



Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda*

Balz Hösly**/Nadira Ferhat***

Inhaltsverzeichnis

I. Unternehmensnachfolge in der Schweiz – eine Herausforderung

1. Erbrechtliche Relevanz von Unternehmensnachfolgen
2. Family Buy Out (FBO) im Besonderen
3. Notwendigkeit und Rechtfertigung einer gesetzlichen Regelung der Unternehmensnachfolge
4. Das BGBB als Modell für ein Unternehmenserbrecht?

II. Ausgewählte Stolpersteine bei der Unternehmensnachfolge

1. Stolperstein 1: Die Zuweisung eines Unternehmens in der Erbteilung
 - 1.1 Vorschlag de lege ferenda
 - 1.2 Aktuelle Rechtslage
 - 1.2.1 Das Unternehmen als einheitlicher Vermögenswert im Allgemeinen
 - 1.2.2 Das Unternehmen als einheitlicher Vermögenswert im Erbrecht
 - 1.3 Lösungsansatz
2. Stolperstein 2: Die Berechnung des Unternehmenswertes und der Anrechnungszeitpunkt
 - 2.1 Vorschlag de lege ferenda
 - 2.2 Aktuelle Rechtslage
 - 2.2.1 Unternehmenswertberechnung
 - 2.2.2 Anrechnungszeitpunkt und Wertveränderungen des Unternehmens
 - 2.3 Lösungsansätze
 - 2.3.1 Grundsätzliche Überlegungen
 - 2.3.2 Fortführungsprinzip
 - 2.3.3 Betriebsnotwendigkeitsprinzip
 - 2.3.4 Risikoübernahmeprinzip
 - 2.3.5 Ausnahmeklausel

3. Stolperstein 3: Das Pflichtteilsrecht

- 3.1 Vorschlag de lege ferenda
- 3.2 Das Pflichtteilsrecht als «Grundfrage des Erbrechts»
- 3.3 Die Problematik der «biens aisément négociables-Doktrin» im Besonderen
- 3.4 Lösungsansätze
 - 3.4.1 Stundung der Pflichtteilsansprüche
 - 3.4.2 Minderheitsanteile als Pflichtteil

4. Stolperstein 4: Gesellschaftsrechtliche Verträge und Formvorschriften

- 4.1 Vorschlag de lege ferenda
- 4.2 Aktuelle Rechtslage
- 4.3 Lösungsansätze

5. Stolperstein 5: Kompetenzen des Willensvollstreckers

- 5.1 Vorschlag de lege ferenda
- 5.2 Aktuelle Rechtslage
- 5.3 Lösungsansätze
 - 5.3.1 Rahmenverfügung für die Nachfolgeregelung
 - 5.3.2 Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage
 - 5.3.3 Einsetzung eines Ersatzwillensvollstreckers durch den Willensvollstrecker

III. Zusammenfassung

* Überarbeitete und teilweise ergänzte Fassung des am 10. Schweizerischen Erbrechtstag vom 27. August 2015 in Zürich gehaltenen Referates; Abschluss des Manuskripts: 31. Januar 2016.

** Dr. Balz Hösly, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Mediator SAV, TEP, Partner bei MME Legal | Tax | Compliance, Zürich.

*** Nadira Ferhat, MLaw, Anwältin bei MME Legal | Tax | Compliance, Zürich.

I. Unternehmensnachfolge in der Schweiz – eine Herausforderung

(1) Dieser Artikel fokussiert auf die erbrechtlichen und erbrechtlich relevanten Themen zur Unternehmensnachfolge aus Sicht des Praktikers, der sich an das Thema «Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – *de lege ferenda*» heranwagt. Er sieht sich bei der näheren Betrachtung einem breiten und umfassenden Themenkomplex gegenüber. Die Unternehmensnachfolge ist sicherlich erbrechtlich relevant, aber erstreckt sich auch auf verschiedene andere Gesetze und Gesetzesteile. Sie entwickelt sich rasch zu einem beinahe uferlosen Thema. Zugunsten einer breiten und praxisbezogenen Übersicht können in dieser Darstellung deshalb verschiedene Elemente und Argumente, die es wert wären, noch besser ausgeleuchtet und im Detail näher betrachtet zu werden, nur angetönt oder gestreift werden.

(2) Zu Beginn stellen sich die grundsätzlichen Fragen nach der Rechtfertigung einer eigenen gesetzlichen Regelung der Unternehmensnachfolge, den Anforderungen an eine solch spezielle Regelung und nach der erbrechtlichen Einbettung der Unternehmensnachfolge. Diese Fragen sind in einem allgemeinen Überblick zusammengefasst.

(3) In einem zweiten Teil haben wir die heutige Rechtslage und die Rechtsprechung kurz analysiert und daraus die in der Praxis wichtigsten Defizite und Stolpersteine für die Unternehmensnachfolge abgeleitet. Dabei gibt es erbrechtliche Regelungen, die nicht nur im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge, sondern generell einer Revision bedürfen. Zu ihnen gehört primär das Pflichtteilsrecht, das nach den gesellschaftlichen Strukturen und Bedürfnissen Anfang des 20. Jahrhunderts geschaffen wurde und darauf wartet, den heutigen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und Umständen angepasst zu werden.¹

(4) Eine Darstellung zur Unternehmensnachfolge *de lege ferenda* ist nicht möglich, ohne konkrete Vorschläge zu einer Gesetzesrevision zu machen. Diese Übersicht stellt deshalb jedem «Stolperstein» einen möglichen künftigen Gesetzestext voran, der die uns wichtig erscheinenden und in der Lehre diskutierten Reformpunkte enthält. Dabei besteht kein Anspruch, «der Weisheit letzten Schluss» gefunden zu haben. Wir möchten den Gesetzestext vielmehr als «Turngerüst» und Orientierungshilfe

verstanden wissen, aus dem eine ausgewogene gesetzliche Grundlage resultieren soll, welche Unternehmensnachfolgen zweckmässig und eingebettet in die bestehende Rechtsordnung unterstützt. In diesem Sinn darf der vorgeschlagene Gesetzestext als eine, wie die Engländer sagen, *Aunt Sally* betrachtet werden. Dabei handelt es sich um eine Schiessbudenfigur, die einzig zu dem Zweck aufgerichtet wird, damit sie durch die gezielt auf sie geworfenen Bälle wieder umgekippt werden kann.

1. Erbrechtliche Relevanz von Unternehmensnachfolgen

(5) In der Schweiz gibt es gut 320 000 kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Davon sind rund 277 000 sogenannte Mikrounternehmen mit bis zu 9 Arbeitnehmern, 36 000 kleine Unternehmen mit 10 bis 49 Arbeitnehmenden und 7 500 mittlere Unternehmen mit 50 bis 249 Arbeitnehmern.²

(6) Von diesen Unternehmen werden in den nächsten fünf Jahren rund 70 000 – oder 14 000 Unternehmen pro Jahr – in der einen oder anderen Form in Nachfolgeregelungen involviert sein.³ Rund 30% davon, also etwa 20 000 KMU, werden gemäss den Statistiken den Nachfolgeprozess entweder gar nicht beginnen oder im Verlauf dieses Prozesses scheitern und liquidiert werden.⁴ Volkswirtschaftlich bedeutet dies einen ganz erheblichen Strukturwandel aus Nachfolgegründen, von dem rund 470 000 Arbeitnehmende betroffen sein werden.⁵

(7) Vom Thema der Unternehmensnachfolge sind Familienunternehmen in ganz besonderer Weise tangiert. 78% (oder 250 000 Unternehmen) aller Schweizer KMU sind Familienunternehmen.⁶ Dazu muss angemerkt werden, dass zehn Jahre zuvor noch 88% (!) aller Schweizer KMU Familienunternehmen waren. Die Familienunternehmensquote geht demnach aus verschiedenen Gründen markant zurück. Nicht zuletzt hängt dies wohl auch mit den Stolpersteinen zusammen, welche das Erbrecht fa-

1 Vgl. Motion von Gutzwiler Felix, Für ein zeitgemässes Erbrecht (10.3524 vom 17. Juni 2010).

2 Bundesamt für Statistik, Marktwirtschaftliche Unternehmen und Beschäftigte nach Grössenklassen, 2008 (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/01/groesse.html>, zuletzt besucht am 05.01.2015); vgl. Crédit Suisse, Erfolgsfaktoren für Schweizer KMU, Unternehmensnachfolge in der Praxis, Universität St. Gallen (Center of Family Business), Juni 2013, S. 19 (Abb. 18).

3 Vgl. Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 19.

4 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 18.

5 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 18.

6 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 24.



milieninternen Unternehmensnachfolgen heute in den Weg legt.

(8) Generell sind drei Arten der Unternehmensnachfolge zu unterscheiden:

- **Family Buy Out (FBO):** Übernahme des Unternehmens durch einen familieninternen Nachfolger oder eine familieninterne Nachfolgerin. 40% aller Unternehmensübertragungen erfolgen in Form eines FBO.⁷ Diese Art der Übernahme hat regelmässig erbrechtliche Konsequenzen.
- **Management Buy Out (MBO):** Übernahme des Unternehmens durch das bestehende Management. 20% aller Unternehmen werden mittels eines MBO übertragen.⁸ Ein MBO wird oft zu einem «Sonderpreis» ermöglicht, was erbrechtliche Folgen haben kann.
- **Management Buy In (MBI):** Übernahme des Unternehmens durch externe Personen als Manager und Eigentümer. 40% aller Unternehmensübertragungen erfolgen in Form eines MBI.⁹ Sofern es sich in diesen Fällen um einen Unternehmensverkauf zu Marktpreisen handelt, ist dieser erbrechtlich nicht von grosser Relevanz. Auch hier kommen aber mehr und mehr gemischte Schenkungen vor, die erbrechtliche (und auch steuerrechtliche) Folgen zeitigen können.

2. Family Buy Out (FBO) im Besonderen

(9) Statistisch gesehen werden in den nächsten fünf Jahren rund 22000 KMU familieninternen Unternehmensnachfolgen (FBO) unterworfen sein. Der Nachfolgeprozess in diesen jährlich gut 4500 Familienunternehmen ist hinsichtlich verschiedener Faktoren von erbrechtlich relevanter Bedeutung, die sich aus der KMU-Umfrage 2013 der Crédit Suisse ergeben.¹⁰

(10) Bei Familienunternehmen wird die Unternehmensnachfolge erst relativ spät in Angriff genommen. Das durchschnittliche Alter eines Unternehmers, der einen Unternehmensnachfolgeprozess beginnt, beträgt 55 Jahre.¹¹ Zudem dauert der Prozess bei Familienunternehmen auch überdurchschnittlich lange, nämlich ca. sechs Jahre.¹² Oft geht es demzufolge nicht nur um die Unternehmens-

nachfolge an sich, sondern um eine Kombination der Nachfolge- mit der Nachlassplanung. Die Erfahrung zeigt, dass in diesen Prozessen oft auch subjektiv in der Person des Unternehmers liegende Hindernisse wie Alter, gesundheitliche Beschwerden oder sogar Tod zu überwinden sind.¹³ All dies verzögert den komplexen Prozess noch zusätzlich und bedeutet im konkreten Fall meist auch eine erhebliche Unsicherheit für den potenziellen Unternehmensnachfolger.

(11) Bei rund 57% der FBO gibt es zu Beginn des Nachfolgeprozesses mehr als einen möglichen familieninternen Nachfolger.¹⁴ Hier tut sich ein familieninternes Spannungsfeld auf: In mehr als der Hälfte aller Fälle gibt es am Ende des Nachfolgeprozesses einen «Gewinner» und einen oder mehrere «Verlierer». Dies erschwert die heikle Psychologie und das Management eines Nachfolgeprozesses noch zusätzlich. Es ist aber ein wichtiges Anliegen für eine gesunde Weiterentwicklung des Unternehmens, dass der Nachfolgeprozess weitgehend frei bleiben kann von familieninternen Vorwürfen und Verletzungen, damit ein Nachfolger das Unternehmen möglichst unbelastet fortführen kann.

(12) Oft erfolgen nicht nur FBO, sondern auch MBO zu Lebzeiten des Unternehmers. In 20% aller Fälle wird das Unternehmen vom späteren Erblasser durch Schenkung übertragen.¹⁵ Ebenfalls in rund einem Fünftel aller Fälle erfolgt die Unternehmensübertragung auf der Basis eines Verkäuferdarlehens, mit dem es dem Nachfolger ermöglicht wird, das Unternehmen vom Eigentümer zu kaufen.¹⁶ Beide Transaktionen sind von erbrechtlicher Bedeutung. Eine noch grössere Bedeutung hat der «Normalfall» bei FBO und – wenn auch in geringerem Ausmass – häufig auch bei MBO und MBI: In aller Regel werden Unternehmen, welche zu Lebzeiten des Unternehmers im Rahmen eines Nachfolgeprozesses übertragen werden, als gemischte Schenkung übertragen.¹⁷ Dies bedeutet, dass das Unternehmen mit einem Abschlag auf seinen wirklichen Wert, also den Marktpreis, auf einen Nachfolger übertragen wird. Im statistischen Durchschnitt beträgt dieser Discount auf den Marktpreis bei FBO rund 42% des Unternehmenswertes.¹⁸

7 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 5.

8 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 5.

9 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 5.

10 Vgl. Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 24.

11 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 22.

12 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 32.

13 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 25 f.

14 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 31 f.

15 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 37.

16 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 38.

17 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 37.

18 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 37.

(13) Nicht zuletzt ist auch von erbrechtlicher Bedeutung, dass ein Unternehmen oft das Hauptaktivum des Familienvermögens darstellt.¹⁹ Gleichzeitig hat der das Unternehmen übergebende Eigentümer aber das Bedürfnis, das unternehmerische Potenzial, die Führung und das Kapital des Unternehmens, in einer Hand zu bewahren.²⁰ Damit öffnet sich ein erbrechtliches Konfliktpotenzial, bei dem die Dispositionsfreiheit des die Nachfolge einleitenden Unternehmers, das Pflichtteilsrecht und das Gebot der Gleichbehandlung der potenziellen Erben aufeinandertreffen.

3. Notwendigkeit und Rechtfertigung einer gesetzlichen Regelung der Unternehmensnachfolge

(14) Unternehmen, insbesondere Familienunternehmen, bilden das Rückgrat der schweizerischen Volkswirtschaft: Die rund 320000 KMU in der Schweiz beschäftigen gut 2100000 Arbeitnehmende.²¹ Unternehmen sind aber nicht nur als Arbeitgeber, sondern generell als volkswirtschaftliche Katalysatoren relevant. Jedes Unternehmen ist ein privater *und auch* ein volkswirtschaftlicher Wert, um den sich verschiedene Interessen verschiedenster Stakeholder ranken. Die Interessen dieser Stakeholder können ganz unterschiedlicher Art sein. Sie können als Arbeitnehmer, als Zulieferer und Kreditoren mit dem Unternehmen verbunden oder als Kunden (und Debitoren) auf die Produkte und Dienstleistung des Unternehmens angewiesen sein. Betrachtet man also ein Unternehmen und seine Wertschöpfungskette mit allen wirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Verästelungen, so hat die Existenz – und im Rahmen eines Nachfolgeprozesses die Weiterexistenz – eines Unternehmens regelmässig eine herausragende Bedeutung für eine Vielzahl von wirtschaftlich mit ihm verbundenen Menschen, Arbeitnehmenden und deren Familien, Gewerbetreibenden und anderen Unternehmen.²²

(15) Eine liberale Rechtsordnung, wie wir sie in der Schweiz haben, macht es sich mit einer Vielzahl von verfassungsmässigen und gesetzlichen Bestimmungen zur Aufgabe, private und volkswirtschaftliche Werte zu schützen. In diesem Zusammenhang ist das Wort «schützen» nicht mit dem Wort «erhalten» zu verwechseln. In einer freiheitlichen, privatwirtschaftlich geprägten Gesellschaft gelten die Prinzipien der Eigentumsfreiheit und der Verhältnismässigkeit. Es kann deshalb nur in Ausnahmefällen aktive Aufgabe des Gesetzgebers sein, Werte *gegen den Willen* der an ihnen berechtigten Privaten im öffentlichen Interesse zu erhalten. Die passive Schutzfunktion des Rechts (die sich aus der Eigentumsgarantie der Bundesverfassung²³ ableitet) hilft andererseits gesetzliche Regelungen zu vermeiden, welche vorhandene Werte ohne bzw. ohne ein überwiegendes öffentliches Interesse einschränken, beeinträchtigen oder zerstören können. Dies sind die eigentlichen Kernargumente zur Rechtfertigung einer besonderen gesetzlichen Regelung der Unternehmensnachfolge. Ist ein Unternehmen Gegenstand eines Erbanges, so muss es Aufgabe des Gesetzes sein, die Erhaltung dieses Unternehmens im Zweifelsfall zu ermöglichen und seinen Transfer an eine nächste Generation nicht nur als privaten, sondern auch als volkswirtschaftlichen Wert sicherzustellen. Es ist von grösstem öffentlichem Interesse, Unternehmensnachfolgen zu erleichtern, ihnen nicht unnötig Steine in den Weg zu legen und die in einem Unternehmen verkörperten volkswirtschaftlichen Werte zu erhalten.²⁴

(16) Es ist nun aber eine geradezu notorische Tatsache, dass ein Unternehmen, das *aufgeteilt* werden muss, um alle Ansprüche der beteiligten Erben erfüllen zu können, in aller Regel an Wert verliert und indirekt seine volkswirtschaftliche Wertschöpfung in Mitleidenschaft gezogen wird. Auch ein Unternehmen, das nach einem Erbfall *verkauft* werden muss, und, wie man Umgangssprachlich so schön sagt, «unter den Hammer kommt», erzielt auf dem Markt oft einen beträchtlich tieferen Preis. Ein erbrechtlich erzwungener Verkauf zu einem ungünstigen Zeitpunkt, sei es wegen den Marktgegebenheiten oder sei es wegen einer noch nicht abgeschlossenen strategischen oder operativen Optimierung des Unternehmens, welche vor einem Verkauf nötig

19 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 24; WEISS KINGA M., Nachlassplanung für Familienunternehmen, Anwaltsrevue 2011, S. 474 ff., S. 474; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe vs. Unternehmenserbrecht im Allgemeinen, in: Recht des ländlichen Raums, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Bd. 11, 2006, S. 108; SCHAUFELBERGER PETER C./KELLER LÜSCHER KATRIN, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 612 N 11.

20 EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 96.

21 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 19, Abb. 18.

22 Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 5, 18, 20 f.

23 Art. 26 BV.

24 Vgl. Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 21; vgl. z.B. auch BREITSCHMID PETER, Das Erbrecht des 19. Jahrhunderts im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit, successio 2007, S. 6 ff., S. 9.



wäre, ist in der Regel wertvernichtend. Mit dieser unmittelbaren Wertminderung des Unternehmens verbunden ist auch seine mittelbare volkswirtschaftliche Werteinbusse durch die daraus resultierenden Auswirkungen auf Arbeitsplätze, Steuersubstrat, Beziehungen in Wertschöpfungsketten zu Geschäftspartnern, Kunden und Lieferanten usw.²⁵

(17) Es ist dieser drohende private und volkswirtschaftliche Werteverlust, welcher in unseren Augen die volkswirtschaftliche, aber auch die privatrechtliche Rechtfertigung darstellt, Unternehmen als besondere Güter in einem Nachlass auch besonders zu behandeln. Gerade Familienunternehmen, die gemeinhin als «Rückgrat der Volkswirtschaft» gelten, verdienen als zentrale und integrative Institutionen des Wirtschaftslebens besonderen Schutz.²⁶

(18) Das Verhältnismässigkeitsprinzip²⁷ schränkt den Schutz eines Unternehmens um jeden Preis ein. Ein Unternehmen sollte nicht gegen den *einheitlichen* Willen der berechtigten Erben erhalten werden. Wollen sie das Unternehmen verkaufen oder aufteilen, so gilt der Grundsatz der freien Erbteilung.²⁸ Für einen gegenteiligen Zwang gibt es, um PETER NOLL zu folgen, keine Rechtfertigung in einer freiheitlichen Privatrechtsordnung: «Nur der Zwang, nicht die Freiheit bedarf der Rechtfertigung»²⁹ – die Freiheit geht vor.

(19) Dieses Zurückstehen des Gesetzgebers gebietet die Privatautonomie generell, auf der auch die Erbrechtsordnung weitgehend basiert. Sind sich alle Berechtigten darüber einig, dass und wie ein bestimmter Nachfolger, sei es nun ein Erbe oder ein Dritter, ein Unternehmen übernehmen und weiterführen soll, und schliessen sie darüber eine Vereinbarung, dann ist das *in concreto* eine konsensuale und damit in aller Regel auch die beste Lösung. Der Gesetzgeber sollte für solche Fälle unnötige Hürden vermeiden oder sogar aus dem Weg räumen.

(20) Sind die Universalsukzessoren bei einem Unternehmen im Nachlass aber *unterschiedlicher* Meinung oder sogar zerstritten, so ändert sich das Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter und damit auch die Verhältnismässigkeit einer gesetzlichen Regelung. Der Gesetzgeber soll hier, wiederum im Sinne von PETER NOLL³⁰, gehalten sein, ein Unternehmen anders zu behandeln, als andere, weniger dynamische und volkswirtschaftlich weniger bedeutende Vermögenswerte. Bei einem vorhandenen Dissens in einer Erbengemeinschaft kann der Grundsatz der freien Erbteilung nicht greifen, und das öffentliche Interesse am Schutz des bedeutenden volkswirtschaftlichen Wertes eines Unternehmens rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung des Unternehmens gegenüber anderen Aktiven in einem Nachlass.

(21) Das besondere Rechtsgut «Unternehmen» und seine volkswirtschaftliche Bedeutung rechtfertigen m.a.W. für Nachfolgeregelungen eine Lösung, mit welcher der Gesetzgeber vom erbrechtlichen Gleichbehandlungs- und Naturalzuteilungsprinzip³¹ abweichen und dem Werterhalt den Vorzug geben darf.

4. Das BGGB als Modell für ein Unternehmenserbrecht?

(22) Seit dem 1. Januar 1994 gibt es ein Spezialgesetz für das bäuerliche Bodenrecht, das BGGB. Dieses enthält auch Bestimmungen zum bäuerlichen Erbrecht und will «namentlich Familienbetriebe als Grundlage eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen, auf eine nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichteten Landwirtschaft»³² erhalten. Der Erhalt von Familienunternehmen ist aber nicht nur in der Landwirtschaft, sondern auch allgemein im bürgerlichen Recht ein legitimes Anliegen.³³ Die Frage, ob das BGGB in

25 Vgl. Crédit Suisse, Juni 2013 (Fn. 2), S. 20.

26 Vgl. auch HAUSHEER HEINZ/DRUEY JEAN NICOLAS, Erb- und güterrechtliche Hindernisse in der Nachfolgeplanung des Unternehmens, SZW 1982, S. 70 ff., S. 77.

27 Vgl. dazu SCHINDLER BENJAMIN, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Valender Klaus A. (Hrsg.), 3. Aufl., Band 1, Zürich 2014, Art. 5 N 48.

28 Art. 607 Abs. 2 ZGB; vgl. BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER PETER C./KELLER LÜSCHER KATRIN (Fn. 19), Vor Art. 607–619 N 4 ff. und N 11.

29 NOLL PETER, Gedanken über Unruhe und Ordnung, Zürich 1985, S. 177.

30 NOLL PETER (Fn. 29), S. 177 f.: «Die unterschiedliche Behandlung bedarf der Begründung, die Gleichbehandlung nicht.»

31 Art. 607 Abs. 1 und Art. 610 Abs. 1 ZGB; vgl. BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER PETER C./KELLER LÜSCHER KATRIN (Fn. 19), Vor Art. 607–619 N 2 f. und N 7 f.

32 Art. 1 BGGB.

33 Diese Einschätzung hat DRUEY JEAN NICOLAS bereits 1982 festgehalten und ist mit Sicherheit auch heute noch valabel. S. dazu HAUSHEER HEINZ/DRUEY JEAN NICOLAS (Fn. 26) SZW 1982, S. 77; EITEL PAUL, KMU und Pflichtteilsrecht, in: Neue Rechtsfragen rund um KMU: Erb-, Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Bd. 12, Zürich 2006, S. 77.

seiner heutigen Ausgestaltung nicht auch als Modell für ein allgemeines Unternehmenserbrecht dienen könnte, liegt deshalb auf der Hand.

(23) Das BGBB ist jedoch ein zweiseitiges Schwert: Es enthält einige Teile, welche diesen Modellcharakter durchaus aufweisen, aber auch andere, wo sich die allgemeinen und landwirtschaftlichen Anliegen einer Unternehmensnachfolge klar unterscheiden. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf einen «flash-artigen» Überblick über die Eignung des BGBB für die Unternehmensnachfolge *de lege ferenda*.

(24) Zunächst steht das Anliegen des BGBB im Vordergrund, ein Unternehmen (i.c. ein landwirtschaftliches Gewerbe) über den Tod eines Erblassers hinaus integral zu erhalten³⁴, sofern dafür ein geeigneter Nachfolger zur Verfügung steht.³⁵ Damit wird dem Grundsatz der Wahrung der Einheit von Führung und Kapital des Unternehmens Rechnung getragen.³⁶ Das Gesetz geht davon aus, dass ein geeigneter Nachfolger das landwirtschaftliche Gewerbe integral und zur Selbstbewirtschaftung übernehmen können soll. Dieser «Nachfolger» hat einen gesetzlichen Anspruch auf die Zuweisung des Gewerbes aus der Erbschaft. Zur Verhinderung von Missbrauch sieht das Gesetz die Genehmigung der Miterben zu einer späteren Veräußerung des Gewerbes³⁷ sowie ein Kaufrecht der übrigen Erben vor, falls der Nachfolger die Selbstbewirtschaftung des Gewerbes endgültig aufgibt³⁸. Im Falle der Veräußerung des Gewerbes haben zudem alle Miterben, welche dem Nachfolger das Gewerbe zu einem Preis unter dem Verkehrswert überlassen mussten, einen Anspruch auf ihren Anteil an dem bei der Veräußerung erzielten Gewinn – und das während 25 Jahren.³⁹

(25) In Bezug auf landwirtschaftliche Gewerbe relativiert das BGBB somit die beiden «eisernen Grundsätze» des allgemeinen Erbrechts – das Gleichheitsgebot der Erben und ihren Pflichtteilschutz – zugunsten einer integralen Fortführung des Gewerbes. Diese grundsätzlichen und allgemein sinnvollen Überlegungen im BGBB sind allerdings mit anderen Regelungen verbunden, die

für ein allgemeines und liberales Unternehmensnachfolgerecht ungeeignet sind. So ist das BGBB geprägt vom Strukturerhaltungs- und -verbesserungsgrundsatz.⁴⁰ Das bäuerliche Grundeigentum soll *gefördert* werden⁴¹, womit eine landwirtschaftspolitische Massnahme, nämlich die Erhaltung eines «gesunden Bauernstandes»⁴² im Vordergrund steht. Dies darf in einem allgemeinen Unternehmensnachfolgerecht nicht Ziel des Gesetzgebers sein. Im Vordergrund zu stehen hat die Vermeidung eines volkswirtschaftlichen Schadens durch die drohende Beeinträchtigung eines Unternehmens, wenn sich die Erben über dessen Zukunft nicht einig sind.⁴³

(26) Das bäuerliche Bodenrecht rechtfertigt sich zudem durch die absolute Begrenztheit der Ressourcen «landwirtschaftlicher Boden» als auch seiner Ertragskraft. Landwirtschaftlicher Boden kann weder beliebig wachsen noch kann aus einem Stück Landwirtschaftsland ein beliebig hoher Ertrag generiert werden. Um diesen begrenzten Ressourcen Sorge zu tragen, erschwert das BGBB die Zerschlagung landwirtschaftlichen Bodens und setzt Spekulationen mit dem Boden präventiv enge Schranken.⁴⁴ Dies ist gekoppelt mit der konsequenten Ausrichtung des Gesetzes auf das Ertragswertprinzip, welches als Massstab für die Berechnung des Anrechnungswerts eines landwirtschaftlichen Gewerbes dient.⁴⁵

(27) Dieser grundsätzlichen landwirtschaftlichen Ressourcenknappheit steht die zwar von den klassischen Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital abhängige, aber theoretisch nicht beschränkte Wachstumsmöglichkeit eines Unternehmens gegenüber. Seine Möglichkeiten zur Entfaltung sind nicht von vornherein begrenzt. Seiner Entwicklung durch innovative Geschäftsmodelle oder durch die Optimierung bestehender Strukturen sind kaum Schranken gesetzt. Ein Unternehmensnachfolgerecht *de lege ferenda* steht nicht vor der Herausforderung, begrenzte Ressourcen zu optimieren, sondern nur davor, volkswirtschaftliche Werte vor einer unnötigen Zersplitterung eines funktionierenden Ganzen zu schützen.

(28) Auch das – an sich für die Fortführung eines Unternehmens sinnvolle – Realteilungs- und Zer-

34 Vgl. auch EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 96.

35 Art. 11 BGBB, vgl. auch Art. 1 Abs. 1 BGBB.

36 Vgl. auch EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 96.

37 Art. 23 BGBB.

38 Art. 24 BGBB.

39 Art. 28 BGBB.

40 Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a BGBB.

41 Art. 1 Abs. 1 lit. a BGBB.

42 Art. 1 Abs. 1 lit. a BGBB.

43 Vgl. Ziff. II. 3. vorstehend.

44 Vgl. Art. 1 BGBB.

45 Z.B. Art. 17 oder 42 BGBB.



stückelungsverbot, wie es im Wesentlichen in Art. 58 BGG geregelt ist, kann nicht unbedingt als Beispiel für ein allgemeines Unternehmensnachfolgerecht dienen. Die beiden Verbote gelten für landwirtschaftliche Gewerbe generell und umfassend. Sie machen insbesondere keine Unterscheidung zwischen betriebsnotwendigen und nicht betriebsnotwendigen Aktiven. «Alles oder nichts – so heisst es beim bäuerlichen Erbrecht»⁴⁶ titelt die NZZ dazu. Das BGG will *alles zusammenhalten* und *zusammen erhalten*, was einmal zusammengewachsen ist, und dies unabhängig davon, ob die einzelnen Grundstücke oder Grundstücksteile für den Betrieb des landwirtschaftlichen Gewerbes auch tatsächlich *notwendig* sind. Hier unterscheidet sich das allgemeine Unternehmensnachfolgebefürfnis sehr grundlegend vom landwirtschaftlichen. Wie noch gezeigt wird, soll der Fokus der Unternehmensnachfolge auf den betriebsnotwendigen Aktiven liegen, während die nicht betriebsnotwendigen Aktiven (welche zwar durchaus Teil des Gesamtunternehmens sein können, wie z.B. Landreserven etc.) unseres Erachtens nicht in die Unternehmensnachfolge miteinzubeziehen sind.⁴⁷ Es gibt keine Rechtfertigung für eine Sonderbehandlung von Aktiven im Erbrecht, welche für die Fortführung des Unternehmens nicht zwingend notwendig sind.

(29) Ebenfalls nicht im Sinne einer allgemeinen Unternehmensnachfolgeregelung liegen die Bestimmungen im BGG, welche den Kreis der Übernahmehberechtigten eines landwirtschaftlichen Gewerbes über den Kreis der eigentlichen Erben ausdehnen⁴⁸. Diese Bestimmungen stellen Struktur- und Branchenprivilegierung in den Vordergrund⁴⁹, welche im allgemeinen wirtschaftlichen Wettbewerb, in dem das Gesetz des Marktes spielt, nicht Zielsetzung des Gesetzgebers sein darf. Will kein Erbe das Unternehmen im Nachlass übernehmen, soll es von der Erbengemeinschaft letztlich verkauft werden können und dies in aller Regel zum Verkehrswert. Dem Postulat, ein Unternehmen als Ganzes zu erhalten und seinen volkswirtschaftlichen Wert zu schützen, ist damit Genüge getan.

46 Nachlassregelung, Alles oder nichts – so heisst es beim bäuerlichen Erbrecht, NZZ vom 4.12.2015 (<http://www.nzz.ch/finanzen/alles-oder-nichts--so-heisst-es-beim-baerlichen-erbrecht-1.18654881>).

47 Vgl. II.2.3.3 nachstehend.

48 Z.B. Art. 25 oder 40 BGG.

49 Vgl. Art. 1 BGG.

II. Ausgewählte Stolpersteine bei der Unternehmensnachfolge

1. Stolperstein 1: Die Zuweisung eines Unternehmens in der Erbteilung

1.1 Vorschlag de lege ferenda

Zuteilung eines Unternehmens. Der Erblasser kann eine Gesellschaft oder ein Gewerbe (Unternehmen) integral oder einen Mehrheitsanteil daran als Erbschaftssache durch Verfügung von Todes wegen einem Nachfolger als Erbschaft oder Vermächtnis zuteilen.

Zuweisung eines Unternehmens. Befindet sich in der Erbschaft ein Unternehmen und hat der Erblasser darüber nicht verfügt, so kann jeder Erbe verlangen, dass ihm dieses integral oder ein Mehrheitsanteil daran als Erbschaftssache auf Anrechnung in der Erbteilung zugewiesen wird, wenn er die zur Führung des Unternehmens nötigen Kenntnisse und Erfahrungen besitzt.

Das zuständige Gericht weist das Unternehmen einem Nachfolger zu, wenn er die zu seiner Führung nötigen persönlichen Voraussetzungen glaubhaft macht, die Zuweisung der Entwicklung des Unternehmens förderlich erscheint und die nicht betriebsnotwendigen Aktiven aus dem Unternehmen ausgesondert werden. Die ausgesonderten, nicht betriebsnotwendigen Aktiven fallen in die übrige Erbschaft.

Verlangen mehrere Erben die Zuweisung des Unternehmens, so sind ihre persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Kenntnisse über das Unternehmen, ihre fachliche und Führungserfahrung und ihr Alter bei der Bestimmung des Nachfolgers zu berücksichtigen.

1.2 Aktuelle Rechtslage

1.2.1 Das Unternehmen als einheitlicher Vermögenswert im Allgemeinen

(30) Das Unternehmen wird in der schweizerischen Rechtsordnung an verschiedenen Stellen als «einheitlicher Vermögenswert» betrachtet. Ein Unternehmen kann als Ganzes als Rechts- bzw. Sachgesamtheit übertragen werden (vgl. Art. 181 OR, Art. 69 ff. FusG).⁵⁰ Auch im Rahmen des ehelichen

50 Vgl. EITEL PAUL, Alte und neue Probleme der Unternehmensnachfolge, in: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht,

Güterrechts können «Vermögenswerte der Errungenschaft, die für die Ausübung eines Berufes oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind»⁵¹ gesamthaft aus der Errungenschaft ausgesondert und zu Eigengut erklärt werden.⁵² Und steht ein Vermögen in Nutzniessung und ist dieses Vermögen ein Unternehmen, so erstreckt sich die Rückgabepflicht des Nutzniessers bei Beendigung der Nutzniessung stets auf das Unternehmen respektive das Vermögen als Ganzes (Art. 766 ZGB).⁵³

(31) Ein Unternehmen ist zudem auch als Rechtsgesamtheit zu qualifizieren: Als Rechtsgesamtheit bezeichnet wird «eine Zusammenfassung von Rechten und Sachen, weshalb genauer von einer Kombination von Sachgesamtheit und Rechtsgesamtheit gesprochen werden müsste»⁵⁴. Eine Rechtsgesamtheit gilt als «Oberbegriff für das Vermögen (einschliesslich der Sondervermögen) sowie für das Unternehmen»^{55, 56}. Ein Unternehmen wird in diesem Zusammenhang auch als «eine organisatorische Wirkungseinheit»⁵⁷ bezeichnet, welche sich «aus einer Vielfalt von Gegenständen zusammensetzt, so etwa Sachenrechten, Beziehung zur Kundenschaft, Know-how oder Geschäftsgeheimnissen»^{58, 59}.

Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Geiser Thomas/Koller Thomas/Reusser Ruth/Walter Hans Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Bern 2002, S. 493 ff., S. 506.

51 Art. 199 ZGB.

52 Vgl. dazu HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Allgemeine Vorschriften, Art. 181–195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196–220 ZGB, Band/Nr. II/1/3/1, Bern 1992, Art. 199 N 6 und RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1–456 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 199 N 2 ff.

53 EITEL PAUL, Alte und neue Probleme (Fn. 50), S. 506 f.; vgl. MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar, IV. Band: Sachenrecht, Teilband IV 2a, Art. 745–778 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1999, Art. 766 N 42.

54 BSK ZGB II-WIEGAND WOLFGANG (Fn. 19), Vor Art. 641 ff. N 34 [Hervorhebung im Original].

55 BSK ZGB II-HUWILER BRUNO (Fn. 19), Art. 484 N 59.

56 EITEL PAUL, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Der Erbgang, Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Band/Nr. III/2/3, Bern 2004, Art. 628 N 28.

57 BSK ZGB II-WIEGAND WOLFGANG (Fn. 19), Vor Art. 641 ff. N 36.

58 BSK ZGB II-WIEGAND WOLFGANG (Fn. 19), Vor Art. 641 ff. N 36.

59 S. auch HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 2426.

Dieser wirtschaftlich geprägten, ganzheitlichen Betrachtung entgegengesetzt ist die sachenrechtliche Optik, gemäss der ein Unternehmen eben gerade *nicht* als ein einheitliches Rechtsobjekt angesehen wird. Sachenrechtliche Verfügungsgeschäfte können ein Unternehmen als Ganzes (also z.B. Grundstücke *und* Mobilien) nicht erfassen.⁶⁰

1.2.2. Das Unternehmen als einheitlicher Vermögenswert im Erbrecht

a) Allgemeines zu Art. 612 und 613 ZGB

(32) In Bezug auf ein Unternehmensnachfolgerecht sind für die Beurteilung, ob und in welchem Umfang ein Unternehmen im Erbrecht als einheitlicher Vermögensgegenstand anzusehen ist, die Art. 612 und 613 ZGB näher zu betrachten.

Art. 612 ZGB steht gesetzssystematisch unter der Marginalie «Zuweisung und Verkauf einzelner Sachen» und bestimmt, dass «eine Erbschaftssache, die durch Teilung an ihrem Wert wesentlich verlieren würde, einem der Erben ungeteilt zugewiesen werden» soll. Art. 612 ZGB erfasst somit *einzelne* Erbschaftssachen.⁶¹

Demgegenüber steht Art. 613 ZGB unter der Marginalie «Besondere Gegenstände – zusammengehörende Sachen» und bestimmt, dass «Gegenstände, die ihrer Natur nach zusammengehören» dann nicht voneinander getrennt werden sollen, «wenn einer der Erben gegen die Teilung Einspruch erhebt». Art. 613 ZGB erfasst somit primär *Sachgesamtheiten*.⁶² Die (unbestrittene) h.L. hat den Anwendungsbereich von Art. 613 Abs. 1 ZGB zudem auf Rechtsgesamtheiten ausgeweitet.⁶³

60 Vgl. VITO ROBERTO/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Sachenrecht, 4. Auflage, Bern 2014, N 124g.

61 WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014, Art. 612 N 8.

62 BK ZGB-WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN (Fn. 61), Art. 613 N 7 f.; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 103.

63 BK ZGB-WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN (Fn. 61), Art. 613 N 8; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 103; SEEBERGER LIONEL HARALD, Die richterliche Erbteilung, Freiburger Diss., Zürich 1992, S. 185; COUCHEPIN GASPARD/MAIRE LAURENT, Commentaire du droit des successions, art. 457–640 CC; Art. 11–24 LDFR, Bern 2012, Art. 613 N 3; s. auch BEUSCH-LIGGENSTORFER CHRISTINE/WEHINGER CLAUDIA, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 613 N 2.



(33) Die Art. 612 und 613 ZGB sind gesetzliche Teilungsregelungen, welche der Verwirklichung des Naturalteilungsprinzips⁶⁴ dienen. Als Ausnahmen weichen sie vom erbrechtlichen Grundsatz der Gleichberechtigung aller Erben⁶⁵ ab, sofern sich die Erben über die Erbteilung nicht einigen können und die Erbschaftssache bzw. die zusammengehörenden Gegenstände dennoch einem Erben zugewiesen werden sollen.⁶⁶ Würde eine Erbschaftssache also durch ihre Teilung wesentlich an Wert verlieren oder gehören verschiedene Erbschaftssachen ihrer Natur nach zusammen, so können (und sollen) sie auch nach der bereits geltenden Rechtsordnung einem Erben ungeteilt zugewiesen werden.

(34) Dieser an sich klare Grundsatz wird durch die Lehre und die Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁶⁷ mit der von SEEBERGER eingeführten, sogenannten «10%-Regel» allerdings stark relativiert.⁶⁸ Diese heute zumindest als Grundsatz allgemein akzeptierte Auffassung lässt eine integrale Zuweisung einer Erbschaftssache oder von zusammengehörenden Sachen an *einen* Erben nur dann zu, wenn die Zuweisung nicht zu übermässigen Ausgleichszahlungen innerhalb der Erbengemeinschaft führt.⁶⁹ Übersteigt der Wert einer Einzelsache bzw. einer zusammengehörenden Sache jenen des gesetzlichen Erbteils im Sinne einer Faustregel um mehr als 10%, so soll eine integrale Zuteilung nicht erfolgen, sondern die Sache bzw. die zusammengehörenden Sachen sind zu veräussern.⁷⁰

b) Das Unternehmen als besonderer Gegenstand gemäss Art. 613 Abs. 1 ZGB und offene Fragen *de lege lata*

(35) Die h.L. lässt Art. 613 Abs. 1 ZGB auch für Rechtsgesamtheiten gelten.⁷¹ Das Unternehmen als Rechtsgesamtheit ist zweifellos ein Vermögenswert, der *seiner Natur nach zusammengehört*. Deshalb ist auch ein Unternehmen als *besonderer Gegenstand* im Erbrecht zu betrachten. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich bei dem Unternehmen im Nachlass um ein Einzelunternehmen handelt.⁷² Nicht ausdiskutiert ist die damit zusammenhängende Frage, wie es sich bei dem Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft, insbesondere einer AG, verhält. Diese besteht bekanntlich aus einzelnen Aktien, von denen jede eine (sachenrechtliche) Einheit für sich ist. Wir schliessen uns hier der Auffassung der neueren Lehre an, welche ein Unternehmen *unabhängig von seiner Rechtsform* als Rechtsgesamtheit und damit als einheitlichen Gegenstand im Erbrecht betrachtet.⁷³ Es lässt sich letztlich dogmatisch nicht begründen, das gleiche Unternehmen je nach seiner Rechtsform erbrechtlich unterschiedlich zu behandeln. Art. 613 Abs. 1 ZGB zielt ja gerade auf *Gegenstände* ab, welche ihrer *Natur* – und nicht ihrer *Rechtsform* – nach, also aufgrund einer gemeinsamen, einheitlichen wirtschaftlichen Zweckbestimmung *zusammengehören*⁷⁴. Prinzipiell bzw. erbrechtlich betrachtet, ist dies für eine nicht inkorporierte Gesellschaft mit all ihren Vermögenswerten genauso der Fall, wie für eine Kapitalgesellschaft – unabhängig von der Struktur ihrer Trägerschaft.

(36) Schliesslich bietet das Erbrecht noch eine weitere, für Nachfolgeregelungen relevante Herausforderung in Bezug auf die Frage, ob ein inkorporiertes Unternehmen *nur* «als Ganzes» (z.B. 100% des Aktienkapitals) als «*besondere Sache*» übertragen werden kann und demzufolge immer nur *gesamthaft* als (erbrechtliche) Einheit anzusehen ist. Materiell kann die betriebswirtschaftliche und operative Verfügungsmacht über ein Unternehmen in aller Regel durch einen Mehrheitsanteil daran übertragen werden. Übertragen wird damit zwar nicht das

64 Art. 610 Abs. 1 ZGB.

65 Art. 607 Abs. 1 und 610 Abs. 1 ZGB.

66 Vgl. BK ZGB-WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN (Fn. 61), Art. 612 N 3 f. und Art. 613 N 3 f., N 6; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 102 f.

67 BGer 5C.214/2003, Urteil vom 8.12.2003, E. 4.1 m.w.N.

68 SEEBERGER LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 117 f.

69 Vgl. SEEBERGER LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 117 f.

70 SEEBERGER LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 118, 229 f.; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/LÜSCHER (Fn. 19), Art. 612 N 11; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 108 f.

71 Vgl. II.1.2.2 a) vorstehend.

72 Vgl. dazu und zum Folgenden EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 103 ff.

73 EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 104.

74 BK ZGB-WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN (Fn. 61), Art. 613 N 9; WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Chappuis Christine/Girsberger Daniel/Hofer Sibylle/Kunz Peter V./Sutter-Somm Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), V. Band, 2. Teil, Erbrecht, Basel 2015, S. 250.

vollständige rechtliche Eigentum, aber die faktische Verantwortung für das Unternehmen. Da die h.L. ein (Mehrheits-)Aktienpaket als Sachgesamtheit betrachtet⁷⁵, lässt sich auch hier mit der *ratio legis* von Art. 613 ZGB argumentieren, die eine Trennung von natürlich zusammengehörenden Gegenständen verhindern will. Ein Mehrheitspaket – und damit die Entscheidungsmacht und die unternehmerische Verantwortung – ist dogmatisch auch unter Art. 613 ZGB zu subsumieren.⁷⁶

1.3 Lösungsansatz

(37) Obwohl Art. 613 ZGB gewisse Lösungsansätze enthält, welche im Falle einer Unternehmensnachfolgeregelung herangezogen werden können, bietet die heutige Rechtsordnung und insbesondere das Erbteilungsrecht und seine aktuelle Auslegung dafür noch keine wirklich befriedigende Regelung. Die Fragen nach der erbrechtlichen Relevanz der Rechtsform oder der Übertragung nur eines Mehrheitsanteils am Unternehmen sind zumindest nicht abschliessend geklärt. Zudem ist die Hürde der «10%-Regel» in vielen Fällen zufolge des hohen wertmässigen Anteils eines Unternehmens in einem Nachlass, wohl kaum zu überspringen⁷⁷. All dies sind gewichtige Unsicherheitsfaktoren, welche für eine rasche und berechenbare Unternehmensnachfolgelösung unnötige Hindernisse darstellen.

(38) *De lege ferenda* können die bestehenden Unsicherheiten durch eine explizite gesetzliche Regelung beseitigt werden. Der massgebende Grundgedanke, den volkswirtschaftlichen und privaten Wert, den ein Unternehmen verkörpert, im Zweifelsfall – das heisst vor allem bei Uneinigkeit der

Erben – zu erhalten und so eine Fortführung des Unternehmens zu ermöglichen, kann auch hier als Leitschnur dienen.

In einem künftigen Gesetzestext ist deshalb eine Gesellschaft oder ein Gewerbe (Unternehmen) oder ein Mehrheitsanteil daran als *Erbschaftssache* zu definieren. Das Unternehmen soll im Rahmen einer Erbteilung einem geeigneten Nachfolger durch das zuständige Gericht *zugewiesen* werden können. Genauso wesentlich ist auch, dass ein Erblasser ein Unternehmen, das er hinterlässt, durch letztwillige Verfügung einem von ihm bestimmten Nachfolger als Erbschaftssache *zuteilen* kann.

(39) Im Gegensatz zur Zuteilung eines Unternehmens durch den Erblasser sollte die Zuweisung eines Unternehmens durch das zuständige Gericht an zusätzliche Erfordernisse geknüpft sein. Im Vordergrund stehen dabei drei Kriterien:

1. Der Nachfolger muss die zur Führung des Unternehmens nötigen Kenntnisse und Erfahrungen besitzen.
2. Die integrale Zuweisung muss der Entwicklung des Unternehmens förderlich erscheinen.
3. Die nicht betriebsnotwendigen Aktiven sind aus dem Unternehmen auszusondern.

(40) In Anlehnung an Art. 11 BGBB soll ein Unternehmen nur dann zugewiesen werden, wenn ein Erbe dies verlangt *und* die zur Führung des Unternehmens nötigen Kenntnisse und Erfahrungen besitzt. Das blosses Kriterium der «Geeignetheit» eines Nachfolgers scheint dabei zu wenig klar zu sein. Wer ein Unternehmen als Nachfolger übernehmen möchte, sollte nicht nur die dazu nötigen Kenntnisse, insbesondere eine entsprechende *Ausbildung* oder *praktische Tätigkeit*, sondern auch einschlägige *Erfahrungen* mitbringen. Dazu gehören Erfahrungen im Führungsbereich, aber auch Erfahrungen in der Branche, in welcher das Unternehmen tätig ist. Diese Kriterien gewinnen zusätzlich an Bedeutung, wenn mehrere Erben die Zuweisung des Unternehmens beantragen.

(41) Ebenfalls in Anlehnung an das BGBB (Art. 20 Abs. 2) sollen die persönlichen Verhältnisse der Erben, welche die Zuweisung für sich beanspruchen, Mit-Entscheidungskriterien für das zuständige Gericht sein.⁷⁸ So sind z.B. bereits bestehende Kenntnisse über das Unternehmen ein wesentlicher Faktor beim Zuweisungsentscheid. Hat ein Erbe

75 BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/LÜSCHER (Fn. 19), Art. 613 N 3; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 83 N 19; WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO (Fn. 74), S. 250; REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts: Band I, Bern 2007, N 121 m.w.N. und N 125 f.; vgl. dazu auch VITO ROBERTO/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 60), N 125; SEEGERBERG LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 185.

76 Vgl. dazu BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/LÜSCHER (Fn. 19), Art. 613 N 3; COUCHEPIN GASPARD/MAIRE LAURENT (Fn. 63), Art. 613 N 3; SEEGERBERG LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 185 m.w.H.; CHK-MEYER THOMAS (Fn. 52), Art. 613 N 2.

77 Vgl. dazu SEEGERBERG LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 229 f.: «Das Erbteilungsrecht ist daher für die Sicherung des Generationenwechsels in einem Familienunternehmen nicht geeignet.»

78 Vgl. SEEGERBERG LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 225 f. und EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 116 ff.



bereits längere Zeit in dem Unternehmen gearbeitet und kennt seine Situation, die Kunden und Lieferanten und nicht zuletzt die Mitarbeitenden gut, dann können dies sehr relevante Zuweisungskriterien sein.⁷⁹ Sodann sollen die fachliche *und* die Führungserfahrung des potenziellen Nachfolgers eine Rolle spielen. Wir halten es für wesentlich, dass der Nachfolger nicht nur *fachlich* fähig ist, das Unternehmen zu führen (also zum Beispiel nach einem betriebswirtschaftlichen Studium) sondern auch die entsprechende *Führungserfahrung* besitzt, welche ihm erst die Befähigung verleiht, das Unternehmen und die mit ihm verbundenen Menschen zu führen.

(42) Auch das Alter des Nachfolgers kann ein Kriterium sein.⁸⁰ Dabei ist bewusst offengelassen, ob ein möglicher Nachfolger konkret «zu jung» oder «zu alt» sein kann. Jedenfalls wäre es kaum sinnvoll, wenn jemandem im fortgeschrittenen Alter ein Unternehmen zugewiesen würde. Das zentrale Kriterium der Kontinuität der Unternehmensführung, die im Rahmen einer Nachfolgeregelung ja gerade sehr wesentlich ist, wäre dabei zu wenig erfüllt.

(43) Schliesslich soll die Zuweisung des Unternehmens an einen Nachfolger dem Unternehmen auch wirklich *förderlich* sein. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es – wenn die Zuweisung nicht vollständig und integral möglich ist, sondern in der Form eines Mehrheitsanteils erfolgen muss⁸¹ – kaum Sinn macht, das Unternehmen einem Nachfolger aus der Erbengemeinschaft zuzuteilen, wenn ein destruktives Zusammenwirken von Nachfolger und übrigen Erben zu erwarten ist. Die langfristigen Entwicklungsaussichten für das Unternehmen müssen sich durch die Zuweisung verbessern und nicht verschlechtern. Der zuständige Richter soll deshalb auch berücksichtigen, ob die Zuweisung des Unternehmens an *einen* der Erben der *ratio legis* auch tatsächlich gerecht wird und ob durch die Zuweisung der Wert des Unternehmens als fortzuführende wirtschaftliche Einheit auch tatsächlich geschützt werden kann. Obwohl dies für den Richter je nach den konkreten Umständen eine schwierige Entscheidung sein kann, glauben wir, dass es wichtig ist, dieses Zuweisungskriterium, quasi als

«Notbremse in der Hand des Richters», aufzuführen.

(44) Die nicht betriebsnotwendigen Aktiven sollen zudem aus dem Unternehmen ausgesondert werden. Ein Unternehmensnachfolgerecht – das vonseiten der Miterben in aller Regel Konzessionen abverlangt – rechtfertigt sich nur in Bezug auf die betriebsnotwendigen Aktiven, welche ein Unternehmen benötigt, damit es als wirtschaftliche Einheit weitergeführt werden kann. Das «Alles-oder-Nichts-Prinzip» des BGBB (Realteilungsverbot, vgl. Art. 58 BGBB) ist für ein allgemeines Unternehmensnachfolgerecht nicht sachgerecht.⁸² Details zur Unterscheidung zwischen den betriebsnotwendigen und nicht betriebsnotwendigen Aktiven und ihrer Bedeutung bei der Unternehmensnachfolge sind aus den nachfolgenden Ausführungen zu Stolperstein 2 ersichtlich.⁸³ Der Klarheit halber ist *de lege ferenda* auch festzuhalten, dass die ausgesonderten nicht betriebsnotwendigen Aktiven in die übrige Erbschaft fallen.

(45) Schliesslich lässt der Wortlaut von Art. 613 Abs. 3 ZGB offen, ob die Zuweisung von zusammengehörenden Sachen «mit oder ohne Anrechnung» auf den Erbteil erfolgen soll. Obwohl sich diese Formulierung primär auf Art. 613 Abs. 2 ZGB (Familienschriften und Gegenstände mit Erinnerungswert) bezieht⁸⁴, ist sie dennoch missverständlich und auslegungsbedürftig. Das künftige Gesetz sollte deshalb, wiederum in Anlehnung an das BGBB (Art. 17), explizit festhalten, dass ein Unternehmen einem Nachfolger stets *mit* Anrechnung auf den Erbteil zugewiesen wird.

79 SEEBERGER LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 227 ff.; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 118.

80 Vgl. dazu SEEBERGER LIONEL HARALD (Fn. 63), S. 227 und BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER PETER C./KELLER LÜSCHER KATRIN (Fn. 19), Art. 613 N 12.

81 Vgl. dazu die Ausführungen zum Pflichtteilsrecht, II.3. nachstehend.

82 Vgl. I.4. vorstehend.

83 Vgl. II.2.3.3 nachstehend.

84 Vgl. ELMIGER FABIENNE, Das Unternehmen in der Erbteilung, Die Teilungsart (Art. 607–619 ZGB), Schmid Jörg (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Bd. 68, Diss. Luzern 2012, S. 61 mit den Nachweisen.

2. Stolperstein 2: Die Berechnung des Unternehmenswertes und der Anrechnungszeitpunkt

2.1 Vorschlag de lege ferenda

Anrechnungswert. Der Anrechnungswert des Unternehmens ist mit einer betriebswirtschaftlich anerkannten Methode zu bestimmen, welche insbesondere die zukünftige Ertragskraft des Unternehmens in Betracht zieht. Für die Wertermittlung sind nur die betriebsnotwendigen Aktiven des Unternehmens zu berücksichtigen. Es ist von einer unabhängigen und branchenüblichen Betriebsführung auszugehen.

Die Erben können eine angemessene Erhöhung des Anrechnungswertes verlangen, wenn besondere Umstände es rechtfertigen.

Zuwendung zu Lebzeiten. Wurde das Unternehmen vom Erblasser einem Nachfolger zu Lebzeiten ganz oder teilweise zugewendet, so bestimmt sich sein erbrechtlicher Anrechnungswert auf der Basis der für das Unternehmen betriebsnotwendigen Aktiven im Zeitpunkt der Zuwendung. Die übrigen Aktiven werden nach ihrem Stande beim Tode des Erblassers berücksichtigt.

Der Nachfolger ist nicht berechtigt, eine ihn treffende Ausgleichung durch Einwerfung des Unternehmens in Natur vorzunehmen.

2.2 Aktuelle Rechtslage

2.2.1 Unternehmenswertberechnung

a) Allgemeines

(46) Die Anrechnung eines Unternehmens im Nachlass erfolgt nach den allgemein anerkannten Grundsätzen, so insbesondere nach dem Verkehrswertprinzip, das in Art. 617 ZGB festgehalten ist.⁸⁵ Ebenfalls erwähnt wird der Begriff des Verkehrswerts im ehelichen Güterrecht (Art. 211 ZGB). Das Obligationenrecht (Art. 685b OR) referenziert auf den «wirklichen Wert» des Unternehmens, mit dem der Verkehrswert gemeint ist, der u.U. mittels einer vom Richter angeordneten Unternehmensbewer-

tung zu bestimmen ist.⁸⁶ Es gibt allerdings keine Legaldefinition des Verkehrswertes.⁸⁷ Deshalb stellen sich trotz Einigkeit von Lehre und Rechtsprechung⁸⁸ über den Verkehrswert als massgeblichen Wert im Erbrecht (vgl. Art. 617, 474 Abs. 1, 522 Abs. 1, 537 Abs. 2, 630 Abs. 1 ZGB) und darüber, dass der Verkehrswert eines Unternehmens seinem «wirklichen Wert» entspricht⁸⁹, dennoch die Fragen, welche Kriterien für die Berechnung des Verkehrswertes eines Unternehmens im Nachlass heranzuziehen sind und welcher Wert des Unternehmens einem Nachfolger bei der Erbteilung letztlich anzurechnen ist.

(47) Unternehmen werden oft bereits zu Lebzeiten eines späteren Erblassers einem Nachfolger übergeben und zudem oft als Schenkungen oder gemischte Schenkungen ausgestaltet.⁹⁰ Eine sinnvolle Regelung der Unternehmensnachfolge hat deshalb auch die zu Lebzeiten ausgerichteten Vorempfänge oder unentgeltlichen Zuwendungen mit einzubeziehen, welche in der Form einer Übertragung eines Unternehmens, von Unternehmensteilen oder von Mehr- oder Minderheitsanteilen daran erfolgten.

b) Rechtsprechung zur Unternehmensbewertung

(48) Die korrekte Ermittlung des Verkehrswerts eines Unternehmens ist immer anspruchsvoll. Weder das Gesetz noch die Rechtsprechung bieten konkrete Anhaltspunkte, «in welcher Form und mit welchen Mitteln konkret die Bewertung vorzunehmen ist»⁹¹. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 21.12.2007 festgehalten, dass «als Verkehrswert (...) der Marktwert, das heisst der Wert, der bei einer Veräusserung an einen unabhängigen Dritten als Erlös erzielt würde»⁹², anzunehmen ist. Dabei bestimme das Bundesrecht, «nach welchen Rechtsgrundsätzen (Methode, Massstab) die Bewertung vorzunehmen ist»⁹³. Nicht immer aber führen die vom Bundesgericht angewendeten Grund-

85 ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN, Erbrechtliche Bewertungsfragen (Teilungsmasse, Herabsetzungsmasse, Verkehrswertveränderungen) und deren prozessuale Durchsetzung, AJP 2014, S. 1297 ff., S. 1304; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 119.

86 S. dazu ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN (Fn. 85) AJP 2014, S. 1304 m.w.H.; EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 120.

87 ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN (Fn. 85) AJP 2014, S. 1304 m.w.N.

88 BGer 5A_141/2007, Urteil vom 21.12.2007 E. 4.1.3.

89 EITEL PAUL, Alte und neue Probleme (Fn. 50), S. 499 m.w.N.

90 Vgl. I.2. vorstehend.

91 ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN (Fn. 85) AJP 2014, S. 1304.

92 BGer 5 A_141/2007, Urteil vom 21.12.2007 E.4.1.3.

93 BGer 5 A_141/2007, Urteil vom 21.12.2007 E.4.1.3.



sätze zu befriedigenden Resultaten. So hielt das Bundesgericht im BGE 120 II 262 («Kino-Entscheid») fest, dass ein Unternehmenswert bei einer gewollten Niedrigertragspolitik des Eigentümers sogar unter den Liquidationswert (!) sinken kann.⁹⁴ In diesem Entscheid berücksichtigte das Bundesgericht die subjektiven Komponenten der konkreten Unternehmens(fort)führung sehr (bzw. zu) stark.⁹⁵ Es hielt dazu fest, dass einer Unternehmensbewertung «somit die subjektiv gewollten und nicht die aus rein betriebswirtschaftlicher Sicht objektiv angezeigten unternehmerischen Entscheidungen zu Grunde zu legen»⁹⁶ sind. Diese Entscheidung des Bundesgerichtes wurde in der Lehre stark kritisiert.⁹⁷ In BGE 136 III 209 relativierte das Bundesgericht deshalb seine Praxis, allerdings lediglich in Bezug auf *güterrechtliche* Auseinandersetzungen.⁹⁸ Dies tat es mit der Begründung, dass «es doch hier nicht im Belieben des unternehmerisch tätigen Ehegatten stehen»⁹⁹ könne, «allein durch seine subjektiv gewollte Geschäftspolitik die Höhe der Errungenschaft und damit des Vorschlagsanteiles des anderen Ehegatten zu bestimmen»^{100, 101} Offengelassen hat das Bundesgericht, ob es damit künftig auch im Erbrecht von der unglücklichen Praxis des Kino-Entscheidunges abzuweichen bereit ist. An sich bleibt aber kein Raum für eine unterschiedliche Argumentation des Bundesgerichtes zur Unbilligkeit einer subjektiv gewollten Geschäftspolitik in Bezug auf *güterrechtliche* Vorschlagsanteile und einer davon abweichenden in Bezug auf Erbteile.¹⁰² Es ist deshalb anzunehmen, dass das Bundesgericht die subjektiven Komponenten einer Unternehmensführung allgemein nicht mehr als massgeblich für die Unternehmensbewertung ansehen wird.

94 BGE 120 II 259, 263 f.

95 Vgl. WEISS KINGA M. (Fn. 19) *Anwaltsrevue* 2011, S. 476, Fn. 8.

96 BGE 120 II 259, 264.

97 NOBEL PETER, Bestimmung des wirklichen Wertes von Aktien ohne Börsenkurs, recht, *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis* 1996, S. 121 ff., S. 122 ff.

98 Vgl. ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN (Fn. 85) *AJP* 2014, S. 1305 m.w.N.; EITEL PAUL, Grundfragen der Erbteilung, in: *Nachlassplanung und Nachlassenteilung/Planification et partage successoraux*, Schmid Jürg (Hrsg.), Zürich 2014, S. 346 f.

99 BGE 136 III 209, 117.

100 BGE 136 III 209, 117.

101 Diese Rechtsprechung wurde im Entscheid in den Verfahren BGer 5A_387/2010 E. 4.1 und 5A_405/2010 E. 5.1 bestätigt.

102 Vgl. dazu auch WEISS KINGA M. (Fn. 19) *Anwaltsrevue* 2011, S. 476, Fn. 8.

(49) In einem anderen Entscheid («Garage»)¹⁰³ fasste sich das Bundesgericht auch mit einer Unternehmensbewertung. Dabei ging es um zwei wichtige Kriterien, nämlich das Verhältnis von Ertrags- und Substanzwert des Unternehmens sowie um die Berücksichtigung der nicht betriebsnotwendigen Aktiven im Zusammenhang mit einer Unternehmensbewertung. Dabei vertrat das Bundesgericht – nachdem die nicht betriebsnotwendigen Aktiven aus dem Unternehmen ausgesondert wurden – im Wesentlichen die Meinung, dass «der Substanzwert soweit er den Ertragswert übersteigt, wirtschaftlich ohne Bedeutung ist»¹⁰⁴. Das Bundesgericht ging davon aus, dass «der Wert eines Unternehmens von der Berechnungsmethode und den wertbildenden Faktoren abhängig»¹⁰⁵ ist. Als «Regel» hielt es deshalb fest, dass die «Bewertung grundsätzlich zum Fortführungswert vorzunehmen»¹⁰⁶ ist.¹⁰⁷

(50) Trotz mehrerer Präzisierungen der Rechtsprechung gibt es nach wie vor Unsicherheiten in Bezug auf die Modalitäten von Unternehmensbewertungen. *De lege ferenda* bietet sich die Chance, die Ausgangslage dazu zu klären und für alle Beteiligten eine höhere Rechtssicherheit zu schaffen.

2.2.2 Anrechnungszeitpunkt und Wertveränderungen des Unternehmens

(51) Oft finden Unternehmensnachfolgeregelungen noch zu Lebzeiten des Unternehmers statt, der das Unternehmen einem Nachfolger übergibt.¹⁰⁸ Diese Unternehmensnachfolgen zu Lebzeiten erfolgen zudem oft in Form von Schenkungen oder gemischten Schenkungen mit einem durchschnittlichen Einschlag auf den Verkehrswert von rund 40%.¹⁰⁹

(52) Erbrechtlich sind Zuwendungen zu Lebzeiten sowohl für die Berechnung des verfügbaren Teils als auch im Rahmen der Ausgleichung mit ihrem Wert zu berücksichtigen, den sie *im Zeitpunkt des Todes des Erblassers* haben (Todestagsprinzip: vgl. Art. 474 Abs. 1, 537 und 630 Abs. 1 ZGB).¹¹⁰ Aufgrund des erbrechtlichen Gleichheitsprinzips muss

103 BGer 4C. 363/2000, Urteil vom 3. April 2001.

104 BGer 4C. 363/2000, Urteil vom 3. April 2001 E. 2.c.

105 BGer 4C. 363/2000, Urteil vom 3. April 2001 E. 3.b.

106 BGer 4C. 363/2000, Urteil vom 3. April 2001 E. 3.b.

107 S. zum Ganzen auch EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe (Fn. 19), S. 120 f.

108 Vgl. EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 64.

109 Bei einer Unternehmensnachfolge in Form eines FBO, vgl. I.2. vorstehend; EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 64.

110 ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN (Fn. 85) *AJP* 2014, S. 1300 m.w.N.; vgl. EITEL PAUL, Darlehen – Schen-

deshalb ein Unternehmen, das der Erblasser zu Lebzeiten übergeben hat, so angerechnet werden, wie wenn es «sich bis zum Hinschied des Erblassers in dessen Vermögen und in seinem Nachlass befunden hätte»¹¹¹.

(53) Dabei interessiert natürlich vor allem die Frage, wie mit *Wertveränderungen* eines Unternehmens umgegangen werden soll, welche zwischen dem Zuwendungszeitpunkt und dem Todestag des Erblassers eingetreten sind.¹¹² Das Todestagsprinzip gemäss Art. 630 Abs. 1 ZGB greift im Übrigen nach der Ansicht der Lehre nur bei der wertmässigen Ausgleichung (Idealkollation)¹¹³, während bei der Naturalausgleichung (Realkollation) Art. 617 ZGB massgebend und somit der (Verkehrs-)Wert zum Zeitpunkt der Teilung zu berücksichtigen ist.¹¹⁴

(54) Das Todestagsprinzip lässt die Erbengemeinschaft das Risiko von positiven als auch von negativen Wertveränderungen des Unternehmens gemeinsam tragen.¹¹⁵ Unklar dabei ist, ob Wertveränderungen, die durch rein konjunkturelle, also marktabhängige Entwicklungen entstanden sind, gleich behandelt werden sollen wie Wertveränderungen, die auf ein besonders unternehmerisches Talent des Nachfolgers zurückzuführen sind.¹¹⁶ In Zusammenhang mit einem Erbvorbezug eines Grundstückes, das der Empfänger selbst, mit eigenem unternehmerischem Risiko (und Geschick) überbaute, entschied das Bundesgericht (BGE 133 III 416), dass eine differenzierte Betrachtung des industriellen und des konjunkturellen Mehrwertes angezeigt sei:

«Erzielte der ausgleichungspflichtige Erbe durch die unternehmerische Tätigkeit einen grossen Gewinn, so wäre es unbillig, müsste er diesen Gewinn mit den Miterben teilen. Umgekehrt wäre es auch für die ausgleichungsberechtigten Miterben unbillig, müssten sie unternehmerische Verluste – auf deren Entstehung sie keinerlei Einfluss ausüben konnten – mittragen, wenn der erzielte Erlös die

kung – Vorempfang, successio 2013, S. 202 ff., S. 213 m.w.N.

111 EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 82.

112 Vgl. EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 507; vgl. dazu auch EITEL PAUL, Alte und neue Probleme (Fn. 50), S. 493 ff., S. 507 ff. m.w.H.

113 Die Idealkollation ist in der Praxis häufiger anzutreffen, s. dazu TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA (Fn. 75), § 85 N 23.

114 Vgl. dazu EITEL PAUL (Fn. 110) successio 2013, S. 213 m.w.N.

115 Vgl. ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN (Fn. 85) AJP 2014, S. 1301.

116 Vgl. dazu ROHNER THOMAS/MUSTER ALAIN (Fn. 85) AJP 2014, S. 1302.

*Verwendungen nur knapp überstiege oder jener sogar unter diesen läge.»*¹¹⁷

(55) Das Bundesgericht unterstellte deshalb nur einen «unternehmensrisiko-neutralen Wert» der Ausgleichung. Diese Praxis des Bundesgerichts anerkennt damit die latente Ungerechtigkeit des Todestagsprinzips, welches oft der Realität nicht gerecht wird und zu unbilligen Resultaten führt. Steigt der Unternehmenswert eines Unternehmens, das zu Lebzeiten einem Nachfolger zugewendet wurde, wäre dieser bei einer undifferenzierten, gesamtheitlichen Betrachtung des Unternehmenswertes mit Sicherheit frustriert, weil er seinen unternehmerischen Erfolg mit seinen Miterben teilen müsste. Würde das Unternehmen andererseits an Substanz verlieren, so wäre die gemeinsame Tragung des Minderwertes durch die Erbengemeinschaft ebenso wenig befriedigend, und Vorwürfe der Miterben an die mangelnden unternehmerischen Fähigkeiten des Nachfolgers wären unausweichlich.¹¹⁸

(56) Als weiterer Stolperstein im Zusammenhang mit Wertveränderungen muss schliesslich noch Art. 628 ZGB erwähnt werden. Im Rahmen der erbrechtlichen Ausgleichung haben die Erben die Wahl, «die Ausgleichung durch Einwerfung in Natur oder durch Anrechnung dem Werte nach vorzunehmen»^{119,120} Diese Wahlmöglichkeit zwischen Real- und Idealkollation führt dazu, dass ein erfolgloser Nachfolger, der das Unternehmen vom Erblasser zu dessen Lebzeiten erhalten hat, seine Miterben an einem Wertverlust des Unternehmens «beteiligen» kann, indem er das Unternehmen bei der Ausgleichung «in Natur» wieder in den Nachlass einwirft. Der Nachfolger ist durch die Realkollation in der Lage, sein unternehmerisches Risiko zu begrenzen und immerhin teilweise auf seine Miterben abzuschieben, wenn er gewillt ist, das Unternehmen aufzugeben und zur Disposition der Erbengemeinschaft zu stellen. Ob ein Nachfolger dieses Recht auf Realkollation nur bei reinen Schenkungen oder auch bei gemischten Schenkungen hat, ist in der Lehre umstritten. So wird ver-

117 BGE 133 III 416, 420.

118 S. auch EITEL PAUL, Eigentumstransfer an Familienunternehmen in der Schweiz – erbrechtliche Aspekte, in: Doing Succession in Europe, Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective, Stamm Isabell/Breitschmid Peter/Kohli Martin (Hrsg.), Zürich 2011, S. 271 ff., S. 292 und EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 82 f.

119 Art. 628 Abs. 1 ZGB.

120 Vgl. dazu auch EITEL PAUL, Grundfragen der Erbteilung (Fn. 98), S. 348 f. m.w.N.



schiedentlich die Möglichkeit der Realkollation im Rahmen von gemischten Schenkungen als nicht opportun erachtet und abgelehnt.¹²¹ Wie auch immer – allein schon die *Möglichkeit* der Realkollation übersteigt wohl die Zumutbarkeit für die übrigen Erben. Da eine Realkollation im Übrigen praktisch nur bei einem Wertverlust überhaupt ins Auge gefasst wird,¹²² würde damit faktisch genau wieder die vom Bundesgericht in BGE 133 III 416 als unbillig erachtete Situation geschaffen bzw. zugelassen und den Erben eine (Mit-)Übernahme des Unternehmensrisikos aufgebürdet. Nicht zuletzt entspricht die Möglichkeit der Realkollation wohl auch nicht dem wirklichen Willen eines Erblasser-Unternehmers. Ein solcher will seinem Nachfolger in aller Regel nicht die «Hintertür» der Realkollation und damit die Möglichkeit lassen, sich seiner unternehmerischen Verantwortung im Rahmen der Erbteilung wieder zu entledigen.

2.3 Lösungsansätze

2.3.1 Grundsätzliche Überlegungen

(57) Im Rahmen dieser Übersicht bleibt kein Raum, im Einzelnen auf die gängigen Methoden der Unternehmensbewertung einzugehen. Bei allen in der Praxis durchgeführten Unternehmensbewertungen zeigte sich aber, dass für jeden Nachfolger der Wert eines Unternehmens *in der Zukunft* und nicht in der Vergangenheit liegt. Gerade bei der systematischen Planung einer Unternehmensnachfolge ist dies in der Praxis oft eine heikle Klippe: Während der abgebende Unternehmer in «seinem» Unternehmen sein Lebenswerk sieht und den dafür erzielbaren Marktwert regelmässig überschätzt, ist für den Nachfolger die Vergangenheit des Unternehmens nur insofern relevant, als dass sie ihm in Zukunft einen (kommerziellen) Nutzen bringen kann. Es besteht deshalb eine klare Tendenz, Unternehmensbewertungen mit ertragswertbezogenen und damit zukunftsorientierten Methoden festzulegen.¹²³ Dies steht in Einklang mit dem Hauptanliegen einer gesetzlichen Regelung der Unternehmensnachfolge, nämlich die Kontinuität und damit den Wert des Unternehmens in der Zukunft sicherzustellen.

(58) Eine gesetzliche Regelung der Unternehmensnachfolge soll eine solche erleichtern. Damit ist fast zwangsläufig eine gewisse «Privilegierung» eines Nachfolgers verbunden, der das Unternehmen mit all seinen Entwicklungsmöglichkeiten und Risiken übernimmt. Ein den Nachfolger begünstigendes Privileg ist aber stets auch eine Bürde für die Miterben. Die Regelung der Nachfolge *de lege ferenda* sollte sich deshalb auf das (Kern-)Unternehmen als solches beschränken und die übrigen Erben so vor einer übermässigen Privilegierung des Nachfolgers schützen.

(59) Ein Unternehmen entwickelt sich vorab durch kluge unternehmerische Entscheide weiter. Andererseits kann es durch zu wenig durchdachte Weichenstellungen bis zu seiner Zerstörung herabgewirtschaftet werden. *De lege ferenda* scheint es deshalb sinnvoll, das Risiko dieser Entscheide beim unternehmerischen Entscheidungsträger zu bündeln: Die Verantwortung für die Veränderung des Unternehmenswertes soll *ausschliesslich* in die Hände des Nachfolgers gelegt werden.

(60) Diese Überlegungen führen zu drei Prinzipien, welche in den Gesetzesvorschlag eingeflossen sind:

- das Fortführungsprinzip,
- das Betriebsnotwendigkeitsprinzip und
- das Risikoübernahmeprinzip.

2.3.2 Fortführungsprinzip

(61) Ein Nachfolger wird ein Unternehmen dann übernehmen, wenn er es fortführen will. Es ist deshalb gerechtfertigt, den Anrechnungswert eines Unternehmens im Erbfall als dessen Fortführungswert zu definieren. Dies soll mit einer betriebswirtschaftlich anerkannten Methode geschehen, welche insbesondere die *zukünftige* Ertragskraft des Unternehmens in Betracht zu ziehen hat. Es sollen m.a.W. nicht subjektive Faktoren, wie sie das Bundesgericht zum Beispiel im «Kino-Entscheid» herangezogen hat, die massgebende Rolle spielen. Der Unternehmenswert ist vielmehr auf der Basis einer *objektiven* Betrachtung und des zukünftigen Leistungspotenzials zu berechnen und hat auf eine unabhängige und branchenübliche Betriebsführung abzustellen. Damit ist auch ein gewisser Schutz der übrigen Erben gewährleistet, welche sich eine subjektiv vielleicht vorhandene, aber objektiv nicht gerechtfertigte Unternehmenspolitik des Nachfolgers bei der Unternehmenswertberechnung nicht anrechnen lassen müssen.

121 Ausführlicher dazu und m.w.N. WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO (Fn. 74), S. 340 f.

122 WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO (Fn. 74), S. 341.

123 S. dazu LODERER CLAUDIO/JÖRG PETRA/PICHLER KARL/ROTH LUKAS/ZGRAGGEN PIUS, Handbuch der Bewertung, Praktische Methoden und Modelle zur Bewertung von Projekten, Unternehmen und Strategien, 4. Aufl., Zürich 2007, S. 614 und 710 f.; EITEL PAUL, Grundfragen der Erbteilung (Fn. 98), S. 347 m.w.N.

2.3.3 Betriebsnotwendigkeitsprinzip

(62) Das Betriebsnotwendigkeitsprinzip hat das Bundesgericht mit dem «Garage-Entscheid»¹²⁴ umrissen. Für die Ermittlung des Wertes des Unternehmens sind nur die betriebsnotwendigen Aktiven zu berücksichtigen. Die Unternehmensnachfolge betrifft letztlich ja nur die «Erschaftssache Unternehmen» und nicht auch noch allfällige weitere, mit ihm verbundene Aktiven. In der Praxis zeigt sich bei Unternehmensnachfolgeregelungen denn auch regelmässig, dass der erste Schritt zur Vorbereitung des Nachfolgeprozesses in der «Entschlackung» eines Unternehmens besteht. Oft sind die privaten Vermögenswerte des Unternehmers noch mit den Unternehmens-Aktiven im zu übertragenden Unternehmen vermischt und ebenso oft hängen noch verschiedene, nicht betriebsnotwendige Aktiven am Unternehmen¹²⁵, welche auszusondern sind.

(63) Der Schutz der übrigen Erben, die ein Interesse daran haben, die Unternehmensnachfolgeregelung auf das Unternehmen und seine betriebsnotwendigen Aktiven zu beschränken, rechtfertigt es, die betriebsnotwendigen von den nicht betriebsnotwendigen Aktiven auch dann trennen zu müssen, wenn damit ein gewisser Aufwand verbunden sein sollte. Hier kann der Begriff der Zumutbarkeit, zu dem eine reiche Praxis besteht,¹²⁶ helfen, den richtigen Massstab zu finden: Es soll vom Nachfolger das ihm (und dem Unternehmen) wirtschaftlich Zumutbare unternommen werden, die nicht betriebsnotwendigen Aktiven aus dem Unternehmen auszusondern.

(64) Eine Besonderheit gilt es bei der Zuwendung eines Unternehmens zu Lebzeiten des Erblassers zu beachten. Wie sogleich im Zusammenhang mit dem Risikoübernahmeprinzip noch ausgeführt wird, soll auch hier die Privilegierung des Nachfolgers nur die betriebsnotwendigen Aktiven beschlagen. Konsequenterweise sind aber die betriebsnotwendigen Aktiven *im Zeitpunkt der Zuwendung* als Basis des Anrechnungswertes heranzuziehen. Dies erscheint im Zusammenhang mit der *ratio legis* einer Unternehmensnachfolgeregelung gerechtfertigt: Im Vordergrund stehen die Fortführung und der Schutz eines Unternehmens mit seinen im Zeit-

punkt der Zuwendung nötigen Aktiven. Eine lebzeitige Zuwendung von (damals) nicht betriebsnotwendigen Aktiven hingegen sollen sich die übrigen Erben im Erbgang nicht entgegenhalten lassen müssen. Nicht betriebsnotwendige Aktiven sollen wie üblich in den Nachlass einbezogen werden, an dessen Teilung alle Erben dann gemäss der gesetzlichen Regelung (Todestagsprinzip, Gleichbehandlungsgrundsatz und Realteilungsgebot) partizipieren können.

2.3.4 Risikoübernahmeprinzip

(65) Das Bundesgericht hat im bereits erwähnten BGE 133 III 416 in Zusammenhang mit einem Erbvorbezug von Grundstücken festgehalten, dass im Rahmen der Ausgleichung nur ein unternehmensrisiko-neutraler Wert oder – im güterrechtlichen Sinne – nur der *konjunkturelle Mehrwert*¹²⁷ auszugleichen ist, also das Marktrisiko. Der *industrielle Mehrwert*, also der durch die Aktivitäten des Unternehmers realisierte Mehrwert, ist nicht weiter zu berücksichtigen.

(66) Dieser Entscheid erging in Bezug auf unüberbaute Grundstücke. Dort kann die konjunkturelle Wertsteigerung oft sehr stark ins Gewicht fallen. Bei der Übernahme eines Unternehmens hingegen sind die *betriebsnotwendigen* Landreserven in der Regel lediglich ein Mittel zum Zweck, der in der Führung und Fortführung des Unternehmens besteht. Der Wert eines Unternehmens wird sehr viel stärker durch die von der Führung gefällten *unternehmerischen Entscheide* beeinflusst. Es ist in der Praxis auch beinahe ein Ding der Unmöglichkeit, im Nachhinein evaluieren und festlegen zu wollen, ob eine Wertsteigerung oder Wertverminderung eines Unternehmens nun auf konjunkturelle Rahmenbedingungen oder auf industrielle Entscheidungen zurückzuführen ist. Oft ist es sogar so, dass mit klugen unternehmerischen Entscheidungen konjunkturelle Wertverminderungen aufgefangen oder dass konjunkturell positive Entwicklungen durch unzureichende unternehmerische Entscheide erodiert werden können. Letztlich werden der Weg eines Unternehmens und seine Entwicklung im Wesentlichen durch seine Führung bestimmt, die oft auch ihr eigenes wirtschaftliches Schicksal mit dem Unternehmen verbindet. DRUEY

124 BGer 4C.363/2000, Urteil vom 3. April 2001.

125 So war es beispielsweise einmal angebracht, einen Weinkeller im Wert von über CHF 50000 aus einem Versicherungsbroker-Unternehmen auszusondern.

126 Vgl. dazu HONSELL HEINRICH, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 4 N 6 und N 8 ff. m.w.H.

127 Vgl. dazu EITEL PAUL, Alte und neue Probleme (Fn. 50), S. 509, welcher für die Berechnung des Ausgleichungswertes ein analoges Vorgehen wie bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Unterscheidung des konjunkturellen und industriellen Mehr-/Minderwertes) vorschlägt.



hält das Unternehmen deshalb nicht nur für einen Wert, sondern auch für «ein Risiko und eine Verpflichtung»¹²⁸, welche für den Nachfolger oft bedeutet, dass er «seine volle Arbeitskraft fürs ganze eigene Leben»¹²⁹ an das Unternehmen bindet. Auch EITEL sieht die Anforderungen an Führung und Verwaltung eines Unternehmens als hoch an, weil an unternehmerische Weichenstellungen «besonders hohe Chancen und Risiken geknüpft»¹³⁰ sind, die für die Zukunft des Unternehmens entscheidend sind.

(67) Letztlich ist ein Unternehmen ein volatiler Vermögenswert, und die Verantwortung des Unternehmers für *alle* Entscheidungen und Massnahmen verunmöglicht eine klare Abgrenzung zwischen industriellen und konjunkturellen Wertschwankungen. Ein Nachfolger, der ein Unternehmen übernehmen kann, soll deshalb auch die volle Verantwortung darüber übernehmen und sowohl das Unternehmerrisiko als auch das ganze Marktrisiko tragen. Unternehmer zu werden, heisst Freiheit *und* Verantwortung übernehmen zu müssen. Das Risikoübernahmeprinzip dispensiert deshalb einen Nachfolger, der ein Unternehmen als Zuwendung zu Lebzeiten erhält, zwar davon, sich einen Mehrwert des Unternehmens beim späteren Tode des Erblassers anrechnen lassen zu müssen. Als Gegenstück dazu soll es ihm aber auch verwehrt sein, einen allfälligen Minderwert des Unternehmens gegenüber seinen Miterben geltend machen zu können. Schon gar nicht soll er berechtigt sein, eine ihn treffende Ausgleichung bei der Erbteilung durch Einwerfung des – im konkreten Fall mit Sicherheit eine Wertverminderung aufweisenden – Unternehmens «in Natur» vornehmen zu können.¹³¹

(68) Es scheint deshalb gerechtfertigt, den Anrechnungswert eines Unternehmens, das ein Nachfolger schon zu Lebzeiten des Erblassers erhalten hat, auf der Basis der für das Unternehmen betriebsnotwendigen Aktiven im *Zeitpunkt der Zuwendung* festzulegen und damit für Unternehmensübernahmen eine *Ausnahme vom Todestagsprinzip* vorzusehen.¹³² Das unternehmerische Leistungsprinzip soll – gekoppelt mit dem Risikoübernahmeprinzip – bei

Unternehmensnachfolgen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Naturalteilungsgebot im Erbrecht durchbrechen.¹³³

(69) Gleichzeitig soll eine *Nennwertgarantie* die übrigen Erben schützen. Diese soll den anrechenbaren Wert des Unternehmens zum Übernahmzeitpunkt quasi «einfrieren». Es ist konsequent und gerechtfertigt, einem Nachfolger, der die unternehmerischen Entscheidungen alleine fällen kann und das Schicksal des Unternehmens massgeblich bestimmt, auch das Risiko eines Wertzerfalls des Unternehmens aufzubürden.¹³⁴ Der Wert der betriebsnotwendigen Aktiven des von ihm übernommenen Unternehmens ist ihm im Sinne einer Bestandesgarantie der Miterben im Rahmen einer späteren erbrechtlichen Auseinandersetzung anzurechnen. Die Nennwertgarantie der Miterben ist zudem auch im Zusammenhang mit Ausgleichs- und Pflichtteilsforderungen von grosser Relevanz.¹³⁵

2.3.5 Ausnahmeklausel

(70) Bei aller Umsicht des zukünftigen Gesetzes ist es doch möglich, dass die Berechnung des anrechenbaren Werts eines Unternehmens mit den vorgesehenen Methoden in einem konkreten Fall zu Unbilligkeiten führen kann. Analog zum BGBB¹³⁶

133 Vgl. dazu EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 82 f.

134 Das Güterrecht kennt eine Nennwertgarantie: Da Ehegatten untereinander sich eher «verpflichtet» fühlen, den Ehepartner auch finanziell zu unterstützen, ist ihre Entscheidungsfreiheit zumindest moralisch beschränkter als gegenüber einem Dritten. Art. 206 Abs. 1 ZGB statuiert deshalb eine Nennwertgarantie (d.h. keine Risikoübernahme in Bezug auf einen allfälligen Minderwert). Vgl. dazu HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinats, 5. Aufl., Bern 2014, Rz. 12.119 und BK ZGB-HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS (Fn. 52), Art. 206 N 8, N 29. Der Anrechnungswert eines Unternehmens soll (gesetzlich) zum Zeitpunkt seiner Nachfolgeübernahme festgesetzt werden. Da die Erben danach keinen Einfluss auf das Schicksal des Unternehmens mehr haben, rechtfertigt sich auch bei einer Nachfolgeregelung der Schutz der übrigen Erben durch das Einführen einer Nennwertgarantie.

135 Vgl. II.3.4.2 nachstehend.

136 Analog zu Art. 18 Abs. 2 BGBB; gem. Art. 18 Abs. 2 BGBB gelten als besondere Umstände der höhere Ankaufswert des Gewerbes oder erhebliche Investitionen, die der Erblasser in den letzten 10 Jahren vor seinem Tod getätigt hat. Diese Aufzählung ist nicht abschlies-

128 DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken der Dispositionsmöglichkeiten des Unternehmers, in: Der Generationenwechsel im Familienunternehmen, Zürich 1982 (SSHW Band 67), S. 57 ff., S. 62.

129 DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken (Fn. 128), S. 62.

130 EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 83.

131 Vgl. II.2.2.2 vorstehend.

132 So auch EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 83 f.

ist deshalb eine Ausnahmeklausel vorzusehen, mit welcher die Miterben bei Vorliegen besonderer Umstände eine andere, adäquatere Unternehmensbewertung verlangen und den Anrechnungswert angemessen erhöhen können.

3. Stolperstein 3: Das Pflichtteilsrecht

3.1 Vorschlag de lege ferenda

Ausgleichsforderungen und Pflichtteilsansprüche. Wird einem Nachfolger das Unternehmen zugeteilt oder zugewiesen oder wurde es ihm zu Lebzeiten zugewendet und bringt die sofortige Bezahlung der Ausgleichsforderungen der Erben den Nachfolger in ernstliche Schwierigkeiten, so kann er verlangen, dass ihm Zahlungsfristen über eine Dauer von maximal fünf Jahren seit dem Tod des Erblassers eingeräumt werden oder der Pflichtteil den Erben in Form von Minderheitsanteilen ausgerichtet wird.

Die Erben können, wenn es die Umstände rechtfertigen, jederzeit eine Sicherstellung ihrer Ansprüche durch Verpfändung der Anteile oder der Aktiven des Unternehmens verlangen. Die Ausgleichsforderungen sind, soweit nichts anderes vereinbart wurde, vom Zeitpunkt der Erbteilung oder Zuweisung an zu verzinsen.

Wird der Pflichtteil den Erben, denen das Unternehmen nicht zugeteilt oder zugewiesen wurde, durch schriftliche Vereinbarung oder durch Entscheidung des zuständigen Gerichts in Form von Minderheitsanteilen am Unternehmen ausgerichtet, so finden, wenn die Parteien nichts anderes schriftlich vereinbaren, folgende Grundsätze Anwendung:

Abgeltung der Minderheitsanteile. Im Falle einer Veräußerung des Mehrheitsanteils am Unternehmen durch den Nachfolger sowie im Falle der Ausübung der nachfolgend geregelten Verkaufs- oder Kaufsrechte sind die Erben für ihre Minderheitsanteile zum Verkehrswert, jedoch mindestens zum einstigen Anrechnungswert des Unternehmens abzugelten.

Die Basis des Verkaufs- und Kaufpreises im Falle der Ausübung des Verkaufs- oder Kaufsrechts muss zum jeweiligen Zeitpunkt für alle Anteile und Erben die gleiche sein.

Mitverkaufsrecht der Erben. Der Nachfolger darf seinen Mehrheitsanteil nur an einen Dritten veräußern, wenn er den Erwerber des Mehrheitsanteils verpflichtet, sämtliche von den Erben gehaltenen Minderheitsanteile zu denselben Bedingungen wie den Mehrheitsanteil zu übernehmen.

Mitverkaufspflicht der Erben. Will der Nachfolger seinen Mehrheitsanteil an einen Dritten veräußern, so sind die Erben verpflichtet, alle ihre Minderheitsanteile gleichzeitig mit dem Nachfolger und zu denselben Bedingungen wie den Mehrheitsanteil an den Erwerber mit zu veräußern.

Verkaufsrecht der Erben. Die Erben haben nach dem Ablauf von zehn Jahren seit der Erbteilung oder der Zuweisung ein Verkaufsrecht ihrer Minderheitsanteile an den Nachfolger.

Kaufsrecht des Nachfolgers. Der Nachfolger hat während zehn Jahren seit der Erbteilung oder der Zuweisung ein Kaufsrecht an den Minderheitsanteilen der Erben.

Gewinnbeteiligung. Die Erben haben, soweit die wirtschaftlichen Umstände es zulassen, im Umfang ihrer Minderheitsanteile einen Anspruch auf einen angemessenen Anteil am Unternehmensgewinn in der Form von jährlichen Ausschüttungen.

3.2 Das Pflichtteilsrecht als «Grundfrage des Erbrechts»

(71) Das Pflichtteilsrecht schützt gewisse Kategorien von Erben vor einer übermäßigen Disposition des Erblassers über seinen Nachlass.¹³⁷ Ob und in welcher Höhe ein Erblasser gesetzlich verpflichtet sein soll, Teile seines Nachlasses vom Gesetzgeber im Voraus bestimmten Personen überlassen zu müssen, ist schon immer eine Grundfrage des Erbrechts gewesen.¹³⁸ Für eine detaillierte Auseinan-

137 Vgl. EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 68.

138 EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 68 f.; vgl. auch DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken (Fn. 128), S. 58.

send; s. dazu auch TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA (Fn. 75), § 84 N 56.



dersetzung mit dem Pflichtteilsrecht im Allgemeinen bleibt allerdings im Rahmen dieser Darstellung nur wenig Raum.

(72) Die Frage des Umfanges des Pflichtteilsschutzes im Schweizerischen Erbrecht ist aber eine aktuelle. Abgesehen von kleineren Revisionen existiert das heutige Pflichtteilsrecht seit der Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Jahre 1912.¹³⁹ Es ist deshalb das Hauptanliegen einer von den eidgenössischen Räten an den Bundesrat überwiesenen Motion, das Pflichtteilsrecht auf seine Aktualität hin zu überprüfen und anzupassen.¹⁴⁰ Dabei geht es nicht um die Abschaffung des Pflichtteilsschutzes, sondern um dessen Modifikation.¹⁴¹

(73) Die Gründe für eine Beibehaltung des Pflichtteilsschutzes sind vielfältig.¹⁴² Die wirtschaftliche Versorgung naher Angehöriger durch das Vermögen des Erblassers steht dabei im Vordergrund. Das Pflichtteilsrecht soll aber auch eine gewisse Verteilungsgerechtigkeit unter den Kindern sicherstellen und das erbrechtliche Gleichbehandlungsprinzip auf einem minimalen Niveau gewährleisten. Auch der Erblasser selbst kann durch obligatorische Pflichtteile vor unverantwortlichen oder ungerechten Verfügungen geschützt werden. Schliesslich können Pflichtteile einerseits ein Familienvermögen erhalten helfen und andererseits «unerwünschte» Vermögenskonzentrationen in einer Hand verhindern.¹⁴³

(74) Für eine Abschwächung des heutigen Pflichtteilsschutzes sprechen die seit der Schaffung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches eingeführten obligatorischen Sozialwerke, insbesondere die AHV und das BVG, welche den wirtschaftlichen Versorgungsgedanken des Erbrechts einigermassen in den Hintergrund treten lassen.¹⁴⁴ Diese gestärkte

soziale Absicherung erlaubt es, der Eigentums- und der Testierfreiheit des Erblassers im Rahmen einer liberalen Rechtsordnung, wie sie die Schweiz hat, heute mehr Raum zu lassen. Überwog früher der Schutz des Rechtsgutes der sozialen Absicherung naher Angehöriger dasjenige der Dispositionsfreiheit des Erblassers, so haben sich heute die Gewichte verschoben. In unserer pluralistischen Patchwork-Gesellschaft mit ihren vielfältigen Formen des Zusammenlebens erscheint eine die Dispositionsfreiheit eines Erblassers derart einschränkende gesetzliche Regelung, wie sie das Schweizerische Erbrecht (noch) kennt, zunehmend als Anachronismus und problematisch.¹⁴⁵ In einem komplexen gesellschaftlichen Umfeld wird letztlich auch nur eine individuelle Disposition den konkreten Verhältnissen, in denen ein Erblasser lebt, wirklich gerecht. Schon der geistige Vater des heutigen Zivilgesetzbuches, EUGEN HUBER, hat erkannt, dass das Abwägen von starrer gesetzlicher Regelung und individueller Dispositionsfreiheit stets eine Gratwanderung darstellt, welche immer wieder – im Sinne einer den konkreten Umständen am ehesten gerecht werdenden Regelung und deshalb wohl zugunsten einer möglichst grossen Dispositionsfreiheit des Erblassers – neu zu definieren ist.¹⁴⁶

(75) *De lege ferenda* sind verschiedene Möglichkeiten zur Flexibilisierung des Pflichtteilsrechtes denkbar.¹⁴⁷ So steht eine generelle Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen im Vordergrund. Auch ist eine Abstufung des Pflichtteilsumfangs je nach Grösse des Nachlasses oder eine qualitative Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts denkbar, bei dem an die tatsächliche Unterhaltsbedürftigkeit naher Hinterbliebener angeknüpft wird.

(76) In Bezug auf die Unternehmensnachfolge im Speziellen stellen sich allerdings noch andere Fragen im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht. Seine heutige Starrheit macht es zum «Problem Nummer 1 bei der Nachfolgeplanung im Gebiet

139 Vgl. dazu KLÖTI DANIELA, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse, Diss. Bern 2014, N 210 m.w.N.

140 Vgl. Motion von Gutzwiler Felix (Fn. 1).

141 Vgl. dazu EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 70 f. m.w.N.; BREITSCHMID PETER, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiler» (10.3524 vom 17.6.2010), *successio* 2014, S. 7 ff., S. 17 f.

142 S. dazu und zum Folgenden EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 72 ff.

143 Vgl. zu den Gründen des Pflichtteilsrechts KRUG WALTER, Länderbericht Deutschland, in: Grenzenloses Erbrecht – Grenzen des Erbrechts, 27. Tagung der DACH in Luzern vom 19. bis 21. September 2002, Köln 2004 (DACH Schriftenreihe 20), S. 217 ff., S. 236.

144 Vgl. dazu SEROZAN RONA, Wohin steuert das Erbrecht?, *successio* 2014, S. 4 ff., S. 5 f. und auch BREITSCHMID

PETER (Fn. 24) *successio* 2007, S. 13, Fn. 32.

145 HÖSLY BALZ, Wir brauchen eine liberale Reform des Erbrechts, NZZ am Sonntag vom 22. März 2015, S. 19.

146 HUBER EUGEN, Erläuterungen zu dem Teilentwurf über das Erbrecht, Zweiter Teilentwurf (1895), in: Berner Kommentar, Bd. 1, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Das Memorial von Eugen Huber, Teil- und Departmentalentwürfe, Botschaft zur Einführung der Rechtseinheit, Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern 2009, N 453 ff.

147 Vgl. dazu und zum Folgenden BREITSCHMID PETER (Fn. 24) *successio* 2007, S. 14 f.

des Erbrechts»¹⁴⁸. Die mangelnde Flexibilität des Pflichtteilsrechts, dessen Rigorosität vom Erblasser auch im Falle einer Unternehmensnachfolge nicht relativiert werden kann, führt heute im Erbgang zu teilweise «schmerzhaften Eingriffen in die Substanz des Unternehmens»¹⁴⁹ und ist damit der Haupt-Stolperstein für die integrale Weitergabe eines Unternehmens an eine Folgegeneration.

3.3 Die Problematik der «biens aisément négociables-Doktrin» im Besonderen

(77) Die «*biens aisément négociables*-Doktrin» findet ihren Ursprung in einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1944¹⁵⁰, in dem entschieden wurde, dass ein Pflichtteilerbe sich nicht mit einem Nutzniessungsanspruch in Anrechnung an seinen Pflichtteil abzufinden habe. Das Bundesgericht hielt fest, dass Pflichtteile grundsätzlich als «*biens aisément négociables*» auszurichten sind, damit ein Pflichtteilsgeschützter in den vollen und uneingeschränkten Genuss seines Pflichtteils kommen könne.¹⁵¹

(78) Dieser Bundesgerichtsentscheid wurde in Zusammenhang mit Aktienpaketen von HAUSHEER¹⁵² zu einer Doktrin weiterentwickelt. Er leitete daraus ab, dass «ein Pflichtteilerbe sich ein vom Erblasser durch Anordnung von Todes wegen geschaffenes Minderheitsaktienpaket auf eine bestimmte Familie hin vinkulierter Namensaktien nicht auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen muss»¹⁵³. HAUSHEER ging es bei seinen Überlegungen vor allem darum, Minderheitsaktionäre gegenüber einem Mehrheitsaktionär zu schützen, der sein Mehrheitspaket überhaupt nur deswegen erhalten könnte, weil seine Miterben mit Minderheitspaketen abgespiesen würden, welche sie sich erst noch an ihren Pflichtteil anrechnen lassen müssten. Die Miterben würden so gleichsam «Gefangene des Mehrheitsaktionärs» und von diesem geradezu bevormundet. Die neuere Lehre entwickelte diese Doktrin weiter und geht nun konsequenterweise davon aus, dass die Frage der Vinkulierung von Aktien im heutigen marktwirtschaft-

lichen Umfeld keine massgebende Rolle mehr spielt.¹⁵⁴ Ganz generell können nämlich Minderheitsanteile von Familienunternehmen nicht als «*biens aisément négociables*» bezeichnet werden, weil deren Handelbarkeit in jedem Falle grundsätzlich eingeschränkt und damit ihre kommerzielle Realisierbarkeit faktisch nicht gegeben ist. Diese Auffassung hat in letzter Konsequenz zur Folge, dass Minderheitsanteile an einem Unternehmen, für die kein liquider Markt besteht, generell nicht als Bestandteile von Pflichtteilsansprüchen akzeptiert werden müssen, wenn sie die Voraussetzung zur Schaffung eines Mehrheitsanteils sind, mit dem ein Nachfolger ein (Familien-)Unternehmen übernehmen kann. Damit – und erst noch in Kombination mit der bereits erörterten «10%-Regel»¹⁵⁵ – werden familieninterne Nachfolgeregelungen, bei denen sich die Erben nicht einigen können, in der Schweiz erbrechtlich nahezu verunmöglicht.

(79) Zu diesen Überlegungen hat sich das höchste Gericht der Schweiz seit 1944 allerdings nicht wieder geäußert. Es besteht lediglich ein Entscheid des Kantonsgerichtes Graubünden¹⁵⁶, der die «*biens aisément négociables*-Doktrin» in der Praxis anwandte. Nichtsdestotrotz stellt die auf BGE 70 II 142 und HAUSHEER basierende Auslegung des Pflichtteilsrechts heute eine bedeutende Schranke im Rahmen eines Unternehmensnachfolgeprozesses dar. Ist ein Unternehmen das Hauptaktivum eines Nachlasses, verhindert die Doktrin oft dessen Weitergabe im Sinne eines Mehrheitspaketes an einen Nachfolger-Haupteigentümer. Die neuere erbrechtliche Literatur fordert deshalb eine «massvolle Relativierung» der Doktrin¹⁵⁷ und bestätigt die schon länger bestehende Auffassung von DRUEY, dass sich die Lehre durch die Bemerkungen des Bundesgerichtes in BGE 70 II 142 wohl «zu sehr schrecken»¹⁵⁸ liess.

148 DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken (Fn. 128), S. 65.

149 EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 81.

150 BGE 70 II 142; ausführlich dazu EITEL PAUL, KMU (Fn. 33), S. 55.

151 BGE 70 II 142 E. 2.

152 Vgl. dazu und zum Folgenden HAUSHEER HEINZ, Erbrechtliche Probleme des Unternehmens, Bern 1970 (ASR Heft 399), S. 203 ff.

153 HAUSHEER HEINZ (Fn. 152), S. 210.

154 Vgl. dazu und zum Folgenden VON SALIS ULYSSES/HAAAS PHILIPP, Familieninterne Unternehmensnachfolge und M&A Transaktionen, in: Mergers & Acquisitions XVI, Tschäni Rudolf (Hrsg.), Europa Institut Zürich, Bd. 148, Zürich 2014, S. 42 f.; vgl. dazu auch DRUEY JEAN NICOLAS/HAUSHEER HEINZ (Fn. 26) SZW 1982, S. 70 f.

155 Vgl. II.1.2.2 a) vorstehend.

156 Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden 1988, N 4, S. 17 ff.

157 VON SALIS ULYSSES/HAAAS PHILIPP (Fn. 154), S. 40 m.w.N.

158 DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken (Fn. 128), S. 63.



3.4 Lösungsansätze

3.4.1 Stundung der Pflichtteilsansprüche

(80) Wird ein Unternehmen als Erbvorbezug integral übergeben oder in einer Erbteilung zugewiesen, kann der Nachfolger bei einer sofortigen Befriedigung der Ausgleichs- oder der Pflichtteilsansprüche der übrigen Erben in finanzielle Bedrängnis kommen.¹⁵⁹ Dem schweizerischen Zivilrecht sind solche Schwierigkeiten nicht unbekannt. So sieht das Güterrecht in praktisch allen Güterständen vor, dass ein Ehegatte, den die sofortige Bezahlung seiner Schulden, der Ausgleichsansprüche oder der Mehrwertanteile des anderen Ehegatten in ernsthafte Schwierigkeiten bringen würde, verlangen kann, dass ihm Zahlungsfristen eingeräumt werden (vgl. Art. 271 lit. g ZPO, Art. 203 Abs. 2, 218 Abs. 1, 235 Abs. 2 und 250 Abs. 2 ZGB).¹⁶⁰

(81) Auch ein Blick über die Grenzen zeigt, dass ausländischen Zivilrechtsordnungen eine Stundungsregelung nicht fremd ist.¹⁶¹ So sieht beispielsweise der spanische Código Civil in Art. 1056¹⁶² vor, dass ein Erblasser «mit Rücksicht auf die Erhaltung des Unternehmens» letztwillig einen Zahlungsaufschub von bis zu fünf Jahren für Ausgleichszahlungen verfügen kann. Auch das deutsche BGB sieht allgemein, aber insbesondere für ein Wirtschaftsgut (sic), «das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet» in § 2331a Abs. 1 vor, dass jeder Erbe eine Stundung beantra-

gen kann, falls die sofortige Auszahlung von Pflichtteilsansprüchen für ihn eine unbillige Härte darstellt. Weiter wird im Nachbarland Österreich im Rahmen einer Erbrechtsreform eine Pflichtteilsstundungsregelung eingeführt, welche am 1. Januar 2017 in Kraft tritt.¹⁶³ Diese Regelung sieht ebenfalls eine 5-jährige Stundungsmöglichkeit vor, welche vom Gericht in besonderen Härtefällen auf maximal 10 Jahre erstreckt werden kann. Im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge wird dem Pflichtteilsschuldner sogar explizit ein Anspruch auf Stundung des Geldpflichtteils eingeräumt, «wenn dessen sofortige Entrichtung den Fortbestand eines Unternehmens erheblich gefährdet»¹⁶⁴.

(82) Die Einführung einer Stundungsregelung zugunsten eines geeigneten Nachfolgers, der ein Unternehmen integral übernehmen und fortführen kann, erscheint im Sinne einer Abwägung der Rechtsgüter als für die übrigen Erben zumutbar, wenn diese nicht *dauernd und übermässig* in ihren Pflichtteilsansprüchen eingeschränkt werden. Im Erbrecht *de lege ferenda* ist deshalb eine in ihrer Formulierung dem ehelichen Güterrecht angelehnte Regelung vorzusehen, welche einem Nachfolger die Möglichkeit gibt, eine Stundung für die Ausgleichsforderungen der übrigen Erben zu verlangen.¹⁶⁵ Um diese nicht übermässig zu beeinträchtigen, soll die Stundungsdauer einerseits auf fünf

159 Vgl. KLÖTI DANIELA (Fn. 139), N 42.

160 Vgl. BREITSCHMID PETER (Fn. 141) *successio* 2014, S. 14.

161 Vgl. dazu und zum Folgenden KLÖTI DANIELA (Fn. 139), N 42 ff. m.w.N.

162 Art. 1056 Código Civil lautet übersetzt wie folgt (nach einer Übersetzung von Hirneis Otto M., s. KLÖTI DANIELA (Fn. 139), N 42, Fn. 120 mit dem Nachweis): «Der Testator, der mit Rücksicht auf die Erhaltung des Unternehmens oder im Interesse seiner Familie einen Wirtschaftsbetrieb ungeteilt erhalten oder die Kontrolle über eine Kapitalgesellschaft oder eine Gruppe solcher Gesellschaften aufrechterhalten will, kann von der in diesem Artikel eingeräumten Befugnis Gebrauch machen und anordnen, dass den übrigen Beteiligten ihr Noternteil in bar auszuzahlen ist. Hierzu ist es nicht erforderlich, dass im Nachlass ausreichend Bargeld für die Zahlung vorhanden ist. Vielmehr ist es möglich, die Zahlung mit nicht zum Nachlass gehörenden Barmitteln zu leisten und, durch den Testator oder den durch ihn benannten, mit der Auseinandersetzung beauftragten Testamentsvollstrecker, einen Zahlungsaufschub festzusetzen, vorausgesetzt dieser überschreitet nicht fünf Jahre, gerechnet seit dem Tod des Erblassers; auch kann jedes andere Mittel des Erlöschens von Verbindlichkeiten (...) Anwendung finden. Ist die Zahlungsweise nicht festgelegt, kann jeder Noterbe seinen Noternteil in Nachlassgegenständen fordern. (...)»

163 S. §§ 766 ff. i.V.m. § 1503 Abs. 7 Ziff. 1 des Erbrechts-Änderungsgesetzes 2015, BGBl. I Nr. 87/2015 (ErbRÄG 2015). § 767 mit folgendem Wortlaut: «§ 767. (1) Der Pflichtteilsanspruch ist auf Verlangen eines Pflichtteilsschuldners auch gerichtlich zu stunden, soweit diesen die Erfüllung unter Berücksichtigung aller Umstände unbillig hart träfe. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn er mangels ausreichenden anderen Vermögens die Wohnung, die ihm zur Befriedigung seines dringenden Wohnbedürfnisses dient, oder ein Unternehmen, das seine wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellt, veräußern müsste. Ebenso ist der Geldpflichtteilsanspruch auf Verlangen eines Pflichtteilsschuldners zu stunden, wenn dessen sofortige Entrichtung den Fortbestand eines Unternehmens erheblich gefährdet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen. (2) Das Gericht kann den Pflichtteilsanspruch auf höchstens fünf Jahre nach dem Tod des Verstorbenen stunden oder die Zahlung in Teilbeträgen innerhalb dieses Zeitraums bewilligen. (3) In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann der in Abs. 2 genannte Zeitraum auf insgesamt höchstens zehn Jahre durch das Gericht verlängert werden.»

164 § 767 Abs. 1, 3. Satz des Erbrechts-Änderungsgesetzes 2015 (Fn. 163).

165 Vgl. KLÖTI DANIELA (Fn. 139), N 46; BREITSCHMID PETER (Fn. 141) *successio* 2014, S. 14; EITEL PAUL, KMU

Jahre¹⁶⁶ seit dem Tod des Erblassers beschränkt sein und andererseits eine Verzinsung¹⁶⁷ der Ausgleichsforderungen vom Zeitpunkt der Erbteilung bzw. der Zuweisung an erfolgen. Darüber hinaus sollen die übrigen Erben, sofern die Umstände es rechtfertigen, also zum Beispiel eine Gefährdung ihrer Ansprüche besteht, deren Sicherstellung¹⁶⁸ durch Verpfändung der Anteile bzw. der Aktiven des vom Nachfolger übernommenen Unternehmens verlangen können.

(83) Mit der Einführung einer generellen Stundungsmöglichkeit für Unternehmensnachfolgen ist es konsequenterweise auch nicht mehr gerechtfertigt, für Nachfolgeregelungen die bereits erwähnte «10%-Regel»¹⁶⁹ anzuwenden. Es ist ja genau die Stundung der Ansprüche, welche einen geordneten Übergang des Unternehmens sicherstellen soll – ein Festhalten an der «10%-Regel» wäre dabei geradezu widersprüchlich.

3.4.2 Minderheitsanteile als Pflichtteil

(84) Reicht die blossе Stundung von Ausgleichs- oder von Pflichtteilsansprüchen nicht aus, können es die Umstände und der Nutzen, ein Unternehmen integral weiterzuführen, rechtfertigen, den Pflichtteilsberechtigten zusätzliche Einschränkungen aufzuerlegen. Dabei ist auch hier sicherzustellen, dass das mit der Unternehmensnachfolge verbundene Privileg durch den Nachfolger nicht unbillig zulasten der übrigen Erben ausgenutzt werden kann. Dazu dient primär einmal der bereits schon erwähnte Aussonderungsanspruch der nicht betriebsnotwendigen Aktiven aus dem Unternehmen.¹⁷⁰

(85) Da ein Unternehmen oft das grösste Aktivum eines Nachlasses darstellt, kann es in der Erbteilung notwendig werden, dem Nachfolger nicht das ganze Unternehmen, sondern lediglich einen *Mehrheitsanteil* daran zuzuweisen, der ihm erlaubt, das Unternehmen zu beherrschen und die Gesamtver-

antwortung dafür übernehmen zu können. Zwangsläufig müssten dann die übrigen Erben Minderheitsanteile übernehmen und sich diese auch an ihren Pflichtteil anrechnen lassen. Dagegen können sie sich heute unter Berufung auf die *biens aisément négociables*-Doktrin wehren.¹⁷¹ Die Anwendung dieser Doktrin in Abwägung mit der Ermöglichung einer Unternehmensnachfolge erscheint allerdings weder als sachgerecht noch als zielführend. Bei der grossen Zahl der in der Schweiz anstehenden Unternehmensnachfolgen ist davon auszugehen, dass eine beträchtliche Anzahl von Unternehmen aufgrund des rigoros ausgelegten und angewandten Pflichtteilsschutzes nicht fortgeführt werden kann oder zu einem ungünstigen, den Unternehmenswert negativ beeinflussenden Zeitpunkt veräussert werden muss.

(86) Die Lehre scheint die *biens aisément négociables*-Doktrin primär als Bollwerk gegen eine dauernde und unzumutbare Beeinträchtigung oder Belastung des Pflichtteils von Erben anzusehen.¹⁷² Die «Gefangenschaft» derjenigen Erben, welche Minderheitsanteile eines Unternehmens auf Anrechnung an ihren Pflichtteil übernehmen müssten, um dessen Fortführung zu ermöglichen, darf deshalb dann infrage gestellt werden, wenn sie *weder dauernd noch unzumutbar* ausgestaltet ist und der Mehrheitsanteilsinhaber, also der Nachfolger, daran gehindert wird, die Minderheitsanteilsinhaber zu bevormunden oder seine Stellung zu missbrauchen. Aus diesen Überlegungen heraus soll *de lege ferenda* ein gesetzlicher Brückenschlag erfolgen, der einem Nachfolger einen möglichst grossen Spielraum in der Gestaltung und Fortführung des übernommenen Unternehmens einräumt und gleichzeitig die übrigen Erben an der Entwicklung des Unternehmens und seines Wertes teilhaben lässt.

(87) Im Vordergrund steht aber selbstverständlich weiterhin die Privatautonomie und die freie vertragliche Erbteilung der betroffenen Erben, welche stets Vorrang vor einer dispositiven gesetzlichen Regelung haben soll. Sollten sich die Parteien allerdings ausserstande sehen, schriftlich etwas Befriedigendes vereinbaren zu können, sind gewisse Grundsätze gesetzlich festzuhalten, welche bei Transaktionen von Unternehmen regelmässig angewendet werden und sich in der Praxis bewährt haben.

(Fn. 33), S. 81 f. und DRUEY JEAN NICOLAS/HAUSHEER HEINZ (Fn. 26) SZW 1982, S. 72 f.

166 Vgl. z.B. das spanische Recht, Art. 1056 Código Civil und das österreichische Recht (ab 1. Januar 2017), § 767 Abs. 2, 3. Satz des Erbrechts-Änderungsgesetzes 2015 (Fn. 163).

167 Vgl. z.B. das deutsche Recht, § 2331a Abs. 2 i.V.m. § 1382 Abs. 2 BGB.

168 Vgl. z.B. das deutsche Recht, § 2331a Abs. 2 i.V.m. § 1382 Abs. 3 BGB und das österreichische Recht (ab 1. Januar 2017), § 768 des Erbrechts-Änderungsgesetzes 2015 (Fn. 163).

169 Vgl. II.1.2.2 a) vorstehend.

170 Vgl. II.2.3.3 vorstehend.

171 Vgl. II.3.3 vorstehend.

172 Vgl. DRUEY JEAN NICOLAS/HAUSHEER HEINZ (Fn. 26) SZW 1982, S. 72.



a) Abgeltung der Minderheitsanteile

(88) Das bereits erwähnte Risikoübernahmeprinzip soll auch hier Anwendung finden.¹⁷³ Übernimmt ein Unternehmensnachfolger das Unternehmen zu einem bestimmten Anrechnungswert oder wird es ihm zu diesem Anrechnungswert zugewiesen, so sollen die übrigen Erben für ihre Minderheitsanteile eine Nennwertgarantie erhalten, welche diesem Anrechnungswert entspricht. Ein Nachfolger soll deshalb – falls er seinen Mehrheitsanteil veräußert oder im Fall der Ausübung der gesetzlich vorzusehenden Verkaufs-/Kaufrechte¹⁷⁴ – die übrigen Erben für ihre Minderheitsanteile in jedem Falle zu diesem Nennwert abfinden, auch wenn es ihm nicht gelingen sollte, den ursprünglichen Anrechnungswert wieder einzubringen.

b) Mitverkaufsrecht und Mitverkaufspflicht der Erben

(89) In der allgemeinen transaktionsrechtlichen Praxis werden regelmässig Mitverkaufsrechte bzw. Mitverkaufsverpflichtungen der Minderheitsanteileigner vorgesehen. Diese «*Tag along-Rechte*» (Mitverkaufsrechte)¹⁷⁵ und «*Drag along-Verpflichtungen*» (Mitverkaufspflichten) gewähren den Minderheitsanteilsinhabern einerseits ausreichend Schutz und lassen andererseits dem Mehrheitsanteilsinhaber eine beträchtliche Dispositionsfreiheit im Zusammenhang mit einem allfälligen Unternehmensverkauf. Diese beiden Instrumente sind auch im Erbrecht geeignet, die Rechtsstellung von Pflichtteilsberechtigten abzusichern, welche Minderheitsanteile auf Anrechnung an ihren Pflichtteil übernehmen müssen. Es ist ja nicht auszuschliessen, dass sich trotz allen guten Vorsätzen und Ideen die wirtschaftlichen oder persönlichen Rahmenbedingungen eines Nachfolgers so ändern können, dass er gezwungen ist, das Unternehmen zu verkaufen oder zu liquidieren. In dieser Entscheidung, die ihm mit Sicherheit nicht leicht fällt, sollte ein Nachfolger so wenig wie möglich eingeschränkt sein. Sicherzustellen ist aber, dass im Rahmen dieser Entwicklung die Inhaber der Minderheitsanteile aus ihrer «Gefangenschaft» befreit werden. Ein Nachfolger soll bei der Veräußerung seines Mehrheitsanteils deshalb verpflichtet sein, dem Erwerber des Mehrheitsanteils auch sämtliche von den übrigen Erben gehaltenen Minderheitsanteile zu denselben Bedingungen wie den Mehrheits-

anteil mit zu übertragen. Die übrigen Erben haben so die Möglichkeit, von einem allenfalls über dem Anrechnungswert liegenden Verkaufspreis des Unternehmens zu profitieren, und sind andererseits durch die bereits erwähnte Nennwertgarantie nach unten abgesichert.

(90) Als Korrelat zum Mitverkaufsrecht der Minderheitsanteilsinhaber soll der Nachfolger berechtigt sein, das Unternehmen stets als Ganzes, für das er ja die umfassende Verantwortung übernommen hat, weiter veräußern zu können. Die Mitverkaufsspflicht der übrigen Erben verpflichtet diese darum, alle ihre Minderheitsanteile gleichzeitig mit dem Nachfolger und zu denselben Bedingungen wie für den Mehrheitsanteil an den Erwerber mit zu veräußern. Das «*Drag along-Recht*» des Nachfolgers dient der integralen Übertragung des Unternehmens und entspricht damit der *ratio legis* einer gesetzlichen Unternehmensnachfolgeregelung. Gleichzeitig sichert es auch die Erzielung des bestmöglichen Verkaufspreises, weil für einen potenziellen Käufer des Unternehmens jede Minderheitsposition eine potenzielle Schwierigkeit und damit einen Nachteil darstellt, welcher zu einem Preisabschlag beim Unternehmenskauf führt.

c) Verkaufsrecht der Erben und Kaufsrecht des Nachfolgers

(91) Die Übernahmepflicht eines Minderheitsanteils an einem Unternehmen auf Anrechnung an den Pflichtteil ist eine Belastung für die betroffenen Miterben. Diese Belastung sollte nur eine begrenzte Zeit, unseres Erachtens nicht länger als zehn Jahre, andauern. Diese Frist sollte einem Nachfolger ausreichen, das Unternehmen und sich betriebswirtschaftlich und finanziell auf eine Basis stellen zu können, welche ihm ermöglicht, die Minderheitsanteile übernehmen und deren Inhaber aus ihrer eingeschränkten Handlungsfreiheit befreien zu können. Auch für die Miterben ist eine zehnjährige Frist zumindest absehbar. Auch wenn sie selbst nicht mehr den vollen Nutzen aus der kommerziellen Realisierung ihres «gefangenen» Pflichtteilsanteils ziehen könnten, so wird dies doch ihre Nachfolgegeneration tun können. Den Minderheitsanteilsinhabern soll nach dem Ablauf von zehn Jahren seit der Erbteilung oder der Zuweisung des Unternehmens deshalb ein Verkaufsrecht ihrer Minderheitsanteile an den Nachfolger eingeräumt werden. Dieser muss die Herausforderung meistern, das Unternehmen erfolgreich zu führen und sich im Laufe der zehn Jahre, welche die Minderheitsanteilsinhaber zu «erdauern» haben, in die Lage zu versetzen,

173 Vgl. II.2.3.4 vorstehend.

174 Vgl. II.3.4.2 nachstehend.

175 Vgl. dazu DRUEY JEAN NICOLAS/HAUSHEER HEINZ (Fn. 26) SZW 1982, S. 73.

die Minderheitsanteile zum Verkehrswert des Unternehmens, respektive (in Anwendung der Nennwertgarantie) mindestens zum einstigen Anrechnungswert übernehmen zu können.

(92) Der Nachfolger soll im Sinne eines Korrelats während der Zehnjahresfrist jederzeit das Recht haben, Minderheitsanteile von den Miterben übernehmen zu können. Dabei scheint es nicht unbillig, dem Nachfolger auch das Recht einzuräumen, diesen Kauf zu staffeln. Der Nachfolger soll Anteile nur von einzelnen Minderheitsanteilsinhabern oder nur Bruchteile von Anteilen von verschiedenen Minderheitsanteilsinhabern übernehmen können. Dabei muss gewährleistet sein, dass er seine Miterben nicht gegeneinander ausspielen kann, sondern sie alle – zum jeweils gleichen Zeitpunkt – gleich behandeln muss. Die Ausübung des Kaufrechts zu einem bestimmten Zeitpunkt soll deshalb für alle Anteile und Erben zu gleichen Konditionen erfolgen. Das Kaufrecht muss zum Verkehrswert ausgeübt werden, der nach unten durch den einstigen Anrechnungswert begrenzt ist.

d) Gewinnbeteiligung

(93) Ein weiterer Schutz der Inhaber von Minderheitsanteilen liegt in der Einräumung eines Gewinnbeteiligungsrechts.¹⁷⁶ Gelingt es dem Nachfolger, das Unternehmen erfolgreich zu führen und zu positionieren, und ist es ihm angesichts der wirtschaftlichen Umstände zumutbar, einen Unternehmensgewinn auszuschütten, so soll er diesen nicht einfach thesaurieren können, sondern soll seine Minderheitsanteilsinhaber daran laufend partizipieren lassen. Dies bedeutet, dass ein Nachfolger, soweit es die wirtschaftlichen Umstände des Unternehmens zulassen, im Rahmen und während der Dauer seines erbrechtlichen Unternehmensnachfolge-Privilegs verpflichtet sein kann, den Eigentümern jährlich einen angemessenen Gewinn auszuschütten. Diese Verpflichtung muss im Lichte der Herausforderung des Nachfolgers beurteilt werden, innerhalb von zehn Jahren genügend Substanz aufzubauen, um die Minderheitsanteile übernehmen zu können. Dies kann nicht zuletzt durch eine angemessene Gewinnausschüttung geschehen. Die Minderheitsanteilsinhaber müssen bei der Ausübung des Kaufrechts durch den Nachfolger oder bei ihrem Verkaufsrecht, das sie nach zehn Jahren geltend machen können, im Übrigen ohnehin nach dem aktuellen Verkehrswert des Unternehmens ab-

gegolten werden, der auch allfällig thesaurierte Gewinne mit einbezieht. Eine andere Überlegung zu dieser Klausel ist, dass es dem Nachfolger verwehrt sein soll, sich im Rahmen seines Mehrheitsanteils eine doppelt privilegierte Stellung zu verschaffen. Er könnte z.B. versuchen, den erwirtschafteten Ertragsüberschuss des Unternehmens für sich allein zu behalten, indem er sich selbst ein ausserhalb der üblichen Bandbreite liegendes Salär gewährt und deshalb keinen Gewinn ausschüttet. Schüttet das Unternehmen aber Gewinne aus oder ist es in der Lage dazu, so sollen – solange die Belastung der Pflichtteilsanteile der Minderheitsanteilsinhaber andauert – alle Eigentümer des Unternehmens davon profitieren können.

4. Stolperstein 4: Gesellschaftsrechtliche Verträge und Formvorschriften

4.1 Vorschlag de lege ferenda

Erbrechtliche Klauseln, welche Teil sind von Gesellschaftsverträgen oder Verträgen unter Gesellschaftern, können schriftlich vereinbart werden, wenn sie die Rechte der Erben eines Gesellschafters nicht ungewöhnlich oder übermässig einschränken.

4.2 Aktuelle Rechtslage

(94) Gesellschaftsrechtliche Verträge (GRV), wie zum Beispiel Gesellschaftsverträge, Aktionärbindungsverträge (ABV) oder Gesellschafterverträge, sind im Wirtschaftsleben heute nicht eine Ausnahme-, sondern eine Regelaussage.¹⁷⁷ Die Rechtswirklichkeit ist geprägt durch gesellschaftsrechtliche Verträge, um die Zusammenarbeit von Aktionären oder Gesellschaftern bei der Steuerung und Führung eines Unternehmens zu koordinieren und zu optimieren. Diese Verträge dienen oft und nicht zuletzt *auch* der Planung einer Unternehmensnachfolge bei einem unerwarteten Wechsel im Gesellschafter- oder Inhaberkreis einer Gesellschaft.¹⁷⁸ Es kann viel Sinn machen, bereits schon

¹⁷⁶ Vgl. dazu DRUEY JEAN NICOLAS/HAUSHEER HEINZ (Fn. 26) SZW 1982, S. 73 f.

¹⁷⁷ Vgl. dazu FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015, N 32 ff. m.w.H.

¹⁷⁸ Vgl. HENSCH ANGELA/STAUB LEO, Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeregelung, In Familiengesellschaften von zentraler Bedeutung für die Kontinuität, Der Schweizer Treuhänder 2012, S. 1173 ff., S. 1173; FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL (Fn. 177), N 45; MÜLLER ROLAND/BIEDERMANN KATHRIN, Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung, AJP 2015, S. 885 ff., S. 887.



bei der Gründung oder beim Kauf einer Gesellschaft durch mehrere Personen ein Prozedere vorzusehen, wie die Fortführung der Gesellschaft beim (u.U. unerwarteten) Ausscheiden eines der Beteiligten gewährleistet werden soll.

(95) In der Praxis haben sich eine ganze Anzahl von «gebräuchlichen Vertragsklauseln» bei GRV von Personen- und Kapitalgesellschaften herausgeschält. So regelt beispielsweise die *Fortsetzungsklausel* die Fortsetzung einer Personengesellschaft bei Tod eines Gesellschafters (oder bei Vorliegen eines anderen Ausscheidungsgrundes) durch die verbleibenden Gesellschafter.¹⁷⁹ Die *Eintrittsklausel* legt fest, dass beim Tod eines Gesellschafters seine Erben *eo ipso* in die Gesellschaft eintreten. Die *Abfindungsklausel* legt bei Ausscheiden eines Gesellschafters zu Lebzeiten oder bei Tod einen Anspruch auf eine Abfindung in einer bereits im Voraus vertraglich vereinbarten Höhe fest.¹⁸⁰ Die *Nachfolgeklausel* ist eine Fortsetzungsklausel, welche eine von den Gesellschaftern vorsorglich geplante Nachfolge-Regelung für einen ausscheidenden oder versterbenden Gesellschafter vorsieht.¹⁸¹ GRV werden aber in aller Regel nicht nur gezielt zur Planung der Unternehmensnachfolge geschlossen, sondern zur Sicherstellung einer guten Zusammenarbeit aller Beteiligten. Weiter werden GRV generell schriftlich vereinbart.

(96) Das Bundesgericht befasste sich in einem kontroversen Entscheid mit einer Abfindungsklausel in einem Gesellschaftsvertrag.¹⁸² Die Entscheidung verlief mehrstufig. Sie fand ihren Anfang im sog. Nobel-Entscheid (BGE 102 II 313), in welchem sich das Bundesgericht mit Art. 214 Abs. 3 aZGB (heute Art. 216 ZGB) auseinandersetzte. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass eine Abweichung von der gesetzlichen Vorschlagszuweisung durch die Ehegatten eine Schenkung auf den Todesfall gemäss Art. 245 Abs. 2 OR und damit eine Verfügung von Todes wegen sei.¹⁸³ Es hielt in diesem Zusammenhang fest, dass die Zuwendung des gesamten Vorschlages an den überlebenden Ehegatten «nicht als Gegenleistung für den Beitrag an der Erzielung des Vorschlags, sondern als reine Liberalität»¹⁸⁴ anzusehen sei.

179 FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL (Fn. 177), N 463.

180 FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL (Fn. 177), N 470.

181 Vgl. dazu und noch für weitere gebräuchliche Vertragsklauseln insbesondere EITEL PAUL, *Alte und neue Probleme* (Fn. 50), S. 494.

182 BGE 113 II 270.

183 BGE 102 II 313 E. 3-5.

184 BGE 102 II 313, 325.

(97) In BGE 113 II 270 hat sich das Bundesgericht unglücklicherweise durch diese im Güterrecht vielleicht möglichen Überlegungen (fehl-)leiten lassen und festgehalten, dass es sich auch nicht rechtfertige, «gegenseitig bedingte Zuwendungen mit aleatorischem Charakter nach Güterrecht und nach Gesellschaftsrecht verschieden zu behandeln»¹⁸⁵. Für diese Auffassung folgerichtig kam das Bundesgericht zum Schluss, dass Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen ebenfalls «als Schenkung auf den Todesfall gewertet und deshalb dem materiellen Erbrecht unterstellt»¹⁸⁶ werden müssten. Abfindungsklauseln, welche nur für das Ausscheiden eines Gesellschafters durch seinen Tod vereinbart würden, sind deshalb nach Auffassung des Bundesgerichts Verfügungen von Todes wegen und unterliegen damit den erbrechtlichen Formvorschriften.¹⁸⁷ Werden diese nicht eingehalten, so sind solche Verfügungen nach allgemein h.L. zwar gültig, unterliegen aber der Anfechtung.¹⁸⁸

(98) Mit seiner Auslegung von Klauseln zur Unternehmensnachfolge brachte das Bundesgericht eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit in das Feld der GRV. Obwohl bis anhin kein weiterer Bundesgerichtsentscheid dazu ergangen ist, führte BGE 113 II 170 doch dazu, dass eine allgemeine «Faustregel» entstand, welche lautet: «Mit Allem, was auch nur erbrechtlich riecht, zum Notar!»¹⁸⁹ Die Kritik der Lehre an diesem Bundesgerichtsentscheid liess auch nicht lange auf sich warten.¹⁹⁰ Insbesondere wurde die Auffassung des Bundesgerichts kritisiert, eine Abfindungsklausel in einem GRV stelle eine «reine Liberalität» dar (und sei mithin ein «Geschenk»). Tatsache im gesellschaftsrechtlichen Kontext sei, dass bei GRV andere Überlegungen, so z.B. insbesondere der Unternehmenserhalt, in der Regel eine viel grössere Rolle spielen, als rein erbrechtlich motivierte Verfügungen.¹⁹¹

185 BGE 113 II 270, 272.

186 BGE 113 II 270, 273.

187 BGE 113 II 270, 273.

188 BGE 113 II 270, 274; BSK ZGB II-FORNI ROLANDO/PIATTI GIORGIO (Fn. 19), Art. 520 N 23; DRUEY JEAN NICOLAS, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Aufl., Bern 2002, § 12 N 24.

189 BÄR ROLF, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987*, *Handels- und Immaterialgüterrecht*, ZBJV 1989, S. 233 ff., S. 240.

190 Vgl. dazu und zum Folgenden DRUEY JEAN NICOLAS, *Grundriss des Erbrechts* (Fn. 188), § 8 N 48 m.w.N.

191 Vgl. SCHWANDER IVO, *Aleatorische Verträge*, AJP 2013, S. 1625 ff., S. 1629.

(99) Die Auffassung des Bundesgerichtes, dass Klauseln in GRV, welche nur für die Unternehmensnachfolge relevant sind, ihre Wirkungen erst beim Tod eines Gesellschafters entfalten und somit als Verfügungen von Todes wegen nur dessen Nachlass betreffen, erscheint auch unter einem anderen Gesichtspunkt als problematisch. Die Rechtswirklichkeit spricht nämlich eine andere Sprache: auch reine Nachfolgeklauseln entfalten sehr wohl immer auch Wirkung *unter Lebenden*. Bei einer im Voraus vertraglich gesicherten Nachfolge zu gesicherten Parametern oder Bewertungsgrundsätzen ist die Motivation der Gesellschafter, das Unternehmen miteinander zu führen und allenfalls auch bei Ausscheiden eines von ihnen konstruktiv fortzuführen, eine ganz andere, wie wenn diese Frage offengelassen ist. Ein guter Gesellschaftsvertrag, der sowohl das fruchtbare Zusammenwirken der Gesellschafter untereinander als auch das Prozedere bei Ausscheiden oder Tod eines von ihnen regelt, bringt eine erhebliche Ruhe in die *laufende* Unternehmensführung. Solche Klauseln in GRV lediglich als relevant anzusehen, wenn einer der Beteiligten stirbt, entspricht weder dem Wesen noch der Bedeutung noch insbesondere der *Vorwirkung* von solchen Klauseln in der Praxis. Mit seiner Auffassung erlaubt das Bundesgericht dem Erbrecht, das Gesellschaftsrecht quasi «rechts zu überholen» und errichtet mit den daraus resultierenden Formvorschriften für Unternehmensnachfolge-relevante Klauseln in GRV eine für die Praxis nur schwer nachvollziehbare Hürde.

(100) Schon EUGEN HUBER hat als Redaktor des ZGB festgehalten, dass gewisse güterrechtliche Verfügungen und gesellschaftsrechtliche Vertragsklauseln von den erbrechtlichen Bestimmungen zu trennen sind – es sei denn, gesetzliche Spezialbestimmungen sehen die Anwendung bzw. Beachtung der erbrechtlichen Bestimmungen explizit vor.¹⁹² Dieser Auffassung ist zu folgen. Weiter kann angefügt werden, dass es in der bestehenden Rechtsordnung bereits zahlreiche Anordnungen gibt, welche materiell zwar Verfügungen von Todes wegen sind, aber zu ihrer Gültigkeit der Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften *nicht* bedürfen.¹⁹³ So ist beispielsweise die Begünstigung von einzel-

nen Personen in Lebens- und Sozialversicherungen erbrechtlich durchaus relevant. Das gleiche gilt für Ausgleichsanordnungen und Ausgleichsdispense oder für güterrechtliche Vereinbarungen, welche die Vorschlagszuweisung betreffen¹⁹⁴. Nicht zuletzt gibt es auch im Gesellschaftsrecht Bestimmungen, welche es der Disposition von Gesellschaftern überlassen, bei der Ausscheidung eines Gesellschafters gewisse Regeln festzusetzen, wie dieser zu kompensieren ist (z.B. Art. 580 Abs. 1 OR). Eine davon abweichende Behandlung von Nachfolgeklauseln in GRV und ihre Unterstellung unter erbrechtliche Formvorschriften sind daher weder sinnvoll noch praxistauglich.

4.3 Lösungsansätze

(101) Die Formvorschriften im Erbrecht dienen verschiedenen Zwecken.¹⁹⁵ So soll neben der Rechtssicherheit in Bezug auf das Bestehen und den Inhalt einer letztwilligen Verfügung der wirkliche letzte Wille eines Erblassers nach seinem Tod tatsächlich nachvollzogen werden können (Beweissicherung) und er (bzw. seine Erben) sollen vor leichtfertigen oder sogar unbewussten letztwilligen Dispositionen geschützt sein (Übereilungsschutz). Die Formvorschriften des Erbrechts begründen sich demnach mit Beweis- und Bewusstseinsanforderungen, welche primär die Person und den Willen des Erblassers betreffen. Sie haben keinen eigenständigen Zweck und sind nicht *l'art pour l'art*, sondern sollen einzig dem materiellen Erbrecht zum Durchbruch verhelfen.¹⁹⁶

(102) Wie bereits erwähnt, werden praktisch alle GRV schriftlich geschlossen. Man kann in guten Treuen davon ausgehen, dass sie nicht nur den wirklichen Willen der Beteiligten enthalten, sondern dass sich diese auch die Konsequenzen der vertraglichen Regelungen in Bezug auf das von ihnen zusammengeführte oder gehaltene Unternehmen wohl überlegt haben. GRV erfüllen deshalb sowohl die erwähnten Beweis- als auch die Bewusstseinsanforderungen und somit auch ihren erbrechtlichen Nachweiszweck. *De lege ferenda* ist deshalb eine Regelung zu rechtfertigen, welche schriftlich vereinbarte erbrechtliche Klauseln, die Teil sind von Gesellschaftsverträgen oder Verträgen unter Gesellschaftern, als gültig ansieht. Solche Klauseln

192 Vgl. KAUFMANN HORST ALBERT, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten und die pflichtteilsrechtliche Herabsetzung, bei Eugen Huber, im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und beim heutigen Reformgesetzgeber, Bern 1981 (ASR Heft 472), S. 34, 65 f., 75 ff.

193 Vgl. dazu und zum Folgenden EITEL PAUL, Alte und neue Probleme (Fn. 50), S. 496 f. und DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts (Fn. 188), § 11 N 8.

194 S. dazu auch DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts (Fn. 188), § 8 N 48.

195 Vgl. dazu und zum Folgenden BSK ZGB II-BREITSCHMID PETER (Fn. 19), Art. 498 N 6.

196 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID PETER (Fn. 19), Art. 498 N 5.



sollen die Rechte der Erben eines Gesellschafters nicht ungewöhnlich oder übermässig einschränken. Es sollen deshalb auch *de lege ferenda* nur die in der Praxis üblichen und somit «gebräuchlichen Vertragsklauseln» mit einfacher Schriftlichkeit bestehen und als gültig erachtet werden.¹⁹⁷

(103) Schliesslich sollen die erleichterten Gültigkeitsvoraussetzungen – um eine Abgrenzung zu erbrechtlichen Verträgen zu gewährleisten – nur für Nachfolgeklauseln gelten, die *Teile* sind von Gesellschaftsverträgen oder Verträgen unter Gesellschaftern und nicht ausschliesslich und nur für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbart wurden.

5. Stolperstein 5: Kompetenzen des Willensvollstreckers

5.1 Vorschlag de lege ferenda

Der Erblasser kann den Willensvollstrecker ermächtigen, einen bereits zu Lebzeiten des Erblassers begonnenen Unternehmensnachfolgeprozess fortzusetzen sowie dafür einen Ersatz-Willensvollstrecker zu bestimmen.

Befindet sich ein Unternehmen im Nachlass und besteht unter den Erben Uneinigkeit, ob das Unternehmen weitergeführt werden soll, kann der Willensvollstrecker zur Sicherung der Unternehmensnachfolge die Erbteilung mit integraler Zuweisung des Unternehmens oder eines Mehrheitsanteils daran an einen Nachfolger beim zuständigen Gericht beantragen.

5.2 Aktuelle Rechtslage

(104) Es ist die zentrale Aufgabe des Willensvollstreckers, die Erbteilung gemäss dem letzten Willen des Erblassers vorzubereiten und wenn immer möglich zu vollziehen.¹⁹⁸ Dabei sind die Teilungsvorschriften des Erblassers in seiner Verfügung von Todes wegen sowohl für den Willensvollstrecker als auch für die Erben grundsätzlich verbindlich. Sind alle Erben aber einstimmig der Meinung, eine vom

Willen des Erblassers abweichende Erbteilung untereinander zu vereinbaren, so sind sie dazu berechtigt.¹⁹⁹ Der Grundsatz der freien vertraglichen Erbteilung, den das Bundesgericht in BGE 114 II 418 in Auslegung von Art. 607 Abs. 2 und Art. 634 Abs. 1 ZGB ausdrücklich festgehalten hat, geht dem Willen des Erblassers vor.²⁰⁰ Auch der Willensvollstrecker ist an den übereinstimmenden Willen der Erben gebunden und kann sich gegenüber der einstimmigen Erbengemeinschaft nicht auf das ihm durch den Erblasser übertragene Mandat berufen.²⁰¹ Die h.L. leitet daraus ab, dass der Willensvollstrecker *de lege lata* keine Teilungskompetenz über den Nachlass hat und konsequenterweise auch nicht zur Erhebung der Erbteilungsklage berechtigt ist.²⁰² Im Zusammenhang mit einer Unternehmensnachfolge *in progress* stellt sich aber schon die Frage, warum es dem Erblasser verwehrt sein soll, einem Willensvollstrecker ausserordentliche Kompetenzen zu erteilen. Es entspricht einem echten Bedürfnis eines Unternehmers, den Nachfolgeprozess auch nach seinem Tode sicherzustellen oder eine Erbteilung vorzusehen, welche für eine integrale Weiterführung eines Unternehmens sorgt. Solche Dispositionsmöglichkeiten scheitern bis anhin an einer nicht vorhandenen gesetzlichen Regelung sowie am *Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit*.²⁰³ Das Bundesgericht hat in BGE 81 II 22 allgemein festgehalten, dass die Ergänzung des Erblasserwillens durch Dritte nicht mit dem ZGB zu vereinbaren ist.²⁰⁴ Auch die h.L. verlangt, dass die zentralen Anordnungen und Begünstigten in einer letztwilligen Verfügung durch den Erblasser *selbst*

197 S. Vorschlag *de lege ferenda*, II.4.1 vorstehend: «(...), wenn sie die Rechte der Erben eines Gesellschafters nicht ungewöhnlich oder übermässig einschränken.»

198 KÜNZLE HANS RAINER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügung von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker (Art. 517–518 ZGB), Bern 2011, Vorbemerkungen zu Art. 517 und 518 N 1.

199 Vgl. BK ZGB-KÜNZLE HANS RAINER (Fn. 198), Vorbemerkungen zu Art. 517 und 518 N 1.

200 Vgl. dazu auch SUTTER-SOMM THOMAS/CHEVALIER MARCO, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, *successio* 2007, S. 20 ff., S. 30.

201 Vgl. BK ZGB-KÜNZLE HANS RAINER (Fn. 198), Vorbemerkungen zu Art. 517 und 518 N 1.

202 BGE 114 II 418 E. 2a; vgl. SUTTER-SOMM THOMAS/CHEVALIER MARCO (Fn. 200) *successio* 2007, S. 31 ff. m.w.N.; a.M. BSK ZGB II-KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL (Fn. 19), Art. 518 N 66 und SUTTER-SOMM THOMAS/CHEVALIER MARCO (Fn. 200) *successio* 2007, S. 33 f., welche dem Willensvollstrecker *de lege lata* die Aktivlegitimation zur Erbteilungsklage zusprechen; vgl. die Übersicht der verschiedenen Meinungen bzgl. der Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage von SUTTER-SOMM THOMAS/CHEVALIER MARCO (Fn. 200) *successio* 2007, S. 37.

203 Vgl. dazu und zum Folgenden HAUSHEER HEINZ (Fn. 152), S. 55 f. und DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken (Fn. 128), S. 66.

204 BGE 81 II 22, 28; dazu ausführlich HAUSHEER HEINZ (Fn. 152), S. 57.

getroffen werden müssen.²⁰⁵ Sie dürfen nicht an einen Willensvollstrecker oder eine andere Vertrauensperson delegiert werden. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Erblasser zu Lebzeiten mit zukünftig noch unklaren Verhältnissen konfrontiert sieht, wie z.B. mit unmündigen Kindern, unter denen sich noch kein Nachfolger eindeutig manifestiert hat oder mit einem Unternehmensnachfolgeprozess, der erst gerade begonnen hat und von dem die weiteren Schritte erst umrissen, aber noch nicht abschliessend definiert sind.²⁰⁶ Anordnungen des Erblassers, die gegen das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit verstossen, sind zudem in den Augen des Bundesgerichtes in der Regel nicht nur ungültig, sondern *nichtig*.²⁰⁷ Diese rigorose Auslegung ist in der Lehre immer wieder auf Kritik gestossen. So wurde u.a. vorgeschlagen, dass ein Erblasser gewisse Fragen der Nachfolge an eine «Vertrauensperson» delegieren²⁰⁸ oder einem Willensvollstrecker durch *letztwillige Rahmenverfügungen* ausserordentliche Kompetenzen einräumen können soll, weil eine «reflektierte Selbstaufgabe eben nicht Persönlichkeitsverletzung, sondern zulässiger Verzicht»²⁰⁹ sei.²¹⁰

(105) Unternehmensnachfolgeprozesse brauchen (u.U. viel) Zeit. Stirbt der Unternehmer während des Nachfolgeprozesses, ist es deshalb sinnvoll, den begonnenen Prozess in seinem Sinne weiterführen zu können. Dafür soll der Erblasser einen Willensvollstrecker einsetzen und die zudem von ihm im

Grundsatz angedachten Entscheidungen an diesen delegieren können.²¹¹

(106) Es ist aber auch nicht auszuschliessen, dass es u.U. auch dem Willensvollstrecker nicht möglich ist, den Prozess bis zum Ende, nämlich der Unternehmensübergabe, zu begleiten. Hier trifft man auf einen weiteren Stolperstein der heutigen Gesetzesauslegung: Nur der Erblasser *selbst* kann nämlich einen Ersatzwillensvollstrecker bestimmen. Es ist *de lege lata* dem Willensvollstrecker verwehrt, für sich selbst einen Ersatz zu bestimmen.²¹² Diese Ausgangslage ist unbefriedigend. Sie erschwert die geordnete Regelung einer Unternehmensnachfolge selbst dann, wenn der Erblasser – ohne gegen das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit zu verstossen – alle Schritte der Nachfolge noch zu Lebzeiten sorgfältig geplant und festgehalten hat. Falls ein Willensvollstrecker ausfällt und kein Ersatzwillensvollstrecker durch den Erblasser bestimmt wurde, kann die Weiterführung des Unternehmensnachfolgeprozesses beeinträchtigt oder sogar verunmöglicht werden.

5.3 Lösungsansätze

5.3.1 Rahmenverfügung für die Nachfolgeregelung

(107) Im Rahmen einer Regelung des Unternehmensnachfolgeprozesses *de lege ferenda* soll ein Erblasser seinen Willensvollstrecker ermächtigen können, einen bereits zu Lebzeiten des Erblassers begonnenen Unternehmensnachfolgeprozess fortzusetzen. Dies setzt voraus, dass sich der Erblasser über den Ablauf der Unternehmensnachfolge bereits substanzielle Gedanken gemacht und diese auch beweiskräftig festgehalten hat. Dem Erblasser muss es deshalb – in Einklang mit einem grossen Teil der Lehre²¹³ – möglich sein, auf Dokumente *ausserhalb* seiner letztwilligen Verfügung zu verweisen, welche unter Umständen zwar nicht den Formerfordernissen einer letztwilligen Verfügung entsprechen, aber eindeutig definiert werden können.

205 Vgl. dazu BK ZGB-KÜNZLE HANS RAINER (Fn. 198), Art. 517–518 N 291 m.w.N.; BSK ZGB II-KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL (Fn. 19), Art. 518 N 8; DRUEY JEAN NICOLAS, *Erbrechtliche Schranken* (Fn. 128), S. 66.

206 Vgl. dazu DRUEY JEAN NICOLAS/HAUSHEER HEINZ (Fn. 26) SZW 1982, S. 74 f.; vgl. dazu auch BREITSCHMID PETER, *Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit letztwilliger Anordnungen – ein Diskussionsbeitrag*, in: *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, Bern 2002, S. 477 ff.

207 BGE 81 II 22, 29; vgl. auch DRUEY JEAN NICOLAS, *Erbrechtliche Schranken* (Fn. 128), S. 65.

208 DRUEY JEAN NICOLAS, *Erbrechtliche Schranken* (Fn. 128), S. 66 f.

209 BREITSCHMID PETER (Fn. 141) *successio* 2014, S. 19 N 40.

210 Vgl. allg. dazu BREITSCHMID PETER, *Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit* (Fn. 206), S. 477 ff. und S. 481 m.w.N.

211 Vgl. dazu BREITSCHMID PETER, *Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit* (Fn. 206), S. 477 ff., 484.

212 BK ZGB-KÜNZLE HANS RAINER (Fn. 198), Art. 517–518 N 20 und 22; BSK ZGB II-KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL (Fn. 19), Art. 517 N 6; EITEL PAUL, *Grundfragen der Erbteilung* (Fn. 98), S. 339.

213 BSK ZGB II-BREITSCHMID PETER (Fn. 19), Art. 498 N 15 m.w.H.; LENZ MARTIN, *Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung – Internationales Privatrecht – Steuerrecht*, 3. Aufl., Basel 2015, Art. 505 N 19 m.w.N.



Dabei soll es dem Erblasser – unter Angabe von Entscheidungskriterien und Spezifikationen²¹⁴ – auch möglich sein, die Auswahl des am besten geeigneten Nachfolgers unter mehreren Erben an den Willensvollstrecker zu delegieren.²¹⁵ Eine solche Kompetenz räumt das Gesetz im bürgerlichen Erbrecht dem Gericht heute schon ein.²¹⁶ Es ist deshalb durchaus auch einsichtig, dass es einem Erblasser bei allgemeinen Unternehmensnachfolgen möglich sein soll, diese Kompetenz seinem mit den Verhältnissen bestens vertrauten Willensvollstrecker zu delegieren, soweit er sich an vom Erblasser vorgegebene Entscheidungskriterien halten kann.

5.3.2 Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage

(108) Folgt man dem Grundsatz, dass bei einem Unternehmen im Nachlass und bei Uneinigkeit der Erben der volkswirtschaftliche Wert des Unternehmens eher zu schützen, als der Gefahr der Zerstörung auszusetzen ist, sollte die Stellung des Willensvollstreckers *de lege ferenda* gestärkt werden. Sinnvollerweise sollte ein Willensvollstrecker zumindest zur Gewährleistung einer geordneten Unternehmensnachfolge die Möglichkeit erhalten, die Erbteilung mit integraler Zuweisung des Unternehmens oder eines Mehrheitsanteils daran an einen Nachfolger beantragen zu können. Die Lehre geht im Übrigen noch einen Schritt weiter: Selbst diejenigen Autoren, welche die Aktivlegitimation eines Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage *de lege lata* ablehnen, können sich *de lege ferenda* durchaus

für eine generelle Kompetenz des Willensvollstreckers zur Klageerhebung erwärmen.²¹⁷

5.3.3 Einsetzung eines Ersatzwillensvollstreckers durch den Willensvollstrecker

(109) Die heutige Gesetzgebung verunmöglicht es einem Erblasser, seinem Willensvollstrecker die Kompetenz zu erteilen, für sich einen Ersatzwillensvollstrecker zu bestimmen. Diese rigorose Anwendung des Prinzips der materiellen Höchstpersönlichkeit ist zu hinterfragen. Es ist nicht einzusehen, weshalb es einem Erblasser verwehrt bleiben soll, eine Person seines Vertrauens damit zu beauftragen, für sich einen Nachfolger zu finden, wenn diese Vertrauensperson selbst nicht mehr in der Lage ist, das Mandat als Willensvollstrecker auszuführen. Der Erblasser gibt damit einen ganz bestimmten Entscheid in ganz bestimmte Hände: Es kann doch nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein, einen solchen – allerdings explizit zu äussernden – Willen des Erblassers zu missachten. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass sich ein Erblasser in aller Regel über eine geordnete Regelung der Nachfolgesituation in seinem Unternehmen intensiv Gedanken macht und deshalb die Möglichkeit haben sollte, auch über unvorhersehbare und eventuelle Entwicklungen im Rahmen seiner letztwilligen Verfügung Massnahmen treffen zu können. Auch hier ist ein gewichtiger Teil der Lehre der Ansicht, dass *de lege ferenda* dem Erblasser generell die Möglichkeit einzuräumen ist, die Einsetzung eines Ersatzwillensvollstreckers letztwillig an seinen Willensvollstrecker delegieren zu können.²¹⁸

214 Vgl. dazu auch DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken (Fn. 128), S. 67.

215 So auch DRUEY JEAN NICOLAS, Erbrechtliche Schranken (Fn. 128), S. 67; vgl. dazu auch HAUSHEER HEINZ (Fn. 152), S. 55 ff.; Vgl. BREITSCHMID PETER, Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit (Fn. 206), S. 488: «Wo die Willensdelegation deshalb nicht geradezu einen Verstoss gegen die guten Sitten darstellt oder Folge mangelhafter eigener Willensbildung (Willensmängel, insb. unlauterer Dritteinfluss bei Testamentserrichtung; fehlende Urteilsfähigkeit) ist, hat sie Bestand und ist kein höheres Interesse der Rechtsordnung ersichtlich, welches den Erblasser zu einer abschliessenden Regelung verpflichten könnte, wo er eine solche abschliessende Regelung eben gerade nicht wünscht, weil er sie für schwer realisierbar wenn nicht unmöglich hält.» [Hervorhebungen im Original], vgl. weiter S. 484, 486 ff. und EITEL PAUL, Zivilrechtliche, insbesondere erbrechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge, Skript, Universität Luzern, 2010, S. 28.

216 Vgl. dazu auch BGE 134 III 586 und EITEL PAUL, Eigentumstransfer an Familienunternehmen (Fn. 118), S. 287.

III. Zusammenfassung

(110) Unternehmen und vor allem Familienunternehmen bilden das Rückgrat der schweizerischen

217 Vgl. dazu SUTTER-SOMM THOMAS/CHEVALIER MARCO (Fn. 200) *successio* 2007, S. 34 m.w.N. und BK ZGB-KÜNZLE HANS RAINER (Fn. 198), Art. 517–518 N 324, welcher diesbezgl. bereits einen Gesetzesvorschlag ausgearbeitet hat: den neuen Art. 518 Abs. 2 bis mit folgendem Wortlaut: «Der Willensvollstrecker ist befugt, die Teilungsklage zu erheben, wenn die Erben sich über die Teilung nicht einigen und keine Teilungsklage erheben.»

218 BK ZGB-KÜNZLE HANS RAINER (Fn. 198), Art. 517–518 N 20 und N 22 m.w.H., welcher dazu bereits einen Gesetzestext *de lege ferenda* entworfen hat: «(...) Er kann die Bestimmung der Person des Willensvollstreckers der Aufsichtsbehörde und die Bestimmung des Ersatzes auch dem ersten Willensvollstrecker überlassen.»

Volkswirtschaft. Sie sind Katalysatoren des wirtschaftlichen Wohlstandes. Ihre Existenz ist relevant für eine grosse Zahl von Anspruchsberechtigten und Interessensträgern (*Stakeholder*). Unternehmen sind volkswirtschaftliche und privatwirtschaftliche Werte, deren Fortführung im Zweifel durch das Gesetz eher zu ermöglichen als zu erschweren ist. Dies gilt ganz besonders für den Fall eines Generationenwechsels. Ein solcher stellt für jedes Unternehmen stets eine heikle Bruchstelle dar, die es möglichst sanft überwinden können sollte. Ein künftiges Schweizer Erbrecht sollte deshalb nicht nur im Interesse von Erblasser und Erben sondern, auch aus grundsätzlichen volkswirtschaftlichen Überlegungen Bestimmungen zur Unternehmensnachfolge enthalten.

(111) Unternehmen sind besondere Gegenstände des Nachlasses, die eine besondere Aufmerksamkeit des Gesetzgebers erfordern. Da sie volatile und fragile Vermögenswerte mit einem hohen Risikopotenzial sind, rechtfertigt es sich, diese Rechtsgüter auch besonders zu schützen. Dies gilt vor allem dann, wenn sich aufgrund eines Streites unter den Erben eines Unternehmers abzeichnet, dass ein Unternehmen wegen der verschiedenen erbrechtlichen Ansprüche zerstört, aufgeteilt oder zu einem strategisch ungünstigen Zeitpunkt verkauft werden müsste. Wenn unter den Erben ein geeigneter Unternehmensnachfolger vorhanden ist, wäre es zudem eine Verschleuderung von Ressourcen und (Vermögens-)Werten, dem Nachfolger nicht die Möglichkeit zu geben, die Unternehmensnachfolge anzutreten und damit den Fortbestand des Unternehmens zu sichern.

(112) Das Privileg, ein Unternehmen integral aus einem Nachlass zu übernehmen oder zu Lebzeiten eines Erblassers als Zuwendung zu erhalten, soll für einen Nachfolger nicht zu einem «Spiel ohne Grenzen» werden. Die Nachfolge soll deshalb gekoppelt sein mit der Übernahme der unternehmerischen Gesamtverantwortung *und* des damit verbundenen Unternehmerrisikos.

(113) Ein Nachfolger soll das Unternehmen zum (Fortführungs-)Wert übernehmen können, den es im Zeitpunkt der Nachfolgeregelung hat. Diesen Wert muss er sich gegenüber seinen Miterben stets anrechnen lassen und – sollten die Miterben zugunsten der Unternehmensnachfolgeregelung vorübergehend erbrechtliche Verzichte hinnehmen müssen – gegenüber seinen Miterben auch gewährleisten. Im Sinne einer Nennwertgarantie sollen die Miterben auf den anrechenbaren Wert des Un-

ternehmens im Zeitpunkt der Unternehmensnachfolge für ihre Ausgleichs- oder Pflichtteilsansprüche vertrauen können.

(114) Erzielt der Nachfolger, der vom Erblasser ein Unternehmen zu Lebzeiten erhalten hat, mit seiner unternehmerischen Tätigkeit einen Mehrwert, so ist es konsequent, dass der Nachfolger den Mehrwert bei der Erbteilung für sich allein in Anspruch nehmen darf. Eine Teilung eines vor allem durch seine unternehmerischen Entschiede erzielten Mehrwerts des Unternehmens mit seinen Miterben wäre für den Nachfolger unbillig. Diese Regelung setzt voraus, dass das Unternehmen, welches einem Nachfolger zu Lebzeiten übertragen wird, auf seine eigentliche unternehmerische Substanz reduziert und von allen nicht betriebsnotwendigen Aktiven befreit wird. Nur so können die unternehmerische Leistung eines Nachfolgers auf den von ihm generierten Mehrwert fokussiert und die zur Unternehmensnachfolge nötigen Konzessionen der Miterben auf ein Minimum beschränkt werden.

(115) Das in dieser Darstellung postulierte *Risikoübernahmeprinzip* soll einem Nachfolger eine weitgehend unabhängige und eigenständige Unternehmensführung mit allen relevanten Entscheidungskompetenzen ermöglichen. Die Führung des Unternehmens soll in seiner Hand gebündelt werden. Dieses Anliegen kann dazu führen, dass nicht alle vorhandenen erbrechtlichen Ansprüche der Miterben sofort befriedigt werden können. Für die übrigen Erben erscheint es aber als zumutbar, zugunsten der Fortführung und des Werterhalts eines Unternehmens gewisse erbrechtliche Einschränkungen erdulden zu müssen. Dazu gehören insbesondere die Stundung von Ausgleichs- oder Pflichtteilsansprüchen oder u.U. auch die Übernahme von Minderheitsanteilen am Unternehmen in Anrechnung an den Pflichtteil. Die damit verbundenen Einschränkungen der Miterben sollen aber zeitlich und inhaltlich beschränkt sein. Der Nachfolger soll sein Privileg gebrauchen können, aber nicht missbrauchen dürfen. So sollen die eingeschränkten Miterben an einer Wertsteigerung des Unternehmens teilhaben und ihre Minderheitsanteile im Rahmen eines allfälligen Verkaufs des Unternehmens mitverkaufen können bzw. müssen, wenn der Unternehmensnachfolger diesen Schritt als unternehmerisch richtig erachtet.

(116) Neben diesen primären Anliegen an eine Regelung der Unternehmensnachfolge gibt es noch einige «Nebenschauplätze», die auch praxisrelevant und im Rahmen einer zukünftigen gesetzlichen Re-



gelung der Unternehmensnachfolge mitzubersichtigen sind. So sollen insbesondere erbrechtlich relevante Klauseln in gesellschaftsrechtlichen Verträgen in einfacher schriftlicher Form gültig sein und nicht einem erbrechtlichen Formerfordernis gerecht werden müssen. Ein Erblasser soll es zudem in der Hand haben, seinem Willensvollstrecker auf dem Wege einer Delegation von Kompetenzen nicht nur mit auf den Weg zu geben, wie er seine Unternehmensnachfolge regeln will, sondern es diesem auch überlassen dürfen, bestimmte nachfolgerelevante Entscheide für ihn treffen zu können.

(117) Die komplexen gesellschaftlichen und familiären Verhältnisse, die vielfältigen Lebensformen und die ebenso vielfältigen Ausgestaltungen von kleinen, mittleren und grösseren Unternehmen verlangen primär mehr gesetzgeberische Rücksicht auf den Willen und die Dispositionsfreiheit eines Unternehmers bei der Regelung seiner Nachfolge. Er kennt die konkreten Verhältnisse so gut, dass er am ehesten in der Lage ist, eine angemessene Lösung zugunsten seines Unternehmens und seiner Erben zu treffen.

(118) Nach Abschluss des Manuskriptes dieses Artikels, wurde am 4. März 2016 der Vorentwurf sowie der erläuternde Bericht des Bundesrates für eine Erbrechtsreform veröffentlicht.²¹⁹ Für eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Vorentwurf bleibt in diesem Artikel, dessen Manuskript am 31. Januar 2016 abgeschlossen wurde, leider kein Raum. Es ist aber festzustellen, dass das

Thema der Unternehmensnachfolge im Rahmen der Reformbestrebungen (noch?) eher stiefmütterlich behandelt wird. Wie in dieser Darstellung aufgezeigt, weist eine sinnvolle gesetzliche Regelung von Unternehmensnachfolgen eine gewisse Komplexität auf. Dafür lediglich eine Reduktion der Pflichtteile anzubieten – wie es zum heutigen Stand wohl offenbar die Meinung des Reformentwurfs ist – reicht mit Sicherheit nicht aus.

(119) Subsidiär soll das künftige Erbrecht eine kohärente gesetzliche Regelung enthalten, welche es ermöglicht, ein Unternehmen als privat- und volkswirtschaftlichen Wert zu erhalten und in einer nächsten Generation fortzuführen. Wir haben dieses Anliegen aufgenommen und den möglichen gesetzgeberischen Stein mit einem konkreten Vorschlag *de lege ferenda* weit geworfen. Aufgrund der Vielfalt und der Komplexität des Themas und zugunsten einer möglichst breiten Übersicht über die wichtigsten Punkte einer Unternehmensnachfolgeregelung haben wir allerdings auch darauf verzichtet, selbst jedes Detail auszuloten. Wir möchten zu der anstehenden Diskussion einen konstruktiven Beitrag leisten, der mithelfen soll, den Weg für die künftige Gesetzgebung «vorzupfaden» und zugunsten einer Erleichterung der vielen, in der Schweiz anstehenden Unternehmensnachfolgen zu beeinflussen. Dies nicht zuletzt, weil wir überzeugt sind, dass eine umfassende Revision des Erbrechts in der Schweiz ohne die gebührende Berücksichtigung der Unternehmensnachfolge von KMU kaum eine politische Mehrheit finden dürfte.

219 <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>, letztmals besucht am 28. April 2016.