
BA Handels- und Wirtschaftsrecht

22. Juni 2016

Dauer: 180 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst 3 Seiten und 2 Sachverhalte mit insgesamt 3 Fragen.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Fragen unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Fragen:

Frage 1	60 Punkte	60% des Totals
Frage 2a	20 Punkte	20% des Totals
Frage 2b	20 Punkte	20% des Totals
Total	100 Punkte	100%

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!

Sachverhalt 1

Die Müller AG (M AG) ist ein börsenkotiertes Unternehmen. Als A, B und C von den Erfolgen der Müller AG in der Zeitung lesen, entschliessen sie sich zum Kauf von je 9% der Aktien, was sie ordnungsgemäss nach Art. 120 FinfraG melden. Die Mehrheit der Aktien liegt in der Hand von einzelnen Mitgliedern der Familie Müller. Später erfolgt die fristgerechte Einladung zur jährlichen GV, der alle notwendigen Unterlagen beigelegt sind und die folgenden Wortlaut hat:

„Traktanden:

1. Bericht des Verwaltungsrats über das Geschäftsjahr 2015
2. Genehmigung des Jahresberichts und der Jahresrechnung 2015
3. Gewinnverwendung ...
4. ...
5. Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats (vorgeschlagen sind die bisherigen VR-Mitglieder X, Y und Z) für weitere drei Jahre“

Kurz vor der GV werden kritische Presseberichte veröffentlicht, die den Verwaltungsrat X, der sich auf einer Dienstreise befindet, am Strand von Barbados zeigen, umgeben von allerlei „Sternchen“ aus der Promiszene. An der GV stellt Aktionär A dem Verwaltungsrat X daher die Frage, ob er diese Reise auf Kosten der Müller AG unternommen habe. Die Antwort des X ist sehr ausweichend. Daraufhin stellt der A den Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers, der die Reisekostenabrechnung des Verwaltungsrats X überprüfen möge. Der Antrag wird von der GV mit der Mehrheit der Stimmen der Familie Müller abgelehnt.

Das staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen *Schonungslos & Ehrlich* (SE) ist seit 10 Jahren als Revisionsstelle bestellt. Als verantwortlicher Leiter hat jeweils der R die Jahresrechnungen geprüft. Auch in diesem Jahr erteilt er ein uneingeschränktes Testat. Aktionär B hat eine Rückfrage zu einer Angabe im Jahresabschluss. Da weder R noch einer seiner Kollegen an der GV anwesend sind, bleibt die Frage unbeantwortet. Die Jahresrechnung und sodann die Gewinnverwendung werden mit Mehrheit der Familie Müller genehmigt bzw. beschlossen.

Anschliessend werden die bisherigen Verwaltungsräte X, Y und Z im Wege der Blockwahl mit Mehrheit der Familie Müller für drei Jahre wiedergewählt.

Frage 1: B und C sowie der Gläubiger G kommen eine Stunde nach Ende der GV zu Ihnen und sind über das gesetzwidrige Verhalten an der GV empört. Die drei bitten Sie um ein Rechtsgutachten, in welchem erläutert wird, welche rechtlichen Schritte sie einleiten können (60%).

Hinweis zu Frage 1: Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsansprüche sind nicht zu prüfen.

Sachverhalt 2

Die Rudolf AG (R AG) betreibt seit Jahren die einzige Käserei im Urserental (Kanton Uri). Da eine Verarbeitung ausserhalb des Urserentals aus logistischen Gründen nicht möglich ist, lassen alle Bauern aus dem Tal ihre Milch bei der R AG zu Käse verarbeiten. Die R AG verlangt dafür ein marktübliches Entgelt. Der Transport der Milch zur Käserei und des Käses von der Käserei zurück zum Hof ist Sache der Bauern. Der Käse wird von den Bauern dann direkt ab Hof oder auf einem der vielen Dorfmärkte verkauft. Auch wenn in den letzten Jahren im

Urserental immer wieder kleinere Käsereien eröffnet wurden, vermochte sich bisher keine länger zu halten.

Trudi Herzog (TH) betreibt nun aber seit Neustem in Realp, einer der Gemeinden im Urserental, erfolgreich eine kleine Käserei. Sie verarbeitet etwa die Hälfte der Realper Milch zu Käse und dies nach traditioneller Art und ohne den Einsatz von chemischen Zusätzen. Die entsprechend produzierten Käselaike verpackt TH in einer kreisrunden Schachtel aus Leichtholz. Auf dem Deckel dieser Schachtel bringt sie ein Logo an, das aus einem stilisierten Berg und dem Hinweis „Bergkäse nach traditioneller Art“ besteht. Die Bauern kleben auf die Schachtel jeweils zusätzlich das Logo ihres Hofes auf, z.B. den graphisch hübsch gestalteten Schriftzug „Hof Hinteregg“. Der nach traditioneller Art produzierte und ansprechend verpackte Bergkäse kommt bei den Konsumenten so gut an, dass er von den Bauern bald schon zu einem höheren Preis verkauft werden kann als der Käse, der von der R AG hergestellt wird.

Diese Entwicklung gefällt Emmanuel Rudolf (ER), CEO der R AG, gar nicht. ER forciert deshalb eine aggressive Kampagne, um TH aus dem Markt „zu kegeln“. Im Rahmen dieser Kampagne bietet die R AG den Realper Bauern an, die Milch kostenlos vom Hof abzuholen und die Käselaike kostenlos wieder zurück zu transportieren. Zudem senkt die R AG die Preise für die Käseproduktion um 50%. Die Preise sind damit tiefer als die durchschnittlichen variablen Kosten der Käseproduktion, weshalb die R AG derzeit Verluste schreibt. Die R AG kann dies aber kurzfristig verkraften, zumal ER die Preise wieder auf das frühere Niveau zu heben plant, sobald die Konkurrenz aufgegeben hat. TH kann mit diesen Konditionen nicht mithalten, weshalb bald nur noch eine Hand voll idealistischer Bauern verbleibt, die ihren Käse weiterhin bei ihr herstellen lässt.

Frage 2a: Beurteilen Sie die Vorgehensweise der R AG in kartellrechtlicher Hinsicht (20%).

TH schafft es dennoch, im Geschäft zu bleiben. Entscheidend ist dabei, dass die Konsumenten weiterhin bereit sind, für den traditionell produzierten Käse in der Leichtholzschachtel einen höheren Preis zu bezahlen. Der listige Bauer Bruno Gisler (BG), der seine Milch bei der R AG verarbeiten lässt, ärgert sich, dass er für seinen Käse nur einen tieferen Preis erzielen kann. Seit Neustem verpackt er seinen Käse deshalb in einer Leichtholzschachtel, die mit der von TH verwendeten Schachtel identisch ist, allerdings ohne das Logo mit dem stilisierten Berg und ohne einen Hinweis auf die Art der Produktion anzubringen. Auf die Schachtel klebt er aber das Logo seines Hofes, das aus einer Tanne und dem Schriftzug „Tannenhof“ besteht. Damit gelingt es ihm, seinen Käse endlich auch zu höheren Preisen zu verkaufen.

Frage 2b: Beurteilen sie die Vorgehensweise von BG nach dem UWG (20%).

Musterlösung: Handels- und Wirtschaftsrecht FS 16

Sachverhalt 1 (Gesellschaftsrecht, Prof. Sethe)

Vorbemerkung: Es spielt für die Benotung keine Rolle, ob die Prüfung nach Sachverhaltskomplexen folgt oder innerhalb der einzelnen Klagen alle Sachverhaltselemente auf einmal geprüft werden.

	Mögliche Punkte
Komplex Reisekosten	
I. Antrag auf Sonderprüfung bei Gericht (OR 697b)	
1. Aktivlegitimation: Antrag von 10% der Aktionäre (+), da B und C zu je 9% an der M AG beteiligt sind. Gläubiger ist nicht antragsberechtigt.	1
2. Passivlegitimation: Müller AG.	1
3. Frist von 3 Monaten (+)	1
4. Doppelte Subsidiarität?	
Antrag an die GV auf Sonderprüfung wurde ablehnt (+).	1
Zuvor wurde Auskunft an der GV verlangt	1
und die Voraussetzungen von OR 697 I, II lagen vor (+): (I) Sachzusammenhang zwischen Begehren und Geschäftstätigkeit; (II) Auskunft erforderlich für Ausübung der Aktionärsrechte und keine Geschäftsgeheimnisse oder anderweitige schutzwürdigen Interessen der AG betroffen.	2
Gegenstand der Sonderprüfungsklage muss dem Gegenstand des Antrags um Auskunft entsprechen (Konnex).	1
Bestimmtheit des abzuklärenden Sachverhalts (einzelne, konkrete Tatsachen), OR 697a I.	1
Aber Problem: Nicht die Person, die die Auskunft an der GV verlangt hat und die den Antrag an der GV gestellt hat, will später Klage auf Sonderprüfung erheben. Personenidentität auf allen drei Stufen nötig? (dazu BGE 133 III 133 E. 3.2)	1
<ul style="list-style-type: none"> Argument 1: Personenidentität ist unnötig, da ansonsten jeder Aktionär, der sich die Möglichkeit des Antrags an der GV oder der Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers offen halten wollte, das Begehren um Auskunft mit derselben Frage, die bereits gestellt wurde, wiederholen müsste. 	1
<ul style="list-style-type: none"> Argument 2: Zudem ist die Auskunft ein <i>Individualrecht auf kollektive Auskunft</i>, so dass gerade die Antwort an alle anwesenden Aktionäre geht und diese daher die Antwort würdigen können. Es bedarf daher keiner Wiederholung der Frage. 	1
Ergebnis: Es ist unbeachtlich, dass B und C nicht selber Auskunft an der GV verlangt haben.	1
Vorherige Erhebung der Klage aus OR 697 IV ist keine Voraussetzung von OR 697b, vgl. BGE 133 III 133 E. 3.2.	1
5. Gesetzesverletzung und Schaden der AG glaubhaft machen (Voraussetzungen).	1
Wenn Reisekosten zu Unrecht ausgegeben wurden, liegt beides vor (Subsumtion).	1
Ergebnis: Antrag hätte Erfolg.	
II. Klage aus OR 697 IV	½
1. Aktivlegitimation: Aktionäre.	½
2. Passivlegitimation: Gesellschaft.	½
3. Voraussetzungen: siehe OR 697 I und II.	s.o.
4. Keine Frist (Grenze: ZGB 2 II).	½

	Mögliche Punkte
Komplex Jahresabschluss	
I. Anfechtungsklage	
1. Aktivlegitimation: B und C sind Aktionäre und anfechtungsbefugt.	1
Gläubiger ist nicht aktivlegitimiert	1
2. Rechtsschutzinteresse: Aktionär als Hüter des Rechts, keine Zustimmung des Klägers in der GV zum Beschluss (+).	1
3. Passivlegitimation: Müller AG.	1
4. Anfechtungsobjekt: Beschluss der GV (betr. Jahresrechnung).	1
5. Anfechtungsgründe	
Im Allgemeinen: siehe OR 706 II.	½
a) Die Müller AG unterliegt als börsenkotierte Gesellschaft gemäss OR 727 I Ziff. 1 lit. a der ordentlichen Revision.	1
Leitender Prüfer ist länger als 7 Jahre tätig = Verstoss gegen OR 730a II.	2
b) Revisionsstelle ist nicht anwesend = Anfechtungsgrund nach OR 731 III Satz 2.	2
6. Anfechtungsfrist von 2 Monaten eingehalten.	1
7. Rechtsfolge: Aufhebung mit Wirkung <i>ex tunc</i> und <i>erga omnes</i> .	½
Ergebnis: Klage hätte Erfolg.	
II. Nichtigkeitsklage	
1. Aktivlegitimation: B und C sind Aktionäre und anfechtungsbefugt. Auch Gläubiger G ist aktivlegitimiert.	1
2. Passivlegitimation: Müller AG.	--
3. Nichtigkeitsgründe	
Im Allgemeinen wird ein Verstoss gegen fundamentale Prinzipien des Aktienrechts gefordert.	½
Laut BGR muss es sich um einen schwerwiegenden und offensichtlichen Mangel des Beschlusses handeln.	½
a) Leitender Prüfer ist länger als 7 Jahre tätig = Verstoss gegen OR 730a II, Nichtigkeit wird von h.M. bejaht (BSK OR II-REUTTER Art. 730a N 9 m.w.N.); a.A. vertretbar. Für die Punktzahl ist die Qualität der Argumente entscheidend.	2
b) Revisionsstelle ist nicht anwesend = nur Anfechtungsgrund nach OR 731 III Satz 2.	1
4. Frist = keine.	1
5. Rechtsfolge: <i>ex tunc</i> unwirksam.	½
6. Verhältnis zur Anfechtungsklage: parallel zur Anfechtungsklage möglich.	½
Ergebnis: Klage hätte Erfolg.	
III. Klage nach OR 731b	
1. Aktivlegitimation: B und C sind Aktionäre und antragsberechtigt.	1
Gläubiger ist ebenfalls aktivlegitimiert.	1
2. Passivlegitimation: Müller AG.	1
3. Organisationsmangel = Revisionsstelle nicht ordnungsgemäss besetzt (BSK OR II-REUTTER Art. 730a N 9 m.w.N.).	2
4. Rechtsfolge: Richter kann der Gesellschaft Frist zur Behebung des Mangels setzen.	1
Ergebnis: Klage hätte Erfolg.	

	Mögliche Punkte
Komplex Wahl	
I. Registersperre nach HRegV 162	1
- Aktivlegitimation: jede Drittperson - Verfahren: Gesuch an das zuständige Handelsregisteramt, danach innert 10 Tagen Gesuch um vorsorgliche Massnahmen an das zuständige Gericht.	1
Bringt hier keinen Erfolg, da die Mitglieder des VR bereits eingetragen sind und bei Wiederwahl keine Neueintragung erfolgen muss.	1
II. Anfechtungsklage	
1. Aktivlegitimation: B und C sind Aktionäre und anfechtungsbefugt. Gläubiger ist nicht aktivlegitimiert.	s.o. s.o.
2. Rechtsschutzinteresse	s.o.
3. Passivlegitimation: Müller AG.	s.o.
4. Anfechtungsgründe	
a) Anwendbarkeit des VegüV (+), VegüV 1 I. VegüV geht dem OR vor, VegüV 1 II. Blockwahl verstösst gegen VegüV 3 I.	1 1 1
b) Wahl auf 3 Jahre verstösst gegen VegüV 3 II.	1
5. Anfechtungsfrist (+).	s.o.
Ergebnis: Klage hätte Erfolg.	
III. Nichtigkeitsklage	
1. Aktivlegitimation: B und C sind Aktionäre und anfechtungsbefugt. Gläubiger ist aktivlegitimiert.	s.o. s.o.
2. Passivlegitimation: Müller AG.	s.o.
3. Nichtigkeitsgründe	
a) Blockwahl verstösst gegen VegüV 3 I, kein schwerer Mangel. b) Wahl auf 3 Jahre verstösst gegen VegüV 3 II, kein schwerer Mangel.	1 1
4. Keine Frist (+).	s.o.
Ergebnis: Klage hätte keinen Erfolg.	
IV. Klage nach OR 731b	
1. Aktivlegitimation: B und C sind Aktionäre und antragsberechtigt. Gläubiger ist ebenfalls aktivlegitimiert.	s.o. s.o.
2. Passivlegitimation: Müller AG.	s.o.
3. Organisationsmangel = a) Blockwahl = „blosser“ Anfechtungsgrund und Organ ist nach Ablauf der Anfechtungsfrist rechtmässig zusammengesetzt, a.A. vertretbar, Hauptsache, das Problem wird gesehen. b) VR nicht ordnungsgemäss besetzt. Fehlerhafte Wahl wäre im ersten Jahr in Ordnung und erst ab dem 2. Jahr gesetzeswidrig, im Ergebnis ebenso BSK VegüV-KNOBLOCH Art. 3 N 4.	1 3
4. Rechtsfolge: Richter kann der Gesellschaft Frist zur Behebung des Mangels setzen, also Wiederwahl im Folgejahr anordnen.	s.o.
Ergebnis: Klage hätte Erfolg.	
Summe	57
Aufbau und Sprache	
- Einstieg in Falllösung mit Anspruchsgrundlage	1
- Sprache	1
- Klarheit der Gedankenführung	1
Total	60

Sachverhalt 2 (Wettbewerbsrecht, Prof. Thouvenin)

Frage 2a	Mögliche Punkte
Anwendbarkeit des KG	1.25
<ul style="list-style-type: none"> • Persönlicher Geltungsbereich: Unternehmen des Privatrechts (Art. 2 Abs. 1 KG) = sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG): • Sachlich: Ausübung Marktmacht (Art. 2 Abs. 1 KG) • Räumlich: Auswirkungsprinzip • zeitlicher Anwendungsbereich gegeben • Ausschlussgründe nach Art. 3 KG nicht einschlägig 	
Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)	
Marktabgrenzung	3
<ul style="list-style-type: none"> • Relevanter Markt <ul style="list-style-type: none"> • Sachlich relevanter Markt: <ul style="list-style-type: none"> • Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU analog • Substituierbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c.: Verarbeitung von Milch zu Käse</i> • räumlich relevanter Markt: <ul style="list-style-type: none"> • Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog • Nachfrage der Marktgegenseite: Substituierbarkeit • Absatzmarkt (für Käseproduktion) • Markt kleiner wenn Güter weniger lang haltbar (Milch) und daher nur kurze Transportwege möglich sind oder hohe Transportkosten <ul style="list-style-type: none"> • <i>Realp kein eigener Markt, da Ausweichen auf R AG Käserei möglich/stattdfindet; Markt ist daher Urserental (da Verarbeitung ausserhalb aus logistischen Gründen unmöglich)</i> • zeitlich relevanter Markt (irrelevant) • <i>Ergebnis: Sachlich und räumlich relevant ist i.c. der Markt für die Verarbeitung von Milch zu Käse im Urserental</i> 	
Marktbeherrschung	2.5
<ul style="list-style-type: none"> • Beherrschung des Marktes <ul style="list-style-type: none"> • Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG) • Abstellen auf Begebenheiten im Einzelfall unter Berücksichtigung von Marktanteilen, Strukturelementen sowie Marktverhalten bzw. Verhalten der Marktgegenseite • Aktueller Wettbewerb <ul style="list-style-type: none"> • <i>Marktanteil von über 50% Indiz für Marktbeherrschung</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. keine Zahlen, aber „einzige Käserei im Urserental“ > 50% Marktanteil</i> • <i>R AG ist scheinbar finanzkräftig (Struktur)</i> • <i>Käserei von TH hat nur geringen Marktanteil im Urserental (Marktanteil)</i> • Potentieller Wettbewerb <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c.: Marktzutrittsschranken scheinbar hoch, da Käsereien in Vergangenheit eingegangen sind (Struktur).</i> • Stellung der Marktgegenseite <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. Stellung der Bauern zu schwach als dass eine disziplinierende Wirkung zu erwarten ist.</i> • Marktverhalten? Wird aufgrund von verpönten Verhalten auf eine Marktbeherrschung geschlossen, stellt dies einen Zirkelschluss dar. • <i>Ergebnis: R AG beherrscht Markt für Verarbeitung von Milch zu Käse im Urserental.</i> 	
Allgemeine Ausführungen zur missbräuchlichen Ausübung von Marktmacht	2
<ul style="list-style-type: none"> • Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung <ul style="list-style-type: none"> • Verboten wird nicht die Marktbeherrschung, sondern nur deren Missbrauch 	

<ul style="list-style-type: none"> • Kategorisierung der Missbrauchstatbestände in Ausbeutungsmissbrauch (Benachteiligung der Marktgegenseite), Behinderungsmissbrauch (Benachteiligung der Mitbewerber) oder Strukturmissbrauch (Veränderung der Marktstruktur) • Art. 7 Abs. 1 KG Generalklausel; Art. 7 Abs. 2 KG Regelbeispiele als Konkretisierung. Allerdings sind die Missbrauchskriterien im Prinzip aus Art. 7 Abs. 1 KG herzuleiten. • CH-Generalklausel ziemlich konturlos; Lehre bedient sich EuGH Rechtsprechung (Hoffmann-LaRoche/Kommission, Slg. 1979, 461 f.) zur Konkretisierung: Hiernach sind für den Leistungswettbewerb diejenigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen schädlich, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem aufgrund der Anwesenheit des Unternehmens bereits ohnehin schwacher Wettbewerb herrscht, die das Aufrechterhalten des Restwettbewerbs bzw. das Entstehen von Wettbewerb überhaupt verhindern und die nicht einem normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerb entsprechen. • Zu einer isolierten Anwendung der Generalklausel kommt es nur, wenn die Spezialtatbestände nicht einschlägig sind. 	
Kampfpreise	5.25
<p>Art. 7 Abs. 2 lit. d KG: Preisunterbietung und Unterbietung durch sonstige Geschäftsbedingungen (Kampfpreise; Behinderungsmissbrauch)</p> <p>Vss.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Preise und Konditionen, die unter eigenen Kosten liegen/Verluste, die meist durch Quersubventionierung gedeckt werden <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. führt die Produktion unter den durchschnittlichen variablen Kosten (50% Kostensenkung) und Konditionen (gratis Abhol- und Lieferservice) zu Verlusten bei R AG, die nur kurzfristig tragbar sind</i> • gezielt gegen einen aktuellen oder potentiellen Mitbewerber gerichtet (Verdrängungsplan) (strittig, ob sich das Verhalten tatsächlich gegen einen konkreten Konkurrenten richten muss) <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. greift Vermutung der Verdrängungsabsicht wenn Preise < durchschnittliche variable Kosten.</i> • <i>i.c. alternativ auch konkreter Nachweis Verdrängungsabsicht möglich: Konditionen nur für Bauern aus Realp; TH soll aus Markt „gekegelt“ werden;</i> • keine Aussicht durch das Verhalten kurzfristig Gewinne zu maximieren <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. schreibt die R AG kurzfristig Verluste, ohne Aussicht auf Gewinnmaximierung, da sie unter den durchschnittlichen variablen Kosten produziert</i> • nach Verdrängung würde Unternehmen Preise wieder über Wettbewerbsniveau anheben (sog. „recoupment“) <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. entstehen R AG durch die Aktion Verluste und der CEO möchte die Preise zumindest wieder auf das ursprüngliche Niveau heben. Dieses lag vermutlich, mangels Konkurrenz, bereits über dem normalen Wettbewerbsniveau.</i> • Keine sachlichen Gründe, also keine Rechtfertigung durch „legitimate business reasons“: <ul style="list-style-type: none"> • An das Vorliegen von „legitimate business reasons“ sind richtigerweise keine allzu hohen Anforderungen zu stellen: nur weil es betriebswirtschaftlich sinnvollere oder effizientere Alternativen gibt, bedeutet dies nicht, dass ein Unternehmen sich zwingend für diese entscheiden müsste. Die WEKO ist hierbei allerdings strenger. • <i>i.c. sind denkbare Rechtfertigungen wie die Einführung eines neuen Produktes, Kosteneinsparungen oder Lagerräumung alle nicht einschlägig. Das Verhalten dient einzig der Verdrängung des Konkurrenten.</i> • <i>Ergebnis: R AG hat ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für die Verarbeitung von Milch zu Käse im Ursental missbraucht, um TH mit Kampfpreisen aus dem Markt zu drängen. Sie hat damit gegen Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 lit. d KG verstossen.</i> 	
Diskriminierung von Handelspartnern	1.5
<p>Art. 7 Abs. 2 lit. b KG: Diskriminierung:</p> <p>Vss.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Diskriminierung <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. tiefere Preise für Bauern von Realp als für diejenigen anderer Gemeinden im Markt</i> • von Handelspartnern 	

<ul style="list-style-type: none"> • Art. 7 Abs. 2 lit. b KG spricht nur von der Diskriminierung von Handelspartnern. Erfasst ist lediglich eine Diskriminierung, die sich in einem anderen Markt auswirkt, als demjenigen, in dem die Verhaltensweise praktiziert wird (secondary-line discrimination). Die Diskriminierung, die sich auf dem gleichen Markt auswirkt (primary-line discrimination), zielt auf die Verdrängung. Diese Verdrängung muss unter den Voraussetzungen des Verdrängungswettbewerbs geprüft werden (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG). • Nachteile im Wettbewerb <ul style="list-style-type: none"> • <i>auch hier: den Handelspartnern (Bauern) entstehen keine Nachteile</i> <p><i>keine Rechtfertigung</i></p>	
Erzwingung unangemessener Preise	0.5
Art. 7 Abs. 2 lit. c KG: Erzwingung unangemessener Preise <ul style="list-style-type: none"> • Es geht bei Art. 7 Abs. 2 lit. c KG um Fälle, bei denen Marktbeherrschung instrumentaliert wird, um überhöhte Preise durchzusetzen • <i>i.c. gerade nicht der Fall, da die Preise gesenkt werden</i> 	
Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichem Interesse (Art. 8 KG)	0.5
<ul style="list-style-type: none"> • Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichem Interesse (Art. 8 KG) <ul style="list-style-type: none"> • <i>Nicht einschlägig</i> 	
Unzulässige Wettbewerbsabrede	1.5
<ul style="list-style-type: none"> • Wettbewerbsabrede <ul style="list-style-type: none"> • Art. 4 Abs. 1 KG: rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken • <i>i.c. gibt es nur Abreden (Verträge) zwischen R AG und Bauern bzw. TH und Bauern von Realp als Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (Vertikalabrede). Für die Qualifikation ist unerheblich, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde. Bezwecken wird weit ausgelegt, d.h. es genügt die objektive Eignung der Wettbewerbsbeschränkung. Eine solche objektive Eignung wäre gegeben, wenn Wettbewerbsparameter eingeschränkt oder beseitigt werden sollen. Die Verträge beziehen sich auf Preis und Lieferbedingungen und somit Wettbewerbsparameter. Jedoch fehlt es vorliegend an einer objektiven Eignung der Beeinträchtigung dieser Parameter (z.B. durch Exklusivitätsklauseln).</i> <p><i>Ergebnis: Es liegt keine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor, da durch die fraglichen Vereinbarungen weder eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt noch bewirkt wurde. Eine Prüfung von Art. 5 KG erübrigt sich daher.</i></p>	
Rechtsfolgen	1
Sanktionierung nach Art. 49a KG <ul style="list-style-type: none"> • Ein Verstoss gegen Art. 7 KG kann gemäss Art. 49a KG sanktioniert werden. Die Sanktion kann maximal 10% des in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes betragen. Die Sanktion richtet sich nur gegen das fehlbare Unternehmen, nicht gegen die handelnde natürliche Person. Zivilrechtliche Ansprüche nach Art. 12 ff. KG <ul style="list-style-type: none"> • Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 KG, Art. 7 KG) in der Aufnahme/Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf <ul style="list-style-type: none"> ○ Beseitigung/Unterlassung/SchE/Genugtuung/Gewinnherausgabe 	
Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG (Lockvogelangebote) <ul style="list-style-type: none"> • Gemäss Fragestellung war nur eine kartellrechtliche Beurteilung vorzunehmen; deshalb keine Punkte für die Prüfung von Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG 	-
Gesamt Frage 2a -----	19
Übersichtliche Darstellung -----	1

Frage 2b	
Anwendbarkeit des UWG	1
<p>Sachlicher Anwendungsbereich:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anwendbar auf Wettbewerbshandlungen <ul style="list-style-type: none"> ○ Jedes Verhalten, das dazu geeignet ist, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen. ○ Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit oder Absicht zur Beeinflussung des Wettbewerbs nicht nötig. <p>Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 1 UWG):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dreidimensionalität des Lauterkeitsrechts/Schutzzwecktrias <ul style="list-style-type: none"> ○ Interessen der Unternehmen, Konsumenten und der Allgemeinheit sind gleichermaßen geschützt. ○ Wettbewerbsverhältnis nicht erforderlich ○ Jeder kann vom UWG erfasst werden <p>Geographisch und zeitlich i.c. nicht von Bedeutung Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (da die Rechtslage i.c. explizit nur nach UWG beurteilt werden muss, ist diese Frage nicht relevant)</p>	
Verhältnis von Spezialtatbeständen und Generalklausel	1
<p>Das Verhalten von BG kann nach Art. 2 UWG oder einem Spezialtatbestand unlauter sein. In Frage kommen namentlich die Rufausbeutung nach Art. 2 oder Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG und das Schaffen einer Verwechslungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vorrang der Spezialtatbestände vor der Generalklausel (Rechtsprechung) o. Prüfung der Generalklausel vor den Spezialtatbeständen (Teil der Lehre) • Auslegung der Spezialtatbestände im Licht der Generalklausel • Unlauter nach der Generalklausel ist ein Verhalten bei Verstoss gegen Treu und Glauben 	
Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG?	8.5
<p>Unlauter handelt insbesondere, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG) → sog. wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ausstattung mit Individualisierungs- und Kennzeichnungsfunktion/Bestehen von Kennzeichnungskraft: <ul style="list-style-type: none"> ○ Kennzeichenbegriff weiter als im Markenrecht, erfasst auch Ausstattungen ○ Gesamteindruck massgeblich ○ originäre Kennzeichnungskraft <ul style="list-style-type: none"> ▪ gewisse Originalität, Ungewöhnlichkeit, Eigenart ▪ kein Gemeingut <ul style="list-style-type: none"> • keine Monopolisierung von Grundformen, Grundfarben, nahe-liegenden Waren- und Verpackungsformen • beschreibende Angaben, Herkunftsangaben etc., ohne besonde-ren Fantasiaufwand sofort erkennbar • Technische Bedingtheit ○ Derivative Kennzeichnungskraft (Verkehrsdurchsetzung) ○ <i>Subsumtion:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Aspekte können einzeln diskutiert werden, letztlich zählt aber der Gesamteindruck der ganzen Ausstattung</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Schachtel alleine wohl nicht zur Individualisierung geeignet</i> • <i>Hinweis auf Produktionsart (Bergkäse nach traditioneller Art) wird nicht als Herkunftshinweis verstanden</i> • <i>Logo des Hofes kann für sich alleine vom Konsumenten als Herkunftshinweis verstanden werden</i> • <i>Zusammen mit dem Logo des Hofes wird die Ausstattung des Käses wohl als Herkunftshinweis verstanden. Die Schachtel zusammen mit dem Hinweis auf die Produktionsart reicht dafür alleine wohl nicht aus.</i> • <i>Verkehrsdurchsetzung: keine Hinweise im SV</i> ▪ <i>Die Kennzeichnungskraft der gesamten Gestaltung kann als gegeben angesehen werden</i> 	
	7

<ul style="list-style-type: none"> • Vorliegen der Gebrauchspriorität in der Schweiz <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Subsumtion: i.c. unproblematisch</i> • Schutzwürdige Marktposition: <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Subsumtion: i.c. unproblematisch</i> 	
<ul style="list-style-type: none"> • Verwechslungsgefahr: <ul style="list-style-type: none"> ○ Begriff <ul style="list-style-type: none"> ▪ Gefahr der betrieblichen Fehlzurechnung ○ Art der Verwechslungsgefahr: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Unmittelbar: Konsumenten glauben, dass das Produkt vom selben Unternehmen wie das Original stammt ▪ Mittelbar: Konsumenten denken, dass zumindest eine Verbindung zwischen den Unternehmen besteht ▪ Vorliegen einer Verwechslungsgefahr reicht aus, tatsächliche Verwechslung nicht erforderlich ○ Kriterien der Verwechslungsgefahr: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ▪ Beurteilung aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise ▪ Zeichenähnlichkeit <ul style="list-style-type: none"> • Erinnerungsbild zum Zeitpkt. des Kaufes massgeblich • Gesamteindruck <ul style="list-style-type: none"> ○ Einzelne Aspekte können den Gesamteindruck prägen, dürfen aber nicht gesondert betrachtet werden. ▪ Je ähnlicher die Waren, desto eher besteht Verwechslungsgefahr <ul style="list-style-type: none"> • Präsentation der Ware (Art des Vertriebs, des Angebotes) • Branchennähe/Geographische Nähe ○ Zumutbarkeit alternativer Kennzeichnung ○ <i>Subsumtion:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Es kommt höchstens mittelbare Verwechslungsgefahr in Frage, da das Logo, welches auf den Hof des jeweiligen Bauern hinweist, eine unmittelbare Verwechslungsgefahr ausschliesst.</i> ▪ Pro: ▪ <i>Es handelt sich in beiden Fällen um gleiche Ware (Käse)</i> ▪ <i>Der Käse kommt aus derselben Region und wird, gleich wie der Käse von TH, auf den lokalen Märkten zum Kauf angeboten → Gleiche Region und gleicher Kontext</i> ▪ <i>Gleiche Schachtel, Logo eines Bauern drauf, ähnlicher Marktauftritt</i> ▪ <i>Ähnlicher Gesamteindruck (Leichtholzschachtel mit Logo des Bauernhofes) im Erinnerungsbild</i> ▪ <i>Offenbar wurden höhere Einnahmen erzielt, was darauf hinweist, dass die Kunden zumindest eine Verbindung zum nach traditioneller Art hergestellten Käse herstellen</i> ▪ <i>Andere Kennzeichnung i.c. sicherlich zumutbar</i> ▪ Contra: ▪ <i>Hinweis auf die Produktionsart (Bergkäse nach traditioneller Art) fehlt</i> ▪ <i>Aufschrift „Tannenhof“ stellt klar, dass der Käse gerade nicht von einem anderen Hof stammt (unterscheidungskräftiger Zusatz)</i> ▪ Fazit: Kein Vorliegen von Verwechslungsgefahr 	
<p>Liegt eine Rufausbeutung vor?</p>	<p>5.5</p>
<p>Anwendbarkeit der Generalklausel (Art. 2 UWG) oder Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rufausbeutung/Anlehnung <ul style="list-style-type: none"> ○ Bestehen eines Rufes <ul style="list-style-type: none"> ▪ Güte und Prestigevorstellungen: Ruf als Gesamtheit der Informationen und Assoziationen, welche das Publikum mit dem Produkt bzw. seiner Ausstattung verbindet ▪ Der Ruf ist eine marktrelevante Information und das Ergebnis der Leistung (Investition in Qualität) des Anbieters ▪ gewisse Bekanntheit vorausgesetzt ○ Übertragung ebendieses Rufes 	

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Tatsächlicher Imagetransfer, nicht nur blosser Aufmerksamkeitseffekt Informationen werden vom Publikum gedanklich auf Produkt von Dritten übertragen ▪ Indirekt: Übernahme, Nachahmung oder planmässige Annäherung an Kennzeichen und Leistungen ▪ Gesamteindruck massgebend ▪ Gleiche oder zumindest ähnliche Abnehmerkreise ▪ Je ähnlicher die Gestaltung, desto eher kann ein Imagetransfer angenommen werden. ▪ Je näher die Produkte, desto eher kann ein Imagetransfer stattfinden ○ Unlauterkeit <ul style="list-style-type: none"> ▪ Geschäftsmoralischer Ansatz <ul style="list-style-type: none"> • Regeln des kaufmännischen Anstandes • „fiese Siech-Prinzip“ • Planmässiges Anschleichen an fremde Ausstattung, um den guten Ruf in schmarotzerischer Weise auszubeuten <ul style="list-style-type: none"> ○ Ausstattung muss so verwendet werden, dass es nicht anders denn als Anlehnung gedeutet werden kann • Problemlos bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ▪ Funktionaler Ansatz <ul style="list-style-type: none"> • Verteilungsfunktion: <ul style="list-style-type: none"> ○ Einkommen entspricht der Leistung → Rufausbeutung führt zur Ausnützung der Leistungen/Investitionen Dritter für den Aufbau des ausgebeuteten Rufes ○ Ausschlussprinzip als Ideal ○ <i>Subsumtion:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Entscheidende Frage ist, ob die Kunden aufgrund der Ausstattung des Käses von BG den Ruf des Käses aus der Produktion von TH tatsächlich auf den Käse von BG übertragen.</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Es handelt sich um gleiche Ware, beide Käse sind in einer identischen Leichtholzschachtel verpackt, zudem wird auf beiden Käsen das Logo des jeweiligen Hofes angebracht.</i> • <i>Der Käse aus der Käserei von TH kann offensichtlich zu einem höheren Preis verkauft werden, was dafür spricht, dass die Kunden dem Käse eine bestimmte Qualität zuschreiben. Dass GB dank der neuen Ausstattung für seinen Käse nun auch mehr verlangen kann, spricht dafür, dass der Kunde dem Käse von GB tatsächlich die Qualität des Käses aus der Käserei von TH zuschreibt.</i> • <i>Allerdings ist der Hinweis auf die Produktionsart nicht auf dem Käse von BG angebracht. Man kann die Ansicht vertreten, dass dieser Hinweis für den Kunden massgeblich ist, weshalb bei Fehlen eines solchen keine Rufübertragung stattfindet.</i> • <i>Vermutlich findet ein Imagetransfer statt.</i> ▪ <i>Geschäftsmoralisch:</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Ziel ist es gerade, vom guten Ruf des Käses aus der Käserei von TH zu profitieren.</i> • <i>Hat bewusst durch die Übernahme der Schachtel versucht, den Eindruck zu erwecken, ebenfalls dort zu produzieren → hinterlistig, planmässig und damit unlauter.</i> ▪ <i>Funktional:</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>BG will durch Anlehnung an den Ruf des anderen Käses von der Investition/Leistung profitieren, womit auch die Verteilungsfunktion gestört wird.</i> • <i>Ev. wird auch Lenkungsfunktion gestört, wenn sich Abnehmer aufgrund ungenauer, irreführender Informationen entscheiden</i> ○ <i>Fazit: Insgesamt kann wohl von einer Rufausbeutung ausgegangen werden.</i> 	
Vorliegen einer unlauteren Nachahmung nach Art. 2 oder Art. 5 UWG	1.5

Nachahmungsfreiheit <ul style="list-style-type: none"> • Grundsatz der Nachahmungsfreiheit <ul style="list-style-type: none"> ○ Grenze dort, wo in vermeidbarer Weise über die betriebliche Herkunft/Identität irrefgeführt wird oder wo der Nachahmer in schmarotzerischer Manier den guten Ruf der Erzeugnisse eines Mitbewerbers ausbeutet 	
Systematische Nachahmung nach Art. 2 UWG <ul style="list-style-type: none"> • Planmässiges Anschleichen an fremde Leistung <ul style="list-style-type: none"> ○ Schmarotzerische Ausbeutung des Markterfolgs von Konkurrenzprodukten ○ Heranmachen an eine Vielzahl von Modellen, Serie von Produkten • <i>Subsumtion: i.c. klarerweise nicht der Fall, da kein Anschleichen an ganze Produktreihe</i> 	
Vorliegen einer identischen Übernahme nach Art. 5 lit. c UWG <ul style="list-style-type: none"> • Übernahme wenn: <ul style="list-style-type: none"> ○ Marktreifes Arbeitsergebnis eines anderen ○ Übernahme und Verwertung als solches ○ Technisches Reproduktionsverfahren ○ Kein angemessener eigener Aufwand • <i>Subsumtion: i.c. nicht einschlägig, da kein technisches Reproduktionsverfahren.</i> 	
Vorliegen einer Irreführung/Täuschung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG	0.5
Bei der Verwechselbarkeit betrieblicher Herkunftsangaben geht Art. 3 Abs. 1 lit. d Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG vor, weshalb sich eine Prüfung erübrigt	
Rechtsfolgen bei Verstoss gegen das UWG	1
Zivilrechtliche Klage auf Unterlassung, Beseitigung, Feststellung, Genugtuung, SchE/Gewinnherausgabe bei Verstössen gegen Art. 2-8 UWG (Art. 9 UWG) <ul style="list-style-type: none"> • Aktivlegitimiert sind die Mitbewerber und andere, deren Wettbewerbssituation durch das beanstandete Verhalten verschlechtert wird (UWG 9) sowie Konsumenten und Konsumentenorganisationen, wenn die wirtschaftlichen Interessen bedroht sind (Art. 10 Abs. 1 UWG) • Passivlegitimiert ist das verletzende Unternehmen, verantwortliche Arbeitnehmer und Hilfspersonen (weit zu verstehen) Strafrechtliches Vorgehen bei Verstössen gegen Art. 3-6 UWG (nicht bei Verstoss gegen General-klausel) (Art. 23 UWG)	
Gesamt Frage 2b -----	19
Übersichtliche Darstellung -----	1