

# **SG\_KANTONSGERICHT HG.2011.286 vom 18. November 2011**

Sg Kantonsgericht, 2011-11-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_HG.2011.286](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_HG.2011.286)

FR: SG\_KANTONSGERICHT HG.2011.286 du 18 novembre 2011

IT: SG\_KANTONSGERICHT HG.2011.286 del 18 novembre 2011

## **Regeste**

Art. 261 ZPO/CH (SR 272). Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Die Parteien haben in der Vergangenheit Dusch-WC's entwickelt und vertrieben. Nachdem die Zusammenarbeit nun beendet wird, befürchtet die Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin Dusch-WC's an einen Dritten liefert und damit gegen ein vertragliches Konkurrenzverbot verstösst. Sie verlangt deshalb, der Präsident des Handelsgerichts habe der Gesuchsgegnerin durch vorsorgliche Massnahmen die konkurrenzierende Tätigkeit zu untersagen (Präsident des Handelsgerichts St. Gallen, 26. März 2012, HG.2011.286).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Q.E. (i.E. Q.E. AG) verpflichtet sich, während der Dauer der Zusammenarbeit und bis zum Ablauf von 3 Jahren nach der Beendigung der Zusammenarbeit keine Aufträge anzunehmen, die ein im weitesten Sinne in Konkurrenz zum vertragsgegenständlichen Dusch-WC stehendes Produkt betreffen.

### **E. 2**

Als Zusammenarbeit i.S. der vorgenannten Ziffer gilt nicht nur die Entwicklung gem. dem vorliegenden Entwicklungsvertrag, sondern darüber hinaus jedwede Kooperation bzgl. des Dusch-WCs, insbesondere im Zusammenhang mit der Produktion.

### **E. 3**

Für jeden Fall der schuldhaften Verletzung der vorstehenden Ziff. 1 oder 2 ist eine Vertragsstrafe von CHF 250'000.00 verwirkt. (...) d) Entwicklungsvertrag vom 26. September / 3. Oktober 2006 (Konzeptstudien): "9. Konkurrenzklause/Wettbewerbsverbot 9.1 Y. verpflichtet sich, solange Geschäftsbeziehungen zu N. bestehen, welche die Entwicklung und die Belieferung von Dusch-WCs jeglicher Art betreffen, sowie bis zum Ablauf von 3 Jahren nach der Beendigung aller Geschäftsbeziehungen der vorgenannten Art keine Aufträge anzunehmen, die ein im weitesten Sinne in Konkurrenz zum vertragsgegenständlichen Dusch-WC "Balena 8000 UP" stehendes Produkt betreffen. 9.2. Für den Fall der schuldhaften Verletzung der vorstehenden Ziff. 9.1 ist eine Vertragsstrafe von CHF 250'000.00 verwirkt. (...) e) Liefervertrag vom 19. September 2002: "§ 10 Exklusivität (1) Q.E.AG verpflichtet sich, Lieferungen der vertragsgegenständlichen Produkte und/oder Komponenten davon an andere Unternehmen zu unterlassen. (2) Q.E.AG verpflichtet sich ferner, N. sofort zu informieren, falls die vertragsgegenständlichen Produkte und/oder Komponenten davon von einem anderen Unternehmen nachgefragt werden." f) Liefer- und Qualitätssicherungsvertrag vom 26./31. Oktober 2005: "4.8 Exklusivität 4.8.1 Y. verpflichtet sich, Lieferungen der

Produkte und/oder der Vormaterialien und Halbfabrikate an Dritte ohne vorherige, ausdrückliche und schriftliche Zustimmung seitens N. zu unterlassen. Falls N. eine solche schriftliche Zustimmung erteilt, ist eine angemessene Entschädigung für N. zu vereinbaren.

4.8.2 Y. verpflichtet sich ferner, N. sofort zu informieren, falls die Produkte und/oder die Vormaterialien und Halbfabrikate von Dritten bei Y. nachgefragt werden. Eine solche Pflicht zur Information gilt auch für den Fall, dass ein Wettbewerber von N. mit einer Anfrage hinsichtlich einer geschäftlichen Zusammenarbeit jedweder Art auf Y. zukommt."

4. Im unverzüglich in Berücksichtigung der Schutzschrift aber ohne weitere Anhörung der Gesuchsgegnerin gefällten Entscheid vom 25. November 2011 wurde in Bezug auf die Klauseln festgehalten, der Wortlaut lasse keinen ernsthaften Zweifel darüber aufkommen, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot auch Neuentwicklungen umfassen sollte. Die Gesuchsgegnerin habe sich nicht nur verpflichtet, bis zum Ablauf von 3 Jahren nach der Beendigung aller Geschäftsbeziehung keine Aufträge anzunehmen, die in Konkurrenz zu den vertragsgegenständlichen Dusch-WCs stehen, vielmehr betreffe das Konkurrenzverbot sämtliche Aufträge, die im weitesten Sinne in Konkurrenz zu den vertragsgegenständlichen stehen. Dies könne in guten Treuen nur so verstanden werden, dass die Gesuchsgegnerin sich jeglicher Tätigkeit zu enthalten habe, welche das Geschäft der Konzerngruppe der Gesuchsgegnerin mit Dusch-WCs konkurrenzieren. Warum neu entwickelte Dusch-WCs das Geschäft der Gesuchstellerin nicht konkurrenzieren sollten, sei nicht ersichtlich. Im Rahmen des vorliegenden Massnahmeentscheides gilt es diese Frage nun vertieft zu prüfen.

a) Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, gemäss den zitierten Vertragsklauseln dürfe die Gesuchsgegnerin während der Geschäftsbeziehungen sowie drei Jahre darüber hinaus, also bis Ende Juni 2015, keine Konkurrenzprodukte für Dritte entwickeln oder an Dritte liefern. Die Gesuchstellerin habe Anspruch darauf, dass die Gesuchsgegnerin jede konkurrenzierende Tätigkeit unterlasse (Gesuch, Rz. 28). Die Gesuchsgegnerin will die Vertragsklauseln eingeschränkt interpretiert haben. Sie habe sich bloss verpflichtet, keine Aufträge von Dritten anzunehmen, welche die Entwicklung und die Produktion von Konkurrenzprodukten zum Gegenstand hätten. Hingegen beziehe sich die Verpflichtung nicht auf die Entwicklung und Herstellung von eigenen Produkten, die in Konkurrenz zu den Dusch-WCs der Gesuchstellerin stehen (Gesuchsantwort, Rz. 43 ff.).

b) Nach dem Wortlaut der Exklusivitätsklausel in den Lieferungsverträgen verpflichtet sich die Gesuchsgegnerin, Lieferungen der vertragsgegenständlichen Produkte und/oder Komponenten davon (Liefervertrag vom 19. September 2002) bzw. der Produkte und/oder der Vormaterialien und Halbfabrikate an Dritte zu unterlassen (Liefer- und Qualitätssicherungsvertrag vom 26./31. Oktober 2005). Alleine aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen liesse sich wohl kein allgemeines Konkurrenzverbot ableiten, beziehe sich die Exklusivität doch ausschliesslich auf die Lieferung der vertragsgegenständlichen Produkte bzw. der Produkte, wobei in den Vertragswerken einleitend der Begriff der vertragsgegenständlichen Produkte bzw. der vom Vertrag geregelten Produkte jeweils auf ein ganz bestimmtes Modell von Dusch-WCs beschränkt wird. Aus der Formulierung liesse sich damit nicht ableiten, die Gesuchsgegnerin habe sich damit verpflichten wollen, keine anderen Modelle von Dusch-WCs an Dritte zu liefern. In den Entwicklungsverträgen verpflichtete sich die Gesuchsgegnerin jedoch, bis zum Ablauf von 3 Jahren nach der Beendigung der Zusammenarbeit keine Aufträge anzunehmen, die ein im weitesten Sinne in Konkurrenz zum vertragsgegenständlichen Dusch-WC stehendes Produkt betreffen. Vor dem Hintergrund, dass es sich um einen Entwicklungsauftrag handelt, wäre es zwar nicht geradezu abwegig, anzunehmen, das Konkurrenzverbot beziehe sich nur auf Aufträge im

juristischen Sinne und damit namentlich nicht auf dem Kaufrecht unterstehende Lieferverträge. Es ist jedoch gerichtnotorisch, dass im Geschäftsverkehr auch Kaufverträge oft als Aufträge bezeichnet werden. So wird die Bestellung von Waren etwa regelmässig mit den Worten "Wir danken für den Auftrag" bestätigt. Die Gesuchsgegnerin geht denn in diesem Punkt auch mit der Gesuchstellerin einig, dass von den Vertragsklauseln nicht nur Entwicklungsaufträge erfasst werden, sondern auch andere Aufträge, so bspw. Produktions- und Lieferverträge (Gesuchsantwort, Rz. 42). Die Klauseln sind somit so zu verstehen, dass sich die Gesuchsgegnerin verpflichtet hat, keine Dritte mit Produkten zu beliefern, die im weitesten Sinne in Konkurrenz zu den Dusch-WCs stehen, welche die Gesuchsgegnerin für die Gesuchstellerin entwickelt und produziert hat. Dass es sich beim Dusch-WC, welches von der Z. AG vertrieben werden soll, um ein Produkt handelt, das in Konkurrenz zu den Dusch-WCs steht, welche die Gesuchstellerin durch die Gesuchsgegnerin entwickeln und von dieser produzieren liess, ist offensichtlich und wird nicht bestritten. c) Die Gesuchsgegnerin bestreitet jedoch, dass es sich bei der Z. AG um eine Dritte im Sinne der Vertragsbestimmungen handle. Die Z. AG sei eine Schwestergesellschaft der Gesuchsgegnerin. Die Z. AG und die Gesuchsgegnerin stünden unter gemeinsamer Kontrolle der Firmen A.I. AG und m. AG. Die A.I. AG und die M. AG hielten 100% der Aktien an der Gesuchsgegnerin und 67% der Aktien an der Z. AG. Die Verwaltungsräte der Z. AG und der Gesuchsgegnerin seien zudem personell verflochten. So gehöre etwa R. V., der im Übrigen die restlichen Aktien an der Z. AG halte, sowohl dem Verwaltungsrat der Gesuchstellerin wie auch demjenigen der Z. AG an. Mit der Frage, ob es sich bei der Z. AG um eine Dritte im Sinne der Konkurrenzklauseln handelt, ist auch diejenige nach der Eigenentwicklung verknüpft. Die Gesuchsgegnerin führt dazu aus, ihr seien Eigenentwicklungen und – so wenigstens sinngemäss – auch deren Eigenvertrieb erlaubt, da das Konkurrenzverbot sie selber nicht umfasse, sondern nur Dritte. d) Dabei lässt sich die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdentwicklung bzw. -vertrieb offensichtlich nicht von der Frage trennen, ob die Gesuchsgegnerin und die Z. AG als Einheit zu gelten haben oder es sich bei der Z. AG im Sinne der Vertragsklauseln um eine Dritte handelt. e) Das schweizerische Recht kennt keinen allgemeinen Grundsatz, wonach Konzerngesellschaften generell als Einheit zu betrachten wären. Trotz mangelnder wirtschaftlicher Selbständigkeit wird vielmehr die von den Parteien subjektiv gewollte formelle juristische Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften anerkannt (BSK-Baudenbacher, Art. 620 OR, N 23). Punktuell greifen jedoch sowohl der Gesetzgeber wie auch die Rechtsprechung in diesen Grundsatz ein. Gesetzgeberische Eingriffe stehen hier nicht zur Diskussion. Eine Norm, die besagen würde, dass keine Konzerngesellschaften gemeint seien, wenn in einem Vertrag Personen als Dritte bezeichnet werden, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Gesuchsgegnerin argumentiert denn in erster Linie mit dem Begriff der "erweiterten Vertragswirkung" im Konzern (vgl. zum Begriff: Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., § 11 Rz. 441/442, S. 1305). Sie geht bei ihrer Argumentation davon aus, das Konkurrenzverbot gelte für sämtliche Konzerngesellschaften, weshalb die Z. AG nicht unter den Begriff des Dritten fallen könne. Sie übersieht dabei allerdings, dass es hier nicht zu beurteilen gilt, ob die Z. AG dem Konkurrenzverbot unterliegt. Die Z. AG ist nicht Partei dieses Verfahrens und die Frage, ob die Z. AG Dusch-WCs entwickeln und vertreiben darf, bildet somit nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Die Gesuchstellerin verlangt mit ihren Begehren bloss, dass der Gesuchsgegnerin untersagt wird, für die Z. AG(oder sonstige Dritte) Dusch-WCs zu entwickeln, herzustellen oder an diese zu liefern. Es gibt nun aber keine rechtliche Grundlage, um die Z. AG nicht als Dritte im Sinne der

Vertragsbestimmungen zu betrachten. Die Rechtsfigur des Durchgriffes scheidet schon deshalb aus, weil sie auf dem Grundgedanken beruht, dass es gegen Treu und Glauben verstossen kann, wenn Dritten die rechtliche Selbständigkeit einer Gesellschaft entgegengehalten wird, obwohl sie gegen aussen als Teil eines Konzerns auftritt. Der umgekehrte Fall, dass sich ein Konzern gegenüber Dritten darauf berufen darf, als Einheit behandelt zu werden, obwohl er aus rechtlich selbständigen Gesellschaften besteht, wird davon nicht erfasst. Aber auch aus den Regeln der Vertragsauslegung lässt sich kein anderer Schluss gewinnen. Abzustellen ist auf das Verständnis, welchen Sinn redliche Vertragsparteien dem Wortlaut geben würden. Dabei ist nicht anzunehmen, die Gesuchstellerin habe sich mit allfälligen Konzernstrukturen auf der Gegenseite auseinandersetzen wollen. Vielmehr entspricht es der regelmässigen Interessenlage eines Vertragspartners, dass die Vertragsparteien klar bestimmt sind und Verträge mit einer bestimmten Person und nicht mit einem vagen Konzerngebilde geschlossen werden. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin den Vertrag nicht so hätte verstehen dürfen, dass mit dem Begriff des Dritten jede andere Gesellschaft ausser der Gesuchsgegnerin selber gemeint ist. Die Gesuchsgegnerin hätte damit diesen Punkt klarstellen müssen, wenn sie der Meinung war, Konzerngesellschaften würden nicht unter den Begriff des Dritten fallen. f) Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Entwicklungsverträge dahingehend auszulegen sind, dass sich die Gesuchsgegnerin verpflichtet hat, bis zum Ablauf von 3 Jahren nach der Beendigung aller Geschäftsbeziehungen sowohl Entwicklungsaufträge wie auch Lieferbestellungen für Produkte abzulehnen, die in Konkurrenz zu den Dusch-WCs stehen, welche die Gesuchsgegnerin für die Gesuchstellerin entwickelt und produziert hat. Dies beinhaltet auch ein Lieferverbot an Gesellschaften, die zum gleichen Konzern wie die Gesuchsgegnerin gehören, da auch diese als Dritte zu gelten haben. 5. Die Gesuchstellerin will auch der Gesuchsgegnerin selber unter anderem verbieten lassen, für sich Dusch-WCs, insbesondere das Dusch-WC-Modell LaPreva P1 zu entwickeln und/oder weiterzuentwickeln (Ziffer 1a des gesuchstellerischen Rechtsbegehrens) und/oder für sich herzustellen (Ziffer 1b des gesuchstellerischen Rechtsbegehrens). Die Gesuchstellerin hat aber nichts dagegen einzuwenden, dass die Gesuchsgegnerin für sich selber Entwicklungsarbeit im Bereich Dusch-WC betreibt, um im Markt auftreten zu können, sobald das Konkurrenzverbot abgelaufen ist (Massnahmereplik, Rz. 59). a) Die Gesuchstellerin bringt vor, angesichts des Sinn und Zweckes des Konkurrenzverbotes erscheine es geradezu widersinnig, wenn die Vertragsklausel so ausgelegt werde, dass die Konkurrenzierung durch Unterstützung Dritter als verboten, jene durch die Gesuchsgegnerin selber aber für zulässig erachtet werde. Dass bei Abschluss des Entwicklungsvertrages die Konkurrenzierung durch Drittunternehmen im Vordergrund gestanden habe, bedeute nicht, dass es der Gesuchsgegnerin hätte erlaubt bleiben sollen, die Gesuchstellerin mit Eigenentwicklungen zu konkurrenzieren (Gesuch, Rz. 31.4, S. 14). Die Gesuchsgegnerin sei ein reiner Entwicklungs- und Zuliefererbetrieb gewesen. Zwischen der Gesuchsgegnerin und der Gesuchstellerin sei nie zur Diskussion gestanden, dass die Gesuchsgegnerin je selber mit Dusch-WC auf dem Markt in Erscheinung treten werde. b) Die Gesuchsgegnerin bringt demgegenüber vor, dem Wortlaut lasse sich der Sinn, den die Gesuchstellerin der Klausel gebe, nicht entnehmen. Stets sei nur von Aufträgen für Dritte die Rede gewesen. Nie sei explizit erwähnt worden, dass es auch der Gesuchsgegnerin untersagt sein solle, im Bereich Dusch-WCs Fuss zu fassen. Aufgrund des klaren Wortlautes sei die Gesuchsgegnerin in guten Treuen stets davon ausgegangen, dass ihr selber die Möglichkeit von

Eigenentwicklungen, deren Produktion und Vertrieb nicht verwehrt sei (Gesuchsantwort, Rz. 46). In der superprovisorische Anordnung des Vertriebsverbots sei zu Unrecht festgehalten worden, die Gesuchsgegnerin habe sich gemäss den erwähnten Klauseln jeglicher Tätigkeit zu enthalten, welche das Geschäft der Gesuchstellerin mit Dusch WCs konkurrenziert (Gesuchsantwort, Rz. 44 mit Hinweis auf Entscheid, S. 8). Das Konkurrenzverbot sei klar auf Aufträge von Dritten ausgelegt gewesen und gegen ein weitergehendes Verbot habe sich die Gesuchsgegnerin bei den Vertragsverhandlungen stets gewehrt. c) Es stellt sich einleitend die Frage, ob überhaupt ein rechtlich geschütztes Interesse besteht, der Gesuchsgegnerin zu verbieten, für sich selber Dusch WCs herzustellen, nachdem sich die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin insofern einig sind, dass der Vertrieb, der Anlass für dieses Verfahren gegeben hat, über die Z. AG erfolgen soll. Dass die Gesuchsgegnerin die von ihr gefertigten Dusch-WCs unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung vertreiben will, behauptet diese nicht. Die Gesuchstellerin sieht dieses Vorgehen anscheinend ebenfalls nur als mögliche Variante. Sollte allerdings der Vertrieb über die Z. AG nach dem oben Gesagten nicht möglich sein, stellt sich unweigerlich die Frage nach dem Direktvertrieb, weshalb von einem hinreichenden Interesse an einer vorläufigen Klärung dieser Frage auszugehen ist. d) Für die Vertragsauslegung ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgebend (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind die gegenseitigen Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht (BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409 mit Hinweisen). Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632 mit Hinweisen). aa) Was den tatsächlichen Parteiwillen anbelangt, so gelingt es keiner der Parteien, ihren Standpunkt glaubhaft zu machen. Der Wortlaut der Klauseln spricht gegen die Ansicht der Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin habe sich verpflichten wollen, selber keine Dusch-WCs zu entwickeln und zu vertreiben, schliesst dies aber nicht ausdrücklich aus. Gegen den Standpunkt der Gesuchsgegnerin, es sei vereinbart worden, dass ihr die Eigenentwicklung und -produktion erlaubt sei, spricht der Umstand, dass sie damit nicht bereits früher begonnen hat und offen ist, ob die Gesuchstellerin ein solches Verhalten geduldet hätte. Damit kann festgestellt werden, dass nicht von einem übereinstimmenden wirklichen Wille der Parteien auszugehen ist. bb) Legt man die Willenserklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips aus, so spricht der Wortlaut der Klauseln für die Behauptung der Gesuchsgegnerin, das Konkurrenzverbot betreffe nur Lieferungen und Aufträge an Dritte. Wenn die Gesuchsgegnerin dazu vorbringt, es sei nie explizit erwähnt worden, dass es auch ihr selber untersagt sein solle, im Bereich Dusch-WCs Fuss zu fassen (Gesuchsantwort, Titel zu Rz. 46 ff), so schliesst das jedoch nicht aus, dass sich dies implizit aus den Umständen ergibt. Die Gesuchstellerin führt denn auch aus, für sie habe es sich um eine implizite Selbstverständlichkeit gehandelt, da die Gesuchsgegnerin als reine Entwicklungs- und Produktionsunternehmen tätig gewesen sei. Die Interessenlage der Gesuchstellerin, im Bereich des Verkaufs von Dusch-WCs nicht in irgendeiner Weise durch

das Tätigwerden der Gesuchsgegnerin konkurrenziert zu werden, musste im Übrigen der Gesuchsgegnerin auffallen. Sie durfte deshalb nicht darauf vertrauen, dass Konkurrenzverbot sei so auszulegen, dass die Konkurrenzierung der Gesuchstellerin mit eigenen Produkten der Gesuchsgegnerin erlaubt sein solle. Die Gesuchsgegnerin behauptet zwar, sie habe sich gegen eine Weiterfassung des Konkurrenzverbotes stets gewehrt (Gesuchsantwort, Titel zu Rz. 46 ff). Es gibt aber keine Belege dafür, dass sie sich schon in der Zeit vor den Insourcing Plänen der Gesuchstellerin, mit dem Gedanken befasst hätte, die Gesuchstellerin mit eigenen Produkten zu konkurrenzieren und deshalb auf einer einschränkenden Konkurrenzklausele bestanden hätte. Es gibt zudem weder Indizien dafür, dass sie dies der Gesuchstellerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kommuniziert hätte, noch dafür, dass sich die Gesuchstellerin damals mit dieser Auslegung einverstanden erklärt hätte. Die Gesuchsgegnerin beruft sich vielmehr auf Verhandlungen, die im Jahre 2008 geführt wurden, also zu einer Zeit, als die Gesuchstellerin bereits das Insourcing der Dusch-WC Produktion plante, was aufgrund der Ausführungen in der Vereinbarung zur Vertragsübernahme (gest. act. 13) der Gesuchsgegnerin nicht verborgen bleiben konnte (vgl. auch Gesuchsantwort, Rz. 27, wonach der Entscheid bereits Ende 2007 gefallen sein soll). Es ist verständlich, dass die Gesuchsgegnerin in dieser Situation, in der sie als Produktionsbetrieb mit einem massiven Einbruch der Bestellungen rechnen musste, die Konkurrenzklausele einschränkend verstanden haben wollte. Die schwammige Formulierung, mit der in der Bestimmung Ziffer 7.2 des Addendums vom 8./10. Juni 2009 das Konkurrenzverbot bestätigt wurde, dürfte wohl mit Meinungsverschiedenheiten über dessen Umfang zu erklären sein. Aus diesen nachträglichen Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung des Konkurrenzverbotes kann aber nicht geschlossen werden, die Konkurrenzklausele seien von Anfang an so zu verstehen gewesen, dass es der Gesuchsgegnerin zwar erlaubt sein sollte, die Gesuchsgegnerin mit Eigenentwicklungen zu konkurrenzieren, nicht aber Dritte mit Konkurrenzprodukten zu beliefern bzw. für Dritte Konkurrenzprodukte zu entwickeln. Die gesuchsgegnerische Unterscheidung zwischen Eigenentwicklungen und Entwicklungen für Dritte erscheint vor dem Hintergrund der Vertragsklausele ohnehin künstlich, nachdem diese eine solche Unterscheidung nicht erwähnt. Der Umstand, dass es bei wörtlicher Auslegung der Klausele der Gesuchsgegnerin sogar erlaubt wäre, die genau gleichen Produkte zu vertreiben, die sie der Gesuchstellerin liefert und für diese entwickelt hat, ist sogar ein starkes Indiz, dass die Klausele nicht wörtlich zu verstehen ist. Es ist offensichtlich, dass dies nicht Sinn und Zweck der Regelung war. Es mag zwar üblich sein, dass ein OEM-Hersteller Eigenentwicklungen der gleichen Produktkategorie herstellt und vertreibt, die er für Dritte entwickelt oder produziert (Massnahmeduplik, Rz. 68). Ein in einem bestimmten Bereich starker OEM-Hersteller, der bereits eigene Produkte vertreibt oder Dritte beliefert, wird sich dieses Recht regelmässig ausbedingen. Es scheint aber unüblich, dass zwei Parteien vereinbaren, ein OEM-Hersteller dürfe genau die gleichen Produkte, die er für den Auftraggeber entwickelt hat, während laufender Geschäftsbeziehung selber vertreiben, aber nicht an Dritte liefern. Eine solche Regelung ist deshalb nicht leichthin anzunehmen. Unter diesen Umständen erscheint somit glaubhaft, dass die Parteien, in dem Moment, in dem sie die Klausele vereinbarten, diese so verstehen mussten, dass sich die Gesuchsgegnerin verpflichtet hat, im Bereich Dusch-WCs jegliche konkurrenzierende Tätigkeit zur Geschäftstätigkeit der Gesuchstellerin zu unterlassen. Aufgrund des Wortlautes kann kein Zweifel bestehen, dass diese Regelung nicht nur während laufender Geschäftsbeziehungen, sondern noch während einer Dauer von drei Jahren nach Beendigung aller

Geschäftsbeziehungen Geltung beanspruchen sollte. e) Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Entwicklungsverträge dahingehend auszulegen sind, dass sie nicht nur ein Lieferverbot an und ein Entwicklungsverbot für Dritte umfassen, sondern dass sich die Gesuchsgegnerin auch verpflichtet hat, bis zum Ablauf von 3 Jahren nach der Beendigung aller Geschäftsbeziehungen keine eigenen Dusch-WCs zu entwickeln und zu vertreiben, die in Konkurrenz zu den Dusch-WCs der Gesuchsgegnerin stehen. 6. Ist es der Gesuchsgegnerin vertraglich untersagt, die Gesuchstellerin im Bereich Dusch-WCs bis zum Ablauf von 3 Jahren nach der Beendigung aller Geschäftsbeziehungen zu konkurrenzieren, so kann offen bleiben, ob es sich bei den Dusch-WCs der Gesuchsgegnerin um Neuentwicklungen handelt bzw. ob zur Herstellung der gesuchsgegnerischen Dusch-WCs rechtlich geschütztes Know-how der Gesuchstellerin verwendet oder gegen Geheimhaltungspflichten verstossen wird. Mangels technischen Sachverstands wäre der Richter im Übrigen kaum in der Lage, diese weitgehend technischen Fragen zu beurteilen. Da von keiner Seite ein Kurzgutachten verlangt wurde, würde damit wohl die Gesuchsgegnerin für die Behauptung, bei ihren Dusch-WCs handle es sich um Eigenentwicklungen die Folgen der Beweislosigkeit tragen. Die Gesuchstellerin hätte die gleichen Konsequenzen zu tragen in Bezug auf ihre Behauptung, die Gesuchsgegnerin verwende geheimes Know-how, welches sie im Zusammenhang mit dem Entwicklungsauftrag erworben habe. 7. Die Parteien streiten sich über die zivilrechtliche Gültigkeit des Konkurrenzverbots. Die Gesuchstellerin hält das Verbot für gültig, während die Gesuchsgegnerin dagegen einwendet, die im oben ausgeführten Sinn verstandenen Klauseln seien kartellrechtswidrig. a) Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich anordnen, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind (Art. 13 Abs. 1 lit. a KG). Die zivilrechtlichen Folgen eines Verstosses gegen das Kartellgesetz sind zunächst in Art. 12 f. KG geregelt. Danach kann das Gericht insbesondere zur Durchsetzung des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs anordnen, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind (Art. 13 lit. a KG). Für den Fall, dass ein Vertrag inhaltlich als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren ist, findet gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 134 III 438, E. 442) und herrschender Lehre Art. 20 OR Anwendung (vgl. Tercier, Les voies de droit, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 359 f.; Stoffel, Wettbewerbsabreden, in: SIWR, Bd. V/2, S. 82 f.; Borer, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 13 N 2 sowie N 4 ff. der Vorbemerkungen zum zivilrechtlichen Verfahren [Art. 12-17 KG]; Nagel, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, Diss. Zürich 2007, Rz. 401; Hahn, in: Handkommentar zum Kartellgesetz, Art. 12 N. 24 f.). Widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR ist ein Vertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn sein Gegenstand, sein Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein mittelbarer Zweck gegen objektives schweizerisches Recht verstösst. Voraussetzung der Nichtigkeit ist dabei stets, dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54; BGE 129 III 209. 2.2 S. 213; BGE 123 III 60 E. 3b S. 62). Das Kartellrecht bezweckt, den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG); Vertragsabreden, die den Wettbewerb unzulässig beschränken, sollen nicht durchgesetzt werden können (Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Rz. 854 ff.). Es ergibt sich aus diesem Zweck, dass rechtswidrige vertragliche Abreden insoweit nichtig sind, als das vertragsgemässe

Verhalten den wirksamen Wettbewerb unzulässig beschränkt (Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Rz. 862 f.; Reymond, Commentaire romand, N. 45 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 12-17 KG sowie Art. 13 N 24). Wenn die genannten Konkurrenzverbotsklauseln als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren sein sollten, wären sie widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 OR nichtig (BGE 134 II 438 E. 2.2). Der nichtige Vertrag entfaltet keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen, d.h. er vermag keine vertragliche Rechtsgrundlage für die eingeklagten Ansprüche abzugeben (BK-Kramer, 19-20 OR N 909; BSK-Hueguenin, Art. 19/20 OR N. 53 f.; Guillod/Steffen, Commentaire romand, Art. 19/20 N 90 ff. OR). Die Nichtigkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden hat dabei vornehmlich die Nicht-Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Abreden als solche zum Ziel und soll einen Ausstieg aus einem unzulässigen Kartellvertrag jederzeit ermöglichen (Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Rz. 859 ff. und 865; BGE 134 III 438, E. 2.3).

b) Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt (Art. 15 Abs. 1 KG). Damit weist das Gesetz den kartellrechtlichen Wettbewerbsbehörden gegenüber dem Zivilrichter eine übergeordnete Stellung zu, da die Wettbewerbsbehörden im Kartellrecht über höhere Fachkompetenz verfügen und die massgebende Auslegung der materiellrechtlichen Bestimmungen prägen (Schleiffer, Handkommentar zum Kartellgesetz, Art. 15 N 3 f. mit Hinweis auf Hangartner, Wettbewerbsverfahren, 46). Dennoch verneint die Lehre die Vorlagepflicht im Verfahren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen (Schleiffer, Handkommentar zum Kartellgesetz mit weiteren Hinweisen auf die Lehre und ZR 1999, Nr. 38). Es erscheint allerdings offen, ob an dieser Auslegung von Art. 15 KG festgehalten werden kann, nachdem das Bundesgericht (Kurz)Gutachten im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen für erforderlich hält, wenn dem Richter der zur Beurteilung einer Frage erforderliche Sachverstand fehlt (BGE 137 III 324, S. 332 mit Hinweis auf Christoph Willi, Vorsorgliche Massnahmen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, sic! 9/2010 S. 597 f.; Lucas David et al., Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, in: SIWR, Bd. I/2, 3. Aufl. 2011, Rz. 657; Schai, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, 2010, Rz. 83 ff.). Die von der Lehre gegen die Zulässigkeit von (Kurz)Gutachten zur Klärung technischer Fragen angeführten Argumente, der Massnahmeentscheid sei nicht endgültig und zudem würde der Beizug eines Experten einen unverzüglichen Entscheid (Art. 265 Abs. 2 ZPO) verunmöglichen, wurden dabei verworfen. Es scheint deshalb zumindest fraglich, ob im Kartellrecht diese Argumente (so Schleiffer, Handkommentar zum Kartellgesetz mit weiteren Hinweisen auf die Lehre und ZR 1999, Nr. 38) wirklich eine Abweichung vom Gesetzeswortlaut, der für Massnahmeverfahren keine Ausnahmen vorsieht, zu rechtfertigen vermögen. Nachdem Art. 15 KG den Richter unabhängig von allfälligen Beweisanträgen der Parteien verpflichtet, die Sache der Wettbewerbskommission vorzulegen, kann es im Übrigen auch nicht darauf ankommen, dass die Gesuchstellerin ihre in der Schutzschrift geäusserte Ansicht, die Streitsache sei der Wettbewerbskommission vorzulegen (Schutzschrift, Rz 40), später änderte (Gesuchsantwort, Rz. 58). Nachdem jedoch die herrschende Lehre davon ausgeht, Art. 15 KG verpflichte den Zivilrichter im Massnahmeverfahren nicht die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen und dies auch von keiner Partei verlangt wird, wird entgegen der vorne geäusserten Bedenken auf eine Überweisung der Streitsache zur Einholung einer Stellungnahme der Wettbewerbskommission verzichtet.

c) Im Rahmen eines Summarverfahrens kann es nicht darum gehen, sämtliche Aspekte

der kartellrechtlichen Zulässigkeit der genannten Klauseln zu beleuchten, zumal die definitive Beurteilung ohnehin gestützt auf ein Gutachten der Wettbewerbskommission wird erfolgen müssen. Unbestritten ist zwischen den Parteien, dass sie in einem ersten Schritt Entwicklungsverträge abgeschlossen haben, in denen sich die Gesuchsgegnerin verpflichtet hat, im Auftrag der Gesuchstellerin Dusch-WCs mit bestimmten Anforderungen zu entwickeln. Nachdem die Produkte entwickelt waren, vereinbarten die Parteien, dass die Gesuchsgegnerin die entwickelten Produkte herstellt und exklusiv an die Gesuchstellerin liefert. Im Januar 2008 schloss die Gesuchstellerin mit der Gesuchsgegnerin einen Vertrag, aus dem hervorgeht, dass die Gesuchstellerin das bisher von ihrer konzerneigenen Gesellschaft N. zusammen mit der Gesuchsgegnerin betriebene Geschäft im Bereich Dusch-WC neu zentral bei der Gesuchstellerin zu führen (gest. act. 13 Ziff. 1). Im Jahre 2009 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, die im Wesentlichen die Beendigung der Zusammenarbeit regelte (gest. act. 14, Ziffer 8). Die Gesuchsgegnerin verpflichtete sich, der Gesuchstellerin beim Insourcing behilflich zu sein. Die Gesuchstellerin verpflichtete sich im Gegenzug, den Gesamtbedarf an Dusch-WCs für die Jahre 2009 bis 2011 bei der Gesuchsgegnerin zu beziehen. Soweit die Gesuchstellerin infolge des Insourcing bereits in der Lage sein sollte, den Bedarf durch die Eigenproduktion zumindest teilweise zu decken, verpflichtete sie sich, in der ersten Jahreshälfte 2012 die entsprechende Menge bei der Gesuchsgegnerin nachträglich noch zu beziehen. In diesem Zusammenhang bekräftigen die Parteien das bestehende Wettbewerbsverbot, indem sie festhielten, sofern und soweit im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Addendums zwischen den Parteien aufgrund der LQSV und/oder anderer vertraglicher Abmachungen zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverbot gelten sollte, solle dieses vom Abschluss dieses Addendums vollständig unberührt bleiben (gest. act. 14, Ziff. 7.2). Die schwammig einschränkende Formulierung lässt den Schluss zu, dass sich die Parteien im Zeitpunkt, in dem das Addendum vereinbart wurde, über den Umfang des Verbotes nicht einig waren.

d) Zur summarischen Prüfung der behaupteten Kartellrechtswidrigkeit ist neben dem Gesetzestext des Kartellgesetzes auf die Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission abzustellen. Zudem können die Gruppenfreistellungsverordnungen der EU-Kommission im Sinne einer Konkretisierungshilfe beigezogen werden, soweit sie als sinnvolle Ergänzung der Bekanntmachungen der eidg. Wettbewerbskommission erscheinen. e) Abreden, die auf einem Markt für bestimmte Waren zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Führen die Abreden bloss zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Marktes, gilt es zu prüfen, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen (Art. 5 Abs. 2 KG). Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, bestimmt sich nach quantitativen und qualitativen Kriterien. Bei der Prüfung der Intensität der Wettbewerbsbeschränkung, d.h. des quantitativen Kriteriums, ist der aktuelle Wettbewerb im Vergleich zur Situation vor der Abrede, die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten neuer Wettbewerber und die Stellung der Marktgegenseite von Bedeutung. In qualitativer Hinsicht wird untersucht, wie wichtig der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter für die Konkurrenzverhältnisse ist (Reinert, Handkommentar zum Kartellgesetz, Art. 5 N 5). f) Was des Verhältnis von qualitativen und quantitativen Kriterien anbelangt, so sind die Meinungen geteilt, ob gewisse Wettbewerbsabreden ungeachtet des Marktanteils der betroffenen Unternehmen zu einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung führen (bejahend: Zäch, Kommentar zum Kartellrecht, 2. Aufl., N 395; verneinend: Reinert, Handkommentar zum Kartellrecht, Art. 5 N 6). Die Wettbewerbskommission scheint ihre Meinung geändert zu haben. In ihrer

Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 in Ziffer 3 zählte sie apodiktisch bestimmte Abreden auf, welche grundsätzlich unabhängig von allfälligen Marktanteilen (vgl. Ziffer 4 der Bekanntmachung) als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten seien (vgl. die Kritik bei Reinert, Handkommentar zum Kartellgesetz, Art. 5 N 6). In der neusten Fassung vom 28. Juni 2010 verzichtet sie auf eine solche Aufzählung und führt vielmehr aus, bei der Prüfung, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliege, seien sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolge einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei könne eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkung erheblich sein. Umgekehrt könne eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend sei (Ziffer 12 Abs. 1 der Bekanntmachung). Gemäss Ziffer 13 Abs. 1 der Bekanntmachung führen bestimmte vertikale Wettbewerbsabreden (so etwa diejenigen nach Ziffer 12 Abs. 2 lit. f bis h der Bekanntmachung) in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15% überschreitet. Dazu gehören auch die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote (vgl. Ziffer 12 Abs. 2 lit. g). g) Die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren erheblich beeinträchtigt oder gar beseitigt, ist stets mit Bezug auf einen bestimmten Markt zu beantworten. Der relevante Markt ist dabei unter anderem in sachlicher Hinsicht abzugrenzen (Reinert, Handkommentar zum Kartellgesetz, Art. 5 N 2). Der sachlich relevante Markt umfasst dabei alle Waren, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Köchli/Reich, Handkommentar zum Kartellgesetz, Art. N 42 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). In diesem Sinne ist der Gesuchsgegnerin recht zu geben, wenn sie darauf hinweist, dass nicht auf den Markt für Sanitärartikel als Ganzes abzustellen sei. Ein Dusch-WC ist in der Tat nicht durch ein Lavabo oder eine Badewanne ersetzbar. Die Gesuchstellerin teilt diesen Standpunkt, bringt jedoch vor, ein Dusch-WC sei durch ein konventionelles-WC in Kombination mit Toilettenpapier bzw. Feuchttüchern ohne weiteres substituierbar. Die Gesuchsgegnerin hält diesen Vergleich sinngemäss für abwegig. h) Das Sekretariat der Wettbewerbskommission führt bei der Beurteilung des sachlich relevanten Marktes regelmässig den sog. SSNIP-Test (Small but significant non transitory increase in price Test) durch. Um die Frage der Substituierbarkeit zu beantworten und ein allfälliges Verhalten der Marktgegenseite einzuschätzen, wird nach deren Reaktion auf eine zehnprozentige Preiserhöhung gefragt. Kann die Marktgegenseite die in Frage stehenden Produkte durch andere ersetzen, so dass eine Preiserhöhung durch den damit einhergehenden Absatzrückgang nicht mehr einträglich wäre, werden die entsprechenden Substitutionsprodukte zum selben Markt gerechnet (Köchli/Reich, Handkommentar zum Kartellgesetz, Art. N 42 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Massgebend ist bei Angebotsmärkten, welcher Kreis von Waren oder Dienstleistungen im Urteil des rationalen Verbrauchers miteinander im Wettbewerb stehen (Hoffert, Kommentar zum Kartellgesetz, Art. 5 N 48). Damit ist auch gesagt, dass der relevante Markt nicht durch den vertraglich vereinbarten Bereich des Konkurrenzverbotes bestimmt wird. Sollte das Konkurrenzverbot somit auf den Bereich von Dusch-WCs beschränkt sein, wovon vor dem Hintergrund der Vereinbarung auszugehen ist, so heisst dies nicht, dass damit auch der relevante Markt im Sinn von Art. 5 KG festgelegt wird. aa) Die Gesuchsgegnerin sieht die Voraussetzungen,

unter denen Dusch-WCs einerseits und herkömmliche Toiletten mit Toilettenpapier andererseits nach der genannten Testmethode als dem gleichen Markt zugehörig zu gelten haben, nicht als erfüllt an. Es sei unwahrscheinlich, dass bei einer 10%igen Preiserhöhung für Toilettenpapier oder Feuchttücher die Nachfrage nach Dusch-WCs steigen würde. Sie übersieht dabei, dass bei der Frage der Substituierbarkeit im vorliegenden Fall auf die Preiserhöhung von Dusch-WCs abzustellen ist. Die Frage lautet somit, ob die Preise für Dusch-WCs um 10% angehoben werden können, ohne dass der Umsatz wesentlich zusammenbricht, weil die Marktgegenseite die in Frage stehenden Produkte nicht durch andere ersetzt. Nur dann sind nämlich die Produkte unabhängig. Bei Preisen für Dusch-WCs von Fr. 3'000.-- bis Fr. 7'700.-- (Gesuchsantwort Rz. 71) erscheint nicht glaubhaft, dass die Angebotsseite ihre Preise ohne weiteres um 10% erhöhen kann, ohne Gefahr zu laufen, dass die Erhöhung wegen des damit einhergehenden Absatzrückgangs nicht mehr einträglich wäre. Bei einer wesentlichen Preiserhöhung für Dusch-WC wird sich der rationale Verbraucher durchaus die Frage stellen, ob er auf dem WC nicht auf Duschstrahl und Föhn verzichten und stattdessen auf ein herkömmliches WC mit Feuchttücher bzw. Papier zurückgreift. Doch selbst wenn man nicht vom Dusch-WC, sondern von der Alternative ausgeht, könnte es nicht alleine auf den Preis des Toilettenpapiers ankommen. Vielmehr wäre vom Preis des normalen WCs ohne Dusch-Mechanismus auszugehen. Bei einem durchschnittlichen Preis von knapp unter Fr. 400.-- (Gesuchsantwort, Rz. 71) ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich bei einer Preiserhöhung von 10% gewisse Verbraucher sich mit der Alternative eines günstigen Dusch-WCs ernsthafter befassen würden. Die Marktgegenseite ist im WC-Bereich im Moment des Kaufentscheidens frei, sich für ein herkömmliches oder ein Dusch-WC zu entscheiden. Darin unterscheidet sich der WC-Markt wesentlich von Märkten wie dem Energiemarkt (Gas, Öl, Strom), auf dem der Verbraucher regelmässig durch Vorinvestitionen gebunden ist (Diesel-, Benzin- oder Elektroauto; Öl-, Gas- oder Elektroheizung). Unter diesen Umständen erscheint nicht glaubhaft, dass ein Hersteller von Dusch-WCs den Preis wesentlich erhöhen kann, ohne dass sich der rationale Verbraucher die Frage nach Alternative stellen wird und ihm solche auch geboten werden. Im Übrigen lassen auch die Aussagen der Gesuchsgegnerin in den Medienmitteilungen den Schluss zu, dass sie davon ausgeht, ihr Produkt sei mit der erwähnten Kombination substituierbar. So führt sie aus, dass es offensichtlich sei, "dass die Reinigung mit frischem, körperwarmen Wasser natürlicher, hygienischer und gründlicher als die herkömmliche Reinigung mit Toilettenpapier oder Feuchttüchern" ist (gest. act. 17a). An anderer Stelle führt sie aus, dass man "hierzulande nach dem Geschäft automatisch zum Toilettenpapier greife. In anderen Erdteilen zweifelt man daran, dass Papier das beste Mittel sei [...] man setzt auf Wasser. Ein Schlauch ist in rudimentären Varianten neben der WC-Schüssel zu finden, ausgeklügelter ist das in Japan verbreitete Dusch-WC." (gest. act. 18b)". Sie stellt damit selber das Dusch-WC als Alternative zu anderen Produkten bzw. Produktkombinationen dar, die in Konkurrenz zu stehen scheinen. Dass ein Dusch-WC im Vergleich zur herkömmlichen Kombination von Toiletten-Papier und WC gewisse Vorzüge haben soll, vermag dabei nichts daran zu ändern, dass es sich um eine Alternative zu anderen Produkten handelt und damit substituierbar ist. bb) Zählt man alle Produkt(kombinationen), die den Zweck haben, nach dem Gang zur Toilette die Fäkalien in die Kanalisation zu spülen und den Analbereich zu säubern, zum relevanten Markt, kann nicht als glaubhaft gemacht gelten, dass die vorliegend zu beurteilende Abrede geeignet ist, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich zu beeinträchtigen oder gar zu beseitigen. Der Anteil

von Dusch-WCs ist gemessen am relevanten Markt zu klein. Die Parteien sind sich nämlich zumindest dahingehend einig, dass es sich in der Schweiz und wohl auch in Europa um ein Nischenprodukt handelt. Es kann im Übrigen auch nicht als glaubhaft gemacht gelten, dass die Gesuchstellerin auf dem relevanten Markt über einen Marktanteil von mehr als 15% verfügt, nachdem die Gesuchsgegnerin selber ausführt, das Standardprodukt auf dem WC-Markt sei das Wandklosett MODERNA, welches nicht von der Gesuchstellerin, sondern einem anderen Unternehmen stammt (Gesuchsantwort Rz. 71). Gemäss Ziffer 13 der aktuellen Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden ist somit davon auszugehen, dass es sich um eine unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung handelt, weil keines der an der Abrede betroffenen Unternehmens am relevanten Markt einen Anteil von mehr als 15% hält. In ganz allgemeiner Weise kann somit festgestellt werden, dass die Vereinbarung, wonach die Gesuchsgegnerin keine Dusch-WCs in den Vertrieb bringen darf, den gesamten WC-Markt in quantitativer Hinsicht, wenn überhaupt, dann nur in marginaler Weise beeinflussen wird. Die weitaus grosse Mehrheit wird nämlich so oder anders bei herkömmlichen WCs in Kombination mit Toilettenpapier bleiben. i) Nach dem klaren Ergebnis der Prüfung des quantitativen Kriteriums könnte die vorne erwähnte Gesamtbetrachtung nur dann zu einer Kartellrechtswidrigkeit führen, wenn die Abrede qualitativ sehr schwerwiegend und offensichtlich nicht zu rechtfertigen wäre. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote nicht unproblematisch sind. Die Abmachung ist aber vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Gesuchstellerin bei der Gesuchsgegnerin zuerst die Entwicklung und danach die Produktion von Dusch-WCs in Auftrag gab. Für die Entwicklung der Dusch-WCs hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mindestens Fr. 13 Mio. bezahlt. Es ist offensichtlich, dass ein Entwicklungsvertrag nicht erteilt wird, um vom Auftragnehmer konkurrenziert zu werden und diese Investitionskosten durch ein zeitlich beschränktes Konkurrenzverbot geschützt werden können. Dies ändert sich allerdings, wenn in der Folge der Entwicklungsauftrag abgeschlossen ist und nur noch eine Zulieferer-Beziehung besteht. Aber auch in einer exklusiven Zuliefererbeziehung scheint ein zeitlich beschränktes nachvertragliches Konkurrenzverbot nicht als offensichtlich unzulässig, wenn zuvor eine noch nicht vor langer Zeit abgeschlossene Entwicklungszusammenarbeit bestand. Die Dauer des Wettbewerbsverbotes von drei Jahren nach Beendigung aller Geschäftsbeziehungen erscheint zwar als lang, aber noch gerade an der Grenze, um nicht den Ausschlag zu Gunsten der Glaubhaftmachung einer kartellrechtswidrigen und damit in Bezug auf die Dauer teilnichtigen Vereinbarung zu geben. Dies zumal die Gesuchstellerin nichts mehr dagegen einzuwenden hat, dass die Gesuchsgegnerin für sich selber Entwicklungsarbeit betreibt, um im Markt auftreten zu können, sobald das Konkurrenzverbot abgelaufen ist (Massnahmereplik, Rz. 59). Um den Marktzutritt nicht unverhältnismässig zu erschweren, muss es aber der Gesuchsgegnerin auch erlaubt sein, im Hinblick auf den zukünftigen Vertrieb Dusch-WCs zu produzieren und zu lagern, so dass die bereits produzierten Dusch-WCs nicht vernichtet werden müssen, sondern ab Juli 2015 in den Verkauf gebracht werden dürfen, sofern sich das Konkurrenzverbot im Hauptverfahren nach Einholung des Gutachtens der Wettbewerbskommission nicht bereits früher als kartellrechtswidrig erweisen sollte. 7. Leistet die Gegenpartei eine angemessene Sicherheit, so kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen. Im vorliegenden Fall bietet die Gesuchsgegnerin eine Sicherheit von Fr. 500'000.-- (Art. 261 Abs. 2 ZPO) an, doch vermag dies einen Verzicht auf die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen nicht zu rechtfertigen, zumal für die

Gesuchstellerin die Höhe eines allfälligen Schadenersatzanspruches nur sehr schwierig zu beweisen wäre. Eine Sicherheitsleistung für die Gegenpartei vermag in diesem Sinne nur selten die notwendige Gewähr für die volle Wiedergutmachung des Schadens zu bieten, den die vorsorgliche Massnahme abzuwenden sucht (BSK-Sprecher, Art. 261 ZPO N 110). 8. Zur Sicherung der Massnahme ist zudem gegen die Organe der Gesuchsgegnerin eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB auszusprechen. Es ist darauf hinzuweisen, dass wer von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung des Artikels 292 StGB an ihn erlassene Verfügung nicht Folge leistet, mit Busse bestraft wird. 9. Die Gesuchsgegnerin verlangt für den Fall, dass das Massnahmegesuch geschützt wird, von der Gesuchstellerin eine Sicherheitsleistung von Fr. 500'000.--. Die Gesuchstellerin führt dazu aus, es erscheine fraglich, ob die Voraussetzungen für eine solche Sicherheitsleistung gegeben seien. Sie werde jedoch eine solche Sicherheitsleistung leisten, wenn das Gericht dies für angezeigt halte (Gesuchsreplik, Rz. 58).

a) Ist ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellene Partei abhängig machen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Die Voraussetzung des drohenden Schadens ist im vorliegenden Fall offensichtlich erfüllt. Die anzuordnenden Massnahmen treffen die Gesuchsgegnerin hart und wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen, etwa weil die Wettbewerbskommission als im Kartellrecht fachkompetentere Behörde in einem Gutachten überzeugend darlegt, dass das nachvertragliche Konkurrenzverbot ganz oder teilweise kartellrechtswidrig ist, so hat die Gesuchstellerin Schadenersatz zu leisten. Der zu erwartende Gewinnausfall während drei Jahren sowie die Kosten für den Produktionsstop lassen die beantragte Sicherheit auch in dieser Höhe durchaus als angemessen erscheinen. III. 1. Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert auf mindestens Fr. 500'000.--, was angesichts der mit den Dusch-WCs in den letzten Jahren erzielten Umsätze der Parteien als glaubhaft erscheint. Beim vorliegenden Prozessausgang ist die Gesuchsgegnerin im Hauptpunkt unterlegen, hat jedoch im Nebenpunkt der Sicherheitsleistung obsiegt. Die Prozesskosten werden deshalb im Verhältnis von neun zu einem Zehntel verlegt. b) Die Gerichtskosten (einschliesslich der Kosten der dringlichen Verfügung) sind in Berücksichtigung des Streitwerts und des entstandenen Aufwands auf Fr. 10'000.-- festzusetzen (Art. 10 Ziff. 311 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 GKV) und werden mit dem von der Gesuchstellerin in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin hat im Betrag von Fr. 9'000.-- ein Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin (Art. 111 Abs. 2 ZPO). c) Es ist offen, ob die Gesuchstellerin innert der angesetzten Frist die Hauptklage gegen die Gesuchsgegnerin einreichen wird. Es scheint deshalb angezeigt, dass die Parteikosten des Massnahmeverfahrens im vorliegenden Entscheid beurteilt werden. In Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 500'000.--, des erheblichen Aufwandes für das vorliegende Verfahren, erscheint es angemessen, die Parteientschädigung auf Fr. 15'000.-- festzusetzen (Art. 14 lit. e, Art. 15, Art. 16, Art. 28 bis und Art. 29 HonO). Demnach hat die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin für die Vertretung in diesem Verfahren mit Fr. 12'000.-- (4/5 von Fr. 15'000.--) zu entschädigen. Demgemäss wird entschieden: 1. Der Y. AG wird vorsorglich bis auf weiteres, längstens aber für die Dauer bis Ende Juni 2015 verboten, Dusch-WCs, insbesondere das Dusch-WC Modell LaPreva P1, a) für die Z. AG oder sonstige Dritte zu entwickeln und/oder weiterzuentwickeln und/oder b) für die Z. AG oder sonstige Dritte herzustellen und/oder c) an die Z. AG oder sonstige Dritte zu liefern. Es wird klargestellt, dass Gesellschaften des X-Konzerns nicht als Dritte gelten. 2) Für den

Fall der Zuwiderhandlung gegen die in Ziffer 1 a-c verfügten Massnahmen wird den Organen der Y. AG die Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB angedroht. 3) Die X. AG wird verpflichtet, beim Gericht zu Gunsten allfälliger Schadenersatzansprüche der Gesuchsgegnerin innert einer Frist von 10 Tagen eine Sicherheit von Fr. 500'000.-- zu hinterlegen. 4) Der X. AG wird eine Frist von 30 Tagen zur Anhebung der Hauptklage betreffend Ziff. 1 a-c des vorliegenden Entscheides angesetzt. Wird die Hauptklage nicht innert Frist anhängig gemacht, so fallen die Massnahmen gemäss Ziffer 1 a-c ohne weiteres dahin. 5) Die Gerichtskosten dieses Verfahrens von Fr. 10'000.-- hat die X. AG unter Verrechnung der Einschreibgebühr von Fr. 10'000.-- zu bezahlen. Die Y. AG entschädigt die X. AG für die geleistete Einschreibgebühr mit Fr. 9'000.--. 6) Die Y. AG hat die X. AG für die Vertretung im vorliegenden Verfahren mit pauschal Fr. 12'000.-- zu entschädigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.