

Sonderdruck aus

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

Rolf Watter / David P. Henry

**Die Übernahme treuwidrig
eingegangener Geschäfte
nach Art. 464 Abs. 2 OR als
allgemeine Regel für die
Schadenserledigung?**

Die Übernahme treuwidrig eingegangener Geschäfte nach Art. 464 Abs. 2 OR als allgemeine Regel für die Schadenserledigung?

ROLF WATTER / DAVID P. HENRY

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| I. Einleitung | 407 |
| II. Art 464 Abs. 2 OR | 408 |
| A. Anwendungsvoraussetzungen | 408 |
| B. Rechtsfolge: Schadenersatz und Geschäftsübernahme | 410 |
| 1. Allgemeines | 410 |
| 2. Wo ist eine Geschäftsübernahme möglich? | 411 |
| 3. Wie erfolgt eine Geschäftsübernahme? | 413 |
| 4. Pflichten des Prokuristen | 414 |
| 5. Modalitäten der Geschäftsübernahme | 415 |
| 6. Übernahme einer AG? | 416 |
| III. Analoge Anwendung auf andere Rechtsgebiete | 417 |
| A. Wettbewerbssituation als Voraussetzung für eine Geschäftsübernahme? | 418 |
| B. Für Verwaltungsratsmitglieder und andere Organe der AG | 418 |
| 1. Geschäftsübernahme infolge Konkurrenzierung | 418 |
| 2. Anmassung von neuen Geschäftsgelegenheiten | 419 |
| C. Für Beauftragte? | 420 |
| D. Im Bereich von Art. 423 OR? | 421 |
| E. Bei Verletzung von Patentrechten und verwandten Rechtspositionen | 422 |
| IV. Schlussbetrachtung | 423 |

I. Einleitung

Von Lehre und Rechtsprechung relativ wenig beachtet bestimmt Art. 464 Abs. 2 OR, dass der Geschäftsherr (bzw. Prinzipal) bei einer Verletzung des Konkurrenzverbotes durch einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten «Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen» kann. Diese Vorschrift weist eine gewisse Verwandtschaft zu Art. 423

Abs. 1 OR auf, wonach bei einer eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, bzw. einer Geschäftsanmassung, der Geschäftsherr berechtigt ist, «die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen.» Beiden Bestimmungen ist gemein, dass der Prokurist/Handlungsbevollmächtigte bzw. Geschäftsführer (fortan wird der Einfachheit halber nur vom «Prokuristen» gesprochen) eine Treuepflicht verletzt¹. Art. 464 Abs. 2 OR ist insoweit aber konkreter, als nicht nur eine Vorteilsherausgabe, sondern eine Übernahme der treuwidrig abgeschlossenen Geschäfte vorgesehen ist. Dies kann im Einzelfall (wie zu zeigen sein wird) die beste Art sein, den Schaden des Geschäftsherrn zu neutralisieren, und kann damit auch als Konkretisierung von Art. 43 Abs. 1 OR verstanden werden, der es dem Richter auferlegt, auch die «Art» des Schadenersatzes zu bestimmen.

Im Folgenden soll zunächst der Anwendungsbereich dieser optionalen Geschäftsübernahme näher ausgeleuchtet und sodann untersucht werden, auf welche anderen, analogen Fälle der Grundgedanke von Art. 464 Abs. 2 OR (auch als Auslegungshilfe für die Art. 43 und 423 OR) noch angewandt werden könnte.

Der Jubilar verstand es in seiner langjährigen Laufbahn als Anwalt, Dozent, Rechtswissenschaftler und Herausgeber stets gekonnt, Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit einander zuzuführen. Ivo Schwander kommt dabei das Verdienst zu, sich in mannigfachen Konstellationen auch immer wieder kritisch mit Fragen des schweizerischen Zivilrechts, insbesondere vor dem Hintergrund der alltäglichen Wirklichkeit von Individuen und Unternehmen, auseinandergesetzt zu haben. In dieser Tradition möge der vorliegende Beitrag stehen.

II. Art 464 Abs. 2 OR

A. Anwendungsvoraussetzungen

Voraussetzung für die Anwendung von Abs. 2 ist zunächst in persönlicher Hinsicht eine Verletzung des in Abs. 1 umschriebenen Konkurrenzverbotes² durch einen Prokuristen, der entweder zum Betrieb eines ganzen Geschäftes bestellt ist (dann meist als Beauftragter) oder in einem Arbeitsverhältnis zum Geschäftsherrn steht. Untersagt sind, eine anderweitige Vereinbarung vorbehalten³, sachliche Geschäfte, die «zu

¹ Vgl. zur Treuepflicht bspw. BaK-WATTER, Art. 464 N 2 sowie BaK-WEBER, Art. 423 N 1 (der allerdings auch die Möglichkeit eines Übernahmeverschuldens sieht).

² Wobei allgemein gesprochen die Treuepflicht und die Pflicht zur Nichtkonkurrenzierung nicht deckungsgleich sind. Vgl. bspw. die Regelung bei der GmbH in Art. 803 Abs. 2 OR.

³ ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 464 N 6. Das Verbot kann vertraglich aufgehoben, eingeschränkt oder erweitert werden.

den Geschäftszweigen des Geschäftsherrn gehören», wobei auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und nicht etwa auf die Zweckklausel des Rechtsträgers des betroffenen Unternehmens abzustellen sein dürfte⁴. Unerheblich ist, ob der Prokurist das getätigte «Geschäft»⁵ im eigenen Namen oder (als Vertretungshandlung) für einen Dritten abschliesst⁶.

Juristisch unklar ist vor allem der sachliche⁷ Umfang des Verbotes – offensichtlich ist aber, dass der Prokurist keine Geschäfte mit aktuellen oder potentiellen Kunden des Geschäftsherrn abschliessen⁸ darf, wenn es um das gleiche Gut geht, das der Geschäftsherr anbietet, oder es sich um ein Substitutionsprodukt handelt⁹. Unklar ist, inwieweit auch verwandte Leistungen oder etwa Geschäfte mit Lieferanten betroffen sind; ausgeschlossen wird bei Letzteren ein Kauf sein, der zum Zwecke des Weiterverkaufs abgeschlossen wird¹⁰, oder ein Kauf, der eine Erhöhung des Bezugspreises für den Geschäftsherrn zur Folge haben kann¹¹. Verwandte Leistungen (z.B. eine Beratung im Bereich, in dem der Prinzipal Waren anbietet) müssen u.E. ebenfalls dann als von Art. 464 Abs. 1 OR erfasst gelten, wenn dies zu einer Gewinneinbusse des Prinzipals führen kann, bspw. dann, wenn die Beratung zur Folge hat, dass anderswo oder in anderen Quantitäten eingekauft wird.

Unklar ist auch die räumliche Wirkung des Konkurrenzverbotes. In Anlehnung an Lehre und Rechtsprechung zum arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot, mit welchem Art. 464 OR verwandt ist¹², kann aber davon ausgegangen werden, dass eine Handlung des Prokuristen im Gebiet, in welchem der Prinzipal Geschäftsbeziehungen unterhält¹³, als konkurrenzierend zu qualifizieren ist; das muss wohl auch gelten, wenn der Prinzipal konkret beabsichtigt, in einen neuen Markt zu expandieren – sobald diese Absicht klar und für den Prokuristen erkennbar ist, muss das Konkurrenzverbot auch dort gelten.

⁴ BaK-WATTER, Art. 464 N 6, zumal eine Zweckklausel ggf. sehr umfassend sein kann.

⁵ Wobei es sich freilich nicht nur um ein Produkt, sondern auch um eine Dienstleistung handeln kann.

⁶ So der klare Wortlaut der Gesetzesbestimmung.

⁷ Währendem in zeitlicher Hinsicht unbestritten ist, dass das Verbot nur während der Dauer des Bevollmächtigungsverhältnisses gilt (ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 464 N 5); vertraglich kann eine Verlängerung vorgesehen werden (vgl. Fn. 3).

⁸ Von Art. 464 OR erfasst sind lediglich Rechtsgeschäfte, nicht aber tatsächliche Handlungen (BaK-WATTER, Art. 464 N 6, m.Verw. auf BeK-GAUTSCHI, N 5b/c).

⁹ Vgl. BaK-WATTER, Art. 464 N 6.

¹⁰ Dies deshalb, weil dieser Weiterverkauf konkurrenzieren dürfte.

¹¹ Dies wegen Angebotsverknappung.

¹² Art. 464 OR stellt aber ein spezielles Konkurrenzverbot dar, welches sich in den subjektiven Voraussetzungen sowie den Rechtsfolgen von der arbeitsvertragsrechtlichen Regelung in den Art. 340 ff. OR unterscheidet.

¹³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 340a N 2.

Konkret darf also der Prokurist, wenn sein Geschäftsherr Regenschirme gesamtschweizerisch an Detailhändler und am Ort seines Geschäftssitzes Einzelkunden auch direkt anbietet, weder selber Regenschirme noch (da es sich um Substitutionsprodukte handelt) Regenmäntel oder Regenhüte verkaufen und es ist ihm auch versagt, solche Produkte (aber auch bspw. wasserundurchlässige Stoffe als verwandte Güter) zu kaufen, wenn diese weiterverkauft werden sollen oder sich dadurch der Bezugspreis für den Geschäftsherrn wegen Angebotsverknappung erhöht. Ebenso dürfte es dem Prokuristen verwehrt sein, bspw. Beratungsdienstleistungen zur Herstellung wasserabweisender Bekleidung anzubieten.

B. Rechtsfolge: Schadenersatz und Geschäftsübernahme

1. Allgemeines

Das Gesetz gibt dem Geschäftsherrn in den vorstehend genannten Fällen das Recht, «den verursachten Schaden [zu] fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung [zu] übernehmen». Gemeint ist ein Schadenersatzanspruch im Umfang des positiven Vertragsinteresses¹⁴. Wählt der Geschäftsherr zusätzlich die Übernahme¹⁵ des konkurrenzierenden (Rechts-¹⁶)Geschäfts – wozu er frei ist¹⁷ –, so vermindert sich im Falle der Kombination der beiden Ansprüche sein Schadenersatzanspruch allerdings entsprechend¹⁸. Der Prinzipal ist stets berechtigt, den Ersatz des Gewinnes zu verlangen, wenn ein solcher trotz Erreichbarkeit bei korrekter Geschäftsführung vom treulosen Prokuristen nicht erzielt wurde¹⁹.

Bei der Kombination der gesetzlich vorgesehenen Ansprüche (die Grenze für Schadloshaltungsleistungen seitens des treulosen Prokuristen ist bei der Bereicherung des Prinzipals²⁰ zu ziehen) kann die Berechnung der Schadenersatzreduktion allerdings praktische Probleme aufwerfen: Während bei Geschäften mit Einmalleistung (bspw. Verkauf eines Produktes) bzw. von kurzer bis mittelfristiger Dauer (bspw. ein auf ein

¹⁴ Vgl. BaK-WATTER, Art. 464 N 7.

¹⁵ Nicht zu verwechseln ist die Geschäftsübernahme nach Art. 464 Abs. 2 OR mit der Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR, wo der Übergang von Schulden bei Übernahme eines Vermögens oder Geschäftes besonders geregelt wird.

¹⁶ S. vorne Fn. 8.

¹⁷ ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 464 N 10; vgl. BeK-GAUTSCHI, Art. 464 N 8a. Der Gesetzeswortlaut gewährt dem Prinzipal kumulativ einen Schadenersatzanspruch wie auch die Möglichkeit der Geschäftsübernahme. Art. 427 aOR sah in seiner ursprünglichen Fassung «und auch» vor, was die kumulative Natur der Ansprüche noch unterstrich.

¹⁸ BaK-WATTER, Art. 464 N 8 m. Verw. auf ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 464 N 10.

¹⁹ BeK-GAUTSCHI, Art. 464 N 8b. Dabei erwirbt der Geschäftsführer im Gegenzug einen Anspruch auf Auslagen- und Verwendungsersatz.

²⁰ BaK-WATTER, Art. 464 N 10.

Jahr befristeter Wartungs- oder Beratungsvertrag), welche noch nicht erfüllt worden sind²¹, die Wertbestimmung im Normalfall keine besonderen Probleme aufwirft (und der Geschäftsherr die Übernahme ohnehin nicht suchen wird, wenn das betreffende Geschäft in Berücksichtigung der Gestehungskosten wenig gewinnbringend ist), wirft die Wahlmöglichkeit des Geschäftsherrn auf Übernahme eines Geschäftes bei langfristigen Verträgen²² die Frage der Wertberechnung des zu übernehmenden Geschäftes auf, wenn damit das Ausmass der Reduktion einer durch den treulosen Prokuristen ebenfalls zu leistenden Schadenersatzzahlung bestimmt werden soll, bspw. wenn gestützt auf einen in Verletzung des Konkurrenzverbotes abgeschlossenen Sukzessivlieferungsvertrag durch den Prokuristen bereits Leistungen erbracht worden sind.

Diesfalls muss u.E. nicht so vorgegangen werden, dass zuerst ein Gesamtschaden ermittelt wird und dann davon der Wert der Vertragsübernahme abgezogen wird, sondern so, dass der Prinzipal sich entweder entscheidet, das fragliche Geschäft nicht zu übernehmen und dann versucht, das positive Vertragsinteresse nachzuweisen, oder er die Geschäftsübernahme verlangt und – falls diese erfolgreich ist – darzulegen versucht, welchen zusätzlichen, durch die Übernahme nicht abgedeckten Schaden er erlitten hat. Damit ist man auch der Schwierigkeit enthoben, die Modalitäten zu bestimmen, unter welchen dem Prokuristen im Falle einer zu hoch festgelegten Schadenersatzzahlung ein entsprechender Rückforderungsanspruch zuzugestehen ist. Oftmals wird die Übernahme langfristiger Verträge in der Praxis eine allfällige Schadenersatzzahlung jedoch ohnehin verdrängen.

2. Wo ist eine Geschäftsübernahme möglich?

Das Gesetz spricht in Art. 464 Abs. 2 OR allgemein von der Übernahme von «Geschäften», ohne sich auf den Begriff des «Vertrages» zu beschränken (oder diesen auch nur explizit zu erwähnen). Im Vordergrund wird in der Praxis freilich zumeist diese Vertragsübernahme stehen, wenngleich, wie noch zu zeigen sein wird, auch eine eigentliche «Geschäftsübernahme» denkbar ist²³.

Offensichtlich ist zunächst, dass ein bereits erfüllter Vertrag nicht mehr an den Geschäftsherrn übertragen werden kann. Bei der Anordnung der Geschäftsübernahme muss der Gesetzgeber somit insbesondere (a) an Verträge mit einem längerfristigen Charakter gedacht haben, dann aber wohl auch (b) an Kundenbeziehungen in dem Sinn, dass mit solchen Kunden zwar einzelne Verträge abgeschlossen und erfüllt

²¹ Ansonsten eine Geschäftsübernahme nicht möglich ist (s. sogleich II.B.2).

²² Vgl. hierzu sogleich die Beispiele in II.B.2.

²³ Zur Übernahme bspw. einer AG s. hinten II.B.6.

werden, aber begründete²⁴ Aussicht darauf besteht, dass der Kunde bald wieder für Folgegeschäfte vorstellig wird. Eine Geschäftsübernahme ist schliesslich auch (c) bei noch nicht erfüllten Verträgen möglich, welche lediglich eine einmalige Leistung vorsehen.

Bei längerfristigen Verträgen (z.B. Dienstleistungsverträge, Verträge mit kontinuierlichen Lieferungen bzw. Sukzessivlieferungsverträge, aber auch Verträge mit Arbeitnehmern und Lieferanten oder Miete von Geschäftsräumlichkeiten) kann die Übertragung des Vertrages zumindest künftigen Schaden oft abwenden und ist für alle Involvierten die einfachste Art, die Treulosigkeit aus der Welt zu schaffen:

- Der Geschäftsherr braucht nicht darzulegen²⁵, wie hoch seine Gestehungskosten sind, was er bei der Berechnung seines Schadens tun müsste; auch muss er nicht aufzeigen, wie viele Geschäfte der Kunde noch abgeschlossen und wie viel er im Einzelfall bezahlt hätte;
- Der treulose Prokurist muss seinen Kunden nicht weiter beliefern, dies ohne jede Gewinnaussicht (denn sein Gewinn würde ja vom Geschäftsherrn abgeschöpft);
- Der Kunde schliesslich muss sich (nach Entdeckung des Treuebruchs) nicht mit dem nicht mehr motivierten Prokuristen «herumschlagen», sondern hat künftig direkt den Geschäftsherrn als Ansprechpartner.

Hinsichtlich der Frage, ob der Begriff des «Geschäfts» den Übergang von Kundendaten einschliesst, ist u.E. zu differenzieren: Ausgehend vom Grundgedanken von Art. 462 Abs. 2, wonach tatsächliche Positionen für sich alleine nicht erfasst werden²⁶, fallen Kundenbeziehungen wohl nur dann in den Bereich des Instituts der Geschäftsübernahme, wenn entweder ein Vertrag noch nicht erfüllt wurde oder aber wo die Beziehung zwischen dem treulosen Prokuristen und dem Dritten weitere Geschäfte erwarten lässt²⁷. Kundendaten sind m.a.W. zumeist nur als Teil eines Geschäfts, «adhäsionsweise» im Rahmen der generellen Vorteilsherausgabe²⁸, zu übertragen; handelt es sich lediglich um blosser Kundendaten, verstanden als faktische Beziehungen (bspw. in der Vorbereitungsphase potentiell konkurrenzierender Rechtsgeschäfte), können solche gestützt auf Art. 464 OR (welcher lediglich Rechtsgeschäfte erfasst²⁹) nicht übernommen werden.

²⁴ Diese Aussicht kann rechtlich begründet sein, z.B. gestützt auf einen Rahmenvertrag, aber auch tatsächlich, z.B. bei einem Gut, das die Nachbestellung von Ersatzteilen wahrscheinlich macht.

²⁵ Er muss diese lediglich, aber immerhin, im Hinblick auf die Frage, ob er eine Geschäftsübernahme verlangen soll, intern berücksichtigen.

²⁶ S. vorne Fn. 8.

²⁷ S. vorne Fn. 24.

²⁸ Vgl. hinten Fn. 32 und III.D.

²⁹ Zum Spezialfall der Übernahme einer AG s. hinten II.B.6.

3. Wie erfolgt eine Geschäftsübernahme?

Das Gesetz spricht wie erwähnt nicht von einer Vertragsübernahme, sondern davon, dass ein Geschäft übernommen wird. Nicht gemeint sein kann damit – obwohl das an sich naheliegend wäre und wohl auch praktische Probleme lösen würde – ein Geschäft analog einer Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG zu übertragen, dies nicht nur, weil dieses Institut erst viel später ins Recht eingeführt wurde, sondern auch, weil ein Prokurist gar nicht Partei eines solchen Vertrags sein kann.

Damit verbleibt eine Vertragsübertragung^{30, 31} – als Geschäft unter drei Parteien –, aber auch eine Lösung, bei welcher der Prokurist nur noch analog einem Treuhänder fungiert, das Erlangte hingegen weiterleitet und bspw. die zu liefernden Güter vom Geschäftsherrn bezieht, dies alles, ohne selber über die eigenen Kosten hinaus einen Gewinn zu erzielen. Ferner kann der Geschäftsherr einen Übernahmeanspruch bezüglich der tatsächlich erlangten Vermögenswerte, wie etwa die Abtretung von Forderungen und die Übertragung von dinglichen Rechten, geltend machen³², sofern der Abschluss des Geschäfts auf Rechnung des Prokuristen (und nicht in direkter Stellvertretung eines Dritten) geschehen ist³³.

Die Vertragsübertragung stellt in vielen Konstellationen die auf den ersten Blick naheliegende Variante der Geschäftsübernahme dar. Dabei wird das Rechtsgeschäft als Ganzes übertragen. Die Vorteile dabei sind nicht nur praktische³⁴, sondern auch rechtliche, da infolge Übergangs auch Forderungen und Anwartschaften sowie das Rumpfverhältnis als solches übertragen werden.

³⁰ Vgl. dazu WATTER/KÄGI, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 3/2004, S. 231 ff. Zur Vertragsübertragung werden hauptsächlich zwei Theorien, die Zerlegungs- (Vertragsübertragung durch eine Kombination von Zession und Schuldübernahme) und die Einheitstheorie (Vertragsübertragung als eigenständiges Rechtsgeschäft in Form eines tripartiten Vertrages) vertreten. Als Abwandlung der Zerlegungstheorie eröffnet die Kombinationstheorie von WATTER/KÄGI, durch Bejahung der Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten sowie des Übergangs einer Anwartschaft im Zusammenhang mit künftigen Forderungen sowie der Zulassung einer Abtretung des ganzen Stammrechts, die Möglichkeit, die vorgenannten Theorien einander anzunähern, indem die Wirkung eines Übergangs des Vertragsverhältnisses auch dort eintreten soll, wo «lediglich» alle Forderungen und Schulden eines Vertragsverhältnisses übertragen werden. In der h.L. wird der Einheitstheorie aber nach wie vor die meiste Zustimmung entgegengebracht.

³¹ Wobei das zu übernehmende Rechtsgeschäft rechtstheoretisch nicht nur ein zwei- oder mehrseitiges (Vertrag), sondern auch ein einseitiges sein kann. Ein Beispiel hierfür wäre, dass der Prokurist ermächtigt wurde, eine Sache zu benutzen oder er ein Gestaltungsrecht ausüben kann (zum Rechtsgeschäft vgl. bspw. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 129 ff.).

³² BaK-WATTER, Art. 464 N 8, m.Verw. auf BeK-GAUTSCHI, Art. 464 N 7b, wonach dieser Übernahmeanspruch die *actio negotiorum gestorum directa* des Geschäftsherrn i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR darstellt, m.a.W. die Klage des Geschäftsherrn auf Herausgabe dessen, was der Geschäftsführer mit der Geschäftsführung erlangt hat.

³³ ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 464 N 8.

³⁴ S. vorne II.B.2.

Der Geschäftsherr übernimmt damit die Parteistellung des treulosen Prokuristen gestützt auf die Spezialvorschrift von Art. 464 Abs. 2 OR, welche den Prokuristen zwingt, nicht nur selber der Übertragung zuzustimmen, sondern auch entsprechend auf den Dritten einzuwirken³⁵. Dies ist notwendig, verlangt doch eine Vertragsübertragung, sofern diese gestützt auf die Einheitstheorie als tripartiter Vertrag aufgefasst wird³⁶, nach h.L. die Zustimmung des Dritten³⁷, mit welchem der treulose Prokurist den Vertrag geschlossen hat³⁸. Dieses Postulat ist u.E. in seiner Absolutheit allerdings zu überdenken. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang etwa die stellvertretungsrechtliche Norm von Art. 32 Abs. 2 OR, wonach, wenn der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solcher zu erkennen gegeben hat, der Vertretene unter anderem auch dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet wird, wenn es dem Dritten gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesst. Wenn es nun dem Dritten nicht auf die Partei ankommt, so wird er u.E. gegen eine Vertragsübernahme im Rahmen einer Schadensregulierung kaum Stichhaltiges vorzubringen vermögen. Gleichzeitig ist einzuräumen, dass in bedeutenderen, längerfristig angelegten Vertragsverhältnissen die Person des Vertragspartners in vielen Fällen von Bedeutung sein dürfte, womit die Zustimmung des Dritten nötig erscheint.

Selbst wenn der Dritte (trotz Bemühungen des treulosen Prokuristen, die wie erwähnt geschuldet sind) aber nicht zustimmen will, wird er sich in aller Regel nicht gegen die vorgenannte Treuhandlösung wehren können, welche die Geschäfte wenigstens wirtschaftlich auf den Geschäftsherrn überträgt – Ausnahmen sind allerdings denkbar³⁹.

4. Pflichten des Prokuristen

Klar ist zunächst, dass gestützt auf Art. 464 Abs. 2 OR der Prokurist der Übertragung der Geschäfte (bzw. Verträge) zustimmen und andere allenfalls notwendige Handlungen vornehmen muss (z.B. Abgabe von Abtretungserklärungen, Übertragung von Eigentum). Aus den nachfolgend geschilderten Gründen ist er auch verpflichtet, dort, wo die Zustimmung des Dritten notwendig wird, auf diesen einzuwirken, damit

³⁵ S. hinten II.B.4.

³⁶ S. vorne Fn. 30.

³⁷ Anders gestaltet sich die Lage in Anwendung der Kombinationstheorie in fusionsgesetzlichen Konstellationen. Vgl. WATTER/KÄGI (Fn. 30), S. 238 ff.

³⁸ BaK-WATTER, Art. 464 N 8.

³⁹ Denkbar ist etwa die Konstellation, bei welcher der Dritte in Kenntnis der Sachlage mit dem Prokuristen (langfristige) Verträge eingeht, um bewusst einen zweiten Anbieter zu fördern, bspw. weil er eine monopolähnliche Stellung des Geschäftsherrn befürchtet. Hier muss es dem Dritten erlaubt sein, vom Vertrag zurückzutreten – entweder gestützt auf einen Grundlagenirrtum oder dann gestützt auf die explizite oder implizite Vertragsabrede, dass der Vertrag weder formell noch wirtschaftlich übertragen werden darf – wenn sich herausstellt, dass sein Vertrag auf den Geschäftsherrn übergehen soll.

dieser seine notwendigen Erklärungen abgibt; erreicht er dies nicht, muss der Prokurist an der beschriebenen Treuhandlösung mitwirken (oder bspw. die Aktien seiner Gesellschaft verkaufen, falls er über eine von ihm kontrollierte Gesellschaft konkurrierend tätig geworden ist⁴⁰).

Diese Pflichten ergeben sich oft aus dem Grundverhältnis (und falls dieses wegen der Treulosigkeit aufgelöst wurde, aus den daraus nachwirkenden Pflichten), sind logische Folge der von Art. 464 Abs. 2 OR angeordneten Rechtsfolge und ergeben sich auch daraus, dass wenn der treulose Prokurist den Geschäftsherrn in seinen Bemühungen, den Dritten zur Vertragsübernahme anzuhalten, nicht unterstützt, es wahrscheinlich ist, dass der Prokurist noch weitere Leistungen erbringen muss, ehe das konkurrierende Rechtsgeschäft beendet werden kann. In dieser Zeit wird der Schaden für den Geschäftsherrn grösser, weshalb der Prokurist den Geschäftsherrn nach besten Kräften unterstützen muss, um ebendiesen Schaden abzuwenden oder zumindest zu minimieren.

Die Pflicht, der treuhänderischen Lösung⁴¹ zuzustimmen und damit die dazu notwendigen Leistungen unentgeltlich zu erbringen⁴², folgt aus den gleichen Überlegungen und sanktioniert letztlich den Umstand, dass der Prokurist mit seinen Einwirkungsbemühungen nicht erfolgreich war und der weitere Schaden nur so begrenzt werden kann. Allerdings kann der treulose Prokurist nicht zu Leistungen ausserhalb einer blossen Treuhänderfunktion (mithin nicht zu operativen oder ähnlich gelagerten Leistungen) verpflichtet werden und die Treuhänderlösung ist mittel- bis langfristig in eine definitive Lösung zu überführen, sei es, dass die Zustimmung des Dritten doch noch erteilt wird, sei es, dass das Rechtsgeschäft ordentlich und unter weitestgehender Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn beendet wird.

5. Modalitäten der Geschäftsübernahme

In zeitlicher Hinsicht dürfte – zumindest theoretisch – der Rechtsbehelf der Geschäftsübernahme der allgemeinen Verjährungsfrist von zehn Jahren unterliegen⁴³. Obwohl gesetzlich keine relative Verjährungsfrist vorgesehen ist, kann der Geschäftsherr aber nicht beliebig lange zuwarten, bzw. nach Entdeckung der konkurrierenden Tätigkeit und des Schadens den Geschäftsgang über längere Zeit beobachten und davon seine Entscheidung abhängig machen, ob er seine Option auf

⁴⁰ S. hinten II.B.6.

⁴¹ S. vorne II.B.3.

⁴² Vorbehalten bleibt immerhin das Bereicherungsverbot für den Geschäftsherrn: wo dieser durch die treuhänderische Tätigkeit Ausgaben spart, stehen dem Prokuristen entsprechende Beträge zu.

⁴³ Vgl. aber die fünfjährige Verjährungsfrist für Forderungen aus Berufsarbeiten von Prokuratoren in Art. 128 Abs. 3 OR.

Geschäftsübernahme ausüben soll⁴⁴. Praktisch ist der Ablauf wohl so, dass der Geschäftsherr sofort die konkurrenzierende Tätigkeit monieren muss (und sich auch zu entscheiden hat, ob er den Prokuristen entlassen will oder nicht – meist wird das Verhältnis aufgelöst werden müssen, weil die notwendige Vertrauensbasis ja dahingefallen ist), dann den Schaden geltend machen und sich innert vernünftiger Zeit auch entscheiden muss, ob er die Option ausüben will oder nicht⁴⁵.

Fraglich ist sodann, ob der Prokurist anlässlich der Geschäftsübernahme durch den Geschäftsherrn seine Kosten für den seinerzeitigen Vertragsabschluss zurückverlangen kann. Da dem Prokuristen in Anwendung von Art. 464 OR richtigerweise ein Auslagen- und Verwendungsersatz zugesprochen wird⁴⁶, ist anlässlich einer Geschäftsübernahme der Prokurist für seine Vertragskosten zu entschädigen, aber wohl nur, wenn der Geschäftsherr auch solche Kosten gehabt hätte.

6. Übernahme einer AG?

Es fragt sich sodann, welche Rechte der Geschäftsführer hat, wenn bspw. ein Prokurist eine AG gründet und mittels dieser Gesellschaft ein konkurrenzierendes Unternehmen aufbaut.

Relevant ist dies für eine Geschäftsübernahme erst, wenn die AG effektiv Konkurrenzgeschäfte tätigt. Dann stellt sich aber die Frage, ob der Geschäftsherr das Geschäft nicht in der Weise übernehmen kann, dass er den treulosen Prokuristen verpflichtet, ihm die Aktien dieser AG zu übertragen, dies in analoger Anwendung von Art. 464 OR. Für die Beantwortung dieser Frage ist in Erinnerung zu rufen, dass die Geschäftsübernahme (mit Bezug auf bestimmte Bevollmächtigte) bezweckt, den rechtswidrigen Zustand der Treulosigkeit zu beseitigen und den Geschäftsherrn so zu stellen, wie wenn der Prokurist richtig erfüllt hätte, und dem Geschäftsherrn dort eine Weiterführung der vom treulosen Bevollmächtigten initiierten Geschäfte zu ermöglichen, wo diese eigentlich einen dem Geschäftsherrn zustehenden Vorteil kraft des Handelns des (notabene vom Geschäftsführer bestellten) Prokuristen darstellen. Wie erwähnt handelt es sich dabei um die Vorteilsherausgabe (*actio negotiorum gestorum*), wie sie Art. 423 OR im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag

⁴⁴ Nachdem die Geschäftsübernahme letztlich eine Option ist und der Wert jeder Option direkt von deren Laufzeit bestimmt wird, ist es nicht vorstellbar, dass der Gesetzgeber einen derart hohen Wert (Option mit bis zu zehnjähriger Laufzeit) an den Geschäftsherrn einräumen wollte. Zu einem ähnlichen Ergebnis führt die Überlegung, dass ein Nichtgeltendmachen eines Schadens wohl als Duldung des Geschäftsherrn auszulegen ist, welche den Anspruch gänzlich dahinfallen lässt.

⁴⁵ Anzunehmen ist, dass sich der Prokurist in aller Regel so verteidigen wird, dass er bestreiten wird, dass sein Geschäft wirklich konkurrenzierend ist.

⁴⁶ S. vorne Fn. 19.

vorsieht⁴⁷. Durch eine Übernahme der AG selbst liesse sich eine Schadloshaltung des Geschäftsherrn einfacher erreichen als durch die Übernahme sämtlicher vom treulosen Prokuristen durch die AG mittelbar abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, dies nicht nur, weil die Geschäfte/Verträge nicht einzeln übertragen werden müssen, sondern auch weil keine Einwilligung Dritter notwendig ist, da diese ihren direkten Vertragspartner ja «behalten»⁴⁸.

Unter diesem Aspekt einer rationellen und effizienten Schadenserledigung kann auch auf Art. 43 OR verwiesen werden, wonach der Richter u.a. die Art des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt, auch wenn diese Bestimmungen der Lehre zufolge keine Eigentumsübertragung vorsieht⁴⁹; Art. 464 Abs. 2 OR kann allerdings bezüglich dieser Norm des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts als Konkretisierung angesehen werden, wonach der Richter – als eigenständiges Instrument der Schadenserledigung – bei bestimmten Schäden infolge Verletzung einer vertraglichen Treuepflicht die Übernahme des Geschäfts anordnen kann.

Aus dem Vorstehenden folgt u.E., dass Art. 464 Abs. 2 OR in der vorliegenden Konstellation Anwendung finden und der Geschäftsherr somit auch die Übertragung der Aktien verlangen kann. Zu fordern ist wohl auch, dass, falls der Prokurist diese Lösung anbietet, der Geschäftsherr einwilligen muss und nicht etwa verlangen kann, dass die AG die Verträge überträgt oder als Treuhänderin agiert. Es wird aber zu fordern sein, dass der Geschäftsherr dem Prokuristen die Summe des von diesem einbezahlten Aktienkapitals (bzw. des noch vorhandenen Eigenkapitals, falls sich dieses vermindert hat) erstattet. Nicht zu ersetzen ist ein Gewinn, der sich in der AG akkumuliert hat. Umgekehrt sind vom Prokuristen bereits bezogene Dividenden an den Geschäftsherrn abzuliefern.

III. Analoge Anwendung auf andere Rechtsgebiete

Im Folgenden soll untersucht werden, ob ein geschädigter Geschäftsherr auch in anderen Gebieten eine Geschäftsübernahme verlangen kann, dies in analoger Anwendung von Art. 464 Abs. 2 OR. Dabei ist auch zu prüfen, ob dies nur in Konstellationen angezeigt ist, wo eine Wettbewerbssituation vorliegt, oder generell.

⁴⁷ Vgl. vorne Fn. 32 und hinten III.D.

⁴⁸ Vorbehalten sind Verträge, die eine sogenannte «change of control»-Klausel enthalten und diesfalls der vom Kontrollwechsel nicht betroffenen Partei erlauben, vom Vertrag zurückzutreten (und manchmal auch eine Strafzahlung zu erhalten).

⁴⁹ Das Urteil vermag nicht einen Erwerbsgrund zu schaffen, der sonst nicht bestünde (BeK-BREHM, Art. 43 N 19).

A. Wettbewerbssituation als Voraussetzung für eine Geschäftsübernahme?

Wenngleich die direkte Anwendung von Art. 464 Abs. 2 OR ein Konkurrenzverhältnis voraussetzt, so ist die Geschäftsübernahme als Rechtsbehelf und Institut der Schadenserledigung u.E. nicht *a priori* vom Bestehen einer Wettbewerbssituation abhängig zu machen, zumal es auf der Rechtsfolgeseite um die Schadloshaltung des Geschäftsherrn geht. Ob der Schaden durch Verletzung eines Konkurrenzverbotes entsteht, sollte damit die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Instituts der Geschäftsübernahme nicht präjudizieren. Die Voraussetzungen des Schadenersatzes sind m.a.W. von der Art der Schadenserledigung auseinanderzuhalten. Wie gezeigt wurde, können sehr wohl praktische Gründe für die Zulassung der Geschäftsübernahme als Institut der Schadenserledigung sprechen. Eine Wettbewerbssituation ist folglich nicht zwingend Voraussetzung für eine Geschäftsübernahme; anders gesagt kann eine Geschäftsübernahme prinzipiell auch dort in Betracht kommen, wo zwar eine Treuepflicht verletzt wurde, aber keine Konkurrenzsituation besteht.

B. Für Verwaltungsratsmitglieder und andere Organe der AG

1. Geschäftsübernahme infolge Konkurrenzierung

Offensichtlich erscheint zunächst, dass im Hinblick auf Mitglieder des Verwaltungsrates sowie mit der Geschäftsführung betraute Dritte einer Gesellschaft eine Übernahme der Geschäfte als Folge einer treuwidrigen Konkurrenzierung ebenfalls möglich sein muss.

Wenngleich das Gesetz für Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der AG kein ausdrückliches Konkurrenzverbot enthält, so verletzt ein Verwaltungsratsmitglied durch eine Konkurrenzierung der AG nach h.L. seine in Art. 717 Abs. 1 OR statuierte Treuepflicht⁵⁰. Auch ist es unzulässig, wenn ein Verwaltungsratsmitglied ein an die AG herangetragenenes Geschäft, obwohl dieses zum Aufgabenkreis dieser Gesellschaft gehört⁵¹, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (oder Rechnung eines Dritten) abwickelt⁵². In diesen Fällen muss es in Analogie zu Art. 464

⁵⁰ So bspw. BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 18; Bak-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 29. Zur Nichtkongruenz von Treuepflicht und Konkurrenzverbot s. vorne Fn. 2.

⁵¹ S. auch sogleich III.B.2, falls dies nicht der Fall ist.

⁵² BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 18. Auch eine Einsitznahme im Verwaltungsrat einer Konkurrenzgesellschaft oder eine erhebliche Beteiligung an einer solchen Gesellschaft dürften in diesem Zusammenhang untersagt sein.

Abs. 2 OR möglich sein, die konkurrierenden⁵³ Geschäfte an die Gesellschaft zu übertragen⁵⁴. Denkbar ist für die Begründung auch ein Heranziehen der Regeln über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR)⁵⁵. Anzumerken ist, dass das deutsche Aktiengesetz bezüglich solcher Fälle sogar eine ausdrückliche Regel enthält, die noch weitergehend ist⁵⁶.

2. Anmassung von neuen Geschäftsgelegenheiten

Gemeint sind hier Fälle, wo bspw. eine völlig neue Geschäftsmöglichkeit an den Präsidenten des Verwaltungsrates einer AG herangetragen wird (womit nicht notwendigerweise eine Konkurrenzsituation gegeben ist) und dieser sich entschliesst, das Geschäft selber oder über eine AG abzuwickeln, wo bspw. seine Beteiligung grösser ist.

Auch wenn in einer solchen Situation keine Konkurrenzierung der AG vorliegt, stellt sich die Frage einer allfälligen Verletzung der aktienrechtlichen Treuepflicht. Ist eine solche zu bejahen, hat das Verwaltungsratsmitglied das neue Geschäft mithin treulos eigennützig i.S.v. Art. 423 OR an sich gezogen, sollten die soeben postulierten Rechtsfolgen, mithin auch eine Geschäftsübernahme, in Frage kommen⁵⁷. Letztlich wird u.E. – in Anlehnung an die US-amerikanische «Corporate Opportunity Doctrine»⁵⁸ – zu differenzieren sein, in welcher Eigenschaft das betreffende Organmit-

⁵³ Freilich sollen nicht alle denkbaren Geschäfte erfasst werden; einem Verwaltungsratsmitglied jegliche weitere Tätigkeit zu verbieten, stünde diametral zur Auffassung, dass die Gesellschaft in vielen Fällen eben gerade auch vom in anderen ausgeübten Funktionen erworbenen Expertenwissen des betreffenden Mitglieds profitieren soll.

⁵⁴ BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 18, m.w.Verw. Gl.M. wohl BÖCKLI, Aktienrecht, S. 1784.

⁵⁵ S. hinten III.D.

⁵⁶ Das deutsche Aktiengesetz (AktG) sieht in § 88 Abs. 1 vor, dass Vorstandsmitglieder ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen dürfen. Ohne Einwilligung dürfen sie auch nicht Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Handelsgesellschaft sein. Abs. 2 statuiert, dass wenn ein Vorstandsmitglied gegen dieses Verbot verstösst, die Gesellschaft Schadenersatz fordern kann. Sie kann stattdessen vom Mitglied aber auch verlangen, dass es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lässt und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtritt.

⁵⁷ Diese Rechtsfolge ist auch die in der US-amerikanischen Rechtsprechung für gewöhnlich ausgesprochene: «The usual remedy for usurping a corporate opportunity is to turn the opportunity over to the corporation [...]. The corporation normally must reimburse the defendant for what the defendant paid to obtain the opportunity.» (GEVURTZ, Corporation Law, Second Edition, Minnesota 2010, S. 407, m. Verw. auf Guth v. Loft, 23 Del.Ch. 255, 5 A.2d 503 (Sup. Ct. 1939)).

⁵⁸ S. bspw. GEVURTZ (FN. 57), S. 382 ff. Demnach hat die Gerichtspraxis keine einheitlichen Prüfschemen hervorgebracht. Denkbar ist, nebst auf das «official» vs. «individual capacity»-Konzept auch auf den Geschäftsbereich («line of business») abzustellen. Dabei hat das Organ jegliche

glied die Informationen über die neue Geschäftsmöglichkeit erhalten hat. Wurde es aufgrund seiner Organstellung angefragt oder hat es bei geschäftlicher Verrichtung für die AG von der neuen Geschäftsmöglichkeit erfahren, so wird bei Ansziehen des Geschäftes von einer Treuepflichtverletzung auszugehen sein, andernfalls das Handeln als zulässig zu qualifizieren ist.

C. Für Beauftragte?

Das Auftragsrecht sieht ein Konkurrenzverbot und eine Geschäftsübernahme nicht vor. Dennoch kann sich die Frage stellen, ob dem Auftraggeber die Geschäftsübernahme als Mittel der Schadenserledigung offenstehen können soll, ebenfalls in analoger Anwendung von Art. 464 Abs. 2 OR.

Denkbar ist bspw. folgende Sachverhaltskonstellation: Die Gesellschaft A hat B beauftragt, für sie einen Lieferanten ausfindig zu machen, der Komponenten für die von ihr produzierten Maschinen billiger herstellen kann. B findet einen solchen Hersteller in China, gründet aber die D AG, welche künftig als Distributor für die chinesische Gesellschaft in Europa fungiert und D AG verkauft künftig die Komponenten an A (und auch andere Unternehmen, die aber keine Konkurrenten von A sind) – dies ist für A immer noch billiger als die ursprüngliche Lösung, die D AG macht aber erhebliche Zwischengewinne, die letztlich B vereinnahmt.

Klar ist, dass B seine Leistung schlecht, da unsorgfältig (und auch i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR ungetreu⁵⁹), erfüllt hat. A steht Schadenersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses zu⁶⁰, wobei die an sich einfachste Form der Schadensregulierung für künftige Leistungen eine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem chinesischen Produzenten und A wäre, dies speziell dann, wenn der Vertrag zwischen diesem Produzenten und der D AG Exklusivität vorsieht, womit die Lösung, dass der Richter A erlaubt, den Vertrag mit der D AG aufzulösen und direkt beim Produzenten einzukaufen, ein kaum gangbarer Weg ist. Allerdings dürfte die Übertragung des gesamten Vertrages zwischen dem Produzenten und der D AG vorliegend auch keine Lösung sein, da A kaum als Distributor wird agieren können. Vorliegend muss die Lösung wohl so gesucht werden, dass analog zum Vorgenannten die D AG verpflich-

Geschäftsmöglichkeit zu übergeben, welche in den Geschäftsbereich des Unternehmens fällt. Ebenfalls vertreten wird der «interest»- oder «expectancy»-Test, wonach Geschäftschancen, auf welche das Unternehmen einen vorläufigen Anspruch hat oder nach welchen es zumindest Ausschau hält, als Geschäftschancen des Unternehmens gelten.

⁵⁹ Im Rahmen dieser als generelle Interessenwahrung verstandenen Treue darf der Beauftragte z.B. nicht das eigene Verdienstinteresse voranstellen (BaK-WEBER, Art. 398 N 8).

⁶⁰ BaK-WEBER, Art. 423 N 30, m.w.Verw.

tet wird, nur noch als Treuhänder zu agieren und die Komponenten zu den eigenen Kosten weiterzugeben.

D. Im Bereich von Art. 423 OR?

Art. 423 Abs. 1 OR, welcher die Geschäftsanmassung bzw. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag regelt⁶¹, bestimmt, dass wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde, dieser gleichwohl berechtigt ist, sich die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile anzueignen⁶². Sind die objektiven (Besorgung eines fremden Geschäfts trotz Fehlens einer Handlungspflicht) und subjektiven (Verfolgung eigener Interessen) Bedingungen^{63, 64} erfüllt, so kann der Geschäftsherr Schadenersatz oder die Vorteils herausgabe (Gewinnabschöpfung) verlangen. Das Vorteilsaneignungsrecht beruht dabei nicht auf einer gesetzlichen Subrogation, sondern beinhaltet einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung dinglicher Rechte, Forderungsabtretung und Herausgabe vereinnahmter Gelder, mithin eigenständige Rechtsfolgen⁶⁵. Die ratio legis von Art. 423 OR liegt darin, zu verhindern, dass eine unrechtmässige Handlung demjenigen zum Vorteil gereicht, welcher sie begeht; wird mittels eines fremden Vermögens ein Vermögensvorteil realisiert, so hat dieser dem Berechtigten des Vermögens zuzukommen, nicht dem Handelnden⁶⁶; diese gesetzgeberische Absicht liegt auch Art. 464 zugrunde.

Trotz der vermutungsweise nicht geringen praktischen Bedeutung existieren nur wenige Bundesgerichtsurteile im Zusammenhang mit Art. 423 OR⁶⁷. Im vorliegenden Rahmen interessant (wenngleich nicht überraschend) ist allerdings, dass das Bundesgericht in einem jüngeren publizierten Entscheid⁶⁸ festgehalten hat, dass bei

⁶¹ Es ist der Auffassung beizupflichten, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag eigentlich ein allgemeines Rechtsprinzip darstellt und deshalb in den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts gehören würde (vgl. BaK-WEBER, Art. 423 N 2).

⁶² Vgl. vorne Fn. 32 und II.B.6.

⁶³ BaK-WEBER, Art. 423 N 5 und 7. Ein Schadenseintritt ist nicht notwendig (N 5 in fine). Zur Frage der Notwendigkeit der Bösgläubigkeit s. dortige N 8.

⁶⁴ Nicht verlangt sind diese Bedingungen bei blossem Verweis auf Art. 423 OR i.S. einer Rechtsfolgeanordnung (s. sogleich).

⁶⁵ BaK-WEBER, Art. 423 N 13.

⁶⁶ CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes, Diss. Genf, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 142 f. bzw. «Unrecht soll sich nicht lohnen» (ZK-SCHMID, Art. 423 N 93).

⁶⁷ Insofern kann der Anmerkung BÖCKLIS (S. 1784), wonach «die Rechtsfigur von Art. 423 Abs. 1 OR [...] ihr Dasein jedoch eher in den Lehrbüchern [...] als in der gelebten Rechtswirklichkeit [zu fristen scheint]», beigepflichtet werden.

⁶⁸ BGE 133 III 158.

Verweisung von bestimmten Gesetzesartikeln⁶⁹ auf Art. 423 OR keine Rechtsgrund-, sondern lediglich eine Rechtsfolgeverweisung vorgesehen wird, womit die entsprechenden Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht erfüllt werden müssen, um die Rechtsfolgen der Geschäftsführung ohne Auftrag zum Tragen kommen zu lassen.

Aufgrund der Tatsache, dass auch die Geschäftsübernahme von Art. 464 Abs. 2 OR die Vorteilsabschöpfung i.S.v. Art. 423 OR ermöglichen will, liegt es nahe, *vice versa* Art. 464 Abs. 2 OR als Auslegungshilfe für die in Art. 423 OR beabsichtigte Vorteilsabschöpfung beizuziehen. Dieses Vorgehen findet seine Stütze auch in der allgemeinen Natur des Instituts der Geschäftsführung ohne Auftrag; die Parameter von Art. 464 Abs. 2 OR (subjektive Einschränkung auf Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigte, Konkurrenzverhältnis) vermögen einer analogen Anwendung dieser Bestimmung als Auslegungshilfe auf Art. 423 als sinnverwandte (Grund-)Norm nicht entgegenzustehen. Bei analoger Berücksichtigung des Instituts der Geschäftsübernahme ist damit auf das Konkurrenzverhältnis als Anwendungsvoraussetzung zu verzichten und nur ein treuloses, eigennütziges⁷⁰ Handeln zum eigenen Vorteil zu verlangen.

E. Bei Verletzung von Patentrechten und verwandten Rechtspositionen

Ebenfalls vorstellbar sind Situationen, in denen ein Prokurist (oder wie gezeigt wurde auch ein Verwaltungsrat oder Beauftragter⁷¹) durch sein treuloses Verhalten Immaterialgüterrechte des Geschäftsherrn verletzt. Um auf das Ausgangsbeispiel zurückzukommen kann ein Prokurist bspw. einem Konkurrenten eine vom Geschäftsinhaber patentrechtlich geschützte Anleitung zur Herstellung eines Klappmechanismus für Regenschirme in der Form zugänglich machen, als er ihm im eigenen Namen und auf persönliche Rechnung deren Nutzung gegen eine Entschädigung einräumt (Lizenzvertrag⁷², dies evtl. so, dass er behauptet, er halte auf dem im Namen des Prinzipals eingetragenen Patent selber eine Lizenz). An sich wird hier der Geschäftsherr sein Ausschliesslichkeitsrecht gegenüber dem Dritten weiter geltend machen kön-

⁶⁹ Widerrechtliche Verletzung von Persönlichkeitsrechten (Art. 28a Abs. 3 ZGB), aber auch lauterkeits- (Art. 9 Abs. 3 UWG), wettbewerbsrechtliche (Art. 12 Abs. 1 lit. c KG) und immaterialgüterrechtliche Bestimmungen (Art. 62 Abs. 2 URG, Art. 55 Abs. 2 MSchG und Art. 35 Abs. 2 DesG). Der Legaldefinition von Art. 423 Abs. 1 lasse sich lediglich das Element der eigennützigen Tätigkeit entnehmen, womit sich diese Bestimmung von Art. 419 Abs. 1 OR, der echten Geschäftsführung ohne Auftrag, abgrenzt (S. 159).

⁷⁰ Vgl. vorne Fn. 69.

⁷¹ S. vorne III.B bzw. III.C.

⁷² S. Art. 34 PatG sowie nachfolgende Fn. 73.

nen⁷³ und somit kaum einen Schaden erleiden – denkbar ist aber, dass der vom Prokuristen abgeschlossene Lizenzvertrag auch für den Geschäftsherrn interessant sein könnte. Es muss u.E. auch hier eine Vorteilsherausgabe in der Form der Geschäftsübernahme möglich sein⁷⁴.

Es fragt sich sodann, ob der Geschäftsherr in umgekehrter Richtung auch einen Lizenzvertrag übernehmen kann, welchen der Geschäftsführer in Verletzung seiner Treuepflicht als Lizenznehmer abgeschlossen hat. Die Regeln der Geschäftsübernahme werden auch hier ihre Anwendung finden. Nebst der Geschäftsübernahme käme theoretisch auch eine Unterlizenzierung durch den Geschäftsführer als Variante der «Geschäftsübernahme» und damit Mittel der Schadensregelung in Betracht. In der Regel wird allerdings im Lizenzvertrag jegliche Weitergabe (und somit auch eine Unterlizenzvergabe) ausgeschlossen, zumal diese vertragliche Bindung letztlich der einzig mögliche Schutz des Lizenzgebers ist⁷⁵. Eine Geschäftsübernahme wird somit bei Lizenzverträgen oftmals nur als Vertragsübernahme (und nicht als Unterlizenzierung) durchgeführt werden können. Als Konsequenz der Konstruktion der Vertragsübernahme als tripartiter Vertrag ist allerdings auch die Übernahme eines Lizenzvertrages von der Zustimmung des Dritten, in diesem Fall des Lizenzgebers, abhängig. Allenfalls möglich bleibt die beschriebene Treuhänderlösung.

IV. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der Gesetzgeber mit Art. 464 Abs. 2 OR einen innovativen Weg aufgezeigt hat, wie mit einem Schaden aus konkurrenzierender Tätigkeit umgegangen werden kann: Der Prinzipal erhält das Wahlrecht, entweder «klassischen» Schadenersatz einzufordern, falls er diesen beweisen kann, oder alternativ die «betreffenden Geschäfte [zu] übernehmen», was ihm an sich kein Mehr ergibt (denn das positive Vertragsinteresse ist auch in der ersten Alternative geschuldet), wohl aber eine einfachere Liquidation des Schadens, die je nach Sachlage zudem mit Zukunftspotential verbunden ist, wenn z.B. solche Geschäfte in eine fortdauernde Kundenbeziehung gewandelt werden können.

⁷³ Vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, § 867 f. Beim Lizenzvertrag handelt es sich trotz verschiedener Nennung im Gesetz um einen Innominatkontrakt.

⁷⁴ Gestützt auf Art. 462 Abs. 2 (Prokurist bzw. Handlungsbevollmächtigter), Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 462 Abs. 2 OR und Art. 423 analog (Verwaltungsrats- bzw. Geschäftsleitungsmitglied) oder Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 462 Abs. 2 OR und Art. 423 analog.

⁷⁵ HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, S. 77.

Nachteilig ist am Wahlrecht insbesondere, dass grundsätzlich die Zustimmung des Dritten, d.h. des Vertragspartners, notwendig ist. Wir haben aufgezeigt, dass dort, wo keine Übertragung in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 OR möglich ist und der Dritte kein Interesse an der Geschäftsübernahme zeigt (was eher selten sein wird), der Prokurist auf die Übertragung hinarbeiten und versuchen muss, den Dritten zu überzeugen und, falls er nicht erfolgreich ist, Hand zur alternativen treuhänderischen Lösung zu bieten hat. Im Einzelfall, wo der Prokurist ein konkurrenzierendes Geschäft aufgebaut hat, kann er auch gezwungen werden, seine Anteile an diesem Geschäft zu übertragen, wobei noch vorhandenes Kapital (nicht aber Gewinne) zu ersetzen sind.

Dieses Konzept der Schadensregulierung lässt sich auf andere Bereiche übertragen, allerdings nur insoweit, als durch das eigennützige Handeln eine Treuepflicht (nicht aber notwendigerweise ein Konkurrenzverbot) verletzt wird. So müssen Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung einer AG konkurrenzierende Geschäfte an die Gesellschaft übertragen. Die Anmassung von neuen Geschäftsgelegenheiten in nicht konkurrenzierenden Konstellationen kann ebenso eine Geschäftsübertragung zur Folge haben. Auch im Auftragsrecht, bei der Geschäftsführung ohne Auftrag sowie der Verletzung von Immaterialgüterrechten sind (jeweils ebenfalls ausserhalb einer Konkurrenzsituation) Fälle denkbar, in denen die Geschäftsübernahme als Mittel der Schadenserledigung zur Verfügung stehen kann. Dabei kommt der Rechtsfolgeanweisung von Art. 464 Abs. 2 OR als Rechtsbehelf bzw. allgemeingültige Regel der Schadenserledigung auch die Funktion einer Auslegungshilfe für Art. 43 OR zu.