

# Handelsrecht

## 1. Begriff und Rechtsquellen

### I. Begriff, Inhalt und Abgrenzung

- ◆ Das Handelsrecht ist das Recht des Geschäftsverkehrs und enthält Vorschriften über die Organisation und die Tätigkeit von Unternehmen.
- ◆ Abgrenzung reines Zivilrecht / Handelsrecht:
  - Das schweizerische Recht kennt das System des "*code unique*".
  - Systematik:
    - ZGB + Art. 1–551 OR = reines Zivilrecht
    - Art. 552–1186 OR + Spezialgesetze = Handelsrecht
- ◆ Die charakteristischen Eigenschaften des Handelsrechts:

## II. Die Rechtsquellen des Handelsrechts

1. Gesetzliche Quellen
2. Staatsvertragliche Quellen
3. Supranationale Quellen
4. Handelsbrauch
5. Kodifizierte Usanzen

a) Incoterms

b) Das Dokumentenakkreditiv

b.0.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen

## **2. Handelsregister und kaufmännische Buchführung**

### I. Das Handelsregister

#### 1. Zweck

a) Publizitätsfunktion

b) Anknüpfungsfunktion

#### 2. Gliederung, Organisation und Rechtsmittel

a) Gliederung des Handelsregisters

b) Organisation des Handelsregisters

#### 3. Eintragungsverfahren

a) Das Anmeldeprinzip

b) Die Eintragungspflicht

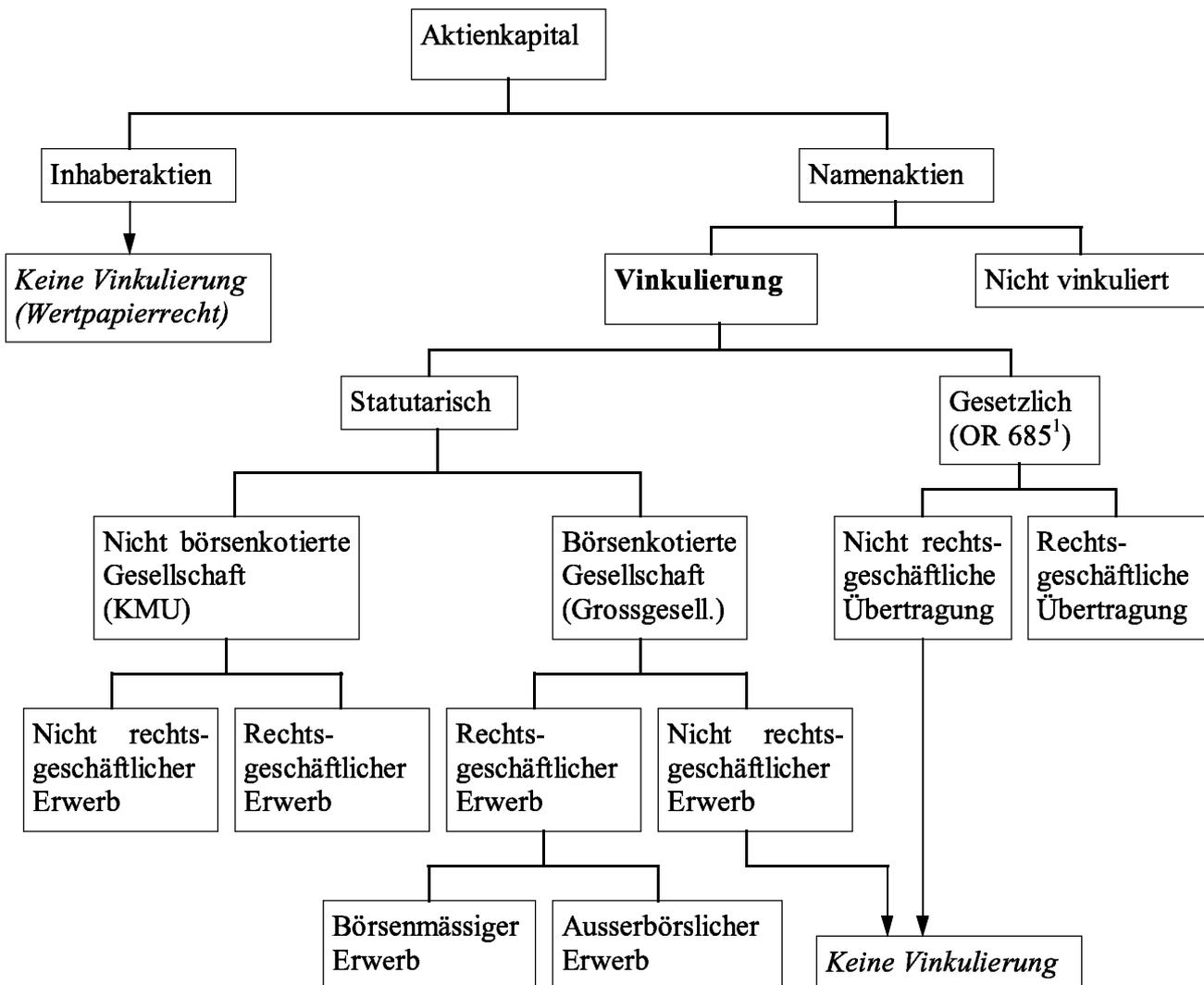
c) Das Eintragsrecht

d) Die Zwangseintragung

i) Durch den HR-Führer

ii) Auf Veranlassung Dritter

### 3. Beschränkung der Übertragbarkeit bei Namenaktien



# 4. Kartellrecht: Einführung

## I. Funktion des Kartellrechts – Kartellrecht versus Privatautonomie

Das Kartellrecht dient der Sicherung der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Dieser Zweck widerspricht keineswegs der Privatautonomie.

Ein Kartell stellt einen Rechtsmissbrauch der Privatautonomie dar. Es führt zu einer Einschränkung der Marktmechanismen (Prinzip des Angebots und der Nachfrage) und zu einer Ausserkraftsetzung der freien Marktwirtschaft.

## II. Grundsätze der neuen Wettbewerbsordnung

### 1. Missbrauchs– statt Verbotsgesetzgebung

- Im Unterschied zum EU-Kartellrecht geht das schweizerische Kartellrecht von einem **Missbrauchsansatz** aus, d.h. **Kartelle** sind **grundsätzlich zulässig**, es sei denn, sie seien **ausnahmsweise verboten**.
- Praktisch bedeutet das, dass die Wettbewerbskommission zuerst verfügen muss: Das betroffene Unternehmen wird erst dann verbüsst, wenn es gegen diese Verfügung verstösst.
- Warum nur eine Missbrauchsgesetzgebung? Eine Verbotsgesetzgebung hätte eine Änderung der Verfassungsgrundlage (BV 31<sup>bis</sup>) vorausgesetzt.

### 2. "Wirksamer Wettbewerb" – was heisst das?

- Angestrebt wird nicht der totale, ideale Wettbewerb (*Boston's University*), sondern ein suboptimaler, **wirksamer Wettbewerb** (*Harvard's University*): "*Workability concept*". Man toleriert einen zulässigen Mass an Abweichungen vom Ideal.
- Massstäbe:
  - **Die Offenheit des Marktes**: Ist der Markt offen für Newcomers?
  - Bindung an den Marktanteilen? Dieses Kriterium ist zu relativisieren;
  - Die Struktur der Mitwettbewerber;
  - Die Marktgegenseite.
- Der Wettbewerb ist dann wirksam, wenn die zentralen Funktionen des Marktes laufen: **Allokation der Produktionsfaktoren** (Kapital) dort, wo es am effizientesten ist  
→ Dynamische Betrachtungsweise!

# 5. Schweizerisches Kartellrecht

## I. Gegenstand

### 1. Zweck

BV 31<sup>bis</sup> Abs. 3 Bst. d: "(...) *Der Bund ist befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen.*"

KG 1: *Sicherung der "freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung".*

Das Kartellrecht beruht auf den folgenden drei Säulen:

- Wettbewerbsabreden (zur Beschränkung / Beseitigung des Wettbewerbs);
- Marktbeherrschende Unternehmen (und deren missbräuchliches Verhalten);
- Unternehmenszusammenschlüsse (Fusionskontrolle).

## 2. Geltungsbereich

### a) Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

**Unternehmen** (Definition nach HRV 52<sup>3</sup>, ≠ Privatpersonen, Arbeitnehmer, Konsumenten) **des privaten und des öffentlichen Rechts**, gleichgültig in welcher Rechtsform, die eine der drei Säulen erfüllen.

### b) Örtlicher Geltungsbereich

Alle Handlungen, die sich in der Schweiz auswirken (**Auswirkungsprinzip**).

### c) Die Wirkung der Unterstellung unter das KG

Die Unterstellung eines Sachverhalts unter das KG heisst lange nicht, dass er verboten ist, sondern nur dass das KG auf diesen Sachverhalt anwendbar ist.

## 3. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (KG 3)

Vorbehalt von öffentlichrechtlichen Vorschriften.

### a) Ausschluss des Wettbewerbs durch öffentlich-rechtliche Vorschriften (Abs. 1)

- Staatliche Reglementation der Preise (Bst. a): zB Landwirtschaft;
- Erfüllung von öffentlichen Aufgaben durch Private (Bst. b): zB Elektrizitätsversorgung;
- Die Wettbewerbskommission kann immerhin Empfehlungen abgeben.

### b) Gesetzgebung über das geistige Eigentum (Abs. 2)

Patente, Marken, etc. sind von Gesetzes wegen erteilte Monopole!

### c) Preisüberwachungsgesetz (Abs. 3)

- Rechtsvortritt für die Wettbewerbskommission;
- Für die öffentlichrechtliche Preisgestaltung kann der Preisüberwacher tätig werden.

### d) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

- Das KG schützt die Quantität des Wettbewerbs, das UWG schützt die Qualität des Wettbewerbs, die Treu und Glauben, den Fair-Play.
- Das UWG ist rein privatrechtlich, das KG ist weitgehend öffentliches Recht, Verwaltungsrecht.

### e) Binnenmarktgesetz

- Das Binnenmarktgesetz bezweckt, einen schweizerischen Binnenmarkt zu schaffen.
- Ursprung ist der **Entscheid "Cassis de Dijon"**: Wenn ein Produkt in einem EU-Mitgliedsstaat zugelassen wird, dann soll es in allen Mitgliedsstaaten zugelassen werden!
- **Zuständig für das Binnenmarktgesetz ist die Wettbewerbskommission** (das zeigt den engen Zusammenhang!). Die Wettbewerbskommission darf aber nicht verfügen, sondern nur **Empfehlungen** abgeben (was sich in der Praxis als sehr wirksam erweist, dank dem Druck der Medien).

### f) BG über die technischen Handelshemmnisse (THG)

- Es umfasst alle Bereiche, wo der Bund technische Vorschriften erlässt.
- Entscheid des Berner Obergerichts "San Pellegrino".

## II. Unzulässige Wettbewerbsabreden

### 1. Begriff der Wettbewerbsabrede (KG 4<sup>1</sup>)

Kumulative Voraussetzungen:

#### a) Zwei oder mehr Unternehmen

#### b) Horizontal- oder Vertikalabreden

- **Horizontalabrede** (Marktumfassung): **gleiche Marktstufe**, zwischen Wettbewerbern oder potentiellen Wettbewerbern, um untereinander den Wettbewerb zu beschränken oder Aussenseiter abzuschaffen.

Beispiele von horizontalen Abreden:

- Preisabrede;
- Mengeabsprache;
- Gebietsaufteilung;
- Kooperationsverträge.

- **Vertikalabrede** (Marktschliessung): **verschiedene Marktstufe**, zB zwischen Produzenten und Grossisten.

Beispiele von vertikalen Abreden:

- Lieferungssperre;
- Alleinvertriebsvertrag;
- Exklusivlizenzvertrag;
- Preisbindung zweiter Hand.

#### c) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Alternativ!

#### d) Unerheblichkeit der rechtlichen Grundlage

Neben Verträgen (schriftlich, mündlich, durch konkludentes Verhalten abgeschlossen), auch:

- Rechtlich nicht erzwingbare Abmachungen ("*gentlemen's agreement*");
- Beschlüsse (z.B. eines Verbandes für seine Mitglieder);
- Statuten juristischer Personen;
- Empfehlungen, sofern sie befolgt werden;
- Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise (bewusstes Parallelverhalten): Unternehmen verhalten sich ohne Verträge oder Beschlüsse, aber aufgrund ausgetauschter Informationen auf dem Markt gleichförmig, und zwar planmässig und nicht bedingt durch exogene Faktoren.

#### e) Wettbewerbsabreden innerhalb von Konzernen?

Ein Konzern ist eine Zusammenfassung von mehreren juristisch selbständigen Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung (OR 663e)

- es gibt gar keinen Wettbewerb innerhalb eines Konzerns, also keine Wettbewerbsabreden!  
Konzerninterne Abreden sind keine Wettbewerbsabreden!

#### f) Gemeinschaftsunternehmen als Wettbewerbsabreden?

Kartellrechtlich unterscheidet man zwei Arten von Gemeinschaftsunternehmen:

- **Vollfunktions – Gemeinschaftsunternehmen:** Die am Joint-venture beteiligten Partner geben ihre eigene Tätigkeit im Bereich des Gemeinschaftsunternehmens zu dessen Gunsten auf  
→ Unternehmenszusammenschluss!
- **Teilfunktions – Gemeinschaftsunternehmen:** Die beteiligten Partner behalten neben dem Joint-venture ihre eigene Tätigkeit im gleichen Geschäftsbereich noch bei und beschränken ihre Aktivitäten zugunsten des Joint-venture lediglich auf Teilbereiche  
→ Wettbewerbsabrede!

## 2. Begriff des relevanten Markts

Um die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden zu prüfen, ist der Spielfeld festzustellen; je grösser bestimmt, desto grösser der Wettbewerb.

Bsp.: Ovomaltine:	– Frühstücksgetränk:	0,4 %
	– Milchlischgetränk:	10 %
	– malzhaltiges Milchlischgetränk:	35 %

Es wird in **sachlicher**, **örtlicher** und **zeitlicher** Hinsicht beurteilt, mit welchen Produkten oder Leistungen die betroffenen Unternehmen **aus der Sicht der Marktgegenseite** (des unmittelbar unten liegenden Abnehmers, der nächsten Marktstufe, in der Regel des Verbrauchers) in Konkurrenz stehen. Entscheidend ist die **Substituierbarkeit**, die **Austauschbarkeit** der Produkte.

### a) Der sachlich relevante Markt

VKU 11<sup>3</sup> Lit. a: *"Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden."*

Frage: **Welche Waren / Dienstleistungen sind aus der Sicht der Gegenseite hinsichtlich des Preises, der Qualität und des Verwendungszwecks gleichartig / substituierbar?**

### b) Der örtlich relevante Markt

VKU 11<sup>3</sup> Lit. b: *"Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet."*

Frage: **Wie weit bin ich bereit zu gehen, um ein substituierbares Produkt zu kaufen?**

### c) Der zeitlich relevante Markt

Definition: Die Waren oder Leistungen müssen in der gleichen Zeitspanne angeboten werden.

Frage: **Wie lange bin ich bereit zu warten, um ein substituierbares Produkt zu erlangen?**

## 3. Begriff des wirksamen Wettbewerbs

- Die Marktteilnehmer können sich bezüglich **wesentlicher Wettbewerbsparameter voneinander unabhängig** verhalten:
  - Art der Waren / Dienstleistungen;
  - Qualität;
  - Quantität / Menge;
  - Preis;
  - Geschäftsbedingungen;
  - Absatzmärkte und -kanäle;
  - Bezugsquellen;
  - Lieferbereitschaft;
  - Freie Beschaffung von Produktionsfaktoren.
- Wenn **einzelne** Wettbewerbsparameter lahmgelegt werden, ist der Wettbewerb **beschränkt**; wenn **alle wesentlichen** Wettbewerbsparameter lahmgelegt werden, ist der Wettbewerb **beseitigt**, denn es besteht keine Handlungsfähigkeit mehr.

## 4. Der Grundsatz von KG 5

Eine Wettbewerbsabrede ist **unzulässig**, wenn sie den Wettbewerb **beseitigt** ("harte Kartelle") oder **erheblich beschränkt** ("weiche Kartelle").

## 5. Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs ("weiche Kartelle")

### a) Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs

Einzelne Wettbewerbsparameter werden lahmgelegt.

### b) Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung

- Indizien:
  - Die **Handlungsfähigkeit** des Unternehmens wird **beeinträchtigt**;
  - Die Beschränkung hat **spürbare Auswirkungen** für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Unternehmens;
  - Das gesamte Unternehmen wird betroffen;
  - **Das gesamte Unternehmen wird gezwungen zu reagieren**, um die Beschränkung auszugleichen, es wird **gezwungen, Gegenmassnahmen zu ergreifen** (BGE 112 II 276).
- Beschränkungen, die für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit **keine spürbaren Auswirkungen** haben, sind **unerheblich** und damit **zulässig**.

## 6. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (KG 5<sup>2</sup>)

- **Weiche Kartelle sind grundsätzlich verboten**, es sei denn, sie seien **gerechtfertigt durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz**.
- Zweck: Man berücksichtigt die Tatsache, dass Kartelle positive Auswirkungen haben können, welche **spürbar** sind und welche **die negativen Auswirkungen deutlich kompensieren**.
- Achtung: Dies hat gar nicht (mehr) zu tun mit der **Saldomethode nach altem Kartellgesetz!**

### a) Allgemeine Voraussetzungen

Kumulative Voraussetzungen:

- Die Wettbewerbsabreden dürfen zu **keiner Beseitigung des Wettbewerbs** führen (Lit. b);
- Die Wettbewerbsabreden sind **notwendig**, um die wirtschaftliche Effizienz zu erreichen; anders gesagt, **ohne Wettbewerbsabrede, keine wirtschaftliche Effizienz!** Wahl des **mildesten Mittels**;
- Die negativen Auswirkungen werden mindestens **kompensiert** durch die positiven Auswirkungen.

### b) Die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe von KG 5<sup>2</sup>

Effizienzsteigernde Wirkungen:

- Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten (Gemeinsame Einkäufe, EDV-Systeme, Aussendienste);
- Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (Gemeinsame Qualitätskontrollen, Abschluss von Lizenzverträgen);
- Förderung der Forschung (Forschungskooperation);
- Rationellere Ressourcennutzung (= ökologische Zielsetzung, wettbewerbsfremder Aspekt).

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Typisch sind Kooperationsverträge, Spezialisationsabreden, Exklusivlizenzverträge.

### c) Die Regelung gerechtfertigter Arten von Wettbewerbsabreden in Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen gemäss KG 6

- **Generell-abstrakte Normen:**
  - **Vertragsspezifische** Normen (Abs. 1);
  - **Branchenspezifische** Normen (Abs. 2).
- **Wenn eine Wettbewerbsabrede diese Voraussetzungen erfüllt, ist sie kartellrechtlich unbedenklich.**

- Vgl. Gruppenfreistellungsverordnungen nach EGV 85<sup>3</sup>.
- Wer macht was?
  - **Die Wettbewerbskommission veröffentlicht allgemeine Bekanntmachungen:** Keine verbindliche Rechtsetzung, sondern Absichtserklärung über ihre künftige Rechtsanwendung, begründet Vertrauensschutz und schafft Transparenz, verwaltungsrechtlich gesehen ist es "kodifiziertes Gewohnheitsrecht".
  - Der Bundesrat erlässt Verordnungen: Bis jetzt noch nie geschehen!

## 7. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ("harte Kartelle")

### a) Die Unzulässigkeit von wettbewerbsbeseitigenden Wettbewerbsabreden

Zu beurteilen sind:

- Der **Innenwettbewerb:** Der zwischen den Wettbewerbern noch verbleibende Restwettbewerb;
- Der **Aussenwettbewerb:** Die Auswirkungen der Wettbewerbsabrede auf den Markt, und zwar unter Berücksichtigung der internationalen Verflechtung der Schweiz.

**"Beseitigung des Wettbewerbs":** Sämtliche wesentliche Wettbewerbsparameter sind lahmgelegt, niemand wird in diesen Markt eintreten, die Zutrittschancen sind null.

**Harte Kartelle sind immer unzulässig!**

### b) Die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung (KG 5<sup>3</sup>)

Die **Beseitigung** wird von Gesetzes wegen **vermutet**, wenn Abreden auf **horizontaler Ebene** ("*zwischen Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen*") getroffen werden

➔ **Beweislastumkehr**

#### i) Preisabsprachen (Lit. a)

Preisabreden, aber auch Abreden über Margen (= indirekte Preisfestsetzung), über Preiskomponente, über Rabattierung, Preisempfehlungen, sofern sie befolgt werden, Preis- und Konditions-meldesysteme, Kalkulationssysteme mit Preiskomponenten.

#### ii) Mengenabsprachen (Lit. b)

Abreden über Produktions-, Bezugs-, Liefermengen, Anlagesystem, Verzicht auf Ausdehnung der Lagerkapazität, Gruppenboykott.

#### iii) Gebietsabsprachen (Lit. c)

Gebietsaufteilung, Aufteilung nach Kunden.

### c) Folgen der Vermutung

#### i) Die Widerlegbarkeit der Vermutung

##### ii) Im Zivilverfahren

- **Vermutungsbelastet** im Zivilverfahren sind **die an der Abrede beteiligten Unternehmen**.
- Die Vermutung gilt absolut. Der Kläger muss die Vermutungsbasis beweisen, dann greift die Vermutung ein.
- Falls die Widerlegung gelingt, ist es immer noch eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung!

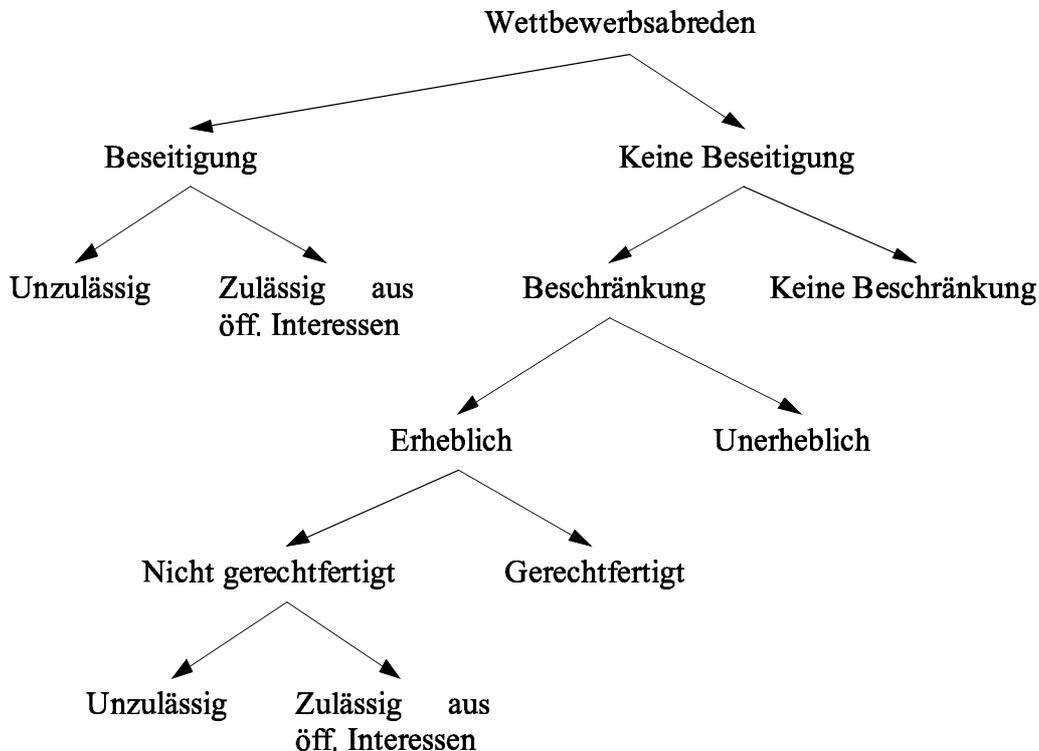
##### iii) Im Verwaltungsverfahren

**Im Verwaltungsverfahren gilt die Vermutung nicht:** Die Wettbewerbskommission muss **von Amtes wegen** abklären, ob eine Wettbewerbsbeseitigung vorliegt oder nicht (Untersuchungsmaxime!).

## 8. Zivilrechtliche Gültigkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden

Eine Abrede, die gegen das Kartellgesetz verstösst, ist widerrechtlich und damit **nichtig** (OR 20<sup>1</sup>). Nach schweizerischem Kartellrecht bedarf es zuerst einer **rechtskräftigen Verfügung**, dann ist die Abrede unzulässig. Dann: Nichtigkeit *ex tunc* (Von Büren / umstritten).

## 9. Schematische Darstellung des Verfahrens



## III. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

### 1. Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens (KG 4<sup>2</sup>)

- **Marktmacht** hat ein Unternehmen, das einen gesteigerten Markteinfluss hat, welchen seine Mitwettbewerber und die Marktgegenseite zur Kenntnis nehmen müssen, mit welchem sie rechnen müssen, wenn sie geschäftspolitische Entscheide nehmen.
- **Marktbeherrschend** sind Unternehmen, die sich im relevanten Markt selbständig verhalten können, selbständig entscheiden können, ohne Rücksicht auf andere Wettbewerber zu nehmen.
- Kriterien:
  - Der Marktanteil ist nicht das massgebende Kriterium (statische Betrachtungsweise);
  - Vorzuziehen ist eine **dynamische** Betrachtungsweise:
  - Wie sieht der gesamte Markt aus? Wer sind die Mitwettbewerber?
  - Offenheit des Marktes, Markteintrittsschranken, potentieller Wettbewerb: Ist der Markt offen für "Newcomers"?
  - Organisation der Marktgegenseite? Bsp.: Migros gegen 7 Mio. Konsumenten  
→ die Gegenseite ist atomisiert!
- Bei der Prüfung, ob ein **Konzern** marktbeherrschend ist, ist der Konzern als **ganzes** zu schauen.

### 2. Die grundsätzliche Zulässigkeit marktbeherrschender Unternehmen

**Die Marktbeherrschung ist an sich nicht verboten!**

Nur der **Missbrauch** der marktbeherrschenden Stellung wird bekämpft.

### 3. Die Unzulässigkeit missbräuchlichen Verhaltens

#### a) Die Generalklausel von KG 7<sup>1</sup>

Die Stellung als marktbeherrschendes Unternehmen wird missbraucht:

- gegen Mitwettbewerber (horizontal, gleiche Marktstufe): Behinderungsmissbrauch
  - Behinderung in der Aufnahme: Druck auf potentielle Wettbewerber, um sie in den Markt nicht hereinzulassen;
  - Behinderung in der Ausübung.
- gegen Gegenseiter / Kunden (vertikal, verschiedene Marktstufe): Ausbeutungsmissbrauch
- **keine sachlichen Gründe ("legitimate business reasons")**: Das Unternehmen lässt sich nicht von **betriebswirtschaftlich sinnvollen Gründen** leiten.

Test: "Hätte sich ein selbständiger Dritter, der nicht marktbeherrschend ist, in der selben Situation auch so verhalten?"

#### b) Unzulässige Verhaltensweisen im Einzelnen

Diese Aufzählung **einzelner Tatbestände** ist nicht abschliessend. Ausserdem ist immer zu prüfen, ob ein **Missbrauch** vorliegt, also ob **keine sachlichen Gründe** vorhanden sind.

##### i) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (KG 7<sup>2</sup> a)

###### **= Boykott**

Beispiel: Ein Alleinvertriebsvertrag enthält einen Boykott aller anderen Wettbewerber, dieser Boykott ist aber betriebswirtschaftlich sinnvoll.

Ein Missbrauch liegt vor, wenn der Boykott nur die Schädigung der Mitwettbewerber bezweckt.

##### ii) Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen (KG 7<sup>2</sup> b)

- Mengenrabatt
  - zulässig, wenn betriebswirtschaftlich sinnvoll (kostensparend);
- Treuerabatt: Wenn ein Kunde alles bei einem Unternehmen kauft
  - unzulässig;
- Zielrabatt: Der Rabatt ist individuell auf den Kunden zugeschnitten, Leute drücken auf Menge
  - unzulässig.

##### iii) Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (KG 7<sup>2</sup> c)

##### iv) Unterbieten von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen (KG 7<sup>2</sup> d)

Preisdumping, Verdrängungswettbewerb: Gezielt darauf, Wettbewerber zu vernichten;

##### v) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (KG 7<sup>2</sup> e)

Gezielt wird die künstliche Verknappung des Angebots und damit die Erhöhung der Preise.

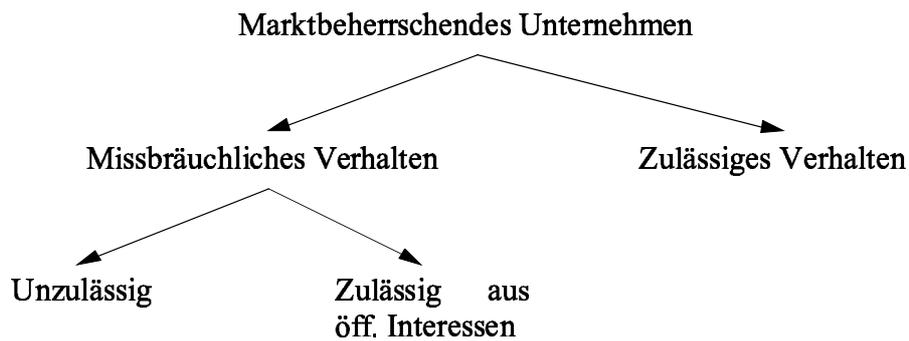
- Beispiele:
- Sperrpatente (einen Patent kaufen und ihn stilllegen);
  - Drosselung der Produktionsmenge durch Oligopole.

##### vi) Koppelungsverträge (KG 7<sup>2</sup> f)

- Definition: Um das Produkt A zu kaufen, muss man auch zuerst das Produkt B kaufen: Ein marktbeherrschendes Unternehmen zwingt seine Kunden, ein Produkt zu kaufen, das sie gar nicht wollen.
- Dies ist zulässig, wenn das gekoppelte Produkt **zwingend** erforderlich ist, um das Hauptprodukt zu gebrauchen bzw. zur Erbringung der Hauptleistung (= **innerer Bezug**).

- Aktuelles Beispiel: Internet Explorer 4.0 gekoppelt mit Microsoft Windows 98

#### 4. Schematische Darstellung des Verfahrens



### IV. Unternehmenszusammenschlüsse

#### 1. Zweck der gesetzlichen Regelung von Unternehmenszusammenschlüssen

- Die Unternehmenszusammenschlüsse werden **präventiv kontrolliert**: Es geht darum, Fusionen zu verhindern.
- Im Unterschied zu den zwei anderen Säulen geht es um **Strukturkontrolle**, nicht um Verhaltenskontrolle.
- Man wollte **das exogene Wachstum** von marktbeherrschenden Unternehmen verhindern; in der Praxis sind Verbote selten.

#### 2. Begriff des Unternehmenszusammenschlusses

##### a) Fusion

- Verschmelzung von juristisch selbständigen Unternehmen zu einer neuen juristischen Einheit durch:
  - Absorption;
  - Kombination;
  - Quasi-Fusion: Ein Unternehmen übernimmt ein anderes Unternehmen und entschädigt dessen Aktionären mit eigenen Aktien;
  - Unechte Fusion: Das Unternehmen übernimmt Aktiven und Passiven eines anderen Unternehmens (Singularsukzession), gibt dafür eigene Aktien, und liquidiert danach das andere Unternehmen.
- Die Fusionskontrolle ist nicht anwendbar auf Fusionen innerhalb eines Konzerns, denn der Konzern bildet bereits eine Einheit.

##### b) Kontrollerwerb

- Erwerb der Kontrolle über ein Unternehmen; keine juristische Verschmelzung, die Hauptbeteiligten bleiben juristisch selbständig.
- Es braucht keine tatsächliche Beherrschung, die Möglichkeit der Beherrschung (VKU 1: "*die Möglichkeit, einen bestimmten Einfluss auszuüben*") genügt.
- Mitteln: Nicht nur Mehrheitsbeteiligung, sondern auch Verträge, Organe, finanzielle und Machtmittel.

### c) Gemeinschaftsunternehmen (Joint-ventures)

Kartellrechtlich unterscheidet man zwei Arten von Gemeinschaftsunternehmen:

- **Vollfunktions – Gemeinschaftsunternehmen (konzentrierte Joint-venture):**

Zwei Unternehmen erlangen gemeinsam die Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen oder gründen zusammen ein neues Unternehmen, welches sie gemeinsam kontrollieren und in welches mindestens Geschäftstätigkeiten eines Partners eingebracht werden; es entsteht eine "selbständige wirtschaftliche Einheit" (VKU 2)

→ Unternehmenszusammenschluss!

- **Teilfunktions – Gemeinschaftsunternehmen (kooperative Joint-venture):**

Nur ein Teilbereich wird ausgegliedert, die beteiligten Parteien bleiben weiter im gleichen Tätigkeitsgebiet wie das Gemeinschaftsunternehmen tätig

→ Wettbewerbsabrede! (KG 5)

### 3. Meldepflichtige Zusammenschlussvorhaben (Aufgreifkriterien) (KG 9)

#### a) Zusammenschlüsse über den gesetzlichen Schwellenwerten (Abs. 1)

- Man soll nur melden ab einer bestimmten Grösse.

- Kumulative Voraussetzungen:

Alle beteiligten Unternehmen:

Umsatz weltweit: > 2 Mrd. FS

**oder** Umsatz in der Schweiz: > 500 Mio. FS

**und** mindestens 2 der beteiligten Unternehmen: Umsatz in der Schweiz: Je > 100 Mio. FS

- Für einen Konzern ist der Konzernumsatz massgebend;

- Wann muss man melden?

- Das Verpflichtungsgeschäft (Fusionsvertrag) ist frei;

- Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Fusion vollzogen wird.

#### b) Schwellenwerte im Medienbereich (Abs. 2)

Massgebend ist das Zwanzigfache des Umsatzes.

#### c) Schwellenwerte bei Versicherungsgesellschaften und Banken (Abs. 3)

Massgebend ist nicht der Umsatz, sondern:

- Versicherungsgesellschaften → Bruttoprämieneinnahmen;

- Banken → Zehntel der Bilanzsumme.

#### d) Zusammenschluss mit einem marktbeherrschenden Unternehmen (Abs. 4)

Voraussetzung: Rechtskräftige Verfügung;

Rechtsfolge: Die Schwelle wird ausser Kraft gesetzt.

#### e) Inhalt der Meldung

VKU 11<sup>1</sup>.

### 4. Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben (Eingreifkriterien) (KG 10)

Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss **untersagen** oder **Bedingungen und Auflagen verfügen**, wenn die Prüfung ergibt, dass durch den Zusammenschluss:

- eine **marktbeherrschende Stellung**, durch die **wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (die blosse Gefahr genügt!)**, **begründet oder verstärkt** wird,

**und:**

- **keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt** bewirkt wird, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung **überwiegt**.

a) Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Abs. 2 Lit. a)

b) Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

Nach EU-Kartellrecht genügt die Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung.

c) Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt (Abs. 2 Lit. b)

Noch nie vorgekommen!

d) Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Abs. 4)

Der internationale Umfeld ist auch zu berücksichtigen

→ die Territorialität der Gesetze wird gesprengt!

e) Sondernorm für Zusammenschlüsse von Banken (Abs. 3)

Es geht um die **Sanierungsfusion**:

- Gläubigerschutzartikel: Der **Gläubigerschutz** ist wichtiger als der wirksame Wettbewerb;
- Zuständig ist die **eidgenössische Bankkommission**.

## 5. Massnahmen bei wettbewerblich problematischen Unternehmenszusammenschlüssen

Es gibt 3 Möglichkeiten:

- Gutheissung;
- Verbot;
- Genehmigung mit Auflagen oder Bedingungen (was viel schärfer ist).

## 6. Hinweis auf Inkompatibilitäten zwischen Aktien-, Kartell- und Börsenrecht

Literatur: Festschrift für Rolf Bär, 1998

Eine Fusion ist mit einer Kapitalerhöhung verbunden:

Nach OR beträgt die Frist 3 Monate, nach KG fünf Monate.

## V. Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

- Erforderlich sind **überwiegende** öffentliche Interessen: Wirtschaftspolitische Rechtfertigungsgründe (Landwirtschaft, Versorgung in Krisenzeiten).
- Die Wettbewerbsabrede muss ein notwendiges, subsidiäres, unabdingbares Mittel sein, das das mildeste ist.
- KG 8: Antrag beim Bundesrat. Seine Entscheidung ist ein politischer Entscheid.
- Vgl. **Saldomethode** nach altem Kartellrecht, wo alle Faktoren (soziale, politische, kulturelle) berücksichtigt wurden.

## VI. Verfahren

### 1. Verwaltungsrechtliches Verfahren

a) Wettbewerbsbehörden (KG 18 – 25)

i) Wettbewerbskommission

- Die (verwaltungsunabhängige) Wettbewerbskommission besteht mehrheitlich aus unabhängigen Sachverständigen und aus Interessenvertretern, die vom Bundesrat gewählt sind.

- Aufgaben (KG 18<sup>3</sup>):
  - Verfügende Behörde, hat die Subsidiärkompetenz;
  - Empfehlungen;
  - Stellungnahmen in Vernehmlassungsverfahren;
  - Erstattung von Gutachten zu Wettbewerbsfragen;
  - Berichterstattung an den Bundesrat;
  - Bekanntmachungen nach KG 6;
  - Umsetzung des Binnenmarktgesetzes.

#### ii) Kammern

- Die Wettbewerbskommission ist aufgeteilt in 3 Kammern mit je 5 Mitgliedern:
  - Produktion und Gewerbe;
  - Dienstleistungen (u.a. Banken);
  - Infrastruktur (u.a. Swisscom);
- Grundsätzlich hat jede Kammer eine selbständige Verfügungsbefugnis; das Plenum hat die Verfügungsbefugnis:
  - Wenn die Kammer dies beschliesst;
  - Bei wichtigen Fragen (z.B. Abweichung von der bisherigen Praxis);
  - Wenn drei Kommissionsmitglieder dies verlangen (Reglement 6<sup>1</sup>, 4<sup>4</sup>).

#### iii) Präsidium

- Das Präsidium besteht aus 3 Personen: Einem Präsident und zwei Vizepräsidenten.
- Sie dürfen dringliche Sachen selber entscheiden (KG 19<sup>1</sup>).
- Alle verfahrensleitenden Verfügungen müssen von einem Mitglied des Präsidiums zugestimmt werden (KG 23<sup>1</sup>).

#### iv) Sekretariat

- Die Sekretariat macht die Arbeit: Vorabklärungen, Untersuchungen;
- Sie besteht aus 43 Leuten: 2/3 Juristen, 1/3 Wirtschaftler.

#### v) Rekurskommission (KG 44)

Beschwerdeinstanz ist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dann das Bundesgericht (OG 98 Bst. e).

#### b) Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes (KG 39)

Das Verwaltungsverfahrensgesetz ist anwendbar, soweit das KG keine abweichenden Vorschriften enthält. Relevant insbesondere für das rechtliche Gehör.

#### c) Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (KG 26 – 31)

##### i) Parteien und Beteiligte

- Parteien sind diejenige Unternehmen, die an der Wettbewerbsabrede beteiligt sind. Ihnen werden die Akteneinsicht und das rechtliche Gehör gewährt.
- Beteiligt können auch Berufs- und Wirtschaftsverbände sein, die zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sowie Konsumentenschutzorganisation von nationaler oder regionaler Bedeutung (≠ örtlicher).

##### ii) Vorabklärung (KG 26)

Der relevante Sachverhalt wird ermittelt, Informationen werden gesammelt.

Diese Phase ist ein rein verwaltungsinternes Verfahren: Es wird keine Akteneinsicht gewährt.

### iii) Untersuchung (KG 27 – 28)

- Wenn die Vorabklärung gezeigt, dass "etwas drin ist", dann wird eine Untersuchung eröffnet (mit Zustimmung eines Mitgliedes des Präsidiums, KG 23<sup>1</sup>).
- Die Eröffnung ist zu publizieren (SHAB, RPW).
- Schlussbericht der Sekretariat mit einem Antrag an die Wettbewerbskommission.

### iv) Vorsorgliche Massnahmen

- Im Zivilverfahren: KG 17;
- Im Verwaltungsverfahren: Echte Lücke! Die Wettbewerbskommission hat entschieden, KG 17 sei analog anwendbar.

### v) Einvernehmliche Regelung (KG 29)

- Zweck: Konfrontation vermeiden;
- Die einvernehmliche Regelung muss durch die Wettbewerbskommission genehmigt werden.

### vi) Entscheid (KG 30)

#### vii) Verfahren der Ausnahmegenehmigung (KG 31)

- Der Antrag an den Bundesrat kann in jeder Phase (nach der Verfügung der Wettbewerbskommission, nach dem Entscheid der Rekurskommission, sogar nach dem Entscheid des Bundesgerichts) gestellt werden.
- Die Stellung eines solchen Antrages bricht die Frist (Abs. 1).
- Frist: 30 Tage nach Eröffnung der Verfügung (Abs. 2).

### d) Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (KG 32 – 38)

#### i) Parteien und Beteiligte

Parteien sind die an dem Unternehmenszusammenschluss beteiligten Unternehmen (KG 43<sup>4</sup>).

#### ii) Einleitung des Prüfungsverfahrens (KG 32)

- Sog. "*Phase de discrétion*": Alles wird geheimgehalten.
- Mit der Meldung beginnt die vorläufige Prüfung: Es wird geprüft, ob **Anhaltspunkte** für eine marktbeherrschende Stellung bestehen:
  - Positiv: Untersuchung;
  - Negativ: Unbedenklichkeitserklärung (VKU 16), der Unternehmenszusammenschluss darf vollzogen werden;
  - Schweigen: Der Unternehmenszusammenschluss darf vollzogen werden.
- **Frist: 30 Tage nach Eingang der vollständigen Meldung** (die Frist läuft erst, wenn alle Unterlagen gegeben wurden).
- Wann muss man melden? Man muss erst dann melden, wenn man den Unternehmenszusammenschluss vollziehen will.
- Erleichterte Meldung (VKU 12): Wenn offensichtlich, dass keine Prüfung notwendig ist.
- **Vollzugsverbot**: Der Unternehmenszusammenschluss darf während der Frist für die vorläufige Prüfung **nicht vollzogen** werden, ausser wenn die Wettbewerbskommission den Vollzug auf Antrag der beteiligten Parteien aus wichtigen Gründen gestattet hat (KG 32<sup>2</sup>).

### iii) Prüfungsverfahren (KG 33)

- Prüfungsverfahren: Es wird untersucht;
- Der Inhalt der Meldung des Unternehmenszusammenschlusses wird publiziert;
- **Frist: 4 Monate**; wenn nichts abgeschlossen innerhalb dieser Frist, dann wird der Unternehmenszusammenschluss genehmigt.

### iv) Prüfung von Zusammenschlüssen bei Banken (KG 10<sup>3</sup>)

Sondernorm: Die EBK ist zuständig für Sanierungsübernahmen.

### v) Verfahren der Ausnahmegenehmigung (KG 36)

Erst nach Entscheid des Bundesrates beginnt die Frist zu laufen für die Beschwerdemöglichkeit an die Beschwerdeinstanz.

Der Bundesrat ist selber keine Beschwerdeinstanz!

### vi) Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs (KG 37 – 38)

Wenn ein Unternehmen die Fusion trotzdem vollzieht, kann die Wettbewerbskommission **die Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs** verlangen.

## 2. Zivilrechtliches Verfahren

- Durch das neue KG wurde das Zivilverfahren marginalisiert: Aus Kostengründen wird ihm das Verwaltungsverfahren vorgezogen.
- In den folgenden Fällen kommt es zu einem zivilrechtlichen Verfahren:
  - Im Bereich des Schadenersatzes;
  - Bei den vorsorglichen Massnahmen: Ein Zivilrichter wird weniger zurückhaltender sein als die Wettbewerbskommission;
  - Bei einem Verfahren über eine Vertragsverletzung wird die Einrede der Kartellrechtswidrigkeit gebracht
    - ➔ Der Richter muss eine Begutachtung der Wettbewerbskommission einholen.

## 3. Legitimation

Aktivlegitimiert sind nur die direkt Geschädigten (KG 12), also nicht Konsumentenschutzorganisation oder Berufsverbände.

## 4. Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs (KG 13)

Der Richter kann Verträge ganz oder teilweise ungültig erklären; bei Boykotts wäre der Kontrahierungszwang eine gute Lösung.

# VII. Sanktionen

## 1. Verwaltungssanktionen

### a) Zuständigkeit zur Verhängung von Verwaltungssanktionen

- Die Sekretariat (mit Einvernehmung eines Mitglieds des Präsidiums) untersucht, die Wettbewerbskommission entscheidet, Beschwerde an die Rekurskommission.
- Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen richten sich gegen das Unternehmen, die Strafsanktionen gegen natürliche Personen: Im Ergebnis dasselbe!
- Sanktionsfälle:

### b) Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen (KG 50)

Während in EU ohne Verwarnung sanktioniert wird, bedarf es in der Schweiz zuerst eine rechtskräftige Verfügung, welche danach verletzt wird.

Die Verfügung kann auf die dreifache Höhe des durch den Verstoß erzielten Gewinns lauten. Kann kein Gewinn ausgewiesen werden, so werden 10 % des Jahresumsatzes in der Schweiz als Busse gefordert.

### c) Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen (KG 51)

- Busse bis zu einer Million Franken.
- Fälle:
  - Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung;
  - Verstoß gegen Auflage;
  - Vollzug eines verbotenen Zusammenschlusses.
- Zweiter Verstoß: Busse bis zu 10 % des Gesamtumsatzes in der Schweiz.

### d) Andere Verstösse (KG 52)

## 2. Strafsanktionen

Die strafrechtlichen Sanktionen können nur natürliche Personen treffen und sind somit im Kartellrecht irrelevant.

# 6. Europäisches Kartellrecht

## I. Grundzüge und örtlicher Geltungsbereich

### 1. Grundzüge

Das EU-Kartellrecht beruht auf den folgenden drei Säulen:

- a) Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden (EGV 85);
- b) Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (EGV 86);
- c) Zusammenschlusskontrolle (Fusionskontrollverordnung).

Das EU-Kartellrecht geht von einem **Verbot** wettbewerbsbeschränkender Abreden aus, während die Schweiz lediglich eine Missbrauchsgesetzgebung kennt.

### 2. Örtlicher Geltungsbereich

Das EU-Kartellrecht ist auch anwendbar auf **Handlungen ausserhalb der EU**, wenn sich diese **innerhalb der EU auswirken (Auswirkungsprinzip)**.

## II. Verbot von Wettbewerbsabreden

### 1. Das Kartellverbot von EGV 85

Gemäss EGV 85 sind **alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.**

#### a) Unternehmen als Normenadressat

- Unternehmen: Diejenigen des privaten und des öff. Rechts, Rechtsform ohne Belang;
- Unternehmensvereinigungen: Zusammenschlüsse juristisch und wirtschaftlich selbständiger Unternehmen (Verbände).  
Innerhalb eines Konzerns sind wettbewerbsbeschränkende Abreden nicht möglich, denn es gibt keinen Wettbewerb innerhalb eines Konzerns.

#### b) Vereinbarung, Beschluss, aufeinander abgestimmte Verhaltensweise

Vgl. schw. KG

#### c) Relevanter Markt

Vgl. schw. KG

#### d) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt nicht nur dann vor, wenn sie zwischen den unmittelbar an einer Abrede Beteiligten erfolgt (also kartellintern), sondern auch dann, wenn sie sich auf die wirtschaftliche Betätigung Dritter auswirkt (also kartellexterne Wirkung hat). Dies ist zB der Fall, wenn Produzenten ihre Preise abgesprochen haben und der Abnehmer gezwungen ist, zu überhöhten Preisen zu kaufen.

#### e) Bezwecken *oder* Bewirken

Die bezweckte Massnahme muss **geeignet** sein, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

#### f) Zwischenstaatlicher Handel

- Die Wettbewerbsbeschränkung ist geeignet, den **Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten** zu beeinträchtigen. **Die Zwischenstaatlichkeitsklausel dient als Kollisionsnorm zur Abgrenzung von nationalem und EU-Kartellrecht.**
- Der Handel muss **in mehr als einem Mitgliedstaat beeinträchtigt** werden.
- "Beeinträchtigung": Der Handel zwischen Mitgliedstaaten entwickelt sich auf Grund der Vereinbarung **anders als es ohne die sich aus der Vereinbarung ergebende Beschränkung der Fall gewesen wäre.**

#### g) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Eine Bagatellbekanntmachung von 1996 hat eine "*de minimis*-rule" erstellt:

Marktanteil der an der Absprache beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt:

- > 5 % bei Horizontalabreden;
- > 10 % bei Vertikalabreden.

#### h) Einzeltatbestände

Diese Aufzählung einzelner Tatbestände ist **nicht abschliessend**. Ausserdem sind sie nicht per se verboten, sondern das Verbot gilt erst dann, wenn alle Voraussetzungen von EGV 85<sup>1</sup> erfüllt sind.

- Preisabrede;
- Mengenabrede;
- Gebietsaufteilung;
- Diskriminierungsverbot;
- Koppelungsverträge.

## 2. Rechtsfolgen bei Verstössen

### a) Zivilrechtlich (EGV 85<sup>2</sup>)

- Gegen das Kartellverbot von EGV 85<sup>1</sup> verstossende Vereinbarungen und Beschlüsse sind **ex tunc nichtig**, sofern die Wettbewerbsbeschränkung nicht durch eine Freistellung für zulässig erklärt wird.
- Sind nur Teile einer Vereinbarung oder eines Beschlusses kartellrechtswidrig, liegt **Teilnichtigkeit** vor.

### b) Verwaltungsrechtlich (Kartellverordnung Nr. 17/62)

- Die EU-Kommission kann **bei vorsätzlichen oder fahrlässigen (!) Verstössen** gegen EGV 85<sup>1</sup> empfindliche **Geldbussen** verhängen: 1 Mio. Euro oder 10% des von den betroffenen Unternehmen im letzten Geschäftsjahr weltweit erzielten Umsatzes (Art 15<sup>2</sup>).
- Verfügt die EU-Kommission in einem Verfahren Handlungs- oder Unterlassungspflichten gegen die am Verfahren beteiligten Unternehmen, so kann die Einhaltung dieser Pflichten mit Hilfe von **Zwangsgeldern** durchgesetzt werden (Art. 16).

## 3. Freistellung

### a) Allgemeine Voraussetzungen für eine Freistellung

Auch wenn eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise in den Anwendungsbereich von EGV 85 fällt, **sind solche Kartelle nicht in jedem Fall verboten**. Es besteht nämlich die Möglichkeit der sog. **Freistellung gemäss EGV 85<sup>3</sup>**, d.h. **EGV 85<sup>1</sup> wird im konkreten Fall für nicht anwendbar erklärt**.

**Kumulative Voraussetzungen** (zwei positive und zwei negative):

- **Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung bzw. zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts**; der **Vorteil** muss **spürbar** sein und die **Nachteile** der Wettbewerbsbeschränkung **überwiegen**;
- **Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem dadurch entstehenden Gewinn**, zB durch Preissenkungen, Qualitätssteigerungen oder Versorgungsverbesserungen;
- Keine Vereinbarung von Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Verwirklichung der beiden positiven Ziele **nicht unerlässlich** sind (**Subsidiaritätsprinzip**);
- **Keine Beseitigung des Wettbewerbs** für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren.

#### b) Einzelfreistellung

- Eine Einzelfreistellung erfolgt **auf Antrag durch Anmeldung der konkreten Wettbewerbsbeschränkung bei der EU–Kommission**, welche dann auch entscheidet. Ist die EU–Kommission grundsätzlich bereit, den Antrag gutzuheissen, so **veröffentlicht** sie den Inhalt des Antrags und fordert **Dritte zur Stellungnahme** auf.
- Die Einzelfreistellung kann mit **Auflagen und Bedingungen** verbunden werden; sie wird immer nur für eine **bestimmte Dauer** erteilt.
- Ein ablehnender Entscheid der EU–Kommission kann an der **Gerichtshof erster Instanz** und an den **EuGH** weitergezogen werden.
- Die Einzelfreistellung führt zu **voller zivilrechtlicher Wirksamkeit** der betreffenden Wettbewerbsbeschränkung. **Nationale Gerichte und Behörden sind an die Freistellung gebunden**.
- Die Anmeldung einer Wettbewerbsbeschränkung bewirkt zudem, dass **bis zum Entscheid der EU–Kommission keine Verwaltungsanktionen verhängt werden dürfen**, selbst wenn die Einzelfreistellung nicht gewährt werden sollte.
- In der Praxis werden immer mehr Anträge auf Einzelfreistellung durch sog. "**comfort letters**" erledigt. Es handelt sich um **informelle Verwaltungsschreiben** der Kommission, welche zwar **keine eigentliche Freistellung bewirken** und **weder die nationalen Behörden noch die nationalen Gerichte binden**. Trotz einer damit **verbleibenden gewissen Rechtsunsicherheit** schützt die Anmeldung auch in diesem Fall **vor der Auferlegung von Verwaltungsanktionen**.
- Nicht mit der Einzelfreistellung zu verwechseln ist das sog. **Negativattest**. Unternehmen können durch die EU–Kommission **feststellen** lassen, dass nach Auffassung der EU–Kommission **kein Verstoss gegen EGV 85<sup>1</sup> vorliegt** ("Persilschein"). **Im Gegensatz zur Einzelfreistellung fehlt es an einem Verstoss gegen EGV 85<sup>1</sup>**.

#### c) Gruppenfreistellung

- **Freigestellt werden nicht einzelne konkrete Wettbewerbsbeschränkungen in einem konkreten Vertrag, sondern ganze Gruppen von Absprachen, denen ein gleichartiger Sachverhalt zugrunde liegt**.
- Eine Gruppenfreistellung kann nur im Rahmen einer **Verordnung** erlassen werden (sog. **Gruppenfreistellungsverordnungen** oder GVO). **Die GVO haben die Einzelfreistellungen weitgehend verdrängt**.
- Die wichtigsten GVO:
  - Alleinvertriebsvereinbarungen (GVO Nr. 1983/83);
  - Alleinbezugsvereinbarungen (GVO Nr. 1984/83); vertikale Vereinbarungen
  - Spezialisierungsvereinbarungen (GVO Nr. 417/85); Du machst dies, ich mache das
  - Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (GVO Nr. 418/85);
  - Franchisevereinbarungen (GVO Nr. 4087/88);

- Technologietransfervereinbarungen (GVO Nr. 240/96). Patente, Know-how
- Neben diesen vertragsspezifischen GVO gibt es auch GVO für besondere Branchen wie:
  - Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftwerkzeuge (GVO Nr. 1475/95);
  - Vereinbarungen über Versorgungsleistungen auf Flughäfen (GVO Nr. 1617/93);
  - Vereinbarungen zwischen Unternehmen über computergesteuerte Buchungssysteme für den Luftverkehr (GVO Nr. 3652/93);
  - Vereinbarungen im Bereich der Versicherungswirtschaft (GVO Nr. 3932/92).
- Anders als bei der Einzelfreistellung ist bei der Gruppenfreistellung **eine Anmeldung bei der EU-Kommission nicht erforderlich**. Absprachen, welche die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit einer GVO erfüllen, sind **automatisch vom Kartellverbot von EGV 85<sup>1</sup> ausgenommen**.
- Aufbau einer GVO:
  - Eine **abstrakte Typenbeschreibung** bestimmt den **Anwendungsbereich** der betreffenden GVO;
  - Eine "**weisse Liste**" enthält alle Klauseln, welche wettbewerbsrechtlich zwar nicht unbedenklich sind, aber **freigestellt** werden;
  - In der "**schwarzen Liste**" sind jene Klauseln enthalten, welche auf **keinen Fall in eine Vereinbarung aufgenommen werden dürfen**, da sonst die GVO nicht anwendbar ist;
  - Die "**graue Liste**" enthält Klauseln, die weder weiss (also zulässig) noch schwarz (also unzulässig) sind.
    - ➔ Sie können in einem sogenannten **Widerspruchsverfahren** bei der EU-Kommission angemeldet werden; widerspricht diese nicht innerhalb von 6 Monaten, ist die Klausel freigestellt.

### III. Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen

Die **missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung**, die **geeignet ist, den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen**, ist gemäss EGV 86 **immer verboten**  
 ➔ keine Freistellungsmöglichkeit!

- 3 Voraussetzungen:
- Beherrschende Stellung;
  - Missbräuchliche Ausnutzung;
  - Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

#### 1. Die beherrschende Stellung

- Zuerst ist **der relevante Markt** zu bestimmen.
- Kriterien für die Marktbeherrschung: Marktbeherrschend ist ein Unternehmen, das sich unabhängig verhalten kann:
  - Gegen seine Mitwettbewerber (horizontal);
  - Gegen die Marktgegenseite (vertikal).

Das ist nur der Fall für **Monopolisten**.

- **Kollektive Marktbeherrschung**: Mehrere Unternehmen im engeren **Oligopol** nehmen gemeinsam die Marktbeherrschung ein. Die kollektive Marktbeherrschung setzt neben der **Unwirksamkeit des Aussenwettbewerbs** auch das **Fehlen wirksamen Innenwettbewerbs** voraus. Aufgrund der **Markttransparenz** verhalten sie sich gleichförmig gegenüber Kunden, insbesondere auf dem Gebiet der Preise und sonstigen Geschäftsbedingungen. Im Ergebnis stossen die Abnehmer überall auf ein **einheitliches Angebot**.

#### 2. Das Missbrauchsverbot von EGV 86

Diese Aufzählung **einzelner Tatbestände** ist nicht abschliessend. Ausserdem ist immer zu prüfen, ob ein **Missbrauch** vorliegt, also ob **keine sachlichen Gründen** vorhanden sind.

- a) Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen
- b) Einschränkung der Produktion, des Absatzes oder der technischen Entwicklung
- c) Diskriminierung der Handelspartner
- d) Koppelungsverträge
- e) Leistungsverweigerung
- f) Gezielte Preisunterbietung

### 3. Die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

= **Kollisionsnorm** zur Abgrenzung von nationalem und EU-Kartellrecht.

- Massgebend ist ausschliesslich die **objektive Beeinträchtigung**, ein Wille zum Missbrauch ist nicht erforderlich.
- Die **Möglichkeit** genügt.

### 4. Rechtsfolgen

Die nach EGV 86 unzulässigen Verhaltensweisen sind **automatisch verboten**, ohne dass es dazu einer **besonderen Feststellung** durch die EU-Behörden oder durch ein Gericht bedürfte. In diesem Punkt unterscheidet sich das europäische grundsätzlich vom schweizerischen Kartellrecht, nach welchem die Unzulässigkeit des Verhaltens zuerst von den Wettbewerbsbehörden rechtskräftig festgestellt werden muss, bevor bei einem weiteren Verstoss Sanktionen verhängt werden können.

#### a) Zivilrechtlich

→ **Nichtigkeit ex tunc** (analog EGV 85<sup>2</sup>)

Bei Boykotts kann der Richter dazu verurteilen, zu angemessenen Bedingungen zu kontrahieren (Kontrahierungszwang).

#### b) Verwaltungsrechtlich

Die EU-Kommission kann bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstössen gegen EGV 86 empfindliche Geldbussen verhängen.

## IV. Die Fusionskontrolle

### 1. Begriff

Der **Begriff des Zusammenschlusses** in der Fusionskontrollverordnung (FKVO) deckt sich mit **jenem im schweizerischen Recht**.

### 2. Insbesondere die Joint-venture

#### a) Kooperative Joint-venture (Teilfunktions – Gemeinschaftsunternehmen)

Nur ein Teilbereich wird ausgegliedert (zB nur die Produktion), die beteiligten Parteien bleiben weiter im gleichen Tätigkeitsgebiet wie das Gemeinschaftsunternehmen tätig (zB mit dem Vertrieb, Marketing)

→ "*Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens*" (FKVO 2<sup>4</sup>)

→ Wettbewerbsabrede! (EGV 85<sup>1/3</sup>)

#### b) Konzentrierte Joint-venture (Vollfunktions – Gemeinschaftsunternehmen)

Zwei Unternehmen erlangen gemeinsam die Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen oder gründen zusammen ein neues Unternehmen, welches sie gemeinsam kontrollieren und in welches mindestens Geschäftstätigkeiten eines Partners eingebracht werden; es entsteht ein "*GU, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt*" (FKVO 3<sup>2</sup>)

→ Unternehmenszusammenschluss! (EGV 87)

### 3. Meldepflichtige Zusammenschlussvorhaben (Aufgreifkriterien)

- Die FKVO findet nur Anwendung bei Zusammenschlüssen von **gemeinschaftswelter Bedeutung**, also bei eigentlichen **Grossfusionen**.
- Man soll nur melden ab einer bestimmten Grösse (FKVO 1<sup>2</sup>):
  - Alle beteiligten Unternehmen: Umsatz weltweit: > 5 Mia. €
  - Mindestens zwei der beteiligten Unternehmen: Umsatz EU-weit: Je > 250 Mio. €
  - Negativ: Es liegt kein gemeinschaftswelter Zusammenschluss vor, wenn alle beteiligten Unternehmen mehr als **zwei Drittel** ihres gemeinschaftswelten Umsatzes im **gleichen Mitgliedstaat** erzielen. In diesem Fall überlässt die EU die Beurteilung des Zusammenschlusses den **nationalen Wettbewerbsbehörden**  
→ **Kollisionsnorm!**
- Vo 1310 / FKVO 13: Neuregelung seit 1997. Die Kommission hat die Möglichkeit, sich für zuständig zu erklären zu tieferen Werten (2.5 Mia €). Dies ist eine Erleichterung für die Unternehmen, die sonst in jedem Mitgliedstaaten anmelden müssten!

### 4. Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben (Eingreifkriterien)

Unternehmenszusammenschlüsse, welche die Voraussetzungen von FKVO 1<sup>2</sup> erfüllen, sind an sich nicht unzulässig, sondern nur dann **verboten**,

- wenn sie eine **beherrschende Stellung begründen oder verstärken**  
*und* (kumulativ)
- dadurch **wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert** würde.

Zwei Unterschiede vom schweizerischen Kartellrecht:

- Die schweizerische Wettbewerbskommission kann nach KG 10<sup>2</sup> Bst. a einen Zusammenschluss erst untersagen, wenn durch den Zusammenschluss die **Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geschaffen** wird. FKVO 2<sup>3</sup> verlangt als Voraussetzung für die Untersagung des Zusammenschlusses dagegen **bloss eine erhebliche Behinderung**.
- Gemäss KG 10<sup>2</sup> Bst. b kann die schweizerische Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss nicht untersagen, wenn dieser eine **Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt** bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

### 5. Verfahren

#### a) Anmeldung

Im Gegensatz zum CH-Kartellrecht, das keine (direkte) Meldepflicht kennt, sind geplante Unternehmenszusammenschlüsse **anzumelden innerhalb einer Woche nach dem Vertragsschluss** (FKVO 4<sup>1</sup>). Ausserdem besteht bis zum Entscheid ein **Vollzugsverbot** (FKVO 7<sup>1</sup>).

#### b) Vorprüfung

- In der vorläufigen Prüfung werden die Aufgreifschwelle und die gemeinschaftswelter Bedeutung geprüft.
- Frist: Wenn die Kommission schweigt innerhalb **eines Monats**, ist der Zusammenschluss genehmigt.

#### c) Hauptverfahren

Das Hauptverfahren dauert **4 Monate**.

### 6. Rechtsfolgen bei Verstössen (FKVO 14)

- Unterlassung der Anmeldung: 1000 – 50000 € ;

- Vollzug trotz Verbots: Geldbussen bis zu 10 % des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes.

## 7. Das Verhältnis zum nationalen Recht betreffend die Fusionskontrolle

- Priorität zugunsten der EU (FKVO 21<sup>2</sup>): Untersucht die EU-Kommission, darf keine Untersuchung in den Mitgliedstaaten durchgeführt werden.  
Wenn die EU-Kommission verzichtet, dann werden 15 Verfahren eingeleitet!
- CH-Behörden:
  - Das Meldeformular wurde standardisiert und den EU-Normen angepasst;
  - Datenaustausch zwischen den CH- und den EU-Behörden.

## **7. Preisüberwachung**

Das PüG enthält kein Privatrecht, sondern nur öffentliches Recht. Es hat eindeutig ordnungspolitische Ziele. Waren, Dienstleistungen und Kredite (Ausnahme: Kredite der SNB und Löhne) unterstehen dem PüG.

Dem PüG unterstehen Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen des privaten oder öffentlichen Rechts. Zuständig ist der Preisüberwacher. Er arbeitet mit den nötigen Stellen zusammen. Das Verfahren beginnt mit einem Hinweis. Darauf folgen Erkundigungen mit anschliessenden versöhnlichen Verhandlungen. Scheitern diese, so hat der Preisüberwacher Verfügungskompetenz zur Preissenkung. Bei öffentlich-rechtlichen Organisationen fehlt die Verfügungskompetenz. Als Rechtsmittel gegen die Verfügung steht eine Beschwerde innert 30 Tagen offen. Es steht die VwGerBe ans BGer offen.

# 8. Gesellschaftsrecht

## I. Eingriffe des Börsengesetzes in das Gesellschaftsrecht

Literatur: AJP 1996, S. 391ff

### 1. Das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel

- Heute ist die **Einheit des Aktienrechts nur noch eine formelle**: Das Aktienrecht trifft für **grosse** (definiert über Bilanzsumme, Umsatzerlös und Arbeitnehmer<sup>1</sup>) bzw. **börsenkotierte Publikumsgesellschaften** einerseits und für **kleine und mittlere** bzw. **geschlossene Aktiengesellschaften ohne Auftritt am Kapitalmarkt** andererseits in wichtigen Bereichen **unterschiedliche** Regelungen.
- Das Börsengesetz von 24.3.1995 (Wirtschaftsverwaltungsrecht, **öffentliches Recht**) greift massiv in das Handelsrecht (**Privatrecht**) ein. Dem Börsengesetz werden **alle Gesellschaften mit Auftritt am Kapitalmarkt** (Anzahl: ca. 300) unterworfen.
- Das BEHG regelt die Voraussetzungen für den Börsenbetrieb und den gewerbsmässigen Effektenhandel im Sekundärmarkt<sup>2</sup> mit den folgenden Zielen:
  - 1) **Transparenz** und **Gleichbehandlung** für den Anleger sicherzustellen;
  - 2) Das **Funktionieren des Kapitalmarktes** zu garantieren.

### 2. Rechnungslegungsvorschriften und Ad hoc – Publizität

- Das Kotierungsreglement trägt den **international anerkannten Standards** (FER – Richtlinien) Rechnung<sup>3</sup>, welche viel schärfer als das Rechnungslegungs – Standard des Aktienrechts.
- Neu wird der **Grundsatz der "True and Fair View"**<sup>4</sup> statuiert, wodurch **die Schaffung von stillen Reserven verunmöglicht wird**.
- "**Ad hoc – Publizität**" = **Bekanntgabepflicht bei kursrelevanten Tatsachen**<sup>5</sup>: Die kotierte Gesellschaft wird verpflichtet, dem Markt kursrelevante Informationen unverzüglich – auch ausserhalb der ordentlichen Rechnungslegung – zukommen zu lassen. Als kursrelevant gelten neue Tatsachen, die wegen ihrer beträchtlichen Auswirkungen auf die Vermögens– und Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsgang der Gesellschaft geeignet sind, zu einer beträchtlichen Änderung der Kurse zu führen.

### 3. Meldepflicht für Beteiligungen

- OR 663c verpflichtet zwar börsenkotierte Gesellschaften, bedeutende Aktionäre (= die mehr als 5% aller Stimmrechte auf sich vereinigen) und deren Beteiligungen im Anhang zur Bilanz anzugeben. Die Gesellschaft kann nun aber grundsätzlich nicht mehr melden, als sie selbst weiss. Eine eigentliche Nachforschungspflicht trifft die Gesellschaft nicht; es handelt sich um eine **lex imperfecta**.
- Hier greift nun das BEHG korrigierend ein, indem es eine **Meldepflicht des Aktionärs** begründet<sup>6</sup>.
- Der Aktionär wird gegenüber **der betreffenden Gesellschaft und den Börsen, an denen das Papier gehandelt wird**, meldepflichtig.

<sup>1</sup> Vgl. OR 663e<sup>2</sup>, 727b

<sup>2</sup> Der Sekundärmarkt befasst sich mit bereits emittierten Kapitalmarktinstrumenten, während am Primärmarkt deren Emission erfolgt. Das BEHG ist nur auf den Sekundärmarkt anwendbar.

<sup>3</sup> BEHG 8<sup>3</sup>

<sup>4</sup> Art. 66 Kotierungsreglement

<sup>5</sup> Art. 72 Kotierungsreglement

<sup>6</sup> BEHG 20

- Die Meldepflicht wird begründet, wenn eine Beteiligung den Grenzwert von 5, 10, 20, 33.3, 50 oder 66.6 Prozent der Stimmrechte erreicht. Mit diesen Schwellen deckt das BEHG **alle aktienrechtlich relevanten Grenzwerte** ab.
- Die **Verletzung** der Meldepflichten kann mit einer **Busse bis zum doppelten Betrag des Kaufpreises** geahndet werden<sup>1</sup>.

#### 4. Beschränkung der Kompetenzen des Verwaltungsrats bei einem öffentlichen Kaufangebot

- Die Kontrolle über ein Unternehmen kann auf verschiedene Arten erreicht werden:
  - Durch sukzessiven Kauf von Aktien an der Börse;
  - Durch ausserbörslichen Erwerb von Aktienpaketen;
  - Durch ein **öffentliches Kaufangebot an die Aktionäre der Gesellschaft** ("*tender offer*")
    - ➔ Dieser letzten Spielart nimmt sich das BEHG an.
- **Dem Verwaltungsrat der kotierten Zielgesellschaft wird verboten**, von der Veröffentlichung des Kaufangebots bis zur Veröffentlichung des Ergebnisses **Rechtsgeschäfte abzuschliessen, durch welche der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde**<sup>2</sup>. Als bedeutende Veränderung von Aktiv- und Passivbestand gelten insbesondere Rechtsgeschäfte, die wesentliche Risiken oder Verpflichtungen mit sich bringen. Der strategischen Leitung werden hier also weitgehend die Hände gebunden. **Es wird dem Verwaltungsrat so verwehrt, die Gesellschaft nach Bekanntwerden des Übernahmeangebots noch schnell unattraktiv zu machen.**
- Von der Lähmung nicht betroffen ist das Tagesgeschäft des Managements; das operative Geschäft wird also durch ein öffentliches Kaufangebot grundsätzlich nicht gehemmt.
- Der **GV** bleibt die volle Handlungsfähigkeit auch nach erfolgtem Übernahmeangebot erhalten; die GV kann **präventive Abwehrmassnahmen** in die Statuten übernehmen:
  - Staffelung der Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern, verbunden mit riesigen Entschädigungsansprüchen;
  - Finanzielle Giftpillen (Ausgabe von Bezugsrechten weit unter dem Börsenwert, Gewinnausschüttung in Form von Gratisaktien), um die Attraktivität der Zielgesellschaft zu beeinträchtigen.
- Der Verwaltungsrat kann auch einen "*white knight*" suchen, also ein genehmeres Unternehmen, welches seinerseits die Zielgesellschaft übernehmen würde.

#### 5. Recht auf Ausschluss ("*Squeeze out*")

Das Börsengesetz hat ein völlig neues Institut geschaffen, nämlich die **Kraftloserklärung von Beteiligungspapieren**<sup>3</sup>, also de facto den **Rauswurf eines Aktionärs aus seiner Gesellschaft**: Wenn der Anbieter nach einem öffentlichen Kaufangebot **98% der Stimmrechte** einer Zielgesellschaft hält, kann er innert einer Frist von drei Monaten **vom Richter verlangen, dass die restlichen Beteiligungspapiere – gegen Auskauf – kraftlos erklärt werden**. Das läuft letztlich auf ein **Ausschlussrecht des Mehrheitsaktionärs** hinaus, etwas das im Aktienrecht undenkbar ist.

#### 6. Angebotspflicht / Austrittsrecht

- Wer Beteiligungspapiere erwirbt und **mehr als 33.3 % der Stimmen einer Gesellschaft auf sich vereinigt**, muss den übrigen Gesellschaftern **ein Angebot zur Übernahme der restlichen Beteiligungspapiere** unterbreiten<sup>4</sup>. Kaufbedingungen: Der Preis muss dem Börsenkurs entsprechen.
- **Diese Vorschrift verstösst gegen ein aktienrechtliches Fundamentalprinzip**, nämlich gegen das Verbot, dem Aktionär nebst der Liberierung seiner Anteile weitere Pflichten aufzuerlegen.

<sup>1</sup> BEHG 41

<sup>2</sup> BEHG 29<sup>2</sup>

<sup>3</sup> BEHG 33

<sup>4</sup> BEHG 32

- Zweifache Korrekturmöglichkeit:
  - Die Zielgesellschaften können in ihren Statuten den Grenzwert für die Auslösung der Angebotspflicht **bis auf 49 %** der Stimmrechte anheben;
  - Sie können vor der Kotierung statutarisch festlegen, dass **die Regelung des Zwangsangebots für sie nicht gilt** ("*opting out*").
- Die Pflicht zur Unterbreitung eines Angebots läuft praktisch auf ein **Austrittsrecht derjenigen freien Gesellschafter** hinaus, **welche sich mit den neuen Mehrheitsverhältnissen nicht abfinden wollen**.

## II. Fusion, Spaltung, Umwandlung, Sitzverlegung vom und ins Ausland

Literatur: SZW 1/1998, S. 1ff

### 1. Das geltende Recht und die heutige Praxis

- Die **gesetzliche Regelung** der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung ist äusserst **rudimentär**:
  - **Fusion**: Gesetzlich geregelt ist lediglich die Fusion zwischen Aktiengesellschaften<sup>1</sup>, zwischen Kommanditaktiengesellschaften und zwischen Genossenschaften sowie die rechtsformübergreifende Übernahme einer AG durch eine Kommanditaktiengesellschaft. Ebenfalls eine Art der Fusion regelt OR 751, wobei in diesem Fall eine Aktiengesellschaft nicht durch einen privatrechtlichen Rechtsträger, sondern durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts übernommen wird.
  - **Spaltung**: Die in der Praxis im Rahmen von Umstrukturierungen von Unternehmen immer häufiger vorkommende Spaltung bzw. Abspaltung und Veräusserung von Unternehmensteilen ist der schweizerischen Rechtsordnung unbekannt.
  - **Umwandlung**: Die Umwandlung der Rechtsform eines Unternehmens ist im geltenden Recht nur für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH<sup>2</sup> vorgesehen.
  - **Sitzverlegung ins Ausland und von ausländischen Unternehmen in die Schweiz sowie grenzüberschreitende Fusion und Spaltung**: Das geltende Recht regelt lediglich die Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz und umgekehrt<sup>3</sup>, nicht jedoch die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung.
- **Die heutige Praxis ist sehr liberal**, es kommt häufig zu gesetzlich nicht vorgesehenen Vorgängen<sup>4</sup>. Allerdings birgt der bestehende Zustand ein erhebliches Mass an **Rechtsunsicherheit**.
- Das neue **Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern**<sup>5</sup> will klare Verhältnisse schaffen. Es wird die bisherigen obligationsrechtlichen Normen über die Fusion ersetzen, die Spaltung sowie die Umwandlung eines Rechtsträgers in eine andere Rechtsform unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen regeln. Das neue Gesetz befasst sich zudem mit der Fusion von Instituten des öffentlichen Rechts mit privatrechtlich organisierten Rechtsträgern und der Umwandlung öffentlichrechtlicher Institute in Rechtsträger mit privatrechtlicher Rechtsform. Dabei werden nicht nur inländische, sondern auch grenzüberschreitende Vorgänge erfasst.

<sup>1</sup> OR 748 f

<sup>2</sup> OR 824 ff

<sup>3</sup> IPRG 161 f und 163 f und HregV 50 ff

<sup>4</sup> Blosser Umwandlung der Rechtsform einer GmbH in eine AG ist trotz fehlender gesetzlicher Grundlage auch ohne Liquidation möglich (BGE 125 III 18 ff).

<sup>5</sup> BBl 1997 IV 1514 (16.12.1997)

## 2. Fusion

### a) Die echte Fusion

**Vertraglich vereinbarte Verschmelzung von 2 (oder mehr) Gesellschaften zu einer einzigen Gesellschaft;** Begriffselemente:

- **Auflösung ohne Liquidation;**
- Vermögensübergang durch **Universalsukzession;**
- Wahrung der **mitgliedschaftlichen Kontinuität;**
- **Untergang mindestens einer juristischen Person.**

### i) Absorptionsfusion

- **Eine bestehende Gesellschaft übernimmt eine oder mehrere andere und bleibt bestehen, während diese untergehen<sup>1</sup>.**
- GV der untergehenden Gesellschaft: Der Fusionsbeschluss bedarf der **qualifizierten Mehrheit** (OR 704<sup>1</sup> Ziff. 8: "*Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation*") und ist öffentlich zu beurkunden<sup>2</sup>.
- Eine solche Fusion wird meist finanziert durch eine **Kapitalerhöhung** der übernehmenden Gesellschaft unter **Ausschluss der Bezugsrechte der Aktionäre<sup>3</sup>**. Aus diesem Grund (OR 704<sup>1</sup> Ziff. 6) und auch weil eine Kapitalerhöhung mit Sacheinlage vorliegt (OR 704<sup>1</sup> Ziff. 5), ist dann **die qualifizierte Mehrheit** erforderlich.

### ii) Kombinationsfusion

- **Alle beteiligten Gesellschaften lösen sich in einer neu zu gründenden Gesellschaft auf<sup>4</sup>.**
- Kombinationsfusionen sind **aus steuerlichen Gründen eher selten.**
- OR 749<sup>2</sup> enthält zwei Verweisungen:
  - Verwiesen wird zunächst auf die Vorschriften über die **Gründung<sup>5</sup>**. Diese Bestimmungen sind vor allem bezüglich der Errichtung und Entstehung der neuen Gesellschaft, die das Vermögen der bisherigen Gesellschaft übernehmen soll, bedeutsam.
  - Als zweites wird verwiesen auf die Regeln der **Absorption**. Diese sind massgebend mit Bezug auf die vermögensmässige Universalsukzession, die Kontinuität der Mitgliedschaft und den Gläubigerschutz.

### iii) Zulässige Fusionsmöglichkeiten

- Das Fusionsgesetz regelt die Fusionen von:
  - Aktiengesellschaften;
  - Kommanditaktiengesellschaften;
  - Gesellschaften mit beschränkter Haftung;
  - Kollektivgesellschaften;
  - Kommanditgesellschaften;
  - Genossenschaften;
  - Stiftungen, sofern die Zwecke miteinander kompatibel sind<sup>6</sup>;
  - Vereinen.
- **Fusionen der vom Gesetz erfassten Rechtsträger mit Rechtsträgern der gleichen Rechtsform sind immer zulässig.**

---

<sup>1</sup> OR 748

<sup>2</sup> OR 647<sup>1</sup>

<sup>3</sup> OR 652b<sup>2</sup>

<sup>4</sup> OR 749

<sup>5</sup> OR 629 ff

<sup>6</sup> FusG 4<sup>5</sup>

- Darüber hinaus gestattet das Gesetz die folgenden **rechtsformübergreifenden Fusionen**<sup>1</sup>:
  - Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung) mit Kapitalgesellschaften in anderer Rechtsform;
  - Kapitalgesellschaften mit Genossenschaften;
  - Kapitalgesellschaften als übernehmende Rechtsträger mit Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (aber nicht umgekehrt);
  - Genossenschaften als übernehmende Rechtsträger mit Vereinen; als übertragende Rechtsträger mit Vereinen jedoch nur, falls keine Anteilscheine bestehen;
  - Personalvorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform der Genossenschaft oder der Stiftung.
- **Vorbehalt:**
  - Der Partner befindet sich **in Liquidation**: Ein Rechtsträger in Liquidation kann sich als übertragender Rechtsträger an der Fusion nur beteiligen, wenn mit der Verteilung des Liquidationserlöses noch nicht begonnen wurde<sup>2</sup>. Als übernehmender Rechtsträger kommt er hingegen nicht in Frage.
  - Der Partner weist einen **Kapitalverlust** oder eine **Überschuldung** aus: Ein Rechtsträger, dessen Bilanz einen Kapitalverlust oder gar eine Überschuldung ausweist, kann nur fusionieren, wenn sein Fusionspartner über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterbilanz bzw. der Überschuldung verfügt<sup>3</sup>.

#### iv) Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

- Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers haben Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger, welche ihren bisherigen Rechten entsprechen. Dabei sind das Vermögen der beteiligten Rechtsträger, die Verteilung der Stimmrechte und andere relevante Umstände zu berücksichtigen<sup>4</sup>. Zum Spitzenausgleich beim Umtausch kann eine Ausgleichszahlung vorgesehen werden; diese darf aber nicht höher sein als ein Zehntel des wirklichen Werts der gewährten Anteile<sup>5</sup>.
- Die Fusionspartner können im Fusionsvertrag vereinbaren, dass die Gesellschafter zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung wählen können bzw. dass nur eine Abfindung ausgerichtet wird. Im zweiten Fall ist allerdings die Zustimmung aller Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erforderlich<sup>6</sup>.

#### v) Verfahrensmässiger Ablauf der Fusion

- 1) **Fusionsvertrag, Fusionsbericht und Prüfung**: Die obersten Leitungsorgane der Fusionspartner müssen einen **schriftlichen Fusionsvertrag** abschliessen und in einem **schriftlichen Bericht** die Fusion aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht erläutern und **begründen**. Der Inhalt des Fusionsvertrags und -berichts ist gesetzlich zwingend vorgeschrieben. Fusionsvertrag und Fusionsbericht sind **durch einen besonders befähigten Revisor zu prüfen**, welcher einen **schriftlichen Prüfungsbericht** vorzulegen hat, dessen Mindestinhalt ebenfalls vom Gesetz vorgeschrieben ist.
- 2) **Auflage und Einsichtsrecht**: Der **Fusionsvertrag** ist mindestens 30 Tage vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung bei den am jeweiligen Sitz der beiden Fusionspartner zuständigen Handelsregisterämtern zur Einsicht **aufzulegen**. Zudem sind der **Fusionsvertrag**, der **Fusionsbericht** und der **Prüfungsbericht** sowie **die Jahresrechnungen und Jahresberichte der drei letzten Geschäftsjahre** am Sitz der an der Fusion beteiligten Rechtsträger **zur Einsicht durch die Gesellschafter aufzulegen**<sup>7</sup>.
- 3) **Fusionsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister**: Das Gesetz legt für die einzelnen Rechtsformen die Beschlussquoren der Generalversammlung fest, welche bei der Genehmigung des

<sup>1</sup> FusG 4

<sup>2</sup> FusG 5

<sup>3</sup> FusG 6

<sup>4</sup> FusG 7<sup>1</sup>

<sup>5</sup> FusG 7<sup>2</sup>

<sup>6</sup> FusG 18<sup>5</sup>, vgl. OR 706<sup>2</sup> Ziff. 4

<sup>7</sup> FusG 17

Fusionsvertrages erreicht werden müssen<sup>1</sup>. Z.B. bei Aktiengesellschaften: Mindestens zwei Drittel der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen, welche mindestens die absolute Mehrheit des Aktiennennwerts vertreten<sup>2</sup>.

- 4) **Der Fusionsbeschluss ist öffentlich zu beurkunden<sup>3</sup>**. Die Fusion wird **mit der Eintragung im Handelsregister wirksam**. Zum gleichen Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven des übertragenden Rechtsträgers von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über (**Universalsukzession**) und der übertragende Rechtsträger wird **von Amtes wegen gelöscht**. Anders als im geltenden Recht<sup>4</sup> erfolgt die Löschung des übernommenen Rechtsträgers gleichzeitig mit der Eintragung der Fusion in das Handelsregister. **Der Fusionsbeschluss ist im SHAB zu veröffentlichen**. Dabei sind die Gläubiger auf ihre Rechte aufmerksam zu machen.
- FusG 23 sieht ein **erleichtertes Fusionsverfahren** für Kapitalgesellschaften vor, wenn die übernehmende Kapitalgesellschaft 100 % der Stimmrechte der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt (Tochtergesellschaft im Konzern).

#### vi) Gläubigerschutz

Bei einer Fusion **besonders gefährdet** sind die **Gläubiger**. **Gesetzliche Doppelsicherung:**

- Innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses können die Gläubiger der an der Fusion beteiligten Rechtsträger (d.h. des übernehmenden und des übernommenen Unternehmens) vom übernehmenden Rechtsträger die **Sicherstellung ihrer Forderungen** verlangen. Die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn der übernehmende Rechtsträger nachweisen kann, dass die Forderung durch die Fusion nicht gefährdet wird<sup>5</sup>. Anstelle der Sicherheitsleistung kann der Schuldner die Forderung erfüllen, sofern dadurch keine anderen Gläubiger geschädigt werden.
- Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers, welche vor der Fusion für dessen Verbindlichkeiten hafteten, bleiben für sämtliche Verbindlichkeiten, welche vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses begründet wurden, noch **während fünf Jahren persönlich haftbar**<sup>6</sup>.

#### b) Die unechte Fusion und die Quasifusion

Sie sind Kinder der Praxis.

##### i) Die unechte Fusion

- **Übernahme des Unternehmens einer anderen Gesellschaft mit Aktiven und Passiven gemäss OR 181:** Es erfolgt **keine Universalsukzession**, sondern eine **Reihe von Singularsukzessionen**. Die übertragende Gesellschaft erhält **als Gegenleistung Aktien der übernehmenden Gesellschaft**. Die übertragende Gesellschaft kann alsdann **liquidiert** werden, wobei die erhaltenen Aktien als Liquidationserlös an deren Aktionäre ausgeschüttet werden.
- In ihrer wirtschaftlichen Zielsetzung kommt die Übernahme von Teilen der Aktiven bzw. Passiven nach OR 181 einer Ausgliederung sehr nahe, mit dem Unterschied, dass der Schutz der Gesellschafter bzw. der Gläubiger bei der Übernahme nach OR 181 weniger weit geht. Aus diesem Grund bestimmt **ein neuer OR 181<sup>4</sup>**, dass die Übertragung eines Vermögens oder eines Geschäftes einer Aktiengesellschaft, Kommandit-AG, GmbH oder Genossenschaft **nach den Bestimmungen über die Fusion oder Spaltung gemäss FusG zu erfolgen** hat.

##### ii) Die Quasifusion

Sie bewirkt **keine juristische Verschmelzung**; sie betrifft nur das Verhältnis der übernehmenden AG zu den Aktionären der übernommenen AG. Eine Gesellschaft **erwirbt sämtliche Aktien einer anderen**

<sup>1</sup> FusG 18. Ist die Fusion mit einer Zweckänderung beim übertragenden Rechtsträger verbunden, welche (von Gesetzes wegen oder statutarisch) eine andere Mehrheit erfordert, so gelten beide Mehrheitserfordernisse.

<sup>2</sup> Dies entspricht dem Quorum für wichtige Beschlüsse in der AG gemäss OR 704.

<sup>3</sup> FusG 19

<sup>4</sup> OR 748 Ziff. 7

<sup>5</sup> FusG 25

<sup>6</sup> FusG 26

**Gesellschaft** durch **Aktienaustausch**: Den Aktionären der übernommenen Gesellschaft werden als Gegenleistung Aktien der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen. **Die übernommene Gesellschaft bleibt** als Tochtergesellschaft der übernehmenden **bestehen**

→ Konzernbildung.

### 3. Spaltung

- Aufteilung einer Unternehmung in zwei oder mehrere Unternehmungen.
- Die Spaltung ist nur für bestimmte Rechtsformen möglich<sup>1</sup>:
  - Kapitalgesellschaften;
  - Genossenschaften;
  - Personalvorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform einer Genossenschaft.
- Spaltungsvertrag / Spaltungsplan, Spaltungsbericht, Prüfung dieser Dokumente durch einen besonders befähigten Revisor, Einsichtsrecht, Gläubigerschutz
  - Ähnlichkeit mit den Vorschriften bei der Fusion.

### 4. Umwandlung

- Auch die Umwandlung der Rechtsform ist nur für **eine im Gesetz abschliessend aufgezählte Art von Rechtsträgern** möglich<sup>2</sup>:
  - Eine **Kapitalgesellschaft** kann sich in eine **Kapitalgesellschaft in anderer Rechtsform** sowie in eine **Genossenschaft** umwandeln;
  - Eine **Kollektivgesellschaft** kann sich in eine **Kapitalgesellschaft** oder in eine **Kommanditgesellschaft** umwandeln;
  - Eine **Kommanditgesellschaft** kann sich in eine **Kapitalgesellschaft** oder in eine **Kollektivgesellschaft** umwandeln;
  - Eine **Genossenschaft** kann sich in eine **Kapitalgesellschaft** oder in einen **Verein** umwandeln (allerdings nur, sofern sie über keine Anteilscheine verfügt);
  - Ein **Verein** kann sich in eine **Genossenschaft** umwandeln, falls er im Handelsregister eingetragen ist.
- Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht, Prüfung dieser Dokumente durch einen besonders befähigten Revisor
  - Ähnlichkeit mit den Vorschriften bei der Fusion.
- Die Gesellschafter, welche vor der Umwandlung für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft hafteten, bleiben noch **während fünf Jahren** nach der Veröffentlichung der Umwandlung für Verbindlichkeiten **persönlich haftbar**, welche vor der Umwandlung begründet wurden.

### 5. Fusion und Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts

Das Fusionsgesetz legt die Voraussetzungen fest, unter denen **Institute des öffentlichen Rechts mit privatrechtlichen Rechtsträgern fusionieren** oder **sich in privatrechtliche Rechtsträger umwandeln** können. Die Spaltung ist für das Institut des öffentlichen Rechts nicht vorgesehen; das ist einleuchtend, da es sich dabei doch um einen verwaltungsinternen Vorgang handelt, der nach öffentlichrechtlichen Bestimmungen durchzuführen ist.

#### a) Die Fusion eines Instituts des öffentlichen Rechts mit einem privatrechtlichen Rechtsträger

- Der öffentlichrechtliche Rechtsträger muss in einem ersten Schritt die Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, welche in die Fusion einfließen sollen, in einem **Inventar** aufnehmen.

---

<sup>1</sup> FusG 40

<sup>2</sup> FusG 69

- Die folgenden privatrechtlichen Institutionen stehen als Fusionspartner eines Instituts des öffentlichen Rechts zur Verfügung:
  - Kapitalgesellschaften;
  - Genossenschaft;
  - Verein;
  - Stiftung.
- Das Vorgehen bei einer Fusion mit einem Institut des öffentlichen Rechts unterscheidet sich für den privatrechtlich organisierten Rechtsträger nicht von einer gewöhnlichen Fusion mit einem anderen privatrechtlichen Rechtsträger.
- Beim Vorgehen **auf Seiten des Instituts des öffentlichen Rechts** sind dagegen folgende Punkte zu beachten:
  - Der **Beschluss über die Zustimmung zur Fusion** und das **Einsichtsrecht** richten sich nach den **öffentlichen Vorschriften des betreffenden Gemeinwesens**;
  - Die **Haftung des Gemeinwesens** dagegen richtet sich nach den Vorschriften des **Fusionsgesetzes**.

#### b) Die Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts in einen privatrechtlichen Rechtsträger

- Der **Beschluss über die Umwandlung** und das in diesem Zusammenhang zu gewährende **Einsichtsrecht** richtet sich nach den **öffentlichen Vorschriften des betreffenden Gemeinwesens**;
- Im übrigen finden aber auch auf die Umwandlung die Vorschriften des **Fusionsgesetzes** sinngemäss Anwendung, insbesondere auch die Bestimmung über die **Haftung**.

### 6. Sitzverlegung vom und ins Ausland sowie die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung

Diese Sachverhalte werden nicht vom Fusionsgesetz erfasst, sondern im Rahmen einer Revision des IPRG geregelt. Während für die Sitzverlegung die bisherigen Bestimmungen nach wie vor Anwendung finden, wird die Regelung der grenzüberschreitenden Fusion und Spaltung neu ins IPRG aufgenommen.

#### a) Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz

Nur wenn die Voraussetzungen von IPRG 161<sup>1</sup> (= HregV 50<sup>1</sup>) erfüllt sind, ist keine Liquidation erforderlich.

#### b) Sitzverlegung von der Schweiz ins Ausland

IPRG 163<sup>1</sup> (= HregV 51<sup>1</sup>)

Die Gläubiger sind zu schützen. Die AG darf erst gehen, wenn die Forderungen aller Gläubiger befriedigt sind.

#### c) Grenzüberschreitende Fusion und Spaltung

VE IPRG 163a ff

### 7. Der Rechtsschutz

#### a) Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Jeder Gesellschafter kann innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung eines Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschlusses vom Richter verlangen, dass **die Angemessenheit der gewährten Anteils- und Mitgliedschaftsrechte überprüft wird**, und im Falle der Unangemessenheit eine **Ausgleichszahlung** verlangen. Diese Klage hemmt den Vollzug der Fusion, Spaltung oder Umwandlung nicht<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> FusG 91

## b) Anfechtungsklage

Werden **Bestimmungen des Fusionsgesetzes verletzt**, so können die Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger den Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschluss innerhalb von sechs Monaten nach dessen Veröffentlichung **anfechten**, allerdings **nur, wenn sie dem Beschluss selbst nicht zugestimmt haben<sup>1</sup>**.

## c) Verantwortlichkeitsklage

**Alle mit der Fusion, Spaltung oder Umwandlung befassten Personen** (unter Einschluss des Revisors) sind den beteiligten Rechtsträgern wie auch deren Gesellschaftern und Gläubigern zum Ersatz eines allfälligen Schadens verpflichtet, den sie in absichtlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzung verursacht haben. Die entsprechenden **aktienrechtlichen Vorschriften** sind analog anwendbar.

# III. Der Konzern

In der Schweiz werden 60 % des Bruttosozialproduktes durch Konzerne erwirtschaftet.

## 1. Der Begriff des Konzerns

### a) Der gesetzliche Konzernbegriff im Aktienrecht

- Der Konzern ist eine **Zusammenfassung mehrerer juristisch selbständigen Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung** (OR 663e<sup>1</sup>):
  - **Juristische Selbständigkeit;**
  - **Wirtschaftliche Einheit.**
- Die Basis der Beherrschung spielt keine Rolle:
  - Mehrheitsbeteiligung;
  - Vertrag (2 Gesellschaften verpflichten sich gegenseitig zur Unterwerfung unter eine Leitung);
  - Personelle Verflechtungen (Mehrheit im Verwaltungsrat);
  - Faktische Abhängigkeit.
- Die Möglichkeit der Beherrschung genügt allein nicht, sondern es muss **tatsächlich beherrscht** werden: Die **wirtschaftliche Einheit** muss zustandekommen.
- Das Vorliegen eines Konzerns ist schwierig zu beweisen, was die Interessen der Gläubiger und der Mehrheitsaktionären gefährden kann. Die einzige Lösung wäre eine (widerlegbare) Vermutungskaskade (so in Deutschland):
  - 1) Wer die Mehrheit hat, der beherrscht.
  - 2) Wer beherrscht, der leitet.

### b) Abgrenzung des Konzerns von anderen Erscheinungsformen

#### i) Holding

- Die Holding ist eine Unternehmung, deren Hauptzweck darin besteht, **Beteiligungen anderer Gesellschaften auf Dauer zu halten<sup>2</sup>**.
- Man unterscheidet:
  - Die reine Holding: Hält nur Beteiligungen, ohne operativ ins Geschäft ihrer Beteiligungsgesellschaften einzugreifen.
  - Die gemischte Holding (Stammhaus): Ist selber unternehmerisch. Die **Konzernleitung** ist eine Holding.
  - Die Kontrollholding: Kontrolliert Beteiligungen, nimmt Führungsaufgaben wahr.
  - Die Anlageholding: Tätigkeit von Anlagen, keine Führungsfunktion.

---

<sup>1</sup> FusG 92

<sup>2</sup> OR 708<sup>1</sup>, 671<sup>4</sup>

## ii) Kartell = Wettbewerbsabrede

Vereinbarung zwischen wirtschaftlich selbständigen Unternehmen, die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt<sup>1</sup>. Ein Konzern ist eine wirtschaftliche Einheit, es gibt **keinen Wettbewerb innerhalb eines Konzerns. Konzerninterne Abreden sind daher keine Wettbewerbsabreden.**

## iii) Zweigniederlassung

Juristisch nicht selbständiger Bestandteil des Gesamtunternehmens.

## 2. Die Konzernbildung

### a) Motive für die Konzernbildung

#### i) Betriebswirtschaftliche Gründe

- Der **Vertikalkonzern** umfasst Unternehmen, die verschieden, absatzmässig aufeinanderfolgenden Wirtschaftsstufen gehören  
→ **Kostensenkung** durch Beseitigung von Zwischengewinnen.
- Der **Horizontalkonzern** umfasst Gesellschaften, die produktions- und absatzmässig auf der gleichen Marktstufe stehen.  
→ **Günstigere Kosten** durch Rationalisierung von Produktionskosten.
- Der Konzern besteht aus mehreren juristisch selbständigen Unternehmen / Haftungssubstraten  
→ **Haftungsbarriere**

#### ii) Steuerrechtliche Gründe

- **Holdingsprivileg: Wirtschaftliche Mehrfachbelastungen** (Besteuerung von Ertrag und Vermögen zunächst bei der beherrschten Tochtergesellschaft und anschliessend noch einmal bei der Holdinggesellschaft) sollen eliminiert oder stark gemildert werden.
- Man kann den Sitz des Konzerns in einen steuergünstigen Kanton/Land setzen.

#### iii) Kartellrechtliche Gründe

Umgehung von KG 5 (Wettbewerbsabreden)

### b) Entstehungsarten

#### i) Endogener Konzernaufbau

Der Konzern erwächst aus sich selbst: Die Muttergesellschaft gründet eine Tochtergesellschaft.

#### ii) Exogener Konzernaufbau

Der Konzern erwächst von aussen, indem er andere Gesellschaften erwirbt durch:

- Akquisition;
- Fusion;
- Joint-venture;
- Konzernvertrag.

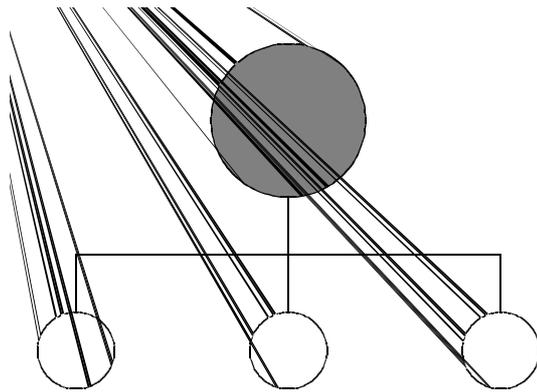
---

<sup>1</sup> KG 4<sup>1</sup>

c) Mögliche Strukturen eines Konzerns

i) Die Stammhauslösung (Phase I)

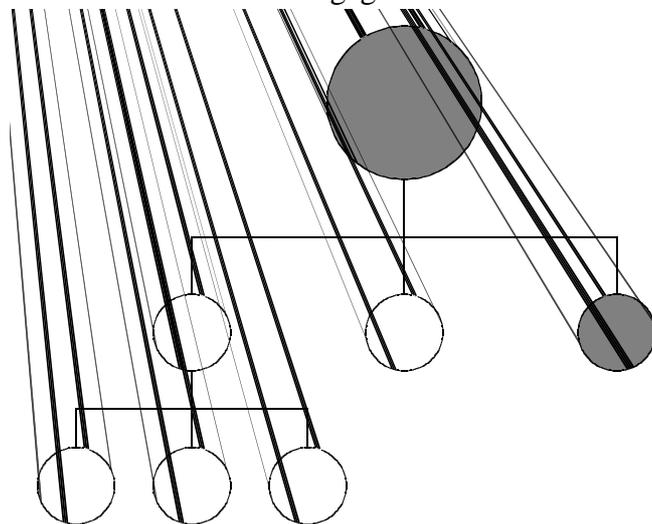
Eine Gesellschaft betreibt ein Geschäft, begründet andere Gesellschaften, führt aber ihre Geschäfte weiter.



- 3 Funktionen im selben Unternehmen:
- Stammhaus
  - Konzernleitung
  - Holding

ii) Die Holdinglösung (Phase II)

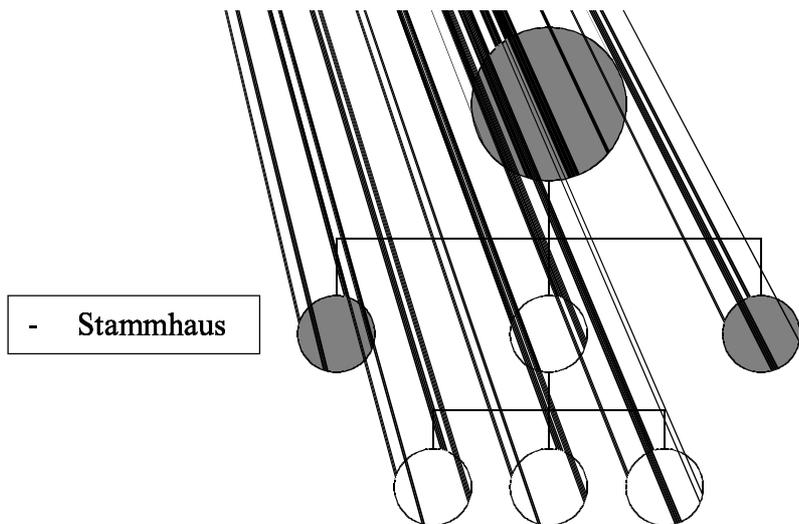
Das Stammhaus wird ausgegliedert.



- Holding  
- Konzernleitung

- Stammhaus

iii) Konzerne mit einer separaten Managementgesellschaft (Phase III)



- Holding

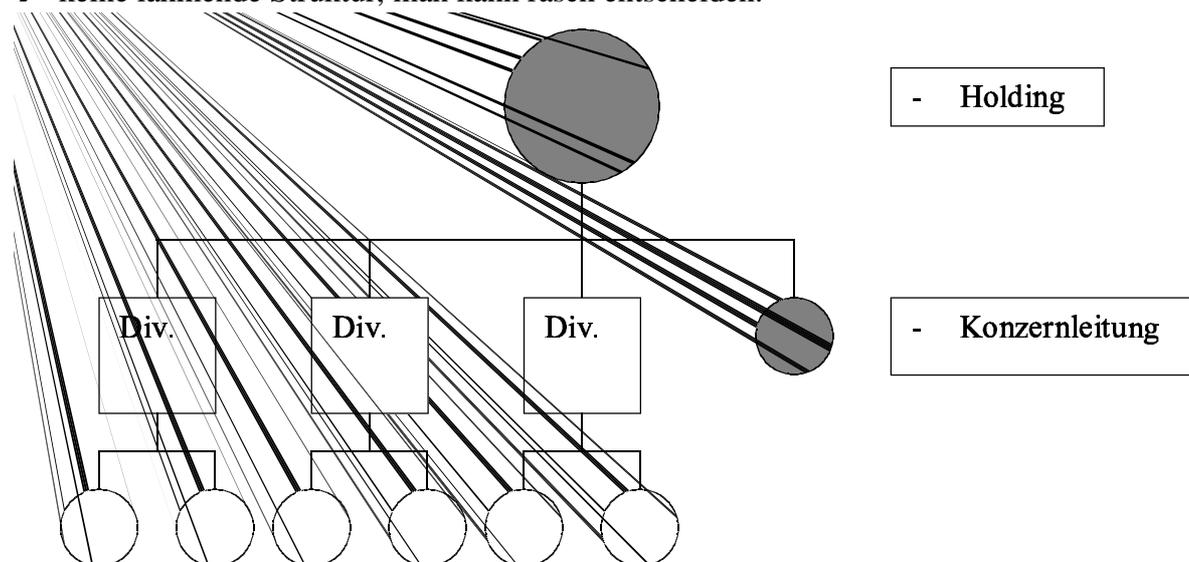
- Stammhaus

- Konzernleitung

#### iv) Divisionale Konzernstruktur (Phase IV)

Ausgliederung in verschiedene Geschäftsbereichen

→ keine lähmende Struktur, man kann rasch entscheiden.



Ziff. i), ii), iii) und iv) sind **die 4 Entwicklungsphasen einer Konzerngesellschaft, die sich vergrößert.**

#### d) Mögliche Gesellschaftsformen als herrschendes Unternehmen

- Kapitalgesellschaft (AG / Kommandit-AG / GmbH);
- Genossenschaft;
- Verein (nur ideeller Zweck!);
- Kollektiv- / Kommanditgesellschaft? Rechtlich möglich;
- Einfache Gesellschaft? Kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe → unmöglich!

#### e) Mögliche Gesellschaftsformen als abhängiges Unternehmen

Kriterium: Das Unternehmen muss beherrschbar sein.

- Kapitalgesellschaft
- Genossenschaft? Aufgrund des Kopfstimmrechts<sup>1</sup> hat der Konzern nur eine Stimme; möglich ist aber eine freiwillige Unterwerfung unter der Konzernleitung.
- Kollektivgesellschaft? Nein: Gesellschafter dürfen nur natürliche Personen sein.
- Kommanditgesellschaft? Nein: Komplementäre dürfen nur natürliche Personen sein.

### 3. Die Konsolidierungspflicht und die verstärkte Publizität

?sind die **Rechtsfolgen** des Vorliegens eines Konzerns.

#### a) Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung (OR 663e)

- Konzerne müssen eine **konsolidierte Jahresrechnung**, eine **Konzernrechnung** erstellen. Die Konsolidierungspflicht trifft nur schweizerische Gesellschaften von bestimmter Grösse:
  - Bilanzsumme > 10 Mio.
  - Umsatzerlös > 20 Mio.
  - Arbeitnehmer > 200
- Zwei dieser Voraussetzungen müssen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten werden.

<sup>1</sup> OR 885

Kleinere Konzerne sind trotzdem in mehreren Fällen zur Konsolidierung verpflichtet: OR 663e<sup>3</sup>. Die Konsolidierungspflicht trifft nicht die Zwischengesellschaften (Subkonzerne)<sup>1</sup>.

- Die Konzernrechnung behandelt den Konzern als eine **Einheit**: Alle finanziellen Transaktionen zwischen herrschenden und abhängigen Gesellschaften werden **saldiert**, so dass Einzeltransaktionen nicht mehr ersichtlich sind. Gläubiger und Aktionären abhängiger Gesellschaften können aufgrund der Konzernrechnung also nicht beurteilen, ob ihre Gesellschaft im Interesse des Konzerns durch eine bestimmte Transaktion geschädigt wurde. Immerhin haben die Aktionären der abhängigen Gesellschaft Kontrollrechte: Auskunfts- und Einsichtsrecht, Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung.
- **Schutzklausel**<sup>2</sup>: Die Obergesellschaft darf in der Konzernrechnung **auf Angaben verzichten**, welche dem Konzern **erhebliche Nachteile** bringen könnten.
- Die Konzernrechnung muss mit dem Revisionsbericht entweder **im SHAB publiziert** oder **jedermann** auf Verlangen und gegen Kostenerstattung innerhalb eines Jahres zugestellt werden, allerdings nur, wenn die Konzernobergesellschaft den Kapitalmarkt benutzt<sup>3</sup>.
- Gilt OR 663e<sup>1</sup> nur für AG-Konzerne?
  - OR 764<sup>2</sup>: Verweisungsnorm für die **Kommandit-AG**;
  - OR 805: Verweisungsnorm für die **GmbH**;
  - OR 858<sup>2</sup>: Verweisungsnorm für Genossenschaften, aber nur **Kreditgenossenschaften** und **Versicherungsgenossenschaften**, nicht Migros oder Coop.

#### b) Die Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Beteiligungsverhältnisse (OR 663b Ziff. 7)

- Voraussetzung: **Wesentlichen Einfluss** auf die **Ertragslage** der Muttergesellschaft.
- Diese Bestimmung ist einseitig auf die Interessenlage der **herrschenden Gesellschaft** ausgerichtet: Nur die Aktionäre der herrschenden Gesellschaft werden dadurch geschützt.

#### c) Die Pflicht zur Bekanntgabe bedeutender Aktionäre (OR 663c)

- OR 663c verpflichtet zwar **börsenkotierte Gesellschaften, bedeutende Aktionäre** (= die **mehr als 5% aller Stimmrechte** auf sich vereinigen) und deren **Beteiligungen** im **Anhang** zur Bilanz anzugeben. Die Gesellschaft kann nun aber grundsätzlich nicht mehr melden, als sie selbst weiss. Eine eigentliche Nachforschungspflicht trifft die Gesellschaft nicht; es handelt sich um eine *lex imperfecta*.
- Hier greift nun das BEHG korrigierend ein, indem es eine **Meldepflicht des Aktionärs** begründet<sup>4</sup>.

### 4. Die Führung im Konzern und die Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrats

- Die Aufgaben der Konzernleitung sind vergleichbar mit denjenigen eines Verwaltungsrates in einem Unternehmen (OR 716a):
  - Umsetzung der Strategie für alle Unternehmen des Konzerns;
  - Festlegung der Strukturen;
  - Personelle Zusammensetzung;
  - Organisation der Finanzströme.
- Juristische Personen können nicht im Verwaltungsrat gewählt werden<sup>5</sup>. Der von der Konzernleitung abhängige, **fiduziarische Verwaltungsrat** wird aufgrund der Aktienmehrheit der Muttergesellschaft in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft gewählt.
- Die **Antinomie zwischen rechtlicher Selbständigkeit und wirtschaftlicher Fremdbestimmung der abhängigen Gesellschaft** zeigt sich in aller Schärfe beim **Dilemma** des fiduziarischen

<sup>1</sup> OR 663f

<sup>2</sup> OR 663h

<sup>3</sup> OR 697h<sup>1</sup>

<sup>4</sup> BEHG 20

<sup>5</sup> OR 707<sup>3</sup>

Verwaltungsrats, welcher **als Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft einerseits deren Interessen zu vertreten, gleichzeitig aber die Konzerninteressen wahrzunehmen hat**. Die Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrats ist solange unproblematisch, als die Interessen des Konzerns und jene der abhängigen. Ist dies aber der Fall, dann gerät der fiduziarische Verwaltungsrat in einen kaum zu lösenden Interessenkonflikt: Entweder vertritt er die Interessen des Konzerns, verletzt damit unter Umständen seine Treuepflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft sowie möglicherweise das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre gemäss OR 717 und setzt sich damit den Verantwortlichkeitsansprüchen seiner freien Aktionäre aus, **oder** er riskiert, von der Konzernobergesellschaft, welche ihn als Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft schliesslich gewählt hat, abgesetzt zu werden.

- In der Praxis werden zur Beseitigung dieses Dilemmas oftmals Mandatsverträge abgeschlossen, in denen sich die Verwaltungsräte der abhängigen Gesellschaft einerseits verpflichten, die Konzerninteressen wahrzunehmen, andererseits von der Konzernobergesellschaft von allfälligen Schadenersatzforderungen freigehalten werden ("*hold harmless*" – Klausel). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, solche Klauseln seien widerrechtlich.

## 5. Der Minderheitenschutz

Infolge einer Kontrollübernahme können Minderheitsaktionäre in der nun abhängigen Gesellschaft bleiben; auf sie muss die Konzernleitung Rücksicht nehmen.

### a) In der Konzerneintrittsphase

Die Gesellschaft gerät unter der wirtschaftlichen Beherrschung des Konzerns.

Aktienrechtliche Abwehrmassnahmen:

- Auflösungsklage<sup>1</sup>:
  - 10 % des Aktienkapitals;
  - Wichtiger Grund.
- Vinkulierung<sup>2</sup>: Verhindern, dass die Gesellschaft "konzerniert" wird.
- Stimmrechtsbeschränkung<sup>3</sup>
- Hypothese: Die Konzernierung ist die extremste Zweckänderung. Zur Statutenänderung bedarf es einem GV-Beschluss mit Doppelhürde. Handelt der Verwaltungsrat gegen den Zweck im Interesse des Konzerns, dann verletzt er seine Treuepflicht.

### b) In der Konzernbetriebsphase

- Pflicht des Verwaltungsrates zur Gleichbehandlung der Aktionäre<sup>4</sup>;
- Gebot der schonenden Rechtsausübung;
- Kontrollrechte;
- Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung.

### c) In der Konzernaustrittsphase

Auflösungsklage

## 6. Ansprüche gegen die herrschende Unternehmung

Die Konzernleitung führt faktisch die abhängige Gesellschaft; inwiefern können Minderheitsaktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft neben oder anstelle ihres Verwaltungsrates direkt die Konzernobergesellschaft bzw. deren Organe zur Verantwortung ziehen?

### a) Der Grundsatz: Respektierung der rechtlichen Selbständigkeit

Als Grundsatz gilt, dass auch im Konzernverbund für Verpflichtungen **nur die direkt betroffene Gesellschaft** einstehen muss. Andere Konzerngesellschaften haften nicht. Es gilt dies insbesondere auch

<sup>1</sup> OR 736 Ziff. 4

<sup>2</sup> OR 685a ff

<sup>3</sup> OR 692<sup>2</sup>

<sup>4</sup> OR 717<sup>2</sup>

für die Obergesellschaft, die sich als (Haupt- oder Allein-) Aktionärin auf den Grundsatz von OR 620<sup>2</sup> berufen kann, wonach die Aktionäre "für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich" haften.

#### b) Die Rückerstattung von verdeckt ausgeschütteten Gewinnen

- Sachverhalt: Die Obergesellschaft kauft die von ihrer abhängigen Gesellschaft hergestellten Produkte zu niedrigen Preisen oder verkauft ihr eigene Produkte zu teuer  
→ verdeckte Gewinnausschüttung (vorausgesetzt, es bestehe ein offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung)
- Rechtsfolge: Rückerstattungspflicht<sup>1</sup>

#### c) Die Haftung des herrschenden Unternehmens

##### i) Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

- **Funktioneller Organbegriff:** Organ ist nicht nur, wer formell als solches gewählt wird, sondern auch **alle diejenigen, die massgebend an der Willensbildung der AG teilnehmen**<sup>2</sup>. Organ in diesem Sinne kann auch **die Muttergesellschaft selbst** sein, wenn sie **direkt auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft einwirkt** (zB durch Weisungen an die formell bei der Tochtergesellschaft zuständigen Organe).
- **Haftung der Obergesellschaft für die von ihr delegierten Verwaltungsräte der abhängigen Gesellschaft:**
  - Der Vertreter im Sinne von OR 707<sup>3</sup> handelt als Organ der Obergesellschaft  
→ **Organhaftung** nach OR 722 / ZGB 55<sup>2</sup>
  - Der Vertreter handelt als Hilfsperson der Obergesellschaft  
→ **Geschäftsherrenhaftung** nach OR 722 / ZGB 55<sup>2</sup>

##### ii) Durchgriff

- Die juristische Selbständigkeit der Konzerngesellschaft wird schlicht **ignoriert**: Die Rechtsfolgen aller Handlungen in der abhängigen Gesellschaft, welche von der Konzernobergesellschaft veranlasst wurden, werden dieser **unmittelbar** zugerechnet.
- Voraussetzungen:
  - Wirtschaftliche Einheit;
  - Die **Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft ist rechtsmissbräuchlich**.
- Missbrauchstatbestände:
  - Unverhältnismässige Unterkapitalisierung der abhängigen Gesellschaft und deren gleichzeitige Finanzierung durch Konzerndarlehen (kann im Konkurs geltend gemacht werden);
  - Systematische Aushöhlung der abhängigen Gesellschaft durch verdeckte Gewinnausschüttungen an den Konzern;
  - Vermögensvermischung zwischen Obergesellschaft und abhängiger Gesellschaft.
- Der Durchgriff soll nur als *ultima ratio* gemacht werden.

##### iii) Haftung aus Patronatserklärungen und sog. Konzernvertrauen

- Patronatserklärung: Bei Abschluss von Verträgen durch abhängige Gesellschaften tut die Obergesellschaft ihre Beziehung zur jener kund. Die Bedeutung einer solchen Erklärung (von der blossen Bestätigung der Kenntnissnahme bis zur Bürgschaftserklärung) ist aufgrund einer Auslegung nach Vertrauensprinzip zu entscheiden.
- BGE 120 II 335 ("Swissair – Entscheid"): In den Werbeunterlagen der IGR, einer Tochtergesellschaft der Swissair, wurde die Einbindung dieses Unternehmens in den

<sup>1</sup> OR 678<sup>2</sup>

<sup>2</sup> OR 754<sup>1</sup>

Swissair-Konzern werbemässig herausgestrichen. **Haftung der Konzernmuttergesellschaft aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen**

→ Anwendungsfall der Haftung aus *culpa in contrahendo*.