

Prof. Dr. H.-U. Vogt
Prof. Dr. A. Heinemann
Prof. Dr. R. Sethe
Prof. Dr. A. Kellerhals
Dr. R. Heizmann
Dr. D. Trüten
J. Walther

Zürich, im Dezember 2008

FS 2009	ÜBUNGEN IM HANDELS- UND WIRTSCHAFTSRECHT (VORLESUNGSNUMMERN 235/236/237/241)
----------------	---

Zeit: Jeweils am Donnerstag 12.15 - 13.45 Uhr
(vgl. S. 4: Gruppeneinteilung/Zeitplan).

Ort: Siehe Gruppeneinteilung/Zeitplan

Gruppeneinteilung:	Gruppe A	Initialen A – F	KOL-H-317
	Gruppe B	Initialen G – N	SOD-1-104
	Gruppe C	Initialen O – T	Siehe Detailplan
	Gruppe D	Initialen U – Z	KOL-F-109

(Die Gruppeneinteilung gilt nur als Richtlinie. Es ist zulässig, auch in anderen Gruppen mitzuwirken und Fälle zu lösen.)

Abgabetermin: **Fall 2, 3, 4 und 5: 2. Februar 2009**
 Fall 1, 6 und 7: 16. Februar 2009

(Massgebend ist das Datum des Poststempels.)

Abgabeort: Die Arbeiten sind per A-Post (nicht eingeschrieben) direkt an den betreffenden Dozenten zu senden:

Fall 1: Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt
Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht
Rämistrasse 74/35
8001 Zürich

Fall 2: Prof. Dr. Rolf Sethe
Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht
Rämistrasse 74/12
8001 Zürich

Fall 3: Prof. Dr. Andreas Heinemann
Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht
Treichlerstrasse 10
8032 Zürich

Fall 4: Prof. Dr. Andreas Kellerhals
Europa Institut an der Universität Zürich
Hirschengraben 56
8001 Zürich

Fall 5: Dr. Dirk Trüten
Europa Institut an der Universität Zürich
Hirschengraben 56
8001 Zürich

Fall 6: Dr. Reto Heizmann
Oberassistent für Handels- und Wirtschaftsrecht
Freiestrasse 15
8032 Zürich

Fall 7: Jörg Walther
Global Head Legal M&A and Antitrust
Novartis International AG
Novartis Campus
Forum 1
4056 Basel

Hinweise zur Fallbearbeitung:

1. Die Arbeit umfasst:
 - das **Deckblatt**: Es enthält oben links die Angabe von Name, Vorname, Adresse, Telefonnummer, Semesterzahl, Studienrichtung (oec./iur.) und Studiengang (Bachelor/Lizentiat) des Verfassers. In der Mitte sind der Titel der Veranstaltung, die Nummer und der Titel des bearbeiteten Falles und der Name des Dozenten anzugeben;
 - ein **Inhalts-, Literatur- und Abkürzungsverzeichnis**;
 - den **Sachverhalt** (Fotokopie des bearbeiteten Übungsfalles);
 - die **Lösung** des Falles sowie
 - auf der letzten Seite die Angabe der **Anzahl Zeichen** (siehe hierzu sogleich), das **Datum** und die **Unterschrift**.

Die Arbeit darf den Umfang von 30'000 Zeichen (inkl. Leerzeichen; inkl. Fussnoten, exkl. Verzeichnisse) nicht überschreiten. Es sind Seitenzahlen anzubringen.

2. Die Blätter sollen nur auf einer Seite beschrieben werden; rechts ist ein breiter Rand (mindestens 5 cm) für Korrekturen freizulassen.
3. Die Arbeit ist durch Titel und Abschnitte klar zu gliedern. Der Aufbau soll den Gedankengang widerspiegeln.
4. Einer klaren Sprache, dem gut verständlichen Satzbau, der einwandfreien Orthographie und der korrekten Interpunktion ist grosse Aufmerksamkeit zu schenken.
5. Unnötige, verallgemeinernde und weitschweifige Ausführungen sind generell zu vermeiden. Bei der Lösung des Falles ist strikt vom vorgegebenen Sachverhalt auszugehen. Es sollen keine Fragen beantwortet werden, die nicht in der Aufgabenstellung enthalten sind und deren Beantwortung nichts zur Lösung des Falles beiträgt.
6. Der Fall ist aufgrund des Gesetzes zu bearbeiten. Wo das Gesetz auslegungsbedürftig ist oder Lücken aufweist, müssen Literatur und Judikatur zu Hilfe gezogen werden.
7. Für das Literaturverzeichnis und das Zitieren von Literatur sei verwiesen auf FORSTMOSER, PETER/OGOREK, REGINA/VOGT HANS-UELI: Juristisches Arbeiten, 4. A., Zürich 2008, S. 54 f., 374 ff.; Hinweise zum Zitieren von Judikatur finden sich auf S. 368 ff. dieses Werkes.
8. Die Fälle sind nach der anerkannten Methodik der Fallbearbeitung zu lösen; sie ist bei FORSTMOSER/OGOREK/VOGT, S. 62 ff. beschrieben. Anhaltspunkte, wie ein Fall gelöst werden kann, gibt auch die Musterlösung, welche auf der Homepage von Dr. Schlauri heruntergeladen werden kann (vergleiche http://rwiweb.uzh.ch/oberassi_schlauri/).
9. Die Arbeit in Gruppen ist zulässig und zweckmässig. Allerdings muss jede Fallbearbeitung eine selbstständige Arbeit darstellen, damit sie angenommen werden kann. Bearbeitungen des gleichen Falles werden von den Dozenten auf Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten überprüft.
10. Das Verhältnis von vier gesellschaftsrechtlichen (1, 2, 5, 7) zu drei wettbewerbsrechtlichen (3, 4, 6) Fällen entspricht der Gewichtung der auf die betreffenden Module (Gesellschaftsrecht I/Wettbewerbsrecht I) entfallenden Kreditpunkte gemäss Studienordnung BLaw.

Gruppeneinteilung/Zeitplan FS 2009

	Fall 1 (Vogt)	Fall 2 (Sethe)	Fall 3 (Heine- mann)	Fall 4 (Kellerhals)	Fall 5 (Trüten)	Fall 6 (Heizmann)	Fall 7 (Walther)
Do, 19. Februar 2009		Gruppe A KOL-H-317	Gruppe B SOD-1-104	Gruppe D KOL-F-109			
Do, 26. Februar 2009					Gruppe C KOL-G-204		
Do, 5. März 2009		Gruppe B SOD-1-104			Gruppe D KOL-F-109		
Do, 12. März 2009	Gruppe A KOL-H-317	Gruppe C KOL-G-204					
Do, 19. März 2009						Gruppe D KOL-F-109	Gruppe B SOD-1-104
Do, 26. März 2009	Gruppe D KOL-F-109		Gruppe A KOL-H-317			Gruppe C KOL-F-121	
Do, 2. April 2009	Gruppe B SOD-1-104	Gruppe D KOL-F-109	Gruppe C KOL-G-204				
Do, 23. April 2009			Gruppe D KOL-F-109	Gruppe A KOL-H-317	Gruppe B SOD-1-104		Gruppe C KOL-G-204
Do, 30. April 2009				Gruppe C KOL-G-204	Gruppe A KOL-H-317		
Do, 7. Mai 2009						Gruppe B SOD-1-104	Gruppe D KOL-F-109
Do, 14. Mai 2009	Gruppe C KOL-G-204			Gruppe B SOD-1-104			Gruppe A KOL-H-317
Do, 28. Mai 2009						Gruppe A KOL-H-317	

Fall 1: Kinderkrippen, Tagesschulen und Altersresidenzen

Die Pinocchio AG bezweckt die Errichtung und den Betrieb von Kinderkrippen und Tagesschulen sowie die Beteiligung an Gesellschaften in diesem Tätigkeitsgebiet. Alfred Ackermann ist Alleinaktionär der Pinocchio AG. Er hatte 1999 die Rechtsanwälte Richard Reinhardt und Viktor Pavlov als Mitglieder des Verwaltungsrates eingesetzt, wobei Pavlov als geschäftsführender Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift fungiert. Reinhardt und Pavlov sind aufgrund von Mandatsverträgen an die Weisungen von Ackermann gebunden. Ackermann stellt für die Pinocchio AG vielfältige Geschäftsbeziehungen und andere Kontakte her, wofür er ein monatliches Honorar von CHF 10'000.– bezieht.

In den Jahren 2003 bis 2006 gewährte Pavlov im Namen der Pinocchio AG der Florida Elder Trust Ltd. – einer Gesellschaft nach dem Recht des US-Bundesstaates Florida, deren einziger Aktionär und alleiniges Verwaltungsratsmitglied Ackermann ist – auf Weisung von Ackermann mehrere ungesicherte Darlehen im Gesamtbetrag von CHF 1.2 Mio. Die Darlehen dienten der Finanzierung des Baus von Altersresidenzen durch die Florida Elder Trust Ltd. und weitere Gesellschaften im Süden Floridas. Ob sich für die Residenzen Käufer finden würden, war angesichts der verkehrstechnisch ungünstigen Lage der Grundstücke und eines gesättigten Marktes für Wohnangebote reicher Senioren fraglich; doch prüfte Pavlov weder dies noch die Bonität der Florida Elder Trust Ltd.

Im Zusammenhang mit ihrem Kinderkrippen- und Tagesschulen-Geschäft schloss die Pinocchio AG langjährige Mietverträge ab, unter anderem mit der Immobilien-AG über eine Liegenschaft, in der die Pinocchio AG eine Tagesschule betrieb und für die ein jährlicher Mietzins von CHF 432'000.– vereinbart war. Im August 2005 setzte die Immobilien-AG gegen die Pinocchio AG eine Forderung von CHF 150'000.– in Betreibung, weil diese den Mietzins für die Liegenschaft – auf Anweisung von Ackermann – seit März 2005 nicht mehr bezahlt hatte. Der Verwaltungsrat der Pinocchio AG stellte sich auf den Standpunkt, die Gesellschaft sei aufgrund schwerwiegender baulicher Mängel der Liegenschaft zur Herabsetzung des Mietzinses gemäss Art. 259d OR berechtigt. In einer schriftlichen Auskunft, die Reinhardt eingeholt hatte, stellte ein Mietrechtsspezialist diesen Standpunkt allerdings in Frage. Im November 2005 wurde der Pinocchio AG erneut ein Zahlungsbefehl für weitere Mietzinsausstände bei der Immobilien-AG zugestellt. Im Dezember 2005 orientierte Pavlov die Revisionsstelle über die in Betreibung gesetzten Mietzinsforderungen und fragte, ob diesbezüglich Massnahmen zu ergreifen seien. Der Einschätzung der Revisionsstelle folgend wurde eine diese Forderungen erwähnende Fussnotenbemer-

kung in die Bilanz des Geschäftsjahres 2005 aufgenommen und dabei vermerkt, dass der Verwaltungsrat diese Forderungen bestreite.

Bereits seit 2004 machte Reinhardt Pavlov regelmässig darauf aufmerksam, dass sich Vermögen und Liquidität der Pinocchio AG stetig verminderten. Weil aber die Bilanz einen Überschuss an Aktiven gegenüber den Passiven im Betrag von rund CHF 160'000.– auswies, genehmigte der Verwaltungsrat die Jahresrechnung 2004. Unter vergleichbaren Umständen wurde auf gleiche Weise mit den Jahresrechnungen 2005 und 2006 verfahren.

Zunehmend an Altersresidenzen in Florida und immer weniger an Kinderkrippen und Tagesschulen in der Schweiz interessiert, beendete Ackermann im Juni 2006 seine Dienste für die Pinocchio AG, um in Florida das Projekt der Altersresidenzen voranzutreiben. Er handelte dabei mit Pavlov eine „Abgangsentschädigung“ von CHF 100'000.– aus, mit der seine unbestrittenen Verdienste zu Gunsten der Pinocchio AG entgolten wurden.

Trotz des grossen Einsatzes von Ackermann in Florida erwiesen sich die Altersresidenzen, nicht zuletzt wegen der sich anbahnenden Immobilienkrise, als unverkäuflich. Als der Verwaltungsrat der Pinocchio AG im Juni 2007, nachdem sich die finanzielle Lage der Gesellschaft weiter verschlechtert hatte, von der Florida Elder Trust Ltd. die Rückzahlung der fälligen Darlehen verlangte, waren diese uneinbringlich.

Mit Urteil vom 19. Oktober 2007 wurde die Pinocchio AG vom zuständigen Mietgericht rechtskräftig dazu verurteilt, der Immobilien-AG Mietzinsausstände im Umfang von CHF 230'000.– nebst Zinsen zu bezahlen.

Am 10. Februar 2008 wurde über die Pinocchio AG der Konkurs eröffnet. Mangels verwertbarer Aktiven der Gesellschaft erhielt die Immobilien-AG einen Verlustschein in der Höhe des Gesamtbetrages der von ihr im Konkurs eingegebenen Forderungen. In der Folge liess sie sich die Ansprüche der Konkursmasse der Pinocchio AG gegenüber den Organen der Gesellschaft nach Art. 260 SchKG abtreten.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten einer Klage der Immobilien-AG gegen Richard Reinhardt und Viktor Pavlov!

Fall 2: Eine ungewöhnliche Sanierung

Die W-Holding-AG, eine kotierte Publikumsgesellschaft, hält je 51 % der Aktien der X-AG und der ebenfalls kotierten Y-AG. Der Verwaltungsrat der W-Holding-AG besteht aus den erfahrenen, aber recht gewissenlosen Managern A, B und C.

Die Y-AG hat schon länger keine Gewinne erwirtschaftet und befindet sich daher in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Hierüber berät der Verwaltungsrat der W-Holding-AG und A und C beschliessen, den Verwaltungsrat der Y-AG, den Jungmanager D, anzuweisen, die vorhandene Unterbilanz in den Büchern zu verschleiern und rasch eine Kapitalerhöhung durchzuführen. B äussert in der Sitzung Bedenken gegen dieses Vorgehen, enthält sich dann aber der Stimme, da er ohnehin von A und C überstimmt worden wäre. Er kümmert sich nicht weiter um den Vorgang.

Der Verwaltungsrat D wird von A informiert und verschleiert weisungsgemäss die Unterbilanz. Die Revisionsstelle der Y-AG entdeckt diese Schieflage aufgrund unsorgfältiger Prüfung nicht und bescheinigt der Gesellschaft, dass die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag auf Verwendung des Bilanzgewinns per Dezember 2006 dem schweizerischen Gesetz und den Statuten entsprechen. Die Aktionäre der Y-AG beschliessen an der Generalversammlung die Kapitalerhöhung und die Aktien werden öffentlich zur Zeichnung angeboten. Im Emissionsprospekt werden die Bilanz und der Bestätigungsvermerk abgedruckt. Die Zeichnungsfrist läuft vom 1.3.2007 bis 31.5.2007. Alle Aktien werden gezeichnet. Die GV der Y-AG beschliesst im Juni 2007, dem Verwaltungsrat die Entlastung zu erteilen. M erwirbt Ende November 2007 300 Aktien der Y-AG, weil er in der Wirtschaftszeitung gelesen hat, dass die Gesellschaft sehr profitabel sei. Die Kurse der Y-AG sinken jedoch allmählich, und M verkauft daher am 31.1.2008 die Aktien. Im März 2008 wird über die Y-AG der Konkurs eröffnet, und die Vorgänge um die verschleierte Unterbilanz werden publik. D verschwindet unauffindbar ins Ausland. M erfährt von den Vorgängen und will nun wissen, ob er von A, B und C, der W-Holding-AG sowie von der Revisionsstelle der Y-AG Schadensersatz erhalten kann. Er bringt eine Vielzahl von Argumenten vor, u.a. meint er, die Beklagten hätten das Anlegerpublikum und damit auch ihn im Wege des unrichtigen Prospekts getäuscht.

Die Z-Bank gewährt der Y-AG aufgrund der vorgelegten Bilanz für das Jahr 2006 Anfang Februar 2007 ein marktübliches Darlehen über Fr. 25 Mio. Da dieses Geld rasch verbraucht ist, will der Verwaltungsrat der W-Holding der Y-AG helfen und beschliesst Ende Februar 2008 gegen die Stimme des B, der Y-AG ein nachrangiges und ungesichertes Darlehen in der Höhe von Fr. 15 Mio. zu einem marktüblichen Zinssatz zu gewähren. Die W-Holding-AG gewährt das Darlehen, aber auch diese

zweite Darlehenssumme kann der Y-AG nicht mehr helfen. Aufgrund des Konkurses der Y-AG werden beide Darlehen uneinbringlich. Die Z-Bank und P, ein Aktionär der W-Holding-AG, wollen wissen, von wem und wie sie den erlittenen Schaden ersetzt verlangen können.

Bitte prüfen Sie die Ansprüche von M, Z und P gegen alle nach dem Sachverhalt in Betracht kommenden Personen.

Fall 3: Akku-Revolution

Trotz ständiger Verbesserung der Computertechnologie ist ein Problem ungelöst: Die maximale Dauer für den stromnetzunabhängigen Betrieb tragbarer Computer ist den Nutzern zu kurz. Dem Unternehmen AQ Revolutions AG mit Sitz in Zürich gelingt es unter Einsatz beträchtlicher Investitionen, einen Akku ("AQ-Akku") zu entwickeln, der die fünffache Laufzeit der besten bisher existierenden Akkus aufweist, und der zudem viele Jahre lang ohne Leistungsverlust benutzt werden kann. AQ Revolutions hält Patente auf die neue Technologie in der Schweiz und in allen wichtigen Industriestaaten. Der technologische Vorsprung von AQ Revolutions ist enorm: Die Konkurrenz ist von Akkus vergleichbarer Leistung meilenweit entfernt.

Die neuen Akkus werden weltweit vertrieben. Die Verbraucher sind so überzeugt von den neuen Energiespeichern, dass sie eine Präferenz für tragbare Computer entwickeln, die mit den neuartigen Akkus ausgestattet sind. Nach den jüngsten Statistiken liegt der Anteil der AQ-Akkus an allen in der Schweiz abgesetzten Computer-Akkus (ob zusammen mit einem neuen Computer oder separat verkauft) bei 53 %. Dies entspricht der Situation in den europäischen Nachbarländern. AQ Revolutions betreibt eine differenzierte Preispolitik: In der Schweiz werden die Akkus 25 % teurer als in Frankreich und 35 % teurer als in Italien verkauft.

Der unabhängige Händler H sieht in diesen Preisunterschieden eine Chance. Er kauft AQ-Akkus in Frankreich und in Italien und importiert sie in die Schweiz, wo er die Produkte günstiger anbieten kann als die offiziellen Vertriebspartner von AQ Revolutions. Dies ist AQ Revolutions ein Dorn im Auge, da die Parallelimporte einen Preisdruck nach unten verursachen. AQ Revolutions verlangt von H unter Berufung auf ihre einschlägigen Schweizer Patente, den Import der AQ-Akkus aus dem Ausland in die Schweiz zu unterlassen. H entgegnet, dass die grossen Preisunterschiede zwischen In- und Ausland offensichtlich gegen das Kartellrecht verstossen. Die Parallelimporte seien deshalb zu dulden; hilfsweise sei AQ Revolutions dazu verpflichtet, ihn (H) mit AQ-Akkus zu italienischen oder doch zumindest zu französischen Preisen zu beliefern. AQ Revolutions weist dieses Vorbringen zurück: Die Akkus seien patentgeschützt. Die hohen, für die Entwicklung der neuartigen Akkus getätigten Investitionen müssten wieder hereingespielt werden. Der Hinweis auf das Kartellrecht gehe fehl. Das Patentrecht gehe schliesslich dem Kartellrecht vor.

Fragen:

1. Kann AQ Revolutions von H verlangen, den Import von AQ-Akkus aus dem Ausland zu unterlassen?
2. Kann H von AQ Revolutions Lieferung von AQ-Akkus zu italienischen oder französischen Preisen verlangen?

Fall 4: Kartellrecht

Die Müller-Meier AG mit Sitz in Schaffhausen importiert seit Jahren exklusiv Bier aus dem Ausland in die Schweiz. Sie war damit recht erfolgreich, und es ist ihr über die Jahre gelungen, die verschiedenen Produkte in der Schweiz bekannt zu machen und ihnen einen Absatzmarkt von über 5 Mio. Franken je Produkt zu sichern.

Ende Juli 2008 erhielt nun die Müller-Meier AG von den zwei ausländischen Produzenten Birra AG in Italien und Cerveza AG in Spanien die Mitteilung, dass sie die Alleinvertriebsverträge mit der Müller-Meier AG für die von ihnen produzierten Biere per Ende 2008 auflösen und damit der Müller-Meier AG ab dem 1. Januar 2009 kein Bier mehr liefern werden. Gleichzeitig wird die Müller-Meier AG darüber informiert, dass sowohl die Birra AG wie auch die Cerveza AG die relevanten Biere neu über die Firma Bierquelle AG, der mit Abstand grössten Bierproduzentin und Biervertreiberin in der Schweiz (mit einem Marktanteil von rund 65%), exklusiv in der Schweiz vertreiben werden.

Eine Kontaktaufnahme der Müller-Meier AG mit der Bierquelle AG hat ergeben, dass diese zwar bereit ist, die Müller-Meier AG weiterhin mit den fraglichen Bierprodukten zu beliefern, allerdings zu Konditionen, welche für die Müller-Meier AG derart schlecht sind, dass sich für sie ein Weitervertrieb dieser Marken in der Schweiz nicht lohnen würde.

Um den Abbruch eines grossen Teils ihres bisherigen Geschäftes und damit die Entlassung einer Reihe von langjährigen Mitarbeitern zu verhindern, versucht die Müller-Meier AG, die entsprechenden Produkte im Ausland zu kaufen und selbst in die Schweiz zu importieren. Dabei stellt sie aber fest, dass dies schwierig ist. Zum einen weigern sich die jeweiligen Alleinvertreiber der fraglichen Produkte in den Nachbarstaaten, diese (parallel) in die Schweiz zu verkaufen, weil sie damit die etablierte Vertriebsstruktur des Produzenten umgehen würden. Da die Produkte von den Produzenten individuell mit einem Ländercode versehen werden, könnte einfach zurückverfolgt werden, über welchen ausländischen Alleinvertreiber ein Produkt in die Schweiz gelangt wäre. Zum anderen werden von jenen wenigen, die trotzdem bereit wären zu liefern, so hohe Preise genannt, dass ein Direktimport wirtschaftlich unattraktiv ist. Zudem könnte hier eine konstante Belieferung nicht garantiert werden.

Die Müller-Meier AG kommt nun zu Ihnen mit der Frage, ob Sie ihr aus kartellrechtlicher Sicht helfen könnten und welche Möglichkeiten diesbezüglich offen stehen.

Fall 5: Familienbande

Die „A & Co. Immobiliengesellschaft“ wurde 1963 durch den inzwischen verstorbenen Gründer G als Kommanditgesellschaft gegründet. Die Gesellschaft bezweckt die Nutzung und Verwaltung eigener Liegenschaften. Nach dem heute massgeblichen Gesellschaftsvertrag von 2002 sind A und B als direkte Nachkommen des G Komplementäre, während dessen Neffen N und M sowie weitere Familienmitglieder als Kommanditäre beteiligt sind. Die Kommanditäre werden an den Gesellschafterversammlungen durch den Verein V vertreten, der von N präsiert wird. Nach dem Gesellschaftsvertrag führen A und B die Geschäfte der Gesellschaft gemeinsam auf ehrenamtlicher Basis. Die Unterschriftenregelung lautet auf „Einzelunterschrift“. Tatsächlich ist es vor allem B, der sich dem Geschäft widmet, während A das kostspielige Leben eines Bohemiens führt. Der Immobilienbesitz der Gesellschaft besteht im Wesentlichen aus der an Dritte vermieteten Familienvilla am See.

Im Juni 2008 sprach A gegenüber B von seiner Idee, die Villa mit ihrem grossen ungenutzten Grundstück an den im Ruf eines „Immobilienhais“ stehenden Investor X zu verkaufen. B, der an dem alten Haus hing, war entsetzt und warnte vor den Risiken eines solchen Geschäfts. A schlug die Einwände seines Bruders in den Wind und wurde schnell mit X einig. Dieser beabsichtigte, auf dem verkehrsgünstig gelegenen Grundstück eine Überbauung mit exklusiven Mehrfamilienhäusern zu realisieren. Die „A & Co. Immobiliengesellschaft“ sollte später die Hausverwaltung übernehmen. Wenige Monate später stellte sich jedoch heraus, dass die Finanzierung nicht gesichert war. X teilte dem A im Oktober 2008 daher mit, dass er das Projekt bis auf weiteres verschieben müsse.

Als B im Nachhinein von allem hört, ist er empört und fordert im Namen der Gesellschaft von A Rückgängigmachung des ganzen Geschäfts oder ersatzweise Schadenersatz. Die von B einberufene ausserordentliche Gesellschafterversammlung fasst mit den Stimmen von B und N zudem den Beschluss, A die Geschäftsführungsbefugnis wegen seines „unverantwortlichen Geschäftsgebarens zum Schaden der A & Co. Immobiliengesellschaft“ zu entziehen. Nach dem Gesellschaftsvertrag sind Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nur gültig, wenn sie „mit Zustimmung aller persönlich haftenden Gesellschafter sowie der Stimme der im Verein V organisierten Kommanditäre“ ergehen. Einzig M, der den Verkauf der Liegenschaft im Hinblick auf die Verbesserung der Liquidität der Gesellschaft trotz allem befürwortet, spricht sich an der Versammlung gegen den Entzug der Geschäftsführungsbefugnis aus. Er vertritt die Auffassung, der Beschluss sei ungültig und erwägt, diesen anzufechten.

Als A sich weiterhin uneinsichtig zeigt, keimt in B der Gedanke auf, A ganz aus der Gesellschaft auszuschliessen, da er einen immer unseriöseren Lebenswandel führe und sich in geschäftlichen Dingen als leichtsinnig erwiesen habe. Dem steht allerdings ein Passus des Gesellschaftsvertrags entgegen, wonach direkte Nachkommen des G keinesfalls aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden dürfen. Kommanditär N möchte das schwierige Verhältnis zwischen den Brüdern nicht weiteren Belastungen aussetzen und ist gegen derart drastische Massnahmen. Er schreibt an B, die Frage eines Ausschlusses sei durch den Vertrag „ein für allemal geregelt“.

Wie ist die Rechtslage?

Fall 6: Spiced Ham etc.

Rolf ist Mehrheitsaktionär, Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Tin AG, eines Kleinunternehmens, das im Handel von Dosenfleisch aller Art tätig ist und seinen Sitz in Freienbach SZ hat. Trotz Finanzkrise laufen die Geschäfte prächtig, von frühmorgens bis spätabends treffen Bestellungen ein. Am 27. November 2008 betritt Rolf deshalb beizeiten das Büro. Bevor er den Computer aufstartet, kontrolliert er, ob auf der Ablage des Faxgeräts neue Bestellungen für Dosenfleisch liegen. Tatsächlich wurden über Nacht diverse Faxschreiben an ihn versandt.

Eines dieser Faxschreiben trägt in Schriftgrösse 28 die Überschrift „Insertionsvertrag – Referenznummer 25634-rh“. Absenderin ist die Indexentry AG (Zürich). Rolf wirft nur einen flüchtigen Blick auf dieses Schreiben, da bereits das Telefon klingelt. Das Schreiben betrifft – wie es den Anschein macht – eine Rechnung für einen Eintrag in einem Internetregister für Schweizer Dosenfleischhändler. In Schriftgrösse 20 steht im Faxschreiben, dass in diesem Register für Werbezwecke alle Dosenfleischhändler der Schweiz auf einer Internetseite aufgelistet würden. In gleicher Schriftgrösse wird ausgeführt, dass die Tin AG – falls sie kein Interesse an der Weiterführung des Vertrags habe – das Schreiben unterzeichnen und retournieren solle. Rolf bezweifelt den Nutzen des Eintrags im Internetregister für Dosenfleischhändler, unterzeichnet das Faxschreiben und legt es auf die Ablage für die ausgehende Post. Am selben Tag wird es denn auch verschickt. Zwei Tage später bezahlt Maya, die für das Rechnungswesen zuständige Person der Tin AG, eine Rechnung der Indexentry AG für den „Insertionsvertrag – Referenznummer 25634-rh“ in Höhe von CHF 5'000.--.

Nachdem Rolf alle Faxschreiben durchgesehen hat, setzt er sich an seinen Computer und startet das E-Mail Programm. Als er sieht, dass über Nacht mehr als 30 E-Mails eintrafen, freut er sich. Erst recht, nachdem er folgenden Betreff eines E-Mails gelesen hat: „Wir gratulieren, Sie haben eine Reise im Wert von CHF 2'000.-- gewonnen!“. Dem E-Mail kann Rolf entnehmen, dass Absenderin eine gewisse „TravelPill, Bülach“ sei (ohne weitere Angaben). Rolf hat zuvor noch nie etwas von diesem Unternehmen gehört. Trotzdem liest er am Schluss des E-Mails: „Sie erhalten dieses E-Mail, weil wir Sie bereits zu unseren geschätzten Kunden zählen. Falls Sie von uns keine weiteren E-Mails zugestellt erhalten wollen, bitten wir Sie, dieses E-Mail mit dem Betreff „No more E-Mails“ an info@travelpill.ch zu senden“. Rolf will sich die Ferien nicht entgehen lassen, klickt auf den im E-Mail angegebenen Link und sieht sich dann mit einer Webseite konfrontiert, die für kostenpflichtige Medikamente wirbt; von seiner Reise keine Spur. Entnervt stellt er fest, dass er über Nacht 20 weitere solcher E-Mails erhalten hat, die er jetzt mühsam einzeln löschen muss. Diese E-Mails wurden offenbar auch an Hunderte andere Empfänger verschickt.

Während sich Rolf noch über die mit der Löschung dieser E-Mails verlorene Zeit ärgert, klingelt bereits wieder das Telefon.

Am Apparat ist Hugo, Call Agent des Call Centers der Hasler Versicherungen AG. Rolf schloss bei der Hasler Versicherungen AG vor einem halben Jahr eine Autoversicherung für sein privat genutztes Automobil ab. Aufgrund dieses Vertragsverhältnisses kennt die Hasler Versicherungen AG die Telefonnummer von Rolf. Hugo erkundigt sich bei Rolf, ob er nicht auch das Mobiliar der Tin AG bei der Hasler Versicherungen AG versichern wolle und erklärt ihm, dass sie den Vertrag direkt am Telefon abschliessen könnten. Er stellt für den sofortigen Vertragsabschluss sogar einen Rabatt für die bestehende Autoversicherung in Aussicht. Daran hat Rolf aber kein Interesse, im Gegenteil: Er ärgert sich, gab er doch nie in irgendeiner Art und Weise der Hasler Versicherungen AG zu verstehen, Anrufe erhalten zu wollen, die nicht das bestehende Versicherungsverhältnis betreffen. Zudem ist die Tin AG, wie er Hugo in den letzten Wochen immer wieder am Telefon zu verstehen geben musste, bereits sehr gut versichert. Nach zwei Minuten legt Rolf entnervt den Hörer auf, da Hugo auch durch mehrmaliges Bitten nicht dazu zu bringen war, das Telefonat zu beenden. Rolf beschliesst, trotz der grossen Arbeitslast eine Woche in die Ferien zu verreisen.

Eine Woche später betritt Rolf wieder gutgelaunt das Büro. Als er die in der Zwischenzeit getätigten Zahlungen kontrolliert, ändert sich seine Laune aber schlagartig: Rolf muss nämlich feststellen, dass die Tin AG der Indexentry AG CHF 5'000.-- überwies. Er wundert sich, kündigte er doch seiner Ansicht nach vor einer Woche diesen Vertrag. Zudem kann er sich nicht erinnern, jemals so viel für einen Registereintrag bezahlt zu haben, was mittels einer Kontrolle der Rechnungen der vergangenen Jahre bestätigt wird. Bei dieser Kontrolle stellt sich zudem heraus, dass die Tin AG noch nie einen Vertrag mit der Indexentry AG hatte. Nach kurzer Recherche im Internet wird Rolf klar, dass es in der Schweiz kein Internetregister für Dosenfleischhändler gibt. Er greift sich das Faxschreiben vom 27. November 2008 und stellt nach akribischer Durchsicht fest, dass in Schriftgrösse sechs am linken unteren Rand steht, dass der Betrag von CHF 5'000.-- eine Anzahlung für den Aufbau eines neuen Internetregisters für Dosenfleischhändler aus der Schweiz darstelle. Mit der Unterschreibung und Zustellung des Faxschreibens werde dieser Betrag fällig. Das Register werde nur erstellt, wenn total 2'000 Dosenfleischhändler aus der Schweiz den Betrag von CHF 5'000.-- einzahlten; falls dies nicht der Fall sei, verbleibe der einbezahlte Betrag der Indexentry AG. Und am Schluss steht in Klammern in gleicher Schriftgrösse: „Dies ist nur eine Offerte“. Rolf ärgert sich. In der Schweiz gibt es nicht mehr als 20 Dosenfleischhändler.

Sie sind Rechtsanwältin/Rechtsanwalt und werden von Rolf beauftragt, in einem Exposé die materielle Rechtslage gemäss dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb darzulegen. Er erwartet von Ihnen zudem sehr knapp gehaltene Ausführungen zum möglichen zivil-, verwaltungs- oder strafrechtlichen Schutz nach UWG und eine Empfehlung für das weitere Vorgehen.

Fall 7: Unternehmensübernahme in Raten

Die Neumilch AG ist ein international langjährig erfolgreiches Unternehmen im Vertrieb und der Entwicklung von neuartigen Milchprodukten. 2003 macht Laborant Peter Muster die Entdeckung eines neuartigen Enzyms Alpha Plus. Die Neumilch AG hat kein Interesse an der Weiterentwicklung und Forschung dieser Entdeckung, woraufhin sich Peter Muster von der Neumilch AG trennt und sein eigenes Forschungsunternehmen, die Innoventia AG, aufbaut. Die Innoventia AG erhält eine Lizenz von der Neumilch AG für die Weiterentwicklung des neuartigen Enzyms Alpha Plus sowie, für den Fall einer erfolgreichen Vermarktung eines auf dem neuen Enzym basierenden Produktes, eine umsatzabhängige Kommission von 5% des jeweils erzielten Verkaufspreises.

In den folgenden Jahren etabliert sich die Innoventia AG und arbeitet mit der Neumilch AG sowie weiteren erfolgreichen Unternehmen in der Milch- und Nahrungsmittelindustrie zusammen. Ein von der Neumilch AG neu auf den Markt gebrachtes Produkt, welches auf der Weiterentwicklung des Enzyms Alpha Plus basiert, etabliert sich nur langsam und kämpft mit einem grossen Angebot von ähnlichen Produkten um die Gunst der Konsumenten und Marktanteile. Im Jahre 2005 geht die Innoventia AG an die Börse und wird eine Publikumsgesellschaft. Peter Muster behält einen Anteil von 30% an der Aktiengesellschaft.

2006 kündigt die Innoventia AG die innovative Entwicklung des Stoffes X100 an, welcher als Zusatz zu gewissen Milchprodukten den Abbau von Fettzellen zur Folge hat. X100 basiert auf einem Enzym X, welches die Innoventia AG von der Altmilch GmbH einlizenziert hat. Die Altmilch GmbH hat sich für alle auf Basis des Enzyms X entwickelten Nahrungsmittel oder Inhaltsstoffe das Vorkaufsrecht am geistigen Eigentum der entsprechenden Entwicklung zusichern lassen. Die Neumilch AG arbeitet ebenfalls an der Entwicklung eines auf die identische Zielgruppe wie jenes des X100 ausgerichteten Enzyms.

In der Testphase I hat X100 sehr gute Resultate geliefert. Testphase II, die Verträglichkeitsstudie, ist Ende 2007 noch nicht abgeschlossen. Anfang 2008 verlieren die Aktien der Innoventia AG kontinuierlich an Wert, woraufhin im März 2008 der Innoventia-Grossaktionär Bruno Petermann der Neumilch AG sein Aktienpaket zum ausserbörslichen Kauf anbietet. Zur selben Zeit gibt die Innoventia AG öffentlich bekannt, dass die Altmilch GmbH von ihrem Vorkaufsrecht an X100 keinen Gebrauch machen wolle. Es werden dazu keine Gründe genannt und auch sonst keine weiteren Informationen geliefert.

Die Neumilch AG zeigt sich am Angebot von Bruno Petermann interessiert. Sie macht ihren Eintritt in konkrete Verhandlungen aber davon abhängig, dass sie auch noch einige weitere Grossaktionäre zum Verkauf deren Anteile bewegen könnte. Insbesondere ist es für die Neumilch AG wichtig, auch die Aktien von Peter Muster, welcher Geschäftsführer und Delegierter des Verwaltungsrats der Innoventia AG ist, ausserbörslich und gleichzeitig wie die Anteile weiterer Aktionäre erwerben zu können. Die Neumilch AG strebt einen Kauf von mindestens 51% der ausstehenden Aktien der Innoventia AG an. Danach müsste und will die Neumilch den verbleibenden Publikumsaktionären ein öffentliches Kaufangebot für deren Aktien unterbreiten.

Die Gespräche und Verhandlungen mit verschiedenen Grossaktionären gestalten sich schwierig. Mit Peter Muster, welcher der Neumilch AG aufgrund der enttäuschenden Umsätze mit dem auf Alpha Plus basierenden Produkt nicht gerade freundlich gesinnt ist, werden Gespräche über einen möglichen Verkauf erst aufgenommen, als sich vier andere Grossaktionäre bereits grundsätzlich zu einem Verkauf zu einem bestimmten Preis einverstanden erklärt haben.

Mit der Übernahme der Anteile dieser fünf Aktionäre würde die Neumilch AG insgesamt 63% des Aktienkapitals in ihrem Eigentum haben. Die Neumilch AG versucht, aufgrund öffentlich zugänglicher Information eine Due Diligence der Innoventia AG durchzuführen. Es bleiben viele Fragen offen. Trotzdem einigt man sich mit den fünf Grossaktionären je auf den Verkauf und die Übertragung deren Aktienpakete an der Innoventia AG zum Preis von Fr. 200.- je Aktie.

Bevor die Aktienkaufverträge unterzeichnet werden, verlangt die Neumilch AG am 30. Mai 2008 eine Bestätigung des Verwaltungsrates der Innoventia AG, dass seit dem letzten Jahresabschluss der Innoventia AG keine Umstände aufgetreten sind, welche erhebliche Auswirkungen auf den Geschäftsgang oder den Wert der Gesellschaft haben oder haben könnten. Der kurz zuvor von einem der verkaufenden Grossaktionäre informierte Verwaltungsratspräsident der Innoventia AG unterzeichnet eine derartige Erklärung und lässt sie der Neumilch AG zukommen. Daraufhin entschliesst sich die Neumilch AG am 2. Juni 2008 zum Kauf der Aktienpakete der fünf Grossaktionäre für CHF 200.- pro Aktie (der Durchschnittswert an der Börse in den letzten zwölf Monaten betrug CHF 120.-) und unterzeichnet mit den Verkäufern entsprechende Verträge. Keiner der Verträge enthält Rechts- oder Sachgewährleistungen, ausser jener mit Peter Muster. Muster verpflichtet sich zu getreuer und sorgfältiger Geschäftsführung für die Zeit ab dem Datum des Kaufvertrages bis zum Rücktritt als CEO der Gesellschaft. Gleich am folgenden Tag gibt die Neumilch AG den Kauf von insgesamt 63% der Anteile an der Innoventia AG bekannt und kündigt ihr öffentliches Übernahmenangebot an die übrigen Aktionäre zu ebenfalls CHF 200.- je Aktie an. Am gleichen Tag beginnt die Neumilch AG damit, Aktien an der Börse zu erwerben. Der Preis der Innoventia Aktie an der Börse erhöht sich innert Minuten nach der Eröffnung des Handels an diesem Tag auf CHF 199.75 und stabilisiert sich bei diesem Wert.

Am 4. Juli 2008 erteilt die Übernahmekommission (UEK) ihre Zustimmung zum Übernahmeangebot. Bis zum 21. Juli 2008 werden der Neumilch AG insgesamt 35% der Aktien angedient. Sie kommt damit auf einen Anteil von 98% am Aktienkapital der Innoventia AG. Zusammen mit den von Mitarbeitern der Innoventia AG ausserhalb des öffentlichen Angebotes erworbenen Aktien resultiert sogar ein Anteil von mehr als 100% der im Handelsregister eingetragenen Aktien.

Im Rahmen der danach schon bald beginnenden Integration der Innoventia AG in die Neumilch AG stellt sich heraus, dass die Altmilch GmbH von deren Vorkaufsrecht bezüglich der Rechte am geistigen Eigentum des X100 deshalb keinen Gebrauch gemacht hat, weil die Verträglichkeitsstudien bei einer relativ grossen Anzahl von Probanden eine stark erhöhte Neigung zu allergischen Reaktionen nach Einnahme von bestimmten Dosen des Inhaltsstoffes X100 ergeben hatte. Dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung der Innoventia AG war dies bekannt. Hingegen wurde diese Tatsache weder im Quartalsbericht noch in anderen Publikationen der Gesellschaft erwähnt. Der Inhaltsstoff X100 wurde daher von der Neumilch AG nachträglich als wertlos bezeichnet und dessen Weiterentwicklung mit sofortiger Wirkung eingestellt.

Fragen:

- I. Der Neumilch AG war es nicht möglich, eine vollständige Due Dilligence durchzuführen.
 - a. Warum?
 - b. Wie beurteilen Sie die rechtliche Bedeutung der vom Verwaltungsratspräsidenten der Innoventia AG unterzeichneten Erklärung zu Handen der Neumilch AG?
- II. Hätte die Neumilch AG nach ihrem Kauf der Aktien der Grossaktionäre den übrigen Aktionären auch einen höheren oder niedrigeren Preis als CHF 200.- pro Aktie anbieten können?
- III. Ist es rechtlich von Bedeutung, ob die Neumilch AG mit den fünf Grossaktionären je einzeln über den Kauf deren Aktienpakete verhandelte oder ob sie mit nur einem Vertreter der Verkäufer über das gesamte Paket von 63% verhandelt und sich geeinigt hat?
- IV. Welche Bedeutung hatte es für die Neumilch AG, dass sie im Verlaufe der Angebotsfrist des öffentlichen Kaufangebotes bereits einen Anteil von 98% an der Innoventia AG erreichen konnte? Warum wurden Mitarbeiteraktien ausserhalb des öffentlichen Kaufangebotes erworben?
- V. Was wären die Konsequenzen gewesen, wenn nur 30% angedient worden wären (die Neumilch AG somit nach Abschluss der Angebotsfrist einen Anteil von insgesamt 93% der Aktien der Innoventia AG hätte erreichen können)?

nen)? Was, wenn sogar nur Aktien im Umfang von 20% des ausstehenden Aktienkapitals angedient worden wären? Hätte die Neumilch AG vom Vollzug der Übernahme der angedienten Aktien unter bestimmten Bedingungen Abstand nehmen können?

- VI. Durfte die Neumilch AG nach Veröffentlichung ihres Kaufangebots zusätzlich auch noch Aktien an der Börse erwerben? Wenn ja, unter welchen Bedingungen?
- VII. Wie kann die Neumilch AG sicherstellen, dass sie sämtliche Aktien (100%) der Innoventia AG besitzt? Erklären Sie das dazu notwendige Verfahren.
- VIII. Aufgrund der nachträglich bekannt gewordenen negativen Ergebnisse der Verträglichkeitsstudie liegt der Wert der Innoventia AG für die Neumilch AG deutlich tiefer als die bezahlten CHF 200.- je Aktie.
 - a. Was kann die Neumilch AG tun?
 - b. Gegen wen kann die Neumilch AG vorgehen? Wie stehen ihre Erfolgsaussichten?