

Probeklausur im Handels- und Wirtschaftsrecht 26. November 2004

Musterlösung

RA Dr. Simon Schlauri, Oberassistent Handels- und Wirtschaftsrecht

Fall 1

(Vgl. dazu BGE 128 III 178, vollständig publiziert: Urteil 7B.4/2002 vom 21. März 2001.)

Frage 1

Die V AG wurde gegründet, um ein Grundstück der Stadt S zu kaufen und darauf ein Hotel zu bauen. Nach der Übernahme stellt sich indessen heraus, dass das Grundstück überbewertet war. Es stellt sich die Frage, ob bereits aus gesellschaftsrechtlicher Sicht eine Möglichkeit besteht, diesen Kaufvertrag für unverbindlich zu erklären.

Zentral ist unter diesen Umständen die Frage, ob es sich bei dem Kauf des Grundstückes um eine Sachübernahme im Sinne von Art. 628 Abs. 2 OR handelt. Wenn dies zu bejahen ist, und wenn die für Sachübernahmegründungen bestehenden Vorschriften nicht eingehalten wurden, so ist in einem zweiten Schritt die Nichtigkeit des Kaufvertrages als mögliche Rechtsfolge zu prüfen.

Vorliegen einer Sachübernahme

Allgemeines

Zunächst ist zu prüfen, ob eine Sachübernahmegründung vorliegt.

[Zur Erläuterung – an der Prüfung sind keine derartigen Erwägungen zu machen:] Die Vorschriften über die Sacheinlage und -übernahme sollen verhindern, dass bei Gründungen oder Kapitalerhöhungen überbewertete Aktiven in eine AG eingebracht werden und damit das Haftungssubstrat reduzieren, was gegenwärtige und künftige Aktionäre sowie Gläubiger schädigen kann. Erreicht werden soll dies durch Offenlegungspflichten (Art. 628 OR) und verschärfte Prüfungspflichten (Art. 635 und 635a OR). Bei der Kapitalerhöhung kommt ein qualifiziertes Quorum bei der Beschlussfassung in der GV hinzu (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR). Abgesichert werden die Vorschriften durch das Erfordernis der Prüfung durch den Registerführer (Art. 940 OR) und die Pflicht zum Einreichen einer sogenannten Stamped-Erklärung (Art. 78 Abs. 1 Bst. g und 80 Abs. 1 Bst. d HRegV; zum Ganzen etwa Watter, Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht, AJP 2/1994, 147 ff., 147). Der Gesetzgeber hat die Sachübernahme der Sacheinlage gleichgestellt, um Umgehungsgeschäfte zu verhindern (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 20).

Sachübernahme oder -einlage?

Unter einer Sachübernahme ist der vor der Eintragung der AG in das Handelsregister vereinbarte Erwerb bestimmter Vermögenswerte zu verstehen. Im Gegensatz zur Sacheinlage besteht die Gegenleistung bei einer Sachübernahme nicht in der Zuweisung von Aktien,

sondern regelmässig in der Zahlung eines bestimmten Betrages (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 18 f.)

Vorliegend ist nicht von der Zuweisung von Aktien die Rede, sondern von einem Kauf. Damit kann davon ausgegangen werden, dass als Gegenleistung ein Kaufpreis bezahlt wurde. Somit kommt vorliegend nur eine Sachübernahme und nicht eine Sacheinlage in Frage.

Lösung nach bisheriger Rechtsprechung und Lehre

Geltungsbereich in sachlicher Hinsicht:

Für eine Sachübernahme vorausgesetzt wird gemäss Wortlaut von Art. 628 Abs. 2 OR die Übernahme von Vermögenswerten durch die Gesellschaft von Aktionären oder Dritten nach der Gründung. Diese Vermögenswerte müssen sodann bilanzmässig aktivierbar, übertragbar und verwertbar sein. Die Übernahme muss im Weiteren zumindest einigermaßen fest beabsichtigt sein; ein Vertrag muss im Zeitpunkt der Gründung aber noch nicht bestehen. Sodann ist Art. 628 nur auf Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung anwendbar, welche das Vermögen der Gesellschaft schwächen könnten. Keine Sachübernahmen im Sinne des Gesetzes liegen insbesondere dann vor, wenn lediglich Verträge für den künftigen normalen Geschäftsgang abgeschlossen werden (dazu etwa Glanzmann, Wann liegt eine Sachübernahme vor?, SZW 2003, 166 ff., 167 f.)

Vorliegend wurde nach der Gründung ein Grundstück übernommen. Ein Grundstück ist aktivierbar, übertragbar und verwertbar. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

Die V AG wurde laut Sachverhalt im Hinblick auf den Kauf des Grundstücks und die spätere Errichtung eines Hotels auf diesem gegründet. Das Kriterium der „einigermaßen festen Absicht“ zur späteren Übernahme zum Zeitpunkt der HR-Eintragung ist damit erfüllt.

Sodann ist schon angesichts des Kaufpreises von 58 Millionen Franken von einem Geschäft mit grösserer wirtschaftlicher Bedeutung zu sprechen. In der Literatur wird ein Umfang der Gegenleistung von zehn oder mehr Prozent des Aktienkapitals postuliert, damit eine Sachübernahme angenommen werden kann (Watter, a.a.O., 154). Angesichts dessen, dass die V AG im Hinblick auf dieses Geschäft gegründet wurde, kann auch hiervon ausgegangen werden.

Im Weiteren kann bei dieser Summe auch kaum von einem Vertrag für den künftigen laufenden Geschäftsgang gesprochen werden. Vielmehr geht es offenbar um das zentrale Investitionsgut der neu gegründeten V AG.

Geltungsbereich in persönlicher Hinsicht:

Des Weiteren ist es nach dem Wortlaut des Gesetzes egal, ob die Übernahme von einem Aktionär oder einem abhängigen oder unabhängigen Dritten erfolgt. Begründet wird dies damit, dass die Unterscheidung zwischen abhängigen und unabhängigen Dritten Schwierigkeiten bereiten würde (vgl. Glanzmann, a.a.O., 168). Die Tatsache, dass bei einer Übernahme von einem unabhängigen Dritten genau besehen kaum eine Überbewertung droht, ist damit unbeachtlich.

Lösung anhand der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts

In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht indessen in einer der vorliegenden vergleichbaren Konstellation festgehalten, eine Sachübernahme liege auch dann nicht vor, wenn die Transaktion durch den Gesellschaftszweck gedeckt sei (BGE 128 III 178).

Vorliegend umfasst der Gesellschaftszweck den Erwerb von Grundeigentum zum Zweck des Betriebs von Hotels. Die Transaktion wäre damit vom Zweck gedeckt, womit entsprechend der Argumentation des Bundesgerichts keine Sachübernahme vorliegt.

In der Literatur wurde indessen die Frage aufgeworfen, ob mit dem zitierten Entscheid tatsächlich eine Praxisänderung beabsichtigt worden sei (bis anhin wurde wie erwähnt nicht auf den statutarischen Zweck, sondern auf die wirtschaftliche Bedeutung und die Zugehörigkeit des Geschäfts zum normalen Geschäftsgang abgestellt) oder ob es sich um einen einmaligen „Ausrutscher“ handle (Glanzmann, a.a.O.; Forstmoser, Une nouvelle ère dans le régime de la reprise de biens?, Reprax 4/2003, 1 ff.). Der Entscheid kann vor allem deshalb kritisiert werden, weil die Übereinstimmung mit dem Gesellschaftszweck wohl weniger geeignet ist, das Gefährdungspotential eines Geschäfts zu bestimmen als die Unterscheidung zwischen zum normalen Geschäftsgang gehörenden und anderen Transaktionen.

Fazit

Folgt man damit dem Bundesgericht, so ist eine Sachübernahme in Sinne von Art. 628 Abs. 2 OR zu verneinen. Folgt man der bisherigen Rechtsprechung und Lehre, so liegt eine solche vor. Die letztere Lösung dürfte indessen aus den genannten Gründen weiterhin zu bevorzugen sein. Ein abschliessender Entscheid ist aber in der gegenwärtigen Situation nicht möglich.

Rechtsfolgen einer fehlerhaften Sachübernahmegründung

Wie erwähnt sind bei einer Sachübernahmegründung die relevanten Tatsachen anlässlich der Handelsregisteranmeldung bekannt zu geben und in die Statuten aufzunehmen (Art. 628 Abs. 2 OR). Im Weiteren ist ein besonderer Gründungsbericht zu erstellen und durch einen Revisor auf Vertretbarkeit hin zu überprüfen (Art. 635 und 635a OR; Glanzmann, a.a.O., 170 f.). Dies hat vorliegend nicht stattgefunden.

Wurden diese Vorschriften nicht beachtet, so ist die fragliche Transaktion nach herrschender Rechtsprechung und Literaturmeinung nichtig (BGE 83 II 290; BSK-Schenker, N 13 zu Art. 628 OR). Indessen kann diese Nichtigkeit nachträglich geheilt werden, indem Statuten und Handelsregistereintrag geändert und die Prüfung nachgeholt wird (Glanzmann, a.a.O., 171; BSK-Schenker, a.a.O.).

Fraglich bleibt sodann, ob die Rechtsfolge der Nichtigkeit auch dann gerechtfertigt ist, wenn das Geschäft wie vorliegend mit unabhängigen Dritten vorgenommen wurde. Watter spricht sich m.E. zu Recht gegen die Nichtigkeit aus (a.a.O., 150; vgl. auch Glanzmann, 172), sei doch nicht einzusehen, weshalb ein Dritter dafür bestraft werden soll, dass eine AG einen Kauf mittels Eigenkapitalerhöhung finanziert, dies aber nicht offen legt.

Vorgehen der V AG

Die V AG hat kein Interesse an einer Heilung einer allfällig nichtigen Sachübernahme (eine solche wäre angesichts der Überbewertung des Grundstückes wohl auch nicht möglich, weil kein gutheissender Revisionsbericht erhältlich wäre), sondern sie wird sich gegenüber der X AG möglichst auf die Nichtigkeit des Geschäfts berufen und die Rückerstattung des Kaufpreises aus ungerechtfertigter Bereicherung verlangen (Art. 62 ff. OR).

Ob eine Klage der V AG indessen erfolgreich wäre, kann angesichts der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Sachübernahme und auch in Anbetracht der bis anhin nicht richterlich geklärten Frage der Nichtigkeit von Sachübernahmen von unabhängigen Dritten nicht abschliessend geklärt werden. Folgt man der wohl herrschenden Literaturmeinung, so ist von einer Sachübernahme auszugehen, und die Nichtigkeit des Grundstückkaufs zu bejahen. Demnach wäre eine Klage gutzuheissen. Folgt man bezüglich der Nichtigkeitsfrage der gut begründeten Minderheitsmeinung in der Literatur oder bezüglich der Frage, ob eine Sachübernahme vorliegt, dem Bundesgericht, so ist die Klage abzuweisen.

Vorgehen der D

Anfechtung des Kaufvertrages

Die D hat als blosse Aktionärin keine Möglichkeit, unmittelbar auf die Geschäftsführung der V AG Einfluss zu nehmen und damit keine Möglichkeit, den Kaufvertrag als nichtig anzufechten. Sie bleibt darauf angewiesen, dass Verwaltungsrat A gegen die X AG vorgeht.

Auflösungsklage?

Nach Art. 643 Abs. 3 OR kann der Richter auf Begehren von Gläubigern, die in ihren Interessen verletzt sind, oder von Aktionären die Auflösung der Gesellschaft verfügen, sofern bei der Gründung gesetzliche oder statutarische Vorschriften verletzt wurden.

Vorliegend wurde das Gesetz verletzt, womit eine solche Klage wohl grundsätzlich zulässig wäre. Indessen hat weder die Z AG noch die D ein Interesse an einer Auflösungsklage, müsste diesfalls doch die AG liquidiert und das Grundstück mit Verlust versilbert werden.

Zu prüfen wäre allenfalls noch, ob eine Auflösungsklage nach Art. 634 Abs. 3 OR sinnvoll wäre, nachdem der Grundstückkauf rückabgewickelt wurde. Indessen ist zu diesem Zeitpunkt die Gesetzesverletzung geheilt, womit kein derartiger Grund mehr besteht.

Damit verbliebe für den Fall einer erfolgreichen Rückabwicklung noch eine Klage nach Art. 736 Ziff. 4 OR. Gemäss dieser Bestimmung verfügt der Richter die Auflösung der AG, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Der Sachverhalt ist bezüglich der Grösse der Beteiligung von D illiquid. Ob mit dem Wegfallen des Grundstückkaufes ein wichtiger Grund für eine Auflösung vorliegt, kann ebenfalls nicht gesagt werden. Allenfalls läge ein solcher vor, wenn die Gesellschaft vorderhand keine Möglichkeit hätte, sich anderweitig ein Grundstück für einen Hotelbetrieb zu beschaffen und auch auf anderen Wegen ihren Zweck nicht erfüllen könnte.

Frage 2

Gründerhaftung

Geht man davon aus, dass eine Klage der V AG gegen die X AG auf Rückerstattung des Kaufpreises nicht von Erfolg gekrönt ist, so bleibt zu prüfen, ob die Aktionärin D die Möglichkeit hat, sich anderweitig schadlos zu halten.

Nach Art. 753 Ziff. 1 OR haften die Gründer, Mitglieder des Verwaltungsrates und alle Personen, die bei der Gründung mitwirken. Sofern sie absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen, Sachübernahmen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem

Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angeben, verschweigen oder verschleiern, oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwiderhandeln. Nach Ziff. 2 dieser Bestimmung haften sie ebenfalls, wenn sie absichtlich oder fahrlässig die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde veranlassen, die unrichtige Angaben enthält.

Es ist zu prüfen, ob die Gründer A, B und C aus diesen Normen haften.

Aktivlegitimation:

Aktivlegitimiert sind Gesellschaft, Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger (Art. 753 Ingress OR). Der Anspruch des Aktionärs geht auf Leistung an die Gesellschaft (Art. 756 Abs. 1 OR).

D ist Aktionärin und damit aktivlegitimiert.

Passivlegitimation:

A, B und C sind als Gründer passivlegitimiert (Art. 753 Ingress OR).

Verschweigen einer Sachübernahme

Wie beschrieben erfolgte vorliegend eine Sachübernahme. Diese wurde indessen verschwiegen. Art. 753 Ziff. 1 OR ist erfüllt.

Veranlassen einer falschen HR-Eintragung gestützt auf Bescheinigung oder Urkunde

Art. 753 Ziff. 2 OR deckt sich insofern mit Ziff. 1 der genannten Bestimmung, als Ziff. 2 diejenigen Fälle, in denen die Eintragung im Handelsregister unrichtige Angaben bezüglich qualifizierter Einlageformen enthält, noch einmal erfasst (BSK-Watter, N 13 zu Art. 753 OR). Vorliegend wurde bei der Handelsregisterbehörde eine falsche Stampa-Erklärung abgegeben. Auch diese Bestimmung ist erfüllt.

Schaden

Der Schaden besteht in der Differenz zwischen wirklichem Grundstückswert und Kaufpreis.

Kausalzusammenhang

Das Verschweigen der Sachübernahme führte insbesondere dazu, dass kein Gründungsbericht nach Art. 635 Ziff. 1 zu erstellen war, der wiederum hätte von einem Revisor geprüft werden müssen. Diesem wäre die Ungereimtheit wohl aufgefallen. Damit ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der verschwiegenen Sacheinlage und dem Schaden zu bejahen, d.h. die Ursache war nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, den Schaden zu verursachen.

Verschulden

Es ist anzunehmen, dass die Beteiligten zumindest fahrlässig gehandelt haben, wäre doch die Überbewertung bei vorsichtigem Vorgehen erkennbar gewesen. Bezüglich der Nichtanmeldung der Sachübernahme ist sodann von Vorsatz auszugehen.

Fazit

A, B und C sind der Z. AG haftbar für den durch den Grundstückkauf entstandenen Schaden.

Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Im Weiteren ist zu prüfen, ob A als einziger Verwaltungsrat aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar ist (Art. 754 OR), hat er doch den Kaufvertrag über das Grundstück nach der Gründung abgeschlossen.

Die Aktivlegitimation ist gleich geregelt wie bei der Gründerhaftung. Dasselbe gilt für Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden. Passivlegitimiert sind bei Art. 754 OR nicht die Gründer, sondern Verwaltungsratsmitglieder, Geschäftsführer und Liquidatoren. Anstelle der besonderen Pflichtverletzungen von Art. 753 Ziff. 1-3 tritt eine allgemeine Verletzung der aktienrechtlichen Pflichten der entsprechenden Personen.

Bezüglich Aktivlegitimation, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden kann auf die Ausführungen zur Gründerhaftung verwiesen werden.

A war zum Zeitpunkt der fraglichen Transaktion Verwaltungsrat der Z AG und ist damit passivlegitimiert.

Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Die Pflichtverletzung des A bestand darin, dass er den Grundstückkauf offenbar tätigte, obwohl er sich vorgängig über den wirklichen Wert des Grundstückes nicht ausreichend informiert hatte. Darin liegt eine Verletzung der Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR.

Damit haftet A auch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR.

Konkurrenzen

Art. 753 und 754 OR sind kumulativ anwendbar, so weit die Voraussetzungen beider Bestimmungen erfüllt sind (BSK-Watter, N 24 zu Art. 753 OR).

A ist demnach nach Art. 753 und 754 OR haftbar, B und C nur nach 753.

Frage 3

Nach Watter liegt eine Sachübernahme ausschliesslich dann vor, wenn die Gegenleistung aus dem Eigenkapital des Unternehmens finanziert wird, das durch die Gründung bzw. Kapitalerhöhung geüfnet wurde (Watter, a.a.O., 150; vgl. auch Glanzmann, a.a.O., 170).

Folgt man dieser Auffassung, so hätte E folgendes vorschlagen können: Um zu verhindern, dass die Vorschriften zur Sachübernahme zur Anwendung gelangen, soll die V AG das Grundstück zunächst auf Kredit (am einfachsten mit einem solchen der Gründer) erwerben, und hernach die Kreditforderung im Rahmen einer Kapitalerhöhung durch Verrechnung zu tilgen, für die keine derart strengen Publizitäts- und Prüfvorschriften bestehen (der Revisor hat einzig zu prüfen, ob eine Forderung besteht und verrechenbar ist [Art. 635 Ziff. 2 OR], nicht aber ob die ursprüngliche Leistung und Gegenleistung äquivalent waren). Hierzu Watter, a.a.O., 150.

Dabei stellte sich allenfalls die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit, wobei zweifelhaft wäre, ob eine derartige Argumentation angesichts der in der Literatur geforderten engen Auslegung der Vorschriften zur Sachübernahme durchdringen würde.

Begründen können hätte E die Umgehung der Sachübernahmevorschriften damit, dass bei einem solchen Vorgehen die Publikation des Kaufpreises des Grundstücks im Handelsregister unterbleiben könne. Dies hätte nicht nur, aber vor allem dann von Interesse sein können, wenn in den Verhandlungen zwischen den Gründern der Z AG und der X AG zum Zeitpunkt der Gründung der Z AG der Kaufpreis noch gar nicht festgelegt war.

Aus der Perspektive der X AG wäre sodann die Lösung möglich gewesen, dass die Gründer das Grundstück zunächst auf eigene Rechnung und in eigenem Namen erwerben, um dieses in einem zweiten Schritt als Sacheinlage in die Z AG einzubringen. Auch in diesem Fall läge keine Sachübernahme von der X AG vor, und das Risiko einer Rückabwicklung auf deren Kosten wäre vermieden.

[Teilweise wurde argumentiert, E hätte den Gründern der Z AG vorschlagen müssen, die Sachübernahmegründung korrekt durchzuführen. Dies ist nicht richtig, wäre doch damit den Gründern der Z AG aufgrund der dabei notwendigen Prüfung des Gründungsberichts (Art. 635 und 635a OR) mit einiger Wahrscheinlichkeit aufgefallen, dass das Grundstück überbewertet war, was wohl nicht im Interesse der X AG lag.]

Fall 2

(Vgl. zu Fall 2 RPW 1/2004, S. 102 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking)

Aufgabe 1: Disposition

Hinweis: Für die volle Punktzahl reichte eine Nennung des hervorgehobenen Stichwortes zusammen mit der einschlägigen Gesetzesbestimmung.

Geltungsbereich des Kartellgesetzes: Art. 2 KG

- *Persönlich:* Insbesondere: Gilt das KG auch für Aktiengesellschaften gemäss Art. 762 OR?
- *Sachlich:* Handelt es sich vorliegend prima facie um ein Kartell, um Ausübung von Marktmacht oder um einen Unternehmenszusammenschluss?
- *Örtlich:* Wirkt sich das Vorgehen der Unique in der Schweiz aus?

Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften: Art. 3 KG

- Ist das Rechtsverhältnis zwischen Unique und den Anbietern von Parkingdienstleistungen durch Vorschriften geregelt, die eine *staatliche Markt- oder Preisordnung* begründen?
- Ist das Rechtsverhältnis durch Vorschriften geregelt, die Unique *zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten* ausstatten?

Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen (Art. 17 KG analog i.V.m. Art. 56 VwVG)

- Formelle Voraussetzung: *Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens* gemäss Art. 27 KG
- Materielle Voraussetzungen:
 - o *Positive Hauptsachenprognose:* Ist glaubhaft gemacht, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt?
 - *Marktbeherrschendes Unternehmen*
 - Abgrenzung des *relevanten Marktes* aus Perspektive des Abnehmers (Art. 11 Abs. 3 VKU):
 - o *Sachlich*
 - o *Räumlich*
 - o *Zeitlich*
 - Marktstellung: Ist Unique auf dem relevanten Markt *marktbeherrschend* im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG?
Kriterien:
 - o *Marktstruktur*

- *Unternehmensstruktur*
- *Marktverhalten*
- *Unzulässige Verhaltensweisen:*
 - Liegt eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 1 oder 2 KG vor?
 - Behinderung der Wettbewerber
 - Benachteiligung/Ausbeutung der Marktgegenseite
 - Bestehen *legitimate business reasons* oder ist das Verhalten von Unique missbräuchlich?
- *Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil* glaubhaft
 - Sind gravierende und irreversible *Strukturveränderungen des betroffenen Marktes* zu erwarten?
 - Besteht ein *Kausalzusammenhang* zwischen der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung und dem Nachteil?
- *Dringlichkeit* glaubhaft: Drohen die Strukturveränderungen bereits vor Erlass des Endentscheides?
- *Verhältnismässigkeit:*
 - Sind die zu prüfenden Massnahmen *geeignet*, den zu erwartenden Nachteil abzuwenden?
 - Sind sie hierzu *erforderlich*?
 - Überwiegen die Interessen der Sprenger bzw. der Öffentlichkeit an vorsorglichen Massnahmen diejenigen der Unique?
(*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*)

Aufgabe 2: Anwendbarkeit des KG

Geltungsbereich des Kartellgesetzes: Art. 2 KG

Das Gesetz gilt persönlich für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG).

Unique, deren Verhalten zur Diskussion steht, ist zweifellos ein Unternehmen im Sinne dieser Bestimmungen, tritt die Gesellschaft doch als Anbieterin und Nachfragerin von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auf. Die Tatsache, dass es sich bei Unique um eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 OR handelt, ist hierbei ohne Belang, denn die Beurteilung erfolgt unabhängig von der Rechts- oder Organisationsform der Beteiligten.

Sachlich ist das Kartellgesetz anwendbar auf Unternehmen, die Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Vorliegend kommt in erster Linie das Ausüben von Marktmacht in Frage.

Das KG ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (Art. 2 Abs. 3 KG). Das Vorgehen von Unique wirkt sich am Flughafen Zürich und damit in der Schweiz aus. Auch diese Voraussetzung ist erfüllt.

Der vorliegende Fall fällt damit in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften: Art. 3 KG

Vorschriften, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen, sind gegenüber dem KG vorbehalten (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere bei Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.

Es gibt keinerlei kommunale, kantonale oder eidgenössische gesetzliche Grundlage (Gesetz oder Verordnung), welche Unique im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG dazu zwingen würde, die bis Mitte 2003 herrschende Konkurrenz im Bereich der Parking-Dienstleistungen zu untersagen; das Vorgehen von Unique ist vielmehr rein geschäftlich motiviert.

Ein Fall von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG liegt gleichfalls nicht vor, da Unique im hier interessierenden Bereich der Parking-Dienstleistungen nicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist. Schon aus den Erwägungen der Flughafenbetriebskonzession folgt, dass die auf dem Flughafengelände ausgeübten kommerziellen Tätigkeiten wie Zollfreihandel und Gastronomie nicht unter die so genannten flughafenspezifischen Tätigkeiten fallen, die nur dann ordentlich abgewickelt werden können, wenn deren Zulassung durch die Flughafenbetreiberin öffentlichem Recht unterliegt, und dass diese kommerziellen Tätigkeiten deshalb durch privatrechtliche Verträge zu regeln sind.

Bei einer Konzession handelt es sich sodann nicht um eine generell-abstrakte Norm sondern um eine individuell-konkrete Verfügung, weshalb es im vorliegenden Fall zweifelhaft ist, ob überhaupt das Tatbestandsmerkmal der "Rechtsvorschrift" im Sinne von Artikel 3 KG (Titel und Abs. 1 Ingress) erfüllt sein kann.

Letztlich kann jedoch die Frage, ob diese Erwägungen der Konzession überhaupt vorbehaltene Vorschriften im Sinne des Kartellgesetzes darstellen, offen bleiben: Denn es handelt sich offensichtlich - auch im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtes - weder bei diesen Erwägungen der Konzession noch bei den dahinter stehenden gesetzlichen Bestimmungen um Vorschriften, welche auf einem Markt für bestimmte Leistungen (i.c. Parking-Dienstleistungen) "Wettbewerb nicht zulassen" und zu diesem Zweck ein "Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten" (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG).

Zusammengefasst liegen im vorliegenden Fall keine vorbehaltenen Vorschriften vor, welche der Anwendung des KG entgegenstehen.

Aufgabe 3: Marktabgrenzung

Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU analog).

Als typische Eigenschaften des relevanten Marktes kann vorliegend das Vermieten von Standplätzen, (Umschlag-)Parkplätzen, Schaltem, Büros etc. gegen Bezahlung eines Mietzinses genannt werden. Die Parking-Dienstleistungsanbieter ihrerseits benötigen die genannten Produkte, um ihren Kunden Parking- Dienstleistungen anbieten zu können. Bei deren Kunden handelt es sich um Flugpassagiere, die aus verschiedenen Gründen - sei es aus Bequemlichkeit, wegen schweren Gepäcks, Kindern, körperlichen Gebrechen, schlechtem Anschluss mit öffentlichem Verkehr, langer Anreise aus entlegenem Gebiet, wegen Abflugs früh am Morgen beziehungsweise Ankunft spät am Abend etc. - mit ihrem Auto an den Flughafen fahren und das Auto parkieren wollen.

Bei einer solchen Marktumschreibung erscheinen *die Anbieter von Parking-Dienstleistungen* (vorliegend Sprenger) als Marktgegenseite (*und nicht etwa die Passagiere!*). Der Umstand, dass Sprenger seine Parking-Dienstleistung seit 40 Jahren anbietet, zeigt, dass auf Seiten der Flugpassagiere eine Nachfrage nach diesen Dienstleistungen vorhanden ist. Das lässt für die Anbieter von Parking-Dienstleistungen (die Marktgegenseite) auf einen Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off Airport"-Parking für Flugpassagiere schliessen.

Aus diesen Gründen ist von einem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking für Flugpassagiere auszugehen.

Räumlich relevanter Markt

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog).

Marktgegenseite bilden - wie oben festgehalten - Anbieter von Parking-Dienstleistungen für Flughafen-Passagiere. Um diese Dienstleistungen anbieten zu können, sind die Erbringer darauf angewiesen, dass ihnen Unique Einrichtungen im Flughafenareal zur Verfügung stellt. Die Lokalitäten müssen sich zudem so nahe bei den Terminals befinden, dass es für die Passagiere keinen erheblichen Nachteil bedeutet, die Parking-Dienstleistungen von Sprenger anstatt die Parkplätze von Unique in Anspruch zu nehmen.

Zwar liesse sich z.B. auch von ausserhalb des Flughafenperimeters aus ein Parking-Service betreiben: Die Kunden parkieren ihr Auto ausserhalb auf einem Parkplatz des Anbieters und lassen sich mit einem Shuttle-Bus auf den Flughafen fahren und bei der Rückkehr wieder abholen. Für viele Passagiere dürfte dies jedoch keine valable Alternative darstellen, da dieses System im Gegensatz zum Valet Parking am Flughafen mit zusätzlichen Unannehmlichkeiten verbunden sein kann.

In räumlicher Hinsicht ist der Markt somit auf das nahe bei den Check-in-Schaltem gelegene Flughafenareal begrenzt.

Zeitlich relevanter Markt

Die vorgängig umschriebenen Angebote können das ganze Jahr über unverändert erbracht werden. Auch sind keine saisonalen Konkurrenzangebote denkbar. Eine zeitliche Marktabgrenzung erübrigt sich daher.