



Katja Roth Pellanda\*

## Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten

Unter besonderer Berücksichtigung des Konkurrenzverbotes

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Vertragsverhältnisse mit VR-Mitgliedern
  1. Stellung des Gesamtverwaltungsrates in der Aktiengesellschaft
    - 1.1 Verhältnis Generalversammlung – Gesamtverwaltungsrat
    - 1.2 Verhältnis Gesamtverwaltungsrat – einzelnes VR-Mitglied
    - 1.3 Verhältnis Gesamtverwaltungsrat – Geschäftsleitung
  2. Arten von Verträgen mit VR-Mitgliedern in der Praxis
    - 2.1 Rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen dem VR-Mitglied und der Aktiengesellschaft
    - 2.2 Arten von Vertragsverhältnissen mit VR-Mitgliedern
      - a. Mandatsvertrag zwischen VR-Mitglied und Aktionär
      - b. Arbeitsvertrag zwischen VR-Mitglied und Aktiengesellschaft
      - c. Letter of Appointment
      - d. «Mandatsvertrag» zwischen Aktiengesellschaft und VR-Mitgliedern
  3. Konkurrenzverbote für VR-Mitglieder
    - 3.1 Gesetzliche Grundlagen
    - 3.2 Modifizierung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes mit VR-Mitgliedern
      - a. Umfang und Dauer des gesetzlichen Konkurrenzverbotes
      - b. Modifizierung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes durch Statuten und/oder Organisationsreglement
      - c. Geltendmachung und Durchsetzbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes
    - 3.3 Vereinbarung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes mit VR-Mitgliedern
      - a. Umfang und Dauer des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes
      - b. Geltendmachung und Durchsetzbarkeit des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes
    - 3.4 Vertragliche Vereinbarung eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren VR-Mitgliedern
      - a. Umfang und Dauer eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes
      - b. Geltendmachung und Durchsetzbarkeit des zusätzlichen Konkurrenzverbotes
- III. Ergebnis

### I. Einleitung

Die nachfolgend zu behandelnde Thematik der Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft («VR-Mitglieder» bzw. «VR-Mitglied»), insb. die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes beruht auf einem Beispiel aus der anwaltlichen Beratungspraxis: Nach erfolgter Wahl durch die Generalversammlung wurde den VR-Mitgliedern von der Geschäftsleitung ein als «Mandatsvertrag» bezeichnetes Dokument unter anderem mit folgendem Inhalt zur Unterzeichnung vorgelegt:

- Aufgabenbereich, Kompetenzregelung;
- Regelungen der Tätigkeiten ausserhalb der Aktiengesellschaft;
- Arbeitszeit;
- Entschädigung (Honorar, Bonus, Spesen);
- Schadloshaltung;
- Geheimhaltungspflicht;
- Konkurrenzverbot, das zusätzlich durch eine Konventionalstrafe abgesichert ist und über das Mandatsende hinauswirken soll; und
- D&O-Versicherung.

Ausgehend von diesem Beispiel soll nachfolgend insbesondere auf folgende Fragenkomplexe näher eingegangen werden: Wer kann mit VR-Mitgliedern einen Vertrag bzgl. ihrer Mandatsfähigkeit abschliessen? Welche Verträge können mit VR-Mitgliedern abgeschlossen werden? Wie ist der Inhalt des oben genannten «Mandatsvertrages» zu beurteilen, wobei das Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafe von besonderem Interesse ist?

### II. Vertragsverhältnisse mit VR-Mitgliedern

#### 1. Stellung des Gesamtverwaltungsrates in der Aktiengesellschaft

Bevor auf die einzelnen Arten möglicher Vertragsverhältnisse mit VR-Mitgliedern eingegangen wird, soll vorab die Stellung des Gesamtverwaltungsrates in der

\* Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Bär & Karrer AG, Zürich. Die Autorin dankt lic. iur. Nadina Duss, Bär & Karrer AG, Zürich, für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages.

Aktiengesellschaft grob umrissen werden. Ziel ist es aufzuzeigen, *wie Generalversammlung (bzw. Aktionäre), Geschäftsleitung und Verwaltungsrat zueinander stehen*, respektive wer wem über- bzw. untergeordnet ist und was dies für Auswirkungen auf die Kompetenz zum Abschluss von Verträgen mit den (einzelnen) VR-Mitgliedern hat.

### 1.1 Verhältnis Generalversammlung – Gesamtverwaltungsrat

Die *Wahl der VR-Mitglieder*, welche zumeist auf Vorschlag des Gesamtverwaltungsrates oder eines Hauptaktionärs erfolgt, gehört nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung, wobei vor bzw. im Anschluss an die Wahl eine Wahlannahmeerklärung durch jedes einzelne VR-Mitglied abzugeben ist.<sup>1</sup> Ebenso liegt nach Art. 705 Abs. 1 OR die *Kompetenz zur jederzeitigen Abwahl* der einzelnen VR-Mitglieder bei der Generalversammlung. Hingegen kann der Gesamtverwaltungsrat einem VR-Mitglied analog Art. 726 Abs. 2 OR bei entsprechenden Pflichtverletzungen nicht nur übertragene Sonderaufgaben innerhalb des Gremiums (bspw. Einsitznahme in Ausschüssen, operative Tätigkeiten) entziehen, sondern auch von seiner allg. körperschaftlichen Funktion als Verwaltungsrat *suspendieren* bzw. ist hierzu gegebenenfalls sogar verpflichtet, um sich nicht selbst verantwortlich zu machen.<sup>2</sup> Die Abwahl von VR-Mitgliedern durch die Generalversammlung während einer laufenden Amtsdauer kommt in der Praxis jedoch selten vor, weil unliebsam gewordene VR-Mitglieder zumeist eher «freiwillig» zurücktreten oder nicht mehr zur Wiederwahl vorgeschlagen werden, als dass sie abgewählt werden müssen.<sup>3</sup>

Auch wenn in Art. 698 Abs. 1 OR steht, dass das oberste Organ der Aktiengesellschaft die Generalversammlung der Aktionäre sei, so wird die Generalversammlung heute zumeist lediglich noch funktionell als oberstes Organ bezeichnet,<sup>4</sup> da formell das *Paritätsprinzip* gilt, wonach

– vergleichbar mit der Gewaltenteilung im öffentlichen Recht als wichtiger Grundsatz einer rechtsstaatlichen und demokratischen Staatsverfassung – alle Organe der Aktiengesellschaft einander grundsätzlich gleichgestellt sind.<sup>5</sup> Faktisch ist vor allem in Publikumsgesellschaften der Gesamtverwaltungsrat dasjenige Organ, welches die massgebenden Entscheide trifft.<sup>6</sup> Die Aktionäre haben bzw. die Generalversammlung hat heute abgesehen von der Bestimmung des Gesellschaftszwecks, der Wahl und Abberufung der VR-Mitglieder sowie der Herrschaft über die Schaffung von neuem Eigenkapital grundsätzlich wenig gesetzlich vorgesehene Einflussmöglichkeiten. Hingegen kann ein Aktionär mit einem VR-Mitglied eine Vereinbarung abschliessen, welche dem Aktionär durch die Einräumung von Weisungsrechten im Rahmen der den VR-Mitgliedern zustehenden Ermessensfreiheit einen gewissen Einfluss zugesteht.<sup>7</sup> Im Rahmen der geplanten Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts sollen der Generalversammlung weitere direkte Einflussmöglichkeiten namentlich im Bereich der Vergütungen an die VR-Mitglieder<sup>8</sup> übertragen werden. Bereits heute sind die meisten Publikumsgesellschaften zu einem sog. «Say on Pay» übergegangen, indem sie den Vergütungsbericht wie den Jahresbericht nachträglich der Generalversammlung zur Annahme vorlegen oder die Generalversammlung sogar vorgängig über das Vergütungssystem abstimmen lassen.

Dennoch scheint die *Generalversammlung* bzw. scheinen die (Haupt-)Aktionäre aufgrund ihrer Zuständigkeit zur (Ab-)Wahl der VR-Mitglieder *das kompetente Organ zum Abschluss eines Mandatsvertrages mit den VR-Mitgliedern zu sein*.

### 1.2 Verhältnis Gesamtverwaltungsrat – einzelnes VR-Mitglied

Die *VR-Mitglieder* werden je einzeln von der Generalversammlung gewählt und *stehen untereinander* – mit Ausnahme des Delegierten des Verwaltungsrates – *in keinem Rechtsverhältnis*. Insofern stellt sich die Frage, ob es in der Kompetenz des Gesamtverwaltungsrates liegen kann, die einzelnen VR-Mitglieder zum Abschluss eines Mandatsvertrages zu verpflichten.

Sicher ist, dass es einen *Arbeitsvertrag* (und damit ein arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot) für die körperschaftliche Funktion eines VR-Mitgliedes nicht geben

<sup>1</sup> Der Eintragung des VR-Mitgliedes im Handelsregister kommt lediglich deklaratorischer Charakter zu, wobei der Gutgläubenschutz Dritter betreffend die Vertretungsmacht eines VR-Mitgliedes erst mit Eintragung im Handelsregister beginnt.

<sup>2</sup> Siehe etwa HANS MICHAEL RIEMER, Die Einstellung eines von der Generalversammlung der Aktiengesellschaft gewählten Verwaltungsratspräsidenten oder sonstigen Verwaltungsratsmitgliedes durch den Verwaltungsrat (Art. 726 Abs. 2 OR), in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, 529; KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2007, N 576 m.w.H.; a.M. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 98.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu auch BÖCKLI (FN 2), § 13 N 56.

<sup>4</sup> Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, in: Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, § 12 N 1; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 20 N 10 f.; PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2011, § 1 N 21 ff.

<sup>5</sup> Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE/Franz KESSLER, Die Leitung der Generalversammlung, SZW 2004, 1, 15.

<sup>6</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 20 N 12 ff.

<sup>7</sup> Vgl. ROTH PELLANDA (FN 2), N 334 m.w.H.

<sup>8</sup> Ausführlich hierzu CHRISTOPH B. BÜHLER, Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision – Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 247 ff. sowie BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 49.

kann, da es am Subordinationsverhältnis und der Weisungsbefugnis zwischen den einzelnen VR-Mitgliedern mangelt.<sup>9</sup> Aufgrund der Tatsache, dass der Verwaltungsrat – zumindest während seiner Amtsdauer – gesetzlich dazu angehalten ist, die Interessen der Aktiengesellschaft zu wahren und vor seine eigenen Interessen zu stellen (Art. 717 Abs. 1 OR), ist davon auszugehen, dass der Gesamtverwaltungsrat – trotz der Wahlkompetenz der Generalversammlung – grundsätzlich beschliessen kann, den *Pflichtenkatalog des Verwaltungsrates* im Organisationsreglement oder vertraglich näher zu definieren und allenfalls gar zu erweitern. Dafür spricht zudem die in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR verankerte Organisationsautonomie, die nach der herrschenden Lehre nicht nur die Organisation der Aktiengesellschaft, sondern auch die innere Organisation des Verwaltungsrates umfasst.<sup>10</sup>

Ein solcher *Entscheid* ist durch den Verwaltungsrat als Gesamtgremium zu fällen, wobei es zulässig sein muss, dass das Gesamtgremium lediglich über die wesentlichen Punkte entscheidet und die Regelung der Details einem Ausschuss (z.B. einem Nomination und Compensation Committee) bzw. einzelnen VR-Mitgliedern überlässt.<sup>11</sup> Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsrat seine Mitglieder – sofern eine vertragliche Regelung gewünscht wird – nicht zur Unterzeichnung eines solchen Vertrages zwingen kann. Verweigert ein VR-Mitglied die Unterzeichnung, so steht dem Gesamtgremium keine Sanktionsmöglichkeit offen; er kann einzig eine Generalversammlung mit dem Traktandum der Abwahl des nicht unterzeichnungswilligen VR-Mitgliedes einberufen.

### 1.3 Verhältnis Gesamtverwaltungsrat – Geschäftsleitung

Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR gehört die *Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen* zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates. Eine solche Delegation ist nach Art. 716b Abs. 2 OR nur zulässig, sofern die Statuten eine entsprechende Ermächtigung des Gesamtverwaltungsrates enthalten und dieser die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne VR-Mitglieder oder an Dritte delegiert. Die Unübertragbarkeit der Wahl- und Abberufungsbefugnis betrifft nach der herrschenden Lehre nur die Wahl der obersten, dem Verwaltungsrat direkt unterstehenden Mitglieder

der Geschäftsleitung.<sup>12</sup> Falls die Geschäftsführung nicht übertragen wird, steht diese nach Art. 716b Abs. 3 OR allen VR-Mitgliedern gesamthaft zu.

Folglich liegt es im *Ermessen des Gesamtverwaltungsrates*, ob er eine Geschäftsführung ernennen oder davon absehen möchte. Falls sich der Gesamtverwaltungsrat zur Delegation entscheidet und einen oder mehrere Geschäftsführer ernennt, stehen diese grundsätzlich in einem hierarchischen Unterordnungsverhältnis zum Verwaltungsrat.

Einen Sonderfall stellt das VR-Mitglied dar, welches nach Art. 716b Abs. 1 OR als sog. *Delegierter des Verwaltungsrates* operative Tätigkeiten wahrnimmt; sei es als alleiniger Geschäftsführer, als Vorsitzender der Geschäftsleitung oder als «blosses» Geschäftsleitungsmitglied. Ein solcher Delegierter besitzt eine Art Bindegliedfunktion zwischen dem Gesamtverwaltungsrat und Geschäftsleitung und steht mit Bezug auf die Geschäftsführungsaufgaben in gewissem Sinne in einem Unterordnungsverhältnis zum Gesamtverwaltungsrat, welches rechtlich zumeist und insbesondere dann, wenn der Delegierte seine Tätigkeit vollamtlich ausübt, als *Arbeitsvertrag* qualifiziert werden kann.<sup>13</sup> Das Präsidium des Verwaltungsrates wird dabei meist von einem VR-Mitglied ausgeübt, welches nicht Mitglied der Geschäftsführung ist.<sup>14</sup>

Die *Geschäftsleitung kann* aufgrund ihrer dem Verwaltungsrat untergeordneten Stellung, *die VR-Mitglieder per se nicht dazu anhalten, mit der Aktiengesellschaft einen Mandatsvertrag*, egal welchen Inhaltes, *abzuschliessen*. Denn das Subordinationsverhältnis,<sup>15</sup> als eines von sechs den Einzelarbeitsvertrag ausmachenden Kriterien<sup>16</sup>, besteht beim Verhältnis Geschäftsleitung-Verwaltungsrat nicht bzw. eben genau in der anderen Richtung. Die Geschäftsleitung ist dementsprechend nicht befugt, dem Gesamtverwaltungsrat oder den einzelnen VR-Mitgliedern Weisungen zu erteilen. Umgekehrt gehört es zur Pflicht des Verwaltungsrates, einen Arbeitsvertrag mit den Geschäftsleitungsmitgliedern abzuschliessen und diesen Weisungen zu erteilen.

<sup>9</sup> BÖCKLI (FN 2), § 13 N 251.

<sup>10</sup> Ebenso BÖCKLI (FN 2), § 13 N 321 ff.; GEORG KRNETA, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2. Auflage, Bern 2005, N 1715 ff.; FORSTMOSER (FN 4), § 8 N 31; ablehnend FELIX EHRAT, *Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat*, AJP 1992, 791 FN 33; RITA TRIGO TRINDADE, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, Diss. Genf 1996, 128 ff.

<sup>11</sup> Vgl. ROTH PELLANDA (FN 2), N 604; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 37.

<sup>12</sup> Statt aller: BÖCKLI (FN 2), § 13 N 356, m.w.H.; BGE 128 III 129, E. 1.b).

<sup>13</sup> Vgl. FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, Basel 2005, 60.

<sup>14</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 149 ff.

<sup>15</sup> BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, Art. 321d OR N 1; VISCHER (FN 13), 4 f., 59.

<sup>16</sup> BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, Art. 319 OR N 1 ff.

## 2. Arten von Verträgen mit VR-Mitgliedern in der Praxis

### 2.1 Rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen dem VR-Mitglied und der Aktiengesellschaft

Unbestritten ist<sup>17</sup>, dass es sich bei der Rechtsbeziehung zwischen dem VR-Mitglied und der Aktiengesellschaft um einen *Innominatvertrag* respektive um ein Rechtsverhältnis mit *gesellschafts- und schuldrechtlicher Doppelnatur* handelt.<sup>18</sup>

Grundsätzlich ist das Rechtsverhältnis zwischen einem VR-Mitglied und der Aktiengesellschaft durch das Gesellschaftsrecht nach Art. 707 ff. OR sowie ergänzend durch statutarische und organisationsreglementarische Bestimmungen geprägt. Das Vertragsrecht kommt insbesondere dann zur Anwendung, wenn die aktienrechtlichen Bestimmungen Lücken aufweisen, wobei im Einzelfall eruiert werden muss, welche Bestimmungen des Vertragsrechts zur Auslegung herbeizuziehen sind. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass die *Bestimmungen des Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR* anwendbar sind<sup>19</sup>, wobei gemäss Teilen der Lehre auch andere Vertragstypen wie bspw. das Arbeitsvertragsrecht nach Art. 319 ff. OR insbesondere dann beizuziehen sind, wenn die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird. Letzteres wird m.E. zu Recht etwa von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL abgelehnt, da es an dem für den Arbeitsvertrag typischen Subordinationsverhältnis fehlt.<sup>20</sup> Ein zusätzliches *arbeitsvertragliches Verhältnis* kann m.E. höchstens dann angenommen werden, wenn dem VR-Mitglied auch operative Funktionen übertragen werden und das betroffene VR-Mitglied insofern in einem – wenn auch atypischen – Subordinationsverhältnis<sup>21</sup> zum Gesamtverwaltungsrat steht. Das Subordinationsverhältnis ist insofern atypisch, als dass der Delegierte des Verwaltungsrates grundsätzlich auch an den die operative Tätigkeit betreffenden Beschlüssen des Gesamtverwaltungsrates teilnehmen wird; es sei denn man vertritt die Ansicht, dass er aufgrund eines Interessenkonfliktes an der Beschlussfassung und allenfalls an der Diskussion in den Ausstand zu treten hat, wobei m.E. in solchen Fällen die Anwesenheit an der Diskussion sowie

eine doppelte Beschlussfassung vorzuziehen wäre.<sup>22</sup> Die vorliegend vertretene Auffassung wird in einem neueren Entscheid auch vom Bundesgericht vertreten, indem es festhält, dass ein VR-Mitglied seine Treuepflicht verletzt, wenn es bei der Beschlussfassung über ein (Schein-)Geschäft in den Ausstand tritt, von welchem es Kenntnis hat, dass es die Aktiengesellschaft schädigt.<sup>23</sup>

Nach der Ansicht des Bundesgerichts ist bei der Qualifikation des Rechtsverhältnisses jeweils auf die Besonderheiten des konkreten Falles abzustellen. Entscheidend ist überdies, ob die betroffene Person Weisungen empfängt. Ist dies zu bejahen, liege ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor. Tendenziell hat das Bundesgericht aus schuldrechtlicher Perspektive die Delegierten des Verwaltungsrates als Arbeitnehmer und die VR-Mitglieder als Beauftragte betrachtet bzw. für letztere das Bestehen eines *mandatsähnlichen Vertrages sui generis* angenommen.<sup>24</sup>

### 2.2 Arten von Vertragsverhältnissen mit VR-Mitgliedern

In der Praxis finden sich drei Arten von Verträgen mit VR-Mitgliedern:

- Variante 1: *Mandatsvertrag zwischen VR-Mitglied und Aktionär*: Hier verpflichtet sich das sog. fiduziarische VR-Mitglied, die Tätigkeit als VR-Mitglied auf vertraglicher Grundlage für einen (Haupt-)Aktionär auszuüben;<sup>25</sup>
- Variante 2: *Arbeitsvertrag mit der Aktiengesellschaft*: Sofern das betreffende VR-Mitglied auch operative Funktionen übernimmt und man von einem Subordinationsverhältnis zwischen Gesamtverwaltungsrat und Delegiertem ausgeht;
- Variante 3: *«Letter of Appointment»*: Enthält üblicherweise Bestimmungen betreffend D&O-Versicherungen, Entschädigungen, Arbeitsaufwand und Weiterbildung, usw.

Bevor auf die Frage eingegangen wird, ob und bejahendenfalls mit welchem Inhalt eine vierte Variante, d.h. ein sog. *Mandatsvertrag zwischen VR-Mitglied und Aktiengesellschaft* zulässig ist, werden nachfolgend die Varianten 1 bis 3 summarisch dargestellt.

<sup>17</sup> Ausführlich zu den möglichen Rechtstheorien ROLAND MÜLLER, *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer*, Zürich/Basel/Genf 2005, 40 ff.

<sup>18</sup> BÖCKLI (FN 2), § 13 N 88; KRNETA (FN 10), N 276; DRUEY/GLANZMANN (FN 4), § 13 N 42 f.; MARC BAUEN/SILVIO VENTURI, *Swiss Board of Directors*, Zürich/Basel/Genf 2009, 31 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 2 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern 2007, § 16 N 458 f.; BSK OR II-WERNLI, Art. 710 OR N 9; BGE 130 II 213, E. 2.1.; BGE 128 III 129, E. 1.aa).

<sup>19</sup> Statt aller: BÖCKLI (FN 2), § 13 N 88; vgl. auch BGE 128 III 129, E. 1.aa).

<sup>20</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 8.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu ROTH PELLANDA (FN 2), N 582.

<sup>22</sup> Siehe zur Problematik der Doppelbeschlussfassung: ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, *Die «richtige» Zusammensetzung des Verwaltungsrates* in: Weber (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, Zürich 2006, 76 ff.; ROLF WATTER/INES PÖSCHEL, *Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, GesKR 2011, 14 ff.

<sup>23</sup> BGE 4A\_462/2009 v. 16.3.2010, E. 6.3.

<sup>24</sup> BGE 130 III 213 E. 2.1.; 128 III 129, E. 1.aa).

<sup>25</sup> Ausführlich hierzu BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 1.

### a. Mandatsvertrag zwischen VR-Mitglied und Aktionär

Zwischen den einzelnen VR-Mitgliedern und Aktionären besteht grundsätzlich *kein Rechtsverhältnis*. Es kommt in der Praxis jedoch häufig vor, dass Aktionäre mit einzelnen VR-Mitgliedern sog. Mandatsverträge abschliessen, in welchen festgehalten wird, dass diese sog. *fiduziarischen VR-Mitglieder* ihr Mandat – soweit gesetzlich zulässig – im Interesse des Aktionärs ausüben.<sup>26</sup> Nach geltendem Recht ist eine solche Bindung i.d.R. gegenüber der Generalversammlung und den anderen VR-Mitgliedern *nicht offenlegungsbedürftig*.<sup>27</sup> Gestützt auf Art. 717 Abs. 1 OR ist eine Offenlegung im Verwaltungsrat dann notwendig, wenn das VR-Mitglied sich in einem manifestierten und nicht mehr bloss potentiellen Interessenkonflikt befindet. Oft wird eine Offenlegung deshalb erforderlich, weil das fiduziarische VR-Mitglied ansonsten die für die Instruktionseinholung erforderlichen Informationen nicht weitergeben kann, weil dazu grundsätzlich die Zustimmung des Gesamt-Verwaltungsrates notwendig sein wird.<sup>28</sup>

Zumeist unterstehen diese fiduziarischen VR-Mitglieder einem doppelten Pflichtenexus, da sie als VR-Mitglieder die Interessen der Aktiengesellschaft wahren und gleichzeitig gegenüber der delegierenden Person oder Gruppe einer mandatsrechtlichen Loyalitätspflicht unterstehen. Je nach Fallkonstellation kann die Erfüllung der vertraglichen Pflicht gegenüber dem Aktionär gleichzeitig die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zur Folge haben, da solche Verträge regelmässig<sup>29</sup> den vertretenen Aktionär dazu ermächtigen, dem VR-Mitglied *Weisungen* zu erteilen. In der Lehre ist die Zulässigkeit solcher Klauseln umstritten, wobei die Weisungserteilung m.E. zumindest im Rahmen der Ermessensfreiheit des VR-Mitgliedes möglich sein muss.<sup>30</sup> Damit eine Weisungserteilung überhaupt erst möglich wird, verpflichten solche Verträge das VR-Mitglied zumeist dazu, dem Aktionär gewisse Informationen weiterzuleiten. Dies ist aufgrund der Pflicht zur Gleichbehandlung von Aktionären durch den Verwaltungsrat nach Art. 717 Abs. 2 OR als problematisch zu erachten, denn der einseitige Informationsfluss führt zu einem unterschiedlichen Wissensstand der einzelnen Aktionäre. In der Lehre wird

diesbezüglich mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass es innerhalb gewisser Schranken<sup>31</sup> zulässig sei kann, wenn einzelnen (Gross-)Aktionären *Informationen* übermittelt werden, die nicht allen Aktionären zugänglich sind. Zusätzlich wird aber verlangt, dass die Aktiengesellschaft bereit sein muss, diejenigen Informationen, die weitergeleitet werden, sämtlichen Aktionären auf Anfrage zugänglich zu machen.<sup>32</sup>

Der Mandatsvertrag zwischen VR-Mitglied und Aktionär *entfaltet seine Wirkung nur zwischen den Vertragsparteien und nicht gegenüber der Aktiengesellschaft*,<sup>33</sup> so dass sich der fiduziarische Verwaltungsrat im externen Verhältnis, d.h. gegenüber der Aktiengesellschaft (oder gegenüber einem klagenden Aktionär oder Gläubiger), nicht dadurch entschuldigen kann, dass er gemäss den Weisungen des Fiduzianten – welcher durch sein Weisungsrecht grundsätzlich im externen Verhältnis zum haftbaren faktischen Organ werden kann – hätte handeln müssen und deshalb nicht in der Lage gewesen sei, die Interessen der Aktiengesellschaft uneingeschränkt zu wahren. Im gegenteiligen Fall bzw. im internen Verhältnis gegenüber dem Aktionär ist hingegen eine Bindung m.E. grundsätzlich möglich.<sup>34</sup> Dementsprechend sollte in solche Mandatsverträge eine Klausel aufgenommen werden, in welcher festgehalten wird, dass das fiduziarische VR-Mitglied Instruktionen zu widerrechtlichem Handeln nicht zu befolgen hat.<sup>35</sup> Schliesslich sollten im Hinblick auf das (zusätzliche) Haftungsrisiko, welches ein Mandat als fiduziarisches VR-Mitglied mit sich bringt, Haftungsausschlüsse und Schadloshaltungsklauseln (sog. «hold-harmless clause»)<sup>36</sup> in solche Verträge integriert werden, die den Aktionär verpflichten, dem

<sup>26</sup> Vgl. dazu auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 11 f., 175 ff.; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 3; BSK OR II-WERNLI, Art. 707 OR N 26 sowie allg. zur Thematik MICHAEL LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004, 9 ff.

<sup>27</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 3 m.w.H.; a.M. BÖCKLI (FN 2), § 13 N 631.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 3.

<sup>29</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 3, Art. 717 OR N 21; FORSTMOSER (FN 4), § 9 N 97a.

<sup>30</sup> Siehe für eine Zusammenstellung der verschiedenen Lehrmeinungen KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 87 ff.

<sup>31</sup> Namentlich ist zu beachten, dass bei Publikumsgesellschaften die Ad-hoc Publizität nach Art. 53 Kotierungsreglement und der strafrechtliche Insideratbestand nach Art. 161 StGB einer differenzierten Behandlung verschiedener Aktionäre relativ enge Grenzen setzen, was dazu führt, dass adäquate Schutzvorkehrungen (z.B. Geheimhaltungspflicht, Verbot Aktien zu verkaufen) getroffen werden müssen (ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, Shareholder Activism, in: Leibfried/Schäfer (Hrsg.), 25 Jahre Unternehmertum – Festschrift für Giorgio Behr, Zürich 2010, 86).

<sup>32</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, «Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in: Sethe/Heinemann/Hilty/Nobel/Zäch (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 55; WATTER/ROTH PELLANDA (FN 31), 85.

<sup>33</sup> Statt vieler ANNEMARIE NUSSBAUMER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung, SZW 2004, 139 f.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 177 f.

<sup>35</sup> Die Formulierung einer solchen Klausel könnte etwa wie folgt lauten: «Die Weisungen und Richtlinien des Auftraggebers sind verbindlich, soweit sie nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstossen und mit den Interessen der Aktiengesellschaft vereinbar sind.» (vgl. hierzu ROTH PELLANDA (FN 2), N 338).

<sup>36</sup> Vgl. NICOLE ZÜRCHER FAUSCH, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Diss. Bern 2007, 317 f.; vgl. zu dieser Thematik auch CLAUDIO BAZZANI, Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007, 59 ff.

fiduziarischen VR-Mitglied allfällig zu erbringende Leistungen aufgrund einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu ersetzen.<sup>37</sup>

Die Aufnahme eines vertraglichen Konkurrenzverbotes in einen solchen Mandatsvertrag zwischen Aktionär und VR-Mitglied ist grundsätzlich möglich, dürfte in der Praxis jedoch kaum vorkommen.

#### b. Arbeitsvertrag zwischen VR-Mitglied und Aktiengesellschaft

Nimmt ein VR-Mitglied neben der Ausübung seiner körperschaftlichen Funktion als VR-Mitglied operative Funktionen wahr, ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages durch die Aktiengesellschaft, vertreten durch den Gesamtverwaltungsrat<sup>38</sup>, mit dem entsprechenden VR-Mitglied denkbar.<sup>39</sup> In einem solchen Fall kann das Verhältnis zwischen dem Gesamtverwaltungsrat und dem einzelnen VR-Mitglied als, wenn auch atypisches, *Subordinationsverhältnis* qualifiziert werden.<sup>40</sup>

Parallel zu ihrem körperschaftlichen Rechtsverhältnis können solche VR-Mitglieder mit operativer Tätigkeit folglich in einem *arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis zur Aktiengesellschaft* stehen.<sup>41</sup> Dies bedeutet unter anderem, dass auf das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis die *gesetzlichen Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers* zur Anwendung gelangen. Namentlich von Bedeutung sind die arbeitsrechtlichen Kündigungsfristen (Art. 335a ff. OR), was dazu führt, dass das Arbeitsverhältnis, sofern nichts anderes vereinbart worden ist oder nicht ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt (Art. 337 OR), im Unterschied zur körperschaftlichen Funktion, aus welcher das einzelne VR-Mitglied grundsätzlich jederzeit zurücktreten<sup>42</sup> aber auch jederzeit durch die Generalversammlung abgewählt werden kann, ein Arbeitsverhältnis i.d.R. nicht sofort – oder wenn – dann nur mit finanziellen Konsequenzen für die Aktiengesellschaft aufgelöst werden kann. Ebenso wesentlich sind die gesetzlichen Vorgaben für Konkurrenzverbote.

#### c. Letter of Appointment

Die sog. «Letter of Appointment» stammen ursprünglich aus dem angelsächsischen Rechtsgebiet und gelangen seit einiger Zeit vermehrt auch in der Schweiz bei international tätigen Unternehmen zur Anwendung. Dabei handelt es sich um *eine Art Verhaltenskodex*, welcher den einzelnen VR-Mitgliedern nach deren Ernennung durch die Generalversammlung und der Abgabe der Wahlannahmeerklärung vorgelegt wird. «Letter of Appointment» bezwecken i.d.R. die Konkretisierung der gesetzlichen Pflichten sowie derjenigen Pflichten, welche in den Statuten und im Organisationsreglement umschrieben sind.

Zumeist *enthalten* sie Ausführungen zur Dauer des Mandates, zum erwarteten Arbeitsaufwand, zur Stellung des einzelnen VR-Mitglieds im Gremium, zur Rolle des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft (insbesondere zur Verantwortlichkeit), zur Entschädigung, zum Verhalten bei Interessenkonflikten, zur Vertraulichkeit, zur D&O-Versicherung sowie zu einem allfälligen Recht, externe Berater beizuziehen. Letztlich fassen sie damit nochmals explizit zusammen, was von den einzelnen VR-Mitgliedern während ihrer Amtszeit seitens der Aktiengesellschaft erwartet wird und sprechen das einzelne VR-Mitglied meist direkt an (bspw. «You will be expected to [...]»). Wie die Bestimmungen im Organisationsreglement oder den Statuten begründen die sog. «Letter of Appointment» keine neuen vertraglichen Pflichten für die VR-Mitglieder (wie z.B. eine Konventionalstrafe), sondern es erfolgt eine Konkretisierung der Pflichten im Hinblick auf eine allfällige aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR.

Unterzeichnet werden solche «Letter of Appointment» grundsätzlich nur von Vertretern der Aktiengesellschaft und nicht von den einzelnen VR-Mitgliedern, dennoch ist zumeist ein Vertragsverhältnis anzunehmen, so dass das Verhältnis zum nachfolgend dargestellten «Mandatsvertrag» zwischen Aktiengesellschaft und VR-Mitglieder oft fließend sein wird.

#### d. «Mandatsvertrag» zwischen Aktiengesellschaft und VR-Mitgliedern

Jedes VR-Mitglied hat bereits von Gesetzes wegen folgende Pflichten:

- Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR);
- Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR); und
- Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR).

Diese *gesetzlichen Pflichten* des VR-Mitgliedes können – wie bereits erwähnt – grundsätzlich in den Statuten und/oder dem Organisationsreglement oder in einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der Aktiengesellschaft und den einzelnen VR-Mitgliedern *konkretisiert werden*, wobei die rechtlichen Folgen eines Verstosses gegen die

<sup>37</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N 3; ausführlich hierzu ROLF WATTER/SABINA NÜESCH, *Anwalt als Organ*, in: Winterthur Versicherungen (Hrsg.), Tagung der Winterthur Versicherungen 20. September 2006, Zürich/St. Gallen 2006, 38 ff.; MARKUS VISCHER, *Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte*, AJP 2003, 492 ff.

<sup>38</sup> Insofern hält FORSTMOSER zu Recht fest, dass das arbeitsvertragliche Verhältnis zur Gesellschaft und nicht zum Verwaltungsrat besteht (FORSTMOSER [FN 4], § 5 N 225 FN 327).

<sup>39</sup> Vgl. dazu auch DRUEY/GLANZMANN (FN 4), § 13 N 43.

<sup>40</sup> Siehe hierzu II./2./2.1.

<sup>41</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 2), § 13 N 251; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, *Der Verwaltungsrat*, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, 38 ff.

<sup>42</sup> Ein Rücktritt zur Folge habe (siehe statt aller BÖCKLI (FN 2), § 13 N 56 m.w.H.).

in den Statuten, dem Organisationsreglement oder in einem Vertrag verankerten Pflichten unterschiedlicher Natur sind. Innerhalb der Schranken des Gesetzes können gestützt auf die in Art. 19 OR verankerte Vertragsfreiheit zwischen Aktiengesellschaft und VR-Mitglied auch *zusätzliche Pflichten* vereinbart werden. Nachfolgend interessiert in diesem Zusammenhang insbesondere die Vereinbarung eines (nachwirkenden) Konkurrenzverbotes mit Konventionalstrafe.

### 3. Konkurrenzverbote für VR-Mitglieder

#### 3.1 Gesetzliche Grundlagen

Im Unterschied zu den anderen Handelsgesellschaften hat der Gesetzgeber kein explizites Konkurrenzverbot für Aktiengesellschaften statuiert, so dass insbesondere eine Kumulation von Verwaltungsratsmandaten während der Amtsdauer des VR-Mitgliedes möglich ist.<sup>43</sup> Die herrschende Lehre leitet aber aus der gesetzlich in Art. 717 Abs. 1 OR verankerten Treuepflicht ein *gesellschaftsrechtliches Konkurrenzverbot* ab<sup>44</sup>, während sich nach einer Mindermeinung das Konkurrenzverbot aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht von Art. 398 Abs. 2 OR ableiten lässt<sup>45</sup>. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf das in Art. 464 Abs. 2 OR verankerte Konkurrenzverbot für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte.<sup>46</sup>

Bezüglich des *Umfangs und der Intensität* des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes bestehen unterschiedliche Ansichten, doch ist sich die Lehre darin einig, dass auf die Umstände des konkreten Einzelfalles abzustellen ist.<sup>47</sup> Letztlich geht es beim gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbot, um die auch in diversen anderen Fragestellungen (namentlich betreffend einer allfälligen Ausstandspflicht des betroffenen VR-Mitgliedes bei Diskussion und Beschlussfassung der fraglichen Thematik) vieldiskutierte *Problematik eines Interessenkonfliktes*, da eine Konkurrenzierung der Aktiengesellschaft zumeist mit einem Konflikt des VR-Mitgliedes

zwischen den divergierenden Eigeninteressen desselben und dem Gesellschaftsinteresse verbunden sein dürfte.

Im Gegensatz zu den aktienrechtlichen enthalten die *arbeitsrechtlichen* Bestimmungen in Art. 319 ff. OR ein *Konkurrenzverbot* für den Arbeitnehmer. Im Arbeitsrecht wird dabei zwischen dem Konkurrenzverbot für die Dauer des Arbeitsverhältnisses (Art. 321a Abs. 3 OR) und demjenigen für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 340 ff. OR) unterschieden. Bei Verwaltungsräten mit operativen Führungsfunktionen, die in einem Rechtsverhältnis mit Doppelnatur zur Aktiengesellschaft stehen, findet damit für die arbeitsrechtliche Tätigkeit für die Dauer des Arbeitsverhältnisses das in Art. 321a Abs. 3 OR verankerte Konkurrenzverbot Anwendung und für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann gestützt auf Art. 340 ff. OR die Weiterdauer des Konkurrenzverbotes vereinbart werden.

Denkbar ist auch die *vertragliche Vereinbarung eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes gestützt auf die in Art. 19 f. OR verankerte Vertragsfreiheit* für sämtliche VR-Mitglieder unabhängig davon, ob sie operative Tätigkeiten wahrnehmen oder nicht.

#### 3.2 Modifizierung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes mit VR-Mitgliedern

##### a. Umfang und Dauer des gesetzlichen Konkurrenzverbotes

Das sich aus Art. 717 Abs. 1 OR ergebende gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot knüpft an die körperchaftliche Funktion des VR-Mitgliedes an, so dass sich der Umfang der Treuepflicht nicht nach der Tätigkeit und den individuellen Kenntnissen des jeweiligen VR-Mitgliedes, sondern *nach dem Gesellschaftszweck richtet*.<sup>48</sup> Da sich das gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot aus der körperchaftlichen Funktion ableitet, ist der *Umfang der Treuepflicht m.E. für sämtliche VR-Mitglieder ohne operative Tätigkeiten grundsätzlich gleich*.<sup>49</sup> Eine *Ausnahme* besteht dann, *wenn die Generalversammlung einen vorgeschlagenen Kandidaten in Kenntnis der Konkurrenzsituation als VR-Mitglied gewählt hat*. Dementsprechend hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid festgehalten, dass die Ernennung eines VR-Mitgliedes durch die Generalversammlung trotz Interessenkonflikt keine Verantwortlichkeit des Gesamtverwaltungsrates für die Umsetzung seiner rechtmässigen und unangefochtenen Wahl nach sich ziehen kann.<sup>50</sup> Insofern kann auch das gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot im Einzelfall eingeschränkt werden oder sogar für einzelne Konkurrenzsituationen entfal-

<sup>43</sup> Eine Ausnahme stellt Art. 18 Abs. 7 des Stromversorgungsgesetzes dar, nach welchem «die Mehrheit der Mitglieder und der Präsident des Verwaltungsrates sowie die Mitglieder der Geschäftsleitung (...) nicht Organen von juristischen Personen angehören [dürfen], die Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung oder -handel aussuchen, oder in einem Dienstverhältnis zu solchen juristischen Personen stehen».

<sup>44</sup> So u.a. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 36; KRNETA (FN 10), N 1909.

<sup>45</sup> DANIEL WÜRSCH, Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft, Diss. Zürich 1989, 30 ff.; MISCHA KISSLING, Der Mehrfachverwaltungsrat, Diss. Zürich 2006, N 183.

<sup>46</sup> Ausführlich hierzu ROLF WATTER/DAVID P. HENRY, Die Übernahme treuwidrig eingegangener Geschäfte nach Art. 464 Abs. 2 OR als allgemeine Regel für die Schadenserledigung?, in: Staehelin/Lorandi (Hrsg.), *Innovatives Recht – Festschrift für Ivo Schwander zum 65. Geburtstag*, Zürich 2011, 407 ff.

<sup>47</sup> Vgl. ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 297 f. m.w.H.

<sup>48</sup> Vgl. ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 194.

<sup>49</sup> A.M. wohl ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 297; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 37.

<sup>50</sup> BGE 4A\_317/2009 v. 1.10.2009, E. 2.3.

len. Tritt eine *Konkurrenzsituation während der Dauer eines Verwaltungsratsmandates* ein, so hat das betroffene VR-Mitglied diese Tatsache dem VR offenzulegen. Die Pflicht zur Offenlegung ergibt sich aus Art. 717 Abs. 1 OR und sie wird in Ziff. 16 Abs. 1 des Swiss Code of Best Practice<sup>51</sup> nur, aber immerhin, empfohlen.<sup>52</sup> Der Verwaltungsrat als Gremium hat im Anschluss daran über das weitere Vorgehen zu entscheiden (z.B. Ausstand bei der Beschlussfassung bzw. Doppelbeschlussfassung in Konfliktsituationen, Information der Aktionäre anlässlich der nächsten Generalversammlung, Rücktritt des betroffenen VR-Mitgliedes bei dauerndem Interessenkonflikt).

Eine *direkte und substanzielle Konkurrenzierung*, so bspw. eine Tätigkeit für einen unmittelbaren Konkurrenten, wird im Schrifttum als unzulässig abgelehnt.<sup>53</sup> Als unzulässig wird namentlich auch das sog. «grasping of corporate opportunities» qualifiziert, welches dann vorliegt, wenn ein an die Aktiengesellschaft herangetragenes Geschäft durch das betreffende VR-Mitglied im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (oder auf Rechnung eines Dritten) abgewickelt wird.<sup>54</sup> Auch eine *indirekte Konkurrenzierung* ist u.U. als unzulässig zu betrachten, wobei eine finanzielle Beteiligung an einem Konkurrenten zumindest dann problemlos ist, wenn es sich um eine Publikumsgesellschaft und nicht um eine Mehrheitsbeteiligung handelt.<sup>55,56</sup> Nicht ausser Acht zu lassen ist dabei, dass eine Tätigkeit des VR-Mitgliedes in einem ähnlichen Unternehmen ein erhebliches Mass an Know-how und Synergien für die betreffenden Aktiengesellschaften mit sich bringen kann, was unter Umständen durchaus auch im Interesse der Aktiengesellschaft liegt.

Das *gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot endet* m.E. mit dem Ausscheiden aus dem Amt als Verwaltungsrat. Dies ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass sich die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR als Rechtsfolge einer Verletzung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes, welches wie erwähnt aus der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR abgeleitet wird, grundsätzlich nur auf Handlungen beziehen kann, welche während der Amtsdauer vorgenommen wurden.<sup>57</sup> Etwas anderes kann m.E. nur für die Offenlegung von

Geschäftsgeheimnissen gelten, wobei hier u.U. auch Art. 162 StGB zur Anwendung gelangt. Für diese Ansicht spricht ausserdem, dass die Tätigkeit als (gewöhnliches) VR-Mitglied zumeist eine Nebenbeschäftigung darstellt und anders als im Arbeitsrecht eine finanzielle Entschädigung für die Einhaltung eines Konkurrenzverbotes nach Beendigung des Mandatsverhältnisses nicht gesetzlich vorgesehen ist. Im Schrifttum wird demgegenüber geltend gemacht, dass aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in seltenen Fällen eine Verlängerung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes für eine gewisse Zeit abgeleitet werden kann, wobei die angegebene Dauer zwischen ein paar Monaten bis zu mehreren Jahren variiert.<sup>58</sup>

#### b. Modifizierung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes durch Statuten und/oder Organisationsreglement

Eine *vollkommene Wegbedingung* des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes erscheint *nicht* als *möglich*, da Art. 717 OR als zwingendes Recht zu betrachten ist.<sup>59</sup>

Denkbar ist hingegen dessen *Konkretisierung durch einen Generalversammlungs- und/oder Verwaltungsratsbeschluss*<sup>60</sup>, wobei einer Einschränkung des Konkurrenzverbotes durch den Verwaltungsrat zumeist die gesetzliche Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen entgegenstehen dürfte.<sup>61</sup>

Als zulässig betrachtet wird von Teilen der Lehre die Präzisierung des gesellschaftlichen Konkurrenzverbotes (inklusive Aufnahme einer Konventionalstrafe) für die Dauer der Amtszeit der VR-Mitglieder im Organisationsreglement.<sup>62</sup> Der Inhalt eines Organisationsreglements, so bspw. auch die Aufnahme eines Konkurrenzverbotes (wobei m.E. die Aufnahme einer Konventionalstrafe vertraglich geregelt werden muss), wird vom Gesamtverwaltungsrat festgelegt, wobei der Verwaltungsrat gemäss Art. 713 Abs. 1 OR seine Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen fällt. In der Praxis kommt es bei kleineren Aktiengesellschaften vor, dass für die Dauer der Amtszeit eines VR-Mitgliedes ein Konkurrenzverbot im Organisationsreglement verankert wird, während bei (Publikums-)

<sup>51</sup> Verfügbar unter [http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/pospap\\_swiss-code\\_corp-govern\\_20080221\\_de.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_de.pdf).

<sup>52</sup> ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, N 888.

<sup>53</sup> So etwa BÖCKLI (FN 2), § 13 N 611 m.w.H.; a.M. MÜLLER (FN 17), 282.

<sup>54</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 OR N 18; WATTER/HENRY (FN 46), 418 ff.

<sup>55</sup> So etwa MÜLLER (FN 17), 283; a.M. wohl WÜRSCH (FN 45), 59.

<sup>56</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Konkurrenzsituationen ERICH HOMBURGER, in: Forstmoser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997, N 884 ff.

<sup>57</sup> Die *Organhaftung endet nach der h.L. in dem Zeitpunkt*, in welchem kein Einfluss durch das ehemalige Organ auf die Willensbildung der Gesellschaft mehr möglich ist (statt aller BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 11 f.).

<sup>58</sup> BÖCKLI (FN 2), § 13 N 669; MÜLLER (FN 17), 290; ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 302.

<sup>59</sup> ROGER GRONER, Treuepflicht im Konzern, recht 2004, 163; CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, in: von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Band VIII/2, Basel/Frankfurt am Main 1982, 295; ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 303.

<sup>60</sup> BÖCKLI (FN 2), § 13 N 331, 613; KRNETA (FN 10), N 1911; MÜLLER (FN 17), 284; ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 307 ff.; FLORIAN S. JÖRG, Das Mitglied des Verwaltungsrates als Superman? – Pflichten und Tipps, in: Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, 303.

<sup>61</sup> Ähnlich ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 307 f.

<sup>62</sup> So etwa BÖCKLI (FN 2), § 13 N 613; MÜLLER (FN 17), 282.

Gesellschaften gelegentlich bloss die Zahl anderweiter Verwaltungsratsmandate im Organisationsreglement limitiert wird.<sup>63</sup> Eine solche Konkretisierung ist m.E. grundsätzlich auch mit der ausschliesslichen Kompetenz zur Wahl und Abwahl der VR-Mitglieder durch die Generalversammlung für die Dauer der Amtszeit eines VR-Mitgliedes vereinbart, aber dennoch nicht unproblematisch. Denn Verletzungen von im Organisationsreglement enthaltenen Pflichten sind so zu sanktionieren, dass bspw. ein verletzendes VR-Mitglied in leichten Fällen nicht mehr zur Wiederwahl vorgeschlagen wird oder in schweren Fällen, wo ein Schaden für die Aktiengesellschaft resultiert, der Gesamtverwaltungsrat beschliesst, gegen das fehlbare VR-Mitglied eine Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) einzureichen. *Nicht möglich* ist m.E. hingegen die *Verankerung einer Konventionalstrafe* für die Verletzung von Bestimmungen in den Statuten oder im Organisationsreglement, denn für die Verletzung solcher Pflichten steht m.E. einzig der Weg der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit<sup>64</sup> offen. Während die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit neben der Verletzung einer rechtlich verankerten Pflicht des VR-Mitgliedes, einen Schaden, einen Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung sowie ein Verschulden voraussetzen, ist eine Konventionalstrafe auch ohne Schaden (Art. 161 Abs. 1 OR), d.h. bei Bedingungseintritt, bspw. der Verletzung des vereinbarten Konkurrenzverbotes, geschuldet.<sup>65</sup>

### c. Geltendmachung und Durchsetzbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes

Bei einer Verletzung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes ist *in einem ersten Schritt der Dialog mit dem fehlbaren VR-Mitglied zu suchen*, wobei hierfür m.E. der Verwaltungsratspräsident zuständig ist. Führt dieses Gespräch nicht zu einer Unterlassung der konkurrierenden Tätigkeit oder einer Niederlegung des VR-Mandates durch das fehlbare VR-Mitglied, kommen verschiedene Sanktionsmöglichkeiten in Betracht.

Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, wobei insb. der Schadennachweis und die Kausalität zumeist kaum beweisbar sein dürften, kann der Gesamtverwaltungsrat gegen das fehlbare VR-Mitglied eine *Verantwortlichkeitsklage* einreichen. Denkbar, wenn auch in

der Praxis genauso schwer durchzusetzen, ist eine *Klage auf Unterlassung der konkurrierenden Tätigkeit*.<sup>66</sup> Des Weiteren können *konkurrierende Geschäfte eines VR-Mitgliedes von der Aktiengesellschaft nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) oder in Analogie zu Art. 464 Abs. 2 OR an sich gezogen werden*.<sup>67</sup> Schliesslich können der Gesamtverwaltungsrat oder ein Aktionär (sofern dieser die erforderlichen Schwellenwerte von Art. 699 Abs. 3 OR erreicht) die *Durchführung einer Generalversammlung mit dem Traktandum der Abwahl des fehlbaren VR-Mitgliedes* beantragen.

### 3.3 Vereinbarung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes mit VR-Mitgliedern

#### a. Umfang und Dauer des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes

Nehmen VR-Mitglieder operative Funktionen in der Aktiengesellschaft wahr, so stehen sie in einem parallelen Rechtsverhältnis zur Aktiengesellschaft und sind oft zu 100% für die Aktiengesellschaft tätig. Damit unterstehen sie *für die Dauer ihres Arbeitsverhältnisses aus der operativen Tätigkeit dem arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbot* von Art. 321a Abs. 3 OR und es besteht die Möglichkeit, gestützt auf Art. 340 ff. OR auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein sog. *nachwirkendes Konkurrenzverbot* zu vereinbaren. Falls ein solches nachwirkendes Konkurrenzverbot in den Arbeitsvertrag integriert werden soll, bedeutet dies, dass die folgenden gesetzlichen Schutzbestimmungen bzw. einseitig zwingenden Voraussetzungen von Art. 340 Abs. 1 OR eingehalten werden müssen: (i) Der Arbeitnehmer muss handlungsfähig und (ii) das nachvertragliche Konkurrenzverbot muss schriftlich vereinbart worden sein. Zu beachten ist, dass das Konkurrenzverbot nach Art. 340 Abs. 2 OR nur verbindlich ist, wenn (iii) das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Diese Voraussetzung ist bei einem operativ tätigen Verwaltungsrat i.d.R. erfüllt. Weiter muss das Konkurrenzverbot gemäss der einseitig zwingenden Voraussetzung von Art. 340a Abs. 1 OR beschränkt werden, d.h. es ist (iv) nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist. Ausserdem darf es (v) nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten. Falls ein Konkurrenzverbot als

<sup>63</sup> Vgl. FORSTMOSER (FN 4), § 21 N 8.

<sup>64</sup> Verletzt ein VR-Mitglied absichtlich oder fahrlässig seine gesetzlichen Treuepflichten (bspw. das gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot) und entsteht dadurch ein Schaden, so können die Aktiengesellschaft, einzelne Aktionäre und im Konkursfall auch die Gesellschaftsgläubiger als Geschädigte, das betroffene VR-Mitglied zur Verantwortung ziehen (Art. 754 Abs. 1 OR).

<sup>65</sup> PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Zürich/Basel/Genf 2008, N 3814. Nach Ansicht des Bundesgerichts wird eine Konventionalstrafe vorgesehen, um dem Gläubiger den Nachweis eines Schadens zu ersparen (BGE 102 II 420, E. 4.).

<sup>66</sup> MÜLLER (FN 17), 284; ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 320 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 28 N 72; KRNETA (FN 10), N 1921.

<sup>67</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 OR N 18; BÖCKLI (FN 2), § 13 N 612; KRNETA (FN 10), N 1916; ZÜRCHER FAUSCH (FN 36), 321; WATTER/HENRY (FN 46), 418 f.

übermässig eingestuft werden sollte, kann es durch den Richter nach seinem Ermessen gemäss Art. 340a Abs. 2 OR eingeschränkt werden.

#### **b. Geltendmachung und Durchsetzbarkeit des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes**

Die Geltendmachung und Durchsetzbarkeit des arbeitsrechtlichen nachwirkenden Konkurrenzverbotes sind im Gesetz in Art. 340b f. OR geregelt. Übertritt der Arbeitnehmer bzw. in casu ein VR-Mitglied mit operativen Funktionen das Konkurrenzverbot, kommen die folgenden drei möglichen Ansprüche des Arbeitgebers in Betracht:

- (i) Nach Art. 340b Abs.1 OR hat der Arbeitnehmer bzw. in casu der Delegierte des Verwaltungsrates bei einer Verletzung des vereinbarten Konkurrenzverbotes dem Arbeitgeber bzw. der Gesellschaft den erwachsenen *Schaden zu ersetzen*.<sup>68</sup>
- (ii) Im Unterschied zum gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbot kann im Rahmen eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340b Abs. 2 OR auch eine *Konventionalstrafe* besonders verabredet werden für den Fall, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot übertreten wird. Falls nichts anderes vereinbart wurde, besteht die Möglichkeit, dass sich der Arbeitnehmer durch Leistung einer Konventionalstrafe vom Verbot befreit (sog. Wandelpön).<sup>69</sup> Letzterer bleibt laut Gesetz für weiteren Schaden ersatzpflichtig. Damit sind Vermögenseinbussen gemeint, die den vereinbarten Betrag der Konventionalstrafe übersteigen. Im Übrigen sind die allgemeinen Regeln nach Art. 160–163 OR auf die Konventionalstrafe anwendbar.<sup>70</sup>
- (iii) Als dritte und schärfste Möglichkeit kommt dem Arbeitgeber ein *Unterlassungsanspruch* gegenüber dem Arbeitnehmer zu (sog. Realerfüllung oder -exekution).<sup>71</sup> So kann er, falls dies schriftlich verabredet worden ist, neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens auch die *Beseitigung* des vertragswidrigen Zustandes bzw. Unterlassung der konkurrierenden Tätigkeit verlangen, sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen (Art. 340b Abs. 3 OR). Falls alle drei eben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, besteht dieser Realerfüllungsanspruch zusätzlich zu den in (i) und (ii) genannten Ansprüchen.<sup>72</sup>

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die einseitig zwingende Bestimmung von Art. 340c OR, wonach das Konkurrenzverbot *dabinfällt*, wenn der Arbeitgeber bzw. in casu die Aktiengesellschaft nachweislich kein erhebliches Interesse an dessen Aufrechterhaltung mehr hat (Art. 340c Abs. 1 OR) oder wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass aufgelöst wird (Art. 340c Abs. 2 OR). Falls also dem VR-Mitglied mit operativer Tätigkeit der Arbeitsvertrag bezüglich seiner Geschäftsführerposition durch den Gesamtverwaltungsrat gekündigt wird, ohne dass der Delegierte des Verwaltungsrates dazu begründeten Anlass gegeben hat, kann auch das vereinbarte nachwirkende arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot entfallen.

#### **3.4 Vertragliche Vereinbarung eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren VR-Mitgliedern**

##### **a. Umfang und Dauer eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes**

Neben der Konkretisierung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbotes für die Mandatsdauer ist auf der Grundlage der Vertragsfreiheit die Vereinbarung eines zusätzlichen vertraglichen Konkurrenzverbotes zwischen VR-Mitgliedern und Aktiengesellschaft denkbar. Diese Möglichkeit ist *insbesondere dann von Interesse, wenn ein Konkurrenzverbot für die Zeit nach Mandatsende und/oder eine Konventionalstrafe vereinbart werden soll*. Eine rein körperschaftliche Begründung solcher Pflichten in den Statuten<sup>73</sup> oder im Organisationsreglement ist insofern als ungenügend zu betrachten, als dass mangels gesetzlicher Verpflichtung die nichtzustimmenden VR-Mitglieder dem Konkurrenzverbot und/oder der Konventionalstrafe mangels Konsens nicht unterliegen würden.<sup>74</sup> Ähnliches wäre für die Begründung eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes durch Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Statuten anzunehmen. Weiter stellt sich aufgrund der Wahlkompetenz der Generalversammlung die Frage, ob nicht eine *Ermächtigung in den Statuten erforderlich* ist, damit der Gesamtverwaltungsrat von seinen VR-Mitgliedern den Abschluss eines solchen Vertrages verlangen kann.

Zu beachten ist, dass VR-Mitglieder ohne operative Tätigkeit ihr Verwaltungsratsmandat tendenziell eher als Nebenbeschäftigung ausüben. Solchen VR-Mitgliedern

<sup>68</sup> Nähere Ausführungen dazu siehe ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 340b OR N 2 f.

<sup>69</sup> STREIFF/VON KAENEL (FN 68), Art. 340b OR N 7.

<sup>70</sup> Vgl. WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2007, N 831.

<sup>71</sup> STREIFF/VON KAENEL (FN 68), Art. 340b OR N 8.

<sup>72</sup> PORTMANN/STÖCKLI (FN 70), N 830.

<sup>73</sup> Demgegenüber gehen Teile der Lehre davon aus, dass grundsätzlich auch in den Statuten juristischer Personen und damit faktisch einseitig eine Konventionalstrafe vereinbart werden kann (vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Bern 2006, N 71.01; BSK OR I-EHRAT, Basel 2008, Art. 160 OR N 2).

<sup>74</sup> BÖCKLI (FN 2), § 13 N 671a; a.M. KRNETA (FN 10), N 1911; MÜLLER (FN 17), 284.

sollte es deshalb nicht verunmöglicht werden, nach der Beendigung des Verwaltungsratsmandates einer anderen Beschäftigung nachzugehen. Dies ist umso mehr von Bedeutung, da *vertragliche Konkurrenzverbote* im Unterschied zu solchen des Arbeitsrechts *keinen besonderen Schutzzvorschriften unterstehen*, welche ihre Gültigkeit einschränken würden, denn die strengen Schutzzvorschriften des Arbeitsrechts lassen sich mit der sozialen und wirtschaftlichen Ungleichheit der Vertragsparteien und dem durch den Arbeitsvertrag begründeten Abhängigkeitsverhältnis rechtfertigen, während eine solche Ungleichheit der Kräfte bei einem Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem nicht operativ tätigen Verwaltungsrat nicht anzunehmen ist, so dass grundsätzlich eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen nicht als gerechtfertigt erscheint.<sup>75</sup> Folglich kommen zur Eingrenzung des vertragsrechtlichen Konkurrenzverbotes einzig die allgemeinen Normen nach Art. 27 f. ZGB und Art. 19 f. OR in Betracht.<sup>76</sup>

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass sich Daniel Vasella gemäss dem Geschäftsbericht der Novartis AG für das Jahr 2010 zu Folgendem bereit erklärt: *«Für die Zeit nach seinem Amt als Verwaltungsratspräsident hat sich Dr. Vasella bereit erklärt, seine Erfahrung und sein Wissen Novartis weiterhin zur Verfügung zu stellen und während mehrerer Jahre keine Aktivitäten aufzunehmen, die im Wettbewerb zu den Geschäften von Novartis stehen. Für seine Dienste sowie für die Beachtung des Konkurrenzverbots wird Dr. Vasella eine marktgerechte Vergütung erhalten. Zur weiteren Äufnung der Altersvorsorge sieht der Vertrag mit dem Verwaltungsratspräsidenten ausserdem eine Einmalzahlung von CHF 12 Millionen in Form einer Versicherungspolice vor.»*<sup>77</sup>

Eine finanzielle Gegenleistung, ähnlich einer Karenzentschädigung beim nachwirkenden arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbot, wie sie im «Fall Vasella» vereinbart worden ist, kann ein nachvertragliches Konkurrenzverbot für die betroffene Person etwas mildern bzw. erträglicher machen.

<sup>75</sup> Ähnlich BGE 56 II 50 ff.; siehe zu dieser Thematik überdies der vom Bundesgericht zu behandelnde Fall eines vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbotes zwischen einem Mehrheits- und Minderheitsaktionär (BGE 4A\_340/2011 v. 13.9.2011). Das BGer hielt fest, dass eine analoge Anwendung der Regeln des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes nicht gerechtfertigt sei, wo nicht ausschliesslich die eine (arbeitnehmende) Partei belastet und die andere (arbeitgebende) begünstigt werde. Das BGer liess dann aber offen, ob infolge des ungleichen Aktienbesitzes eine analoge Anwendung von Art. 340 ff. OR, möglich wäre (E. 4.4.3); vgl. auch LUKAS COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Freiburg 2001, 323 ff.

<sup>76</sup> Vgl. CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Bern 2001, 16; MÜLLER (FN 17), 285.

<sup>77</sup> Verfügbar unter <http://www.novartis.com/downloads/newsroom/corporate-publications/novartis-annual-report-2010-de.pdf>, 122; siehe auch THOMAS PFISTER, Vergoldetes Schweigen, Handelszeitung vom 24. Februar 2011 (verfügbar unter <http://www.handelszeitung.ch/management/vergoldetes-schweigen>).

## b. Geltendmachung und Durchsetzbarkeit des zusätzlichen Konkurrenzverbotes

Ein zusätzliches vertragliches Konkurrenzverbot kann mit einer Klage auf Unterlassung geltend gemacht werden. Zu beachten ist wie bereits erwähnt, dass bei einer allfälligen richterlichen Überprüfung des Inhaltes eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes (inkl. Konventionalstrafe) die arbeitsrechtlichen Schutzzvorschriften und damit *u.a. die Begrenzung von Höhe, Ort und Dauer eines vereinbarten Konkurrenzverbotes grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen* und damit abgesehen von Art. 27 f. ZGB und Art. 19 f. OR kein Schutz gegen zu weitgehende Verpflichtungen besteht. Es stellt sich die Frage, ob die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen nicht analog durch den Richter herbeigezogen werden sollen, wobei es hier wie oben bereits erwähnt an der Erforderlichkeit des Subordinationsverhältnisses fehlen dürfte.

## III. Ergebnis

Bezugnehmend auf das eingangs erwähnte Beispiel kann nach den obigen Ausführungen festgehalten werden, dass die *Vereinbarung eines vertraglichen Konkurrenzverbotes über das Mandatsende verknüpft mit einer Konventionalstrafe zumindest dann als rechtlich zulässig zu erachten ist, wenn eine statutarische Ermächtigungsklausel vorliegt.*

Zu beachten ist dabei namentlich, dass die *Zuständigkeit zum Abschluss nie bei der Geschäftsleitung liegen kann und ein Beschluss des Verwaltungsrates betreffend eines Konkurrenzverbotes über das Ende der Mandatsdauer hinaus und/oder betreffend einer Konventionalstrafe ohne individuelle vertragliche Verpflichtung lediglich die zustimmenden VR-Mitglieder binden würde.*

Weiter ist aus Sicht der VR-Mitglieder zu berücksichtigen, dass es sich bei einem VR-Mandat ohne operative Tätigkeit zumeist um eine Nebenbeschäftigung handelt, weshalb bei der Formulierung eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes (inkl. Konventionalstrafe) besonders darauf geachtet werden muss, dass weitere Tätigkeiten (und insbesondere eine hauptberufliche Tätigkeit) durch die Vereinbarung nicht verunmöglicht werden. Grund hierfür ist, dass die *arbeitsrechtlichen Schutzzvorschriften* und damit *u.a. die Begrenzung von Höhe und Dauer eines vereinbarten Konkurrenzverbotes bei einer allfälligen richterlichen Überprüfung des Inhaltes eines zusätzlichen Konkurrenzverbotes (inkl. Konventionalstrafe) nicht zur Anwendung gelangen* und damit abgesehen von Art. 27 f. und Art. 19 f. OR ZGB kein Schutz gegen zu weit gehende Verpflichtungen besteht.