

KONKURRENZVERBOTE BEI UNTERNEHMENSVERKÄUFEN

Regelmässig werden in Unternehmenskaufverträgen zum Schutz des Käufers Konkurrenzverbotsklauseln vereinbart, die für die Zeit nach dem Kontrollwechsel konkurrenzierendes Verhalten des Verkäufers unterbinden sollen. Zwar gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Oft ist den Vertragsparteien jedoch unklar, wie weit sie hierbei gehen dürfen. Dieser Beitrag gibt Antworten und praktische Tipps zu Konkurrenzverboten und damit zusammenhängenden Regelungen in Unternehmenskaufverträgen.

■ Von Dr. Robert Bernet und Dr. Peter Kühn

Sinn und Zweck von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen

Ein Konkurrenzverbot (auch Wettbewerbsverbot, *Non-Competition* oder *Non-Compete* genannt) schützt den Käufer davor, dass der Verkäufer nach dem Kontrollwechsel den Kaufgegenstand (also das Unternehmen) durch konkurrenzierendes Verhalten schädigt.

Es würde den Unternehmenskauf gefährden oder gar verunmöglichen, wenn die zu erwerbende wirtschaftliche Position des Käufers insoweit ungeschützt bliebe, dass der Verkäufer z.B. seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und so dem veräusserten Unternehmen letztlich die wirtschaftliche Existenzgrundlage entziehen könnte.

Anwendungsbereich und Rechtsgrundlage

Konkurrenzverbote bei Unternehmensverkäufen sind nicht explizit gesetzlich geregelt, in der Praxis aber etabliert. Sowohl bei Aktien- bzw. Anteilskaufverträgen (*Share Deals*) als auch bei Verträgen über den Erwerb von Vermögensgegenständen (*Asset Deals*) in jedweder Form (auch z.B. bei Fusion oder Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz) können Konkurrenzverbotsklauseln vereinbart werden.

Selbst wenn der Kaufvertrag kein explizit geregeltes Konkurrenzverbot

enthält, nehmen Rechtsprechung und Lehre ein implizites Konkurrenzverbot zulasten des Verkäufers an. Gleichwohl ist eine ausdrückliche vertragliche Regelung in aller Regel (jedenfalls für den Käufer) zu empfehlen.

PRAXISTIPP



Der Aktienkaufvertrag sollte keine separate Entschädigung für die Einhaltung des Konkurrenzverbots vorsehen (sondern lediglich einen Kaufpreis für die Aktien), da anderenfalls insoweit kein steuerfreier Kapitalgewinn mehr vorliegt.

Abgrenzung

Die vereinzelt gesetzlich geregelten Konkurrenzverbote, etwa für den GmbH-Gesellschafter oder -Geschäftsführer, den Arbeitnehmer, Agenten, Prokuristen, den einfachen, Kollektiv- oder Kommandit-Gesellschafter, gelten nicht für den Unternehmenskauf. So hat das Bundesgericht insbesondere klargestellt, dass die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften (Art. 340 ff. OR) nicht analog auf Konkurrenzverbote in (Aktien-)Kauf- und anderen (z.B. Aktionärbindungs-)Verträgen Anwendung finden.

Selbst wenn der Verkäufer als Arbeitnehmer bei der Zielgesellschaft angestellt war oder bleibt, gelten das arbeitsvertragliche und das (aktien-)kaufvertragliche Konkurrenzverbot nebeneinander.

Angestellte Manager (die nicht auch Verkäufer sind), die im Zuge des Kontrollwechsels das Unternehmen verlassen, unterliegen weiterhin ihrem arbeitsvertraglich vereinbarten Konkurrenzverbot, dessen Durchsetzung in der Praxis freilich oft schwierig ist.

Auch Verwaltungsratsmitglieder sind aufgrund ihrer Sorgfalts- und Treuepflicht gesellschafts- oder auftragsrechtlich an ein Konkurrenzverbot gebunden, allenfalls konkretisiert durch den Arbeits- oder Mandatsvertrag, gesellschaftsrechtliche Beschlüsse, die Statuten und das Organisationsreglement.

Ferner können gewisse Regelungen des UWG eingreifen, etwa bei Geheimnisverletzungen oder wenn der Verkäufer Abnehmer seines zuvor verkauften Unternehmens zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihnen einen Vertrag abschliessen zu können.

Kartellrechtliche Vorgaben

Konkurrenzverbotsklauseln (und ähnlich wirkende Klauseln wie Abwerbverbote und Vertraulichkeitsklauseln) sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z.B. Know-how, Goodwill) zusammensetzt, sichern. Der Käufer braucht eine gewisse Zeit, um das Vertrauen der Kunden zu gewinnen und sich das betreffende Know-how aneignen und nutzen zu können. Dies sind legitime Ziele.



Allerdings führen Konkurrenzverbote dazu, dass potenzielle Wettbewerber vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, vorausgesetzt, dass überhaupt ein relevanter Einfluss auf einen bestimmten Markt besteht (auf eine Meldepflicht gegenüber der schweizerischen Wettbewerbskommission WEKO kommt es dabei nicht an). Konkurrenzverbote gelten als zulässige Nebenabreden, wenn sie mit dem beabsichtigten Unternehmenszusammenschluss unmittelbar verbunden sind und in räumlicher, sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen.

PRAXISTIPP



Die EU-Kommission (an deren Praxis sich die WEKO insoweit anlehnt) nimmt bei der Übertragung des Geschäftswerts inklusive immaterieller Werte eine zulässige Höchstdauer von drei Jahren an.

Werden hingegen nur gewisse materielle Vermögenswerte wie Grundstücke, Gebäude, Maschinen oder ausschliesslich gewerbliche Schutzrechte übertragen (deren Inhaber gegen Rechtsverletzungen durch den Verkäufer sofort gerichtlich vorgehen kann), sind Konkurrenzverbote nicht notwendig.

Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung

Zudem sind die allgemeinen zivilrechtlichen Schranken zu beachten. Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken (Art. 27 Abs. 2 ZGB).

Wann ein solch verbotenes Übermass an Bindung vorliegt, unterliegt der Beurteilung im Einzelfall. Immerhin hat der Verkäufer soeben einen womöglich erheblichen Kaufpreis für das von ihm verkaufte Unternehmen erhalten. Andererseits hat er grundsätzlich ein

Recht auf freie wirtschaftliche Entfaltung.

WICHTIGER HINWEIS



Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen sind zulässig, wenn dem Verkäufer angesichts des erzielten Kaufpreises und seiner sonstigen Vermögensverhältnisse für die Verbotsdauer eine andere Tätigkeit zugemutet werden kann.

Sachlicher Geltungsbereich

Vom Konkurrenzverbot erfasst sind alle Handlungen des Verkäufers, die den Angebotsmarkt des von ihm verkauften Unternehmens betreffen. Geschützt sind diejenigen Waren und Dienstleistungen, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Auch Nachfolgemodelle, in fortgeschrittenem Entwicklungsstadium befindliche Produkte sowie fertig entwickelte, aber noch nicht auf den Markt gebrachte

Erzeugnisse sind geschützt. Nicht schutzwürdig ist der Käufer hingegen vor Wettbewerb des Verkäufers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war.

Konkurrenzierende Handlungen können auf verschiedene Weise direkt oder indirekt erfolgen, sei es durch eine selbstständige Erwerbstätigkeit, durch die Tätigkeit als Arbeitnehmer, Organ oder Beauftragter eines Konkurrenzunternehmens oder durch die Beteiligung an einem solchen. Der Verkäufer darf allerdings nicht daran gehindert werden, solche Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind. Massgeblich ist eine Einzelfallbetrachtung.

PRAXISTIPP



Mitunter wird in Vertragsverhandlungen versucht, auch den Unternehmensgegenstand des Käufers (der über den des erworbenen Unternehmens deutlich hinausgehen kann), mittels eines Konkurrenzverbots zu schützen. Dies ist zwar letztlich Verhandlungssache, muss aber vom Verkäufer nicht generell akzeptiert werden und kann – bei relevantem Einfluss auf den Wettbewerb – auch kartellrechtlich heikel sein.

Räumlicher Geltungsbereich

Auch der räumliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbots hat sich an demjenigen des verkauften Unternehmens zu orientieren. In Gebieten, in denen der Verkäufer zuvor nicht präsent war, braucht der Käufer nicht geschützt zu werden. Eine pauschale, z.B. «weltweite» Beschränkung wird oft über das erforderliche Mass hinausgehen und damit das Konkurrenzverbot angreifbar machen.

Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in de-

nen der Verkäufer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.

Zeitlicher Geltungsbereich

In der Regel darf das Konkurrenzverbot die Dauer von (zwei bis) drei Jahren seit dem Vollzug des Unternehmenskaufs nicht übersteigen. Je länger es andauert, desto schwieriger wird die Rechtfertigung des Verbots (etwa mit der besonderen Kundentreue).

Persönlicher Geltungsbereich

Zwar sind Verträge zulasten Dritter unzulässig. Eine Konkurrenzverbotsklausel darf jedoch in personeller Hinsicht neben dem Verkäufer (sei dies eine natürliche oder eine juristische Person) zulässigerweise auch die mit ihm verbundenen Gesellschaften (insbesondere die von ihm kontrollierten Tochtergesellschaften) und – im Fall einer natürlichen Person als Verkäufer – die ihm nahestehenden Personen (z.B. Ehegatte, Kinder, Geschwister, Eltern usw.) sowie seine Agenten und Handelsvertreter etc. erfassen. Anderenfalls liesse sich das Konkurrenzverbot zu leicht umgehen und wäre aus Käufersicht nicht effektiv.

Klauseln, welche Ein- oder Ausfuhrmöglichkeiten für Wiederverkäufer oder Nutzungsberechtigte einschränken, sind hingegen kartellrechtlich bedenklich.

Rechtsfolgen der Verbotsverletzung

Die Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbots führt zunächst zur Schadenersatzpflicht des Verkäufers. Um den in der Praxis meist schwierigen Nachweis eines schuldhaft und kausal herbeigeführten Schadens nicht erbringen zu müssen, kann (aus Käufersicht) eine Vertragsstrafe vereinbart werden. Dabei wird in der Praxis vor allem der bei Verletzung geschuldete Betrag verhandelt. Dieser darf zwar Abschreckungswirkung entfalten, sollte aber nicht unmässig

hoch angesetzt werden; er würde bei späteren Streitigkeiten vom Gericht ohnehin auf das zulässige Mass reduziert werden.

PRAXISTIPP



Da Konkurrenzverbotsverletzungen oftmals Dauerdelikte sind, sollte (aus Käufersicht) geregelt werden, dass die Vertragsstrafe je Zeitabschnitt (z.B. pro Woche oder gar pro Tag) erneut verwirkt ist, wenn der Verkäufer das konkurrenzierende Verhalten nicht abgestellt hat. Zudem sollten die Realerfüllung (also Unterlassung des konkurrenzierenden Verhaltens) und der Ersatz weitergehenden Schadens explizit vorbehalten bleiben.

Abwerbeverbote und Vertraulichkeitsklauseln

Auch mit Abwerbeverboten (*Non-Solicitation*), bezogen auf Arbeitnehmer, Kunden und Lieferanten, sowie mittels Vertraulichkeitsklauseln (*Confidentiality*) sichert der Käufer den Erhalt des Unternehmenswerts ab. Oftmals wird auch hier – jedenfalls für das Abwerbeverbot – eine Vertragsstrafe vereinbart. Da diese Klauseln insoweit eine vergleichbare Wirkung haben, werden sie (kartellrechtlich) gleich beurteilt wie Konkurrenzverbote. Auch hier sind also Kenntnisse im rechtlich Zulässigen sowie Verhandlungsgeschick und Augenmass gefragt.

AUTOREN



Dr. Robert Bernet, LL.M., ist Rechtsanwalt, Partner und Co-Head des Corporate/M&A-Teams bei VISCHER.



Dr. Peter Kühn, LL.M., ist Rechtsanwalt und Counsel im Corporate/M&A-Team bei VISCHER.