

### Lösungsschema der Lizentiatsklausur im Handels- und Wirtschaftsrecht

**Frage 1:** Frage 1+2: 50% (100 Punkte (inkl. ZP), Faktorisierung \*1)

Punkte	
2	Ausführungen zur <i>Qualifikation</i> des Vertrages zwischen der NAG und der TAG: Zuständigkeit des <i>VR</i> (Art. 70 FusG), <i>Formelle</i> Anforderungen (Schriftlichkeit und Eintrag ins Handelsregister (Art. 73 FusG) <i>Fazit:</i> Der <i>Vermögensübertragungsvertrag ist gültig</i> zustande gekommen.
7	Klagemöglichkeit der Gesellschafter B&C gegen den Beschluss der N AG? Ausführungen zur Kollektivgesellschaft Art. 552 ff. OR: Die Kollektivgesellschaft hat nach h.L. <i>keine Rechtspersönlichkeit</i> . Sie ist eine <i>nach aussen verselbstständigte Gesamthandschaft</i> . Nach <i>Art. 562 OR</i> ist es ein nach aussen verselbstständigtes Sondervermögen. Das Vermögen der Gesellschaft ist in <i>gemeinsamen Eigentum</i> der Gesellschafter. <i>Fazit:</i> B&C haben alleine keine Klageberechtigung.
2	Ausführungen zum <i>Regress</i> von B&C gegen A: Gutgläubige Dritte sind zur Annahme berechtigt, es sei jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt (Art. 563 OR). Die Gesellschafter B&C können gesellschaftsrechtlich und vertraglich gegen A auf Schadenersatz klagen ( <i>Art. 557 OR i.V.m. Art. 538 Abs. 2 OR i.V.m. 397 OR i.V.m. Art. 321e OR und Art. 97 OR i.V.m. den obigen Artikeln</i> ).
1	Ausführungen zum Entzug der Vertretungsbefugnis (Art. 565 OR). Ausführungen zum Ausschluss von Gesellschafter A aus der Kollektivgesellschaft (Art. 577 OR).
1	Klagemöglichkeit der Gesellschaft F&Co?
2.5	Ausführungen zum Beschluss der F&Co eine Klage einzureichen: Grundsätzlich erfolgt die Willensbildung in der Kollektivgesellschaft <i>einstimmig</i> (Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 534 Abs. 1 OR). In casu handelt es sich um einen <i>wichtigen Beschluss i.S.v. Art. 535 Abs. 3 OR</i> , da er über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgeht. Eine <i>Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip ergibt sich, wenn sich ein Gesellschafter vertragswidrig verhält</i> oder seine Zustimmung rechtsmissbräuchlich verweigert. <sup>1</sup> Deshalb kann auf eine Zustimmung von A verzichtet werden. <i>Fazit:</i> Die F&Co beschliesst und kann klagen.
3	Ausführungen zur Nichtigkeit gem. Art. 706b /1-3 OR des GV Beschlusses: Aus Gründen der Verkehrssicherheit ist die Nichtigkeit von GV Beschlüssen die Ausnahme. Abgrenzung zur Anfechtung als unentziehbares und unverzichtbares Aktionärsrecht. Nichtigkeit wird beispielsweise bejaht bei einem <i>Verstoss gegen</i>

<sup>1</sup> Vgl. HANDSCHIN, Basler Kommentar zu Art. 534 N 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 12 N 46.

	<i>zwingende aktienrechtliche Regeln</i> , bei unsittlichen oder unmöglichen Beschlüssen. Fazit: Die Nichtigkeit des GV Beschlusses ist zu <i>verneinen</i> .
2	Abgrenzung des Anfechtungsrechtes nach Art. 706 OR und Anfechtung bezüglich der Teilnahme unberechtigter Personen an der Generalversammlung Art. 691 Abs. 3 OR: Art. 706 OR als <i>Individualrecht</i> zum Schutz des einzelnen Aktionärs. Art. 691 Abs. 3 OR betrifft die Geltendmachung von <i>verfahrensmässigen Mängeln</i> . Die allgemeinen Bestimmungen (Legitimation, Frist etc.) von Art. 706 und 706a OR gelten für beide Klagen.
1	Anfechtung gem. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1-4 OR
11	Ausführungen zur Überprüfung des Bezugsrechtsentzuges: Der Entzug des Bezugsrechtes bei Kapitalerhöhungen ist in <i>Art. 652b OR</i> geregelt. Das Bezugsrecht kann aus <i>wichtigen Gründen</i> aufgehoben werden. Als wichtiger Grund gilt grundsätzlich eine <i>Übernahme</i> von Unternehmensteilen, wie sie im vorliegenden Fall getätigt wurde.  <i>Formell</i> ist der Bezugsrechtentzug korrekt abgelaufen: Öffentliche Beurkundung, <i>Zuständigkeit der GV</i> etc. Gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4, 5 und 6 OR ist für den Bezugsrechtentzug eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln erforderlich. Ob das qualifizierte Mehr eingehalten wurde, wird unten geprüft.  Obwohl die Unternehmensübernahme als wichtiger Grund aufgeführt wird, entbindet dies nicht vom Erfordernis, den <i>Bezugsrechtsentzug zu überprüfen</i> , ob die Kriterien für einen Eingriff in die Rechtsstellung der Aktionäre eingehalten worden sind. <sup>2</sup>  Es ist ein qualifiziert sachlicher Grund erforderlich. Es muss überprüft werden, ob der Bezugsrechtsausschluss im <i>Gesellschaftsinteresse</i> liegt und ob der Ausschluss für das im Interesse der Gesellschaft liegende Ziel unumgänglich ist.  <i>Rechtsmissbrauch</i> (Art. 2 Abs. 2 ZGB): Der Bezugsrechtsausschluss darf keinen missbräuchlichen Zweck dienen.  <i>Gleichbehandlung</i> (Art. 706 Ziff. 3 OR): Im Aktienrecht geht es um die relative Gleichbehandlung nach Kapital.  <i>Schonende Rechtsausübung</i> (Art. 706 Ziff. 1 OR): Zur Zweckerreichung ist stets derjenige Weg zu wählen, der die geringsten Einschränkungen/Nachteile für die Aktionäre bringt.  <i>Sachlichkeit</i> (Art. 706 Ziff. 2 OR): Beim Erfordernis der Sachlichkeit ist zu prüfen, wie intensiv die Beeinträchtigung der Aktionärsrechte ist und ob die Beeinträchtigung erforderlich ist.  Grundsätzlich ist ein Bezugsrechtsausschluss bei einer <i>kleinen, personenbezogenen</i>

<sup>2</sup> Vgl. ZINDEL/ISLER, Basler Kommentar zu Art. 652b N 17; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 40 N 248.

	<p>Aktiengesellschaft mit einem ausbalancierten Stimmgleichgewicht kaum zulässig. Bei einer <i>Publikumsgesellschaft</i> ist der Bezugsrechtsausschluss die Regel, da die Aktien zu Marktbedingung platziert werden können und so kaum in die Aktionärsrechte eingegriffen wird.<sup>3</sup></p> <p>In casu hat die F&amp;Co durch ihre 40% Beteiligung als grösster Aktionär einen <i>massgeblichen Einfluss</i> auf die Gesellschaft. Durch die Beteiligung der TAG könnte (wenn man mit den Umsatzzahlen argumentiert) ein grösserer Aktionär hinzukommen. Der Aktionärskreis der NAG besteht aus <i>bestimmten Personen</i> (Hersteller und Händler von HiFi Geräten) und die Aktionärszahl ist beschränkt. Es könnte deshalb argumentiert werden, dass der neue Aktionär (TAG) im Vergleich zu den Altaktionären eine <i>zu grosse Beteiligung</i> erhält (Verletzung des Gleichbehandlungsprinzipes). Man kann auch darauf eingehen, dass die <i>Übernahme allenfalls auch ohne Bezugsrechtsentzug möglich</i> wäre, dadurch würde das Recht auf schonende Rechtsausübung verletzt (Verletzung des Gebotes der schonenden Rechtsausübung). Zudem könnte man sagen, dass das Ziel der NAG <i>auch ohne die Übernahme</i> verfolgt werden kann (Verletzung des Sachlichkeitsgebotes).</p> <p>Fazit: Die materielle Zulässigkeit des Bezugsrechtentzuges kann bei guter Begründung bejaht oder verneint werden. Ohne Begründung wird das Fazit nicht bepunktet.</p>
2	Ausführungen zur Anfechtung nach Art. 691 Abs. 3 OR: Ist A als Unbefugter Vertreter zu betrachten?
9	<p>Ausführungen zur internen Vertretungsbefugnis nach Kollektivgesellschaftsrecht von A:</p> <p>Die <i>Willensbildung</i> in der Kollektivgesellschaft erfolgt aufgrund von Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 534 Abs. 2 oder Abs. 1 OR grundsätzlich einstimmig, statutarisch kann das Mehrheitsprinzip eingeführt werden. Gemäss Sachverhalt ist der <i>Beschluss korrekt zustande</i> gekommen.</p> <p>Bei der Kollektivgesellschaft gilt das Prinzip der Selbstorganschaft. Soweit sich aus dem <i>Handelsregister nichts anderes</i> ergibt (Entzug der Vertretungsbefugnis <i>Art. 565 OR</i>), gilt gegenüber gutgläubigen Dritten jeder Gesellschafter als zur Vertretung ermächtigt (Art. 563 OR). A handelt an der Generalversammlung als Vertreter der F&amp;Co.</p> <p>Grundsätzlich ist das Aktienrecht <i>vertretungsfreundlich</i>: jeder Aktionär kann sich an der GV vertreten lassen (<i>Art. 689 Abs. 2 OR</i>). Aktien in gemeinschaftlichem Eigentum, wie bei der F&amp;Co müssen durch einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt werden (<i>Art. 690 Abs. 1 OR</i>). A ist ein solcher Vertreter.</p> <p>Nun stellt sich die Frage, ob der A als Vertreter die Weisung der F&amp;Co befolgen muss (<i>Art. 689b Abs. 1</i>): Siehe unten.</p>
1	<p>Ausführungen zu Art. 689a OR:</p> <p>A muss entweder die Inhaberaktien der F&amp;Co vorlegen oder bei Namenaktien einen <i>Handelsregisterauszug</i> mitbringen, der seine Vertretungsmacht für die F&amp;Co bestätigt.</p>
9	Ausführungen zur externen Wirkung der Vertretungsbeschränkung (Vertretungsmacht):

<sup>3</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 40 N 256a; ZINDEL/ISLER, Basler Kommentar zu Art. 652b N 24a.

	<p>Der Umfang der <i>Vertretungsmacht</i> richtet sich nach <i>Art. 564 Abs. 1 OR</i>: Danach sind die zur Vertretung befugten Gesellschafter ermächtigt, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der <i>Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann</i> und nicht gerade durch ihn ausgeschlossen wird. Die Bestimmung ist <i>weit</i> auszulegen.</p> <p>Zwischenfazit: Die Ausübung des Stimmrechts durch A an der GV der NAG ist vom Zweck der F &amp; Co <i>gedeckt</i>.</p> <p>Gemäss <i>Art. 564 Abs. 2 OR</i> hat eine interne Beschränkung der Vertretungsermächtigung gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung. Aufgrund des Beschlusses an der Gesellschafterversammlung war A intern nicht befugt, dem Projekt „Lerche“ zuzustimmen. Indem er dies tat, handelte er ausserhalb seiner Vertretungsbefugnis. Indessen war die NAG betreffend Vorhandensein der Vertretungsbefugnis des A <i>gutgläubig i.S.v. Art. 3 ZGB</i>. Sie hatte keinerlei Hinweise darauf, dass A entgegen dem Gesellschafterbeschluss agierte. Folglich hatte die Stimmenabgabe von A <i>Vertretungswirkung für die F &amp; Co</i>.</p> <p>Fazit: Die interne Beschränkung der Vertretungsmacht hat keine Aussenwirkung. Der Beschluss kann aufgrund von <i>Art. 691 Abs. 3 OR</i> <i>nicht angefochten werden</i>.</p>
1.5	<p>Ausführungen zum allgemeinen Vertretungsrecht:</p> <p>Die Vollmacht ist in <i>Art. 32 ff. OR</i> geregelt. <i>Art. 33 Abs. 3</i> regelt die Anscheinsvollmacht. Da A bisher immer als Vertreter von F&amp;Co aufgetreten ist, hat der Verwaltungsrat der NAG keinen Grund bösgläubig zu sein. Der Umfang der Ermächtigung zur Stimmabgabe richtet sich nach der Kundgabe.</p>
1	<p>Ausführungen zur fiduziarischen Aktionärsstellung oder ABV:</p> <p>Vergleichend könnte argumentiert werden, dass die Stimmabgaben durch den Treuhänder bzw. Aktionär ebenfalls volle Gültigkeit haben.</p>
4.5	<p>Ausführungen zu formellen Anforderungen der Anfechtung nach <i>Art. 706 f. OR</i>:</p> <p>Die F&amp;Co ist als Aktionär <i>aktivlegitimiert</i> - <i>auch wenn er nicht an der GV anwesend war</i> -, <i>passivlegitimiert</i> ist die Gesellschaft. Die <i>Klagefrist</i> beträgt zwei Monate. Dies ist eine Verwirkungsfrist – der Beschluss bleibt so lange in der Schwebe (Rechtssicherheit vs. Aktionärschutz).</p> <p><i>Kognitionsbefugnis</i> des Richters: Rechtmässigkeits- und nicht Zweckmässigkeitsprüfung.</p> <p>Ausführungen zum <i>Rechtsschutzinteresse</i> und zur Abklärung ob dieses durch die <i>Zustimmung</i> von A aufgehoben wird.</p> <p>Fazit: Die formellen Anforderungen der Anfechtung sind <i>gegeben</i>.</p>
2	<p>Ausführungen zu vorsorglichen Massnahmen nach <i>Art. 32 HregV</i>:</p> <p>Der Eintrag des Bezugsrechtentzuges kann im Handelsregister provisorisch verweigert werden. Die materielle Beurteilung erfolgte oben bzw. unten.</p>

## Frage 2

Punkte	
	Klagemöglichkeit der F&Co?
	Liegt eine <i>schriftliche Stimmabgabe</i> vor?
3	Die schriftliche Mitteilung der F&Co kann nicht als Stimmabgabe qualifiziert

	werden. Eine briefliche Stimmabgabe ( <i>Urabstimmung</i> ) ist nach geltendem Aktienrecht <i>nicht möglich</i> . Wer nicht persönlich an der GV teilnehmen kann, kann sein Stimmrecht nur durch einen Vertreter ausüben.
1	Zulässigkeit der Urabstimmung bei der Genossenschaft (OR 880). Abgrenzung zur Universalversammlung OR 701.
3	<p>Wurde der VR als (Organ-)Vertreter i.S.v. OR 689c beauftragt?  <i>Schlägt</i> die AG eine abhängige Person für die Stimmrechtsvertretung <i>vor</i>, muss sie <i>zugleich</i> eine <i>unabhängige</i> Person bezeichnen, der ebenfalls Vollmacht erteilt werden kann (OR 689c). I.c. wurde dem VR mitgeteilt, wie die F&amp;Co stimmen wird. Sie will selber stimmen. Die NAG hat gem. Sachverhalt keine Stimmrechtsvertretung vorgeschlagen.</p> <p>Es liegt auch keine individuelle Stellvertretung an die NAG i.S.v. OR 689b vor, da im Sachverhalt kein Auftrag ersichtlich ist.</p> <p>Fazit: Keine Anhaltspunkte im SV für eine Organvertretung oder individuelle StV.</p>
	<i>Für den folgenden Teilbereich der Frage zwei gibt es maximal 30 Punkte, egal welcher Variante man folgt. Bei der Abwägung der beiden Lösungswege können Argumente beider Varianten vorgebracht werden.</i>
30	<p>Variante 1:<sup>4</sup></p> <p>Die <i>Befolgung der Weisung</i> ist kein <i>Gültigkeitserfordernis</i> für die Abgabe der Stimme in der GV. Selbst wenn die Gesellschaft davon Kenntnis erhalten sollte, dass der Vertreter sich anschickt, weisungswidrig zu handeln, sind die Stimmen als gültig abgegeben zu zählen.</p> <p>OR 689b regelt nicht das Aussenverhältnis sondern <i>nur das Innenverhältnis</i>. Das Bger hat sich in BGE 128 III 142 ff. im Zusammenhang mit Art. 695 OR dazu geäußert, dass die schriftliche Bevollmächtigung des VR nicht möglich ist, da der Vertreter nicht blosser Bote, sondern an der Versammlung aufgrund der dortigen Informationen seine Meinung bilden kann.</p> <p><i>Unmittelbarkeitsprinzip</i>: Willensbildung innerhalb der Generalversammlung aufgrund der Stellungnahmen. Eine vorherige Stimmabgabe ist nicht möglich, der Verwaltungsrat bleibt gutgläubig (<i>ZGB 3</i>), da die Willensbildung der Kollektivgesellschaft an der GV gemacht wird (ev. <i>Telefonkonferenz</i> zu Kollektivgesellschaftern und neuer Beschluss etc.). <i>Reaktion auf Anträge</i>, Diskussion etc. möglich. Willensbildung in der GV selbst. <i>Flexibilität</i> des Vertreters. Sinn und Zweck der GV ist die <i>Willensbildung</i> und Stimmabgabe „en connaissance des causes“.</p> <p><i>Rechtssicherheit</i>: Eine Aussenwirkung würde bewirken, dass sich der GV-Beschluss in einem <i>Schwebezustand</i> befände, bis alle nicht ihren Weisungen entsprechend vertretenden Aktionäre ihre nachträgliche Zustimmung gegeben hätten.</p> <p><i>Unzumutbarer Kontrollaufwand</i> seitens der Gesellschaft. <i>V.a. grössere Gesellschaften</i> können kaum feststellen, ob eine Abweichung von einer Weisung im mutmasslichen Interesse des Vertreters erfolgte. <i>Prinzip der Einheit des Aktienrechts</i> steht einer nach Grösse der Gesellschaft und Anzahl der Aktionäre <i>differenzierenden</i> Regelung entgegen.</p> <p>Fazit: Anders als bei der bürgerlichen StV (OR 34 und 38) kann die <i>Vollmacht</i> in</p>

<sup>4</sup> Vgl. BÖCKLI, § 12 N 259, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 129, VON DER CRONE in SZW 3/2002, BGE 128 III 142 ff.

	der aktienrechtlichen Stimmrechtsvertretung <i>im Aussenverhältnis also nicht durch Weisungen beschränkt werden</i> . Es ändert sich nichts, die Stimmen wurden <i>gültig</i> abgegeben.
(30)	Variante 2: <sup>5</sup>
18	<p>Übt der Vertreter eines Aktionärs das Stimmrecht in der GV in Missachtung der in der Vollmacht festgehaltenen <i>und</i> auch gegenüber der AG bekannt gegebenen Weisungen des Aktionärs aus, so kann der GV-Beschluss unter den Voraussetzungen des OR 691 III von jedem Aktionär angefochten werden. In einer solchen Situation ist die <i>Befolgung</i> der Weisung des Aktionärs <i>Gültigkeitserfordernis</i> für die Stimmabgabe in der GV.</p> <p><i>Beschränkung der Vertretungsmacht durch Kundgabe</i> an den Verwaltungsrat. A tritt deshalb als „<i>falsus procurator</i>“ auf. Der Verwaltungsrat und damit die Gesellschaft kann sich nicht mehr auf den <i>guten Glauben</i> berufen (ZGB 3). Die Vollmacht wird nach aussen durch die Kundgabe des Beschlusses der Kollektivgesellschaft beschränkt (OR 32 I i.V.m. 33 III i.V.m. 34 III i.V.m. 38). Berücksichtigt der VR ihm mitgeteilten Weisungen nicht, ist dies ein <i>Verstoss gegen Treu und Glauben</i> (ZGB 2).</p> <p><i>Schutz der Aktionäre</i>: Durchsetzung von Weisungen.</p> <p><i>Gesetzeswortlaut</i> von OR 689b I sagt nicht, dass Weisungen nur Innenwirkung haben.</p> <p><i>Interesse der Gesellschaft an korrekter Stimmabgabe</i> (wirklicher Wille der Aktionäre soll zum Durchbruch gelangen). Dies spielt vor allem bei kleinen, personalistischen Gesellschaften eine wichtige Rolle, da dort eine Überprüfung zumutbar ist.</p>
	Nichtigkeit (OR 706b)? Siehe oben
1	Anfechtung GV-Beschluss OR 691 III i.V.m. OR 706f. ?
8	<p>Materielle Prüfung: Hat A als <i>Unbefugter</i> i.S.v. OR 691 III an der GV teilgenommen? A hat keine Vollmacht dem Projekt „Lerche“ zuzustimmen. Er tut dies trotzdem. Daher hat er <i>ohne Vollmacht</i> gehandelt und hat somit unbefugt an der GV teilgenommen. A war aufgrund der Beschränkung der Vertretungsmacht nicht befugt an der Abstimmung mitzuwirken.</p> <p>Der Beschluss ist anfechtbar, sofern die N AG nicht nachweisen kann, dass die Mitwirkung keinen <i>Einfluss</i> auf die Entscheidung hatten.</p> <p>Erforderliches Quorum für den Beschluss:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Grundsatz: absolutes Mehr (OR 703)</li> <li>- Ausnahme: qualifiziertes Mehr (OR 704) → i.c. liegt ein wichtiger Beschluss vor (OR 704 I Ziff. 4, 5 und 6): zwei Drittel Mehr</li> </ul> <p>Fazit: Da die Stimmen der Kollektivgesellschaft als Ganzes zählen (Gesamthandschaft), wären 40% der Stimmen anders ausgeübt worden – die F&amp;Co verfügt über eine <i>Sperrminorität bei wichtigen GV Beschlüssen</i>. Erforderliches Quorum wird nicht erreicht und eine Anfechtung ist möglich.</p>
2	Ausführungen zur Zählung der Stimmen der F&Co:

<sup>5</sup> SCHAAD im Basler Kommentar, Art. 689b OR N 17 und 23.

	<p>Es ist fraglich, was nach der Aufhebung der von A für die F&amp;Co abgegebenen Stimmen passiert:</p> <p>Man könnte argumentieren, dass diese Stimmen gar nicht gezählt werden, da kein befugter Vertreter der F&amp;Co anwesend gewesen ist. Dadurch würden die Stimmen der F&amp;Co keinen Einfluss auf das Resultat haben und der Beschluss würde Bestand haben, da 100% der restlichen Anwesenden zugestimmt haben.</p> <p>Auf der anderen Seite ist klar, dass die F&amp;Co durch A ihre Stimmen ausüben wollte, deshalb sollten sie gemäss dem Beschluss der F&amp;Co ausgeübt werden. Die falsch abgegebenen Stimmen hätten einen Einfluss auf das Abstimmungsresultat.</p>
1	<p>Formelles: Siehe oben</p>
	<p>Vorsorgliche Massnahmen (HregV 32): Siehe oben.</p>

**Frage 3: 25%** (38.5 Punkte (inkl. ZP), Faktorisierung: 1.3)

Punkte	
<b>2</b>	<b>Fehlende Vertretungsmacht</b>
	<p>Ausführungen zu Art. 718a Abs. 1 OR</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- die Veräusserung eines ganzen Produktionszweiges könnte <i>durch den Gesellschaftszweck der T AG nicht gedeckt</i> sein</li> <li>- entsprechend läge die Vermögensübertragung <i>ausserhalb der Vertretungsmacht</i> i.S.v. Art. 718a Abs. 1 OR eines jeden Verwaltungsratsmitgliedes der T AG; die Vermögensübertragung läge gar <i>ausserhalb der Geschäftsfähigkeit</i> der T AG</li> <li>- der Vermögensübertragungsvertrag wäre folglich <i>nicht zustande gekommen</i></li> <li>- erfolgten bereits Verfügungsgeschäfte, so wären diese – aufgrund fehlender causa – über <i>Art. 62 ff. OR</i> sowie über die <i>Vindikation</i> wieder rückgängig zu machen</li> <li>- Sachverhalt illiquid</li> </ul>
<b>(18)</b>	<b>Rechtsbehelfe nach FusG</b>
0.5	<p>Ausführungen zum Anwendungsbereich FusG: sachlich, räumlich, zeitlich (siehe Art. 1 FusG)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Strukturanpassung (genauer: Vermögensübertragung od. Spaltung)</li> <li>- in der Schweiz</li> <li>- nach dem 1.7.2004</li> </ul>
4.5	<p>Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 3. Kapitel des FusG (Spaltung) kommt nicht zur Anwendung, da die neu auszugebenden Aktien <i>nicht</i> an die Gesellschafter der T AG verteilt werden, sondern der Gesellschaft selber zufallen (Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG)</li> <li>- bei einer Vermögensübertragung ist eine <i>Gegenleistung nicht notwendig</i> (siehe Art. 71 Abs. 1 lit. d FusG)</li> <li>- Ausführungen zur <i>Umgehung</i> einer Spaltung</li> <li>- [die Tatsache, dass bei der Unterscheidung zwischen Spaltung und Vermögensübertragung „bloss“ darauf abgestellt wird, wem die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte zukommen (der T AG oder den Aktionären), könnte zur Argumentation verleiten, <i>wirtschaftlich betrachtet liege kein Unterscheid</i> zwischen diesen beiden Sachverhalten vor; entsprechend müsste auch i.c. über die Bestimmungen zur Spaltung vorgegangen werden; wenngleich eine solche Ansicht zu verwerfen ist, sind bei guten Ausführungen wie folgt Punkte zu verteilen: <ul style="list-style-type: none"> <li>o wird aufgrund wirtschaftlicher Identität der Sachverhalte davon ausgegangen, es seien die Bestimmungen zur Spaltung anwendbar, ist dies mit <u>1 Punkt</u> zu bewerten; da falsch werden nachfolgende Ausführungen zur Spaltung <i>nicht</i> bewertet;</li> <li>o wird die wirtschaftliche Identität verneint, wird bei guten Ausführungen <u>1 ZP</u> verteilt;</li> <li>o werden die Bestimmungen zur Spaltung indessen lediglich aufgrund</li> </ul> </li> </ul>

	ungenauer Lektüre von Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG angewendet, sind keine Punkte zu verteilen]
2	Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (Art. 105 FusG) <ul style="list-style-type: none"> <li>- Vermögensübertragungen werden in dieser Bestimmung <i>nicht aufgeführt</i></li> <li>- Aktionäre der T AG erhalten gar <i>keine Anteils- und Mitgliedschaftsrechte</i> der N AG</li> <li>- Fazit: keine Anfechtung</li> </ul>
7.5	Anfechtung von Strukturanpassungen (Art. 106 FusG) <ul style="list-style-type: none"> <li>- im Gesetzestext werden die Vermögensübertragungen <i>nicht genannt</i></li> <li>- der <i>Titel zum 5. Abschnitt</i> „Anfechtung von Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und <i>Vermögensübertragungen</i> durch Gesellschafterinnen und Gesellschafter“ (Hervorhebung beige) könnte indessen auf eine Lücke in dieser Bestimmung hinweisen<sup>6</sup></li> </ul> <p><u>Argumentieren:</u> [insgesamt 5 Punkte für gute Argumentation]<sup>7</sup></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o offensichtlich besteht ein <i>Bedürfnis</i> für eine Anfechtung: Verstösse gegen das Fusionsgesetz bei einer Vermögensübertragung könnten ansonsten überhaupt nicht gerügt werden</li> <li>o allerdings bleibt im Rahmen einer Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG die Zahl wie auch die mitgliederschaftliche Stellung der Aktionäre einer übertragenden Gesellschaft unverändert; entsprechend sieht das FusG auch keine Mitwirkung der Gesellschafter vor; wo indessen <i>kein Mitwirkungsrecht</i> besteht, ist ein nachträgliches <i>Anfechtungsrecht zumindest problematisch</i><sup>8</sup></li> <li>o sodann ist problematisch, dass bei einer Vermögensübertragung <i>kein Beschluss der Generalversammlung</i> erfolgt; angefochten werden müsste – entgegen der üblichen gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung – der Beschluss des Verwaltungsrates (siehe aber Art. 106 Abs. 2 FusG)</li> <li>o ferner wirft das <i>Verhältnis zwischen Art. 105 und 106 FusG</i> Fragen auf: man könnte argumentieren, der vermögensmässige Aspekt von Strukturanpassungen sei abschliessend in Art. 105 FusG geregelt; die dortige Nichtaufführung von Vermögensübertragungen sei als qualifiziertes Schweigen zu werten; entsprechend wäre eine diesbezügliche Anfechtung auch nach Art. 106 FusG nicht möglich.</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>- kann neben einer Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 108 FusG ergriffen werden (auch andere Ansicht vertretbar)</li> </ul>
2	Verantwortlichkeit (Art. 108 FusG) <ul style="list-style-type: none"> <li>- nur <i>Pflichtverletzungen im Rahmen des FusG</i> sind über diese Bestimmung anfechtbar</li> </ul>

<sup>6</sup> Vgl. BOTSCHAFT, S. 4490.

<sup>7</sup> Gegen eine solche Anfechtung VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, [www.fusg.ch](http://www.fusg.ch) - die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <<http://www.fusg.ch/site/prozess/anfechtung/objgrund/index.php?datum=2004-07-01>>, Stand: 01.07.2004 (besucht am 27.08.2004). Eine solche Anfechtung wird hingegen bejaht von SCHENKER, in: Baker & McKenzie, Fusionsgesetz, Art. 106 N 18; BERTSCHINGER, AJP 2004, 842. Ein *Verweis auf die Lehre ohne weitere Begründung* wird mit 0.5 Punkten bewertet.

<sup>8</sup> Siehe dazu VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, [www.fusg.ch](http://www.fusg.ch) - die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <<http://www.fusg.ch/site/prozess/anfechtung/objgrund/index.php?datum=2004-07-01>>, Stand: 01.07.2004 (besucht am 27.08.2004).

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- soweit solche Bestimmungen verletzt sind, gilt diese Norm <i>lex specialis</i> zu Art. 754 OR</li> <li>- i.c. keine Verstösse gegen FusG ersichtlich</li> </ul>
<b>(18.5)</b>	<b>Rechtsbehelfe nach Aktienrecht</b>
2.5	<p>Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses (Art. 714 i.V.m. Art. 706b OR)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>klarer Verstoss gegen die Rechtsordnung</i> gefordert</li> <li>- möglich wäre i.c. einzig ein <i>Verstoss gegen die Kompetenzordnung</i>: ginge man davon aus, dass die Ausgliederung des Produktionsbereichs der qualitativ hochwertigen Kabel gegen den Gesellschaftszweck der T AG verstossen würde, so wäre für eine diesbezügliche Zweckänderung einzig die Generalversammlung zuständig, nicht der Verwaltungsrat (siehe dazu den Punkt „Fehlende Vertretungsmacht“)</li> <li>- Sachverhalt illiquid</li> </ul>
2	<p>Anfechtbarkeit des Verwaltungsratsbeschlusses</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Anfechtung nach herrschender Lehre nicht möglich</li> </ul>
14	<p>Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR<sup>9</sup></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- aktivlegitimiert: Aktionäre der T AG (d.h. G ist aktivlegitimiert)</li> <li>- Ausführungen zu mittelbarem und unmittelbarem Schaden<sup>10</sup> <ul style="list-style-type: none"> <li>o bei einem unmittelbaren Schaden erfolgt die <i>Leistung</i> direkt an den/die klagenden Aktionär(e), bei einem mittelbarem Schaden an die Gesellschaft (siehe Art. 756 Abs. 1 OR)</li> <li>o ein mittelbarer Schaden liegt vor, wenn die verletzte Norm entweder <i>ausschliesslich dem Schutz der Gesellschaft dient oder dann gleichzeitig die Gesellschaft wie auch die Anteilsinhaber schützen soll</i>; ein unmittelbarer Schaden ist gegeben bei der <i>Verletzung einer Norm, die einzig dem Schutz der Aktionäre dient</i></li> <li>o Abgrenzung mittels Vermögensmassen (alte Praxis Bundesgericht)</li> <li>o i.c. steht die Schutznorm von Art. 717 Abs. 1 OR zur Diskussion; diese dient dem Schutz sowohl der Aktionäre als auch der Gesellschaft; entsprechend liegt ein <i>mittelbarer Schaden</i> vor; im Falle einer Verantwortlichkeit würde die Leistung an die Gesellschaft erfolgen</li> </ul> </li> <li>- passivlegitimiert: Verwaltungsratsmitglieder der T AG</li> <li>- Schaden <ul style="list-style-type: none"> <li>o Differenztheorie; Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder entgangener Gewinn; unfreiwillige Vermögensweibusse</li> <li>o i.c. liegt der Schaden in der <i>Wertdisparität</i> zwischen der Leistung der T AG und jener der N AG: die T AG leistet (laut G) mehr, als sie von der N AG erhält; im Umfang des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung liegt folglich der Schaden</li> </ul> </li> <li>- Pflichtverletzung (Art. 717 Abs. 1 OR) <ul style="list-style-type: none"> <li>o durch den Abschluss des <i>unausgewogenen Geschäftes</i> begehen – wenn</li> </ul> </li> </ul>

<sup>9</sup> Die folgenden Voraussetzungen werden nur einmal bewertet. Werden sie im Rahmen einer Behandlung von Art. 108 FusG nochmals erwähnt, gelten sie mit der Bewertung von Art. 754 OR als abgegolten (und umgekehrt).

<sup>10</sup> Die *blosse Erwähnung von mittelbar/unmittelbar* wird mit 0.5 Punkten bewertet.

	<p>dem dann auch tatsächlich so ist – die Mitglieder des Verwaltungsrates der T AG eine <i>Sorgfaltspflichtverletzung</i>: im Rahmen ihrer (objektivierten) Sorgfaltspflicht sind die Mitglieder des Verwaltungsrates u.a. verpflichtet, Austauschgeschäfte zu ausgewogenen Bedingungen abzuschliessen;</p> <p>in Anlehnung an Art. 678 Abs. 2 OR darf in Bezug auf die Wertdisparität eine Pflichtverletzung wohl erst dann angenommen werden, wenn das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung <i>offensichtlich</i> ist</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ sodann kann argumentiert werden, die Mitglieder des Verwaltungsrates der T AG verstießen gegen seine <i>Treuepflicht</i>, indem sie die Interessen der (eigenen) Gesellschaft nicht wahren würden: im Rahmen der Leistungsäquivalenz zwischen dem Produktionsbereich hochwertiger Kabel und den neu auszugebenden Aktien liegt zwar eine „normale“ Kapitaleinlage der T AG in die N AG vor; allerdings legt die T AG – sofern die Ausführungen von G stimmen – darüber hinaus im Umfang der Wertdisparität weiteres Kapital in die N AG ein; dies allerdings insofern verdeckt, als die Kapitaleinlage durch ein unangemessenes Rechtsgeschäft verschleiert wird; man spricht in diesem Zusammenhang auch von einer <i>verdeckten Kapitaleinlage</i>; die Mitglieder des Verwaltungsrates der T AG handeln dadurch nicht im Interesse der T AG, sondern im Interesse der N AG; dieser wird durch die verdeckte Kapitaleinlage Vermögen zugeführt, während bei der T AG in diesem Umfang eine <i>Vermögensdezimierung</i> eintritt; dadurch kommen die Aktionäre der T AG zu Schaden; die Treuepflicht gilt entsprechend als verletzt</li> <li>○ Business Judgement Rule: im Rahmen der Verantwortlichkeitsklage prüft der Richter <i>nur Rechtsverletzungen</i>, nicht Angemessenheit</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Kausalzusammenhang <ul style="list-style-type: none"> <li>○ natürlicher Kausalzusammenhang: das abgeschlossene Geschäft war – sofern unausgewogen – <i>conditio-sine-qua-non</i> für den eingetretenen Schaden</li> <li>○ adäquater Kausalzusammenhang: das abgeschlossene Geschäft war <i>nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge</i> geeignet, einen Schaden in der Form des eingetretenen herbeizuführen</li> </ul> </li> <li>- Verschulden <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <i>objektiver Verschuldensmassstab</i></li> <li>○ Sachverhalt illiquid</li> </ul> </li> </ul>
--	---

**Frage 4** (insgesamt 12.5 Punkte + 3 ZP; 10%; Faktorisierung: 1.54)

Gefragt ist nach der kartellrechtlichen Meldepflicht. Zunächst sind Geltungsbereich und Anwendbarkeit des KG zu prüfen. Anschliessend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Meldepflicht nach Art. 9 KG erfüllt sind.

Punkte	
10	<b>Ausführungen zu Geltungsbereich und Anwendbarkeit des KG</b>
	<p>Das KG gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>persönlicher</i> Geltungsbereich: Bei der N AG und der T AG handelt es sich um zwei privatrechtliche Aktiengesellschaften, die als Anbieter oder Nachfrager im Wettbewerb auftreten (Unternehmensbegriff, Abs. 1bis)</li> <li>- <i>zeitlicher</i> Geltungsbereich: das KG gilt seit dem 1.7.1996</li> <li>- <i>sachlicher</i> Geltungsbereich: zu prüfen ist, ob ein Unternehmenszusammenschluss vorliegt. In Art. 4 Abs. 3 KG wird definiert, was als Unternehmenszusammenschluss gilt.</li> </ul> <p>Gemäss lit. a fällt darunter die <i>Fusion</i> von zwei bisher voneinander unabhängigen Unternehmen.</p> <p>Im vorliegenden Fall bringt die T AG einen Geschäftsbereich in die N AG ein und erhält im Gegenzug Beteiligungsrechte an der N AG.</p> <p>Zwar bestehen auch nach dieser Transaktion weiterhin zwei Rechtssubjekte (keine Absorption und keine Kombination).</p> <p>In Bezug auf den übertragenen Betriebsteil liegt aber eine sog. <i>Quasifusion</i> (das eine Rechtssubjekt übernimmt die Aktien des anderen Rechtssubjektes) bzw. eine sog. <i>unechte Fusion</i> (Einbringung eines Unternehmensteils) vor. Weil wirtschaftlich dasselbe Ergebnis bewirkt wird, gelten diese Transaktionen ebenfalls als Fusion i.S. des KG.<sup>11</sup></p> <p>Ebenfalls als Unternehmenszusammenschluss gilt nach lit. b die <i>Erlangung der Kontrolle</i> über ein bisher unabhängiges Unternehmen.</p> <p>Im vorliegenden Fall könnte man zwar argumentieren, dass die T AG eine massgebliche Beteiligung an der N AG erwirbt. Es gibt Hinweise, dass dieser Anteil bei rund einem Drittel des Kapitals der N AG liegen könnte (bisheriger</p>

<sup>11</sup> DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 4 KG, Rz 91 f., in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996; DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, S. 235, in: von Büren/David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht SIWR, Band V/2, Basel 2000.

	<p>Umsatz der N AG: 150 Mio., von der T AG neu eingebrachter Teil: 75 Mio.).</p> <p>Bei der vorliegenden Beteiligungsstruktur der N AG kann aber noch nicht von Kontrolle durch die T AG gesprochen werden: die F &amp; Co. hält ebenfalls ein bedeutendes Aktienpaket, die übrigen Aktien sind auf weitere Aktionäre verteilt.<sup>12</sup></p> <p>Es wird <i>kein Gemeinschaftsunternehmen</i> gegründet (Art. 2 VKU).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>räumlicher</i> Geltungsbereich: das KG gilt in der Schweiz</li> </ul> <p>Die geplante Transaktion wirkt sich auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz aus, deshalb ist das KG anwendbar (Art. 2 Abs. 2 KG).</p> <p>Fazit: Das KG gilt und ist auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.</p>
5.5	<b>Ausführungen zum Bestehen oder Nichtbestehen einer Meldepflicht</b>
	<p>Einschlägig ist zunächst Art. 9 Abs. 1 KG.</p> <p>Die geplante Transaktion gilt als <i>Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss</i>: die Quasifusion bzw. unechte Fusion sind ebenfalls als Arten der Fusion i.S.v. Art. 4 Abs. 3 KG zu qualifizieren (s.o. bei den Ausführungen zum Geltungsbereich; die richtige Begründung wird insgesamt nur einmal bewertet).</p> <p>Die Meldepflicht besteht, wenn die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mind. 2 Mia. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mind. 500 Mio. Franken erzielen; und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je 100 Mio. Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 lit. a und lit. b KG, sog. <i>Aufgreifkriterien</i>).</p> <p>Ist <i>nur ein Teil eines Unternehmens</i> Gegenstand des Zusammenschlusses, so gilt für die Berechnung der Grenzbeträge nur dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).</p> <p>Im vorliegenden Fall wird nur der Geschäftsbereich "Kabel" der T AG in die N AG eingebracht. Der Umsatz in diesem Geschäftsbereich beträgt nur 75 Mio. Franken. Aufgrund der Grenzbeträge nach Art. 9 Abs. 1 KG besteht daher <i>keine Meldepflicht</i>.</p> <p>Eine Meldepflicht könnte trotzdem bestehen, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach KG <i>bereits rechtskräftig festgestellt</i> worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine <i>beherrschende Stellung</i> hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen ihm vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft (Art. 9 Abs. 4 KG). Der Sachverhalt ist diesbezüglich illiquid.</p>

<sup>12</sup> Mit guten Argumenten kann auch die Gegenposition vertreten werden: vgl. DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 4, Rz 101 und 108 f.; DUCREY, S. 239.

**Frage 5** (insgesamt 16 Punkte + 1 ZP; 15%; Faktorisierung: 1.54)

Gefragt ist hier nicht nach der materiell-rechtlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens überhaupt. Gefragt ist bloss danach, wie sich bei einer materiellrechtliche Beurteilung die Tatsache auswirkt, dass ein Käufer von hochwertigen Boxen auch hochwertige Kabel benötigt.

Punkte	
2	<b>Ausgangspunkt: Art. 10 KG</b>
	<p>Die Kriterien, nach denen ein Zusammenschlussvorhaben zu beurteilen ist, ergeben sich aus Art. 10 Abs. 1 und 2 KG. Der Zusammenschluss darf grundsätzlich keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb verhindert werden kann, begründen oder verstärken.</p> <p>Zu untersuchen ist (mit Hinblick auf die Fragestellung), inwiefern sich die Abhängigkeit zwischen hochwertigen Boxen und hochwertigen Boxenkabeln auf die <i>marktbeherrschende Stellung</i> auswirken kann.</p>
4	<b>Bestimmung des relevanten Marktes</b>
	<p>Marktbeherrschung wird immer auf bestimmten Märkten ausgeübt, deshalb sind die relevanten Märkte abzugrenzen.</p> <p>Der <i>sachliche</i> Markt umfasst dabei alle Waren, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU).</p> <p>Im vorliegenden Fall sind daher grundsätzlich zwei getrennte Märkte zu unterscheiden: Ein <i>Markt für hochwertige Boxen</i> und ein <i>Markt für hochwertige Boxenkabel</i>; Boxen und Boxenkabel können offensichtlich nicht als austauschbar gelten.</p> <p>Beim Markt für Boxenkabel handelt es sich um einen Markt, der demjenigen für Boxen benachbart (oder allenfalls vorgelagert) ist. Für benachbarte Märkte spricht, dass gem. Sachverhalt die F &amp; Co. bis anhin die Boxen bei der N AG und die Boxenkabel bei der T AG bezogen hat.</p> <p>Der <i>räumlich</i> relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren nachfragt (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).</p> <p>Es fehlen genauere Angaben im Sachverhalt. Weil es sich um hochwertige Güter mit hochspezialisierten Herstellern handelt, könnte man vermuten, dass mindestens regional oder noch grossräumiger abzugrenzen ist.</p> <p>Eine <i>zeitliche</i> Marktabgrenzung erübrigt sich; beide Güter sind ganzjährig verfügbar und unterliegen keinen saisonalen Schwankungen.</p>

7	<b>Auswirkungen der Abhängigkeit zwischen den Märkten</b>
	<p>Durch den Zusammenschluss wird die N AG neu auch im benachbarten Markt für Boxenkabel tätig.</p> <p>Wenn nun – wie im Sachverhalt geschildert – eine Abhängigkeit zwischen den beiden Märkten besteht, wird die besondere Gefahr offenkundig: <i>Die N AG könnte versucht sein, ihre starke Stellung auf dem einen Markt dafür zu benutzen, sich auf dem benachbarten Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.</i></p> <p>Angenommen, es bestünde im vorliegenden Fall bereits eine marktbeherrschende Stellung im Bereich Boxenkabel, dann wären etwa folgende Praktiken denkbar: Die N AG verkauft ihre hochwertigen Boxenkabel nur noch im "package" mit ihren eigenen Boxen (vgl. auch Art. 7 Abs. 2 lit. f KG);<sup>13</sup> die N AG setzt bei den Kabeln technische Standards, welche die Kunden zwingen, die Boxen ebenfalls bei der N AG zu beziehen; die N AG verwendet Erträge aus dem übersteuerten Verkauf von Kabeln dazu, die Preise bei Boxen zu senken und so Konkurrenten auf dem Markt für Boxen zu unterbieten (eine Art Quersubventionierung, vgl. auch Art. 7 Abs. 2 lit. d KG); die N AG erbringt nur Garantieleistungen für ihre Boxen, wenn der Kunde auch Kabel der N AG verwendet<sup>14</sup> (vgl. auch Art. 7 Abs. 2 lit. b) usw. Bei Annahme einer bereits marktbeherrschenden Stellung im Markt für Boxen wären natürlich die umgekehrten Praktiken auf dem Markt für Boxenkabel möglich.</p> <p>[Aus Sicht der F &amp; Co., welche sowohl Boxen wie auch Kabel benötigt, zwei Bemerkungen: <i>erstens</i> kann sie durch ihre Beteiligung an der N AG neu möglicherweise auch Kabel günstiger beziehen (Wettbewerbsvorteil). <i>Zweitens</i> führt die Konzentration auf den der F &amp; Co. vorgelagerten Märkten möglicherweise zu grösserer Abhängigkeit der Abnehmer auf der Marktstufe der F &amp; Co.]</p> <p>Dass der Gesetzgeber in solchen Situationen von einer besonderen Gefahr ausgeht, zeigt sich in der <i>Vorschrift von Art. 9 Abs. 4 KG</i>: Unternehmenszusammenschlüsse sind in jedem Fall meldepflichtig, sofern ein Unternehmen daran beteiligt ist, dessen marktbeherrschende Stellung bereits rechtskräftig festgestellt worden ist – wobei die marktbeherrschende Stellung eben nicht nur auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt, sondern auch auf einem ihm vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt bestehen kann (nicht aber auf einem beliebigen anderen Markt). Weil dann diese besondere Gefahr der Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung besteht, will der Gesetzgeber in solchen Fällen in jedem Fall eine Meldung (und allenfalls Prüfung) des Zusammenschlusses.</p> <p>Für die <i>konkrete Beurteilung</i>, ob auf dem einen oder anderen Markt eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, wären insbesondere die Anzahl Konkurrenten, deren Grösse und Marktanteile, potentielle Konkurrenten usw. zu untersuchen.<sup>15</sup> Dafür fehlen Angaben im Sachverhalt (Dass die T AG 40% aller in der Schweiz verkauften hochwertigen Lautsprecherkabel herstellt, könnte zumindest in Indiz für</p>

<sup>13</sup> Dazu ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, S. 218, in: Von Büren/David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht SIWR, Band V/2, Basel 2000.

<sup>14</sup> Dazu ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, S. 221.

<sup>15</sup> DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, Rz 20 ff.

	eine marktbeherrschende Stellung sein).
	<b>Auswirkung auf die kartellrechtliche Beurteilung</b>
	Die Tatsache, dass eine Abhängigkeit zwischen den beiden Märkten besteht, bewirkt also, dass (im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung nach Art. 10 Abs. 2 KG) auf beiden Märkten untersucht werden muss, ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, und dann zusätzlich, ob aufgrund des Zusammenschlusses die Gefahr besteht, dass die Marktbeherrschung im einen Markt dafür benutzt werden kann, sich im anderen Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. <sup>16</sup>
2	<b>Rechtfertigung der Nachteile durch überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt?</b>
	Bei der materiellen Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben müssen allerdings auch <i>Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt</i> berücksichtigt werden (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG). Hier bieten Märkte, die voneinander abhängig sind, natürlich auch besondere Chancen.  Denkbar ist beispielsweise: dass die N AG mit der Integration der Kabelherstellung ein noch besseres Gesamtprodukt anbieten kann (Kabel und Boxen sind wirklich optimal aufeinander abgestimmt); dass die N AG die Kabel bereits bei der Herstellung in die Boxen integriert und so Kosten spart und konkurrenzfähiger wird usw.  (Dieses Ausführungen können auch schon weiter oben gemacht werden. Sie werden aber insgesamt nur einmal bewertet.)

<sup>16</sup> Vgl. DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, Rz 16; dieses Vorgehen ist als "Leveraging" – bzw. im deutschen Sprachgebrauch der Europäischen Kommission als "Hebelwirkung" – bekannt. Vgl. dazu das Urteil des EuG i.S. Tetra Laval/Sidel vom 25.10.2002 (Rechtssache T-5/02).