
BA Handels- und Wirtschaftsrecht (Ersatzprüfung)

20. Juli 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 5 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	30 Punkte	30% des Totals
Frage 2	20 Punkte	20% des Totals
Frage 3	10 Punkte	10% des Totals
Frage 4	25 Punkte	25% des Totals
Frage 5	15 Punkte	15% des Totals
Total	100 Punkte	100%

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!

Sachverhalt 1

V, der einzige Verwaltungsrat der Meier AG (M AG), möchte aus Altersgründen seinen Arbeitsaufwand auf ein Minimum reduzieren und seine Aufgaben daher auf eine Geschäftsführung delegieren. Er nutzt eine entsprechende Bestimmung in den Statuten und überträgt dem gut ausgebildeten und geschäftlich erfahrenen G die gesamte Oberleitung und Überwachung der M AG. Da die Geschäftsleitung nur aus einer Person besteht, meint V, dass es keines Organisationsreglements bedürfe. G amtiert mehrere Jahre als Geschäftsführer und wird dabei von V sorgfältig und umfassend überwacht. 2015 plant G, für die M AG das Konkurrenzunternehmen K AG zu erwerben, das grosse Chancen, aber auch Risiken für die weitere Geschäftsentwicklung bietet. Die Sache ist eilig, denn es steht zu befürchten, dass auch andere Unternehmen an der K AG interessiert sein könnten. G lässt die K AG durchleuchten und kauft, nachdem auch der V sein OK gegeben hat, das Unternehmen. Dabei verschweigt der G dem V jedoch, dass er sich privat Aktien der K AG gekauft hatte, um von einem Kursanstieg nach Bekanntwerden der Übernahme zu profitieren. In der Folge stellt sich heraus, dass die K AG seit Jahren nicht solide geführt war. Dies hätte ein Fachmann ohne Weiteres erkennen können. Der von G für das Durchleuchten der K AG betraute A war jedoch kein Fachmann für Übernahmen, sondern Arbeitsrechtsanwalt. Die K AG fällt 2016 in Konkurs, wodurch der M AG ein Schaden von 15 Mio. CHF entsteht. G tritt sofort zurück. Auch V stürzt über diese Affäre.

Frage 1: Der neue Verwaltungsrat Z sowie R, ein Gläubiger der M AG, wenden sich an Sie mit der Bitte zu prüfen, ob die M AG gegen G und gegen V vorgehen könne. (Bitte prüfen Sie nur gesellschaftsrechtliche Ansprüche).

Die Studenten A und B haben eine bedeutende Erfindung gemacht und wollen diese vermarkten. Sie tun sich mit dem reichen C zusammen und gründen 2007 eine Kommanditgesellschaft. A und B sind Komplementäre, C ist Kommanditär mit einer Einlage von 500.000 CHF, die er sofort in die Gesellschaftskasse einzahlt. Die Gesellschafter vergessen, sich um den Handelsregistereintrag zu kümmern und beginnen mit den Handelsgeschäften. A und B treten nach aussen auf, C macht die Buchhaltung und wirkt intern an allen wichtigen Entscheidungen mit. Unter anderem wird ein formwirksamer Vertrag mit dem D über den Kauf eines Betriebsgrundstücks im Wert von 1 Mio. CHF geschlossen. Nach einem Jahr sind alle Gesellschafter mit den erzielten Profiten recht glücklich. Zwei Jahre nach Beginn der Geschäfte lassen sie die Gesellschaft dann doch noch ins Handelsregister eintragen. Anschliessend beauftragen sie den Softwareberater E mit der Entwicklung einer neuen Abrechnungssoftware zum Preis von 200.000 CHF. Die Geschäfte gehen plötzlich schlechter, weshalb C sich rasch noch 120.000 CHF seiner Einlage zurückerstatten lässt.

Frage 2: Die Kommanditgesellschaft fällt in Konkurs und hat kein Vermögen mehr. D und E wollen von Ihnen wissen, ob sie von C den Grundstückkaufpreis von 1 Mio. CHF und die Entwicklungskosten für die Software von 200.000 CHF verlangen können?

Frage 3: *Abwandlung des Sachverhalts:* Gesellschafter C scheidet am 15.5.2010 aus der Kommanditgesellschaft aus, was am 15.5.2012 ins Handelsregister eingetragen wird. Die Gesellschaft wird von A und B weitergeführt. D und E kommen am 12.7.2016 zu Ihnen und wollen wissen, ob sie von C den Grundstückkaufpreis von 1 Mio. CHF und die Entwicklungskosten für die Software von 200.000 CHF verlangen können?

Sachverhalt 2

Die Chemie & Co GmbH („C GmbH“) mit Sitz in Liestal, Schweiz vertreibt das Arzneimittel Neuromed zur Behandlung von Neuroborreliose, einer Nervenkrankheit. Neuromed ist auf dem Markt sehr erfolgreich und wird von Ärzten standardmässig zur Behandlung von Neuroborreliose angewendet. Der Neuromed zugrundeliegende Wirkstoff wurde am 1.2.1999 als Europäisches Patent angemeldet, u.a. mit Schutzwirkung für die Schweiz, und nach Durchlauf einer zweijährigen Prüfung am 1.2.2001 auch eingetragen.

Die Genuin AG („G AG“) ist ein auf Herstellung und Vertrieb von Generika¹ spezialisiertes Unternehmen mit Sitz in Bülach, Schweiz. Da die G AG das lukrative Neuromed als Generikum produzieren möchte, hat sie angefangen, eine Produktionsstätte entsprechend umzurüsten. Einen Vertrieb des Generikums in der Schweiz fasst die G AG ebenfalls ins Auge. Dies passt der C GmbH gar nicht.

Der Verwaltungsrat der C GmbH erfährt von den Plänen der G AG, möchte aber keine langwierigen und kostspieligen Patentprozesse führen und bietet der G AG einen Deal an. Am Sitz der G AG in Bülach wird am 1.2.2016 folgende Vereinbarung aufgesetzt: Die G AG verpflichtet sich, bis zum 1.2.2021 auf den Vertrieb des Generikums von Neuromed in der Schweiz zu verzichten. Im Gegenzug erhält die G AG jährlich 1% des Gewinns, den die C GmbH mit dem Verkauf von Neuromed erzielt; ausserdem darf die C GmbH während fünf Jahren Dritten keine Lizenzen zur Herstellung von Neuromed erteilen. Da der Rechtsdienst der C GmbH diese Vereinbarung kartellrechtlich bedenklich findet, legt er sie dem Sekretariat der Weko zur Vorabklärung vor.

Frage 4: Sie machen ein Praktikum bei der Weko und werden gebeten, diese Vereinbarung aus Sicht des Schweizer Kartellrechts zu beurteilen.

In der Folge entwickelt sich das Geschäftsjahr für die C GmbH wenig erfreulich: Die Eigenproduktion von Neuromed wird immer unrentabler und das Unternehmen sieht sich bald mit einer ernsthaften wirtschaftlichen Krise konfrontiert. Die Billigpharm AG („B AG“), die von diesen Schwierigkeiten gehört hat, offeriert der C GmbH nun, die Herstellung des Wirkstoffes Neuromed zu günstigen Konditionen zu übernehmen. Das Angebot ist für die C GmbH sehr attraktiv, weil sie sich so auf den rentablen Vertrieb konzentrieren könnte. Aufgrund des mit der G AG abgeschlossenen Deals (siehe oben) zögert der Verwaltungsrat der C GmbH allerdings. Als er seine Bedenken gegenüber dem CEO der B AG äussert, entgegnet dieser bloss, die C GmbH solle sich nicht so in ihrer wirtschaftlichen Freiheit einschränken lassen, schliesslich sei auch niemandem geholfen, wenn die C GmbH in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten gerate.

Frage 5: Beurteilen Sie das Verhalten des CEO der B AG aus Sicht des UWG.

¹ Ein Generikum ist ein Arzneimittel, das auf dem gleichen Wirkstoff wie ein auf dem Markt befindliches Arzneimittel beruht und daher zur Behandlung der gleichen Krankheiten verschrieben wird. In der Regel wird das Generikum aber billiger angeboten als das Originalpräparat.

Musterlösung: Ersatzprüfung Handels- und Wirtschaftsrecht FS 16

Sachverhalt 1 (Gesellschaftsrecht, Prof. Sethe)

	Mögliche Punkte
Frage 1	
I. Verantwortlichkeitsklage gegen G (OR 754 I)	
1. Aktivlegitimation der Gesellschaft (+) Die Gesellschaft ist stets aktivlegitimiert.	1
Der Gläubiger der M AG ist, da die M AG noch aufrecht steht, nicht aktivlegitimiert. Dies ergibt sich im arg. e contr. aus OR 757.	1
2. Passivlegitimation: G ist als Geschäftsführer der M AG passivlegitimiert.	1
Der Umstand, dass die Bestellung des G nach OR 716b möglicherweise unwirksam ist, spielt keine Rolle, da OR 754 auch faktische Organe erfasst.	2
3. Schaden = Differenzhypothese prüfen: Da das Gesellschaftsvermögen um 15 Mio. CHF kleiner ist als ohne den Unternehmenskauf, liegt ein Schaden vor.	1
4. Pflichtverletzung	
• OR 717. Massstab ist die objektive Sorgfalt eines professionellen Geschäftsleiters.	1
• Anwendung der Business Judgement Rule (BJR)?	1
• Geschäftsentscheid = Entscheid, der mit Risiken behaftet ist oder der unter Zeitdruck gefällt werden muss. Hier beides (+).	1
• Verfahren in Ordnung?	
○ frei von Interessenkonflikten (-)	1
○ auf Basis sorgfältiger Informationsbeschaffung (-)	1
• Rechtsfolge der BJR: Mangels Anwendung der BJR volle inhaltliche Überprüfung des Entscheids durch den Richter.	1
• Hier Pflichtverletzung, da G sich vorhalten lassen muss, dass bei sorgfältiger Prüfung der K AG deren schlechte Geschäftsführung entdeckt worden wäre (+).	1
5. Kausalität (+)	1
6. Verschulden (+)	1
7. Frist: OR 760 (+)	1
Ergebnis: Klage hätte Erfolg.	
II. Verantwortlichkeitsklage gegen V (OR 754 I)	
1. Aktivlegitimation der Gesellschaft (+) Gläubiger ausser Konkurs nicht aktivlegitimiert, arg. e contr. OR 757.	s.o.
2. Passivlegitimation: V ist als ehemaliger VR der M AG aktivlegitimiert.	1
3. Schaden (+), da das Gesellschaftsvermögen um 15 Mio. CHF kleiner ist.	s.o.
4. Pflichtverletzung	
a) eigene Pflichtverletzung beim Kauf der K AG? Nein, da V nicht an der unsorgfältigen Überprüfung der K AG beteiligt war.	1
b) Pflichtverletzung bei der Bestellung des G zum Geschäftsführer? Voraussetzungen einer wirksamen Delegation nach OR 716b:	
• Statutenbestimmung (+);	1
• aber Verstoß gegen OR 716b I, da kein Organisationsreglement;	1
• aber Verstoß gegen OR 716b II, da Inhalt des Organisationsreglements fehlt;	1
• aber Verstoß gegen OR 716a (-), da Oberleitung der Gesellschaft delegiert wird.	1
Pflichtverletzung daher (+)	
5. Kausalität? Zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden fehlt die Kausalität, da der Schaden auch eingetreten wäre, wenn die Delegation ordnungsgemäss erfolgt wäre.	3

	Mögliche Punkte
6. Entlastung durch OR 754 II?	
Auf OR 754 II kommt es nicht mehr an, da bereits die Kausalität fehlt.	1
Bei OR 754 II würde im Übrigen das Merkmal „befugterweise“ fehlen.	1
7. Zurechnung des Verhaltens des G über OR 399 I analog (+), daher Haftung für Fehler des G.	2
Ergebnis: V haftet für den Schaden von 15 Mio. CHF.	
Frage 2	
I. Anspruch des D gegen C aus OR 608 I, 610	
1. Gesellschaft entstanden?	
a) Mehrere Personen, Vertragsschluss und Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks sind unproblematisch.	1
b) Fehlende Eintragung schädlich? Wenn ein kaufmännisches Gewerbe geführt wird, ist Eintragung nur deklaratorisch (arg. e contr. aus OR 595), ansonsten konstitutiv.	1
c) Handelsgewerbe? Laut Sachverhalt werden Handelsgeschäfte geführt.	1
Definition Gewerbe, vgl. HRegV 2 lit. b.	1
2. Vertrag mit der Gesellschaft: Hier (+), da Vertretung durch A und B (OR 603).	1
3. Klagerecht gegen den Kommanditär (OR 610 I) (+), da Gesellschaft im Konkurs.	1
4. Einwand der beschränkten Haftung (OR 608, 610)	
a) Der Kommanditär haftet nach OR 608 beschränkt.	1
b) Hier greift aber OR 606 i.V.m. 604, 617, so dass C auf 1 Mio. CHF haftet (Betrag muss gesehen werden!).	2
Auf den Streit, ob der Kommanditär nur nach OR 606 haftet, wenn die Aufnahme der Geschäfte vor Handelsregistereintrag mit seiner Zustimmung erfolgte, kommt es hier nicht an, da C zugestimmt hat.	1
c) Beweis, dass Vertragspartner von der Kommanditäreigenschaft wusste, ist nicht erbracht (OR 606 <i>in fine</i>).	1
5. Frist: OR 619 i.V.m. 591 i.V.m. 574.	1
Ergebnis: Klage hätte im Umfang von 1 Mio. CHF Erfolg.	
II. Anspruch des E gegen C auf 200.000 CHF	
1. Gesellschaft entstanden?	s.o.
a) Mehrere Personen, Vertragsschluss und Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks sind unproblematisch.	s.o.
b) Handelsgewerbe? Laut Sachverhalt werden Handelsgeschäfte geführt.	s.o.
c) Eintragung ist erfolgt.	1
2. Vertrag mit der Gesellschaft: Hier (+)	1
3. Klagerecht gegen den Kommanditär (OR 610 I) (+)	1
4. Einwand der beschränkten Haftung (OR 608, 610)	
a) Wenn die Kommanditsumme in das Gesellschaftsvermögen eingezahlt wurde, haftet der Kommanditär nach OR 610 II nicht.	2
b) Die Haftung lebt aber in der Höhe wieder auf, in der die Einlage zurückgezahlt wurde, hier 120.000 CHF.	2
Ergebnis: Klage hätte im Umfang von 120.000 CHF Erfolg.	
Frage 3	
Ansprüche des D und des E gegen C	
1. Tatbestandsmerkmale 1 bis 4 wie oben.	s.o.
2. Haftung nach dem Ausscheiden gemäss OR 619 I, 591.	2
a) Ausscheiden des C: Die Gesellschaft wird gemäss OR 619 i.V.m. 576 von A und B fortgesetzt.	2
b) Fristbeginn gemäss OR 591 nicht 2010, sondern erst mit dem Eintrag des Ausscheidens 2012. Daher ist die fünfjährige Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen.	2

	Mögliche Punkte
c) Aber: Solange die Gesellschaft nicht in Konkurs ist (und als Kollektivgesellschaft fortgeführt wird), muss der Gläubiger zunächst dort Erfüllung suchen (vgl. OR 568 III, 610 I), was nicht passiert ist.	3
Ergebnis: Es besteht derzeit kein Anspruch.	
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 4: Kartellrecht	Mögliche Punkte
Anwendbarkeit des KG	6.75
<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: Wettbewerbsabrede (Art. 2 Abs. 1 KG) • Räumlich: Auswirkungsprinzip • zeitlicher Anwendungsbereich gegeben • Ausschlussgründe: <ul style="list-style-type: none"> • Vorbehalt der staatlichen Preisordnung (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG) <ul style="list-style-type: none"> • Praxis ist restriktiv: Medizinprodukte erfasst • Vorbehalt aus Vorschriften über geistiges Eigentum (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG) <ul style="list-style-type: none"> • Erfasst sind alle Immaterialgüterrechte inkl. Patentrecht • h.L.: verlangt restriktive Auslegung • Verlangt wird, dass sich die Wirkung ausschliesslich aus dem Recht des geistigen Eigentums ergibt: <ul style="list-style-type: none"> • Wirkstoffpatent <ul style="list-style-type: none"> • Patente dauern höchstens bis zum Ablauf von 20 Jahren seit der Anmeldung (Art. 14 Abs. 1 PatG) <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. ist das Patent noch gültig, wird aber während der Laufzeit der Vereinbarung auslaufen.</i> • Ergänzendes Schutzzertifikat? • Zu beachten bei Wettbewerbsabreden: Die Wettbewerbswirkungen ergeben sich nicht "ausschliesslich" aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern auch aus der Abrede. <ul style="list-style-type: none"> • <i>Daher muss auch eine Abrede über das bestehende Patent grundsätzlich einer kartellrechtlichen Prüfung zugänglich sein.</i> • <i>Ergebnis: Vorbehalt greift nicht. Damit ist noch nichts über die kartellrechtliche Zulässigkeit ausgesagt.</i> • Vorbehalt zugunsten von Parallelimporten (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG): nicht einschlägig • Das KG ist folglich anwendbar 	
Unzulässige Wettbewerbsabrede	
Vorliegen einer Wettbewerbsabrede	3.75
<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 <ul style="list-style-type: none"> • Rechtliche Erzwingbarkeit <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. bei Verträgen gegeben</i> • Vereinbarung zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen <ul style="list-style-type: none"> • <i>G und C sind (potentielle) Konkurrenten (gleiche Marktstufe)</i> • Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung <ul style="list-style-type: none"> • Entscheidend ist, dass sich die Unternehmen betreffend Wettbewerbsparameter in Handlungsfreiheit einschränken. • Subjektive Elemente (Vorsatz) nicht erforderlich • Ob Abrede tatsächlich eingehalten wurde, ist irrelevant (Bezwecken reicht aus) • <i>i.c. wird durch die Abrede der Wettbewerb während eines gewissen Zeitraumes ausgeschlossen; sie bewirkt somit eine Wettbewerbsbeschränkung.</i> • <i>Ergebnis: Es liegt eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor, da durch die fraglichen Vereinbarungen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt wurde.</i> 	
<ul style="list-style-type: none"> • Marktabgrenzung bei Vermutungstatbestand nicht notwendig 	0.5

<ul style="list-style-type: none"> • Horizontale Kernbeschränkung (Vermutungstatbestand) 	9.5
<ul style="list-style-type: none"> • Vorliegen eines Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 KG <ul style="list-style-type: none"> • qualitative Erheblichkeit • Mengenabreden (Art. 5 Abs. 3 lit. b KG) <ul style="list-style-type: none"> • Entscheidend ist, ob Abrede eine Einschränkung der Produktionsmenge zur Folge haben kann. <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. hat die Abrede zur Folge, dass gar nicht produziert wird, daher kann sie als Mengenabrede qualifiziert werden.</i> • Gebietsabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG)? <ul style="list-style-type: none"> • Aufteilung des CH-Marktes erfasst; Abschottung des CH-Marktes auch? <ul style="list-style-type: none"> • Wortlaut: Aufteilung von Märkten; sinnvollerweise muss auch die vollständige Abschottung des Gesamtmarktes als horizontale Kernbeschränkung gelten. • <i>i.c. wird durch die Abrede das gesamte CH-Gebiet der C AG zugeteilt, weshalb eine Gebietsabrede angenommen werden kann.</i> • <i>Ergebnis: Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung</i> 	
<ul style="list-style-type: none"> • Widerlegung der Vermutung <ul style="list-style-type: none"> • qualitative Erheblichkeit ist gegeben • nach der Rechtsprechung des BGer müssen quantitative Kriterien nicht geprüft werden (per-se Erheblichkeit der Abrede); Widerlegung der Vermutung ist deshalb nicht möglich. • Bestehen von Rest/Aussenwettbewerb? <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) • Bei horizontalen Abreden ergibt sich sachlich relevanter Markt gemäss h.L. aus dem Inhalt der Abrede <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c.: Medikamente zur Behandlung von Neuroborreliose</i> • räumlich relevanter Markt: <ul style="list-style-type: none"> • Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog • Nachfrage der Marktgegenseite: Substituierbarkeit <ul style="list-style-type: none"> • <i>Die Marktgegenseite sind Medizindienstleistungserbringer, die Medikamente zur Behandlung von Neuroborreliose verschreiben dürfen. Mangels anderer Hinweise kann davon ausgegangen werden, dass dieser Markt auf die Schweiz begrenzt ist.</i> • zeitlich relevanter Markt (irrelevant) • Aussenwettbewerb <ul style="list-style-type: none"> • Im Vordergrund stehen quantitative Aspekte • Innenwettbewerb <ul style="list-style-type: none"> • Sogar beim Preiskartell ist es theoretisch möglich, dass es noch Restwettbewerb in Bezug auf einen anderen Wettbewerbsparameter gibt (z.B. Service) • <i>i.c. weder Hinweise auf substantielle Konkurrenz (Aussenwettbewerb) noch auf zwischen den beteiligten Unternehmen verbleibende ungebundene Wettbewerbsparameter (Innenwettbewerb). Vorliegen von Restwettbewerb kann damit verneint werden.</i> 	
<ul style="list-style-type: none"> • Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz <ul style="list-style-type: none"> • Art. 5 Abs. 2 KG: An sich unzulässige Wettbewerbsabrede kann aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden • Es müssen gesamtwirtschaftlich positive Effekte vorliegen; dass die Abrede aus Sicht der Unternehmen profitabel ist, genügt nicht • Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, Verbesserung von Produkten, Produktionsverfahren, Forschung oder Know-How Management oder rationellere Nutzung von Ressourcen, sowie • Notwendigkeit der Abrede zur Erreichung eines dieser Ziele • Keine Möglichkeit wirksamen Wettbewerb zu beseitigen • <i>Es ist i.c. nicht ersichtlich, dass die Abrede irgendwelche Effizienzziele verfolgt. Eine Rechtfertigung ist daher von vornherein nicht möglich.</i> 	
<p>Gerechtfertigte Arten von Abreden? Art. 6 KG ist eine Kompetenznorm. Gestützt auf diese Norm können gewisse Abreden in Verord-</p>	0.5

nungen bzw. Bekanntmachungen als i.d.R. gerechtfertigt erklärt werden. Dies dient der Rechtssicherheit. Art. 6 KG hat aber darüber hinaus keine normative Bedeutung, insb. zählt der Katalog in Art. 6 Abs. 1 KG lediglich in nicht abschliessender Weise Abreden auf, für die eine Rechtfertigung in Frage kommt.	
Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	1.5
<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) <ul style="list-style-type: none"> • Abstellen auf Begebenheiten im Einzelfall unter Berücksichtigung von Marktanteilen, Strukturelementen sowie Marktverhalten. • <i>i.c. könnte man sich die Frage einer Marktbeherrschung zwar stellen, da Neuromed standardmässig zur Behandlung von Neuroborreliose abgegeben wird.</i> • <i>Der SV gibt aber hierzu wenig her. Eine standardmässige Verabreichung eines Medikaments oder die Existenz eines Patents kann nicht mit einer Marktbeherrschung gleichgesetzt werden. Da im Sachverhalt auch keine Angaben zu Marktanteilen, Substituten etc. gemacht wurden, bestand keine Grundlage für die Annahme einer Marktbeherrschung. Ferner gab es auch keinen Hinweis auf Verhaltensweisen, die auf eine missbräuchliche Ausübung einer Marktposition untersucht werden müssten.</i> 	
Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichen Interessen (Art. 8 KG)	0.5
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Nicht einschlägig</i> 	
Rechtsfolgen	1
Sanktionierung nach Art. 49a KG	
<ul style="list-style-type: none"> • Ein Verstoss gegen Art. 5 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) in der Aufnahme/Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf <ul style="list-style-type: none"> • Beseitigung/Unterlassung/SchE/Genugtuung/Gewinnherausgabe 	
Gesamt Frage 4 -----	24
Übersichtliche Darstellung -----	1

Frage 5: UWG	
Anwendbarkeit des UWG	2
<ul style="list-style-type: none"> • Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 1 UWG): <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. • Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 1 UWG): <ul style="list-style-type: none"> • Dreidimensionalität des Lauterkeitsrechts/Schutzzwecktrias • Interessen der Unternehmen, Konsumenten und der Allgemeinheit sind gleichermaßen zu schützen. • Wettbewerbsverhältnis nicht erforderlich • Jeder kann vom UWG erfasst werden • Geographisch und zeitlich i.c. nicht von Bedeutung • Organproblematik <ul style="list-style-type: none"> • Als Organ ist der CEO persönlich verantwortlich (passivlegitimiert) • Eine Haftung der B AG gestützt auf Art. 11 UWG scheidet aus, da ihr CEO nicht als Hilfsperson qualifiziert werden kann 	
Verhältnis von Spezialtatbeständen und Generalklausel	1
<ul style="list-style-type: none"> • Das Verhalten des CEO der B AG kann nach Art. 2 UWG oder nach Art. 4 lit. a UWG unlauter sein. • Vorrang der Spezialtatbestände vor der Generalklausel (Rechtsprechung) o. Prüfung der Generalklausel vor den Spezialtatbeständen (Teil der Lehre) • Auslegung der Spezialtatbestände im Licht der Generalklausel 	
Verleitung zum Vertragsbruch	7.5
<p>Art. 4 lit. a UWG</p> <ul style="list-style-type: none"> • Verleitung <ul style="list-style-type: none"> • entspricht Anstiftung • Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Entschluss • Bestärken in bereits gefasstem Beschluss • Nicht: blosser Angebote, Hinweise oder Kontaktaufnahmen <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. zögert die C GmbH. Hierauf entgegnet der CEO der B AG die C GmbH solle sich nicht in ihrer wirtschaftlichen Freiheit einschränken lassen. Das Verhalten des CEO ist geeignet den Entschluss zum Vertragsbruch hervorzurufen.</i> • Vertragsbruch <ul style="list-style-type: none"> • Vorliegen eines Vertrages <ul style="list-style-type: none"> • Unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG sind widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 OR ex tunc nichtig. <ul style="list-style-type: none"> • <i>Vereinbarung verstösst gegen KG, der Vertrag war also ex tunc nichtig. Ein nichtiger Vertrag kann nicht gebrochen werden.</i> • [Falls weiter geprüft] Bruch: jegliche Form der Leistungsstörung (Nicht- oder Schlechterfüllung); Nicht: Ausübung von Gestaltungsrechten, Abschluss Aufhebungsvertrages, <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. soll sich die C GmbH nicht an die Vereinbarung halten.</i> • Unterbleibt der Vertragsbruch, ist der Tatbestand nicht erfüllt <ul style="list-style-type: none"> • <i>Solange die C GmbH den Vertrag erfüllt, ist der Tatbestand nicht gegeben.</i> • Abnehmer <ul style="list-style-type: none"> • erweitertes Begriffsverständnis • Entspricht nicht Letztverbraucher; auch Warenproduzenten- und Dienstleistungserbringer vorgelagerter Marktstufen • Unlauter ist Verhalten, das auf die Marktgegenseite zielt, nicht Verhalten, das auf Mitbewerber zielt. <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. ist die C GmbH kein Abnehmer der B AG, sondern eine Konkurrentin. Abnehmer wären die (Gross)Einkäufer der Medikamente für Apotheken oder allenfalls die behandelnden Ärzte. Die Verleitung zum Vertragsbruch zielt hier nicht</i> 	

<p style="text-align: center;"><i>auf die Marktgegenseite, sondern auf einen Mitbewerber.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Ergebnis: Kein Verstoss gegen Art. 4 lit. a UWG</i> 	
Generalklausel – Allgemeines	1.25
<ul style="list-style-type: none"> • Art. 2 UWG <ul style="list-style-type: none"> • Unlauter nach der Generalklausel ist ein Verhalten bei Verstoss gegen Treu und Glauben <ul style="list-style-type: none"> • Geschäftsmoralischer Ansatz <ul style="list-style-type: none"> • Regeln des kaufmännischen Anstands • „fiese Siech“-Prinzip • Funktionaler Ansatz <ul style="list-style-type: none"> • Schutz des unverfälschten Wettbewerbs, insb. Gewährleistung der Verteilungs-, Lenkungs- und Fortschrittsfunktion 	
Generalklausel – Verleitung zum Vertragsbruch	2.25
<ul style="list-style-type: none"> • Eine Verleitung zum Vertragsbruch die von Art. 4 lit. a UWG nicht erfasst ist, kann von Art. 2 UWG erfasst werden • Auch hier: Der Vertrag ist ex tunc nichtig. • Verhalten ist nur unlauter, wenn <ul style="list-style-type: none"> • geschäftsmoralische Argumentation: <ul style="list-style-type: none"> • Unzulässig v.a., wenn besondere Umständen vorliegen, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen <ul style="list-style-type: none"> • <i>i.c. sind keine besonderen Umstände ersichtlich, aus denen sich ein unlauteres Verhalten des CEO der B AG ergibt. Auch wird der Wettbewerb nicht verfälscht sondern einfach ausgetragen. Es lässt sich aber auch argumentieren, dass das Verhalten des CEO gegen die Regeln des kaufmännischen Anstands verstösst und deshalb unlauter ist.</i> • funktionale Argumentation: <ul style="list-style-type: none"> • Verhalten ist nur unlauter, wenn es den Wettbewerb verfälscht, so insb., wenn es die Verteilungs- oder Lenkungsfunktion beeinträchtigt <ul style="list-style-type: none"> • <i>Lenkungsfunktion ist durch Vertragsbruch nicht beeinträchtigt, schon gar nicht durch Verleitung dazu; Verteilungsfunktion kann beeinträchtigt sein, wenn einem Vertragspartner Umsatz entgeht. Vertragsbruch ist aber effizient (und muss damit wettbewerbsrechtlich zulässig sein), wenn der Nutzen für alle Beteiligten höher ist als bei Vertragstreue (efficient breach). Es lässt sich aber auch argumentieren, dass der Grundsatz „pacta sunt servanda“ für das Funktionieren des Wettbewerbs essentiell ist und ein Verleiten zum Vertragsbruch deshalb unzulässig sein muss.</i> • <i>Ergebnis: Verstoss gegen Generalklausel kann bejaht oder verneint werden.</i> 	
Gesamt Frage 5 -----	14
Übersichtliche Darstellung -----	1