinieren sind.³⁴

Das Familienleitbild dient schließlich als *Grundlage für die Unternehmensstrategie*, welche durch den Verwaltungsrat des Unternehmens zusammen mit

³³ Vgl. zu den Leitlinien einer *good governance* für Familienunternehmen bereits Bühler, AJP 15 (2006), 317, 322 ff., und ders. (Fn. 2), Rn. 1330 ff., sowie Böckli, SZW 86 (2014), 522, 530 ff.

³⁴ Continuum et al. (Fn. 3), Ziff. 4.1 Rn. 18; Harder Schuler (Fn. 3), S. 167 f.; Baumann, Die Familienholding, Diss. Zürich 2005, S. 166, die das Leitbild als „Familiencharta“ bezeichnet.

der Geschäftsleitung zu entwickeln ist. Die Familie muss sich daher der Konsequenzen ihrer Grundsatzentscheidungen bewusst sein.³⁵

Das Familienleitbild sollte regelmäßig an die neuen Verhältnisse angepasst werden. Die familiären Prioritäten können so aufgearbeitet und an die nächste Generation weitergegeben werden.³⁶

b) *Transparenz und Gleichbehandlung unter den Anteilseignern*

Der aus dem Auseinanderdriften des Familienaktionariats heranwachsenden Gefahr einer Ungleichbehandlung verschiedener Aktionärsgruppen in der Information kann wohl am effizientesten durch eine *Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse* begegnet werden.³⁷ Die Kommunikation aller für die Familie relevanten Informationen aus der Gesellschaft wie beispielsweise die Unternehmensstrategie, Nachfolge- und Managementplanung, Zusammensetzung des Verwaltungsrates, Entlohnungsrichtlinien, Aktienübertragungen und Darlehen gegenüber den Aktionären schafft Vertrauen.³⁸ Dieses beugt wiederum dem Aufleben von Neid und Missgunst unter den unterschiedlichen Aktionärsgruppen vor und wirkt dem drohenden Übergreifen solcher familieninterner Konflikte auf das Unternehmen entgegen.³⁹

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang schließlich, dass Minderheitsaktionäre, die 20 % des Grundkapitals vertreten, gemäß Art. 962 Abs. 2 Ziff. 1 OR ohnehin Anspruch haben, dass die Gesellschaft auch einen Abschluss *nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung* erstellt.⁴⁰ Das sorgt ebenfalls für mehr Transparenz und verschafft den passiven Anteilseignern der Familie zumindest einen Einblick in die stillen Reserven.

Den Problemen der unternehmensinternen Informationsasymmetrie und der Informationsabschottung der Mehrheitsgruppe der Familienaktionäre gegenüber den *außenstehenden Aktionären* kann im Übrigen wohl am besten durch *informelle Kontaktaufnahmen* und *Konsultativabstimmungen* unter den Aktionären begegnet werden.⁴¹ Dafür lässt die statutarische Gestaltungsfreiheit innerhalb der Grenzen der aktienrechtlichen Gleichbehandlung bzw. des kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsprinzips, das sich am *level playing*

³⁵ *Continuum et al.* (Fn. 3), Ziff. 4.1 Rn. 19.

³⁶ *Continuum et al.* (Fn. 3), Ziff. 4.1 Rn. 20.

³⁷ Vgl. *Rasch*, Transparenz ist besser als Regulierung, NZZ, 5./6.2.2005, 31; *Richard*, What is Transparency?, 2004, S. 1 ff.; *Duplain*, NZZ Fokus 19 (2004), 72 ff.; *Forstmoser*, in: *Jakob/Naumann* (Hrsg.), Wege aus der Vertrauenskrise, 2003, S. 115 ff.

³⁸ Vgl. *Böckli*, Vertrauen an der Unternehmensspitze, Mit Kontrollieren allein kommen Verwaltungsräte nirgends hin, NZZ, 27./28.2.2005, 31, der Information und Vertrauen als zwei sich ergänzende Elemente beschreibt.

³⁹ Vgl. v. *Moos* (Fn. 4), S. 53 f.

⁴⁰ Vgl. *Handschin*, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 36.

⁴¹ Vgl. *Harder Schuler* (Fn. 3), S. 166; *Böckli* (Fn. 17), § 14 Rn. 357; *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 498 f.

field sämtlicher Marktteilnehmer orientiert, grundsätzlich Raum.⁴² Die Ausübung der Informationsrechte der Aktionäre kann unter diesen allgemeinen Rahmenbedingungen auch durch *Aktionärbindungsverträge* geregelt werden.⁴³

c) *Ausschüttung angemessener Dividenden*

Die im Unternehmen aktiven Familienaktionäre sind in der Regel weniger auf die Dividenden angewiesen, weil sie ihren finanziellen Bedarf durch Lohn und Verwaltungsrats honorare decken können oder auch *fringe benefits* genießen, die den außenstehenden Aktionären vorenthalten bleiben. Für diese sind demgegenüber Ausschüttungen von Bedeutung, kommen sie doch wegen der praktischen Unverkäuflichkeit ihrer Aktien auf eine andere Weise an das vermögensrechtliche Potenzial ihrer Investition gar nicht heran.⁴⁴ Die außenstehenden Minderheitsaktionäre sollten zumindest in der Lage sein, aus den Erträgen ihrer Investition die mit ihrer Beteiligung verbundenen Kosten, namentlich die Vermögenssteuer, zu bezahlen. Darüber hinaus sollte die Dividende im Grunde auch das erhöhte Risiko einer Investition in Eigenkapital, zumindest aber den Ertrag einer risikofreien Anlage abgelten.⁴⁵ Immerhin stellt das grundsätzlich unentziehbare Recht des Aktionärs auf Anteil am ausschüttbaren Bilanzgewinn⁴⁶ das wohl bedeutendste vermögensmäßige Recht des Aktionärs dar.⁴⁷ Im Familienunternehmen akzentuiert sich diese Bedeutung in besonderem Maße.

Eine entsprechende „Mindestausschüttungsregel“, wonach ein bestimmter Prozentsatz des verwendbaren Bilanzgewinnes gemäß genehmigtem Jahresabschluss auszuschütten ist, könnte in den *Statuten* oder aber – mit obligatorischer Wirkung – in einem *Aktionärbindungsvertrag* verankert werden.⁴⁸ In diesen rechtlichen Formen könnte aber auch in Abweichung vom Kapitalbeteiligungsprinzip eine *differenzierte Ausschüttungspolitik* gegenüber den aktiven Familienaktionären einerseits und den außenstehenden Minderheits-

⁴² Vgl. dazu eingehend *Böckli/Bühler*, SZW 77 (2005), 101 ff.; vgl. auch *Watter*, AJP 2 (1993), 117, 121; *Hofstetter*, SZW 68 (1996), 222, 228 f.

⁴³ Vgl. *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994, S. 260 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 39 Rn. 43 ff.; *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 499; *Böckli* (Fn. 17), § 13 Rn. 691; *Forstmoser/Küchler*, Aktionärbindungsverträge, 2015, Rn. 1474 ff.

⁴⁴ *Böckli* (Fn. 17), § 14 Rn. 355.

⁴⁵ *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 492.

⁴⁶ Art. 675 Abs. 2 i.V.m. Art. 680 Abs. 2 OR.

⁴⁷ Art. 660 Abs. 1 OR; nach Art. 646 aOR 1936 stellte das Recht auf Dividende sogar ausdrücklich ein sog. wohlerworbenes Recht dar; vgl. *Neuhaus/Balkanyi*, in: *Honsell/Vogt/Watter* (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, 5. Aufl., 2016, Art. 660 Rn. 4; *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 483 (Fn. 45); *Böckli* (Fn. 17), § 12 Rn. 507 ff.

⁴⁸ Vgl. Art. 675 Abs. 2 i.V.m. Art. 680 Abs. 2 OR; *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 492 ff.; *Böckli* (Fn. 17), § 12 Rn. 515 ff; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 43), Rn. 1377.

aktionären andererseits festgelegt werden. Die Grundlage für die Differenzierung könnte etwa geschaffen werden, indem *unterschiedliche Aktienkategorien* gebildet werden. Sinnvoll ist unter Umständen die Ausgabe von *Vorzugsaktien*⁴⁹ an außenstehende Aktionäre oder aber – innerhalb der gesetzlichen Schranken⁵⁰ – die Schaffung von *Stimmrechtsaktien* für aktive Familienaktionäre.⁵¹ Auf diese Weise kann den unterschiedlichen Bedürfnissen dieser beiden Anspruchsgruppen – *voice* für Familienaktionäre und *return on investment* für außenstehende Aktionäre – besser Rechnung getragen werden.

3. Strukturelle Vorkehrungen zur Steuerung des Aktionärskreises

Neben den dargelegten grundlegenden Verhaltensleitlinien, die vor allem in einem Familienleitbild und in einem Aktionärbindungsvertrag verankert werden können, bieten sich zur Steuerung des Anteilseignerkreises aber auch verschiedene strukturelle Vorkehrungen an:

a) Trennung von Familie und Unternehmen

In der engen Verbindung von Familie und Management liegt, wie erwähnt, eines der größten Risiken der Familienunternehmung: die Verwischung der Grenze zwischen der familiären und der geschäftlichen Ebene.⁵²

Familienunternehmen stehen im Wettbewerb mit Konkurrenten, welche anonymen Geldgebern verpflichtet sind. Diese verlangen eine professionelle Führung. Nach den Kautelen der *good governance* ist daher für eine klare *Trennung* zwischen Familie und Unternehmen zu sorgen, indem Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nach deren Fähigkeiten *at arm's length* und nicht nach familiären Kriterien, wie Familienstatus oder „Stammbaum“-Prinzip, bestellt werden. Professionelle Kompetenz (*sweat equity*) und nicht Herkunft (*blood equity*) soll primär den Ausschlag geben.⁵³ Gemäß diesen Kautelen sind auch die Familienmitglieder im Unternehmen *nach marktüblichen Grundsätzen* zu entschädigen.⁵⁴

⁴⁹ Art. 654 und 656 OR; vgl. Böckli (Fn. 17), § 4 Rn. 156 ff., 166 ff.; Huguenin Jacobs (Fn. 43), S. 87.

⁵⁰ Insbesondere Art. 693 Abs. 2 OR (Begrenzung der Stimmrechtsprivilegierung auf das Zehnfache des Nennwertes) und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR (qualifiziertes Mehr in der Generalversammlung); vgl. Böckli (Fn. 17), § 4 Rn. 137 ff.; außerdem sind die aktienrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Sachlichkeit von Eingriffen in die Aktionärsrechte und schonende Rechtsausübung zu beachten; vgl. zu diesen Grundsätzen *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 43), § 39 Rn. 11 ff., 87 ff., 95 ff. m.w.N.

⁵¹ So auch der Vorschlag von *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 499 f.

⁵² Bühler, AJP 15 (2006), 317, 326.

⁵³ Ward, Keeping the Family Business Healthy, 1987, S. 244 f.

⁵⁴ Vgl. statt vieler *Daeniker*, SJZ 101 (2005), 381 ff.

Zur Umsetzung einer klaren Trennung von Familie und Unternehmen kann unter Umständen eine Strukturänderung im Unternehmen beitragen: Durch die Gründung einer *Holdingsgesellschaft*, an der die Familienaktionäre beteiligt sind, werden die Auseinandersetzungen im Kreis der Familienaktionäre in der Holding ausgetragen und von der operativen Gesellschaft auf Distanz gehalten.⁵⁵ Zudem werden die Anliegen der Familie kanalisiert und in der Betriebsgesellschaft dann sozusagen „konfliktbereinigt“ mit einer einheitlichen Stimme wahrgenommen. Alternativ lässt sich dieses Ergebnis grundsätzlich auch – ohne eine Anpassung der Unternehmensstruktur – über eine Bündelung der Familienanteile in einem *Aktionärbindungsvertrag* erzielen.

b) *Ausgewogene „Vertretung“ der Familienstämme im Verwaltungsrat*

Bei Familienunternehmen mit mehreren Familienstämmen sollte zudem möglichst ein *Vertreter jedes Familienstammes* dem Verwaltungsrat angehören oder aber zumindest – z.B. bei großer Zahl – rotierend im Verwaltungsrat Einsitz nehmen. Zur Wahrung der Kontinuität und Gewährleistung einer reibungslosen *Nachfolge* kann es gerade in Familienunternehmen besonders sinnvoll sein, auf eine *gestaffelte Altersstruktur* der Mitglieder des Verwaltungsrates zu achten.⁵⁶

Im Verwaltungsrat muss eine eigenständige Willensbildung im kritischen Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung gewährleistet sein. Dazu können vor allem *familienexterne, unabhängige* Verwaltungsratsmitglieder beitragen.⁵⁷ Angesichts der Interessengegensätze zwischen Familien- und Minderheitsaktionären sollten neben dem Mehrheitsaktionär auch Personen im Verwaltungsrat Einsitz nehmen und mit ihm im Dialog stehen, die weder der Familie angehören noch Führungsaufgaben innerhalb des Unternehmens wahrnehmen noch in mehr als geringfügigen geschäftlichen Beziehungen zur Gesellschaft stehen.⁵⁸ Dabei sollte es sich um qualifizierte, kritische und ehrliche Köpfe mit einer buchstäblich „gesunden Streitkultur“ handeln, die *Fachkompetenzen* einbringen, welche im Kreise der Vertreter der Familie fehlen.⁵⁹ Sie sollten

⁵⁵ Vgl. *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 501; *Böckli*, in: ATAG Ernst & Young (Fn. 25), S. 3.

⁵⁶ Vgl. *Kenyon-Rouvinez/Ward*, Les entreprises familiales, 2004, S. 88.

⁵⁷ Vgl. *Burkhalter*, (Fn. 24), N. 21 f.; v. *Moos* (Fn. 4), S. 7 f.; *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 489.

⁵⁸ Vgl. Ziff. 14 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2016; im Sinne einer Faustregel ist davon auszugehen, dass ein Verwaltungsratsmitglied, dessen Verwaltungsrats honorar zu mehr als einem Drittel seiner gesamten Einkommensbasis beiträgt, nicht mehr als unabhängig qualifiziert werden kann; vgl. *Böckli* (Fn. 17), § 14 Rn. 295 ff.; *Böckli*, ST 76 (2002), S. 981 ff.; *Bühler*, in: Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 11 (2002/2003), 2004, S. 231 ff., 245 f., 250; *Meier-Schatz*, FS Druey, 2002, S. 479, 485; v. *d. Crone*, Aktienrecht, 2014, § 4 Rn. 72.

⁵⁹ Vgl. *Krnet*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., 2005, Rn. 117 ff.

mit dem Familienunternehmen vertraut sein und den Mut haben, fragwürdige Einzelprojekte, eine mangelnde interne Kontrolle oder komplexe Organisationsstrukturen kritisch zu hinterfragen. Dadurch wird gewährleistet, dass den Interessen aller Anspruchsgruppen, insbesondere auch denjenigen der nicht aktiv in der Unternehmensleitung engagierten Aktionäre, angemessen Rechnung getragen wird.

Eine entsprechende ausgewogene Zusammensetzung des Verwaltungsrates kann statutarisch durch die Schaffung von *unterschiedlichen Aktienkategorien* sichergestellt werden, wobei dann die Aktionäre jeder Kategorie das Recht haben, je einen eigenen Vertreter in den Verwaltungsrat zu wählen.⁶⁰ In Ergänzung zur körperschaftsrechtlichen Ordnung kann eine ausgewogene Zusammensetzung des Verwaltungsrates nach den erwähnten Leitlinien aber auch in einem *Aktionärbindungsvertrag* koordiniert werden.⁶¹

c) *Family Advisory Board*

Will eine Familie keine Außenstehenden in die Unternehmensleitung aufnehmen, so kann ein *Familienbeirat* (sog. *Family Advisory Board*) diejenigen Funktionen übernehmen, für welche in der Familie die entsprechenden Grundvoraussetzungen bzw. Fähigkeiten fehlen.⁶² In den meisten Fällen hat in den *Family Advisory Boards* der amtierende oder ehemalige Verwaltungsratspräsident den Vorsitz; es sollte sich beim Vorsitzenden idealerweise um eine erfahrene und kommunikative Integrationsfigur – nicht jedoch um den Geschäftsführer – handeln, damit eine offene Diskussionskultur möglich ist.⁶³ Der *Family Advisory Board* hat verschiedene Vorteile: Seine Mitglieder unterstehen nicht der Verantwortlichkeit; sie können zudem professionelle Erfahrungen zu vernünftigen Kosten einbringen und das Netzwerk der Unternehmung erweitern. Der Familienbeirat ist tendenziell weniger durch unsachliche bzw. „familiäre“ Faktoren beeinflusst. Außerdem kann er eine gewisse Kontinuität in der Unternehmensnachfolge zur nächsten Familiengeneration gewährleisten.

Es versteht sich, dass der *Family Advisory Board* in dieser Form nicht auch die *Kontrollfunktion* wahrnehmen kann, die außenstehenden Mitgliedern im Verwaltungsrat zukommt. Zudem stellt sich – das hat bereits *Sir Adrian Cadbury*⁶⁴ erkannt – gerade die *fehlende Verantwortlichkeit* der Mitglieder des *Family Advisory Board* in der Praxis häufig als dessen entscheidender Nachteil heraus:⁶⁵

⁶⁰ Art. 709 Abs. 1 OR.

⁶¹ Forstmoser, FS Zobel, 2004, S. 475, 492; Forstmoser/Küchler (Fn. 43), Rn. 876 ff.

⁶² Vgl. Neubauer/Lank (Fn. 3), S. 99; Turner, International Advisory Councils, Directors & Boards, 1996, S. 43 ff.

⁶³ Continuum et al. (Fn. 3), Ziff. 4.3 Rn. 29; Harder Schuler (Fn. 3), S. 168.

⁶⁴ Cadbury, The Role of Directors in Family Firms, 1993, S. 12.

„Outside advice on a consultancy basis which can be acted on or not as the case may be, does not meet the needs of a family firm in the same way as having external board members with the same responsibility for the future of the firm as the family directors.“

Der Familienbeirat wird somit in den meisten Fällen nur als die zweitbeste Lösung erscheinen.

d) *Einsetzung eines Sachverständigenausschusses*

Driften die Vorstellungen und Interessen der Familienaktionäre und der obersten Leitungsorgane auseinander, so kann – wie jüngst im eingangs erwähnten Fall der *Sika AG* – auch die *Einsetzung eines Sachverständigenausschusses* durch die Generalversammlung ein wirksames Steuerungsinstrument bilden. Die in der Schweizer Praxis sonst bisher eigentlich kaum beachtete Vorschrift in Art. 731a Abs. 3 OR sieht diese Maßnahme „zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile“ ausdrücklich vor.⁶⁶ Neben der Aufgabe, zu Händen der Generalversammlung die wesentlichen Sachverhalte zu untersuchen und zu prüfen, kann sich der Sachverständigen-Ausschuss zum Ziel setzen, mit seiner Arbeit einen Beitrag zur Wiederherstellung eines vertrauensvollen Klimas zu leisten, das im Interesse aller Beteiligten ist. Die Sachverständigen übernehmen außerordentliche Kontrollfunktionen innerhalb der Unternehmensorganisation und können dazu von der Generalversammlung mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet werden. Diese können unter anderem Zugang zu allen Unterlagen und Informationen des Unternehmens und deren Tochtergesellschaften inklusive aller Protokolle, vertraulicher Berichte, Korrespondenzen, E-Mails sowie aller Entwürfe derselben umfassen. Der Auftrag erstreckt sich indessen ausschließlich auf die Prüfung der Geschäftsführung und die Berichterstattung inklusive Beurteilung und Würdigung der festgestellten Sachverhalte zu Händen der Generalversammlung; der Sachverständigenausschuss nimmt selbst keine Führungsfunktion wahr.

e) *Faire Ausstiegsmöglichkeit für außenstehende Minderheitsaktionäre*

Eröffnet sich für den Minderheitsaktionär ausnahmsweise doch einmal eine Gelegenheit zum Verkauf seiner Beteiligung, so ist ihm die *exit*-Möglichkeit in der nicht börsenkotierten Familienunternehmung oft zusätzlich durch eine *statutarische Vinkulierungsklausel* versperrt.⁶⁷ Die Familienaktionäre können ihm über ihre Vertretung im Verwaltungsrat gemäß Art. 685b Abs. 1 OR unter Hinweis auf einen „wichtigen Grund“ die Veräußerung seiner Namen-

⁶⁵ So auch *Loudon*, *The Liability of Advisory Boards, Directors & Boards* 1986, 19 f.; *Neubauer/Lank*, (Fn. 3), S. 100.

⁶⁶ Vgl. *Reutter/Rasmussen*, in: *Honsell/Vogt/Watter* (Fn. 47), Art. 731a N 11 ff.; *Truffer*, FS *Watter*, 2008, S. 405 ff.; *Böckli* (Fn. 17), § 14 Rn. 754.

⁶⁷ Vgl. *Böckli* (Fn. 17), § 14 Rn. 356.

aktien verwehren oder ihm die Aktien zu einem relativ unattraktiven „inneren Wert“ abnehmen.⁶⁸ Es liegt auf der Hand, dass diese sog. *escape clause* keine faire Ausstiegsmöglichkeit bietet.

Diesem Problem kann entgegengewirkt werden, indem – am besten in einem *Aktionärbindungsvertrag* – ein *gemäßigtes* und zugleich *abgestuftes Vinkulierungsverfahren* installiert wird, das den Minderheitsaktionären den Ausstieg erleichtert und zugleich den Interessen der Familienaktionäre Rechnung trägt. In einem Familienunternehmen kann es sinnvoll sein, den Familienaktionären ein *primäres* und den Minderheitsaktionären ein *sekundäres* Erwerbsrecht einzuräumen. Nur wenn sich auf diese Weise nicht für sämtliche Aktien ein Erwerber findet, muss die Veräußerung für Dritte zulässig sein.⁶⁹

Denkbar – wenn auch sehr anspruchsvoll – ist aber auch die Errichtung eines sog. *Central Purchasing and Selling Office*, sozusagen die Schaffung eines kleinen „internen Marktes“ für den Aktienhandel innerhalb des Familienunternehmens, das es den ausscheidungswilligen Minderheitsaktionären oder „passiven“ Familienaktionären ermöglicht, ihre Aktien zu bestimmten, statutarisch oder vertraglich festzulegenden Bedingungen an einen Pool oder an eine separate *Erbenholding-Gesellschaft* abzugeben.

f) *Frühzeitige Nachfolgeregelung*

John Ward hat bereits vor rund drei Jahrzehnten hervorgehoben, dass die Hauptursache für die Auflösung von Familiengesellschaften im Fehlen eines klaren Nachfolgekonzeptes für das Unternehmen selbst bestehe.⁷⁰ Nach neuesten Erkenntnissen⁷¹ müssen sich mehr als 70.000 Familienunternehmen in der Schweiz in den nächsten fünf Jahren mit der Regelung der Nachfolge auseinandersetzen; meist ist das Alter des Familienpatrons der Hauptgrund dafür. Dabei hat aber fast die Hälfte der Unternehmer noch keine entsprechenden Maßnahmen getroffen.⁷²

Die Nachfolgeregelung in Familienunternehmen ist ein eigenes facettenreiches Thema, das an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden kann. Es sei hier nur darauf hingewiesen, dass die frühzeitige Nachfolgeplanung – möglichst mit einer *Vorlaufzeit von mindestens drei Jahren* – zu den wichtigen Leitlinien eines gut geführten Familienunternehmens gehört.⁷³ Die Planung

⁶⁸ Vgl. dazu BGE 120 II 259 ff. und ausführlich *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 497 f.; *Du Pasquier/Wolf/Oertle*, in: Honsell/Vogt/Watter (Fn. 47), Art. 685b Rn. 12.

⁶⁹ Vgl. *Forstmoser*, FS Zobel, 2004, S. 475, 496 (Fn. 119); *Meier-Schatz*, SZW 64 (1992), 224 ff.

⁷⁰ *Ward* (Fn. 53), S. 186 ff.

⁷¹ Vgl. *Bisnode D&B*, Nachfolge-Studie KMU Schweiz, 2016; *PricewaterhouseCoopers* (Fn. 7), S. 12; vgl. auch *Illli/Fanger/Gathen*, EF 3 (2016), 151 ff.

⁷² *Halter/Kammerlander*, in: Stiftung KMU Next (Hrsg.), Bericht 1, 2012, S. 1, 6.

der zukünftigen Strategie im Rahmen des Nachfolgekonzepthes ist letztlich eine Aufgabe des Verwaltungsrats.

Sind nachfolgefähige und -willige Nachkommen vorhanden, ist die *familieninterne Nachfolgeregelung* oft die bevorzugte Variante. Kommt eine Übergabe des Unternehmens an die nächste Familiengeneration nicht infrage, sind auch familienexterne Lösungen in die Nachfolgeplanung einzubeziehen. Zu denken ist etwa an einen Verkauf, ein *Management-Buy-out* (MBO) oder *-Buy-in* (MBI), eine Stiftung oder ein *Initial Public Offering* (IPO).⁷⁴

VI. Schluss

Es überrascht kaum, dass es auch im Bereich der Familienunternehmen keine Allheilrezepte zur Bewältigung der Probleme der tendenziellen Vermischung der familiären mit der unternehmerischen Sphäre und der spätestens ab der dritten Familiengeneration divergierenden Interessen zwischen den aktiven Unternehmeraktionären und den passiven Investorenaktionären gibt. Wohl aber gibt es Erkenntnisse über die bestehenden Risiken und bestimmte Lösungsmöglichkeiten zur Steuerung des Anteilseignerkreises in Familienunternehmen.

Ein familienintern austariertes Familienleitbild, welches die Wertvorstellungen und *Verhaltensmaximen* der Familie festhält, und die rechtzeitige Bereitstellung nachhaltiger *Strukturen* können dazu beitragen, dass die zunehmend divergierenden Interessen der verschiedenen Anspruchsgruppen im Familienunternehmen zum Ausgleich gebracht werden können. Der designierte Nachfolger kann rechtzeitig in seine Rolle hineinwachsen und die Zukunft des Familienunternehmens steht auch nach dem Ausscheiden des Patrons auf einer tragfähigen Grundlage.

⁷³ Germann (Fn. 6), N. 423; Krneta (Fn. 59), N 245 ff.; Harder Schuler (Fn. 3), S. 186 f.; Bader/Seiler, EF 3 (2017), 146 ff.

⁷⁴ Vgl. Arnet/Hartmann, ST 78 (2004), 833 ff.; v. Moos, ST 76 (2002), 1059 ff.