Urteilskopf

124 III 495

86. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. November 1998 i.S. A. gegen B. (Berufung)
Regeste (de):
Kartellgesetz. Übergangsrecht; sachlicher Anwendungsbereich.

Wettbewerbsabreden sind, auch wenn sie vor dem 1. Juli 1996 getroffen wurden, am neuen Kartellgesetz zu messen, soweit sie seit dessen Inkrafttreten weiterhin wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigen (E. 1).

Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf einseitige vertragliche Konkurrenzverbote (E. 2)?

Regeste (fr):
Loi sur les cartels. Droit transitoire; champ d'application matériel.

Même s'ils ont été conclus avant le 1er juillet 1996, les accords en matière de concurrence doivent être examinés au regard de la nouvelle loi sur les cartels s'ils continuent d'entraîner des restrictions à la concurrence après l'entrée en vigueur de cette loi (consid. 1).

Notion d'accord en matière de concurrence, au sens des art. 4 al. 1 et 5 s. LCart. Applicabilité du droit des cartels à une convention stipulant une interdiction unilatérale de faire concurrence (consid. 2)?

Regesto (it):
Legge sui cartelli; diritto transitorio; campo di applicazione per materia.

Anche se stipulati anteriormente al 1o luglio 1996, gli accordi in materia di concorrenza vanno esaminati secondo la nuova legge sui cartelli in quanto continuino ad intralciare la concorrenza dopo la sua entrata in vigore (consid. 1).

Nozione di accordo in materia di concorrenza ai sensi degli art. 4 cpv. 1 e 5 seg. LCart. Applicabilità del diritto dei cartelli a una convenzione che prevede un divieto unilaterale di concorrenza (consid. 2)?

Sachverhalt ab Seite 496

BGE 124 III 495 S. 496

A. und B. gründeten im Jahre 1981 eine einfache Gesellschaft zwecks gemeinsamer Entwicklung und Herstellung von Kantenbrechgeräten. Aus der Zusammenarbeit ging das Gerät "E." hervor, dessen Antriebssystem patentiert wurde. Im Jahre 1984 zerstritten sich A. und B. Es kam zur Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses. Am 13. Dezember 1984 schlossen A. und B. einen Vergleich, mit dem sie hängige Gerichtsverfahren beendeten und die einfache Gesellschaft liquidierten. In diesem Vergleich überliess A. B. gegen Bezahlung von Fr. 23'000.– alle Rechte an der "E." und verpflichtete sich unter anderem, B. "bei der Herstellung und beim Vertrieb des Kantenbrechgeräts 'E.' in keiner Weise zu konkurrenzieren", wobei für den Fall der Verletzung dieser Verpflichtung eine Konventionalstrafe von Fr. 10'000.– vereinbart wurde. Am 24. Juli 1995 reichte A. beim

Handelsgericht des Kantons Zürich Klage gegen B. ein, mit dem Hauptantrag, er sei von der Einhaltung des Konkurrenzverbots gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 zu befreien. Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil vom 29. September 1997 ab. Das Bundesgericht weist die Berufung des Klägers ab, soweit es darauf eintritt, und bestätigt das angefochtene Urteil.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, das Konkurrenzverbot gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 sei zufolge kartellrechtlicher Unzulässigkeit untergegangen. Er wirft dem Handelsgericht in diesem Zusammenhang zunächst vor, zu Unrecht nicht das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene neue Kartellgesetz (KG; SR 251) angewendet zu haben. Das Handelsgericht verweist zur Begründung seiner Auffassung, dass der vorliegende Fall noch nach dem alten Recht zu beurteilen sei, auf das Rückwirkungsverbot von Art. 1 SchlT ZGB. Aus dem Rückwirkungsverbot lässt sich indessen lediglich ableiten, dass das neue Kartellgesetz auf Wettbewerbsbeschränkungen,

die bei seinem Inkrafttreten bereits abgeschlossen waren, nicht zur Anwendung kommt. Der Umstand, dass eine Wettbewerbsabrede vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts getroffen worden ist, bedeutet hingegen nicht, dass sie deswegen weiterhin dem alten Recht unterstehen würde. Vielmehr sind auch bereits bestehende Abreden am neuen Kartellgesetz zu messen, soweit sie seit dessen Inkrafttreten nach wie vor wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigen (SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N. 49 zu Art. 2; HOFFET, ibid., N. 46 zu Art. 5; JENS IVAR DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, Vom alten zum neuen Recht, S. 265). Das vorliegend streitige Konkurrenzverbot beschränkt den Kläger, solange es besteht, in seiner Freiheit, am Wettbewerb teilzunehmen. Seine Auswirkungen dauern mithin an. Art. 1 SchlT ZGB steht daher der Anwendbarkeit des neuen Kartellgesetzes nicht entgegen.

2. Das Kartellrecht richtet sich insbesondere gegen Wettbewerbsabreden, die zu einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung oder gar zur Beseitigung wirtschaftlichen Wettbewerbs führen (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG). Der Kläger sieht im Konkurrenzverbot gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes. Er ist der Ansicht, er werde durch eine nach Art. 5 KG unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme bzw. in der Ausübung des Wettbewerbs behindert, weshalb er nach Art. 12 Abs. 1 lit. a KG Anspruch auf Beseitigung der Behinderung habe. Der Beklagte hält demgegenüber dafür, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot gar nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fällt. a) Das neue Kartellgesetz enthält in Art. 4 Abs. 1 eine Legaldefinition der Wettbewerbsabrede. Danach gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Der Kläger weist darauf hin, dass diese Definition - im Gegensatz zur Umschreibung des Kartellbegriffs im früheren Recht (Art. 2 Abs. 1 aKG) - das Erfordernis einer gemeinsamen Beschränkung des Wettbewerbs nicht mehr enthält. Seiner Auffassung nach sind deshalb auch einseitige Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im kartellrechtlichen Sinne. Diese Ansicht wird zum Teil auch in der Literatur vertreten (MICHAEL LEUPOLD, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen

Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 185; derselbe, Wettbewerbsverbot bei der Unternehmensübertragung, Diss. Basel 1995, S. 205 f.). Für sie spricht namentlich, dass die Rechte anderer europäischer Länder und insbesondere das Recht der Europäischen Union ebenfalls von einem ausserordentlich weiten Begriff der kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsabrede ausgehen, wobei dieser grundsätzlich auch einseitige Konkurrenzverbote erfasst, wie sie vor allem bei Unternehmensverkäufen häufig vereinbart werden (siehe die rechtsvergleichenden Hinweise bei LEUPOLD, a.a.O., Diss., S. 12 ff.; vgl. ferner auch LANGEN/BUNTE, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, N. 32 ff. zu § 1 GWB). Um ein Ausufern zu verhindern, bedarf es dann allerdings anderer Begrenzungen. Diesem Zweck dient namentlich die in Deutschland entwickelte Immanenztheorie, nach der Konkurrenzverbote zum vornherein nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften verstossen können, wenn und soweit sie einem erlaubten Privatrechtsverhältnis immanent, d.h. zur Durchführung eines von der Rechtsordnung gebilligten Hauptvertrages und zur Erreichung dessen kartellrechtlich neutralen Zwecks objektiv notwendig sind (LEUPOLD, a.a.O., Diss., S. 28 ff.; KARSTEN SCHMIDT, Vertragliche Wettbewerbsverbote im deutschen Kartellrecht, Gemeinsamer Zweck und Immanenztheorie in der Praxis und Theorie zu § 1 GWB, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 149/1985, S. 1 ff., insbes. 10 ff.; ROGER ZÄCH, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, München 1994, S. 50 f., unter Hinweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des EuGH; BGH in NJW 1994, S. 384 ff.). Die umschriebene Konzeption lässt sich indessen nicht ohne weiteres auch auf das schweizerische Recht übertragen. Der Gesetzgeber hat bei der Revision des Kartellgesetzes zwar eine gewisse Annäherung an das Recht der Europäischen Union angestrebt, jedoch - namentlich mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage - bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet (vgl. BBl 1995 I 471 und 632 ff.). Der Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes ist ausgehend von der einschlägigen Kompetenznorm in der Bundesverfassung zu bestimmen (vgl. HOFFET, a.a.O., N. 17 ff. zu Art. 1). Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV trägt dem Bundesgesetzgeber auf, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen zu erlassen. Damit wird der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes abgesteckt: Wettbewerbsbeschränkungen

anderen Ursprungs werden nicht erfasst. Die Begriffe "Kartell" und "ähnliche Organisationen" sind allerdings darauf angelegt, möglichst alle wettbewerbsbeschränkenden Gebilde einzufangen. Sie sind weit zu verstehen: Es fallen unabhängig von der rechtlichen oder wirtschaftlichen Organisationsform alle Absprachen oder auch nur übereinstimmenden Verhaltensweisen mit potentieller oder tatsächlicher Marktmacht darunter (RHINOW, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, N. 204 zu Art. 31bis). Voraussetzung ist jedoch stets, dass von einer "Organisation" gesprochen werden kann, die von ihrer Wirkungsmöglichkeit und -weise her als Kartell oder als einem Kartell ähnlich erscheint (HOFFET, a.a.O., N. 20 zu Art. 1). Für marktbeherrschende Unternehmen (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG) geht das Gesetz, indem es ihr Verhalten (Art. 7 KG) und ihre Entstehung durch Unternehmenszusammenschluss (Art. 9 ff. KG) besonderen Regelungen unterstellt, davon aus, dass sie das Erfordernis der Kartell-Ähnlichkeit bereits für sich allein erfüllen (HOFFET, a.a.O., N. 20 zu Art. 1, Fn. 58). Abgesehen davon setzt das Vorliegen einer kartellistischen oder wenigstens kartellähnlichen Organisation aber immer ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer Unternehmen voraus (HOFFET, a.a.O., N. 20 und 60 zu Art. 1; vgl. auch BBl 1995 I 545). Die gegen wettbewerbsbeschränkende oder -beseitigende Abreden gerichteten Vorschriften des Kartellgesetzes (insbesondere Art. 5 f.) greifen nur, wenn diese Voraussetzung gegeben ist. Aus den Materialien ergibt sich im Übrigen, dass es dem Gesetzgeber vor allem darum ging, sowohl horizontale, d.h. zwischen Konkurrenten bestehende

als auch vertikale, von Unternehmen verschiedener Marktstufen getroffene Wettbewerbsabreden zu erfassen; deshalb verzichtete er auf das Gemeinsamkeitserfordernis, wie es das frühere Recht kannte (BBl 1995 I 544 f.). Das bedeutet indessen nicht, dass der Gesetzgeber im gleichen Atemzug "jedes schlichte Konkurrenzverbot" (vgl. KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 79) zum Kartell hätte erheben wollen. Ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation liegt - abgesehen vom Spezialfall der marktbeherrschenden Unternehmen - nur dort vor, wo zwei oder mehrere Unternehmen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht bewusst und gewollt zusammenwirken. Ein derartiges Zusammenwirken fehlt bei einem einseitigen Konkurrenzverbot, das als Nebenverpflichtung im Rahmen eines Austauschvertrages zur Sicherung des Werts der vertraglichen Hauptleistung vereinbart wird. Ein solches Konkurrenzverbot beruht nicht

auf gleichgerichteten Interessen an einer bestimmten Ausübung von Marktmacht, sondern ist Ausfluss einer vertraglichen Regelung, welche die Parteien zur Auflösung eines Interessengegensatzes treffen und in den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich auch beliebig treffen können. Es liegt deshalb keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG vor. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass einseitige Konkurrenzverbote kartellrechtlich generell immer unbedenklich wären. Zwingt etwa ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Geschäftspartner für einen bestimmten Geschäftsbereich ein Konkurrenzverbot auf, so kann darin unter Umständen eine nach Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise liegen (vgl. DALLAFIOR, in: Homburger et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N. 122 f. zu Art. 7). b) Das zwischen den Parteien streitige Konkurrenzverbot ist Bestandteil eines Vergleichs, mit welchem der Beklagte gegen Bezahlung die Rechte an der gemeinsam entwickelten Entgratmaschine "E." erworben hat. Die vom Kläger übernommene Verpflichtung, den Beklagten bei der Herstellung und beim Vertrieb der "E." in keiner Weise zu konkurrenzieren, diente und dient der Sicherung des Werts der Rechte, die der Kläger dem Beklagten überlassen hat. Es handelt sich um ein im Rahmen eines Interessengegensatz-Vertrages als Nebenpflicht eingegangenes Konkurrenzverbot. Die Parteien haben kein Zusammenwirken im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht vereinbart, sondern im Gegenteil ihre vorherige Zusammenarbeit beendet, wobei sich der Kläger auszahlen liess und dem Beklagten dafür die alleinige Weiterführung der gemeinsam begonnenen Tätigkeit vorbehalten bleiben sollte. Darin kann weder ein Kartell noch eine kartellähnliche Organisation gesehen werden. Es fehlt daher an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG. Aber auch eine nach Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise kommt nicht in Betracht, kann doch weder davon gesprochen werden, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot dem Kläger aufgezwungen hätte, noch ist behauptet, geschweige denn bewiesen, dass der Beklagte auf dem einschlägigen Markt eine beherrschende Stellung einnehmen würde. Das Konkurrenzverbot, das die Parteien in ihrem Vergleich vereinbart haben, fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Der Kläger versucht vergeblich, mit Hilfe des Kartellrechts den Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, aus den Angeln zu heben.