Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen

Dr. iur. Monika Ruggli, Rechtsanwältin (Zürich) und Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

Die Autoren klären, ob ein Konkurrenzverbot auch ohne explizite Abrede Wirkung entfaltet, und stellen die Ausgestaltung von Konkurrenzverboten in Unternehmenskaufverträgen und ihre zivilrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Schranken dar. Ob bei solchen Konkurrenzabreden eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, ist nicht nach den Regeln über die Wettbewerbsabreden, sondern nach denjenigen über die Zusammenschlusskontrolle zu beurteilen. Vereinbarungen von Konkurrenzverboten können nur dann als kartellrechtlich zulässig qualifiziert werden, wenn sie für die vollständige Übertragung des Unternehmenswertes notwendig sind und sich die Kontrollverhältnisse im Unternehmen ändern (Kontrollerwerb). Zi.

Les auteurs examinent la question de savoir si une interdiction de faire concurrence produit aussi des effets sans accord explicite. Ils présentent également la structure des interdictions de faire concurrence dans les acquisitions d'entreprises et leurs limites civiles et de droit de la concurrence. Savoir si une telle interdiction de concurrence constitue une restriction à la concurrence ne s'apprécie pas selon les règles relatives aux accords sur la restriction de la concurrence, mais selon celles relatives au contrôle des concentrations d'entreprises. Des accords qui restreignent la concurrence ne sont licites en vertu du droit des cartels que s'ils sont nécessaires pour le transfert complet des valeurs d'une entreprise et que les relations de contrôle au sein de l'entreprise sont modifiées (acquisition du contrôle). P.P.

I. Einleitung

Konkurrenzverbote sind Verbote einer konkurrenzierenden wirtschaftlichen Tätigkeit[1]. Oft wird statt des Begriffs des Konkurrenzverbots synonym der Begriff des Wettbewerbsverbots verwendet[2].

In Unternehmenskaufverträgen finden sich regelmässig Konkurrenzverbote zulasten des Verkäufers[3], ob sich diese Unternehmenskaufverträge nun als Asset oder Share Deal[4] präsentieren oder ob sie in der Form der Vermögensübertragung (oder Fusion oder Spaltung) oder «traditionell», d.h. mittels Singularsukzession[5], abgewickelt werden[6].

Es stellt sich die Frage, ob solche Konkurrenzverbote auch gelten, wenn sie nicht explizit im Unternehmenskaufvertrag vorgesehen sind, wie sie im Unternehmenskaufvertrag konkret auszugestalten und welches die Schranken solcher Konkurrenzverbote sind.

Ausgegangen wird dabei von Unternehmenskäufen, bei denen die Kontrolle vom Verkäufer zum Käufer wechselt.

Nicht behandelt werden nachfolgend den Käufer treffende Konkurrenzverbote im Unternehmenskaufvertrag. Kurz erwähnt werden dagegen noch den Verkäufer treffende Abwerbeverbote im Unternehmenskaufvertrag.

II. Konkurrenzverbote ohne explizite Abrede im Unternehmenskaufvertrag

A. Rechtspolitische Begründung und dogmatische Herleitung

Rechtspolitisch lässt sich ein den Verkäufer treffendes implizites Konkurrenzverbot soweit rechtfertigen, als es objektiv (also nicht subjektiv nach der Meinung der beteiligten Partei-

1 BK-*Bucher*, Art. 27 ZGB N 519; für eine detaillierte Analyse des Begriffs z.B. *Lukas Cotti*, Das vertragliche Konkurrenzverbot, herausgegeben von Peter Gauch, Freiburg 2001, 3 ff.

2 Siehe z.B. *Michael Leupold,* Konkurrenzverbot bei der Unternehmensübertragung, Basel, Frankfurt am Main 1995, 1 ff.

3 Z.B. BK-*Bucher*, Art. 27 ZGB N 369.

4 Zu den Begriffen z.B. *Markus Vischer,* Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung, in: Mergers & Acquisitions VII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2005, 212.

5 Z.B. *Vischer* (Fn. 4) 215.

6 Zur Qualifikation all dieser Arten als Kaufverträge z.B. *Vischer* (Fn. 4) 218; *Markus Vischer,* Übergang von Nutzen und Gefahr im Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 26. Juli 2004, Rz 14 (zit: *Vischer,* Übergang); *Markus Vischer,* Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW *2003* 336 f. (zit: *Vischer,* Qualifikation); a.M. für einen «traditionellen» Asset Deal BGE 129 III 18.

en) notwendig ist, um dem Käufer die verkauften, in einem Unternehmen begriffsnotwendig[7] enthaltenen immateriellen Werte zukommen zu lassen und ihm Gelegenheit zu geben, diese Werte als eigene zu sichern[8]. Als solche immateriellen Werte nennt *Leupold* die Beziehungen des Unternehmens zur Umwelt, insbesondere zu den Kunden und Lieferanten, aber auch zu Arbeitnehmern, Kreditgebern und Behörden, den Ruf bei Kunden und Lieferanten, die Chancen auf den Absatzmärkten, der Goodwill, die Unternehmensorganisation und kaufmännische, aber auch technische oder sonstige dem wirtschaftlichen Zweck dienliche Kenntnisse, Geschäftserfahrung und Know-how[9]. Keine solchen immateriellen Werte sind dagegen Immaterialgüterrechte.

Rechtsprechung und Lehre anerkennen grundsätzlich ein den Verkäufer treffendes implizites Konkurrenzverbot[10].

Dogmatisch wird dieses den Verkäufer treffende implizite Konkurrenzverbot von einem Teil der Lehre aus Art. 184 Abs. 1 OR i.V. Art. 2 Abs. 2 ZGB hergeleitet und damit als eine den Verkäufer treffende (kaufvertragliche) Nebenpflicht begriffen[11]. Von einem anderen Teil der Lehre wird es (z.T. auch) als Konkretisierung der den Verkäufer treffenden Besitzverschaffungspflicht bzw. des den Verkäufer treffenden Störungsverbot gemäss Art. 184 Abs. 1 OR und damit als eine den Verkäufer treffende (kaufvertragliche) Hauptpflicht verstanden[12]. Wiederum andere nehmen eine stillschweigende Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes an[13].

M.E. ist die dogmatische Herleitung weniger wichtig[14].

Immerhin bringt die Qualifikation des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes als Hauptpflicht die m.E. zutreffende Auffassung zum Ausdruck, dass dieses Konkurrenzverbot ins Synallagma des Unternehmenskaufvertrages eingebunden ist[15]. Das bedeutet, dass der Käufer bei Verletzungen des Konkurrenzverbotes durch den Verkäufer noch nicht bezahlte Kaufpreiselemente, z.B. bei Vereinbarung eines Earn-out[16], aufgrund von Art. 82 OR zurückbehalten bzw. nach Art. 107 ff. OR vorgehen kann, wobei bei einem beim Unternehmenskauf üblicherweise vereinbarten Ausschluss der Wandelung[17] fraglich ist, ob in diesem Fall ein Rücktritt vom Unternehmenskaufvertrag (bzw. eine Kündigung des Vertrages ex nunc) nach Art. 109 OR[18] zulässig ist[19].

Keine Rolle spielt, ob sich der Unternehmenskauf als Asset oder Share Deal präsentiert, oder ob er in der Form der Vermögensübertragung oder «traditionell»[20] abgewickelt wird. Insbesondere kann den Verkäufer ein Konkurrenzverbot auch ohne explizite Abrede im Unternehmenskaufvertrag auch beim Share Deal treffen, mindestens dann, wenn es um den Verkauf einer kontrollierenden Mehrheit an der das Unternehmen haltenden juristischen Person geht[21]. Denn auch beim Share Deal ist letztlich das Unternehmen Kaufgegenstand[22].

Gleich liesse sich bei der Unternehmenspacht ein den Pächter nach Rückgabe des Unternehmens treffendes implizites Konkurrenzverbot rechtspolitisch herleiten und dogmatisch begründen. Das Bundesgericht tat dies aber im Unterschied zur ersten Instanz, dem Bezirksgericht Zurzach, (m.E. zu Unrecht) nicht[23].

---

[7] Zur Definition des Unternehmens z.B. *Markus Vischer,* Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 101 *2005* 233; *Vischer,* Qualifikation (Fn. 6) 336.

[8] *Leupold* (Fn. 2) 219.

[9] *Leupold* (Fn. 2) 4 f.; siehe auch BGE 131 III 263.

[10] Z.B. BGE 50 II 487 f.: «Auch ohne ausdrückliche Abrede wäre der Kläger übrigens verpflichtet gewesen, der Beklagten die Fortführung des Betriebes, soweit es in seinen Mitteln lag, zu ermöglichen, sie insbesondere, da die Kundschaft mitverkauft war, in die Beziehungen zu derselben eintreten zu lassen, also selber keinerlei Geschäftsbeziehungen derselben Art mit ihr zu unterhalten …»; *Leupold* (Fn. 2) 217 f.

[11] Z.B. BK-*Giger*, Art. 184 OR N 134; BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 263.

[12] Z.B. BK-*Giger*, Art. 184 N 25, 70; auch *Leupold* (Fn. 2) 222.

[13] *Cotti* (Fn. 1) 104 f., 107.

[14] GI.M. *Cotti* (Fn. 1) 107, a.M. *Christoph Lüscher,* Konkurrenzverbote bei Unternehmenskäufen, ZSR *2002* 366, Fn. 91.

[15] So *Leupold* (Fn. 2) 222; zur sich generell stellenden Frage, ob Nebenpflichten beim Kaufvertrag ins Synallagma einzubeziehen sind, z.B. OR-*Koller,* Art. 184 OR N 72.

[16] Dazu generell z.B. *Markus Vischer,* Earn out – Klauseln in Unternehmensverträgen, SJZ 98 *2002* 509 ff.

[17] Dazu z.B. *Markus Vischer,* Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 97 *2001* 361 f.

[18] Zum Ersatz des Rücktrittsrechts durch das Recht zur Kündigung ex nunc bei Dauerschuldverhältnissen im Allgemeinen z.B. BGE 123 III 127; *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey,* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, N 3155 f., N 3156.

[19] Zur vergleichbaren Frage, ob bei einer Wegbedingung der Wandelung bei Sachmängeln auch die Aufhebung des Kaufvertrages gemäss Art. 195 OR wegbedungen wurde, *Vischer,* Rechtsgewährleistung (Fn. 7) 238.

[20] D.h. mittels Singularsukzession, dazu z.B. *Vischer* (Fn. 4) 215.

[21] GI.M. *Lüscher* (zit. Fn. 14) 366; *Leupold* (Fn. 2) 231 ff.

[22] So z.B. *Urs Schenker,* Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Mergers & Acquisitions VII, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 2005, 251 f.; *Vischer,* Qualifikation (Fn. 6) 337; *Jakob Höhn,* Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich, Basel, Genf 2003, 9, Fn. 20, je m.w.H.

[23] BGE 131 III 265.

B. Inhalt

Der Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes ergibt sich aus dem Zweck des Konkurrenzverbotes[24], also dem Zweck der Konsolidierung[25] nach einem Unternehmenskauf.

Es ist klar, dass der Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes von Fall zu Fall verschieden ist[26], je nachdem, was notwendig ist, um dem Käufer die verkauften immateriellen Werte zukommen zu lassen und ihm Gelegenheit zu geben, diese Werte als eigene zu sichern.

Das verlangt eine Beurteilung von Fall zu Fall.

Zentral bei dieser Beurteilung ist die Stärke der Bindung des Verkäufers zu den immateriellen Werten. Je geringer der Verkäufer (bis zum Closing[27]) mit den immateriellen Werten des verkauften Unternehmens verbunden war, umso weniger ist von einem den Verkäufer (post Closing) treffenden impliziten Konkurrenzverbot auszugehen bzw. umso beschränkter ist es. Eine solche geringe Bindung kann z.B. dann vorliegen, wenn der Verkäufer wenig in die Geschäftsführung des verkauften Unternehmens involviert war, also z.B. weder im Verwaltungsrat noch in der Geschäftsleitung des verkauften Unternehmens vertreten war.

In zeitlicher Hinsicht lässt sich in Bezug auf den Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes sagen, dass es solange dauert, als der Konsolidierungsvorgang andauert. Dies ist bis zu dem Zeitpunkt der Fall, in dem der Wettbewerb des Verkäufers keine grössere Gefahr mehr für den Käufer (und das verkaufte Unternehmen) darstellt als derjenige eines beliebigen Dritten[28], sich also z.B. die Beziehungen des Käufers (und seiner Hilfspersonen, wozu z.B. auch der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung des verkauften Unternehmens und damit u.U. auch ein vom verkauften Unternehmen nach dem Verkauf weiterbeschäftigter Verkäufer zu zählen sind) zur Kundschaft des Unternehmens so weit verfestigt haben, dass bei einem allfälligen Wiederauftreten des Verkäufers am Markt die Kunden nicht mehr im wesentlichen Umfang zu diesem zurückkehren[29]. Im Regelfall wird dies innerhalb von zwei bis drei Jahren der Fall sein.

In sachlicher Hinsicht lässt sich in Bezug auf den Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes sagen, dass es sich auf alle Handlungen des Verkäufers bezieht, die Auswirkungen auf denselben Angebotsmarkt haben, in dem sich das verkaufte Unternehmen im Zeitpunkt des Closing bewegte. Zur Feststellung dieses Angebotsmarkts ist der Test der funktionellen Austauschbarkeit der massgebenden Waren bzw. Leistungen heranzuziehen[30].

Auswirkungen auf denselben Angebotsmarkt können sich ergeben, wenn der Verkäufer selbstständig erwerbend ist, also auf eigene Rechnung ein konkurrenzierendes Unternehmen betreibt, oder für ein konkurrenzierendes Unternehmen (z.B. als Arbeitnehmer oder Beauftragter oder Organ) tätig ist[31] oder sich an einem konkurrenzierenden Unternehmen beteiligt[32].

In räumlicher Hinsicht lässt sich in Bezug auf den Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes sagen, dass es sich auf diejenigen räumlichen Angebotsmärkte bezieht, in denen sich das verkaufte Unternehmen im Zeitpunkt des Closing bewegte, also Waren oder Dienstleistungen anbot oder entsprechende Investitionen tätigte[33].

In personeller Hinsicht lässt sich in Bezug auf den Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes sagen, dass es sich auf den Verkäufer und mit ihm verbundene Personen beziehen muss.

Es ist klar, dass der Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes nicht weiter gehen kann als ein durch die nachstehend erläuterten zivil- und wettbewerbsrechtlichen Schranken beschränktes explizites Konkurrenzverbot. Mit anderen Worten kann Inhalt des den Verkäufer treffenden impliziten Konkurrenzverbotes nicht etwas sein, das zivil- oder wettbewerbsrechtlich unzulässig ist. In diesem Sinne sind Kaufrecht und übriges Recht, also insbesondere auch das Wettbewerbsrecht, zu koordinieren[34].

---

[24] Siehe II. A.; im Allgemeinen BK-*Giger,* Art. 184 N 113.

[25] *Leupold* (Fn. 2) 116 ff., 223 f.

[26] *Leupold* (Fn. 2) 118.

[27] Zum Begriff z.B. *Rudolf Tschäni,* M&A-Transaktionen, XXX 3/4.

[28] Zu diesem Gedanken im Allgemeinen z.B. BK-*Giger,* Art. 184 OR N 72.

[29] *Leupold* (Fn. 2) 117.

[30] *Leupold* (Fn. 2) 225; gl.M. betreffend das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot z.B. *Chrisoph Neeracher,* Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, 41 ff.; gl.M. betreffend das Konkurrenzverbot der Gesellschafter bei der GmbH, OR-*Amstutz,* Art. 818 OR N 11.

[31] Gl.M. *Leupold* (Fn. 2) 224, 226.

[32] Siehe auch Terminologie von Art. 340 Abs. 1 OR.

[33] *Leupold* (Fn. 2) 226.

[34] So *Lüscher* (Fn. 14) 366.

III. Ausgestaltung von Konkurrenzverboten in Unternehmenskaufverträgen

Obwohl wie gezeigt den Verkäufer auch ohne explizite Abrede im Unternehmenskaufvertrag ein Konkurrenzverbot treffen kann, empfiehlt es sich dennoch, ein solches im Unternehmenskaufvertrag ausdrücklich zu vereinbaren[35].

Das Konkurrenzverbot ist in zeitlicher, sachlicher, räumlicher und personeller Hinsicht genau zu umschreiben.

Zudem ist für den Fall der Verletzung aus Sicht des Käufers eine Konventionalstrafe vorzusehen. Sie hat den Zweck, den Verkäufer unter Erfüllungsdruck zu setzen. Gleichzeitig hat sie Sühne- bzw. Ausgleichsfunktion[36].

Es kann eine einmalig zu zahlende Geldsumme für jeden Fall der Verletzung des Konkurrenzverbots vorgesehen werden. Unklar ist allerdings oft, was «für jeden Fall» genau heisst, sind doch Verletzungen des Konkurrenzverbots meist Dauerverletzungen. Es mag sich deshalb aufdrängen, eine bestimmte Geldsumme für jeden Tag vorzusehen, in dem das Konkurrenzverbot verletzt wird.

Angesichts von Art. 160 Abs. 1 und Abs. 3 OR ist zudem aus Sicht des Käufers zu statuieren, dass die Bezahlung der Konventionalstrafe nicht von der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbotes befreit bzw. nicht zum Rücktritt vom Konkurrenzverbot berechtigt.

Weiter sollte aus Sicht des Käufers in Abkehr von der Regel gemäss Art. 161 Abs. 2 OR statuiert werden, dass der Verkäufer zur Bezahlung des die Konventionalstrafe übersteigenden Schadens verpflichtet ist, es sei denn, er weise nach, dass ihn kein Verschulden trifft. Damit wird die in Art. 161 Abs. 2 OR (systemwidrig[37]) vorgenommen Abweichung von Art. 97 Abs. 1 OR korrigiert.

Nicht empfehlenswert ist dagegen (bei Share Deals von natürlichen Personen, die Anteile des verkauften Unternehmens im Privatvermögen halten), den Kaufpreis aufzuteilen und einen Teil des Kaufpreises ausdrücklich als Abgeltung für das Konkurrenzverbot zu deklarieren. Nach einem neueren Bundesgerichtsentscheid[38] führt dies zu steuerlichen Begehrlichkeiten, was m.E. mindestens soweit nicht gerechtfertigt ist, als ein im Unternehmenskaufvertrag vereinbartes explizites Konkurrenzverbot nicht über das den Verkäufer auch ohne explizite Abrede im Unternehmenskaufvertrag treffendes Konkurrenzverbot hinausgeht.

IV. Zivilrechtliche Schranken

Ein im Unternehmenskaufvertrag vereinbartes, den Verkäufer treffendes Konkurrenzverbot darf nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB (i.V. Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR) verstossen, also den Verkäufer nicht übermässig binden.

Was ein Übermass an Bindung darstellt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden[39].

Klar ist, dass ein Konkurrenzverbot, das nur wiederholt, was schon ohne ausdrückliche Abrede im Unternehmenskaufvertrag gelten würde, nicht übermässig ist.

Aber auch ein darüber hinaus gehendes Konkurrenzverbot ist nicht per se übermässig. In Anbetracht der Tatsache, dass ein Konkurrenzverbot gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB die wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit des Verkäufers nicht gänzlich aufheben bzw. die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz des Verkäufers nicht ernsthaft gefährden sollte[40], kommt dem Kaufpreis, der Gegenleistung (auch) für das Konkurrenzverbot, m.E. entscheidende Bedeutung zu[41]. Erlaubt dieser und ein mögliches Einkommen aus einer Tätigkeit ausserhalb des sachlichen, räumlichen und personellen Anwendungsbereichs des Konkurrenzverbots (in Berücksichtigung auch der sonstigen Vermögensverhältnisse des Verkäufers) ein Überbrücken derjenigen Zeit, in der das Konkurrenzverbot in zeitlicher Hinsicht gilt, so liegt kein gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossendes Konkurrenzverbot vor.

Keine Schranke von im Unternehmenskaufvertrag vereinbarten Konkurrenzverboten bilden dagegen die Regeln in Art. 340 ff. OR zum arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot, selbst dann, wenn der Verkäufer als Arbeitnehmer weiterhin im verkauften Unternehmen tätig ist. Entsprechend sind in diesem Fall das dem Verkäufer im Unternehmenskaufvertrag aufer-

---

35 Gl.M. z.B. *Hans-Joachim Holzapfel/Reinhard Pöllath,* Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 12., neu bearbeitete A., Köln 2005, Rn. 834.

36 Dazu im Allgemeinen *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 18) N 3999.

37 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 18) N 4034.

38 Urteil des Bundesgerichts vom 24.1.2005 i.S. A.X. gegen Steuerverwaltung des Kantons Bern (BGE 2A.549/2004).

39 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 18) N 663.

40 Dazu im Allgemeinen *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Fn. 18) N 663, auch zur diesbezüglichen Zurückhaltung des Bundesgerichts.

41 Zur Bedeutung der Karenzentschädigung beim arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot z.B. *Neeracher* (Fn. 30) 58 ff.

legte Konkurrenzverbot und ein den Verkäufer gemäss dessen Arbeitsvertrag mit dem verkauften Unternehmen treffendes Konkurrenzverbot auseinander zu halten[42]. Sie verfolgen verschiedene Zwecke und unterstehen unterschiedlichen Regelungen. Sie können demzufolge verschieden ausgestaltet sein, z.B. was den zeitlichen, sachlichen und räumlichen (und bei mehreren Verkäufern) personellen Geltungsbereich betrifft.

V. Wettbewerbliche Schranken

Im schweizerischen Kartellrecht fehlt es an einer gesetzlichen Norm, die sich explizit mit dem Konkurrenzverbot im Unternehmenskaufvertrag befasst. Die Wettbewerbsbehörden orientieren sich an der europäischen Regelung des Konkurrenzverbotes im Unternehmenskaufvertrag[43]. In einem ersten Schritt wird deshalb die europäische Rechtslage dargestellt, bevor auf das schweizerische Recht eingegangen wird.

A. Europäische und deutsche Rechtslage

Im europäischen Recht ist ein Konkurrenzverbot bei einem Unternehmenskauf gemäss der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zulässig, weil Unternehmenskäufe sonst nicht möglich wären. Unternehmenskäufe aber steigern die Anzahl der Wettbewerber und somit den Wettbewerb, weshalb sie (und damit auch die den Verkäufer treffenden Konkurrenzverbote) wettbewerbsrechtlich positiv zu bewerten sind[44].

Die europäische Kommission hat eine Bekanntmachung erlassen, die sich ganz allgemein mit Nebenabreden befasst, die von einer Zusammenschlusserlaubnis gedeckt sind[45], darunter auch Konkurrenzverbote. Danach sind solche Konkurrenzverbote von einer Zusammenschlusserlaubnis gedeckt, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind.

Werden sowohl Geschäftswert als auch Know-how übertragen, sind Konkurrenzverbote bis zu einer Dauer von drei Jahren gerechtfertigt (wobei mit Geschäftswert insbesondere Kundenbindungen gemeint sind[46]). Wird nur der Geschäftswert, d.h. insbesondere die Kundenbindungen, übertragen, verkürzt sich dieser Zeitraum auf höchstens zwei Jahre. Werden de facto nur materielle Vermögenswerte und ausschliessliche gewerbliche Schutzrechte übertragen, ist ein Konkurrenzverbot hingegen gar nicht notwendig und damit nicht von einer Zusammenschlusserlaubnis gedeckt.

Sachlich müssen sich die Konkurrenzverbote auf die Waren und Dienstleistungen beschränken, welche den Geschäftsgegenstand des verkauften Unternehmens bilden[47], und räumlich auf das Gebiet, in denen der Verkäufer die betreffenden Waren und Dienstleistungen angeboten oder bereits entsprechende Investitionen getätigt hat[48]. Personell darf ein Konkurrenzverbot nur den Verkäufer, seine Tochtergesellschaften und Handelsvertreter beschlagen[49].

In der kürzlich erschienenen neuen Version der Bekanntmachung findet sich in Ziff. 11 eine neue Bestimmung. Danach ist eine Nebenabrede nicht allein deshalb unmittelbar mit einem Zusammenschluss verbunden und für diesen notwendig, weil die beteiligten Unternehmen diese Nebenabrede so bewerten[50]. Die beiden Kriterien seien vielmehr objektiver Natur.

In Deutschland beurteilt man die Zulässigkeit eines Konkurrenzverbotes in einem Unternehmenskaufvertrag ähnlich, nämlich nach der so genannten Immanenztheorie: Konkurrenzverbote verstossen nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften, wenn und soweit sie einem erlaubten Privatrechtsverhältnis immanent, d.h. zur Durchführung eines von der Rechtsordnung gebilligten Hauptvertrages und zur Erreichung dessen kartellrechtlich neutralen Zwecks objektiv notwendig sind[51].

Im Ergebnis ist der Begriff der Notwendigkeit sowohl im europäischen Recht als auch im deutschen Recht zentral. Wie nachfolgend gezeigt wird, ist er heute auch im schweizerischen Recht massgebend.

B. Schweizerisches Recht

a) Entscheid des Bundesgerichts

Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts, der sich auf den mittlerweile gestrichenen Begriff der «kartellähnlichen Organisation» in der Verfassung stützt, ist ein Konkurrenzverbot in

42 So auch BGE 2A.549/2004, E. 2.3.

43 Siehe V.B.c.

44 EuGH, 11.7.1985, Slg. 1985, 2545, 2571 «Remia».

45 Amtsblatt C 56, 05.03.2005, 24–31; nachfolgend: Bekanntmachung.

46 Bezüglich Umschreiben der einem Unternehmen inhärenten immateriellen Werte siehe auch ...

47 Ziff. 23; siehe auch vorne II. B.

48 Ziff. 22; siehe auch vorne II. B.

49 Ziff. 24; siehe auch vorne II. B.

50 Neuerdings gelten zudem gemäss Ziff. 36 der Bekanntmachung Konkurrenzverbote zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diesen notwendig sind, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.

51 *Ulrich Immenga,* GWB Kommentar, § 1, herausgegeben von *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Merstmäcker,* München 1992, 106 N 163 f., 148 ff. N 350 ff.

einem Unternehmenskaufvertrag zulässig, da das Kartellrecht gar nicht anwendbar ist[52].

Das Bundesgericht verneinte in diesem Entscheid das Bestehen einer «kartellähnlichen Organisation» mangels bewussten und gewollten Zusammenwirkens. Ein solches Zusammenwirken fehle bei einem einseitigen Konkurrenzverbot, wenn dieses Konkurrenzverbot als Nebenverpflichtung im Rahmen eines Austauschvertrages vereinbart worden sei[53]. Es diene der Sicherung des Werts der vertraglichen Hauptleistung und beruhe nicht auf gleichgerichteten Interessen.

Der Bundesgerichtsentscheid ist in der Lehre auf Kritik gestossen[54].

Die Kritik am Entscheid des Bundesgerichts ist berechtigt. Man kann nicht von vornherein ausschliessen, dass ein Konkurrenzverbot in einem Unternehmenskaufvertrag als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist. Andererseits sollte man die Erwägungen des Bundesgerichts auch nicht kategorisch ablehnen. Die Frage, ob ein Konkurrenzverbot in einem Unternehmenskaufvertrag die Natur einer Wettbewerbsabrede aufweist oder anders einzuordnen ist, verlangt nach einer differenzierten Beurteilung[55]. Der Begriff «kartellrechtsähnliche Organisationen» ist in der Verfassung jedoch mittlerweile durch den Begriff «Wettbewerbsbeschränkungen» ersetzt worden[56]. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das Bundesgericht heute nicht mehr gleich entscheiden würde wie in BGE 124 III 495. Die Frage ist demnach, wie es entscheiden würde bzw. sollte.

b) Lehre und dogmatische Einordnung

Es wird die Auffassung vertreten, dass Art. 5 KG grundsätzlich auf Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen anwendbar ist, dass diese aber keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken, wenn sie sich an den Rahmen des Notwendigen halten[57]. Dagegen wird eingewendet, dass es sich bei Konkurrenzverboten in Unternehmenskaufverträgen regelmässig um Abreden zwischen potenziellen Konkurrenten handelt[58]. Eine Vereinbarung zwischen potenziellen Konkurrenten, sich nicht zu konkurrenzieren, würde gemäss Art. 5 Abs. 3 KG regelmässig die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs begründen. Deshalb sei Art. 5 KG aufgrund einer teleologischen Reduktion gar nicht auf Konkurrenzverbote anwendbar, die in einem Unternehmenskaufvertrag immanent sind[59].

Dieser Einwand ist berechtigt. Ist ein Konkurrenzverbot in einem Unternehmenskaufvertrag als Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, dürfte es regelmässig als Abrede unter potenziellen Konkurrenten gelten. Das Konkurrenzverbot impliziert regelmässig eine Gebiets- bzw. Kundenabsprache, wofür Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aufstellt und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ein Bussenrisiko besteht[60]. Ob diese Vermutung durch den Nachweis ausreichenden Innen- oder Aussenwettbewerbs widerlegt werden könnte, wäre fraglich. Wendet man Art. 5 KG somit an, würde ein Konkurrenzverbot demnach regelmässig als unzulässig beurteilt werden, auch wenn es in einem Unternehmenskaufvertrag steht. Angesichts dieses unbefriedigenden Ergebnisses wird eben eine teleologische Reduktion von Art. 5 KG befürwortet[61], oder es wird eine eigene Kategorie von «notwendigen Wettbewerbsbeschränkungen» geschaffen[62].

Die einfachere und klarere Lösung besteht jedoch darin, zumindest teilweise dem eingangs erwähnten Bundesgerichtsentscheid zu folgen und notwendige Konkurrenzverbote gar nicht als Wettbewerbsabreden i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, sondern als Bestandteile des Unternehmenszusammenschlusses im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG bzw. des Kontrollerwerbes nach Art. 4 Abs. 3 lit. b KG. Zwar lässt sich nicht bestreiten, dass ein Kontrollerwerb durchaus eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken kann, insbesondere wenn dadurch nicht ein neuer Teilnehmer in den Markt eintritt, sondern ein Teilnehmer von einem Konkurrenten aufgekauft wird und verschwindet[63].

Ob ein Zusammenschluss oder ein Kontrollerwerb eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken und ob dagegen vorzugehen ist, beurteilt sich aller-

---

52 BGE 124 III 495.

53 BGE 124 III 499.

54 Vgl. *Andras Palasthy,* CEDIDAC, Bulletin d'information Nr. 31, Juni 1999; *Franz Hoffet,* Zum Verständnis des Begriffs der Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG, sic! *1999* 347; *Michael Leupold,* Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW *1999* 151, 153; *Marc Amstutz,* Bemerkungen zu BGE 124 III 495, AJP *1999* 1478; *Roger Zäch,* Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, N 249.

55 Siehe V.B.b.

56 Art. 96 Abs. 1 BV.

57 *Roger Zäch,* Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, herausgegeben von *Roger Zäch,* Zürich 2000, 3.

58 *Michael Leupold,* Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW *1998* 188.

59 *Leupold* (Fn. 62) 189.

60 Vgl. auch *Lüscher* (Fn. 14) 345 ff., 372.

61 Je erwähnt von *Leupold* (Fn. 62) 189.

62 *Roger Zäch* (Fn. 58) N 384.

63 Vgl. dagegen Entscheid des EuGH «Remia» (Fn. 44).

dings nicht nach den Regeln über die Wettbewerbsabreden[64], sondern nach denjenigen über die Zusammenschlusskontrolle[65].

Entsprechend müssen alle notwendigen Bestandteile eines solchen Kontrollerwerbes ebenfalls nur den Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle unterstehen und müssen deshalb unter den Begriff des Kontrollerwerbs gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. b KG fallen, und nicht unter den Begriff der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG[66]. Konkurrenzverbote hingegen, die über das hinausgehen, was für die Übertragung notwendig ist, und quasi unter dem Schutzmantel des Kontrollerwerbs hervortreten, wären hingegen durchaus als Wettbewerbsabreden i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, nach Art. 5 KG zu prüfen und allenfalls nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Insofern ist der erwähnte Bundesgerichtsentscheid sicherlich zu kritisieren, da er das Konkurrenzverbot noch 14 Jahre nach seiner Begründung geschützt hat, als es nicht mehr notwendig sein konnte[67].

c) *Praxis der Wettbewerbskommission*

Die schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO) lehnt sich an die europäischen Regeln an: In zwei Entscheiden, die konkret ein Konkurrenzverbot betrafen, bezog sich die WEKO zwar nicht ausdrücklich auf den Begriff der Ancillary Restraints, beanstandete das Konkurrenzverbot jedoch nicht, da es sich mit einer Dauer von unter fünf Jahren an den Rahmen des Notwendigen halte[68] bzw. angemessen sei[69]. Insbesondere im letzten Entscheid zitiert die WEKO eindeutig aus der europäischen Praxis[70].

Damit steht fest, dass die WEKO sich an der europäischen Bekanntmachung orientieren will. Zwar behandelt der Entscheid die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens; es ist jedoch davon auszugehen, dass die WEKO auch im Bereich des Unternehmenskaufes die europäische Bekanntmachung übernehmen wird.

d) *Schlussfolgerungen für die Vertragsgestaltung*

Dass ein Konkurrenzverbot nicht als Wettbewerbsabrede unter Art. 5 KG fällt, sondern als Bestandteil eines Unternehmenszusammenschlusses zu qualifizieren ist, setzt voraus, dass es sich beim betreffenden Unternehmenskaufvertrag tatsächlich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG handelt. Dies setzt im hier interessierenden Fall einen Kontrollerwerb voraus[71]. Ändern sich demnach die Kontrollverhältnisse bei einem Unternehmenskaufvertrag nicht, handelt es sich nicht um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG, und ein dabei vereinbartes Konkurrenzverbot muss von vornherein unter die Vorschriften betreffend Wettbewerbsabreden fallen[72]. Dies bedeutet, dass nicht bei jedem beliebigen Aktienkaufvertrag ohne weiteres ein Konkurrenzverbot aufgenommen werden kann, sondern nur im qualifizierten Fall eines Kontrollerwerbs. Ein Kontrollerwerb ist jedoch auch zu bejahen bei einem Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle und umgekehrt.

Ein Kontrollerwerb setzt keinen Asset Deal voraus, sondern kann durchaus auch im Rahmen eines Share Deals erfolgen, wenn damit (was vorliegend wichtig ist) die materiellen und immateriellen Werte im Unternehmen übertragen werden sollen[73].

Ein Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG ist ebenso wenig ausgeschlossen, wenn die Kontrolle von einer natürlichen Person auf eine andere übergeht, auch wenn Art. 4 Abs. 3 lit. b KG vom Kontrollerwerb durch ein Unternehmen spricht. Der Begriff des Unternehmens erfasst nämlich durchaus auch natürliche Personen[74]. Das Konkurrenzverbot muss jedoch in einem solchen Fall mit der Übertragung von Kundenbeziehungen und/oder Know-how von dem Verkäufer als natürlicher Person begründet sein.

Keine Rolle spielt schliesslich, ob dieser Unternehmenszusammenschluss meldepflichtig ist oder nicht. Die

64 Art. 5 KG.

65 Art. 9 und 10 KG.

66 Im Gegensatz zum Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen ist eine zusätzliche Prüfung nach Art. 5 KG im Falle eines gewöhnlichen Unternehmenskaufes nicht sinnvoll, vgl. *Zäch* (Fn. 58) N 747; *Franz Hoffet*, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 5 N 137.

67 Siehe V.B.a.

68 RPW *2001* 129 ff., 131, Bombardier/Adtranz; siehe V.B.a.

69 RPW *2005* 358 ff., 361, Cashgate.

70 Vgl. Ziff. 8 der alten Version der Bekanntmachung. Die WEKO bezieht sich auf die alte Version der Bekanntmachung, weil die neue Version zum Zeitpunkt des Entscheides offensichtlich noch nicht veröffentlicht war. In Übereinstimmung mit der Regelung der alten Version der Bekanntmachung kommt sie zum Schluss, dass ein Konkurrenzverbot bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Joint Venture) auf höchstens fünf Jahre zu befristen ist, vgl. Ziff. 36 der alten Version der Bekanntmachung.

71 Art. 4 Abs. 3 lit. b KG.

72 Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG.

73 *Lüscher* (Fn. 14) 345 ff., 366.

74 Vgl. Art. 2 Abs. 1bis KG.

Frage, was als ein Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren ist, bestimmt sich unabhängig von der Frage nach der Meldepflicht dieses Zusammenschlusses bzw. ist eine Vorfrage dazu. Ein nicht meldepflichtiger Zusammenschluss ist ohne weiteres zulässig[75].

Auch wenn ein Kontrollerwerb bzw. Unternehmenszusammenschluss vorliegt, ist es jedoch nicht per se zulässig, dabei ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren, sondern nur dann, wenn dieses Konkurrenzverbot für die vollständige Übertragung des Unternehmenswertes notwendig ist. Notwendig ist ein Konkurrenzverbot dann, wenn Kundenbeziehungen und/oder Know-how übertragen werden müssen, d.h. die Kundenbeziehungen zum Verkäufer bestehen und der Käufer diese neu herstellen muss und/oder der Verkäufer über Know-how verfügt und der Käufer dieses neu aufbauen muss.

Soweit ein Konkurrenzverbot für den Unternehmenskauf notwendig ist, leitet sich dieses Konkurrenzverbot und dessen Umfang bereits aus einer Auslegung des Unternehmenskaufvertrages ab[76]. Mit anderen Worten, wenn der Verkäufer den Käufer so konkurrenziert, dass die Übertragung des Unternehmens einschliesslich Kundenbeziehungen und/oder Know-how erschwert oder vereitelt wird, verstösst dieser Verkäufer immer gegen eine vertragliche Pflicht, auch wenn kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde. Dies setzt allerdings voraus, dass der Verkäufer Kundenbeziehungen unterhielt und/oder über Know-how verfügte und beides gemäss Unternehmenskaufvertrag auf den Käufer übertragen werden soll. Steht dies jedoch fest bzw. ist es ausdrücklich im Unternehmenskaufvertrag festgehalten, ergibt sich die Tragweite des Konkurrenzverbotes bereits aus einer Auslegung dieses Unternehmenskaufvertrages.

Dies kann aber nicht bedeuten, dass sich die Aufnahme eines ausdrücklichen Konkurrenzverbotes in den Unternehmenskaufvertrag in jedem Fall erübrigt. Es ist jedoch zu empfehlen, nicht nur das Konkurrenzverbot als solches, sondern auch seine Voraussetzungen im Unternehmenskaufvertrag festzuhalten, und zu spezifizieren, ob Kundenbeziehungen und/oder Know-how übertragen werden müssen. Aus der Umschreibung des Know-how kann man dann ableiten, auf welche Produktemärkte sich das Konkurrenzverbot sachlich erstreckt, während eine räumliche Eingrenzung der zu übertragenden Kundenbindungen seine räumliche Dimension vorgibt. Zudem bedarf es einer Einschätzung, wie lange die Übertragung dauern wird.

VI. Abgrenzungen

A. Aus zivilrechtlicher Sicht

Oft finden sich in Unternehmenskaufverträgen auch Abwerbeverbote.

Abwerbeverbote sind Verbote einer abwerbenden Tätigkeit, wobei unter Abwerbung die Einflussnahme auf eine bestimmte Person verstanden wird, mit dem Ziel, diese Person zur Beendigung eines bestehenden Vertrages und zum Abschluss eines neuen Vertrages mit dem Abwerbenden oder einem Dritten zu veranlassen[77]. Im Vordergrund steht die Abwerbung von Arbeitnehmern und Kunden.

Abwerbeverbote in Bezug auf Kunden gehen in der Regel in Konkurrenzverboten auf, ist doch die Kundenabwerbung ein klassischer Anwendungsfall einer Konkurrenzierung[78]. Auch Abwerbeverbote in Bezug auf Arbeitnehmer können in Konkurrenzverboten aufgehen, wobei aber umstrittener ist, ob abgesehen vom Sonderfall der Arbeitsvermittlungsbranche[79] die Abwerbung von Arbeitnehmern eine konkurrenzierende Tätigkeit ist[80]. In Unternehmenskaufverträgen werden infolge dieser Konvergenz den Verkäufer treffende Abwerbeverbote in Bezug auf Kunden und Arbeitnehmer des verkauften Unternehmen denn auch oft unter dem Titel Konkurrenzverbote abgehandelt und (z.B. in Bezug auf eine Konventionalstrafe) den gleichen Regeln unterworfen.

B. Aus kartellrechtlicher Sicht

Gemäss Ziff. 26 der aktuellen europäischen Bekanntmachung betreffend Nebenabreden[81] haben Abwerbeverbote, aber auch Vertraulichkeitsklauseln, eine vergleichbare Wirkung wie Konkurrenzverbote und werden daher gleich beurteilt. Dies bedeutet, dass ein Konkurrenzverbot über ein Abwerbeverbot oder eine Vertraulichkeitsklausel weder verlängert noch sonst wie ausgedehnt werden kann. In erster Linie sind Abwerbeverbote und

---

75 Sog. Konzentrationsprivileg, vgl. *Patrick Ducrey,* Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Basel 2000, 245.

76 Siehe II.

77 *Markus Frick,* Abwerbung von Personal und Kunden unter besonderer Berücksichtigung der Abwerbung durch Arbeitnehmer während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 2000, 2 f.

78 Z.B. *Frick* (Fn. 82) 23; siehe auch BGE 130 III 357 ff.

79 Dazu BGE 130 III 357 ff.

80 Z.B. *Frick* (Fn. 82) 23, 80 m.w.H).

81 Amtsblatt C 56, 05.03.2005, 24-31; siehe V.A.

Vertraulichkeitsklauseln gleich zu befristen wie Konkurrenzverbote. Die europäische Kommission lässt eine Ausnahme zu bei Vertraulichkeitsklauseln, die reines technisches Know-how betreffen, welches mit dem Unternehmen übertragen werden soll. Solche Vertraulichkeitsklauseln dürfen – im Gegensatz zu Vertraulichkeitsklauseln betreffend Informationen über Kunden, Preise und Mengen – von unbeschränkter Dauer[82] sein. Die Gleichstellung von Abwerbeverboten und Vertraulichkeitsklauseln mit Konkurrenzverboten bedeutet aber auch, dass Abwerbeverbote nur dann als notwendige Nebenabreden in Unternehmenskaufverträgen zu qualifizieren sind, wenn Kundenbindungen und/oder Know-How übertragen werden sollen und die Arbeitnehmer ihre Träger sind, während Vertraulichkeitsklauseln ein zu übertragendes Know-how voraussetzen, welches spezifisch und geheim sein muss. Auch hier ist wie erwähnt davon auszugehen, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden sich an dieser europäischen Praxis orientieren werden.

Übermässige Abwerbeverbote oder Vertraulichkeitsklauseln können somit auf ihre Übereinstimmung mit Art. 5 KG geprüft werden. Dies bedeutet aber noch lange nicht, dass sie unzulässig sind, da solche Klauseln in aller Regel den Wettbewerb auf dem relevanten Markt weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen.

VII. Zusammenhang

Aus kartellrechtlicher Sicht ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach ein Konkurrenzverbot im Unternehmenskaufvertrag per se keine Wettbewerbsabrede darstellt, von gesetzlichen Neuerungen überholt und nicht mehr aktuell. Dem Bundesgericht ist lediglich darin zuzustimmen, dass ein Konkurrenzverbot, welches nicht über das hinausgeht, was für die Übertragung der verkauften Werte notwendig ist, nicht unter den Begriff der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren ist, sondern unter den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses Art. 4 Abs. 3 KG, genauer des Kontrollerwerbs gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. b KG.

Diese Auffassung entspricht im Ergebnis auch der Praxis der europäischen Kommission, an welcher sich die schweizerische Wettbewerbskommission gemäss ihren neuen Ent-scheiden orientiert. Gemäss der einschlägigen Bekanntmachung der europäischen Kommission ist bei einem Unternehmenskauf ein Konkurrenzverbot von maximal drei Jahren zulässig, wenn Kundenbindungen und Know-how vom Verkäufer auf den Käufer übertragen werden sollen.

Auch ohne explizite Abrede im Unternehmenskaufvertrag trifft den Verkäufer ein Konkurrenzverbot, wenn immaterielle Werte übertragen werden sollen. Dieses implizite Konkurrenzverbot reicht soweit, als es für die Übertragung der immateriellen Werte notwendig ist. Keine Rolle spielt, ob es sich beim betreffenden Unternehmenskauf um einen Asset oder Share Deal handelt und ob in der Form der Vermögensübertragung (oder Fusion oder Spaltung) oder «traditionell» abgewickelt wird.

Auch wenn sich zivilrechtlich ein Konkurrenzverbot bereits implizit aus dem Unternehmenskaufvertrag ergibt, ist dennoch eine ausdrückliche Regelung des Konkurrenzverbotes im Unternehmenskaufvertrag zu empfehlen. Diese Regelung sollte aus kartellrechtlichen Gründen auch explizit festhalten, ob und welche immateriellen Werte übertragen werden.

[82] Entscheid der Kommission vom 30. April 1992 (IV/M.197 – Solvay-Laporte/Interox, N 50).