



Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich  
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:  
Hans-Jakob Diem

## Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis

23. Konferenz zu Mergers & Acquisition  
Tagungsband 2020



Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich  
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

---

Herausgeber:  
Hans-Jakob Diem

# Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis

23. Konferenz zu Mergers & Acquisitions  
Tagungsband 2020

EIZ  Publishing

---



Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis von Hans-Jakob Diem wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](#) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Herausgeber:** Hans-Jakob Diem

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](http://eizpublishing.ch))

**Produktion, Satz & Vertrieb:** buch & netz, [buchundnetz.com](http://buchundnetz.com)

**ISBN:**

978-3-03805-538-9 (Print – Softcover)

978-3-03805-539-6 (PDF)

978-3-03805-540-2 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-538>

**Version:** 1.00 – 20221101

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/mergers-acquisitions-in-recht-und-praxis/>.

# Inhaltsübersicht

## **M&A in Uncertain Times: No MAC und andere Exit-Möglichkeiten aus M&A-Transaktionen** 9

HANS-JAKOB DIEM, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei  
Lenz & Staehelin, Zürich

## **M&A und Aktivismus unter dem neuen Aktienrecht** 57

Dr. DIETER GERICKE, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei  
Homburger AG, Zürich

## **Non-Compete, Non-Solicitation und Retention-Agreements in M&A-Transaktionen** 81

NICOLAS BIRKHÄUSER, Rechtsanwalt, Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich  
Dr. PHILIPPE A. WEBER, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft  
Frey AG, Zürich

## **Aspekte der beruflichen Vorsorge in M&A-Transaktionen** 139

FRANZISKA STADTHERR-GLÄTTLI, Eidg. dipl. Steuerexpertin, LL.M., Counsel  
bei Lenz & Staehelin, Zürich

## **Foreign Direct Investment Control – von CFIUS in die Welt** 165

Dr. FRANK RÖHLING, Rechtsanwalt, Partner bei Freshfields Bruckhaus  
Deringer LLP, Berlin  
Dr. MARCEL MEINHARDT, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei  
Lenz & Staehelin, Zürich

## **M&A im Spannungsfeld von COVID-19** 193

Dr. MARCO SUPERINA, Managing Director, Credit Suisse (Schweiz) AG, Zürich  
BRICE BOLINGER, CFA, Managing Director, Credit Suisse (Schweiz) AG, Zürich  
THOMAS KARG, Analyst, Credit Suisse (Schweiz) AG, Zürich

# Non-Compete, Non-Solicitation und Retention-Agreements in M&A-Transaktionen

Nicolas Birkhäuser/Philippe A. Weber\*

## Inhalt

|      |                                                                                                                                               |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.   | <a href="#">Einleitung</a>                                                                                                                    | 83  |
| II.  | <a href="#">Begriffe und Abgrenzungen</a>                                                                                                     | 84  |
| 1.   | <a href="#">Non-Compete (Wettbewerbsverbot)</a>                                                                                               | 84  |
| 2.   | <a href="#">Non-Solicitation (Abwerbeverbot)</a>                                                                                              | 85  |
| 3.   | <a href="#">Retention-Agreement (Mitarbeiterbindungsvereinbarungen)</a>                                                                       | 86  |
| III. | <a href="#">Kartellrechtliche Beurteilung</a>                                                                                                 | 86  |
| 1.   | <a href="#">Wettbewerbs- und Abwerbeverbote im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen</a>                                                   | 87  |
| a)   | <a href="#">Rechtslage auf Ebene der EU: EU-Bekanntmachung zu Nebenabreden</a>                                                                | 87  |
| aa)  | <a href="#">Allgemeine Grundsätze</a>                                                                                                         | 88  |
| bb)  | <a href="#">Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beim Erwerb alleiniger Kontrolle</a>                                                              | 89  |
| cc)  | <a href="#">Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle</a>                                                             | 91  |
| b)   | <a href="#">Rechtslage in der Schweiz</a>                                                                                                     | 92  |
| aa)  | <a href="#">Allgemeines</a>                                                                                                                   | 92  |
| bb)  | <a href="#">Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beim Erwerb alleiniger Kontrolle</a>                                                              | 95  |
| aaa) | <a href="#">Zulässige Dauer von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten?</a>                                                                         | 96  |
| bbb) | <a href="#">Zulässige Dauer von Wettbewerbsverboten bei Stufenerwerb der alleinigen Kontrolle?</a>                                            | 98  |
| ccc) | <a href="#">Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten gegenüber nicht kontrollierenden Veräusserern?</a>                              | 98  |
| ddd) | <a href="#">Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten gegenüber natürlichen Personen?</a>                                                          | 99  |
| eee) | <a href="#">Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten zugunsten des Veräusserers?</a>                                                 | 105 |
| fff) | <a href="#">Zulässigkeit von Abwerbeverboten in Bezug auf Arbeitnehmer, die erst nach der Übertragung beim Unternehmen angestellt werden?</a> | 106 |

---

\* Wir danken MLaw Stephanie Huchler und MLE Dominique Sunitsch für die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Artikels.

|      |                                                                                                                                                              |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| cc)  | <u>Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle</u>                                                                                     | 107 |
| aaa) | <u>Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten bei (Neu-)Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zum Zweck der Erschliessung eines neuen Marktes?</u> | 108 |
| bbb) | <u>Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten bei Hinzukommen einer gemeinsam kontrollierenden Muttergesellschaft?</u>                                | 109 |
| ccc) | <u>Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten gegenüber nicht kontrollierenden Gesellschaftern?</u>                                                   | 111 |
| ddd) | <u>Zulässigkeit von nachvertraglichen Wettbewerbs- und Abwerbeverboten zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens?</u>                                          | 111 |
| eee) | <u>Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten gegenüber natürlichen Personen?</u>                                                                                  | 113 |
| fff) | <u>Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten im Aktionärbindungsvertrag, der als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR gilt?</u>                               | 114 |
| 2.   | <u>Wettbewerbs- und Abwerbeverbote ausserhalb von Unternehmenszusammenschlüssen</u>                                                                          | 115 |
| a)   | <u>Übersicht</u>                                                                                                                                             | 115 |
| b)   | <u>Prüfung gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG</u>                                                                                                         | 116 |
| aa)  | <u>Bundesgerichtsentscheid i.S. Gaba: Grundsätzliche Erheblichkeit von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG</u>                                             | 116 |
| bb)  | <u>Qualifikation von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten als Kernbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG</u>                                                     | 117 |
| cc)  | <u>Wettbewerbs- und Abwerbeverbote in Non-Disclosure Agreements im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen</u>                                             | 117 |
| c)   | <u>Rechtsfolgen der Kartellrechtswidrigkeit</u>                                                                                                              | 119 |
| d)   | <u>Lösungsvorschläge für die Praxis</u>                                                                                                                      | 120 |
| aa)  | <u>Begriff der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG restriktiv auslegen</u>                                                                             | 121 |
| bb)  | <u>Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG weit auslegen</u>                                                       | 123 |
| cc)  | <u>Analoge Anwendung des „ancillary restraints“-Gedanken</u>                                                                                                 | 125 |
| IV.  | <u>Arbeitsrechtliche Beurteilung</u>                                                                                                                         | 126 |
| 1.   | <u>Allgemeines</u>                                                                                                                                           | 126 |
| 2.   | <u>Retention-Agreement und Boni</u>                                                                                                                          | 127 |
| a)   | <u>Erscheinungsformen und Vertragsverhältnisse</u>                                                                                                           | 127 |
| b)   | <u>Anknüpfung der Vergütung an eine Bedingung und Formen der Vergütung</u>                                                                                   | 127 |
| c)   | <u>Zulässigkeit der Anknüpfung der Vergütung an das Bestehen des Arbeitsverhältnisses</u>                                                                    | 128 |

|    |                                                                              |     |
|----|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| V. | <a href="#">Allgemeine zivilrechtliche Beurteilung</a>                       | 129 |
| 1. | <a href="#">Schranken nach Art. 19 und 20 OR, insbesondere 27 Abs. 2 ZGB</a> | 130 |
| a) | <a href="#">Wettbewerbsverbote</a>                                           | 130 |
| b) | <a href="#">Abwerbeverbote</a>                                               | 131 |
| c) | <a href="#">Retention-Agreement</a>                                          | 131 |
| 2. | <a href="#">Bedingungen</a>                                                  | 132 |
| 3. | <a href="#">Konventionalstrafe</a>                                           | 132 |
| 4. | <a href="#">VegüV</a>                                                        | 132 |
|    | <a href="#">Literaturverzeichnis</a>                                         | 133 |

## I. Einleitung

Non-Compete, Non-Solicitation und Retention-Agreements sind wichtige vertragliche Werkzeuge, um in M&A-Transaktionen den Wert eines Unternehmens zu sichern bzw. die Geschäftstätigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.

Um den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmenskaufs sicherzustellen, genügt es häufig nicht, dass das Kaufobjekt übertragen wird. Der Veräusserer eines Unternehmens verfügt meist über das Know-how und die notwendigen Beziehungen, die zur erfolgreichen Führung des übertragenen Unternehmens erforderlich sind. Daher könnte er nach der Übertragung mit einer konkurrenzierenden Tätigkeit das übertragene Unternehmen und indirekt auch den Erwerber schädigen und damit den wirtschaftlichen Erfolg der Transaktion gefährden. Deshalb wird dem Veräusserer in Unternehmenskaufverträgen meist eine Non-Compete-Verpflichtung, d.h. ein Wettbewerbsverbot, auferlegt.<sup>1</sup> Wäre die Vereinbarung solcher Wettbewerbsverbote nicht möglich, bestünde die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Veräusserer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem übertragenen Unternehmen damit die Existenzgrundlage entziehen könnte.<sup>2</sup> Aus denselben Überlegungen muss es auch bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens möglich sein, den Muttergesellschaften, welche privilegierten Zugang zu Know-how und Geschäftswert (Goodwill) des Gemeinschaftsunternehmens haben, ein Konkurrenzieren des Gemeinschaftsunternehmens zu untersagen. Jede Muttergesellschaft hätte ansonsten die Möglichkeit, den Unternehmenswert des Ge-

---

<sup>1</sup> Schenker, 374 f.

<sup>2</sup> RPW 2006/4, 682 ff., Rz. 29 – ISS/*Edelweissfm*; Zäch, Rz. 384.

meinschaftsunternehmens für die eigene Einflussphäre zu sichern und könnte mit Wettbewerbshandlungen die Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens schädigen.<sup>3</sup>

Der Wert eines übertragenen Unternehmens oder eines gegründeten Gemeinschaftsunternehmens würde gleichermassen reduziert, wenn der Veräußerer bzw. die Muttergesellschaften das Personal des übertragenen Unternehmens bzw. des Gemeinschaftsunternehmens abwerben könnten. Daher sehen Unternehmenskaufverträge, Aktionärbindungsverträge oder Gründungsvereinbarungen auch häufig entsprechende Non-Solicitation oder Retention-Agreements, d.h. Abwerbeverbote oder Mitarbeiterbindungsvereinbarungen, vor.<sup>4</sup>

Trotz der weiten Verbreitung solcher Vereinbarungen ist die juristische Literatur dazu überschaubar und höchstrichterliche Rechtsprechung kaum vorhanden. Ziel dieses Beitrags ist es, die vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Non-Compete, Non-Solicitation und Retention-Agreements zu analysieren und einen Teil der sich stellenden Rechtsfragen zu beantworten. Hierzu werden zunächst die wesentlichen Begriffe erläutert und voneinander abgegrenzt (vgl. unten [II.](#)). Sodann wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen Non-Compete, Non-Solicitation und Retention-Agreements rechtlich zulässig sind. Dabei wird zwischen der kartellrechtlichen (vgl. unten [III.](#)), arbeitsrechtlichen (vgl. unten [IV.](#)) und allgemein zivilrechtlichen (vgl. unten [V.](#)) Zulässigkeit unterschieden und jeweils eine rechtsgebietsspezifische Beurteilung vorgenommen. Der kartellrechtlichen Beurteilung wird angesichts ihrer praktischen Relevanz besondere Beachtung geschenkt.

## II. Begriffe und Abgrenzungen

### 1. Non-Compete (Wettbewerbsverbot)

Unter einem Wettbewerbsverbot (oder Konkurrenzverbot) versteht man die vollständige oder teilweise Beschränkung eines Unternehmens, Unternehmensorgans oder Arbeitnehmers, in einem bestimmten Geschäftsfeld tätig zu werden oder zu bleiben.<sup>5</sup> Wettbewerbsverbote finden sich im Rahmen von M&A-Transaktionen insbesondere in Unternehmenskaufverträgen, Gründungsvereinbarungen oder Aktionärbindungsverträgen. Sie sollen sicherstel-

---

<sup>3</sup> Weidenbach/Mühle, 356.

<sup>4</sup> Schenker, 375.

<sup>5</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 162.

len, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Unternehmens erhält bzw. dass das Geschäft des Gemeinschaftsunternehmens vor Konkurrenz durch seine Muttergesellschaften geschützt wird.<sup>6</sup>

In der Lehre wird in rechtlicher Hinsicht zwischen gesetzlichen und vertraglichen Wettbewerbsverboten unterschieden.<sup>7</sup> Bei den gesetzlichen Wettbewerbsverboten verpflichtet der Gesetzgeber die Kontrahenten explizit zur Einhaltung eines Wettbewerbsverbots, dies meist unter Berücksichtigung des Interesses an der Aufrechterhaltung der im Gesetz hauptsächlich geregelten Verhältnisse.<sup>8</sup> Solche Vorschriften finden sich zum Beispiel im Arbeitsrecht (Art. 321a Abs. 3 und 340 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220)) und im Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 536 OR). Bei vertraglichen Wettbewerbsverboten werden die Kontrahenten, im Unterschied zu den gesetzlichen Wettbewerbsverboten, nicht mehr durch den Gesetzgeber, sondern durch ihre eigenen, inhaltlich übereinstimmenden und aufeinander bezogenen Willenserklärungen zur Einhaltung verpflichtet.<sup>9</sup> In wirtschaftlicher Hinsicht wird zwischen Wettbewerbsverboten im Horizontalverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen Wirtschaftsteilnehmern derselben Stufe der Wertschöpfungskette, und im Vertikalverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen Wirtschaftsteilnehmern unterschiedlicher Stufen der Wertschöpfungskette, unterschieden.<sup>10</sup> Im vorliegenden Zusammenhang stehen horizontale Wettbewerbsverbote im Vordergrund.

## 2. Non-Solicitation (Abwerbeverbot)

Ein Abwerbeverbot umschreibt ein Verbot einer abwerbenden Tätigkeit. Unter Abwerbung wird dabei die Einflussnahme auf eine bestimmte Person verstanden, mit dem Ziel, diese Person zur Beendigung eines bestehenden Vertrages und zum Abschluss eines neuen Vertrages mit dem Abwerbenden oder einem Dritten zu veranlassen. Von Bedeutung ist in der Praxis vor allem die Abwerbung von Arbeitnehmern und Kunden; Abwerbeverbote in Bezug auf Kunden gehen jedoch in der Regel in Wettbewerbsverboten auf, da die Kundenabwerbung ein klassischer Anwendungsfall einer konkurrenzierenden Tätigkeit ist.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Volz, 228 f.

<sup>7</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 162 f.; Demir, 8 ff.

<sup>8</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 163.

<sup>9</sup> Demir, 8 ff.

<sup>10</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 163 f.

<sup>11</sup> Ruggli/Vischer, 301.

### 3. Retention-Agreement (Mitarbeiterbindungsvereinbarungen)

Eine Mitarbeiterbindungsvereinbarung stellt eine Vereinbarung dar, mit der ein positiver Anreiz für den Mitarbeiter geschaffen werden soll, das übertragene Unternehmen während einer bestimmten Dauer nicht zu verlassen. Der Abschluss von Mitarbeiterbindungsvereinbarungen eignet sich vor allem dann, wenn bei Mitarbeitern liegendes Know-how übertragen wird oder nachvertragliche Wettbewerbsverbote keine oder nur eine ungenügende Option darstellen. Typische arbeitsrechtliche Instrumente zur Mitarbeiterbindung sind sogenannte Bleibe- oder Treueprämien (auch Retention-Boni genannt), welche die Zahlung einer Prämie vorsehen, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Stichtag noch besteht.

## III. Kartellrechtliche Beurteilung

Die nachfolgende kartellrechtliche Beurteilung betrifft die Wettbewerbs- und Abwerbeverbote, nicht aber die Mitarbeiterbindungsvereinbarungen, da letztere kartellrechtlich in der Regel unproblematisch sind. Daneben kann auch auf eine kartellrechtliche Überprüfung von *gesetzlichen* Wettbewerbsverboten grundsätzlich verzichtet werden, da diese als sichtbarer Ausdruck der legislatorischen Vorentscheidung eine Antwort auf typische Interessenkonflikte liefern und als für die Sicherung des Hauptzwecks der in Frage stehenden Verträge erforderlich erachtet werden.<sup>12</sup> Werden gesetzliche Wettbewerbsverbote vertraglich konkretisiert, ist jedoch jeweils zu prüfen, ob der vertraglich vereinbarte Umfang des Wettbewerbsverbots tatsächlich nicht über den gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen hinausgeht.<sup>13</sup> Nachfolgend stehen daher die *vertraglichen* Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote im Vordergrund, die aufgrund ihrer vergleichbaren Wirkung kartellrechtlich in gleicher Weise beurteilt und deshalb im Folgenden gemeinsam behandelt werden.<sup>14</sup>

Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote stellen vertragliche Abreden dar, bei denen sich grundsätzlich die Frage nach der Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen über die unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbe-

---

<sup>12</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 168 f.; Demir, 8 ff.

<sup>13</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 169.

<sup>14</sup> Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03), Rz. 26; Ruggli/Vischer, 301 f.; Kartellrecht-Komm.-Käseberg, Art. 8 FKVO N 95.

werbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) stellt.<sup>15</sup> Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen und damit die Zulässigkeit von vertraglichen Wettbewerbs- oder Abwerbeverboten im Bereich des Kartellrechts hängen – wie nachfolgend aufgezeigt wird – massgeblich davon ab, vor welchem Hintergrund die Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote vereinbart worden sind.<sup>16</sup>

Werden die Wettbewerbs- und Abwerbeverbote im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses gemäss Art. 4 Abs. 3 KG vereinbart und sind sie mit der Durchführung dieses Unternehmenszusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig, werden sie (auf Antrag hin) als sog. Nebenabreden (*ancillary restraints*) ausschliesslich im Rahmen der Fusionskontrolle geprüft und von einer allfälligen Unbedenklichkeitserklärung miterfasst (sog. Konzentrationsprivileg) (vgl. unten [III.1.](#)). Die Bestimmungen der Verhaltenskontrolle von Art. 5 KG finden hier keine Anwendung. Ausserhalb von Unternehmenszusammenschlüssen, d.h. wenn die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 3 KG nicht erfüllt sind, oder wenn die fraglichen Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote nicht als Nebenabrede qualifizieren, werden sie nach aktueller Behördenpraxis als Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG gemäss Art. 5 KG beurteilt (vgl. unten [III.2.](#)).<sup>17</sup>

## **I. Wettbewerbs- und Abwerbeverbote im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen**

Dem schweizerischen Kartellrecht fehlen ein Erlass oder eine Bekanntmachung, die sich explizit mit Wettbewerbs- oder Abwerbeverboten im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen befassen,<sup>18</sup> dies im Unterschied zum europäischen Kartellrecht, welches eine separate Bekanntmachung zur Regelung von Nebenabreden im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen vorsieht.<sup>19</sup>

### *a) Rechtslage auf Ebene der EU: EU-Bekanntmachung zu Nebenabreden*

Die Europäische Kommission hat erstmals im Jahr 1990 eine Bekanntmachung erlassen, die sich in allgemeiner Weise mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit

---

<sup>15</sup> Volz, 230 f.; BSK KG-Borer, Art. 32 N 86 f.; Heinemann, Konkurrenzverbot, 169.

<sup>16</sup> Volz, 230 f.; Weidenbach/Mühle, 353.

<sup>17</sup> Weber/Volz, Rz. 2.971 ff.; Fischer, 228; BSK KG-Borer, Art. 32 N 86 ff.; Egli, Bedeutung, 71; BSK KG-Borer, Art. 32 N 86 f.; Weber/Volz, 2.969 ff.; Thomi, Rz. 68.

<sup>18</sup> CR- Venturi/Favre, Art. 10 N 146.

<sup>19</sup> KG Dike Kommentar-Prümmer, Art. 10 N 205; Volz, 239.

von Nebenabreden – wie Wettbewerbs- und Abwerbeverboten – im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen befasst („EU-Bekanntmachung von 1990“).<sup>20</sup> Im Jahr 2001 erliess die Kommission eine neue Bekanntmachung („EU-Bekanntmachung von 2001“),<sup>21</sup> welche am 5. März 2005 von der noch heute geltenden Version, der *Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind* (2005/C 56/03) („EU-Bekanntmachung“), abgelöst wurde. Zwar bewirkt die EU-Bekanntmachung zwingend nur eine Selbstbindung der Europäischen Kommission. Da sie auf langjähriger Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission fusst und auch Entscheidungen der EU-Gerichte berücksichtigt, wird sie aber auch von den nationalen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten als Auslegungshilfe herangezogen und berücksichtigt.<sup>22</sup>

#### aa) Allgemeine Grundsätze

Als allgemeiner Grundsatz hält die EU-Bekanntmachung fest, dass Nebenabreden zulässig und von einem Fusionsentscheid gedeckt sind, wenn sie mit der Durchführung eines Unternehmenszusammenschlusses „unmittelbar verbunden“ und für diese „notwendig“ sind. Die Kriterien „unmittelbare Verbundenheit“ und „Notwendigkeit“ sind dabei objektiver Natur.<sup>23</sup> Für die Erfüllung der Kriterien reicht es nicht aus, wenn lediglich die beteiligten Unternehmen eine Abrede als mit der Durchführung des Unternehmenszusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig erachten; vielmehr ist erforderlich, dass die Abrede angesichts ihrer Art und der Merkmale des Marktes auch von anderen Unternehmen unter ähnlichen Gegebenheiten geschlossen worden wäre.<sup>24</sup>

Das Kriterium der „unmittelbaren Verbundenheit“ bedeutet, dass das Wettbewerbsverbot in wirtschaftlicher Hinsicht mit dem Unternehmenszusammenschluss verbunden ist und den reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur gewährleisten soll. Unmittelbarkeit ist nur gegeben, wenn die Vereinbarung im Rahmen des Unternehmenszusammenschlusses selbst er-

---

<sup>20</sup> Bekanntmachung der Kommission über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (90/C 203/05) vom 14. August 1990.

<sup>21</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2001/C 188/03) vom 4. Juli 2001.

<sup>22</sup> Volz, 234.

<sup>23</sup> Kartellrecht-Komm.-Käseberg Art. 8 FKVO N 92.

<sup>24</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 11; Demir, 52.

folgt. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist.<sup>25</sup>

Das Kriterium der „Notwendigkeit“ bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewissen Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte.<sup>26</sup> Notwendige Nebenabreden zeichnen sich dadurch aus, dass sie darauf abzielen, den übertragenen Vermögenswert zu erhalten, die Versorgungssicherheit nach Auflösung einer wirtschaftlichen Einheit zu gewährleisten oder den Start eines neuen Unternehmens zu ermöglichen. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>27</sup>

Für die Beurteilung dieser Verhältnismässigkeit im engeren Sinn, d.h. des zulässigen zeitlichen, sachlichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereichs, stellt die EU-Bekanntmachung unterschiedliche Grundsätze für die Übernahme eines Unternehmens (d.h. den Erwerb alleiniger Kontrolle) (vgl. unten [III.1.a\)bb\)](#)) und für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (d.h. den Erwerb gemeinsamer Kontrolle) auf (vgl. unten [III.1.a\)cc\)](#)).<sup>28</sup>

#### *bb) Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beim Erwerb alleiniger Kontrolle*

Wettbewerbs- und Abwerbeverbote im Zusammenhang mit der Übernahme eines Unternehmens, d.h. dem Erwerb alleiniger Kontrolle, sind von vornherein nur dann als notwendig zu betrachten, wenn neben materiellen Vermögenswerten (wie Grundstücken, Gebäuden oder Maschinen) auch immaterielle Vermögenswerte (wie Know-how oder Goodwill) übertragen werden.<sup>29</sup> Die

---

<sup>25</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 12.

<sup>26</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 13.

<sup>27</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 13.

<sup>28</sup> Kartellrecht-Komm.-Käseberg, Art. 8 FKVO N 93.

<sup>29</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 21.

zulässige zeitliche Beschränkung eines Wettbewerbs- oder Abwerbeverbots richtet sich entscheidend danach, von welcher Art die übertragenen Vermögenswerte sind.<sup>30</sup>

In zeitlicher Hinsicht sind Wettbewerbs- und Abwerbeverbote für eine Dauer von bis zu drei Jahren gerechtfertigt, wenn sowohl der Geschäftswert (Goodwill) als auch das Know-how übertragen werden. Wird lediglich der Geschäftswert (Goodwill) übertragen, verkürzt sich der zulässige Zeitraum auf bis zu zwei Jahre.<sup>31</sup> Die EU-Bekanntmachung geht davon aus, dass dieser Zeitraum grundsätzlich ausreicht, um dem Erwerber zu ermöglichen, den von ihm bezahlten Unternehmenswert auch tatsächlich für seine Einflussosphäre zu sichern.<sup>32</sup>

Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann jedoch auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung erst geschäftlich tätig zu werden plante, sofern dies durch entsprechende Investitionen nachgewiesen werden kann.<sup>33</sup>

Dementsprechend müssen sich die Wettbewerbs- und Abwerbeverbote in sachlicher Hinsicht auf die Waren – einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle – und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die aber noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produktions- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird gemäss der EU-Bekanntmachung als unnötig erachtet.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Kartellrecht-Komm.-Käseberg, Art. 8 FKVO N 94.

<sup>31</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 19 f.

<sup>32</sup> Weidenbach/Mühle, 355.

<sup>33</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 22.

<sup>34</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 23.

In persönlicher Hinsicht können durch ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot neben dem Veräusserer des übertragenen Unternehmens auch dessen Tochtergesellschaften und seine Handelsvertreter verpflichtet werden, nicht jedoch sonstige Dritte.<sup>35</sup>

Vereinbarungen, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu erhalten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den oben genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder materielle Einflussnahme im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.<sup>36</sup>

*cc) Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle*

Für den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle gelten mit gewissen Abweichungen die gleichen Grundsätze wie für den Erwerb der alleinigen Kontrolle. Wenn von Gründerunternehmen zusammen ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wird und dabei Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote vereinbart werden, werden diese von der EU-Bekanntmachung dann als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig erachtet, wenn sich die Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung oder Satzung vorgesehen sind.<sup>37</sup>

In zeitlicher Hinsicht können zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbs- und Abwerbeverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>38</sup>

Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründerunternehmen die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben. Er kann jedoch auf Ge-

---

<sup>35</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 24; Kartellrecht-Komm.-Käseberg, Art. 8 FKVO N 94.

<sup>36</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 25.

<sup>37</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 36.

<sup>38</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 36.

biete erstreckt werden, in denen die Gründerunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung geschäftlich tätig zu werden planten, sofern sie bereits entsprechende Investitionen getätigt haben.<sup>39</sup>

Ebenso sind Wettbewerbs- und Abwerbeverbote auf die Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Gründung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Produkte, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden.<sup>40</sup>

Wird ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet, um einen neuen Markt zu erschliessen, wird auf diejenigen Waren, Dienstleistungen und Gebiete Bezug genommen, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen nach der betreffenden Gründungsvereinbarung oder Nebenvereinbarung aktiv sein soll.<sup>41</sup>

In persönlicher Hinsicht hält die EU-Bekanntmachung explizit fest, dass Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote zwischen Gründerunternehmen ohne Beherrschungsmacht und einem Gemeinschaftsunternehmen nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese nicht als notwendig gelten.<sup>42</sup>

#### *b) Rechtslage in der Schweiz*

##### *aa) Allgemeines*

Unter Geltung der ersten beiden Schweizer Kartellgesetzgebungen von 1962 und 1985 erfuhren die einseitigen Wettbewerbs- und Abwerbeverbote eine kategorische Ausklammerung: Beide Gesetze richteten sich primär gegen Kartelle und herrschende Lehre und Rechtsprechung gingen folglich davon aus, dass das Kartell begriffsnotwendig eine gesellschaftliche oder gesellschaftsähnliche Organisationsstruktur erfordere, die bei einseitigen Verpflichtungen eindeutig fehle.<sup>43</sup>

Unter Geltung des aktuellen Kartellgesetzes hat sich das schweizerische Bundesgericht soweit ersichtlich erst ein einziges Mal mit der besonderen Rolle

---

<sup>39</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 37.

<sup>40</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 38.

<sup>41</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 39.

<sup>42</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 40; vgl. dazu auch Europäische Kommission, 21. März 2000, Fall COMP/M.1636, MMS/DASA/Astrium, Rz. 155–157; Kartellrecht-Komm.-Käseberg, Art. 8 FKVO N 104.

<sup>43</sup> Demir, 69.

von Wettbewerbsverboten im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen beschäftigt.<sup>44</sup> In dieser Entscheidung von 1998<sup>45</sup> sprach sich das Bundesgericht auch unter Geltung des neuen Kartellgesetzes von 1995 für einen Fortbestand des alten Rechtszustandes aus und wandte entsprechend das Gesetz auf die einseitigen Wettbewerbsverbote nicht an, da bei einseitigen Wettbewerbsverboten keine kartellrechtliche Organisation vorliege und deshalb nicht von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gesprochen werden könne.<sup>46</sup> Das Bundesgericht grenzte sich hiermit bewusst von der Rechtslage in der EU ab<sup>47</sup> und argumentierte massgeblich mit dem veralteten Begriff der „kartellähnlichen Organisation“.<sup>48</sup> Dieser Bundesgerichtsentscheid wurde in der Lehre hinsichtlich seiner Begründung einhellig abgelehnt, da das aktuelle Kartellgesetz nicht mehr, wie noch unter Geltung der alten Gesetze, eine „gemeinsame Beschränkung“ des Wettbewerbs voraussetzt. Die Argumentation des Bundesgerichts gilt daher zurecht nicht mehr als aktuell.<sup>49</sup>

Auch die Wettbewerbskommission („WEKO“) hat sich von der erläuterten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu einseitigen Wettbewerbsverboten distanziert. Im Zusammenschlussvorhaben *ISS/Edelweissfm* aus dem Jahr 2006 hat sich die WEKO eingehend mit dem Bundesgerichtsentscheid auseinandergesetzt und ist zum Schluss gekommen, dass Wettbewerbsverbote grundsätzlich als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eingestuft werden müssen.<sup>50</sup> Im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen sei die Qualifikation von Wettbewerbsverboten als Wettbewerbsabreden aber dann entbehrlich, wenn die Wettbewerbsverbote räumlich, sachlich und zeitlich notwendig seien, um den Aufbau des Kundenstamms oder des Know-hows nach einem vollzogenen Unternehmenszusammenschluss sicherzustellen. Dann seien die Wettbewerbsverbote nicht als Wettbewerbsabreden zu behandeln und müssen nicht auf ihre Unzulässigkeit gemäss Art. 5 KG überprüft werden.<sup>51</sup> Dabei hat die WEKO explizit auf die EU-Bekanntmachung und die darin

---

<sup>44</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 169; Volz, 231 ff.

<sup>45</sup> BGE 124 III 495.

<sup>46</sup> Cotti, Rz. 233.

<sup>47</sup> BGE 124 III 495 E. 2: „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 Anlehnung an das Recht der Europäischen Union angestrebt, jedoch – namentlich mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage – bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet“.

<sup>48</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 170.

<sup>49</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 170; Demir, 72 f.; Cotti, Rz. 236; Martenet/Heinemann, 96 f.

<sup>50</sup> RPW 2006/4, 682 ff., 690, Rz. 40 f. – *ISS/Edelweissfm*; KG Dike Kommentar-Bangerter/Zirlick, Art. 4 N 204.

<sup>51</sup> RPW 2006/4, 682 ff., 690, Rz. 40 f. – *ISS/Edelweissfm*.

aufgestellten Kriterien der „unmittelbaren Verbundenheit“ und „Notwendigkeit“ hingewiesen und die im konkreten Fall vereinbarten Wettbewerbsverbote unter diesen Gesichtspunkten geprüft.<sup>52</sup>

In den fusionskontrollrechtlichen Entscheiden der WEKO der letzten zehn Jahre wird jeweils explizit festgehalten, dass die WEKO ihre Praxis bezüglich Wettbewerbs- und Abwerbeverbote im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen weitgehend nach der EU-Bekanntmachung richtet.<sup>53</sup> Die Prüfung durch die WEKO erfolgt dabei nur auf Antrag hin und nicht von Amtes wegen.<sup>54</sup> In den letzten zehn Jahren wurden der WEKO mehr als 250 Unternehmenszusammenschlüsse gemeldet, wobei aber nur in ca. 60 Fällen eine Prüfung von Wettbewerbs- oder Abwerbeverboten beantragt wurde.<sup>55</sup> Aufgrund der grossen Bedeutung solcher Nebenabreden für die Durchführung und den Erfolg von Unternehmenszusammenschlüssen ist mit einer viel höheren Dunkelziffer solcher Nebenabreden zu rechnen. Ein Grund für die zurückhaltende Beantragung der Prüfung von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten ist die restriktive Praxis der WEKO,<sup>56</sup> die in jüngerer Zeit grundsätzlich starr und mechanisch den Kriterien der EU-Bekanntmachung folgt und sich auch in begründeten Einzelfällen nicht darüber hinaus wagt. In der Regel wird heute daher nur noch die Prüfung solcher Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beantragt, die klar in das Raster der EU-Bekanntmachung passen und damit unproblematisch sind. Für komplexere bzw. einzelfallbezogene Konstellationen wird meist keine Prüfung durch die WEKO beantragt, sondern eine Selbsteinschätzung vorgenommen, denn eine Beurteilung durch die WEKO ist für die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden nicht konstitutiv. Erfüllt eine nicht beurteilte Abrede die Voraussetzungen der „unmittelbaren Verbundenheit“ und der „Notwendigkeit“, ist sie auch ohne Prüfung durch die WEKO

---

<sup>52</sup> RPW 2006/4, 682 ff., 690, Rz. 41 ff. – ISS/*Edelweissfm*; BSK KG-Krauskopf/Schaller, Art. 5 N 42; BSK KG-Borer, Art. 32 N 88.

<sup>53</sup> Thomi, 237, Rz. 57.

<sup>54</sup> Vgl. Merkblatt und Formular der WEKO zur Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21. Oktober 2014 (BBl 2014 8321–8334; Stand am 1. August 2015), 12; RPW 2020/1, 251 ff., 257, Rz. 65 – *Medbase/Zur Rose*; Thomi, 241, Rz. 71.

<sup>55</sup> Die WEKO prüft solche Nebenabreden im Rahmen der Fusionskontrolle ausserdem nicht von Amtes wegen, sondern lediglich auf Begehren hin; vgl. RPW 2018/4, 866 ff., 917, Rz. 365 – *AZ Medien/NZZ*.

<sup>56</sup> Ein weiterer Grund für eine hohe Dunkelziffer ist der Umstand, dass in der Schweiz wegen der hohen Schwellenwerte viele Zusammenschlussvorhaben nicht meldepflichtig sind und eine Prüfung durch die WEKO deshalb von vornherein ausser Betracht fällt.

zulässig und durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid gedeckt, jedoch tragen die Zusammenschlussparteien nach Freigabe des Vorhabens das Beurteilungsrisko.<sup>57</sup>

Primäre Voraussetzung dafür, dass ein Wettbewerbs- oder Abwerbverbot nicht als Wettbewerbsabrede unter Art. 5 KG fällt, sondern vom Konzentrationsprivileg profitiert, ist somit, dass es sich bei der in Frage stehenden Transaktion tatsächlich um einen Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 KG handelt.<sup>58</sup> Ein Unternehmenszusammenschluss kann durch Fusion, durch Erwerb alleiniger Kontrolle oder durch Erwerb gemeinsamer Kontrolle bewirkt werden.<sup>59</sup> Wesentliches Merkmal ist dabei der Kontrollenerwerb. Ändern sich die Kontrollverhältnisse bei einer M&A-Transaktion nicht, handelt es sich nicht um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG, und ein dabei vereinbartes Wettbewerbs- oder Abwerbverbot fällt unter die Vorschriften betreffend Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG.<sup>60</sup> Keine Rolle für die Definition des Begriffs des Unternehmenszusammenschlusses spielt dabei, ob der Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 9 ff. KG meldepflichtig ist oder nicht.<sup>61</sup>

#### *bb) Wettbewerbs- und Abwerbverbote beim Erwerb alleiniger Kontrolle*

In expliziter Anlehnung an die in der EU-Bekanntmachung aufgestellten Grundsätze beurteilt die WEKO Wettbewerbs- und Abwerbverbote im Rahmen des Erwerbs alleiniger Kontrolle somit als zulässig, wenn sie mit der Durchführung des Unternehmenszusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind.<sup>62</sup> Verpflichtet werden können der Veräusserer, seine Tochtergesellschaften und Handelsvertreter. Das zulässige zeitliche Mass beträgt grundsätzlich bis zu drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert (Goodwill) als auch das Know-how übertragen wird, bzw. bis zu zwei Jahren, wenn nur der Geschäftswert (Goodwill) Gegenstand der Transaktion ist.<sup>63</sup> Der räumliche Geltungsbereich hat sich grundsätzlich auf das Gebiet zu beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Wa-

---

<sup>57</sup> KG Dike Kommentar-Prümmer, Art. 10 N 216; KG Dike Kommentar-Ritschard/Spühler, Art. 32 N 44 f.; vgl. auch Commission Decision, Case COMP/39736 of 18 June 2012 – *Areva SA/Siemens AG*, Rz. 40 für Situation auf Ebene der EU.

<sup>58</sup> Volz, Wettbewerbsverbote als Ancillary Restraints beim Unternehmenskauf, 229 f.; Ruggli/Vischer, 300; Weber/Volz, 2.971.

<sup>59</sup> BSK KG-Reinert/Vischer, Art. 4 Abs. 3 N 213.

<sup>60</sup> Ruggli/Vischer, 300; Volz, 229 f.

<sup>61</sup> Volz, 230.

<sup>62</sup> RPW 2017/1, 110 ff., 115 f., Rz. 51 ff. – *Tech Data/Avnet TS*.

<sup>63</sup> RPW 2017/1, 110 ff., 116, Rz. 58 – *Tech Data/Avnet TS*.

ren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat (vgl. oben [III.1.a\)bb\)](#)).<sup>64</sup> In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbs- und Abwerbeverbote grundsätzlich auf die Waren – einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle – und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden (vgl. oben [III.1.a\)bb\)](#)).

*aaa) Zulässige Dauer von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten?*

In der Praxis stellt sich die Frage, ob Wettbewerbs- und Abwerbeverbote von mehr als drei Jahren, insbesondere von fünf Jahren, zulässig sind. Wie bereits erwähnt, ist die zulässige Geltungsdauer von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten gemäss der EU-Bekanntmachung grundsätzlich auf maximal drei Jahre beschränkt.<sup>65</sup> Während die Fassungen der EU-Bekanntmachung von 1990<sup>66</sup> und 2001<sup>67</sup> noch explizit festhielten, dass längerfristige Verbote unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein können, verweist die aktuelle Version der EU-Bekanntmachung von 2005 nur noch in einer Fussnote auf solche Ausnahmefälle.<sup>68</sup> Diese Ausnahmefälle zeichnen sich insbesondere durch einen hohen Grad an Kundentreue<sup>69</sup> oder einen langen wirtschaftlichen Lebenszyklus der betroffenen Produkte<sup>70</sup> aus.

Die WEKO hätte die Möglichkeit, auch Wettbewerbsverbote von bis zu fünf Jahren als zulässig zu erachten, wie sie es in ihrer älteren Praxis gehandhabt hat. In einem Entscheid aus dem Jahr 2001 liess die WEKO ein Wettbewerbsverbot von fünf Jahren im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Bombar-*

---

<sup>64</sup> RPW 2017/1, 110 ff., 116, Rz. 59 – *Tech Data/Avnet TS*.

<sup>65</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 20.

<sup>66</sup> EU-Bekanntmachung von 1990, 2: „Was die Dauer des Wettbewerbsverbots betrifft, so gilt ein Zeitraum von fünf Jahren als angemessen, wenn die Übertragung des Unternehmens den Kundenstamm und das Know-how miteinschließt; ein Zeitraum von zwei Jahren gilt dagegen als ausreichend, wenn sie sich nur auf den Kundenstamm erstreckt.“

<sup>67</sup> EU-Bekanntmachung von 2001, Rz. 15: „Längerfristige Verbote sind nur unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt: wenn zum Beispiel nachgewiesen wird, dass die Kunden dem Veräußerer länger als zwei Jahre treu bleiben oder – sofern eine zusätzliche Schutzfrist auch durch die Übertragung von Know-how gerechtfertigt ist – länger als drei Jahre.“

<sup>68</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 20 Fn. 6; Volz, 236; BSK KG-Borer/Kostka, Art. 32 N 91.

<sup>69</sup> Entscheidung der Kommission vom 1. September 2000 COMP/M.1980 – *Volvo/Renault V.I.*, Rz. 56.

<sup>70</sup> Entscheidung der Kommission vom 23. Oktober 1998 IV/M.1298 – *Kodak/Imation*, Rz. 73; RPW, 2009/4, 451 ff., Rz. 68 – *Emmi Interfräis SA/Kellenberger Frisch Service SA*; *CR-Venturi/Favre*, Art. 10 N 151.

dier/Atranz zu, weil es im Rahmen des Notwendigen liege.<sup>71</sup> Im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Zusammenschlussvorhaben ISS/Edelweissfm aus dem Jahr 2006 erachtete die WEKO auch unter Anwendung der aktuellen EU-Bekanntmachung ein Wettbewerbsverbot von fünf Jahren als gerechtfertigt, weil der praktisch ausschliessliche Wert des übertragenen Unternehmens im Vertrag mit der Hauptkundin bestand und es für den Erwerber (ISS) deshalb von herausragender Bedeutung war, diesen Vertrag wieder zu erlangen. Durch das fünfjährige Wettbewerbsverbot sollte sichergestellt werden, dass sich die Aktionäre des Veräusserers (Edelweissfm) nach dem Auslaufen des Vertrages nicht unter einer neuen Firma für das Mandat bewerben konnten. Seit diesem Entscheid hat die WEKO soweit ersichtlich jedoch in keinem Fall mehr ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot von über drei Jahren als zulässig erachtet, auch wenn dies im Einzelfall unter Umständen hätte gerechtfertigt werden können.

So entschied die WEKO im Jahr 2015, dass das zwischen der Swisscom und Tamedia im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Swisscom Directories AG/Search.ch AG* vereinbarte fünfjährige Wettbewerbsverbot nicht gerechtfertigt sei, da keine qualifizierenden Gründe ersichtlich seien, die ein über drei Jahre hinausgehendes Verbot rechtfertigen würden.<sup>72</sup> Die Situation, dass Tamedia durch den Verkauf ihrer Beteiligung erhebliche Mittel zufließen, welche Tamedia dafür einsetzen könnte, konkurrenzierende Aktivitäten aufzunehmen, sei keineswegs ungewöhnlich. Daran ändere auch nichts, dass Tamedia in mit dem übertragenen Unternehmen verwandten Bereichen tätig bleibe und sich dadurch ein gewisses Mass an Know-how erhalten könne. Daher sei das vereinbarte Wettbewerbsverbot nur für einen Zeitraum von maximal drei Jahren als unbedingt notwendig zu qualifizieren und damit durch das Zusammenschlussvorhaben gedeckt.<sup>73</sup>

Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob Wettbewerbs- und Abwerbeverbote von mehr als drei Jahren heute noch zulässig abgeschlossen werden können. Bei Vorliegen besonderer Gründe kann eine längere Dauer im Einzelfall grundsätzlich gerechtfertigt sein. Die WEKO ist diesbezüglich aber sehr zurückhaltend.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> RPW 2001/1, 129 ff., 131, Rz. 15 – *Bombardier/Atranz*.

<sup>72</sup> RPW 2015/3, 375 ff. – *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

<sup>73</sup> RPW 2015/3, 375 ff., Rz. 165 f. – *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

<sup>74</sup> Thomi, 238, Rz. 60.

*bbb) Zulässige Dauer von Wettbewerbsverboten bei Stufenerwerb der alleinigen Kontrolle?*

Ein von der EU-Bekanntmachung nicht adressiertes Problem ist, wann die zwei- bzw. dreijährige Geltungsdauer des Wettbewerbsverbots zu laufen beginnt, wenn die alleinige Kontrolle über mehrere, von vornherein vorgesehene Stufen erworben wird. Denkbar ist etwa, dass zunächst eine 25%ige Beteiligung erworben wird, welche nach einem Jahr auf eine 50%ige Beteiligung erhöht und noch ein Jahr später kontinuierlich bis zur vollständigen Kontrollübernahme aufgestockt wird.<sup>75</sup> In der Lehre wird richtigerweise vertreten, dass die Frist für das Wettbewerbsverbot erst dann zu laufen beginnt, wenn die Beteiligung des Veräusserers auf eine reine Finanzbeteiligung reduziert worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt hat nämlich der Erwerber keine Möglichkeit, den Unternehmenswert ungehindert und exklusiv für seine Einflussosphäre zu sichern. Je nach den konkreten Umständen kann in derartigen Fällen der Tatsache Rechnung getragen werden, dass der Erwerber im Zeitpunkt der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle die gesellschaftsrechtlich vermittelte Möglichkeit erhält, zumindest einen Teil des Unternehmenswerts in seine Einflussosphäre zu transferieren. Andererseits hat der Veräusserer während der Dauer der gemeinsamen Kontrolle nach wie vor privilegierten Zugang zu Know-how, Strategie, Informationen und Geschäftswert (Goodwill) des Unternehmens. Es ist in solchen Fällen daher in der Regel nicht angebracht, nur noch ein zwei- und kein dreijähriges Wettbewerbsverbot zuzulassen, wie dies von der Lehre vereinzelt vertreten wird.<sup>76</sup> Gegen eine solche verkürzte Dauer des Wettbewerbsverbots spricht auch, dass bei einem Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle grundsätzlich nichts gegen ein dreijähriges Wettbewerbsverbot spricht.<sup>77</sup> Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies nicht auch bei einem Stufenerwerb gelten sollte.

*ccc) Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten gegenüber nicht kontrollierenden Veräusserern?*

In der Lehre stellt sich sodann die Frage, wer alles Adressat eines Wettbewerbs- oder Abwerbeverbots sein kann. Gemäss EU-Bekanntmachung kann der Veräusserer sich selbst, seine Tochtergesellschaften und seine Handelsvertreter zur Beachtung des Wettbewerbs- oder Abwerbeverbots verpflichten.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Weidenbach/Mühle, 355.

<sup>76</sup> Weidenbach/Mühle, 355; Volz, 240.

<sup>77</sup> Vgl. im Einzelnen oben [III.1.b\)ccc\)ddd\)](#).

<sup>78</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 24.

Die EU-Bekanntmachung äussert sich nicht weiter zur Frage, ob lediglich Veräusserer, die ein Unternehmen allein oder gemeinsam kontrolliert haben, oder auch nicht kontrollierende Veräusserer Adressaten eines Wettbewerbsverbots sein können. Auch die WEKO behandelt die Frage nicht systematisch und äussert sich entsprechend in ihren fusionskontrollrechtlichen Entscheiden auch nicht zu den konkreten Beteiligungsverhältnissen im jeweils zu übertragenden Unternehmen oder zu anderen die Kontrolle verleihenden Sachverhaltselementen. In der Lehre wird richtigerweise festgehalten, dass es objektiv auch erforderlich, d.h. unmittelbar mit der Durchführung des Unternehmenszusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, sein kann, einen nicht kontrollierenden Gesellschafter bei der Veräusserung seiner Minderheitsbeteiligung einem Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot zu unterwerfen, wenn er nicht nur Gesellschafter des Unternehmens war, sondern auch im operativen Geschäft Einfluss genommen hat.<sup>79</sup> In der EU werden entsprechend auch Wettbewerbsverbote mit nicht beherrschenden Gesellschaftern als zulässig erachtet. U.E. ist diese Ansicht ohne Weiteres auf die Schweiz übertragbar. So sollte wie im EU-Recht die Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverböten auf alle Veräusserer erstreckt werden, die durch Entfaltung einer Konkurrenzfähigkeit in der Lage wären, eine wie auch immer geartete nachträgliche „Wertminderung“ des übertragenen Unternehmens herbeizuführen.<sup>80</sup>

Je geringer der veräussernde Gesellschafter jedoch mit dem operativen Geschäft, den immateriellen Werten, wie dem Know-how, oder der Strategie des übertragenen Unternehmens vertraut war, umso weniger rechtfertigt sich ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich der Einfluss von nicht kontrollierenden Gesellschaftern auf das übertragene Unternehmen bzw. deren Möglichkeit, den Wert des übertragenen Unternehmens durch eine konkurrenzierende Tätigkeit auszuhöhlen, unter Umständen schneller verringern dürfte als bei einem kontrollierenden Gesellschafter, und deshalb die Dauer eines allfälligen Wettbewerbs- und Abwerbeverbots ggf. entsprechend reduziert werden kann.<sup>81</sup> Das ist im Einzelfall zu prüfen. Eine Praxis der Wettbewerbsbehörden existiert dazu soweit ersichtlich noch nicht.

#### *ddd) Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten gegenüber natürlichen Personen?*

Einem Aspekt, dem bisher wenig Beachtung geschenkt wurde, ist die Frage nach der kartellrechtlichen Erfassung von Wettbewerbsverboten mit natürlichen Personen.

---

<sup>79</sup> Weidenbach/Mühle, 356 mit Verweis auf Kapp/Schumacher, 488; Volz, 236.

<sup>80</sup> Heuchert, 274.

<sup>81</sup> Vgl. Weidenbach/Mühle, 356 mit Verweis auf Kapp/Schumacher, 488.

Bei M&A-Transaktionen werden oftmals Wettbewerbsverbote gegenüber natürlichen Personen in den Arbeitsvertrag mit dem übertragenen Unternehmens oder in den Unternehmenskaufvertrag aufgenommen.<sup>82</sup> Insbesondere in Fällen von Schlüsselpersonen wie Gründern oder anderen Beteiligten mit viel Wissen über die Produkte oder das Geschäft, erscheint die kartellrechtliche Würdigung von Wettbewerbsverboten mit Blick auf Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG nicht trivial. Die zwei Fragen, die es zu klären gilt, sind, ob die Schlüsselpersonen als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG qualifiziert werden können und ob auf sie die Ausnahme für Arbeitnehmer anwendbar ist, wenn das Wettbewerbsverbot im Arbeitsvertrag geregelt ist. Ggf. muss beurteilt werden, wie solche Wettbewerbsverbote im Lichte der Praxis der WEKO bezüglich Nebenabreden zu würdigen sind.

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist weit zu verstehen.<sup>83</sup> Dass natürliche Personen vom funktionalen Unternehmensbegriff<sup>84</sup> in Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfasst sein können, steht bereits lange fest.<sup>85</sup> So muss ein Unternehmen über keine rechtliche Selbstständigkeit bzw. Rechtspersönlichkeit verfügen, um unter Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG subsumiert werden zu können.<sup>86</sup> Ob eine selbstständige Erwerbstätigkeit unter den Begriff des Unternehmens fällt, lässt sich aber nicht anhand von formellen Kriterien beurteilen.<sup>87</sup> Erforderlich ist zumindest, dass neben der selbstständigen Tätigkeit eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr stattfindet.<sup>88</sup> Erfasst sein können auch natürliche Personen, die kein Einzelunternehmen „als Unternehmer schlechthin“ führen, sondern als professionelle Investoren auftreten.<sup>89</sup> Nicht als Unternehmen gelten hingegen

---

<sup>82</sup> Siehe dazu z.B. Ruggli/Vischer, 300.

<sup>83</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 2.1.1; KG Dike Kommentar-Heinzmann/Mayer, Art. 2 N 6.

<sup>84</sup> Siehe zum Begriff bspw. Candrea, 51, Rz. 135.

<sup>85</sup> Zäch, 124; RPW 2003/2, 271 ff., Rz. 23 – *Fahrschule Graubünden*; RPW 2002/3, 455 ff., Rz. 17 – *Système de distribution Citroën*; RPW 2001/4, 695 ff., Rz. 3 und 8 – *Privatärzttarife im Kanton Zürich*; RPW 2000/2, 167 ff., Rz. 26 f. – *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

<sup>86</sup> Zäch, 124.

<sup>87</sup> Borer, Art. 2 N 7; SHK KG-Rubin/Courvoisier, Art. 2 N 9.; siehe aber RPW 2004/2, 345 ff., Rz. 4 ff. – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)* bei einer diesbezüglichen Prüfung kam die WEKO zum Schluss, dass der arbeitsrechtliche und nicht der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und dessen Voraussetzungen für die Feststellung massgeblich ist.

<sup>88</sup> Zäch, 124; Borer, Art. 2 N 7; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 4.1; RPW 2015/3, 375 ff. Rz. 29 – *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

<sup>89</sup> Borer, Art. 2 N 7.

(End-) <sup>90</sup> Konsumenten. <sup>91</sup> Ebenfalls nicht unter den Begriff des Unternehmens sollen die Arbeitnehmer fallen, da diese allfällige Güter in einem Abhängigkeitsverhältnis für den Arbeitgeber produzieren, sie mithin nicht wirtschaftlich selbständig auftreten <sup>92</sup> und ihre Arbeitstätigkeit keine Dienstleistung im Sinne des Kartellgesetzes darstellt. <sup>93</sup> In materieller Hinsicht liegt die Ausnahme der Arbeitnehmer vom Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 <sup>bis</sup> KG insbesondere im strukturellen Ungleichgewicht begründet, das den Arbeitsmarkt charakterisiert. <sup>94</sup>

Diese gängigen Ausführungen scheinen für den Fall von Schlüsselpersonen eines Unternehmens mit viel Wissen über das Geschäft oder die Produkte keine abschliessende Antwort bezüglich ihrer kartellrechtlichen Erfassung zu geben. So scheinen sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Wettbewerbsverbots vielfach keine selbständige Tätigkeit zu erbringen, wie beispielsweise selbstständige Fahrlehrer <sup>95</sup>, Ärzte <sup>96</sup> oder Übersetzer <sup>97</sup>, sondern befinden sich oft in einem Arbeitsverhältnis. Für diese Beurteilung ist auch relevant, ob Schlüsselpersonen eines Unternehmens zugleich oder nur Gründer bzw. Inhaber von Beteiligungen am jeweiligen Unternehmen sind, das Gegenstand der Transaktion ist. Es bedarf einer differenzierten Analyse, ob die Ausdehnung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs auf sie angemessen ist.

Bei einem Unternehmensverkauf besteht die Gefahr, dass der Unternehmensveräusserer mittels eines neu gegründeten oder erworbenen Unternehmens oder durch eine unselbständige Tätigkeit im Rahmen eines bereits bestehenden Konkurrenzunternehmens mit dem Erwerber unmittelbar nach der Übertragung des Unternehmens konkurrenziert <sup>98</sup> und dadurch eine wie auch immer geartete nachträgliche Wertminderung des übertragenen Unternehmens

---

<sup>90</sup> Henckel von Donnersmarck, 95 und KG Dike Kommentar-Heinzmann/Mayer, Art. 2 N 36.

<sup>91</sup> Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 533; Borer, Art. 2 N 10; Zäch, 263.

<sup>92</sup> Borer, Art. 2 N 8

<sup>93</sup> So SHK KG-Rubin/Courvoisier, Art. 2 N 15; Krauskopf/Henckel, 745; KG Dike Kommentar-Heinzmann/Mayer, Art. 2 N 39 ff.

<sup>94</sup> Stöckli, 720.

<sup>95</sup> RPW 2003/2, 271 ff., Rz. 23 – Fahrschule Graubünden; RPW 2000/2, 167 ff., Rz. 25. – *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

<sup>96</sup> RPW 1998/2, 198 ff., Rz. 12 – *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*; RPW 1997/4, 481 ff, Rz. 10 – *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern*.

<sup>97</sup> RPW 1998/2, 203 ff, Rz. 10 f. – *Association suisse des tradacteurs terminologues et interprètes (ASTTI)*.

<sup>98</sup> Leupold, Beurteilung 185.

herbeigeführt wird.<sup>99</sup> Kann diese Gefahr nicht abgewendet werden, kann es sein, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv werden oder gar ganz unterbleiben.<sup>100</sup>

In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass ein Wettbewerbsverbot, welches einem unselbständigen Erwerbstätigen eine selbständige Tätigkeit verbietet, vom Kartellgesetz erfasst ist, weil aus Sicht des Kartellgesetzes die Eigenschaft eines potenziellen Unternehmers genügt.<sup>101</sup> Zur Erfassung aller unerwünschten ökonomischen Sachverhalte soll der Begriff des Unternehmens weit verstanden werden, sodass er sämtliche potenziell wettbewerbsbeschränkende Gebilde umfasst.<sup>102</sup> Unter Anbieten und Nachfragen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG wird nicht nur der tatsächliche, freiwillige Leistungsaustausch am Markt, sondern auch die dazugehörige Vorbereitung und Hinwirkung verstanden;<sup>103</sup> bereits ein einziger Marktauftritt soll dafür genügen.<sup>104</sup> Betreffend die Begriffe der Güter und Dienstleistungen in Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG wird erwogen, dass grundsätzlich alle möglichen Arten von Produkten und Leistungen erfasst sein sollen,<sup>105</sup> sofern sie marktfähig sind.<sup>106</sup> Folgt man dieser weiten Definition der Tätigkeiten, die unter den funktionalen Unternehmensbegriff fallen, steht fest, dass zumindest gewisse Wettbewerbsverbote mit Schlüsselpersonen erfasst sein könnten, die im Sinne des Vorstehenden wohl oftmals als „potenzielle Unternehmen“ betrachtet würden. Das Verhindern des Eintritts eines neuen Unternehmens in den Markt stellt, wie Vereinbarungen über das Ausscheiden gegen ein Entgelt,<sup>107</sup> eine wettbewerbsrelevante Handlung dar, welche einer Einordnung bedarf. Begriffe und Konzepte dürfen aber nicht konturlos angewandt werden. Eine mögliche Lösung zur Schärfung der Praxis könnte sein, an das Konzept des potentiellen Wettbewerbs anzuknüpfen.

---

<sup>99</sup> Heuchert, 274.

<sup>100</sup> Was auch die WEKO anerkennt, siehe RPW 2006/4, 682 ff., Rz. 29 – ISS/*Edehweissfm.*

<sup>101</sup> Cotti, 102.

<sup>102</sup> Candraia, 57.

<sup>103</sup> Krauskopf/Henckel, 744.

<sup>104</sup> Krauskopf/Henckel, 745.

<sup>105</sup> Heizmann, 172.

<sup>106</sup> Henckel von Donnersmarck, 90 ff. m.w.H. Dafür ist vorausgesetzt, dass es sich um Individualgüter und keine Kollektivgüter handelt.

<sup>107</sup> Leupold, Konkurrenzverbote, 151.

Die teilweise in der Lehre<sup>108</sup> und Praxis<sup>109</sup> vorausgesetzte wirtschaftliche Selbständigkeit kann u.E. bei Gründern und Schlüsselpersonen in gewissen Fällen erfüllt sein. Als wirtschaftlich selbstständig gilt, wer sich autonom verhalten und eine eigene Geschäftsstrategie verfolgen kann.<sup>110</sup> Dabei stellt sich die Frage, ob die Möglichkeit einer Person, die über einen derartigen Ruf oder Kenntnisse verfügt, die es ihr erlauben würden, den Arbeitgeber gewissermassen frei zu wählen oder ein eigenes Unternehmen aufzubauen, darunterfällt. Dies lässt sich nicht generell beantworten, sondern muss jeweils anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls geprüft werden. Der Wunsch des Erwerbers des übertragenen Unternehmens, ein Wettbewerbsverbot mit der entsprechenden Person zu vereinbaren, wäre zumindest ein Indiz dafür, dass diese Person in der Lage zu sein scheint, als Unternehmer oder durch seine (leitende) Arbeit in einem anderen Unternehmen, mit dem übertragenen Unternehmen zu konkurrenzieren.

Als zweite Frage stellt sich, ob die Tätigkeiten von Gründern oder Schlüsselpersonen, die Arbeitnehmer sind, unter die Ausnahme für Arbeitnehmer fallen. Für die Nichtanwendung dieser Ausnahme auf Gründer oder Schlüsselpersonen spricht, dass es sich auf dieser hohen Hierarchie- und Wissensstufe um keinen normalen Arbeitsmarkt handelt; das Machtverhältnis tendiert in solchen Fällen zugunsten des Arbeitnehmers, was die Argumentation, wonach es aufgrund des strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Teilnehmern am Arbeitsmarkt eine Ausnahme brauche,<sup>111</sup> hinfällig werden lässt.<sup>112</sup> Zudem ist zu beachten, dass Absprachen betreffend ein Arbeitsverhältnis oder entsprechende Verhaltensweisen nur dann nicht dem Kartellgesetz unterstellt sind, wenn sie keine „Vehikel“ für unerlaubte Abreden auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt, wie beispielsweise die Behinderung Dritter durch das Sperren

---

<sup>108</sup> Vgl. Candreia, 74; SHK KG-Rubin/Courvoisier, Art. 5 N 5. Als keine Voraussetzung sehen dies Krauskopf/Henckel, 121 ff.

<sup>109</sup> Siehe Candreia, 74, Fn. 269 m.w.H.; RPW 2006/3, 513 ff., Rz. 76 – Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung; RPW 2006/1, 65 ff., Rz. 125 – Kreditkarten – Interchange Fee.

<sup>110</sup> RPW 2015/1, 81 ff., Rz. 8 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.

<sup>111</sup> Zäch, 121 m.w.H.; siehe diesbezüglich bereits Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BBl 1961 II 553, 571 ff. und Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981, BBl 1981 II 1293, 1319 ff.

<sup>112</sup> Siehe SHK KG-Rubin/Courvoisier, Art. 2 N 15: i.d.S. bei „ausgetrockneten“ Teilmärkte für bestimmte Berufsgattungen.

von Arbeitskräften, sind.<sup>113</sup> Abreden dürfen „ausschliesslich“ das Arbeitsverhältnis betreffen, um von der Ausnahme erfasst zu sein.<sup>114</sup> Im Falle der vorliegend betrachteten Personen ist unter Umständen davon auszugehen, dass das Wettbewerbsverbot nicht ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betrifft, sondern gezielt auf der Stufe des Marktes wirken soll. Dies kann u.E. nicht nur dann der Fall sein, wenn der Person untersagt wird, als selbstständig Erwerbstätiger im Markt aufzutreten, sondern auch dann, wenn anzunehmen ist, dass sie als Arbeitnehmer (Geschäftsleitungsmitglied) eines neuen bzw. anderen Unternehmens dessen strategische oder operative Entscheidungen massgeblich, einem Unternehmer ähnlich, beeinflusst. Diese Einschränkung soll aber nicht dazu führen, dass generell alle Wettbewerbsverbote mit Personen auf hoher Karrierestufe kartellrechtlich erfasst werden, sondern nur diejenigen Wettbewerbsverbote mit Personen, die den Erfolg eines neuen oder anderen Unternehmens massgeblich prägen können und/oder deren Wissen und Kontakte dem neuen Arbeitgeber neue Geschäftsmöglichkeiten eröffnen, was die Gefahr der Konkurrenzierung und Schmälerung des Werts des übertragenen Unternehmens birgt.<sup>115</sup>

Geht man von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Kartellrechts aus, stellt sich die Frage, ob es für die Anwendung des Kartellrechts ausschlaggebend ist, ob sich Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen oder in Arbeitsverträgen (bzw. Mandatsverträgen etc.) befinden. Wettbewerbsverbote in Arbeitsverträgen schützen zwar direkt nur das übertragene Unternehmen, sie schützen aber indirekt auch den Erwerber. Der Erwerber kann auf die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Arbeitsvertrag während des Kaufprozesses hinwirken oder der Veräusserer tut dies mit Blick auf künftige M&A-Transaktionen von sich aus. Es ist davon auszugehen, dass Wettbewerbsverbote sowohl in Unternehmenskaufverträgen als auch in Arbeitsverträgen (bzw. Mandatsverträgen etc.) grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen können.

Wettbewerbsverbote gegenüber natürlichen Personen für die Zeit der Anstellung als Arbeitnehmer bzw. der Tätigkeit als Geschäftsleitungsmitglied oder Verwaltungsratsmitglied und auch während einer angemessenen Zeit danach (d.h. während zwei bzw. drei Jahren danach) führen zu keiner Wettbewerbsbe-

---

<sup>113</sup> Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 534; dazu mehr KG PüG-Komm.-Schluep, 164 f.

<sup>114</sup> GK KG-Schmidhauser, Art. 2 N 10; KG PüG-Komm.-Schluep, 164 f.; Stöckli, 720; siehe auch KG 1962 Art. 1 und gleichlautend KG 1985 Art. 1 Abs. 2.

<sup>115</sup> Siehe oben [III.1.b\)bb\)ccc\)](#) betreffend Wettbewerbsverbote mit nicht beherrschenden Gesellschaftern.

schränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und sind entsprechend als zulässig zu betrachten. Denn die Schlüsselperson, d.h. insbesondere der Arbeitnehmer, Verkäufer, das Geschäftsleitungsmitglied bzw. das Verwaltungsratsmitglied, haben durch die weitere Tätigkeit im Unternehmen einen privilegierten Zugang zu Know-how, Strategie, Informationen und Geschäftswert (Goodwill) des Unternehmens. Der Erwerber ist entsprechend zu schützen.

*eee) Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten zugunsten des Veräusserers?*

Die EU-Bekanntmachung spricht, wie erwähnt, nur von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten zulasten des Veräusserers. Einschränkungen, welche den Veräusserer jedoch begünstigen, gelten grundsätzlich nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und stellen daher keine Nebenabreden dar.<sup>116</sup> Gemäss der WEKO können Einschränkungen zugunsten des Veräusserers aber ausnahmsweise unter das Konzentrationsprivileg fallen, beispielsweise, wenn der ansonsten zulässige Zusammenschluss ohne die Nebenabrede gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen durchgeführt werden könnte.<sup>117</sup> Für solche Einschränkungen zugunsten des Veräusserers gelten jedoch strengere Anforderungen.<sup>118</sup> So entschied die WEKO betreffend das Zusammenschlussvorhaben *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft* erst kürzlich, dass ein zugunsten des Veräusserers (CSS Versicherung AG) vereinbartes Abwerbeverbot als zulässig erachtet werden könne, da im zu beurteilenden Fall lediglich Betriebsteile und nicht komplette Gesellschaften bzw. Unternehmen übertragen worden seien und die Unternehmen, welche die Betriebsteile übertragen hätten, auch nach Vollzug der Transaktion fortbestehen würden. Die Interessenlage des Veräusserers sei in diesem Zusammenhang eine andere, als wenn ein komplettes Unternehmen übertragen würde. Darüber hinaus sei das fragliche Abwerbeverbot sehr spezifisch formuliert und erfasse lediglich Arbeitnehmer des Veräusserers, die der Erwerber im Zusammenhang mit der Transaktion kennengelernt habe. Der Kontakt zwischen den an der Transaktion beteiligten Unternehmen und Arbeitnehmern der jeweils anderen Gesellschaft, deren Arbeitsverhältnisse nicht übertragen werden, führe zu einem erheblich gestiegenen Abwerberisiko. Es sei daher durchaus denkbar, dass der Veräusserer

---

<sup>116</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 17; Weidenbach/Mühle, 356.

<sup>117</sup> RPW 2020/2, 643 ff., Rz. 18 – *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft*.

<sup>118</sup> KG Dike Kommentar-Prümmer, Art. 10 N 208.

dem Zusammenschluss ohne die Zusicherung des Erwerbers nicht zugestimmt hätte, weshalb das Abwerbeverbot als notwendige Nebenabrede qualifiziert werden müsse.<sup>119</sup>

*fff) Zulässigkeit von Abwerbeverboten in Bezug auf Arbeitnehmer, die erst nach der Übertragung beim Unternehmen angestellt werden?*

Bislang kaum diskutiert wurde die Frage, welche Arbeitnehmer von einem Abwerbeverbot erfasst werden können, damit dieses noch als unmittelbar mit der Durchführung des Unternehmenszusammenschlusses verbunden und für diese notwendig angesehen wird. Hat sich ein Abwerbeverbot auf die Arbeitnehmer des Unternehmens zum Zeitpunkt der Übertragung des Unternehmens zu beschränken oder darf es sich auch auf solche Arbeitnehmer erstrecken, die erst nach der Übertragung innerhalb der Geltungsdauer des Verbots beim übertragenen Unternehmen neu angestellt werden?

Die EU-Bekanntmachung unterscheidet nicht zwischen Abwerbeverboten, die auf Arbeitnehmer des Unternehmens zum Zeitpunkt der Übertragung beschränkt sind und solchen, die sich auf künftige Arbeitnehmer des übertragenen Unternehmens erstrecken, die nach der Übertragung, aber noch während der Laufzeit des Abwerbeverbots hinzustossen. Mit einem Abwerbeverbot soll verhindert werden, dass Arbeitnehmer, welche insbesondere Träger von Kundenbindungen und/oder Know-how sind, durch den Veräusserer abgeworben werden, da bei einem Weggang von solchem Personal der Wert des übertragenen Unternehmens erheblich reduziert würde.<sup>120</sup> Die vom Erwerber getätigten Investitionen in das übertragene Unternehmen sollen geschützt werden. Angesichts dieses Schutzzwecks sollte ein Abwerbeverbot nicht auf Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt der Übertragung des Unternehmens bereits angestellt sind, beschränkt werden. Es ist gängige Praxis, unmittelbar nach einer Unternehmensveräusserung gewisse personelle Umstrukturierungen innerhalb des Unternehmens vorzunehmen und dabei neue Arbeitnehmer anzustellen, welche das unternehmensspezifische Know-how von den bisherigen Arbeitnehmern erlernen und übernehmen. Eine Abwerbung solcher Arbeitnehmer würde dem übertragenen Unternehmen genauso Substanz entziehen, indem ihm Mitarbeiter, Know-how, Wissen über Kunden etc. entzogen würden. Es würde den Wert und den Erfolg des übertragenen Unternehmens gefährden, wie die Abwerbung von Arbeitnehmern, die im Zeitpunkt der Übertragung bereits beim Unternehmen angestellt waren. Die gezielte Abwerbung von Ar-

---

<sup>119</sup> RPW 2020/2, 643 ff., Rz. 20 – Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensge-  
schäft.

<sup>120</sup> Schenker, 375; RPW 2014/4, 758 ff., Rz. 84 – Tamedia/home.ch.

beitnehmern des übertragenen Unternehmens durch den Veräusserer muss – unabhängig vom Anstellungszeitpunkt der Arbeitnehmer – als Mittel, ein konkurrenzierendes Unternehmen aufzubauen, verstanden werden und für eine bestimmte Zeit vertraglich verboten werden können.

cc) *Wettbewerbs- und Abwerbeverbote beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle*

Während lange unklar war, ob sich die WEKO auch bei Anwendungsfällen des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle an die EU-Bekanntmachung anlehnt,<sup>121</sup> hat sie 2011 entschieden, dass eine Anlehnung an die EU-Bekanntmachung auch bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen angebracht erscheine.<sup>122</sup> Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten muss sich demnach auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründerunternehmen bisher tätig waren. Ebenso sind Wettbewerbsverbote sachlich auf Waren und Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden.<sup>123</sup> Auch die in der EU-Bekanntmachung vorgegebene zeitliche Beschränkung auf die Dauer der Existenz des Gemeinschaftsunternehmens wird gemäss WEKO als notwendig und sinnvoll erachtet. Beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen diene – anders als beim Erwerb alleiniger Kontrolle – ein Wettbewerbsverbot nicht primär dazu, den Übergang insbesondere des Geschäftswerts (Goodwills), des Know-hows und des Kundenstamms auf die übernehmende Gesellschaft sicherzustellen; ein Vorgang, der nach einer gewissen Zeitdauer als abgeschlossen bezeichnet werden könne. Vielmehr solle das Wettbewerbsverbot hier – und zwar während der gesamten Dauer der Zusammenarbeit über das Gemeinschaftsunternehmen – garantieren, dass kontrollierende Muttergesellschaften mit ihm (und damit letztlich zum Nachteil der anderen kontrollierenden Muttergesellschaften) in Konkurrenz treten, dies womöglich gar unter Verwendung des durch die anderen kontrollierenden Muttergesellschaften in das Gemeinschaftsunternehmen eingeflossenen Know-hows und in genauer Kenntnis der Interna des Gemeinschaftsunternehmens.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> RPW 2007/1, 117, Rz. 3 – Migros/AFH Angehrn AG; Rauber, 201 f.; BSK KG-Borer, Art. 32 N 91.

<sup>122</sup> RPW 2011/2, 285 ff., 290, Rz. 44 – Bell/Toni Hilti Treuhandsgesellschaft/Hilcona; RPW 2011/2, 294 ff., 300 f., Rz. 58 – Infront/Ringier; CR-Venturi/Favre, Art. 10 N. 157.

<sup>123</sup> RPW 2020/1, 257 ff., Rz. 69 – Medbase/Zur Rose.

<sup>124</sup> RPW 2011/2, 294 ff., 300 f., Rz. 58 – Infront/Ringier.

aaa) Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten bei (Neu-)Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zum Zweck der Erschliessung eines neuen Marktes?

Die EU-Bekanntmachung hält fest, dass sich der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten auf das Gebiet beschränken muss, in dem die Gründerunternehmen die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben.<sup>125</sup> Es stellt sich die Frage, was zu gelten hat, wenn die Gründerunternehmen zuvor keine entsprechenden Waren oder Dienstleistungen abgesetzt bzw. erbracht haben und dies erst künftig durch das gegründete Gemeinschaftsunternehmen erfolgen soll.

Hierfür sieht die EU-Bekanntmachung vor, dass, sofern ein Gemeinschaftsunternehmen zum Zweck der Erschliessung eines neuen Marktes gegründet wird, auf diejenigen Waren, Dienstleistungen und Gebiete Bezug zu nehmen ist, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen nach der betreffenden Vereinbarung aktiv sein soll.<sup>126</sup> So hielt die WEKO im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben *Infront/Ringier* betreffend die Neugründung des Gemeinschaftsunternehmens *Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland AG* fest, dass das vereinbarte Wettbewerbsverbot in sachlicher und räumlicher Hinsicht unproblematisch sei, da es sich auf diejenigen Tätigkeitsfelder beziehe, in welchen das Gemeinschaftsunternehmen künftig tätig sein werde.<sup>127</sup> Die Tätigkeitsfelder der Gründerunternehmen (bzw. deren Inexistenz) ist für die Bestimmung des zulässigen räumlichen und sachlichen Geltungsbereichs eines Wettbewerbs- oder Abwerbeverbots in diesem Fall nicht ausschlaggebend. Solange die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG qualifiziert werden kann, d.h. sofern das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Einheit erfüllt und Geschäftstätigkeiten (wie z.B. wesentliches Know-how) von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen,<sup>128</sup> ist ein dabei vereinbartes Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot als unproblematisch zu erachten und vom Konzentrationsprivileg erfasst, wenn es sich auf die künftigen sachlichen und räumlichen Tätigkeitsfelder des Gemeinschaftsunternehmens bezieht und darüber hinaus auch in zeitlicher und persönlicher Hinsicht verhältnismässig ist.

---

<sup>125</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 37.

<sup>126</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 39.

<sup>127</sup> RPW 2011/2, 294 ff., 300, Rz. 58 – *Infront/Ringier*.

<sup>128</sup> BSK KG-Reinert/Vischer, Art. 4 Abs. 3 N 213 ff.

*bbb) Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten bei Hinzukommen einer gemeinsam kontrollierenden Muttergesellschaft?*

Die EU-Bekanntmachung spricht bei den Grundsätzen für den Erwerb gemeinsamer Kontrolle ausschliesslich vom Anwendungsfall der „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens, bei welchem Wettbewerbs- und Abwerbeverbote im Verhältnis der „Gründerunternehmen“ zu einem Gemeinschaftsunternehmen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden können. Es stellt sich somit die Frage, was gelten muss, wenn nicht die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vorliegt und somit kein Gründerunternehmen vom Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot betroffen ist, sondern ein Drittunternehmen, das zu einem bestehenden Gemeinschaftsunternehmen als zusätzliche, neue kontrollierende Muttergesellschaft hinzukommt. Gleichermassen stellt sich die Frage, was gilt, wenn der Tätigkeitsbereich eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens ausgeweitet wird. Darf in diesen Fällen ein neues, auf die geänderten Umstände angepasstes Wettbewerbsverbot vereinbart werden oder hat sich ein solches Wettbewerbsverbot stets auf den originären Tätigkeitsbereich des gegründeten Gemeinschaftsunternehmens und die Gründerunternehmen zu beschränken?

Zur Beantwortung dieser Frage, muss der Begriff des Unternehmenszusammenschlusses bzw. der „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG genauer untersucht werden.<sup>129</sup> Der Begriff der „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens ist im schweizerischen Kartellrecht weit auszulegen. Er erfasst in erster Linie Fälle der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens, d.h. der Gründung eines gänzlich neuen Gemeinschaftsunternehmens durch die Muttergesellschaften. Gemäss der Praxis der WEKO und der herrschenden Lehre ist auch dann von einer Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens die Rede, wenn die Muttergesellschaften eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens beschliessen, den Tätigkeitsbereich eines ebenfalls bereits bestehenden Gemeinschaftsunternehmens auszuweiten.<sup>130</sup> Die Ausweitung der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens ist daher dann als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zu qualifizieren, wenn die Ausweitung der Geschäftstätigkeit den Erwerb der Gesamtheit oder eines Teils eines anderen Unternehmens von den Muttergesellschaften durch das Gemeinschaftsunternehmen nach sich zieht

---

<sup>129</sup> Vgl. RPW 2012/4, 843 ff., 844, Rz. 14 – BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA, wo sich die WEKO diese Frage stellt, aber offenlässt.

<sup>130</sup> RPW 2012/4, 843 ff., 844, Rz. 9 – BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA; KG Dike Kommentar-Süslü, Art. 4 Abs. 3 N 391 ff.

(im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG, d.h. sofern Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen).<sup>131</sup> Auch die Erhöhung der Anzahl der Unternehmen, die das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam kontrollieren stellt eine Gründung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar, da sich die bis anhin kontrollierenden Muttergesellschaften mit einem weiteren Anteilseigner auf die Strategie des Gemeinschaftsunternehmens einigen müssen. Je nach Tätigkeit des neu hinzutretenden Anteilseigners ändert ein solcher Neuzutritt nicht nur die Art der Zusammenarbeit und Entscheidungsfindung zwischen den Anteilseignern, sondern auch das Wettbewerbsumfeld, in welchem sich das Gemeinschaftsunternehmen bewegt.<sup>132</sup> Daneben stellt der Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle eine Gründung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar.<sup>133</sup>

Ein Vorgang, der als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zu qualifizieren ist, kann auch dann vorliegen, wenn die Muttergesellschaften erhebliche zusätzliche Vermögenswerte, Verträge, zusätzliches Know-how oder andere Rechte auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen, wenn diese Vermögenswerte und Rechte Unternehmen(steile) i.S.v. Art. 4 Abs. 3 KG darstellen und die Grundlage oder den Kern für eine Ausdehnung der Geschäftstätigkeit auf andere sachliche oder räumliche Märkte bilden, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Gemeinschaftsunternehmens waren.<sup>134</sup>

Tritt eine neue Muttergesellschaft zu einem bestehenden Gemeinschaftsunternehmen hinzu oder werden Unternehmen(steile) oder zusätzliche erhebliche Vermögenswerte in das bestehende Gemeinschaftsunternehmen eingebracht und damit die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens ausgedehnt, so ist die Vereinbarung eines neuen, auf diesen geänderten sachlichen und räumlichen Tätigkeitsbereich angepassten Wettbewerbsverbots zulässig (d.h. unmittelbar mit diesem (neuen) Zusammenschluss verbunden und notwendig) – und zwar nicht nur gegenüber den Gründerunternehmen, sondern auch gegenüber einer neuen Muttergesellschaft.

---

<sup>131</sup> KG Dike Kommentar-Süslü, Art. 4 Abs. 3 N 230.

<sup>132</sup> BSK KG-Reinert/Vischer, Art. 4 Abs. 3 N 407.

<sup>133</sup> BSK KG-Reinert/Vischer, Art. 4 Abs. 3 N 405; Ruggli/Vischer, 300.

<sup>134</sup> RPW 2012/4, 843 ff., 844, Rz. 9 – BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA; BSK KG-Reinert, Art. 4 Abs. 3 N 394 ff.; KG Dike Kommentar-Süslü, Art. 4 Abs. 3 N 391 ff.; Fischer, 181.

*ccc) Zulässigkeit von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten gegenüber nicht kontrollierenden Gesellschaftern?*

In persönlicher Hinsicht hält die EU-Bekanntmachung explizit fest, dass Wettbewerbs- und Abwerbeverbote zwischen Gesellschaftern ohne Beherrschungsmacht und einem Gemeinschaftsunternehmen nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig gelten.<sup>135</sup> Für eine solche Position spricht, dass derjenige, der eine Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen hält, einerseits zumeist über keine Einflussmöglichkeiten innerhalb des Unternehmens verfügt und andererseits grundsätzlich kein objektives Interesse daran hat, das Unternehmen seiner Einflussphäre zu unterwerfen.<sup>136</sup> Erwerber reiner (nicht kontrollierender) Minderheitsbeteiligungen zahlen keinen Aufschlag auf den Preis der Anteile dafür, dass sie die Geschicke des Unternehmens (mit)bestimmen können. Demnach kann ein solches Interesse auch nicht angeführt werden, um die Vereinbarung einer Nebenabrede in Form eines Wettbewerbs- oder Abwerbeverbots zu rechtfertigen.<sup>137</sup>

Gegen diese Position der EU-Bekanntmachung wird in der Lehre jedoch darauf verwiesen, dass auch nicht kontrollierende Gesellschafter über erhebliches Insiderwissen zum operativen Geschäft des Unternehmens sowie zu seiner strategischen Ausrichtung verfügen können, welches sie zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens ausbeuten könnten.<sup>138</sup> Regelmässig nicht notwendig dürften aber in der Tat Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote zu Lasten von Gesellschaftern sein, die lediglich eine Minderheitsbeteiligung halten und weder umfassenden Einblick in gesellschaftsinterne Informationen erlangen noch Einfluss auf die Geschäftsführung besitzen.<sup>139</sup>

*ddd) Zulässigkeit von nachvertraglichen Wettbewerbs- und Abwerbeverboten zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens?*

Die Frage, ob ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens als Nebenabrede auch die Zeit nach dem Ausscheiden einer Muttergesellschaft erfassen kann, wird in der EU-Bekanntmachung nicht ausdrücklich beantwortet. Die EU-Bekanntmachung erachtet im Kapitel

---

<sup>135</sup> EU-Bekanntmachung Rz. 40; vgl. dazu auch Europäische Kommission, 21. März 2000, Fall COMP/M.1636, MMS/DASA/Astrium, Rz. 155–157.

<sup>136</sup> Cotti, Rz. 267.

<sup>137</sup> Weidenbach/Mühle, 357.

<sup>138</sup> Weidenbach/Mühle, 357.

<sup>139</sup> Cotti, Rz. 267.

zu den Regeln betreffend Gemeinschaftsunternehmen ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot lediglich für die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens als Nebenabrede.<sup>140</sup> Zu prüfen sind deshalb die Regeln betreffend den Erwerb alleiniger Kontrolle.

Die Europäische Kommission musste sich im Entscheid *Siemens/Areva* mit einem solchen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot (von 8–11 Jahren) auseinandersetzen und kam zum Schluss, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens grundsätzlich nicht notwendig seien. Allerdings können sie gemäss der Kommission für die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens notwendig sein, da solche Abreden das Verhältnis zwischen den ehemaligen Muttergesellschaften nach der Auflösung regeln. Auf die Beurteilung solcher nachvertraglichen Wettbewerbsverbote wendete die Kommission dann aber nicht die Grundsätze für den Erwerb gemeinsamer Kontrolle, sondern die Grundsätze für den Erwerb alleiniger Kontrolle an. Unter Anwendung dieser Grundsätze kam die Europäische Kommission zum Schluss, dass das in Frage stehende nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht schlichtweg unzulässig, die Laufzeit aber unverhältnismässig lang sei. Zwar hatte Siemens privilegierten Zugang zu vertraulichen Geschäftsinformationen des Gemeinschaftsunternehmens, die es nach dem Ausstieg zu seinen Gunsten hätte nutzen können. Die Kommission befand jedoch, dass eine nachvertragliche Schutzdauer von drei Jahren entsprechend Ziff. 20 der EU-Bekanntmachung ausreichend sei.

Die WEKO hat sich, soweit ersichtlich, nicht häufig oder detailliert mit nachvertraglichen Wettbewerbs- oder Abwerbeverboten zugunsten von Gemeinschaftsunternehmen auseinandergesetzt. In Bezug auf das Zusammenschlussvorhaben *Coop/transGourmet*, wodurch die Coop Genossenschaft den Kauf sämtlicher von der Rewe Zentral AG gehaltenen Anteile am bestehenden gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmen *transGourmet Holding S.E.* beabsichtigte, erachtete die WEKO ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zulasten der Rewe Zentral AG ohne weitere Begründung als zulässig.<sup>141</sup> Auch im Fall *Coop/Swisscom* entschied die WEKO, dass ein Wettbewerbsverbot zulasten der Muttergesellschaft, das die gemeinsame Kontrolle abgibt, zulässig ist.<sup>142</sup>

In der Lehre werden unterschiedliche Meinungen zur Zulässigkeit von nachvertraglichen Wettbewerbs- oder Abwerbeverboten zugunsten von Gemeinschaftsunternehmen vertreten. Gegen solche nachvertragliche Verbote wird

---

<sup>140</sup> EU-Bekanntmachung, Rz. 36.

<sup>141</sup> RPW 2011/1, 202 ff., Rz. 7 – *Coop/transGourmet*.

<sup>142</sup> RPW 2015/4, 760 ff., Rz. 79 ff. – *Coop/Swisscom*.

etwa vorgebracht, dass sich auch die gesetzlich vorgesehenen Wettbewerbsverbote zugunsten einer Gesellschaft (z.B. Art. 536 OR) nicht auf die Zeit nach Ausscheiden eines Gesellschafters erstrecken.<sup>143</sup> Für die Zulässigkeit wird hingegen richtigerweise vorgebracht, dass ein Austritt einer Muttergesellschaft aus einem Gemeinschaftsunternehmen faktisch der Veräusserung eines Unternehmens(teils) entspricht, womit auch dieselben Grundsätze betreffend Nebenabreden zur Anwendung gelangen sollten.<sup>144</sup>

In Anlehnung an die Argumentation der Europäischen Kommission in Sachen *Siemens/Areva* sollten nachvertragliche Wettbewerbs- und Abwerbeverbote auch im schweizerischen Kartellrecht als zulässig erachtet werden, da sie nach dem Austritt einer Muttergesellschaft einen reibungslosen Übergang zur veränderten Unternehmensstruktur ermöglichen, d.h. zu einer Situation, in denen der erwerbende Muttergesellschaft den vollen Wert des zuvor mit der ausgeschiedenen Muttergesellschaft gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmens erwirbt. Ein nachvertragliches Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot kann diese Situation objektiv regeln, indem es sicherstellt, dass die ausgeschiedene Muttergesellschaft nicht in der Lage ist, die Übertragung des vollen Werts des betreffenden Unternehmens zu gefährden, z.B. auf der Grundlage des während der Laufzeit des Gemeinschaftsunternehmens erworbenen Know-hows. Solange sie sachlich und räumlich auf den Tätigkeitsbereich beschränkt sind, in welchem das Gemeinschaftsunternehmen vor Ausscheiden der Muttergesellschaft tätig war, sind im Sinne des Vorstehenden nachvertragliche Wettbewerbs- und Abwerbeverbote daher für die Dauer von zwei bis drei Jahren als gerechtfertigte Nebenabreden zu qualifizieren und vom Konzentrationsprivileg erfasst.<sup>145</sup>

### *eee) Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten gegenüber natürlichen Personen?*

In Fällen gemeinsamer Kontrolle kann bezüglich Wettbewerbsverboten gegenüber natürlichen Personen, denen Unternehmensqualität zukommt, grundsätzlich auf [III.1.b\)bb\)ddd\)](#) oben und bezüglich Wettbewerbsverboten bei Gemeinschaftsunternehmen allgemein auf [III.1.b\)cc\)ccc\)](#), [III.1.b\)bb\)ccc\)](#) und [III.1.b\)cc\)ddd\)](#) oben verwiesen werden.

Die besondere Frage, die sich stellt, ist jedoch, ab wann die von der WEKO zugelassene Maximaldauer des Wettbewerbsverbots als Nebenabrede zu lau-

---

<sup>143</sup> Weidenbach/Mühle, 357.

<sup>144</sup> Thomi, 238, Rz. 62.

<sup>145</sup> Vgl. Argumentation der Europäischen Kommission in Entscheid der Europäischen Kommission, Case COMP/39736 vom 18. Juni 2012 – *Siemens/Areva*; vgl. zu nachvertraglichem Wettbewerbsverbot beim Ausstieg aus einer Einkaufsgemeinschaft Tschudin, 45, Rz. 17.

fen beginnt. Im Fall von *Coop/Swisscom* bezeichnete die WEKO den Zeitpunkt des Erwerbs der alleinigen Kontrolle durch die andere Partei als Startpunkt der Frist.<sup>146</sup> Der Beginn des Wettbewerbsverbots im Unternehmenskaufvertrag wurde in diesem Fall somit im Vergleich zum sofortigen Erwerb der alleinigen Kontrolle in die Zukunft verschoben. Ein daneben allenfalls bestehendes Wettbewerbsverbot im Arbeitsvertrag beginnt zu laufen, sobald die Person das Unternehmen verlässt. Wettbewerbsverbote gegenüber natürlichen Personen für die Zeit der Anstellung als Arbeitnehmer bzw. der Tätigkeit als Geschäftsleitungsmitglied oder Verwaltungsratsmitglied und auch während einer angemessenen Zeit danach (d.h. während zwei bzw. drei Jahren danach) führen zu keiner Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und sind entsprechend als zulässig zu betrachten. Denn die Schlüsselperson, d.h. insbesondere der Arbeitnehmer, Verkäufer, das Geschäftsleitungsmitglied bzw. das Verwaltungsratsmitglied, haben durch die weitere Tätigkeit im Unternehmen einen privilegierten Zugang zu Know-how, Strategie, Informationen und Geschäftswert des Unternehmens. Der Erwerber ist entsprechend zu schützen.<sup>147</sup>

*fff) Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten im Aktionärbindungsvertrag, der als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR gilt?*

Ein Gemeinschaftsunternehmen wird durch die Gründungsvereinbarung, eine Vereinbarung über die Errichtung und Führung des Gemeinschaftsunternehmens, initiiert.<sup>148</sup> Daneben schliessen die Parteien eines Gemeinschaftsunternehmens häufig auch einen Aktionärbindungsvertrag, der typischerweise Regelungen zu Übertragungsbeschränkungen oder zur Mitbestimmung im Gemeinschaftsunternehmen enthält.<sup>149</sup> Nach herrschender Lehre sind solche Aktionärbindungsverträge mehrheitlich als einfache Gesellschaften i.S.v. Art. 530 ff. OR zu qualifizieren, für welche deren besondere Vorschriften, und somit auch das im Gesetz verankerte Wettbewerbsverbot gemäss Art. 536 OR gelten.<sup>150</sup> Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Bestimmung zu den oben erläuterten Grundsätzen gemäss EU-Bekanntmachung steht (vgl. oben [III.1.b\)cc](#)).

Gemäss Art. 536 OR darf kein Gesellschafter „zu seinem besonderen Vorteile Geschäfte betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde“. Die Gesellschafter dürfen also grundsätzlich nicht in den

---

<sup>146</sup> RPW 2015/4, 760 ff., Rz. 77 ff. – *Coop/Swisscom*.

<sup>147</sup> RPW 2015/4, 760 ff., Rz. 77 ff. – *Coop/Swisscom*.

<sup>148</sup> Knobloch, 558.

<sup>149</sup> Knobloch, 561.

<sup>150</sup> Forstmoser/Küchler, 49; Heinemann, Konkurrenzverbot, 163.

vom Gesellschaftszweck erfassten Geschäftsfeldern anderweitig tätig sein. Art. 536 OR ist allerdings dispositiver Natur und kann vertraglich ausgedehnt oder eingeschränkt werden.<sup>151</sup> Eine Ausdehnung des Wettbewerbsverbots über den durch den Gesellschaftszweck geforderten Rahmen schafft Spannungen zum Kartellrecht und bedarf jeweils gesonderter Beachtung. Im Sinne einer dem Normzweck entsprechenden Funktionsnotwendigkeit ist ein Wettbewerbsverbot sachlich und räumlich auf Tätigkeiten im Geschäftsbereich der Gesellschaft sowie subjektiv auf die einfachen Gesellschafter zu beschränken, die formal oder faktisch an der Geschäftsführung der Gesellschaft beteiligt sind. In zeitlicher Hinsicht ist das gesetzliche Wettbewerbsverbot auf die Dauer der Mitgliedschaft in der Gesellschaft beschränkt, da mit der Auflösung der Gesellschaft auch die Zweckförderungspflicht entfällt.<sup>152</sup>

Nur wenn sich ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot gemäss Art. 536 OR an diesen gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen hält, scheidet eine kartellrechtliche Überprüfung aus. Andernfalls unterliegt es einer Prüfung gemäss Art. 5 KG (vgl. unten [III.2.a](#)). Die Auslegung von Art. 536 OR ergibt somit, dass der gesetzliche Rahmen von Art. 536 OR mit den in der EU-Bekanntmachung umrissenen Grenzen für Wettbewerbsverbote im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens grundsätzlich übereinstimmt.

## **2. Wettbewerbs- und Abwerbeverbote ausserhalb von Unternehmenszusammenschlüssen**

### *a) Übersicht*

Werden Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote im Kontext einer M&A-Transaktion vereinbart, die keinen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG darstellt, oder können die vereinbarten Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote in Bezug auf einen Unternehmenszusammenschluss mangels „unmittelbarer Verbundenheit“ oder „Notwendigkeit“ nicht als Nebenabreden qualifiziert werden, so sind sie nicht vom Konzentrationsprivileg erfasst und unterliegen daher einer separaten kartellrechtlichen Prüfung gemäss Art. 5 KG.<sup>153</sup> Beispiele hierfür sind etwa folgende Anwendungsfälle:

---

<sup>151</sup> BK OR-Fellmann/Müller, Art. 536 N 25; Heinemann, Konkurrenzverbot, 167.

<sup>152</sup> HK OR-Jung, Art. 536 N 2; BSK OR II-Handschin, Art. 536 N 1.

<sup>153</sup> RPW 2018/4, 866 ff., 917, Rz. 364 – AZ Medien/NZZ; BSK KG-Krauskopf/Schaller, Art. 5 N 43-44; KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 31; Demir, 62; Thomi, 239, Rz. 67.

- Es wird im Vorfeld eines potentiellen Unternehmenszusammenschlusses im Rahmen eines Non-Disclosure Agreements ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot vereinbart.
- Es wird im Rahmen einer Kooperation, die kein Gemeinschaftsunternehmen gemäss Art. 4 Abs. 3 KG darstellt, ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot vereinbart.<sup>154</sup>
- Es wird einem nicht kontrollierenden Minderheitsaktionär, der weder über Know-how noch über Kenntnisse betreffend das operative Geschäft des übertragenen Unternehmens verfügt, bei Veräusserung seiner Minderheitsbeteiligung ein Wettbewerbs- und Abwerbeverbot auferlegt.
- Es wird in einem Aktionärbindungsvertrag ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart, welches neben der gesamten Dauer des Vertrags auch während fünf Jahren nach Ausscheiden einer Vertragspartei Geltung beansprucht.

*b) Prüfung gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG*

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG gelten Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, als unzulässig. In Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nennt der Gesetzgeber verschiedene Arten horizontaler und vertikaler Abreden (Preis-, Mengen-, Gebiets- oder Geschäftspartnerabreden), bei denen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. Diese Abreden werden auch als „harte Kartelle“ oder „Kernbeschränkungen“ bezeichnet.<sup>155</sup>

*aa) Bundesgerichtsentscheid i.S. Gaba: Grundsätzliche Erheblichkeit von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG*

Im Jahr 2016 hat das Bundesgericht in seinem Entscheid in Sachen Gaba in genereller Weise festgehalten, dass (horizontale und vertikale) Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG *per se* aufgrund ihrer Natur eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellen, ohne dass quantitative Kriterien von Bedeutung wären.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Vgl. RPW 2012/2, 171 ff., Rz. 23 ff. – FTTH Freiburg, worin die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nicht als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert und das vereinbarte Wettbewerbsverbot gemäss Art. 5 KG geprüft wird.

<sup>155</sup> David/Jacobs, Rz. 647.

<sup>156</sup> BGE 143 II 297; Urteil des Bundesgerichts 2C\_172/2014 vom 4. April 2017; KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 187 ff.

Eine quantitative Analyse und Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb fällt ausserhalb von sog. Bagatellen weg.<sup>157</sup> Selbst bei Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann seit dieser Gaba-Rechtsprechung nicht mehr über den Begriff der Erheblichkeit argumentiert werden.<sup>158</sup> Entsprechende Abreden sind somit vorbehältlich einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz – an deren Nachweis in der Praxis hohe Anforderungen gestellt werden<sup>159</sup> – grundsätzlich unzulässig.

*bb) Qualifikation von Wettbewerbs- und Abwerbeverböten als Kernbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG*

Mit einem Wettbewerbsverbot wird einer Partei untersagt, für eine gewisse Zeit und in einem bestimmten Gebiet oder gegenüber bestimmten Kunden oder Geschäftspartnern bestimmte Produkte oder Dienstleistungen anzubieten.<sup>160</sup> Sofern Wettbewerbsverbote eine horizontale Aufteilung von Märkten nach Gebieten, Kunden oder Geschäftspartnern zur Folge haben, können sie Kernbeschränkungen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.<sup>161</sup> Fraglich ist, ob auch Abwerbeverbote als Kernbeschränkungen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert werden können. Soweit ersichtlich hat die WEKO bislang jedenfalls keinen Markt für Arbeitnehmer abgegrenzt. In jedem Fall ist zu beachten, dass Abwerbeverbote in der Regel eine geringere Wirkung auf den Wettbewerb haben und deshalb in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht weiter gehen können als Wettbewerbsverbote.

*cc) Wettbewerbs- und Abwerbeverbote in Non-Disclosure Agreements im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen*

Sobald die Parteien eines potentiellen Unternehmenszusammenschlusses in Vertragsverhandlungen eintreten, schliessen sie in der Regel eine Geheimhaltungsvereinbarung (auch Non-Disclosure Agreement) ab. Damit soll sichergestellt werden, dass nicht öffentlich zugängliche Informationen, welche von den Unternehmen – insbesondere im Rahmen der Due Diligence – ausgetauscht werden, vertraulich behandelt werden. Zur Absicherung gegen eine ungewollte interne Verwendung dieser Informationen durch die Gegenpartei, werden in der Praxis häufig im Rahmen solcher Geheimhaltungsvereinbarun-

---

<sup>157</sup> Diebold/Schäke, 237; Tschudin, 63, Rz. 28 f.

<sup>158</sup> Tschudin, 63, Rz. 28 f.

<sup>159</sup> Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 3; RPW 2019/2, 322 ff., Rz. 716 ff. – Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I; RPW 2018/2/, 350 ff., Rz. 48 ff. – Gerätebenzin.

<sup>160</sup> Thomi, 239 f., Rz. 69.

<sup>161</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 171; Ruggli/Vischer, 299.

gen auch Wettbewerbs- und Abwerbeverbote vereinbart.<sup>162</sup> Aus kartellrechtlicher Sicht muss im Zusammenhang mit solchen Geheimhaltungsvereinbarungen zum einen die Zulässigkeit des Informationsaustauschs an sich und zum andern diejenige der damit verknüpften Wettbewerbs- und Abwerbeverbote kritisch geprüft werden.<sup>163</sup>

Sind die beteiligten Unternehmen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber, kann ein Informationsaustausch das Spannungsverhältnis zwischen dem legitimen Interesse der beteiligten Unternehmen an der Transaktionsvorbereitung und der kartellrechtlich unzulässigen Koordination ihres Wettbewerbsverhaltens beschlagen.<sup>164</sup> Ein Informationsaustausch im Rahmen von Vertragsverhandlungen im Vorfeld eines Unternehmenszusammenschlusses ist aus kartellrechtlicher Sicht immer dann problematisch, wenn davon wettbewerbsrelevante Informationen erfasst werden, die es den Parteien ermöglichen, das individuelle und künftige Marktverhalten der anderen Partei zu antizipieren. Als wettbewerbsrelevante Informationen, welche derartige Rückschlüsse zulassen, gelten dabei sämtliche Informationen, die für geschäftsstrategische Entscheidungen relevant sind, wie z.B. Preis-, Kunden- oder Lieferantenlisten, Geschäfts- oder Businesspläne oder technisches Know-how.<sup>165</sup> Die kartellrechtliche Problematik besteht darin, dass der Austausch solch sensibler Informationen in gewissen Marktstrukturen dazu führen kann, dass die Unternehmen ihr Verhalten aufeinander abstimmen und ihre eigenen Geschäftsentscheidungen denjenigen der Konkurrenz angleichen, mithin den Wettbewerb beeinträchtigen.<sup>166</sup>

Der Austausch von solch sensiblen Informationen zwischen Wettbewerbern im Vorfeld eines Unternehmenszusammenschlusses ist deshalb nur zulässig, sofern er verhältnismässig ist.<sup>167</sup> Dies setzt zunächst voraus, dass der Informationsaustausch für das Zusammenschlussvorhaben zwingend erforderlich ist und es keine andere – den Wettbewerb weniger gefährdende – Möglichkeit gibt, das damit verfolgte Ziel zu erreichen. Der Informationsaustausch ist dabei auf transaktionsrelevante Informationen zu beschränken. Unzulässig wäre daher der Austausch sensibler Informationen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Transaktionsvorbereitung stehen. Weiter ist sicherzustellen, dass nur wettbewerbsrelevante Informationen ausgetauscht werden, die für die Vertragsverhandlungen absolut erforderlich sind. Zudem ist

---

<sup>162</sup> Jentsch, 39; Volz, 570; Hopt, 21.

<sup>163</sup> Waser, 116; Jentsch, 36 ff.

<sup>164</sup> Waser, 116.

<sup>165</sup> Volz, Joint Ventures, 560.

<sup>166</sup> Gübeli, Informationsaustausch, 52.

<sup>167</sup> Waser, 117.

mittels organisatorischer Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass die betreffenden Informationen unter strengen Voraussetzungen und in einem aus kartellrechtlicher Sicht unproblematischen Rahmen ausgetauscht werden.<sup>168</sup> Unter Umständen hat der Informationsaustausch gestaffelt nach Prozessphasen zu erfolgen, immer dann, wenn es anders mit der Transaktion bzw. den Vertragsverhandlungen nicht weitergehen könnte.<sup>169</sup>

Dabei ist die Schwelle für die Bejahung der Erforderlichkeit eines direkten Informationsaustauschs von wettbewerbsrelevanten Informationen sowie daran anknüpfenden Wettbewerbs- und Abwerbeverboten hoch. Denn in den meisten Fällen dürfte es andere Möglichkeiten geben, bei welchen die Gefahr der Beeinträchtigung des Wettbewerbs geringer ist, die aber gleichermassen geeignet sind, die an der Information interessierte Partei über die nötigen Parameter in Kenntnis zu setzen. Eine in der Praxis häufig anzutreffende Möglichkeit ist der Einsatz von sog. Clean Teams. Ein Clean Team – bestehend aus Personen, die mit dem operativen Geschäft der beteiligten Unternehmen nichts zu tun haben – analysiert die auszutauschenden Informationen vorweg auf bestimmte Kriterien hin und liefert der an der Information interessierten Partei in nicht-sensitiver Form einen aggregierten und anonymisierten Bericht.<sup>170</sup> Da in diesem Fall kein direkter Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen stattfindet, ist in der Regel auch die daran anknüpfende Vereinbarung von Wettbewerbs- und Abwerbeverboten nicht erforderlich, d.h. unverhältnismässig, und somit aus kartellrechtlicher Sicht problematisch. Bei der Vereinbarung solcher Wettbewerbs- und Abwerbeverbote ist deshalb grosse Vorsicht geboten. Abwerbeverbote sind aber nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch hier in der Regel milder zu beurteilen, insbesondere wenn sie zu einem Zeitpunkt vereinbart werden, in dem sich die Vertragsverhandlungen bereits in einem fortgeschrittenen Stadium befinden. Dann dürfte häufig unabdingbar sein, die Mitarbeiter der an der Transaktion beteiligten Unternehmen zu kennen und eine entsprechende Absicherung der Bekanntgabe diesbezüglicher Informationen mittels Abwerbeverboten müsste als erforderlich erachtet werden.

### *c) Rechtsfolgen der Kartellrechtswidrigkeit*

Gemäss Art. 49a KG sind die Kernbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG, worunter Wettbewerbs- und Abwerbeverbote subsumiert werden können, mit direkten Verwaltungssanktionen belegt. Solche Verwaltungssank-

---

<sup>168</sup> Waser, 117; BSK KG-Borer, Art. 32 N 83; Reinert, 374 ff.

<sup>169</sup> Hopt, 26.

<sup>170</sup> Waser, 117; Billinger, 129; Volz, 561.

tionen können bis zu 10% des Umsatzes betragen, der in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz von den beteiligten Unternehmen erzielt wurde.<sup>171</sup>

Eine Kartellrechtsverletzung begründet nach schweizerischem Recht überdies die Widerrechtlichkeit der betroffenen Abrede und führt damit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR – *ex tunc* und absolut – zur deren Nichtigkeit; der Erfüllungsanspruch entfällt. Die Wiederrechtlichkeit eines Wettbewerbs- oder Abwerbverbots führt gemäss Art. 20 Abs. 2 OR aber nach dem Grundsatz des *favor negotii* nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags, nämlich dann, wenn dessen Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips den Schluss zulässt, dass dieser ohne das Wettbewerbsverbot überhaupt nicht geschlossen worden wäre.<sup>172</sup> Im Regelfall erstreckt sich die Nichtigkeit bloss auf den betroffenen Vertragsteil, wobei nach herrschender Auffassung ein übermässiges Wettbewerbs- oder Abwerbverbot im Sinne der geltungserhaltenden Reduktion auf das erlaubte Mass zu reduzieren ist.<sup>173</sup> Würde nämlich das Wettbewerbs- oder Abwerbverbot vollständig entfallen, so wäre die Transaktion um ihren wirtschaftlichen Sinn gebracht, was unter Heranziehung des hypothetischen Parteiwillens im Regelfall zur Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen würde.<sup>174</sup>

#### d) Lösungsvorschläge für die Praxis

Das eigenwillige bundesgerichtliche Verständnis des Merkmals der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG kann zu einer ungehemmten Anwendung der einschlägigen Kartellrechtsvorschriften auf ausserhalb von Unternehmenszusammenschlüssen vereinbarte Wettbewerbs- und Abwerbverbote führen und birgt die Gefahr einer direkten Sanktionierung von an sich kartellrechtsneutralen oder gar kartellrechtlich erwünschten Vertragsbeziehungen.<sup>175</sup>

Nachstehend werden für die Praxis somit einzelne Lösungsvorschläge angeboten, mit denen kartellrechtlich relevante Wettbewerbs- und Abwerbverbote innerhalb und ausserhalb von Unternehmenszusammenschlüssen künftig einheitlich beurteilt werden können, damit sie als effiziente unternehmerische Koordinationshandlungen – auch ausserhalb von Unternehmenszusammenschlüssen – nicht als unzulässige und sanktionsbedrohte Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG qualifiziert werden.

---

<sup>171</sup> Egli, Bedeutung, 7.

<sup>172</sup> Etter, 487.

<sup>173</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 171; Egli, Bedeutung, 8.

<sup>174</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 171.

<sup>175</sup> Emch/Gottret, Rz. 10.

aa) *Begriff der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG restriktiv auslegen*

Heinemann weist in einem Beitrag aus dem Jahr 2014 darauf hin, dass in Bezug auf die Beantwortung der Frage, in welcher Intensität das Kartellrecht auf Wettbewerbsverbote Anwendung finden soll, zwei Wege vorstellbar seien. Zum einen könne in Anerkennung der wettbewerbsfördernden Funktion von Wettbewerbsverboten bereits die Anwendung des Kartellgesetzes abgelehnt werden, so dass es gar nicht erst zu einer kartellrechtlichen Überprüfung solcher Wettbewerbsverbote kommen würde. Zum anderen sei es jedoch auch denkbar, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes weiterhin zu bejahen. Über die Rechtmässigkeit des jeweiligen Wettbewerbsverbots entscheide dann die materiell-rechtliche Prüfung, insbesondere am Massstab von Art. 5 KG.<sup>176</sup>

Mit der Gaba-Rechtsprechung gewinnt der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes und damit die Definition der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG an Bedeutung, weil dadurch Abreden bereits aufgrund einer rein qualitativen Erheblichkeit unter Art. 5 KG fallen können.<sup>177</sup> Die Praxis wird gezwungen, konzeptionelle Fehler möglichst schon über den Begriff der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu vermeiden.<sup>178</sup> Gerade das Bestimmtheitsgebot im Aufgreifen und Beweisen einer Wettbewerbsabrede wird wichtiger: Die entsprechenden Tatbestände sind eng auszulegen.<sup>179</sup> Eine weite Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG wäre nur dann gerechtfertigt, wenn im Rahmen der effektiven materiellen Prüfung gemäss Art. 5 KG lediglich jene Abreden als unzulässig qualifiziert würden, welche sich tatsächlich negativ auf den Wettbewerb auswirken – was seit dem Bundesgerichtsentscheid i.S. Gaba jedoch nicht mehr der Fall ist.<sup>180</sup> Es erscheint daher umso wichtiger, dass im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG nicht einfach sämtliche Verhaltensweisen als Wettbewerbsabrede qualifiziert und bis zu Art. 5 KG „durchgewinkt“ werden, sondern dass die relevanten Tatbestandsmerkmale genau geprüft und konsequent angewendet werden.<sup>181</sup>

Art. 4 Abs. 1 KG setzt als zentrales Tatbestandsmerkmal voraus, dass mit der Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“ oder „bewirkt“ wird. Der

---

<sup>176</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 168.

<sup>177</sup> Schneider, 702; Gübeli, Qualifikation, 229; Emch/Gottret, Rz. 13 f.

<sup>178</sup> Tschudin, 63, Rz. 28 f.

<sup>179</sup> Schneider, 702; Gübeli, Informationsaustausch, 50; Gübeli, Qualifikation, 79; Emch/Gottret, Rz. 13 f.; Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 26.

<sup>180</sup> Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 26 f.; Stoffel, Wettbewerbsabreden, 58.

<sup>181</sup> Emch/Gottret, Rz. 14; Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 27; Gübeli, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, 50; Tschudin, 64, Rz. 32 f.; BSK KG-Borer, Art. 32 N 89.

Begriff der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ sollte dabei restriktiv ausgelegt und nur auf bestimmte Arten der Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden, die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, und bei denen folglich davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist. Es ist zentral, dass der Begriff des „Bezweckens“ nicht sämtliche Abreden umfasst, bei welchen eine Wettbewerbsbeschränkung lediglich im Bereich des Möglichen liegt.<sup>182</sup> Deshalb sollten die rechtsanwendenden Behörden nicht direkt auf wahrscheinliche Auswirkungen schliessen, wenn die Schwelle des Bezweckens trotz grundsätzlicher Eignung nicht erreicht wird.<sup>183</sup> Ein blosses Potenzial zur Beschränkung des Wettbewerbs sollte zur Erfüllung von Art. 4 Abs. 1 KG nicht ausreichen.<sup>184</sup>

Für die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG spricht auch das Leitbild des wirksamen Wettbewerbs, dem das heutige Kartellgesetz verpflichtet ist.<sup>185</sup> Gemäss dem Konzept des wirksamen Wettbewerbs stellt der Wettbewerb einen vielgestaltigen und dynamischen Prozess dar; temporäre Ungleichgewichte können dabei durchaus vorkommen. Der Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ bildet den zentralen Prüfmassstab, um sozial oder volkswirtschaftlich schädliche von unschädlichen Verhaltensweisen zu unterscheiden.<sup>186</sup> Sämtliche Verhaltensweisen, die den Wettbewerb nicht in genügendem Ausmass beeinträchtigen, sind daher zulässig und rechtfertigen keine Intervention der Behörden.<sup>187</sup>

Das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs.1 KG hängt somit von der Ausgestaltung des Wettbewerbs- oder Abwerbverbots im Einzelfall ab.<sup>188</sup> Jedes Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot wirkt sich mehr oder weniger auf die Marktverhältnisse aus, indem es die Marktposition des Geschützten stärkt, jene des Belasteten schwächt und die Wahlmöglichkeiten Dritter vermindert. Dient das Wettbewerbsverbot als effiziente unternehmerische Koordinationshandlung aber dazu, den wirtschaftlichen Erfolg einer kartellrechtsneutralen Transaktion zu sichern, liegt – bei adäquater Ausgestaltung in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht – mangels volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswir-

---

<sup>182</sup> Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 34 ff.

<sup>183</sup> Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 39 ff.

<sup>184</sup> Birkhäuser/Reinert, 134.

<sup>185</sup> Baldi, 69.

<sup>186</sup> KG Dike Kommentar-Bangerter/Zirlick, Art. 4 N 114; Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 11.

<sup>187</sup> Birkhäuser/Stanchieri, Rz. 11; Baldi, 70.

<sup>188</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 170 mit Verweis auf Zäch, Rz. 385.

kung keine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vor.<sup>189</sup> Solche Wettbewerbs- und Abwerbeverbote sollten aufgrund ihrer unerheblichen oder gar fördernden Auswirkungen auf den Wettbewerb von vornherein einer materiellen Beurteilung entzogen sein und nicht als Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden, da ansonsten von der Rechtsordnung als legitim anerkannte Rechtsgeschäfte bzw. deren Durchführung vereitelt würden.<sup>190</sup> Anderes gilt nur, wenn ein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot über das Mass hinausgeht, das zur Erreichung des kartellrechtsneutralen Hauptzwecks des umfassenden Vertrags unerlässlich erscheint.<sup>191</sup>

*bb) Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG weit auslegen*

Das Kartellgesetz geht davon aus, dass erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zwar schädliche Auswirkungen haben können, diese jedoch durch positive Wirkungen auf den Wettbewerb (über)kompensiert werden können.<sup>192</sup> Relevanter Massstab zur Beurteilung dieser Wirkungen ist die gesamtwirtschaftliche Effizienz.<sup>193</sup> Nach Art. 5 Abs. 2 KG sind Abreden gerechtfertigt, die:

- notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (lit. a); und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (lit. b).

In der Schweiz hatte die Rechtfertigungsklausel bis zum Bundesgerichtsentscheid i.S. Gaba kaum eine praktische Bedeutung erlangt, da sämtliche „unproblematischen“ Abreden bereits auf Stufe der Erheblichkeitsprüfung als zulässig qualifiziert worden sind. Mit der Einführung der grundsätzlichen Erheblichkeit für Kernbeschränkungen ist zu erwarten, dass sich – sofern die rechtsanwendenden Behörden den Begriff der Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG nicht restriktiv auslegen – die Wirkungsanalyse, d.h. die Beurteilung der Frage, ob die formale Beschränkung des Wettbewerbs auch des-

---

<sup>189</sup> Ähnliche Überlegungen vor BGE i.S. Gaba: Heinemann, Konkurrenzverbot, 172; Hilty/Früh, 196; Zäch, 385.

<sup>190</sup> Ähnliche Überlegungen vor BGE i.S. Gaba: BSK KG-Krauskopf/Schaller, Art. 5 N 16-17; Zäch, Rz. 387; Zu den Beweggründen, die zum Erlass der EU-Bekanntmachung führten: Demir, 64.

<sup>191</sup> Cotti, Rz. 252 und 254; Egli, Bedeutung, 71; Egli, Forschungs- und Entwicklungsverträge, 1001; Rauber, 201; Zäch, 384 ff.

<sup>192</sup> KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 256 f.

<sup>193</sup> KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 256 f.

sen Funktionsfähigkeit im Sinne des Konzepts des „wirksamen Wettbewerbs“ beeinträchtigt, von der Tatbestands- auf die Rechtfertigungsebene verlagern wird.<sup>194</sup> Der Bundesgerichtsentscheid i.S. Gaba führt zu einer Aufwertung der Effizienzrechtfertigung.<sup>195</sup> Auch wenn dieses Vorgehen systematisch unrichtig ist, weil Art. 5 Abs. 1 KG eine zweistufige Prüfung vorsieht (1. Schritt: Prüfung, ob ein Verhalten den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, 2. Schritt: Prüfung, ob das betreffende Verhalten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist),<sup>196</sup> ist dies – wenn Abreden unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden – neu die einzige Möglichkeit, um bei Vorliegen einer unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Wettbewerbsabrede eine direkte Sanktion abzuwenden.<sup>197</sup>

In Art. 5 Abs. 2 lit. a KG findet sich eine Aufzählung der Gründe der wirtschaftlichen Effizienz, die eine Wettbewerbsabrede rechtfertigen können. Die Rechtfertigung setzt voraus, dass mindestens einer der in der Aufzählung genannten Effizienzgründe vorliegt. Das Gesetz zählt diese Effizienzgründe in Abs. 2 zwar abschliessend auf, ist aber bewusst sehr offen formuliert.<sup>198</sup> Ausserdem überschneiden sich die Gründe teilweise und lassen sich in gewissen Bereichen kaum klar voneinander abgrenzen, was aber auch nicht notwendig ist.<sup>199</sup> Ergibt eine Prüfung im Einzelfall, dass eine Abrede effektiv Effizienzgewinne mit sich bringt, so wäre es begrüssenswert, wenn die Behörden sie in jedem Fall berücksichtigen würden. Die Effizienzgewinne sollten daher im Sinne der *ratio legis* unter einen der in Abs. 2 genannten Gründe subsumiert werden, selbst wenn hierzu der Gesetzeswortlaut mittels teleologischer Extension weit ausgelegt werden muss.<sup>200</sup>

In der Zukunft wird es von Bedeutung sein, die Konturen der Effizienzrechtfertigung weiter zu schärfen.<sup>201</sup> In Bezug auf Wettbewerbs- oder Abwerbeverbote sollte das Vorliegen eines rechtfertigenden Effizienzgrundes bejaht werden, wenn sie für die Durchführung einer kartellrechtsneutralen Transaktion erforderlich sind und bezüglich des sachlichen und räumlichen Umfangs und der Dauer im Rahmen dessen bleiben, was transaktionsnotwendig ist.<sup>202</sup> Die durch das Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot erzeugte temporäre Ab-

---

<sup>194</sup> Diebold/Schäke, 243 f.; KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 252 ff.; Baldi, 79.

<sup>195</sup> Heinemann, *Gaba*-Urteil, 116.

<sup>196</sup> Birkhäuser/Reinert, 128.

<sup>197</sup> Emch/Gottret, Rz. 18.

<sup>198</sup> KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 283 f.

<sup>199</sup> KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 283 f.

<sup>200</sup> KG Dike Kommentar-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 283 f.

<sup>201</sup> Heinemann, *Gaba*-Urteil, 116; Emch/Gottret, Rz. 18.

<sup>202</sup> Stirnimann, 176 f.

nahme des Wettbewerbsdrucks und Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit entfaltet längerfristig nämlich durchaus positive Markteffekte.<sup>203</sup> Wettbewerbs- und Abwerbeverbote können insbesondere zu einer Vermehrung der auf dem betreffenden Markt (potenziell) tätigen Unternehmen und mithin zu einer Verstärkung des Wettbewerbs beitragen.<sup>204</sup> Beispielsweise ermöglicht erst ein Wettbewerbsverbot bestimmte Arten von Austauschverträgen als Bestandteil des Wettbewerbsprozesses oder sichert die Marktteilnahme von Wirtschaftssubjekten in Form der Mitunternehmerschaft.<sup>205</sup> Darüber hinaus kann die durch ein Wettbewerbsverbot erleichterte Übertragung und Integration von immateriellen Vermögenswerten zu einer Wertschöpfung und damit letztlich zu Effizienz führen.

#### cc) *Analoge Anwendung des „ancillary restraints“-Gedanken*

Die beiden zuvor erläuterten Lösungswege haben gemeinsam, dass man den „ancillary restraints“-Gedanken auch ausserhalb von Unternehmenszusammenschlüssen für Wettbewerbs- und Abwerbeverbote fruchtbar macht.<sup>206</sup> Wettbewerbs- und Abwerbeverbote können nach dem „ancillary restraints“-Gedanken auch notwendig sein, um die sinnvolle Ausgestaltung anderer anerkannter Rechtsinstitute zu ermöglichen.<sup>207</sup> In diesem Sinne ist das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung – sei es auf Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG oder auf Stufe von Art. 5 Abs. 2 KG – bei Wettbewerbs- oder Abwerbeverboten zu verneinen, wenn sie als notwendige Nebenabreden erforderlich sind, um den Hauptzweck eines als solchen kartellrechtsneutralen Vertrags zu verwirklichen.<sup>208</sup> Dies setzt natürlich voraus, dass sie in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht auf das notwendige Mass beschränkt werden.<sup>209</sup> Was im konkreten Einzelfall als notwendig angesehen wird, sollte aber nicht starr anhand einer Bekanntmachung der Europäischen Kommission, sondern unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und Komplexitäten des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden.<sup>210</sup> Die europäische Kommission selbst ist grundsätzlich offen für die Prüfung konkreter Einzelfälle.

---

<sup>203</sup> Diebold/Schäke, 235.

<sup>204</sup> Etter, 483; Demir, 79.

<sup>205</sup> Komm. EU KG-Zimmer, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 146.

<sup>206</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 170; Scheuffele, 373.

<sup>207</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 170.

<sup>208</sup> Tschudin, 64, Rz. 32 f.; Heinemann, Konkurrenzverbot, 170.

<sup>209</sup> Heinemann, Konkurrenzverbot, 170; Scheuffele, 373.

<sup>210</sup> A.A. Heinemann, Konkurrenzverbot, 170, der in Anlehnung an die Praxis in der EU eine zeitliche Dauer von zwei Jahren, im Fall der Übertragung von Know-how auch von drei Jahren für erforderlich hält.

## IV. Arbeitsrechtliche Beurteilung

### I. Allgemeines

Wettbewerbsverbots- und Abwerbverbots- sowie Retention-Klauseln bzw. Agreements betreffen alle direkt oder indirekt (auch) die Erwerbstätigkeit einer natürlichen Person.

Wettbewerbsverbote, welche im Rahmen von Unternehmenskäufen abgeschlossen und in den Unternehmenskaufvertrag aufgenommen werden, sind, anders als diejenigen in Arbeitsverträgen, nicht anhand von Art. 340 OR zu beurteilen, sondern anhand des allgemeinen Zivilrechts (siehe unten [V.1.b](#)).<sup>211</sup>

Abwerbverbote, verstanden als die Verpflichtung des Verkäufers die Mitarbeitenden des übertragenen Unternehmens nicht abzuwerben, sind aus arbeitsrechtlicher Sicht wenig problematisch. Der Arbeitnehmer ist keine Vertragspartei des Abwerbverbots, anders als der Käufer oder das übertragene Unternehmen und der Verkäufer des übertragenen Unternehmens. Der Arbeitnehmer wird durch Art. 27 Abs. 2 ZGB und die zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich vor einer zu grossen Beschränkung seines wirtschaftlichen Fortkommens und in seiner Freiheit, den Arbeitgeber selbst zu wählen, geschützt.<sup>212</sup> Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verbietet es diesem nicht, Massnahmen gegen ein Abwerben seiner Arbeitnehmer zu ergreifen.<sup>213</sup> Überdies schützt das Gesetz den Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen vor zu aggressiven Abwerbemethoden von Konkurrenten.<sup>214</sup>

Eine Beurteilung von Abwerbverboten hat anhand des allgemeinen Zivilrechts stattzufinden (siehe unten [V.1.c](#)).

Abwerbverbote, welche in den Unternehmenskaufvertrag aufgenommen oder vom Käufer direkt mit einer natürlichen Person vereinbart werden, fallen unter den Begriff der Wettbewerbsverbote, welche, wie bereits erwähnt, anhand des allgemeinen Zivilrechts zu beurteilen sind. Werden Abwerbverbote während des Transaktionsprozesses in die Arbeitsverträge der Mitarbeitenden mit dem übertragenen Unternehmen aufgenommen, handelt es sich um ein

---

<sup>211</sup> Ruggli/Vischer, 297 f.

<sup>212</sup> Siehe Art. 334 ff. i.V.m. 361 OR.

<sup>213</sup> Siehe 328 OR.

<sup>214</sup> Frick, 101 f., 104 f., 113 und 128.

arbeitsrechtliches Wettbewerbsverbot. Angesichts der bereits ausführlichen Behandlung von solchen Wettbewerbsverboten in der Literatur kann hier auf ihre Behandlung verzichtet werden.

Arbeitsrechtliche Fragen stellen sich insbesondere bezüglich Retention-Boni, die entsprechend im folgenden Unterkapitel genauer analysiert werden. Solche finanzielle Vorteile bezwecken, einen Arbeitnehmer durch die richtigen Anreize an das übertragene Unternehmen zu binden bzw. die Weiterführung des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses zu sichern.

## **2. Retention-Agreement und Boni**

### *a) Erscheinungsformen und Vertragsverhältnisse*

Der Verbleib des Mitarbeiters kann sowohl im Interesse des übertragenen Unternehmens sowie des Erwerbers sein. Entsprechend gibt es verschiedene Vertragsverhältnisse. Zum einen kann das übertragene Unternehmen einen Retention-Bonus in den bestehenden Arbeitsvertrag aufnehmen, zum anderen kann der Erwerber direkt mit dem Arbeitnehmer ein Retention-Agreement abschliessen. Bei der ersten Konstellation ist relevant, ob das übertragene Unternehmen dies aus Eigenantrieb oder jedoch auf Verlangen des Käufers tut.

Wird ein Retention-Bonus in den bestehenden Arbeitsvertrag aufgenommen, kommt das Arbeitsrecht zur Anwendung. Diese Variante steht bei der nachfolgenden Beurteilung im Vordergrund. Schliesst der Käufer den Vertrag direkt mit dem Arbeitnehmer ab, stellt sich erst die Frage, wie das Retention-Agreement zu qualifizieren ist und ob die arbeitsrechtlichen Vorschriften anzuwenden sind, was bei Konkurrenzklauseln ausserhalb von Arbeitsverträgen z.B. nicht der Fall ist (vgl. [IV](#) oben). In Betracht kommt wohl eine Qualifikation als Arbeitsvertrag im Konzern.<sup>215</sup>

### *b) Anknüpfung der Vergütung an eine Bedingung und Formen der Vergütung*

Bedingungen sind für die Erreichung der Mitarbeiterbindung zentral. Durch die direkte Anknüpfung der Vergütung an das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt, wird der Arbeitnehmer dazu angeregt, im Unternehmen zu bleiben. Zur Anknüpfung der Vergütung an eine Bedingung gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Als Erstes kann ein Bonus vereinbart werden, der mit einer Verfallsklausel suspensiv bedingt ist; der Bonus wird hierbei erst und nur dann ausbezahlt, wenn der Mitarbeiter für die vereinbarte

---

<sup>215</sup> Siehe dazu bspw. Müller, 51 ff.

Zeit im Unternehmen verblieben ist. Im Zusammenhang mit Mitarbeiterbeteiligungen kann dies in Form einer sogenannten „Vesting“-Periode vereinbart werden. Als zweite Möglichkeit kommt eine resolutiv bedingte Vergütung in Frage. Dabei wird bereits während der Vertragsdauer ein Bonus ausgerichtet, welcher im Falle des Nichterreichens der vereinbarten Dauer zurückbezahlt werden muss. Dies kann in einer sogenannte Rückzahlungsklausel<sup>216</sup> vereinbart werden.

Bezüglich der Ausgestaltung des Retention-Bonus kommen grundsätzlich die gleichen Vergütungsarten wie bei anderen Boni in Betracht. Zum einen kann der Bonus in Form von einer Geldzahlung, zum anderen in Form von Beteiligungsplänen stattfinden. Bei Letzteren werden dem Mitarbeiter neben dem Fixlohn und einem allfälligen variablen Jahresbonus Anrechte auf Beteiligungen am Unternehmen eingeräumt. Die effektive Zuteilung oder Eigentumsübertragung an den Aktien findet meist nach einer sogenannten „Vesting“-Periode<sup>217</sup> statt, was der Mitarbeiterbindung dienen soll.<sup>218</sup> Dieses Instrument wird vorwiegend bei börsenkotierten Unternehmen verwendet, da im Vergleich zu nicht kotierten Gesellschaften der Wert der Aktie einfacher festgestellt werden kann und Aktien als Vergütung für den Mitarbeiter besonders attraktiv sind, weil er sie vergleichsweise einfach veräussern kann.

c) *Zulässigkeit der Anknüpfung der Vergütung an das Bestehen des Arbeitsverhältnisses*

Da der Retention-Bonus vertraglich vereinbart wird, ohne dass dem Arbeitgeber weder bezüglich Auszahlung noch Höhe ein individuelles Ermessen zukommt, handelt es sich um eine sogenannte Sondervergütung mit Lohncharakter.<sup>219</sup> Retention-Boni bzw. die Anknüpfung einer Gratifikation an objektive Bedingungen werden von der Lehre, entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtes,<sup>220</sup> zu Recht und mit gutem Grund als zulässig erachtet.<sup>221</sup> Dies ist insbesondere aufgrund von Art. 322d Abs. 2 OR von grosser Bedeutung: Demnach entfällt, sofern nichts anderes vereinbart wurde, der Anspruch auf Ausrichtung einer Sondervergütung, wenn das Arbeitsverhältnis endet, bevor

---

<sup>216</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 25 f.; Rudolph, 96.

<sup>217</sup> BGE 141 III 381 E 2.1.; Rudolph, 96.

<sup>218</sup> Richa/Raedler, 529.

<sup>219</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, 322d N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d OR N 2.

<sup>220</sup> Siehe z.B. BGE 142 III 381 E. 2.; 139 III 155 E. 3.1; 129 III 276 E. 2.

<sup>221</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, 322d N 18a; Wyler/Heinzer, 231; Meier, 160; Brühwiler, Art. 332d OR N 9; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 1; Gabus/Rohmer, 230; Morf, 79; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d OR N 9; Richa/Raedler, 530; Hirsiger, 107; Reinert, 8; Cramer, 165 f.

der Anlass zu deren Ausrichtung eingetreten ist. Dies steht im starken Gegensatz zum Lohn, welcher *pro rata temporis* geschuldet ist. Für die Arbeitsleistung während der vereinbarten Mindestperiode wird der Arbeitnehmer bereits entlohnt; der Retention-Bonus bildet bloss eine zugeschlagene Sondervergütung. Würde ein Mitarbeiter bei vorzeitiger Kündigung dennoch mit einem Teil des Retention-Bonus belohnt, würde dies selbstverständlich dem eigentlichen Zweck des Retention-Bonus, der Anregung zum Verbleib des Arbeitnehmers, zuwiderlaufen.

Die Lehre erachtet bei Retention-Boni, welche vom Bestehen des Arbeitsverhältnisses suspensiv oder resolutiv bedingt sind, die Kündigungsfreiheit und Kündigungsparität nicht als verletzt.<sup>222</sup> Gewisse Stimmen verlangen jedoch, dass solche Vereinbarungen analog zu Wettbewerbsverboten nicht länger als drei Jahre dauern dürfen.<sup>223</sup> Andere fordern hingegen die Zulässigkeit auch bei längerer Dauer,<sup>224</sup> wofür eigentlich Art. 334 Abs. 3 OR spricht, welcher befristete Arbeitsverhältnisse von bis zu zehn Jahren ohne Kündigungsmöglichkeit zulässt.<sup>225</sup> Die Situation ist u.E. denn auch nicht vergleichbar mit Wettbewerbsverboten, welche das wirtschaftliche Fortkommen der betroffenen Person stärker betreffen, da sie die Periode nach dem Arbeitsverhältnis betreffen.

Bei Vergütungen in Form von Beteiligungen besteht die Gefahr der Verletzung des Truckverbots (323b Abs. 3 OR).<sup>226</sup> Betrachtet man den Retention-Bonus als Gratifikation, kommt das Truckverbot jedoch nicht zur Anwendung.<sup>227</sup>

## V. Allgemeine zivilrechtliche Beurteilung

Neben den arbeitsrechtlichen Regeln gelangen in allen drei hier behandelten Vereinbarungsarten selbstverständlich auch allgemeine zivilrechtliche Normen und Schranken zur Anwendung, was besonders für solcherlei Klauseln in Unternehmenskaufverträgen von massgeblicher Bedeutung ist.<sup>228</sup> Diese Aspekte sollen nachfolgend angesprochen werden.

---

<sup>222</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 18; siehe auch Cramer, 167 ff. und 170 ff.

<sup>223</sup> Cramer, 167.

<sup>224</sup> Vgl. Cramer, 167.

<sup>225</sup> Siehe auch BGE 130 III 495 E. 5; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 334 N 9.

<sup>226</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 25 f.

<sup>227</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 323b N 10; BGE 131 II 617 E. 6.3.

<sup>228</sup> Ruggli/Vischer, 297 f.

## 1. Schranken nach Art. 19 und 20 OR, insbesondere 27 Abs. 2 ZGB

Wie für alle Verträge sind die rechtlichen Schranken von Art. 19 und 20 OR zu beachten, insbesondere Art. 27 Abs. 2 ZGB, dessen Verletzung Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR zufolge sittenwidrig ist.<sup>229</sup> In diesem Zusammenhang ist besonders beachtenswert, dass juristische Personen sich auf Art. 27 Abs. 2 ZGB berufen können, wenn ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit betroffen ist.<sup>230</sup> Eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 OR führt gemäss Art. 20 OR zur Nichtigkeit des Vertrages oder der mit dem Inhaltsmangel behafteten Klausel. Bezüglich der Rechtsfolgen von Kartellrechtsverletzungen in Verbindung mit Art. 19 und 20 OR kann auf [III.2.c\)](#) oben verwiesen werden. Im Folgenden werden für jede der drei Vereinbarung die naheliegenden zivilrechtlichen Grenzen aufgezeigt.

### a) Wettbewerbsverbote

Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen sind nicht nach Art. 340 ff. OR, sondern anhand von 27 Abs. 2 ZGB zu prüfen.<sup>231</sup> Die arbeitsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Einblicks in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, des Schädigungspotentials, der dreijährigen zeitlichen Schranke und der höchststrichterlich geforderten räumlichen, sachlichen und zeitlichen Eingrenzung kommen folglich alle nicht zur Anwendung. Im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB ist es jedoch dem Verkäufer, ungeachtet seiner Persönlichkeit, untersagt, sich seiner wirtschaftlichen Freiheit zu entäussern oder die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz ernsthaft zu gefährden.<sup>232</sup> Das Bundesgericht hielt bezüglich der zeitlichen Geltung fest, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht vor einer langen Vertragsdauer, sondern vor übermässiger Bindung schützt.<sup>233</sup>

Denkbar ist auch ein Verstoß gegen die zeitliche Schranke des Wettbewerbsverbots im Kartellrecht (vgl. oben [III.1.b\)bb\)aaa\)](#)), welche je nach Ausgestaltung zur Nichtigkeit eines Teils oder des ganzen Vertrags bzw. zur Herabsetzung der Dauer führt (vgl. oben [III.2.c\)](#)). Damit das Kartellrecht überhaupt zur An-

---

<sup>229</sup> BGE 130 III 495 E. 5; die h.L. geht von diesem Verhältnis aus, ein anderer Teil sieht Art. 27 Abs. 2 ZGB als eigenes Kontrollkriterium neben den anderen Schranken in Art. 19 und 20 OR, siehe BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 27 N 8.

<sup>230</sup> BGE 114 II 159 E. 2a. Gefordert wird zudem, dass auch abseits von der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit Art. 27 Abs. 2 ZGB bei juristischen Personen zur Anwendung gelangt, solange es nicht auf Eigenschaften i.S.v. Art. 53 ZGB ankommt, siehe dazu BSK ZGB-Huguenin/Reitze Art. 27 N 3.

<sup>231</sup> Ruggli/Vischer, 297 f.; Cotti, Rz. 830 ff.; BGE 95 II 532 E. 2.

<sup>232</sup> BGE 143 III 480 E. 5.4; 138 III 322 E. 4.3.2; 123 III 337 E. 5.

<sup>233</sup> BGE 143 III 480 E. 5.4; 114 II 159 E. 2b.

wendung kommt, muss jedoch die verpflichtete Vertragspartei unter den funktionalen Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG fallen (vgl. oben [III.1.b\)bb\)ddd\)](#)).

b) *Abwerbeverbote*

Für die Beurteilung von Abwerbeverboten, welche eine natürliche Person mit dem Käufer abschliesst, kann auf die Ausführungen zu den Wettbewerbsverboten verwiesen werden.

Bei Abwerbeverboten zwischen dem Käufer und dem Verkäufer, die verhindern sollen, dass die Mitarbeiter des übertragenen Unternehmens vom Verkäufer während oder nach Vollendung des Transaktionsprozesses abgeworben werden, kommt ebenfalls eine Beurteilung nach Art. 19 und 20 OR in Betracht. Dass sich eine Person oder ein Unternehmen verpflichtet, Arbeitnehmer eines Konkurrenten nicht abzuwerben, erscheint im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB als wenig einschränkend, besonders weil gewisse diesbezügliche Praktiken als unlauter zu betrachten sind<sup>234</sup> und die Chance ohnehin besteht, dass der Arbeitnehmer ohne verbotene Einflussnahme zum übertragenen Unternehmen wechselt.

c) *Retention-Agreement*

Mit Blick auf die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträgen ohne Kündigungsmöglichkeit bis zu einer Dauer von zehn Jahren sollten Retention-Agreements kaum je ein Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellen.<sup>235</sup> Bezüglich einer Mitarbeiteroption mit Verfügungssperre von fünf Jahren, dessen Zweck es gemäss Bundesgericht gerade war, „das Arbeitsverhältnis auf eine gewisse Dauer zu stabilisieren“ hielt die Rechtsprechung somit auch fest, dass sich „[v]on der in begründeter Erwartung eines hohen Gewinns freiwillig auf fünf Jahre eingegangenen Bindung des Klägers“ nicht sagen lasse, dass sie das zulässige Mass überschreite, da „der Kläger aus mehrjähriger Erfahrung die Perspektiven eines fünfjährigen Verbleibens bei der X. Bank AG abzuschätzen in der Lage war“. Erst ein auf mehr als zehn Jahre abgeschlossener Arbeitsvertrag verletze die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 27 ZGB.<sup>236</sup>

Retention-Agreements bzw. Klauseln schränken sowieso die wirtschaftliche Freiheit weniger ein, als Wettbewerbsverbote, welche den Wechsel des Arbeit-

---

<sup>234</sup> Frick, 101 f., 104 f., 113 und 128.

<sup>235</sup> Art. 334 Abs. 3 OR.

<sup>236</sup> BGE 130 III 495 E. 5; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 334 N 9; Cramer, 168.

gebers und die Ausübung der Erwerbstätigkeit unter gewissen Voraussetzungen verbieten und anders als Retention-Boni nicht nur einen Anreiz für den Verbleib schaffen.<sup>237</sup>

## 2. Bedingungen

Bedingungen sind insbesondere in Retention-Agreements bzw. Klauseln relevant, da die Anknüpfung des Bonus an den Eintritt einer Bedingung naturgemäss den wesentlichen Anreizmechanismus ausmacht. Es soll hier bloss kurz darauf hingewiesen werden, dass Art. 156 OR eine Schranke für die Handlungen des Arbeitgebers darstellt. Verhindert er wider Treu und Glauben, dass die Bedingung eintritt, gilt diese trotzdem als erfüllt und er muss die Vergütung auszahlen. Um solche Konsequenzen zu verhindern sollte genau vereinbart werden, wann eine Kündigung des Arbeitgebers, die den Eintritt der Bedingung verhindert, legitim ist.

## 3. Konventionalstrafe

Konventionalstrafen sind bei Abwerbverboten und Wettbewerbsverboten gegenüber natürlichen Personen von grosser Bedeutung. Bei M&A-Transaktionen stellt die Festlegung der Höhe der Konventionalstrafe wohl die Crux der Sache dar, weil der Schaden, der durch die Verletzung an sich verursacht wird, nur schwierig zu bestimmen ist und der Richter nach seinem Ermessen überhöhte Konventionalstrafen herabsetzen kann.<sup>238</sup> Zu verabreden ist auf jeden Fall, dass die Leistung der Konventionalstrafe nicht von der Pflicht zur Realerfüllung und zum Ersatz des weiteren Schadens befreit.

## 4. VegüV

Bei börsenkotierten Unternehmen ist bezüglich der Vergütung innerhalb von Retention-Agreements ebenfalls die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (VegüV, SR 221.331) zu beachten, sofern es sich bei der betroffenen Person um ein Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates handelt. Wird eine Leistung des Vergütungsempfängers abgegolten und steht der Retention-Bonus in einem angemessenen Verhältnis zum Nachteil des Vergütungsempfängers, ist diese unter der VegüV grundsätzlich zulässig.<sup>239</sup> Nicht

---

<sup>237</sup> Gl. M. Cramer, 169.

<sup>238</sup> Art. 163 Abs. 3 OR.

<sup>239</sup> Vgl. dazu im Zusammenhang mit Kontrollwechseln Oser/Müller, Art. 20 VegüV N 145 und BSK VegüV-Pöschel, 20 N 117.

erlaubt sind jedoch Zahlungen, die den Zweck einer verbotenen Abgangsschädigung erfüllen,<sup>240</sup> was bei Retention-Boni aber regelmässig nicht der Fall sein sollte, sofern dies nicht speziell verabredet wird.

## Literaturverzeichnis

- Amstutz Marc, Bemerkungen zu BGE 124 III 495, AJP 1999, 1477 ff.
- Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. A., Basel 2021 (zit. BSK KG-Bearbeiter).
- Baker&McKenzie, Kartellgesetz, SHK – Stämpfli Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK KG-Bearbeiter).
- Baldi Marino, Zur „Grundsätzlichkeit“ der Bundesgerichtsurteile GABA und BMW, AJP 2018, 68 ff.
- Billinger Josefa, Teil B Kartellrechtliche Risiken im Unternehmen/IX. Transaktionen, in: Schultze Jörg-Martin (Hrsg.), Compliance-Handbuch Kartellrecht, 2. A., Frankfurt am Main 2021, 112 ff.
- Birkhäuser Nicolas/Reinert Mani, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR Band 137 (2018), Heft 1.
- Birkhäuser Nicolas/Stanchieri Alessandro, Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba, Jusletter, 11. September 2017.
- Borer Jörg, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. A., Zürich 2011.
- Brühwiler Jürg, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014.
- Bunte Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 2. Bd., Europäisches Kartellrecht, 13. A., Köln 2018 (zit. Kartellrecht-Komm.-Bearbeiter).
- Cagienard Mark/Jenny Daniel, Steuerfreier privater Kapitalgewinn: Tragweite und Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Besprechung des Urteils 2C\_618/2014 des Bundesgerichts vom 3. April 2015, GesKR 3/2015, 438 ff.
- Candreia Philipp, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art.7 KG, Diss., Zürich 2006.
- Cotti Lukas, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Diss., Fribourg 2001.
- Cramer Conradin, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Diss., Bern 2007.
- David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. A., Bern 2012.
- Demir Koray, Wettbewerbsverbote – Kartellrechtliche Beurteilung, Diss. Zürich 2008.
- Diebold Nicolas F./Schäke Cyrill, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, recht 4/2018, 228 ff.
- Egli Urs, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis, recht 2/2014, Heft 1 (zit. Egli, Bedeutung).

---

<sup>240</sup> Art. 20 Ziff. 1 VegüV; Oser/Müller, Art. 20 VegüV N 37.

- Egli Urs, Forschungs- und Entwicklungsverträge: Zentrale Rechtsfragen und Hinweise zur Vertragsgestaltung, AJP 7/2015, 993 ff. (zit. Egli, Forschungs- und Entwicklungsverträge).
- Emch Daniel/Gottret Anna, Grundsätzliche Erheblichkeit – Kritische Würdigung und mögliche Korrektive, *sui-generis* 2018, 374 ff.
- Etter Boris, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, *sic!* 6/2001, 481 ff.
- Fellmann Walter/Müller Karin, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006 (zit. BK OR-Bearbeiter).
- Fischer Kuno, Fusionskontrollrechtliche Aspekte der Gründung von B2B-Internet-Handelsplattformen in Form von dauerhaften Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, Zürich/Basel/Genf 2007.
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015.
- Frick Markus, Abwerbung von Personal und Kunden unter Berücksichtigung der Abwerbung durch Arbeitnehmer während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 2000.
- Gabus Pierre/Rohmer Sandrine, Bonus et hauts salaires: Liberté contractuelle ou protection du travailleur?, SJ 2014 II, 219 ff.
- Gübeli Raffael, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, AJP 1/2017, 50 ff. (zit. Gübeli, Informationsaustausch).
- Gübeli Raffael, Unterschiede in der Qualifikation von horizontalen und vertikalen abgestimmten Verhaltensweisen in der Praxis, *sic!* 5/2018, 229 ff. (zit. Gübeli, Qualifikation).
- Heinemann Andreas, Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 1/2017, 101 ff. (zit. Heinemann, *Gaba*-Urteil).
- Heinemann Andreas, Das Konkurrenzverbot in der einfachen Gesellschaft, in: Amstutz/Chabloz/Heinzmann/Hochreutener (Hrsg.), Festschrift für Walter A. Stoffel, Bern 2014, 161 ff. (zit. Heinemann, Konkurrenzverbot).
- Heizmann Reto A., Relative Marktmacht, überragende Marktstellung – eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, *recht* 5/2010, 172 ff.
- Henckel von Donnersmarck Sophie, Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG – die Unternehmensdefinition des Schweizer Kartellgesetzes: Eine Untersuchung der legislatorischen Problemlösungsarbeit, Diss., Zürich 2008.
- Heuchert Ines, Unternehmens- und Immobilientransaktionen, in: Messmer Stefan/Bernhard Jochen (Hrsg.), Praxishandbuch Kartellrecht im Unternehmen, 2. A., Berlin/Boston 2018, 241 ff.
- Hilty Reto M./Früh Alfred, Lizenzkartellrecht, Schweizer Recht, gespiegelt am US-amerikanischen und europäischen Recht, Bern 2017.
- Hirsiger René, Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis, ArbR 2011, 87 ff.

- Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz, Gesamtkommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1. A., Zürich 1997 (zit. GK KG-Bearbeiter).
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter).
- Immenga Ulrich et al. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 1. Bd., EU, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. A., München 2019 (zit. Komm. EU KG-Bearbeiter).
- Jentsch Valentin, Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen, Inhalt, Zulässigkeit und Durchsetzung, Zürich 2015.
- Kapp Thomas/Schumacher Anke, Das Wettbewerbsverbot des Minderheitsgesellschafters, WuW 2010, 481 ff.
- Knobloch Stefan, Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, GesKR 4/2013, 551 ff.
- Krauskopf Patrick, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, Baurecht 2003/3, 121 ff.
- Krauskopf Patrick/Henkel Sophie, Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006(11), 740 ff.
- Leupold Michael, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, 183 ff. (zit. Leupold, Beurteilung).
- Leupold Michael, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes, SZW 1999, 150 ff. (zit. Leupold, Konkurrenzverbote).
- Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, Genf/Zürich/Basel 2012.
- Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. A., Basel 2013 (zit. CR-Bearbeiter).
- Meier Matthias, Die Anwesenheitsprämie, ARV-DTA 3/2017, 153 ff.
- Morf Roger, Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt, ArbR 2012, 67 ff.
- Müller Roland/Zünd David, Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht, AJP 12/2012, 1781 ff.
- Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. A., Zürich 2018.
- Müller Roland, Arbeit im Konzern, in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, 47 ff.
- Rauber Georg, Internet Joint Ventures, in: Weber/Hilty/Auf der Maur (VORNAMEN) (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Rechtliche und praktische Aspekte, Zürich 2000, 169 ff.
- Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, OR 319-330b, Bern 2010 (BK OR Bd. VIC/2/1-Bearbeiter).
- Reinert Mani, Gun-Jumping und Zusammenschlusskontrolle, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht – Liber Amicorum für Rolf Watter, Zürich/St. Gallen 2008, 357 ff.
- Reinert Peter, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP 1/2009, 3 ff.

- Richa Alexandre/Raedler David, Le „bonus“ soumis à une condition objective, GesKR 4/2012, 524 ff.
- Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. HK OR-Bearbeiter).
- Rudolph Roger, Fokus Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen im Bonusrecht, TREX 2/2011, 92 ff.
- Ruggli Monika/Vischer Markus, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 102 (2006) Nr. 13, 294 ff.
- Schenker Urs, Unternehmenskauf, Rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016.
- Scheuffele Friedrich, Kartellrechts-Compliance: Mietvertragliche Konkurrenzschutzklauseln, Compliance-Berater 10/2018, 372 ff.
- Schlupe Walter René/Schürmann Leo, KG PüG: Kartellgesetz Preisüberwachergesetz: Gesetzestexte mit umfassendem Kommentar unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien, der Doktrin zum schweizerischen Kartellrecht sowie der Praxis der Gerichte und der Kartellkommission, Zürich 1988 (zit. KG PüG-Komm.-Bearbeiter).
- Schneider Henrique, Gesamtabrede im Wettbewerbsrecht: Eine Würdigung im Spannungsverhältnis zwischen der Schweiz und der EU, sic! 12/2018, 689 ff.
- Stirnimann Franz Xaver, Urheberkartellrecht, Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2004.
- Stöckli Jean-Fritz, Funktionierender Wettbewerb bei Spitzenlöhnen, in: Müller Roland A./Rudolph Roger/Schnyder Anton K./von Kaenel Adrian/Waas Bernd (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich/Basel/Genf 2020, 713 ff.
- Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012.
- Thomi Roger, Meldepflicht Fusionskontrolle I, in: Tschudin Michael (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, Erläuterte Beratungen des WEKO-Sekretariats, Basel 2018, 197 ff.
- Tschudin Michael, Einkaufsgemeinschaften, in: Tschudin Michael (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, Erläuterte Beratungen des WEKO-Sekretariats, Basel 2018, 29 ff.
- Volz Stephanie, Wettbewerbsverbote als Ancillary Restraints beim Unternehmenskauf, in: Grosz/Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2016, 225 ff.
- Volz Stephanie, Kartellrechtliche Fragen bei der Gründung eines Joint Ventures, SZW 2020, 557 ff. (zit. Volz, Joint Ventures).
- Von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. A., Basel 2011.
- Waser Astrid, Entwicklungen in der Fusionskontrolle, in: Diem Hans-Jakob (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XXI, Zürich/Basel/Genf 2019, 97 ff.

- Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli, Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015 (zit. BSK VegüV-Bearbeiter).
- Weber Rolf/Volz Stephanie, Wettbewerbsrecht – Fachhandbuch, Expertenwissen für die Praxis, Bern 2013.
- Weidenbach Georg/Mühle Jan, Wettbewerbsverbote im Kartellrecht – Teil 1: Unternehmenskaufverträge, EWS 9/2010, 353 ff.
- Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 7. A., Basel 2020 (BSK OR I-Bearbeiter).
- Wyler Rémy/Heinzer Boris, Droit du travail, Bern 2019.
- Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005.
- Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Dike Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. KG Dike Komm.-Bearbeiter).