

Name, Vorname:

Punkte: Note:

	Bewertete Aussagen	Punkte max.	Punkte erreicht
	Fall 1		
	Ansprüche von OttoCar gegen Fink		
1.	<i>Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 754 ff. OR)</i>		
2.	Tatbestandsmerkmale von Art. 754 OR: Aktivlegitimation, Passivlegitimation, Pflichtverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden. Im Weiteren sind Fristen sowie ggf. die Zustimmung zur Décharge zu überprüfen.	2	
3.	Aktivlegitimation:	1	
4.	Um die Aktivlegitimation zu bestimmen, ist zunächst zu prüfen, ob ein mittelbarer (Gesellschafts-) oder unmittelbarer (vorliegend Gläubiger-) Schaden vorliegt. Bei einem unmittelbaren Schaden ist OttoCar als Gläubigerin in jedem Fall aktivlegitimiert, bei einem mittelbaren nur dann, wenn die Schuldnerin in Konkurs gegangen und die Forderungen nicht durch die Konkursverwaltung geltend gemacht werden (Art. 757 OR).	2	
5.	Diese Unterscheidung soll dazu dienen, die Ansprüche von Gläubigern, Aktionären und Gesellschaft abzugrenzen und bei konkurrierenden Ansprüchen einen allfälligen Wettlauf um Befriedigung aus dem (begrenzten) Vermögen des Verantwortlichen zu verhindern.	1	
6.	Ein unmittelbarer Schaden liegt zunächst dann vor, wenn ausschliesslich das Vermögen von Gläubigern bzw. Aktionären tangiert ist (neu in BGE131 III 306, Biber, indessen lässt der Entscheid offen, ob das BGER wirklich eine Praxisänderung beabsichtigt; dazu etwa Rolf H. Weber, Bundesgerichtliche Pirouetten zum Schadensbegriff im unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, in: Jusletter 24. Oktober 2005).	3	
7.	Wurde demgegenüber das Vermögen der Gesellschaft tangiert und damit nur mittelbar dasjenige des Aktionärs bzw. Gläubigers (Minderung von innerem Wert der Aktien bzw. Wert der Konkursdividende), ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die verletzte Norm ausschliesslich Aktionärs- bzw. Gläubigerinteressen schützt oder zumindest <i>auch</i> Gesellschaftsinteressen. In ersterem Fall besteht ebenfalls ein unmittelbarer Schaden, der von Aktionären bzw. Gläubigern jederzeit geltend gemacht werden kann. Im letzteren Fall (mittelbarer Schaden) können Aktionäre nur auf Leistung an die AG klagen (Art. 756 Abs. 1 OR), und Gläubiger müssen mit ihrer Klage die Konkursöffnung abwarten und der Konkursverwaltung Vortritt gewähren (Art. 757 Abs. 1 OR; so weit ist die alte Rechtsprechung von BGE 122 III 176, X-Corporation, noch gültig).	2	
8.	Vorliegend stehen Verletzungen von Bilanzierungsvorschriften sowie von Art. 725 Abs. 1 und 2 OR zur Diskussion (mehr dazu unten). Alle diese Bestimmungen stehen zumindest auch im Interesse der Gesellschaft, geht es doch darum, deren Überleben zu sichern (zu Art. 725 Abs. 2, der diesbezüglich evtl. Zweifel aufwerfen könnte, Böckli § 18 N 327).	½	
9.	Nach der X-Corporation-Rechtsprechung würde es sich also vorliegend um einen mittelbaren Schaden handeln, womit OttoCar nur dann aktivlegitimiert wäre, wenn über die West Bau der Konkurs eröffnet und ihr die Verantwortlichkeitsansprüche abgetreten worden wäre.	½	

10.	Dies führte zu dem stossenden Resultat, dass, obwohl nur die OttoCar durch die Pflichtverletzungen des Fink geschädigt wurde, allfällige Schadenersatzleistungen auf sämtliche Gläubiger verteilt würden, also auch auf diejenigen, die bereits vor dem Autokauf geschädigt waren (vgl. etwa Patrick Umbach/Rolf H. Weber, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 111 ff., 126 f.).	1	
11.	Folgt man hingegen der neuen Biber-Rechtsprechung, ist – noch vor der Klärung der Frage nach dem Zweck der verletzten Norm – zu fragen, in welcher Vermögensmasse der Schaden entstanden ist.	1	
12.	Genau besehen wurde durch den Autokauf nur die OttoCar, nicht aber die West Bau geschädigt.	2	
13.	Damit ist OttoCar – entsprechend der Biber-Rechtsprechung – unabhängig von der Konkureröffnung und einem allfälligen Verzicht der Konkursverwaltung auf die Klageerhebung aktivlegitimiert.	2	
14.	Das beschriebene stossende Resultat der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist damit korrigiert.	1	
15.	Passivlegitimation:	1	
16.	Fink ist als Verwaltungsrat passivlegitimiert (Art. 754 OR).	2	
17.	Pflichtverletzung:	1	
18.	<i>Überbewertung des Grundstücks</i> Das Grundstück war überbewertet. Darin lag eine Verletzung von Art. 662a OR, mithin eine Pflichtverletzung i.S. von Art. 754 OR.	2	
19.	<i>Fehlende Rückstellungen</i> Rückstellungen für die Gewährleistungsansprüche des Marcus waren nicht nötig, kamen doch diese „völlig überraschend“. Sodann hat die Unternehmensleitung bei der Bildung von Rückstellungen ein gewisses Ermessen. Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 und Art. 669 Abs. 1 OR sind demnach nicht verletzt. Alternativ: Gute Begründung für die Notwendigkeit von Rückstellungen.	2	
20.	<i>Keine Sanierungsmassnahmen trotz hälftigem Kapitalverlust</i> Nach Art. 725 Abs. 1 OR hat der VR im Falle eines hälftigen Kapitalverlusts die GV einzuberufen und dieser Sanierungsmassnahmen zu beantragen. Ein hälftiger Kapitalverlust liegt vor, wenn gesetzliche Reserven und Aktienkapital nicht mehr gedeckt sind. Entgegen dem Gesetzeswortlaut, der die genannten Pflichten nur bei aus der Jahresbilanz ersichtlichem hälftigem Kapitalverlust vorsieht, muss der VR – in Analogie zu Art. 725 Abs. 2 OR – bei begründeter Besorgnis eine Zwischenbilanz erstellen und ggf. eine ausserordentliche GV einberufen, der er Sanierungsmassnahmen beantragen kann (Glanzmann, in: Roberto [Hrsg.], Sanierung der AG: ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, Zürich 2003, 51).	1	

21.	Zunächst ist zu fragen, ob die gesetzliche Reserve allenfalls bereits gemäss Art. 671 Abs. 3 OR mit den aufgelaufenen Verlusten hätte verrechnet werden dürfen, um das Greifen von Art. 725 Abs. 1 OR hinauszuschieben. Dies ist nicht der Fall: Fink durfte die Verrechnung von Reserve und Bilanzverlust gemäss Art. 671 Abs. 3 nicht selbst vornehmen. Zu einer solchen Auflösung der Reserve ist vielmehr allein die GV zuständig (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Es handelt sich bei der Verrechnung genau besehen bereits um eine dieser zu beantragende „Sanierungsmassnahme“ i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR; Glanzmann, a.a.O., 56). Hinzu kommt, dass vorliegend auch nach einer Auflösung der Reserven weiterhin ein hälftiger Kapitalverlust vorläge (258'000/500'000 Franken).	1	
22.	Nach dem ersten Verlust von 130'000 Franken lag ein hälftiger Kapitalverlust im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR vor (Verlustvortrag von 348'000 Franken; Aktienkapital + ges. Reserve = 590'000). Um diesen zu beseitigen hätte Fink eine Zwischenbilanz erstellen und der GV Sanierungsmassnahmen beantragen müssen. Dies hat er unterlassen. Darin liegt eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 OR.	3	
23.	<i>Keine Konkursanzeige trotz Überschuldung</i> Im Gegensatz zu Art. 725 Abs. 1 OR ist bei Art. 725 Abs. 2 OR die vorgängige Verrechnung von gesetzlicher Reserve mit dem Verlustvortrag nach Art. 671 Abs. 3 OR zulässig, denn der Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR stellt auf eine Unterdeckung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger ab.	1	
24.	Eine Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR liegt vor, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Es ist anzunehmen, dass die Bilanz zu Fortführungswerten geführt wird und die Veräusserungswerte gleich oder sogar tiefer wären. Der Anspruch des Marcus auf Garantierarbeiten führte damit zu einer Überschuldung der West Bau AG (Verlustvortrag von 568'000 Franken ist höher als das Aktienkapital von 500'000).	3	
25.	Indem Fink trotz mit Sicherheit begründeter Besorgnis einer Überschuldung nicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR einen Zwischenabschluss erstellt und diesen der Revisionsstelle vorgelegt hat, und indem er die Benachrichtigung des Richters unterliess, beging er eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 OR.	1	
26.	Alternativ hätte er gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Rangrücktrittserklärung abgeben können (stille Sanierung). Dies ist indessen unterblieben, womit sich an der Pflichtverletzung nichts ändert.	3	
27.	Schaden:	1	
	<i>Falls der Fall nach der (überholten) X-Corporation-Rechtsprechung gelöst wird</i>		

28.	<p>Die Problematik des Falles liegt darin, dass genau besehen durch den Autokauf nur OttoCar, nicht aber die West Bau geschädigt wurde. Dies, obwohl es sich wie gezeigt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um einen bloss mittelbaren Schaden der OttoCar handelt. Es ist daher nicht möglich, zur Schadensberechnung auf die Vermögensverminderung der West Bau abzustellen.</p> <p>Ogleich es sich um einen mittelbaren Schaden handelt, könnte folglich zur Schadensberechnung der Verlust der OttoCar herangezogen werden (Ersatz des negativen Vertragsinteresses; OttoCar hätte den Wagen bei rechtzeitig erfolgter Konkursanzeige nicht mehr ausgeliefert, wäre also so zu stellen, wie wenn sie dies nicht getan hätte.)</p> <p>Das Bundesgericht qualifizierte demgegenüber in einem ähnlich gelagerten Fall vom 31. Dezember 1998 (4C.256/1997, E. 4.c.) einfach die Zunahme der Passiven ab dem Zeitpunkt der ersten nachgewiesenen Überschuldung als Schaden (vorliegend 86'000 Franken). Dazu zu Recht kritisch Umbach/Weber, a.a.O., 126 f.</p>	1	
	<i>Neue Rechtsprechung (Biber)</i>		
29.	OttoCar muss den Kaufpreis des Autos weitgehend abschreiben. Darin liegt ein Schaden im Sinne von Art. 754 OR.	2	
30.	Kausalzusammenhang:	1	
31.	<p><i>Zwischen Unterbewertung der Lagerhalle und Schaden</i></p> <p>Auch eine korrekte Bewertung der Lagerhalle hätte die Situation nicht verbessert, denn auf jeden Fall war es erst der Verlust von 130'000 Franken, der zum hälftigen Kapitalverlust und damit zur Notwendigkeit von Sanierungsmassnahmen geführt hat. Anderes wäre höchstens dann der Fall gewesen, wenn Art. 725 Abs. 1 OR bereits vor dem Verlust von 130'000 Franken erfüllt gewesen wäre.</p>	1	
32.	<p><i>Zwischen unterbliebenen Rückstellungen und Schaden</i></p> <p>Bejaht man die Notwendigkeit von Rückstellungen für die Garantiesprüche, dann wäre die Überschuldung bereits nach der Kündigung des Darlehens eingetreten und nicht erst nach der Anmeldung der Forderung von Marcus. Dies macht indessen insofern keinen Unterschied, als in der Zwischenzeit keine Transaktionen vorgenommen wurden, die die Lage der West Bau verschlechtert hätten.</p>	1	
33.	<p><i>Zwischen unterbliebenem Antrag auf Sanierungsmassnahmen und Schaden</i></p> <p>Es ist sodann unklar, ob Sanierungsmassnahmen zur Gesundung der West Bau geführt hätten, weil die folgenden Verluste nicht auf später abgeschlossene Geschäfte, sondern auf bereits früher bestehende Risiken (Kündigung des Bankkredits, Gewährleistung) zurückzuführen waren. Insofern dürfte ein Beweis des Kausalzusammenhangs schwierig werden.</p>	1	
34.	<p><i>Zwischen der unterbliebenen Konkursanzeige und dem Schaden</i></p> <p>Mit einer sofortigen Konkurseröffnung hätte aber sicher das Geschäft von OttoCar verhindert werden können. Insofern besteht ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR und dem Schaden der OttoCar.</p>	1	

35.	<p>Der adäquate Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn eine Handlung nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet ist, einen bestimmten Erfolg zu bewirken. Dies kann vorliegend bejaht werden. Eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs durch den eintreffenden neuen Auftrag ist demgegenüber zu verneinen. Dies schon daher, weil der Auftrag erst aktiviert werden darf, wenn zufolge eines Geschäftsvorfalles gegen einen Drittschuldner eine rechtlich und tatsächlich durchsetzbare ("feste, unentziehbare") Forderung entstanden ist (Realisationsprinzip/Vorsichtsprinzip, Art. 662 Abs. 2 Ziff. 4 OR; Böckli, §8 N 127).</p> <p>Hinzu kommt, dass angesichts der über längere Zeit entstandenen finanziellen Misere nicht bloss gestützt auf einen einzelnen Auftrag von einer grundsätzlichen Gesundung ausgegangen werden kann. Anders wäre dies wohl nur dann zu beurteilen, wenn die zweite Überschuldungsphase nach einer länger andauernden deutlichen Erholung eingetreten wäre, deren Ende durch andere Einflüsse verursacht worden wäre als die ursprüngliche finanzielle Misere.</p> <p><i>Alternativ: gute Argumente contra Adäquanz</i></p>	2	
36.	OttoCar ist so zu stellen, wie das Geschäft nicht abgeschlossen worden wäre (negatives Interesse und nicht etwa positives Interesse), denn nur dies wäre die Folge einer rechtzeitigen Konkursanzeige gewesen. Der durch den Kausalzusammenhang gedeckte Schaden entspricht damit dem durch OttoCar bezahlten Einkaufspreis des Wagens.	2	
37.	Verschulden:	1	
38.	Fink hat als Verwaltungsrat über die finanziellen Verhältnisse seiner Gesellschaft im Bilde zu sein. Reagiert er nicht auf einen Verdacht bezüglich Kapitalverlust oder Überschuldung, liegt darin zumindest eine Fahrlässigkeit. Das Verschulden ist gegeben.	2	
39.	Décharge: Ein allfälliger Déchargebeschluss wirkt nur gegenüber der Gesellschaft und Aktionären, die ihm zugestimmt haben, nicht aber gegenüber der OttoCar als Gläubigerin (vgl. Art. 758 Abs. 1 OR). Auch die Verwirkungsfrist nach Art. 758 Abs. 2 OR ist unbeachtlich.	1	
40.	Klagefrist: Die Klage verjährt fünf Jahre nachdem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, auf jeden Fall aber nach zehn Jahren. Sie ist vorliegend eingehalten.	1	
41.	Fazit:		
42.	OttoCar hat gegen Fink einen Anspruch aus Art. 754 ff. OR. Weil sie einen unmittelbaren Schaden erlitten hat, muss sie einen allfälligen Verzicht der Konkursverwaltung nach Art. 757 OR nicht abwarten.	2	
43.	<i>Ansprüche aus Art. 2 Abs. 2 ZGB (Durchgriff etc.)</i>	1	
44.	Durchgriff bedeutet Aufhebung der Trennung zwischen der AG und ihren Aktionären und Gleichstellung von Gesellschaft und Gesellschafter. Er wird vollzogen, wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person als <i>rechtsmissbräuchlich</i> erscheint (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Die Prüfung, ob Rechtsmissbrauch vorliegt, hat auf dem Wege einer Interessenabwägung zu geschehen (zum Ganzen Fostmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 62 N 47 ff.).	1	

45.	<p>Darin, dass Fink auf eine explizite Rangrücktrittserklärung verzichtet hat, kann evtl. eine bewusste Vermischung von Aktienkapital und seinem Darlehen an die West Bau gesehen werden. Mutmasslich ging Fink dabei wohl davon tatsächlich aus, eine Anzeige sei nicht nötig, weil eine Rücktrittserklärung immer noch zu einem späteren Zeitpunkt abgegeben hätte werden können. Damit könnte sich zumindest die Qualifikation des Darlehens als in gewisser Weise eigenkapitalersetzend rechtfertigen und damit eine Rangrückstellung von Fink hinter die übrigen Gläubiger. Gegen diese Argumentation ist allerdings einzuwenden, dass Fink mit seinem Verhalten gegen Normen verstossen hat, die bereits eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit auszulösen vermögen (Art. 725 Abs. 2 i.V.m. Art. 754 ff. OR). Indem man vorliegend eine Klage aus Art. 2 Abs. 2 ZGB verneint, verneint man nicht sämtliche Ansprüche des Gläubigers, sondern verweist diesen auf die Verantwortlichkeitsklage, deren Kriterien klar durch den Gesetzgeber festgelegt wurden. Anders zu argumentieren hiesse im vorliegenden Fall wohl, den Anwendungsbereich von Art. 725 Abs. 2 i.V.m. Art. 754 über die klar durch den Gesetzgeber definierten Schranken hinaus auszudehnen. Ein Durchgriff oder auch nur eine Qualifikation des Darlehens des Fink als eigenkapitalersetzend ist damit abzulehnen. Hinzu kommt, dass bislang nur Darlehen als eigenkapitalersetzend qualifiziert wurden, die erst nach Eintritt der Zahlungsschwierigkeiten gewährt wurden (dazu etwa Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, S. 192 ff.).</p> <p><i>Alternativ: Gute Argumente pro ZGB 2 Abs. 2.</i></p>	2	
	<i>Ansprüche aus culpa in contrahendo und Delikt</i>		
46.	<p><i>Aktivlegitimation</i> Ansprüche aus CIC oder Delikt begründen auch nach alter Rspr. einen unmittelbaren Schaden. OttoCar ist zur Klage gegen Fink aktivlegitimiert.</p>	1	
47.	<p><i>Enttäuschtes Vertrauen (CIC)</i> Eine CIC-Haftung wird unter anderem dann bejaht, wenn durch Vertragsverhandlungen der Eindruck der Zahlungsfähigkeit erweckt wird. Dies ist vorliegend der Fall.</p>	1	
48.	<p><i>Widerrechtlichkeit (Delikt)</i> Indem Fink einen Vertrag abschloss, ohne diesen erfüllen zu können, hat er möglicherweise den Tatbestand des Betrugs (Art. 146 StGB) erfüllt.</p>	1	
49.	<p><i>Schaden</i> Durch den Vertragsabschluss ist der OttoCar ein Schaden in Höhe des negativen Vertragsinteresses entstanden (vgl. oben).</p>	1	
50.	<p><i>Kausalzusammenhang</i> Sowohl natürlicher als auch adäquater Kausalzusammenhang sind zu bejahen.</p>	1	
51.	<p><i>Verschulden</i> CIC: Verschulden bedeutet, dass ein Verhalten dem Fehlbaren persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann, was insbesondere voraussetzt, dass Fink im Moment des Autokaufs mit einer Verschlechterung rechnen musste (Fahrlässigkeit). Die aus dem neu abgeschlossenen grossen Auftrag zu erwartenden Gewinne durften insbesondere noch nicht bilanziert werden (vgl. oben). Aus dieser Perspektive durfte Fink nicht davon ausgehen, die Überschuldung sei definitiv behoben, und Fink durfte damit auch kein derartiges Geschäft abschliessen. Das Verschulden ist zu bejahen.</p> <p><i>Alternative: Gute Argumente gegen Verschulden.</i> Betrug: Bezüglich Betrug ist die Rechtslage anders, weil Betrug Vorsatz bezüglich der Schädigung voraussetzt, was vorliegend nicht bejaht werden kann.</p>	1	

52.	<i>Verjährung</i> Beide Ansprüche sind nicht verjährt.	1	
53.	<i>Fazit</i> Eine Haftung aus CIC ist zu bejahen, eine solche aus Delikt (Betrug) zu verneinen.	1	
54.	<i>Konkurrenzen:</i> Es besteht Anspruchskonkurrenz zwischen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, Delikt und culpa in contrahendo	1	
55.	<i>Weitere gute Argumente</i>	2	
	<i>Total Frage 1</i>	75	
	Fall 2		
	Frage 1		
56.	Zu prüfen ist die Anwendbarkeit von Art. 15 Abs. 1 KG.	3	
57.	Es muss sich um ein zivilrechtliches Verfahren handeln. Vorliegend handelt es sich um eine Mietsache. Das Tatbestandsmerkmal ist erfüllt.	1	
58.	Die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung muss zu prüfen sein. Dies ist vorliegend der Fall (Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 2 KG).	1	
59.	Die Zulässigkeit muss <i>fraglich</i> , d.h. unsicher sein (Jürg Borer, Kartellgesetz, N 7 f. zu Art. 15 KG). Dies ist vorliegend ebenfalls gegeben.	1	
60.	Fazit: Das Gericht muss die Frage nach Art. 15 Abs. 1 KG der Weko zur Begutachtung vorlegen.	1	
	Frage 2		
61.	Geltungsbereich des Kartellgesetzes: Art. 2 KG	1	
62.	- Persönlich: Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 ^{bis} KG) - Sachlich: o Wettbewerbsabreden, o Ausüben von Marktmacht, o Zusammenschlüsse - Örtlich: Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG)	3	
63.	Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften: Art. 3 KG	1	
64.	- staatliche Markt- oder Preisordnung - Besondere Rechte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben	1	
	Anwendbarkeit von Art. 5 KG	1	
65.	- Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)	1	
66.	o Rechtlich erzwingbar oder nicht erzwingbar o Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise o von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen o die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.	2	
67.	- Besteht eine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs?	1	
68.	o Horizontalen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG?	1	
69.	▪ Preisabsprache ▪ Absprache über Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen ▪ Absprache über Gebiete oder Geschäftspartner	1.5	
70.	o Vertikale Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG?	1	
71.	▪ Preisbindung zweiter Hand (Mindest-/Festpreise) ▪ Absoluter Gebietsschutz	1	
72.	- Falls die Vermutung besteht, kann sie widerlegt werden?	1	

73.	○ Marktabgrenzung (Perspektive der Gegenpartei; Art. 11 Abs. 3 VKU):	1	
74.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sachlich ▪ Räumlich ▪ Zeitlich 	1.5	
75.	○ Besteht ausreichender Restwettbewerb auf dem relevanten Markt?	1	
76.	- Falls die Vermutung nicht besteht oder widerlegt wurde, fortfahren mit Art. 5 Abs. 1 KG:	1	
77.	○ Beeinträchtigung des Wettbewerbs?	1	
78.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Marktabgrenzung (Perspektive der Gegenpartei; Art. 11 Abs. 3 VKU; ggf. zurückverweisen): <ul style="list-style-type: none"> • Sachlich • Räumlich • Zeitlich 	1 (2 falls vorher nicht geprüft)	
79.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter 	1	
80.	○ Erheblichkeit	1	
81.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Hinweis auf die Bekanntmachung der Weko zu vertikalen Abreden (RPW 2/2002, 404 ff.) 	1	
82.	○ Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG)	1	
83.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Effizienzsteigerung 	1	
84.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ durch <ul style="list-style-type: none"> • Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, oder • Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, oder • Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen, oder • rationellere Nutzung von Ressourcen. 	2	
85.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Notwendigkeit der Abrede 	1	
86.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Keine Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. 	1	
87.	- Fazit: Falls wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, oder falls der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird und sich die Beeinträchtigung nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lässt, ist die Abrede unzulässig und nichtig .	2	
	Frage 3		
88.	Es ist zu prüfen, ob eine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht. Dies richtet sich bei horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3, bei vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG.	1	
89.	Vorliegend besteht keine horizontale Abrede, da Vermieterin und Mieterin weder tatsächlich noch der Möglichkeit nach miteinander in Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 KG).	1	
90.	Es bleibt zu prüfen, ob es sich um Unternehmen verschiedener Marktstufen handelt. Gemeinhin ist das Marktgeschehen in die Marktstufen Hersteller-Engros-Handel-Detailhandel für eine bestimmte Ware oder Dienstleistung unterteilt. Vorliegend ist die Vermieterin jedoch weder Herstellerin noch Engros-Händlerin der von der Mieterin verkauften Produkte.	1	

91.	Indessen könnte das von der Mieterin gemachte Angebot (Detailhandel mit Damenoberbekleidung) ohne Geschäftsräumlichkeiten nicht gemacht werden. Die vermieteten Geschäftsräume bilden damit genau besehen – genauso wie die Herstellung der Kleider oder deren Engros-Handel – Voraussetzung dafür, dass die Mieterin überhaupt ein entsprechendes Angebot machen kann. Insofern rechtfertigt es sich durchaus, von verschiedenen Marktstufen zu sprechen. Eine vertikale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG kann bejaht werden.	1	
92.	Vertikale Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG begründen die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, wenn sie entweder Mindest- oder Festpreise festlegen (Preisbindungen zweiter Hand) oder absoluten Gebietsschutz vorsehen.	1	
93.	Eine Preisbindung zweiter Hand liegt nicht vor.	1	
94.	Absoluter Gebietsschutz liegt vor, wenn einem Händler der unteren Vertragsstufe untersagt ist, in ihm nicht zugeteilte Gebiete Verkäufe zu tätigen. Solches wird beispielsweise in Alleinvertriebsverträgen oder in Franchisingssystemen vorgesehen.	1	
95.	Man könnte vorliegend argumentieren, der Mieterin sei das Gebiet des Einkaufszentrums ausschliesslich zugeteilt, gleich wie der Vertragshändler im Rahmen eines Alleinvertriebsvertrags Gebietsschutz genießt (so ein Entscheid des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichts Baden [Mietgericht] vom 16. Februar 2004, MRA 2005 S. 84 ff.).	1	
96.	Indessen liegt vorliegend insofern kein absoluter Schutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vor, als nicht Verkäufe der Mieterin an die Kunden anderer Mieterinnen verboten sind, sondern nur der Vermieterin das Einmieten von Konkurrentinnen verboten wird. Vergleichbares ist indessen auch Gegenstand von Verträgen mit bloss passivem Gebietsschutz (d.h. mit Zulässigkeit von Verkäufen auf unaufgeforderte Bestellung hin). Verträge mit bloss passivem Gebietsschutz lösen die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nicht aus.	1	
97.	Fazit: Eine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann damit nicht begründet werden.	1	
	<i>Total Frage 2</i>	50	
98.	<i>Sprache und Aufbau</i>	5	
	<i>Total Prüfung</i>	130	