

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

Band 124

# Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft

Seine rechtliche Stellung sowie mögliche  
Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung  
von Gesellschaft und Mitaktionären

Von  
Dr. Daniel Würsch

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....*	IX
Bemerkungen zur Zitierweise.....•	XXVI
Literaturverzeichnis.....	XXVII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXVII

### 1. KAPITEL: GESETZLICHE STELLUNG DES AKTIONÄRS GEGENÜBER DER GESELLSCHAFT MIT BEZUG AUF DIE KONKURRENZIERUNG

<b>1 Fehlen einer gesetzlichen Normierung mit Bezug auf eine Konkurrenzierung der Gesellschaft durch den Aktionär.....</b>	<b>1</b>
A. Problemstellung.....•	1
B. Gesetzliche Konkurrenzverbote im Gesellschaftsrecht.....	2
I. Die gesetzlichen Konkurrenzverbote der Personengesellschaften.....	2
1. Das gesetzliche Konkurrenzverbot im Recht der einfachen Gesellschaft.....	2
2. Das gesetzliche Konkurrenzverbot im Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.....	3
3. Das Verhältnis der beiden Konkurrenzverbote zueinander.....	3
II. Gesetzliche Konkurrenzverbote im Körperschaftsrecht.....	4
1. Das gesetzliche Konkurrenzverbot im Recht der GmbH.....	4
2. Die Konkurrenzenthaltungspflicht des Genossenschafters.....	4
III. Die Treuepflicht als Grund für die gesetzlichen Konkurrenzverbote.....	5
1. Die Natur der Treuepflicht.....	5
2. Die Treuepflicht als Konsequenz des Gesellschaftsbegriffs.....	5
3. Die aus der Treuepflicht fließende Konkurrenzenthaltungspflicht als Typusmerkmal.....	6
C. Begriff und Typus der AG als Grund für das Fehlen eines gesetzlichen Konkurrenzverbotes.....	7
I. Der Begriff der AG.....<	7
1. Die Legaldefinition von Art. 620 Abs. 1 OR.....	7

2.	Die Begriffsbestimmung in der Lehre.....	8
3.	Die Bedeutung des Begriffs der Aktiengesellschaft für das Fehlen eines gesetzlichen Konkurrenzverbotes.....	9
II.	Der Typus der AG.....	9
1.	Der Typus im allgemeinen.....	9
2.	Die Typusmerkmale der AG.....	9
3.	Geringe Personenbezogenheit der AG als Grund für das Fehlen eines gesetzlichen Konkurrenzverbotes.....	10
D.	Die Situation nach dem Entwurf für eine Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983.....	11

**§ 2 Die Treuepflicht als mögliche Rechtsgrundlage einer  
Konkurrenzhaltungspflicht des Aktionärs.....12**

A.	Die Frage des Bestehens einer Treuepflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft.....	12
I.	Begriff der Treuepflicht.....	12
1.	Die Treuepflicht in Abgrenzung zur Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben.....	12
2.	Der Begriff der Treuepflicht.....	13
3.	Die Konkurrenzhaltungspflicht als Folge der Treuepflicht.....	14
II.	Theorien über eine Treuepflicht des Aktionärs.....	15
1.	Vorbemerkung.....	15
2.	Die verschiedenen Ansatzpunkte.....	16
a)	Die Treuepflicht nach Fromer.....	16
b)	Die Treuepflicht des Aktionärs nach Gloor und Lutter.....	16
c)	Die Treuepflicht des Aktionärs nach Wohlmann.....	17
d)	Ergebnis bezüglich der Frage der Konkurrenz- haltungspflicht.....	19
3.	Die Bedeutung von Art. 736 Ziff. 4 OR für die Konkurrenzierung der Gesellschaft durch einen Aktionär.....	20
B.	Die Frage des Bestehens einer Treuepflicht der Aktionäre gegenüber den Mitaktionären.....	21
I.	Die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft.....	21
1.	Die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft als Körperschaft.....	21
2.	Kapitalbezogenheit der aktienrechtlichen Mitgliedschaft.....	23

II.	Mitgliedschaft in der AG und Treuepflicht gegenüber den Mitgliedern .....	23
C.	Würdigung .....	24
I.	Resonanz der Theorien über eine Treuepflicht des Aktionärs in Schrifttum und Rechtsprechung .....	24
II.	Fazit .....	25
§ 3	Die Treuepflicht besonders qualifizierter Aktionäre .....	26
A-	Die Treuepflicht des Verwaltungsratsmitglieds .....	26
I.	Anerkennung einer Treuepflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates .....	26
II.	Rechtsgrundlage der Treuepflicht .....	26
1.	Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gesellschaft und Verwaltungsratsmitglied .....</li> </ul>	26
2.	Die Qualifikation des Vertrages zwischen Gesellschaft und Verwaltungsratsmitglied .....	27
3.	Die auftragsrechtliche Treuepflicht als Rechtsgrundlage der Treuepflicht des Verwaltungsratsmitglieds .....	28
III.	Der Inhalt im allgemeinen .....	29
IV.	Die Konkurrenzenthaltungspflicht im besonderen .....	30
1.	Herleitung der Konkurrenzenthaltungspflicht des Verwaltungsratsmitglieds .....	30
2.	Keine unabdingbare Pflicht zur Konkurrenzenthaltung des Verwaltungsratsmitglieds .....	31
3.	Konkurrenzerbote in Vertrag, Reglement oder Statuten .....	32
V.	Sanktionen bei einer Verletzung der Konkurrenzenthaltungspflicht durch ein Verwaltungsratsmitglied .....	33
1.	Unterlassungsanspruch und vertraglich oder statutarisch vorgesehene Sanktionen .....	33
2.	Die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR .....	33
3.	Die Abberufung bzw. Nichtwiederwahl des Verwaltungsrates .....	34
VI.	Die gesetzliche Konkurrenzenthaltungspflicht der Vorstandsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft nach § 88 AktG .....	34
1.	Der Inhalt von § 88 AktG .....	34
2.	Vergleich mit dem Schweizer Recht .....	36
B.	Die Treuepflicht der beherrschenden Aktionäre .....	36
I.	Das Problem der verdeckten Beherrschung der AG .....	36

II.	Treuepflicht und Konkurrenzenthaltungspflicht des behehrenden Aktionärs.....	37
C.	Die Situation nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht vom 23. Februar 1983.....	38
<b>;</b>	<b>4 Die Verpflichtung des Aktionärs zum Handeln nach Treu und Glauben</b> .....	<b>40</b>
A.	Handeln nach Treu und Glauben im allgemeinen.....	40
I.	Inhalt und Gegenstand von Art. 2 Abs. 1 ZGB.....	40
II.	Verhältnis des Prinzips von Treu und Glauben zum Rechtsmissbrauchsverbot . . . —.....	41
III.	Die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung als Ausfluss der Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben.....	42
1.	Der Schutz des objektivierten Vertrauens und die Konkurrenzierung'.....	42
2.	Die Einschränkung der erlaubten Konkurrenzhandlungen durch das UWG.....	42
B.	Das Prinzip von Treu und Glauben im Aktienrecht..''.....	44
I.	Verpflichtung des Aktionärs zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Die Treuepflicht als Ausfluss von Art. 2 Abs.' 1 ZGB).....	44
II.	Konkretisierungen des Prinzips von Treu und Glauben im Aktienrecht.....	45
1.	Gleichbehandlungsprinzip.....	45
2.	Grundsatz der schonenden Rechtsausübung.....	45
C.	Die Konkurrenzenthaltungspflicht als Ausfluss der Verpflichtung des Aktionärs zum Handeln nach Treu und Glauben.....	47
I.	Keine Konkurrenzenthaltungspflicht als notwendige Nebenpflicht zur richtigen Erfüllung einer anderen Verpflichtung des Aktionärs. . . . .	47
II.	Keine aus der Mitgliedschaft fließende Konkurrenzenthaltungs- pflicht nach Treu und Glauben :.....	47
D.	Rechtsmissbräuchliche Konkurrenzierung der Gesellschaft durch den Aktionär.. •.....	49
<b>§5</b>	<b>Ergebnis des 1. Kapitels</b> .....	<b>50</b>

## **2. KAPITEL: INHALT, RECHTSGRUNDLAGE, WESEN UND SCHRANKEN VON KONKURRENZENTHALTUNGSPFLICHTEN**

<b>§ 6 Das Wettbewerbs- oder Konkurrenzverhältnis</b> .....	51
A. Abgrenzung des Konkurrenzverhältnisses vom Wettbewerb .....	51
I. Umschreibung des wirtschaftlichen Wettbewerbs .....	51
II. Das Wettbewerbsverhältnis im Gegensatz zum Wettbewerb .....	52
III. Das Wettbewerbsverhältnis als notwendige Voraussetzung zur Bestimmung des Umfangs einer Konkurrenzenthaltungspflicht .....	52
B. Bestimmung des Wettbewerbsverhältnisses .....	53
I. Identität des Geschäftsbereichs von konkurrenzierender und konkurrenzierter Tätigkeit .....	53
II. Aktuelle und potentielle Konkurrenzierung .....	54
1. Im allgemeinen .....	54
2. Bedeutung des örtlichen Geschäftsbereichs im besonderen .....	55
C. Konkurrenzierung .....	56
I. Konkurrenzierende Tätigkeit oder Konkurrenzhandlung .....	56
1. Notwendigkeit des Tätigseins im wirtschaftlichen Wettbewerb .....	56
2. Konkurrenzierung durch Beteiligung .....	57
II. Direkte und indirekte Konkurrenzierung .....	58
1. Abgrenzung der direkten von der indirekten Konkurrenzierung .....	58
2. Unmittelbare und mittelbare Beteiligung .....	60
3. Kausalzusammenhang zwischen Unterstützung und konkreter Konkurrenzierung als notwendige Voraussetzung der indirekten Konkurrenzierung .....	60
<b>§ 7 Konkretisierungen direkter und indirekter Konkurrenzierung</b> .....	62
A. Konkretisierungen direkter Konkurrenzierung .....	62
I. Selbständiges Betreiben eines Konkurrenzgeschäfts .....	62
II. Insbesondere die Einmann-AG und die Quasi Einmann-AG .....	62
III. Beteiligung an einer Personengesellschaft mit Teilnahme an der Geschäftsführung .....	63

B.	Konkretisierungen indirekter Konkurrenzierung	63
I.	Beteiligung an einer Personengesellschaft ohne Teilnahme an der Geschäftsführung	63
II.	Beteiligung als stiller Gesellschafter	64
III.	Mitgliedschaft in einer juristischen Person	64
IV.	Gewährung eines Darlehens an einen Konkurrenten	66
V.	Tätigkeit für ein Konkurrenzgeschäft	66
1.	Als Arbeitnehmer nach Art. 319 ff. OR	66
2.	Mitarbeit im Rahmen eines anderen Rechtsverhältnisses	68
VI.	Sonstige Unterstützung	68
§ 8	Das Konkurrenzverbot als Grundlage der Konkurrenzenthaltungspflichten	70
A.	Notwendigkeit eines Konkurrenzverbotes	70
B.	Begriff und Arten von Konkurrenzverboten	70
I.	Die Begriffe Konkurrenzverbot und Konkurrenzklausel	70
1.	Konkurrenzverbot	70
2.	Konkurrenzklausel	71
II.	Arten von Konkurrenzverboten	72
1.	Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Konkurrenzverbote	72
2.	Ein-, zwei- und allseitige Konkurrenzverbote	72
3.	Wechselseitige Konkurrenzverbote	73
4.	Partielle Konkurrenzverbote	73
III.	Abgrenzungen	74
1.	Wettbewerbsausschlüsse (Konkurrenzverbote in einem weiteren Sinn)	74
2.	Berufsverbote und Beschränkungen in der Berufsausübungen	74
C.	Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Konkurrenzverbote	75
I.	Form von Konkurrenzverboten	75
II.	Einigung über die Essentialia bei vertraglichen Konkurrenzverboten	76
§ 9	Wesen der Konkurrenzenthaltungspflichten	77
A.	Konkurrenzenthaltungspflichten als gesetzliche, statutarische oder vertragliche Pflichten	77
I.	Gesetzliche Konkurrenzenthaltungspflichten	77

1. Im allgemeinen.....	77
2. Unmittelbar gesetzliche Konkurrenzhaltungspflichten im schweizerischen Obligationenrecht.....	77
3. Mittelbar gesetzliche Konkurrenzhaltungspflichten.....	78
4. Besonderheit gesetzlicher Konkurrenzhaltungspflichten.....	78
II. Vertragliche Konkurrenzhaltungspflichten.....	78
III. Statutarische Konkurrenzhaltungspflichten.....	79
B. Obligatorische und mitgliedschaftliche Konkurrenzhaltungspflichten.....	79
I. Obligatorische Konkurrenzhaltungspflichten.....	79
1. Obligatorische Konkurrenzverbote als Dauerschuldverhältnisse.....	79
2. Klagbarkeit der Konkurrenzhaltungspflicht.....	80
II. Mitgliedschaftliche Konkurrenzhaltungspflichten.....	80
C. Konkurrenzhaltungspflichten als Unterlassungspflichten.....	81
I. Unterlassungspflichten als negative Leistungspflichten.....	81
II. Notwendigkeit eines begründeten Interesses des Gläubigers an der Lei stung.....	82
III. Folgen des fehlenden Interesses des Gläubigers an der Konkurrenzhaltungspflicht.....	84
1. Das Problem.....	84
2. Erlöschen der Verpflichtung gemäss Art. 340c Abs. 1 OR.....	84
3. Unklagbarkeit der Forderung auf Konkurrenzhaltung.....	84
IV. Anwendungsbereich der clausula rebus sie stantibus.....	85
D. Verletzung von Konkurrenzhaltungspflichten.....	86
I. Im allgemeinen.....	86
II. Verletzung von obligatorischen Konkurrenzhaltungspflichten im besonderen.....	86
1. Nichteinhaltung einer Konkurrenzhaltungspflicht als Verzug des Schuldners.....	86
2. Objektive Unmöglichkeit der Erfüllung einer Konkurrenzhaltungspflicht.....	88
3. Nichteinhaltung einer Konkurrenzhaltungspflicht als positive Vertragsverletzung.....	89
III. Beweislast bei Verletzung von Konkurrenzhaltungspflichten.....	90
E. Übertragbarkeit der Gläubiger- und Schuldnerposition bei obligatorischen Konkurrenzhaltungspflichten.....	91
I. Übertragbarkeit der Forderung auf Konkurrenzhaltung.....	91

1.	Notwendigkeit der gleichzeitigen Übertragung der Wettbewerbsstellung des Gläubigers mit der Forderung auf Konkurrenzenthaltung . . . . .	91
2.	Notwendigkeit eines schützenswerten Interesses des Zessionars an der Konkurrenzenthaltungspflicht . . . . .	92
3.	Übergang der Forderung auf Konkurrenzenthaltung als Nebenrecht bei der Zession der Hauptforderung . . . . .	92
II.	Übertragung der Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung . . . . .	92
1.	Durch Schuldübernahme . . . . .	92
2.	Gleichzeitige Verpflichtung von Veräußerer und Erwerber einer Wettbewerbsposition . . . . .	93
III.	Übergang von Forderungsrecht und Verpflichtung bei der Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven . . . . .	93
<b>10</b>	<b>Schranken rechtsgeschäftlicher Konkurrenzverbote . . . . .</b>	<b>95</b>
A.	Dem Konkurrenzbegriff inhärente Schranken . . . . .	95
I.	Sachliche Schranken . . . . .	95
II.	Örtliche Schranken . . . . .	95
III.	Zeitliche Schranken . . . . .	95
B.	Die Vertragsfreiheit . . . . .	96
C.	Die Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB . . . . .	97
I.	Schutzbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB . . . . .	97
II.	Grenzen der Zulässigkeit eines Konkurrenzverbots aus Art. 27 Abs. 2 ZGB . . . . .	98
1.	In sachlicher Hinsicht . . . . .	98
2.	In örtlicher Hinsicht . . . . .	99
3.	In zeitlicher Hinsicht . . . . .	100
4.	Bedeutung der Gegenleistung bei Austauschverträgen . . . . .	101
III.	Schranken beim gesetzlich geregelten Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht . . . . .	101
D.	Rechtsfolgen für Art. 27 ZGB verletzende Konkurrenzverbote . . . . .	102
I.	Traditioneller Ansatz: Nichtigkeit des unzulässigen Konkurrenzverbotes . . . . .	102
1.	Im allgemeinen . . . . .	102
2.	Teilnichtigkeit von Konkurrenzklauseln . . . . .	102

II. «Modifizierte» Teilnichtigkeit;-.....	103
1. Bei übermässig bindenden Konkurrenzverboten.....	103
2. Bei nichtigen Konkurrenzklauseln.....	104
III. Verschiedenheit von Art. 27 ZGB und Art. 20 OFI?.....	104

### 3. KAPITEL: VERHINDERUNG DER **KONKURRENZIERUNG DES AKTIONÄRS** DURCH RECHTSGESCHÄFT ZWISCHEN AG UND AKTIONÄR

§ 11 Statutarische Begründung <b>einer Konkurrenzenthaltungspflicht</b> .....	107
A. Vorbemerkungen.....	107
I. Keine Konkurrenzenthaltungspflicht als Folge der Mitgliedschaft des Aktionärs •.....	107
II. Art. 680 Abs <sup>1</sup> . 1 OR.....	107
B. Auslegung von Art. 680 Abs. 1 OR.....	108
I. Grammatisches Element.....	108
II. Systematisches Element.....	109
III. Historisches Element.....	110
1. Verbot der Nebenleistungspflichten.....	110
2. Nebenleistungspflichten nach deutschem Recht.....	111
3. Ergebnis der historischen Auslegung.....	112
IV. Teleologisches Element.....	112
1. Verkehrsschutz und Risikobeschränkung als mögliche rationes legis von Art. 680 Abs. 1 OR.....	112
2. Beschränkung des Risikos des Aktionärs.....	113
V. Ergebnis: Verbot der Einführung risikoerhöhender Pflichten.....	115
C. Bedeutung von Art. 680 Abs. 1 OR für statutarische Konkurrenzklauseln.....	115
I. Zwingende Natur von Art. 680 Abs. 1 OR.....	115
II. Möglichkeit der Konversion von statutarischen Konkurrenzklauseln in ein gültiges Rechtsgeschäft.....	116
1. Konversion im allgemeinen.....	116
2. Konversion einer statutarischen Konkurrenzklauseln im besonderen.....	117

III.	Bekräftigung einer nichtmitgliedschaftlichen	
	Konkurrenzhaltungspflicht in den Statuten .....	118
	1. • Gültigkeit nichtmitgliedschaftlicher Konkurrenzklauseln .....	118
	2. Bedeutung der statutarischen Konkurrenzklausele für die	
	Durchsetzbarkeit der Konkurrenzhaltungspflicht.....	119
IV.	Überprüfung der Statuten durch den Handelsregisterführer.....	119
	1. Überprüfung der Rechtmässigkeit eines eine	
	Konkurrenzhaltungspflicht begründenden statutarischen	
	Konkurrenzverbotes.....	119
	2. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit eines eine Konkurrenz-	
	haltungspflicht bekräftigenden statutarischen Konkurrenz-	
	verbotes.....	120
<b>12</b>	<b>Statutarische Beschränkungen für konkurrenzierende Aktionäre.....</b>	<b>121</b>
A.	Problematik.....	121
B.	Abwehrmassnahmen bei Bestehen vinkulierter Namenaktien.....	122
I.	Verweigerung der Eintragung eines Konkurrenten ins Aktienbuch.....	122
II.	Nachträgliche Streichung eines Konkurrenten im Aktienbuch.....	122
	1. Problematik.....	122
	2. Streichung eines Konkurrenten bei Erfüllung der statutarischen	
	Eintragungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Genehmigung	
	der Übertragung.....	123
	3. Streichung eines Konkurrenten bei Nichterfüllung der	
	statutarischen Eintragungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der	
	Genehmigung der Übertragung.....	123
	4. Streichung eines Konkurrenten bei Fehlen statutarischer	
	Eintragungsvoraussetzungen.....	124
C.	Ausschluss konkurrenzierender Aktionäre aus der Gesellschaft.....	125
I.	Die Frage der Zulässigkeit eines statutarischen Ausschlussrechts.....	125
II.	Vertraglich begründete «Ausschlussfichte».....	126
D.	Statutarische Beschränkungen der Wählbarkeit konkurrenzierender	
	Aktionäre in den Verwaltungsrat.....	126
I.	Ungenügen der gesetzlichen Treupflicht des	
	Verwaltungsratsmitglieds.....	126
II.	Zulässigkeit einer statutarischen Wählbarkeitsbeschränkung.....	127

E. Ausschluss konkurrenzierender Aktionäre vom Bezugsrecht .....	127
<b>§ 13 Die vertragliche Begründung einer Konkurrenzhaltungspflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft...</b> .....	129
A. Verträge zwischen Aktionär und Gesellschaft im allgemeinen .....	129
B. Verträge zwischen Aktionär und Gesellschaft mit einer Konkurrenzhaltungspflicht als Hauptleistungspflicht .....	130
I. Die Frage der Umgehung von Art. 680 Abs. 1 OR .....	130
1. Die Gesetzesumgehung .....	130
2. Auslegung von Art. 680 Abs. 1 OR im Hinblick auf die Frage der Umgehung .....	130
3. Ergebnis .....	131
II. Durchsetzung eines vertraglichen Konkurrenzverbotes .....	131
1. Das Problem der Anspruchsberechtigung .....	131
2. Die Ansprüche der Gesellschaft und mögliche Sicherungsmittel .....	132
C. Konkurrenzhaltungspflichten bei Verträgen auf Arbeitsleistung zwischen Aktionär und Gesellschaft .....	132
I. Die Konkurrenzhaltungspflicht des Aktionärs als Arbeitnehmer der Gesellschaft .....	132
1. Aufgrund der Treuepflicht von Art. 321a OR .....	132
2. Das gesetzliche Konkurrenzverbot des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten .....	134
II. Die Konkurrenzhaltungspflicht des Aktionärs als Beauftragter, Makler oder Kommissionär der Gesellschaft .....	135
III. Die Konkurrenzhaltungspflicht des Aktionärs als Agent oder Alleinvertreter der Gesellschaft .....	136

#### **4. KAPITEL: KONKURRENZHALTUNGSPFLICHTEN AUFGRUND VON VEREINBARUNGEN UNTER DEN AKTIONÄREN**

<b>§ 14 Konkurrenzhaltungspflicht der Gründer einer Aktiengesellschaft</b> .....	139
A. Abgrenzung der Beziehungen unter den Gründern einer Aktiengesellschaft .....	139

B. Der Gründervertrag.....	140
I. Qualifikation und Inhalt des Gründervertrags.....	140
II. Konkurrenzhaltungspflicht der Gründer aufgrund des Gründervertrages.....	141
1. Bei einer Gründergesellschaft.....	141
2. Bei einem Gründervertrag in Form eines Austauschvertrags.....	142
C. Vorgesellschaft (Vorvertrag zur AG).....	143
I. Rechtsnatur der Vorgesellschaft.....	143
1. Qualifikation der Vorgesellschaft als einfache Gesellschaft.....	143
2. Qualifikation der Vorgesellschaft als eigenständige Gesellschaftsform.....	143
II. Konkurrenzhaltungspflicht der Mitglieder der Vorgesellschaft.....	144
1. Bei Qualifikation der Vorgesellschaft als einfacher Gesellschaft.....	144
2. Bei Qualifikation der Vorgesellschaft als eigenständiger Gesellschaftsform.....	145
D. Pflicht der Gründer zur Nichtkonkurrenzierung der AG.....	146
<b>15 Verträge unter Aktionären.....</b>	<b>148</b>
A. Zulässigkeit.....	148
I. Im allgemeinen.....	148
II. Zeitliche Schranken.....	149
III. Ergebnis.....	151
B. Der Aktionärbindungsvertrag.....	152
I. Der Begriff des Aktionärbindungsvertrags.....	152
II. Vorkommen und Verbreitung von Aktionärbindungsverträgen.....	153
III. Rechtliche Qualifikation von Aktionärbindungsverträgen.....	154
1. Einseitige Aktionärbindungsverträge.....	154
2. Aktionärbindungsverträge mit Gesellschaftscharakter (Aktionärskonsortien).....	155
3. Gemischte Verträge.....	156
IV. Gegenstand von Aktionärbindungsverträgen.....	156
1. Abstimmungsvereinbarungen.....	156
2. Verfügungsbeschränkungen.....	157
3. Begründung einer Mitwirkungspflicht.....	158
4. Einführung einer Treuepflicht.....	159
5. Weitere mögliche Gegenstände.....	159

6. Verträge mit gemischtem Inhalt .....	160
7. Sicherungsabreden und Schiedsklauseln .....	160
C. Verhältnis von Aktionärbindungsvertrag und Mitgliedschaft in der AG .....	161
I. Doppelte Bindung der Aktionäre .....	161
II. Modifikation der demokratischen Struktur der AG durch Aktionärbindungsverträge .....	161
III. Auswirkung von Verträgen unter Aktionären auf Gesellschaftsbeschlüsse .....	162
IV. Verknüpfung des Aktienwerbts mit dem Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages .....	162
<b>§ 16 Konkurrenzhaltungspflichten des Aktionärs aufgrund von Aktionärbindungsverträgen .....</b>	<b>163</b>
A. Gesetzliche Konkurrenzhaltungspflichten .....	163
I. Bei Abstimmungsvereinbarungen .....	163
1. Bei Abstimmungsvereinbarungen mit Gesellschaftscharakter .....	163
2. Bei einseitigen Abstimmungsvereinbarungen .....	163
3. Notwendigkeit eines Konkurrenzverbotes .....	164
II. Bei Verfügungsbeschränkungen .....	164
1. Im allgemeinen .....	164
2. Bei Kaufrechten und Andienungspflichten .....	165
III. Bei gemischten Aktionärbindungsverträgen .....	165
1. Vereinbarungen über die Ausübung von Aktionärsrechten .....	165
2. Vereinbarungen über die Ausübung von Aktionärsrechten und die Auferlegung von aktiven Leistungspflichten (insbes. Mitwirkungspflichten) .....	166
B. Ausdrückliche vertragliche Konkurrenzhaltungspflichten .....	167
C. Folgen der Trennung zwischen vertraglicher und mitgliedschaftlicher Bindung .....	167
I. Umfang gesetzlicher Konkurrenzhaltungspflichten .....	167
II. Berechtigung zur Forderung auf Konkurrenzhaltung .....	167
III. Durchsetzung und Erfüllungssicherung .....	168

<b>§ 17 Konkurrenzhaltungspflichten bei Joint Venture (Gemeinschaftsunternehmen), Doppel- und Parallelgesellschaft</b> .....	169
A. Joint (Business) Venture.....	169
I. Begriff des Joint Venture .....	169
II. Motive für ein Joint Venture in der Form der AG.....	170
III. Rechtliche Konstruktion des Joint Ventures in Form der AG.....	171
1. Grundsatzvereinbarung.....	171
2. Gemeinschaftsunternehmen und «accords desatellites».....	171
IV. Rechtliche Qualifikation des Joint Ventures .....	172
1. Ungenügen einer rein schuldvertraglichen Qualifikation des Joint Ventures. ....	172
2. Unterscheidung in Joint Venture-Gesellschaft und gemeinsam verwaltete AG.....	173
V. Probleme bei Konkurrenzierungen zwischen den Gesellschaftern .....	174
1. Mögliche Konkurrenzierungssituationen.....	174
2. Begründung von Konkurrenzhaltungspflichten .....	174
a) Gesetzliche Konkurrenzhaltungspflicht der Joint Venture-Gesellschafter.....	174
b) Notwendigkeit einer vertraglichen Konkurrenzhaltungspflicht.....	175
B. Weitere Zusammenschlüsse unter Aktionären zum Zweck des Betriebens einer AG.....	175
I. Doppelgesellschaft... *.....	175
II. Parallelgesellschaft.....	176
III. Konkurrenzhaltungspflichten der Grundgesellschafter.....	177
C. Sicherung der Einhaltung der Konkurrenzhaltungspflichten .....	177

## **5. KAPITEL: KONKURRENZENTHALTUNGSPFLICHTEN NACH AUSSCHIEDEN DES AKTIONÄRS AUS DER GESELLSCHAFT**

<b>§ 18 Kaufvertragsimmanente Konkurrenzhaltungspflicht des Aktienverkäufers</b> .....	179
A. Diskrepanz zwischen wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung des Verkaufs von Aktien.....	179

I.	Die verschiedenen Tatbestände des Aktienkaufs.....	179
II.	Wirtschaftliche Betrachtungsweise des Aktienkaufs .....	180
1.	Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Sachgewährleistungspflicht bei Aktienkaufverträgen.....	180
2.	Deutsche Lehre und Rechtsprechung .....	180
3.	Stand und Kritik der schweizerischen Lehre.....	181
a)	Wirtschaftliche Betrachtungsweise beim Verkauf aller Aktien.....	181
b)	Anwendungsfall des Durchgriffs?.....	181
4.	Konsequenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Aktienkaufs.....	182

\*

B.	Die Konkurrenzhaltungspflicht als kaufvertragsimmanente Nebenpflicht des Aktienverkäufers.....	183
I.	Die Konkurrenzhaltungspflicht des Verkäufers bei Annahme des Unternehmens als mittelbare Kaufgegenstand.....	183
1.	Zur Begründung einer Konkurrenzhaltungspflicht notwendiger Gegenstand des indirekten Unternehmenskaufs.....	183
2.	Die Konkurrenzhaltungspflicht als nach Treu und Glauben notwendige leistungssichernde Nebenpflicht.....	184
a)	Gemäss deutscher Lehre und Rechtsprechung.....	184
b)	Gemäss schweizerischer Lehre.....	185
II.	Die Konkurrenzhaltungspflicht des Verkäufers bei konsequenter Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	186
III.	Anspruchsberechtigung.....	187
C.	Konkurrenzhaltungspflichten des Veräusserers aus einer Verpflichtung zur Mitarbeit in der AG.....	187
I.	Rechtliche Selbständigkeit von Aktienkaufvertrag und «Mitarbeitsvertrag».....	187
II.	Abhängigkeit der Konkurrenzhaltungspflicht von der Qualifikation des «Mitarbeitsvertrages».....	188
III.	Anspruchsberechtigung.....	189

**19 Vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbote für die Zeit nach Ausscheiden  
des Aktionärs aus der Gesellschaft.....** 190

A.	Im allgemeinen.....	190
----	---------------------	-----

B. Bei einem Arbeits-, Agentur- oder Alleinvertriebsvertrag zwischen Aktionär und Gesellschaft .....	190
C. Die Gültigkeit der Konkurrenzklausel bei Kombination von Aktienkaufvertrag und Arbeitsvertrag .....	191
I. Das Problem .....	191
II. Die Lösung in BGE 56 ü 50 ff. ....	191
III. Allgemeiner Lösungsansatz aus BGE 56 II 50 ff. ....	192

## **6. KAPITEL: SICHERSTELLUNG DER EINHALTUNG VON KONKURRENZ- ENTHALTUNGSPFLICHTEN DES AKTIONÄRS**

<b>§20 Vertragliche Sicherungsmittel</b> .....	195
A. Gesetzliche Folgen der Verletzung einer obligatorischen Konkurrenz- enthaltungspflicht .....	195
I. Die Ansprüche des Gläubigers bei Schuldnerverzug .....	195
II. Ansprüche des Gläubigers bei Nichterfüllung oder positiver Vertragsverletzung .....	196
III. Problematik .....	196
B. Konventionalstrafe und ähnliche Sicherungsabreden .....	197
I. Die Konventionalstrafe .....	197
1. Begriff und Gegenstand der Konventionalstrafe .....	197
2. Alternativität oder Kumulation von Erfüllungsanspruch und Konventionalstrafe .....	198
3. Akzessorietät der Konventionalstrafe .....	199
4. Notwendigkeit der Indexierung der Höhe der Konventionalstrafe .....	199
II. Kautio .....	200
III. Übernahme eines Rechtsnachteils (Verwirkungs- und Verfallklauseln) .....	200
IV. Schadenspauschalierung, Schadensbeweisvertrag und Verträge über die Beweislastverteilung .....	201
C. Eintrittsrecht .....	201
I. Gegenstand des Eintrittsrechts .....	201
II. Verhältnis des Eintrittsrechts zum Schadenersatzanspruch .....	202

III. Die Übernahme von Geschäftsvorteilen im einzelnen ... •.....	203
1. Bei Rechtsgeschäften zwischen Verletzer und Dritten.....	203
2. Insbesondere bei Beteiligungen an juristischen Personen und Handelsgesellschaften.....	204
3. Bei Rechtsgeschäften des Verletzers im Namen Dritter.....	204
<b>§ 21 Aktionärs- und gesellschaftsspezifische Sicherungsmittel und Sanktionen .....</b>	<b>206</b>
A. Den. Aktienbesitz des Verletzers betreffende Sicherungsmittel.....	206
I. Einräumung eines bedingten Kaufrechts an den Aktien.....	206
II. Vereinbarung einer Put and Call Clause.....	206
B. Die Stellung des Aktionärs gegenüber der AG betreffende Sanktionen.....	207
I. Verzicht auf Dividendenauszahlung.....	207
II. Abberufung als Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsführung.....	208
III. Auflösung der AG aus wichtigem Grund (Art. 736 Ziff. 4 OR).....	209
IV. Weitere Möglichkeiten.....	209
C. Besondere Sicherungsmöglichkeiten bei Aktionärszusammenschlüssen.....	210
I. Gesetzliche Sanktionen.....	210
II. Vertragliche Sanktionen.....	210
D. Abstimmung der Erfüllungssicherung auf den übrigen Inhalt eines Aktionärbindungsvertrages.....	211