

# IDÉ

---

Institut Droit et Economie  
Institut für Recht und Wirtschaft  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

## Mélanges en l'honneur de Festschrift für Walter A. Stoffel

avec un accent  
sur la société simple

mit Betonung auf die  
einfache Gesellschaft

Marc Amstutz/Isabelle Chabloz/  
Michel Heinzmann/Inge Hochreutener  
(édit./Hrsg.)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Growth Publisher Law, Bern 2014  
ISBN 978-3-906235-03-5 (Growth Publisher Law)

Vertriebskooperation mit Schulthess Juristische Medien AG  
ISBN 978-3-72555-7146-8 (Schulthess Juristische Medien AG)

[www.growthpublisher-law.ch](http://www.growthpublisher-law.ch)  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Das Konkurrenzverbot in der einfachen Gesellschaft

*Andreas Heinemann\**

## Inhalt

- I. Einleitung
- II. Typologie der Konkurrenzverbote und der rechtliche Rahmen
  - A. Vertragliche Konkurrenzverbote
  - B. Gesetzliche Konkurrenzverbote
  - C. Konkurrenzverbote im Horizontal- und Vertikalverhältnis
  - D. Rechtliche Vorgaben für Konkurrenzverbote
- III. Ausgestaltung des Konkurrenzverbots in der einfachen Gesellschaft
  - A. Ausgangspunkt
  - B. Umfang und Verletzungsfolgen
  - C. Dispositiver Charakter
- IV. Kartellrechtliche Beurteilung
  - A. Zivilrecht und Kartellrecht
  - B. Anwendungsdichte des Kartellrechts in Bezug auf Konkurrenzverbote
    - 1. Gesetzliche Konkurrenzverbote
    - 2. Vertragliche Konkurrenzverbote
  - C. Rechtsfolgen der Kartellrechtswidrigkeit
  - D. Fazit
- V. Ausblick

Literatur

## I. Einleitung

Das Kartellrecht will den Wettbewerb fördern, ein Konkurrenzverbot ihn beschränken. Dennoch liegt kein unvereinbarer Gegensatz vor, da Konkurrenzverbote notwendig sein können, um dynamischen Wettbewerb zu gewährleisten. Verfehlt sind pauschale Vorrangregeln oder künstliche Immunitäten, welche zivilrechtliche Institute hermetisch vor der Kartellrechtsanwendung abschirmen. Vielmehr bedarf es einer

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

Untersuchung des gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, um auf dieser Grundlage die Spannungen zu erklären und zu beseitigen oder zumindest zu minimieren. WALTER STOFFEL hat das Kartellrecht stets auch im Hinblick auf seine historische Bedingtheit betrachtet und Fortschritte angemahnt.<sup>1</sup> Ganz in diesem Sinn kritisiert dieser Beitrag die traditionelle Zurückhaltung in Bezug auf die karezenrechtliche Kontrolldichte und unterstützt Vorschläge für eine differenzierte Bewertung. Der Aufsatz ist einem Kollegen gewidmet, der als Wissenschaftler sowie als Mitglied und Präsident der Wettbewerbskommission grösste Verdienste nicht nur um das schweizerische Wettbewerbsrecht, sondern auch um den Wettbewerb in der Schweiz erworben hat.

## II. Typologie der Konkurrenzverbote und der rechtliche Rahmen

Ein Konkurrenzverbot (oder Wettbewerbsverbot) ist die (vollständige oder teilweise) Beschränkung eines Unternehmens, Unternehmensorgans oder Arbeitnehmers, in einem bestimmten Geschäftsfeld tätig zu werden oder zu bleiben. Konkurrenzverbote lassen sich unterschiedlich kategorisieren. In rechtlicher Hinsicht liegt eine Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Konkurrenzverboten nahe. Vertragliche Konkurrenzverbote werden zwischen den Parteien vereinbart. Gesetzliche Konkurrenzverbote beruhen hingegen auf ausdrücklicher Anordnung im objektiven Recht. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist zwischen Konkurrenzverboten im Horizontal- und im Vertikalverhältnis zu unterscheiden.

### A. Vertragliche Konkurrenzverbote

Zur Vertragsfreiheit gehört auch die Inhaltsfreiheit, also die Möglichkeit, im Rahmen des von der Rechtsordnung Erlaubten das Vertragsverhältnis frei auszugestalten. Im Grundsatz können die Vertragsparteien also auch ein Konkurrenzverbot vereinbaren. Dies geschieht häufig in Unternehmenskaufverträgen, da die Transaktion wirtschaftlich nur dann gelingen wird, wenn der Übernehmer die reelle Chance hat, die Kunden des erworbenen Unternehmens dauerhaft an sich zu binden. Dürfte der Verkäufer ein neues Unternehmen im selben Geschäftszweig gründen, hätte er die Möglichkeit, seine treue Kundschaft in das neue Unternehmen umzuleiten. Der wirtschaftliche Sinn des Unternehmenskaufs wäre ernsthaft gefährdet.<sup>2</sup>

1 S. z.B. STOFFEL, Wirtschaftsfreiheit; STOFFEL, Kartellrecht; STOFFEL, Wettbewerbspolitik; STOFFEL, Swiss Competition Law; STOFFEL, Wettbewerbsrecht; STOFFEL, Spezifitäten; STOFFEL/NYDEGGER.

2 Eindrücklich BGE 51 II 220 (224).

## B. Gesetzliche Konkurrenzverbote

Für bestimmte Konstellationen, die häufig durch Interessenkonflikte charakterisiert sind, hat der Gesetzgeber Konkurrenzverbote ausdrücklich vorgesehen. Dies betrifft einerseits arbeits- und vertretungsrechtliche bzw. organschaftliche Verhältnisse und andererseits die gemeinschaftliche unternehmerische Tätigkeit in Gesellschaften. So unterliegen Arbeitnehmer (Art. 321a Abs. 3 OR), Prokuristen und bestimmte Handlungsbevollmächtigte (Art. 464 OR) genauso einem Konkurrenzverbot wie die Mitglieder des Verwaltungsrats und die Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft (Art. 717 Abs. 1,<sup>3</sup> 812 Abs. 3 OR).<sup>4</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang stehen die Konkurrenzverbote für Gesellschafter im Mittelpunkt. Sie finden sich – in unterschiedlicher Intensität – in der einfachen Gesellschaft (Art. 536 OR), der Kollektivgesellschaft (Art. 561 OR), der Kommanditgesellschaft (Art. Art. 598 Abs. 2 i.V.m. Art. 561 OR) und in differenzierter Form auch in der GmbH (Art. 803 OR). Die Mitglieder einer Genossenschaft trifft nur eine allgemeine Treuepflicht (Art. 866 OR), die Aktionäre nicht einmal das: Ein Aktionär kann gem. Art. 680 OR nur zur Zahlung des für den Bezug einer Aktie festgesetzten Betrags verpflichtet werden; weitere Verpflichtungen können nicht einmal statutarisch vorgesehen werden. Das Bundesgericht hat denn auch ausdrücklich festgestellt, dass den Aktionär kein Konkurrenzverbot trifft.<sup>5</sup> Das gilt nach h.M. auch für stark personalistisch ausgerichtete Aktiengesellschaften. Etwas anderes kann aber aus dem Verhältnis der Aktionäre untereinander folgen. Ein Aktionärsbindungsvertrag führt häufig zum Entstehen einer einfachen Gesellschaft,<sup>6</sup> für welche deren besondere Vorschriften, also auch das Konkurrenzverbot des Art. 536 OR gilt.<sup>7</sup>

## C. Konkurrenzverbote im Horizontal- und Vertikalverhältnis

In wirtschaftlicher Hinsicht ist zwischen Konkurrenzverboten im Horizontal- und Vertikalverhältnis zu unterscheiden. Im vorliegenden Zusammenhang steht der hori-

3 Auch wenn Art. 717 OR für die AG nur die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht von Verwaltungsräten und Geschäftsführern, nicht aber ein ausdrückliches Konkurrenzverbot vorsieht, ist die grundsätzliche Geltung des Konkurrenzverbots für Verwaltungsräte und Geschäftsführer allgemein anerkannt. Zu dessen Ausmass s. beispielsweise SOMMER, S. 148 m.w.N.

4 In der Praxis haben die arbeitsrechtlichen bzw. organschaftlichen Konkurrenzverbote die grösste Bedeutung, s. aus jüngerer Zeit z.B. BGER 20.11.2006 4P\_234/2006; BGER 11.10.2010 4A\_283/2010; BGER 16.12.2010 4A\_586/2010. Sie werden weiter an Bedeutung zunehmen, da das Verbot von Abgangsschädigungen in Art. 20 Nr. 1 VegüV (Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften, SR 221.331) nicht für marktconforme Karenzentschädigungen gilt; zu den Anforderungen an die Entgeltlichkeit von Konkurrenzverboten in diesem Zusammenhang s. ISLER/SCHOTT, S. 26 f.

5 BGE 91 II 298 (305), jedenfalls wenn der Aktionär nicht dem Verwaltungsrat angehört, dann s.o. Fn. 3.

6 FISCHER, S. 29; zu den bloss schuldrechtlichen Aktionärsbindungsverträgen s. ebenda, S. 32 ff.

7 BÖCKLI, § I Rz 20, insbesondere Fn. 74.

zontale Bezug im Vordergrund, also der Ausschluss von Wettbewerb durch Wirtschaftsteilnehmer, die auf derselben Stufe der Produktions- und Distributionskette stehen. Der Begriff des Wettbewerbsverbots wird aber auch in einem vertikalen Sinn verwendet und bezieht sich dann auf die Verpflichtung des Abnehmers, keine Waren oder Dienstleistungen zu beziehen, die mit denjenigen des Verkäufers in Konkurrenz stehen.<sup>8</sup> Vertikale Wettbewerbsverbote werfen eigene kartellrechtliche Probleme auf, insbesondere die Frage, ob sie zu einer Marktverschliessung führen. Die Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission (die unter der Präsidentschaft von WALTER STOFFEL ausgearbeitet wurde) erklärt Wettbewerbsverbote für qualitativ schwerwiegend, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden.<sup>9</sup> Für die kartellrechtliche Beurteilung sind ausserdem die quantitativen Auswirkungen heranzuziehen.<sup>10</sup>

Ähnlich, aber nicht deckungsgleich ist die Unterscheidung zwischen Angebots- und Nachfrageverhältnissen. Normalerweise bezieht sich der Begriff des Konkurrenzverbots auf Beschränkungen des Angebots: Der durch das Verbot Belastete darf keine Waren oder Dienstleistungen anbieten, die mit denjenigen des Berechtigten konkurrieren. Denkbar ist aber auch ein Konkurrenzverbot auf Nachfrageseite, und zwar nicht nur bei den soeben geschilderten Vertikalverhältnissen, sondern auch zwischen Wettbewerbern. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Belastete bei der Beschaffung nicht in Konkurrenz treten darf, z.B. bei der Nachfrage nach gleichen Gütern zur Weiterverarbeitung.<sup>11</sup>

#### D. Rechtliche Vorgaben für Konkurrenzverbote

Bisweilen sieht das Gesetz besondere Vorgaben für (gesetzliche oder vertragliche) Konkurrenzverbote vor. Beispielsweise werden nachvertragliche Konkurrenzverbote im Arbeitsverhältnis strengen Kautelen unterworfen, s. Art. 340-340c OR: Ein Konkurrenzverbot ist nach diesen Vorschriften nur dann verbindlich, wenn der Arbeitnehmer Zugang zu Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen hatte und das Verbot angemessen begrenzt wird, in zeitlicher Hinsicht in der Regel auf maximal drei Jahre. Agenten steht als Gegenleistung für das Konkurrenzverbot eine Karenzentschädigung zu, Art. 418d Abs. 2 OR.

8 S. die Definition des Wettbewerbsverbots in Ziffer 6 der Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010, BBl 2010 5078. Gleichgestellt sind Verpflichtungen, mehr als 80 Prozent des Bedarfs beim betreffenden Verkäufer zu decken.

9 S. Ziffer 12 (2) lit. f der Vertikalbekanntmachung. Besonderheiten gelten für Aktivitäten in Räumlichkeiten und Grundstücken des Verkäufers und für nachvertragliche Wettbewerbsverbote (lit. g).

10 Ziffer 12 (1) der Vertikalbekanntmachung.

11 Vgl. BGE 130 III 353 (358).

Die besonderen arbeitsrechtlichen Anforderungen an Bestand und Ausmass eines Konkurrenzverbots finden auf das gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot nach h.M. keine Anwendung.<sup>12</sup> Einschlägig sind aber die allgemeinen Vorschriften. So dürfen Konkurrenzverbote nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstossen (Art. 19, 20 OR).<sup>13</sup> Von besonderer Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist auch Art. 27 Abs. 2 ZGB.<sup>14</sup> Die Vorschrift ist Ausdruck des Freiheitsparadoxons und stellt klar, dass von der Vertragsfreiheit nicht Gebrauch gemacht werden kann, um sich seiner Freiheit zu entäussern oder diese sittenwidrig zu beschränken. An diese Merkmale werden hohe Anforderungen gestellt. Paradoxe Fehlgebrauch der Privatautonomie liegt beispielsweise vor, wenn man sich der Willkür des Vertragspartners überantwortet, seine eigene Wirtschaftsfreiheit beseitigt oder sie so stark einschränkt, dass die Grundlagen der eigenen wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind.<sup>15</sup> Diese Voraussetzungen können bei einem Konkurrenzverbot beispielsweise dann gegeben sein, wenn der Verpflichtete aufgrund des Verbots seinem Beruf nicht mehr in zumutbarer Weise nachgehen kann. Das Bundesgericht stellt in diesem Zusammenhang die Frage, ob das Konkurrenzverbot in zeitlicher, örtlicher oder sachlicher Hinsicht über die Grenzen des Erträglichen hinausgeht.<sup>16</sup>

In Bezug auf das gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot hat das Bundesgericht die Grenzen der Sittlichkeit in einem Fall für überschritten gehalten, in dem die Stellung eines Gesellschafters im Vergleich zu seinem Mitgesellschafter „auffällig und ausserordentlich ungünstiger geregelt“ war, sich das Konkurrenzverbot auf einen Zeitraum von fünf Jahren erstreckte und die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags auf die „Ausbeutung der überwiegenden Machtstellung“ des anderen Gesellschafters zurückgeführt wurde.<sup>17</sup> Im Übrigen lassen die allgemeinen Vorschriften einen grossen Spielraum für Konkurrenzverbote, zumal im Gesellschaftsrecht Konkurrenzverbote häufig auf Gegenseitigkeit beruhen und nicht Ausdruck eines Unterordnungsverhältnisses sind.

12 BGer 11.3.2003 4C\_5/2003, E. 2.1.2; BGer 13.9.2009 4A\_340/2011, E. 4.4.3 (jeweils mit Bezug auf Vereinbarungen zwischen Aktionären). Ob die arbeitsrechtlichen Vorschriften analog auf eine Position der Schwäche infolge ungleichen Aktienbesitzes angewendet werden können, lässt das Bundesgericht im letztgenannten Entscheid offen, s. E. 4.4.4. In der Literatur findet sich auch die Auffassung, wonach die arbeitsrechtlichen Grundsätze zumindest eingeschränkt auf nachvertragliche Konkurrenzverbote im Gesellschaftsrecht herangezogen werden können. So seien solche Verbote nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, s. FELLMANN/MÜLLER, BK-OR Art. 536 N 65 f.

13 SETHE, KurzKo OR Art. 536 N 5.

14 S. hierzu ausführlich COTTI, S. 50 ff.

15 BGE 51 II 438 (440); BGE 123 III 337 (345 f.).

16 BGer 11.3.2003 4C\_5/2003, E. 2.1.2; s. die Analyse dieses Entscheids durch CHAPPUIS.

17 BGE 39 II 541 (546 f.).

### III. Ausgestaltung des Konkurrenzverbots in der einfachen Gesellschaft

#### A. Ausgangspunkt

Die Marginalie zu Art. 536 OR spricht ausdrücklich von „Konkurrenzverbot“, während der Text der Vorschrift sich allgemein gegen Zweckvereitelung bzw. -beeinträchtigung wendet. Hieraus wird deutlich, dass sich Art. 536 OR nicht in der Statuierung eines Konkurrenzverbots erschöpft, sondern sich allgemein gegen Interessenkonflikte wendet, hierin aber ein Konkurrenzverbot einschliesst. Dies ist in rechtsvergleichender Hinsicht bemerkenswert. Das deutsche Recht kennt beispielsweise für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB), welche der einfachen Gesellschaft entspricht, zwar ebenfalls allgemeine Treuepflichten, aber kein Wettbewerbsverbot.<sup>18</sup> Offenbar gehen die Anforderungen an die Loyalität der Mitglieder der einfachen Gesellschaft weiter.

Das Konkurrenzverbot in der Kollektivgesellschaft (und der Kommanditgesellschaft) ist dezidierter ausgeprägt, verbietet es doch ausdrücklich Geschäfte im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung, Art. 561 OR, und zwar unabhängig davon, ob im Einzelfall der Gesellschaftszweck beeinträchtigt würde.<sup>19</sup> Dieser Unterschied belegt, dass der Umfang des Konkurrenzverbots in der einfachen Gesellschaft jeweils sorgfältig zu bestimmen ist. Von entscheidender Bedeutung hierfür ist der Gesellschaftszweck, Art. 530 OR. Wenn eine vertragliche Pflicht besteht, einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln zu erreichen, ist alles zu unterlassen, was dieses Ziel gefährdet. Gesellschafter dürfen nicht Geschäftschancen ausnutzen, die der Gesellschaft zustehen, und sie dürfen keine ungerechtfertigten Sondervorteile anstreben.<sup>20</sup>

#### B. Umfang und Verletzungsfolgen

Hieraus ergibt sich der Umfang des Konkurrenzverbots im Einzelfall: Im Grundsatz dürfen die Gesellschafter in den vom Gesellschaftszweck erfassten Geschäftsfeldern nicht tätig sein. Das Konkurrenzverbot statuiert also primär eine Unterlassungspflicht. In besonderen Konstellationen werden aber auch Leistungspflichten abgeleitet. So wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass aus der allgemeinen Treue-

18 Wohl aber kennt das deutsche Recht Wettbewerbsverbote in Personenhandelsgesellschaften, so z.B. für die Offene Handelsgesellschaft in § 112 des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB) und für die Komplementäre, also die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 HGB), nicht aber für die Kommanditisten (§ 165 HGB).

19 In der GmbH besteht ein Konkurrenzverbot hingegen nur dann, wenn es statutarisch vorgesehen ist, Art. 803 Abs. 2 S. 3 OR, s. hierzu BLANC.

20 SETHE, KurzKo OR Art. 536 N 3 f.



pflicht (im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot) eine Pflicht zur Übertragung von Erfinderrechten an die Gesellschaft folgt, wenn die von einem einzelnen Gesellschafter gemachte Erfindung geeignet ist, die gemeinsamen Ziele zu fördern.<sup>21</sup> Sekundär, also im Verletzungsfall, werden zahlreiche Ansprüche ausgelöst, z.B. auf Unterlassung, Schadenersatz oder eine allfällige Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR).<sup>22</sup> In Betracht kommen auch die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (Art. 539 OR) und, soweit statutarisch vorgesehen, der Ausschluss aus der Gesellschaft (oder gar die Auflösung der Gesellschaft). Ein Recht der Gesellschaft auf Eintritt in die Geschäfte, die vom Gesellschafter unter Missachtung des Konkurrenzverbots abgeschlossen wurden, lässt sich mit einer analogen Anwendung von Art. 464 Abs. 2 OR oder unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsanmassung (Art. 423 Abs. 1 OR) begründen.<sup>23</sup>

Umgehungen sind unzulässig, d.h. das Konkurrenzverbot bezieht sich nicht nur (direkt) auf die Person, die dem Konkurrenzverbot unterliegt, sondern (indirekt) auch auf andere natürliche oder juristische Personen, die von einem Gesellschafter zur Umgehung seiner Verpflichtungen eingeschaltet werden.<sup>24</sup> Andererseits gibt es auch Einschränkungen des Anwendungsbereichs: Ist die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft tatsächlich weniger umfangreich als vom Gesellschaftszweck umschrieben, ist das Konkurrenzverbot auf die tatsächlich bedienten Märkte beschränkt.<sup>25</sup> Eine Tätigkeit ausserhalb dieser Märkte kann die Interessen der Gesellschaft nicht verletzen.

### C. Dispositiver Charakter

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das durch Art. 536 OR angeordnete Konkurrenzverbot dispositiver Natur ist.<sup>26</sup> Es kann in den Statuten oder durch sonstigen Vertrag abbedungen oder eingeschränkt, aber auch erweitert werden. Eine solche Ausdehnung des Konkurrenzverbots über den durch den Gesellschaftszweck geforderten Rahmen schafft Spannungen zum Kartellrecht und bedarf deshalb gesonderter Betrachtung.

21 BLUM/PEDRAZZINI, Art. 3 PatG N 19; ZUBERBÜHLER, S. 110, Fn. 397. Wenn der Gesellschaftszweck sich hingegen direkt auf die Hervorbringung der Erfindung bezieht, handelt es sich von vornherein um eine Gesellschaftserfindung, die der Gesellschaft und nicht einem einzelnen Gesellschafter zusteht.

22 S. FELLMANN/MÜLLER, BK-OR Art. 536 N 69 ff.

23 SETHE, KurzKo OR Art. 536 N 7.

24 Vgl. BGE 125 III 257 (261 f.). Zu Konzernsachverhalten s. ZÜRCHER FAUSCH.

25 FELLMANN/MÜLLER, BK-OR Art. 536 N 38.

26 HANDSCHIN, BSK-OR Art. 536 N 2; SETHE, KurzKo OR Art. 536 N 5.

## IV. Kartellrechtliche Beurteilung

### A. Zivilrecht und Kartellrecht

Die zivilrechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit von Konkurrenzverboten (Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 20 Abs. 1 OR) zielen auf die Bewahrung individueller Handlungsspielräume. Das Kartellrecht will hingegen den Fortbestand wirksamen Wettbewerbs sichern. Zwar hat das Kartellrecht auch eine individualschützende Wirkung, wie schon durch die Erwähnung von Art. 27 Abs. 1 BV, also der individuellen Wirtschaftsfreiheit, im Ingress des Kartellgesetzes zum Ausdruck kommt.<sup>27</sup> Es geht dabei aber um den Schutz vor unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen durch andere, während die zivilrechtlichen Vorschriften den paradoxalen Fehlgebrauch der Privatautonomie zum eigenen Nachteil verhindern. Im Hinblick auf die Konkurrenzverbote sind beide Rechtsgebiete also komplementär: Die zivilrechtlichen Nichtigkeitsgründe schützen vor exzessiven Beschränkungen der eigenen Freiheit. Das Kartellrecht will demgegenüber den Wettbewerb im Interesse von Volkswirtschaft und Gesellschaft schützen. Dies macht deutlich, dass es der Anwendung beider Normengruppen zum Erreichen der jeweiligen Ziele bedarf.

### B. Anwendungsdichte des Kartellrechts in Bezug auf Konkurrenzverbote

Es herrscht keine Klarheit, in welcher Intensität das Kartellrecht auf Konkurrenzverbote Anwendung finden soll. Es sind zwei Wege vorstellbar: Zum einen kann in Anerkennung der wettbewerbsfördernden Funktion von Konkurrenzverboten bereits der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes verneint werden, so dass es gar nicht erst zu einer kartellrechtlichen Überprüfung des Konkurrenzverbots kommt. Zum anderen ist es denkbar, den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes zu bejahen. Über die Rechtmässigkeit des Konkurrenzverbots entscheidet dann die materiellrechtliche Prüfung, insbesondere am Massstab des Art. 5 KG.

#### 1. Gesetzliche Konkurrenzverbote

Folgende Differenzierungen erscheinen angebracht: Was die gesetzlichen Konkurrenzverbote betrifft, so scheidet eine kartellrechtliche Überprüfung von vornherein aus. Dies folgt daraus, dass die gesetzlichen Konkurrenzverbote eine Antwort auf typische Interessenkonflikte geben. Am Beispiel der einfachen Gesellschaft lässt sich dies wie folgt formulieren: Wenn die Gesellschaft einen Zusammenschluss zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks darstellt (Art. 530 OR), dann muss es möglich

sein, den Gesellschaftern Privatgeschäfte zu untersagen, durch die eben dieser Zweck beeinträchtigt würde (Art. 536 OR). Ein Konkurrenzverbot ist den Personengesellschaften also immanent.<sup>28</sup> Oder anders ausgedrückt: Gesellschaften sind eine in der Marktwirtschaft erwünschte Form kollektiver Teilnahme am Wirtschaftsprozess, welche die Wettbewerbsintensität erhöht.<sup>29</sup> Beschränkungen, die zur Sicherung des Hauptzwecks solcher Verträge erforderlich sind, sind der Anwendung des Kartellrechts entzogen. Wenn es das (gesetzliche) Konkurrenzverbot nicht gäbe, würde ganz überwiegend auf die Gründung solcher Gesellschaften verzichtet werden, was schlecht für die wirtschaftliche Dynamik wäre.

Vertragliche Konkurrenzverbote, welche lediglich gesetzliche Konkurrenzverbote wiedergeben und sie konkretisieren, sind wie gesetzliche Konkurrenzverbote zu behandeln.<sup>30</sup> Eine kartellrechtliche Überprüfung scheidet also aus. Allerdings ist jeweils zu untersuchen, ob der vertraglich vereinbarte Umfang des Konkurrenzverbots wirklich nicht über das gesetzlich bereits Vorgeschriebene hinausgeht. Andernfalls gelten die folgenden Grundsätze.

## 2. Vertragliche Konkurrenzverbote

Weniger eindeutig ist die Analyse vertraglicher Konkurrenzverbote. Für die vertikalen vertraglichen Konkurrenzverbote ist die Anwendbarkeit des Kartellrechts allgemein anerkannt. Die Diskussion widmet sich deshalb im Schwerpunkt der Frage, unter welchen Voraussetzungen vertikale Exklusivität gegen Art. 5 KG verstößt.<sup>31</sup> Anders verhält es sich bei den horizontalen vertraglichen Konkurrenzverboten. Das Bundesgericht hat in einem umstrittenen Entscheid die Tragweite von Art. 5 KG stark beschränkt.<sup>32</sup> Es hat hierbei nicht mit dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes oder mit Immanenzüberlegungen argumentiert, sondern den Begriff der Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG eng ausgelegt. Ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation setze bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus. Hieran fehle es „bei einem einseitigen Konkurrenzverbot, das als Nebenverpflichtung im Rahmen eines Austauschvertrages zur Sicherung des Werts der vertraglichen Hauptleistung vereinbart wird“.<sup>33</sup> Das Gericht grenzt sich hiermit bewusst von der Rechtslage in der

28 In der deutschen Kartellrechtslehre spricht man in diesem Zusammenhang deshalb von „Immanenztheorie“, s. z.B. EMMERICH, § 21 Rz 41-42.

29 Diese Aussage steht unter dem Vorbehalt, dass der Gesellschaftszweck nicht selbst in einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung besteht. In diesem Fall gilt auch nicht die im Text genannte Kartellrechtsexemption für gesetzliche Konkurrenzverbote.

30 Zu Auslegungsschwierigkeiten in Bezug auf das durch vertragliche Konkurrenzverbote Gemeinte s. z.B. BGer 10.6.2008 4A\_119/2008, E. 2.2.3.

31 Zu den Anforderungen der Wettbewerbskommission s.o. Fn. 9 und 10.

32 BGE 124 III 495.

33 BGE 124 III 495 (499).

EU ab<sup>34</sup> und argumentiert massgeblich mit dem Begriff der „Kartelle und ähnlichen Organisationen“ der alten Bundesverfassung.<sup>35</sup> Da diese Formulierung in Art. 96 der Bundesverfassung 2000 durch die zeitgemässe Terminologie „Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen“ abgelöst wurde, ist die Argumentation des Bundesgerichts nicht mehr aktuell.<sup>36</sup>

Die Konzeption des Bundesgerichts überzeugt aber auch inhaltlich nicht und wurde in der Literatur zu Recht ganz überwiegend abgelehnt.<sup>37</sup> Das Kartellgesetz von 1995 erfasst alle wettbewerbsbeschränkenden Abreden und setzt nicht mehr, wie noch Art. 2 Abs. 1 KG 1985, eine „gemeinsame Beschränkung“ des Wettbewerbs voraus. Auch einseitige Konkurrenzverbote können eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, was nach der Definition in Art. 4 Abs. 1 KG das allein entscheidende Kriterium ist. Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung hängt von der Ausgestaltung des Konkurrenzverbots im Einzelfall ab. Da Konkurrenzverbote nach dem *ancillary restraints*-Gedanken erforderlich sein können, um die sinnvolle Ausgestaltung anerkannter Rechtsinstitute wie z.B. des Unternehmenskaufvertrags zu ermöglichen, ist das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen, wenn das Konkurrenzverbot sachlich, persönlich, räumlich und zeitlich auf das notwendige Mass beschränkt ist.<sup>38</sup> In Anlehnung an die Praxis in der EU hält die Wettbewerbskommission in diesen Fällen eine zeitliche Dauer von zwei Jahren, im Fall der Übertragung von Know-how auch von drei Jahren für erforderlich, wobei Abweichungen in begründeten Einzelfällen möglich sind.<sup>39</sup> Diese Regelungsgrundsätze veranschaulichen, dass eine wettbewerbsadäquate Beurteilung von Konkurrenzverboten nur dann möglich ist, wenn diese dem Kartellrecht im Prinzip unterstellt und nicht von vornherein für kartellrechtsimmun erklärt werden.<sup>40</sup>

34 BGE 124 III 495 (498): „Die umschriebene Konzeption lässt sich indessen nicht ohne weiteres auch auf das schweizerische Recht übertragen. Der Gesetzgeber hat bei der Revision des Kartellgesetzes zwar eine gewisse Annäherung an das Recht der Europäischen Union angestrebt, jedoch – namentlich mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage – bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet“.

35 Vgl. BGE 124 III 495 (498f.): „Damit wird der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes abgesteckt: Wettbewerbsbeschränkungen anderen Ursprungs werden nicht erfasst. [...] Voraussetzung ist jedoch stets, dass von einer ‚Organisation‘ gesprochen werden kann, die von ihrer Wirkungsmöglichkeit und -weise her als Kartell oder als einem Kartell ähnlich erscheint“.

36 BAUDENBACHER, S. 639.

37 BORER/KOSTKA, BSK-KG Art. 32 N 90 m.w.N.

38 S. ZÄCH, Rz 385 mit Konkretisierung dieser Anforderungen.

39 S. MARTENET/HEINEMANN, S. 97 m.w.N.

40 Besonderheiten bestehen bei Konkurrenzverboten, die unmittelbar mit einem meldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben verbunden sind und das Kriterium der Notwendigkeit erfüllen. Diese nehmen an der Genehmigungswirkung des Kommissionsentscheids teil und unterliegen keiner separaten Prüfung nach Art. 5 KG, s. WEBER/VOLZ, Rz 2.969 ff.

Gehen Konkurrenzverbote über das erforderliche Mass hinaus, liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, und zwar typischerweise in der Form einer Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern, was die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 lit. c KG auslöst.<sup>41</sup> Wird die Vermutung widerlegt und liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, scheidet eine Effizienzrechtfertigung am Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit, eben weil das Konkurrenzverbot ja offenbar weiter geht, als zur Verfolgung legitimer Interessen nötig wäre.<sup>42</sup>

### C. Rechtsfolgen der Kartellrechtswidrigkeit

Die Unzulässigkeit eines Konkurrenzverbotes führt gem. Art. 20 Abs. 2 OR nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrags, nämlich dann, wenn dieser ohne das Konkurrenzverbot überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Im Regelfall erstreckt sich die Nichtigkeit nur auf den betroffenen Vertragsteil, wobei nach überwiegender Auffassung ein übermässiges Konkurrenzverbot auf das erlaubte Mass zurückzustutzen ist.<sup>43</sup> Im allgemeinen Zivilrecht wird die Figur der geltungserhaltenden Reduktion von der herrschenden Meinung zwar anerkannt; für Situationen sozialer Ungleichheit wird aber aus Präventionszwecken häufig eine Ausnahme gemacht.<sup>44</sup>

Im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten sollte durchweg eine Reduktion auf das erlaubte Mass zugelassen werden, und zwar auch in Ungleichgewichtslagen. Das Konkurrenzverbot wird ja ohnehin kartellrechtlich nur akzeptiert, wenn es für den wirtschaftlichen Sinn eines anerkannten zivilrechtlichen Instituts (z.B. Unternehmenskauf oder Gesellschaft) erforderlich ist. Wenn das Konkurrenzverbot vollständig entfallen würde, wäre die Transaktion um ihren wirtschaftlichen Sinn gebracht, was unter Heranziehung des hypothetischen Parteiwillens zur Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen würde. Dies wäre nachteilig für den wirksamen Wettbewerb und – in Ungleichgewichtslagen – auch nachteilig für die schwächere Partei. Die geltungserhaltende Reduktion ist also zuzulassen, was der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung des Konkurrenzverbots in Art. 340a Abs. 2 OR entspricht.

41 COTTI, S. 117f.

42 ZÄCH, Rz 386.

43 FELLMANN/MÜLLER, BK-OR Art. 536 N 68. Kritisch zu einer geltungserhaltenden Reduktion HANDSCHIN, BSK-OR Art. 561 N 6 (im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot in der Kollektivgesellschaft); in diesem Sinn auch BGE 39 II 541 (547f.).

44 S. z.B. SCHWENZER, Rz 32.43 ff.

## D. Fazit

Konkurrenzverbote zwischen Gesellschaftern dienen der Sicherung des durch die Gesellschaft verfolgten gemeinsamen Zwecks<sup>45</sup> und begründen deshalb keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Kartellrechts. Diese Aussage gilt allerdings nur dann, wenn das Konkurrenzverbot die Grenzen des Erforderlichen nicht überschreitet. Diese Einschränkung macht deutlich, dass die Anwendung des Kartellrechts nicht durch apriorische Überlegungen zum Kartellbegriff ausgeschlossen werden darf. Eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung kann nur dann gewährleistet werden, wenn die Konkurrenzverbote auf ihre Vereinbarkeit mit den kartellrechtlichen Tatbeständen, insbesondere Art. 5 KG überprüft werden können.

## V. Ausblick

Eine pauschale Beurteilung von Konkurrenzverboten ist nicht möglich. Zu unterschiedlich ist ihre Wirkungsweise im jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang. Teilen Wettbewerber durch ein Konkurrenzverbot Märkte nach Gebieten oder Geschäftspartnern auf, liegt eine Kernbeschränkung vor (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG). Dient das Konkurrenzverbot hingegen dazu, den wirtschaftlichen Sinn eines Unternehmenskaufs oder die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks in einer Gesellschaft zu sichern, liegt – bei adäquater Ausgestaltung – keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Das Beispiel des Konkurrenzverbots demonstriert damit auf das Anschaulichste, dass das Kartellrecht Maßstäbe zur Verfügung stellt, die flexibel auf den jeweiligen Zusammenhang reagieren. Diese Aussage gilt nicht nur für das aktuelle System der Vermutungen, sondern auch für die im Zug der laufenden KG-Revision vorgeschlagenen Teilkartellverbote. Die vorstehende Analyse würde durch einen solchen Systemwechsel nicht tangiert.

Das Beispiel des Konkurrenzverbots in der einfachen Gesellschaft zeigt, dass ein angemessener Ausgleich zwischen zivil- und kartellrechtlichen Regelungsanliegen nicht pauschale Vorrangregeln, sondern ein Grundverständnis für die Funktionsweise zivilrechtlicher Institutionen in der Wettbewerbsordnung erfordert. Dann erweist sich der Kontrast zwischen Wettbewerbschutz und Konkurrenzverbot als Scheingegen-satz. Die Konkurrenzverbote sind ein aufschlussreiches Beispiel für einen Zusammenhang, den der Jubilar so treffend wie folgt formuliert hat: „Der Wettbewerb beginnt in den Köpfen“.<sup>46</sup> Nur wenn der Wettbewerbsbezug mitgedacht und nicht von vornherein ausgeblendet wird, gelingt eine wettbewerbsadäquate Ausgestaltung anerkannter zivilrechtlicher Institute.

45 Dieser Zusammenhang ist so stark, dass die Abwesenheit eines Konkurrenzverbots sogar als Indiz für die Abwesenheit (gesellschafts-)vertraglicher Bindung angesehen wird, vgl. HANDSCHIN, S. 110.

46 STOFFEL, Wettbewerbsrecht, S. 3.

## Literatur

- AMSTUTZ M./REINERT M. (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010.
- BAUDENBACHER C., Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, in: ZSR 2012 II, S. 419-673.
- BLANC O., Das statutarische Konkurrenzverbot der GmbH-Gesellschafter – statuten-, quorums- und handelsregisterspezifische Aspekte, in: REPRAX 2013, S. 12-29.
- BLUM R./PEDRAZZINI M. M., Das Schweizerische Patentrecht – Kommentar zum Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, 2. Aufl., Bern 1975.
- BÖCKLI P., Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- CHAPPUIS F., La clause de prohibition de concurrence dans une convention d'actionnaires, in: Semaine Judiciaire 2003 II, S. 317-338.
- COTTI L., Das vertragliche Konkurrenzverbot, Freiburg 2001.
- EMMERICH V., Kartellrecht, 11. Aufl., München 2008.
- HANDSCHIN L., Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft, in: AMSTUTZ M. (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft – Netzwerke als Rechtsproblem, Zürich 2004, S. 107-120.
- HANGARTNER Y., Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, in: AJP 4/2012, S. 1-3.
- HONSELL H. (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (im Erscheinen).
- ISLER P. R./SCHOTT B. G., Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen, in: SETHE R./ISLER P. R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 7-38.
- MARTENET V./HEINEMANN A., Droit de la concurrence, Genf/Zürich/Basel 2012.
- SCHWENZER I., Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- SOMMER C., Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2010.
- STOFFEL W. A. Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffes im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, in: HÄNNI P. (Hrsg.): FS Thomas Fleiner, Fribourg 2003, S. 673-688 (zit. STOFFEL, Wirtschaftsfreiheit).
- STOFFEL W. A., Kartellrecht, in: GEISER T./KRAUSKOPF P./MÜNCH P. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die An-

- waltspraxis, Band IX, Basel/Genf/München 2005, S. 4-20 (zit. STOFFEL, Kartellrecht).
- STOFFEL W. A., Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext, in: ZÄCH R. (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 1-25 (zit. STOFFEL, Wettbewerbspolitik).
- STOFFEL W. A., Swiss Competition Law: Where from and where to?, in: GAUCH P./WERRER F./PICHONNAZ P. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 677-690 (zit. STOFFEL, Swiss Competition Law).
- STOFFEL W. A., Wettbewerbsrecht und –politik in der Schweiz, in: AMSTUTZ M./STOFFEL W. A./DUCREY P. (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 1-31 (zit. STOFFEL, Wettbewerbsrecht).
- STOFFEL W. A. Spezifitäten des schweizerischen Wettbewerbsrechts: Rückblick und Ausblick, in: AMSTUTZ M./HOCHREUTENER I./STOFFEL W. A. (Hrsg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 137-150 (zit. STOFFEL, Spezifitäten).
- STOFFEL W. A./NYDEGGER T., Banken, Korporatismus und Wettbewerbsrecht in der Schweiz, in: MONTI M./PRINZ NIKOLAUS VON UND ZU LIECHTENSTEIN/VESTERDORF, BO/JAY WESTBROOK, JAY/WILDHABER, LUZIUS (Hrsg.), Festschrift für Carl Baudenbacher, Baden-Baden 2007, S. 643-657.
- WEBER R. H./VOLZ S., Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich/Basel/Genf 2013.
- ZÄCH R., Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005.
- ZUBERBÜHLER I., Die Erschöpfung von Patentrechten – Eine Auslegung von Art. 9a PatG und Art. 27b LwG, Bern 2012.
- ZÜRCHER FAUSCH N. G., Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Bern 2007.