

## Lösungsvorschlag für die schriftliche Prüfung im Handels- und Wirtschaftsrecht (BA) vom 15. Juni 2015 (FS15)

*Hinweise: Diese Musterlösung diente als Korrekturschema für rund 600 Prüfungen und ist deshalb sehr ausführlich gehalten, um eine möglichst einheitliche Korrektur sämtlicher Prüfungen gewährleisten zu können. Es wurde selbstverständlich nicht erwartet, dass die Kandidat(inn)en eine derart ausführliche Lösung präsentierten. Vielmehr wurde bei der Korrektur Wert darauf gelegt, dass die zentralen Probleme in den einzelnen Fällen erkannt und unter Anwendung der korrekten juristischen Methodik einer schlüssigen Lösung zugeführt wurden. Anmerkungen, welche nicht erwartet und deshalb mit Zusatzpunkten honoriert wurden, sind nachstehend grau hinterlegt. Bitte beachten Sie überdies die Gewichtung der einzelnen Aufgaben auf S. 19 dieser Musterlösung.*

	<b>Teil Gesellschaftsrecht – Aufgabe 1</b>	
	<b>Frage A</b>	<b>108 P</b>
	<b>1. Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR)</b>	<b>87 P</b>
	<b>a.) Anfechtungsobjekt</b>	<b>3 P</b>
	Anfechtungsobjekt der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR bilden Beschlüsse der Generalversammlung (GV). In casu der Generalversammlungsbeschluss der Medipharm AG vom 10. Juni 2015 über die Kapitalerhöhung.  Da Xaver gemäss Fragestellung „gegen die Kapitalerhöhung“ vorgehen will, sind Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR) nicht zielführend.	
	<b>b.) Aktivlegitimation</b>	<b>4 P</b>
	Zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses sind der Verwaltungsrat (als Organ) sowie jeder Aktionär aktivlegitimiert (Art. 706 Abs. 1 OR).  Die Aktivlegitimation würde grds. auch Partizipanten zustehen (Art. 706 Abs. 1 i.V.m. Art. 656a Abs. 2 OR und Art. 656c Abs. 2 OR <i>e contrario</i> ). Aus dem Sachverhalt geht jedoch nicht hervor, dass die Medipharm AG Partizipations-scheine ausgegeben hätte.  Die Aktivlegitimation besteht unabhängig davon, ob ein Aktionär an der GV teilgenommen hat. <sup>1</sup> Sie muss aber in jedem Fall im Zeitpunkt der Klageeinleitung vorliegen, weshalb ein Aktionär, der seine Aktien nach der GV verkauft, mit dem Verkauf auch seine Anfechtungsberechtigung verliert, währenddem der Erwerber mit den Beteiligungsrechten zugleich auch das Anfechtungsrecht erwirbt. <sup>2</sup>  Xaver hält gemäss Sachverhalt 2% der Aktien der Medipharm AG. Als Aktionär ist er somit zur Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses aktivlegitimiert.	
	<b>c.) Anfechtungs- bzw. Rechtsschutzinteresse</b>	<b>3 P</b>
	Die Erhebung einer Anfechtungsklage setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinte-	

<sup>1</sup> BGE 74 II 41, E. 4a; BGE 99 II 55, E. 1.

<sup>2</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 104; ROLAND TRUFFER/DIETER DUBS, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, Art. 706 N 5 (nachfolgend zit.: BSK OR II-BEARBEITER).

	<p>resse des Anfechtungsklägers voraus (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), wobei dieser nicht zwingend eigene Interessen verfolgen muss, sondern es genügt, wenn er Interessen der Gesellschaft wahren will.<sup>3</sup> In jedem Fall muss ein gutheissendes Urteil aber die Rechtsstellung des Anfechtungsklägers effektiv ändern.<sup>4</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einem Teil der Lehre sind Aktionäre grundsätzlich nur dann aktivlegitimiert, wenn sie gegen den betreffenden GV-Beschluss gestimmt, sich enthalten oder nicht an der GV teilgenommen haben, da eine Anfechtung im Falle der Zustimmung gegen Treu und Glauben verstösst.<sup>5</sup></p>	
	<p>Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB kann letztlich jedoch nur dann vorliegen, wenn sich jemand bewusst in Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten setzt, weshalb sich ein zustimmender Aktionär nicht zwingend in einem wesentlichen Irrtum i.S.v. Art. 23 ff. OR befunden haben muss, damit ein Rechtsschutzinteresse angenommen werden könnte.<sup>6</sup></p>	
	<p>Xaver hat gemäss Sachverhalt an der GV der Medipharm AG teilgenommen und gegen die Kapitalerhöhung protestiert bzw. gestimmt.<sup>7</sup> Überdies würde sich ein gutheissendes (Gestaltungs-)Urteil auch auf Xaver auswirken, da er keine Aktien erwerben müsste, um seine Beteiligungsquote beizubehalten.</p>	
	<b>d.) Passivlegitimation</b>	<b>2 P</b>
	<p>Passivlegitimiert ist die Aktiengesellschaft (Art. 706 Abs. 1 OR). In casu ist die Medipharm AG somit passivlegitimiert.</p>	
	<p>Im Anfechtungsprozess wird die Aktiengesellschaft grundsätzlich durch den Verwaltungsrat vertreten (vgl. Art. 706a Abs. 2 OR <i>e contrario</i>).</p>	
	<b>e.) Anfechtungsgründe</b>	<b>61 P</b>
	<b>i.) Allgemeines</b>	<b>2 P</b>
	<p>Von den in Art. 706 Abs. 1 und 2 OR genannten Anfechtungsgründen erscheinen die Folgenden prüfenswert: Verletzung von Gesetz (und/oder Statuten), Verletzung des Sachlichkeitsgebots, Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips.</p> <p>Gemäss Sachverhalt wurde die GV frist- und formgerecht einberufen. Die Einhaltung der Einberufungs- und Traktandierungsvoraussetzungen (vgl. Art. 699 f. OR) ist somit erstellt.</p>	
	<b>ii.) Qualifikation der Kapitalerhöhung</b>	<b>5 P</b>
	<p>Zunächst ist zu prüfen, was für eine Art Kapitalerhöhung in casu vorliegt. Das Aktienrecht sieht drei verschiedene Arten vor:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– die ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 OR);</li> <li>– die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 OR); sowie</li> <li>– die bedingte Kapitalerhöhung (Art. 653 OR).</li> </ul> <p>In casu werden keine Anleihen/Obligationen mit Wandel- oder Optionsrechten ausgegeben (vgl. Art. 653 Abs. 1 OR), weshalb keine bedingte Kapitalerhöhung vorliegen kann. Überdies beantragte der Verwaltungsrat der GV der Medipharm</p>	

<sup>3</sup> BÖCKLI (Fn. 2), § 16 N 107 ff.

<sup>4</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 179 (m.w.H.).

<sup>5</sup> BGE 99 II 55, E. 1; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 6 (m.w.H.).

<sup>6</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 8 N 181.

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch: BGE 99 II 55, E. 1.

<p>AG direkt eine Erhöhung des Aktienkapitals und nicht bloss eine Ermächtigung zur Erhöhung (vgl. Art. 651 Abs. 1 OR), weshalb auch des Vorliegen einer genehmigten Kapitalerhöhung zu verneinen ist.</p>	
<p><b>iii.) Voraussetzungen der ordentlichen Kapitalerhöhung</b></p>	<p><b>21 P</b></p>
<p>Eine ordentliche Kapitalerhöhung i.S.v. Art. 650 OR wird von der GV beschlossen und ist vom Verwaltungsrat innerhalb von drei Monaten durchzuführen (Art. 650 Abs. 1 OR). Die von der GV der Medipharm AG beschlossene Kapitalerhöhung ist gemäss Traktandum 5.f) innert drei Monaten im Handelsregister eintragen zu lassen; die Frist von Art. 650 Abs. 1 OR wäre somit gewahrt.</p> <p>Eine ordentliche Kapitalerhöhung unterliegt – im Gegensatz zur genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung (Art. 651 Abs. 2 Satz 2 OR bzw. Art. 653a Abs. 1 OR) – keiner Beschränkung in der Höhe. Eine ordentliche Kapitalerhöhung um 10% ist somit zulässig.</p> <p>Die Erhöhung des Aktienkapitals macht eine Statutenänderung erforderlich (vgl. Art. 626 Ziff. 3 OR), weshalb der Beschluss über die ordentliche Kapitalerhöhung öffentlich beurkundet (und ins Handelsregister eingetragen) werden muss (Art. 650 Abs. 2 Ingress OR und Art. 647 OR). Gemäss Sachverhalt hat der zuständige Notar des Amtsnotariats Zürich-Altstadt den Generalversammlungsbeschluss in einer öffentlichen Urkunde festgehalten. Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung ist somit eingehalten.</p> <p>Der öffentlich beurkundete Generalversammlungsbeschluss muss die in Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 bis Ziff. 9 OR festgehaltenen Punkte umfassen.</p> <p>ad Ziff. 1: gemäss Traktandum 5.a) soll das Aktienkapital um CHF 10'000'000 erhöht werden, wobei die Aktien vollständig liberiert auszugeben sind.</p> <p>ad Ziff. 2: gemäss Traktandum 5.a) sollen 50'000'000 Namenaktien von je CHF 0.20 Nennwert ausgegeben werden, welche nach Traktandum 5.c) keine Vorrechte haben.</p> <p>ad Ziff. 3:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– gemäss Traktandum 5.b) wird der Verwaltungsrat ermächtigt, den Ausgabebetrag festzusetzen;</li> <li>– gemäss Traktandum 5.c) sind die neuen auszugebenden Namenaktien ab dem 1. Januar 2016 dividendenberechtigt</li> </ul> <p>ad Ziff. 4:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– gemäss Traktandum 5.d) sind die Einlagen für die neu auszugebenden Aktien in bar zu leisten;</li> <li>– da die Gegenleistung für die Aktien der Oncology AG in bar zu leisten ist (Quasifusion, <i>share deal</i>), mithin kein Aktientausch (<i>shares for shares</i>) vereinbart wurde, liegt keine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage vor</li> </ul> <p>ad Ziff. 5: Vorliegen einer Sachübernahme?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– dies wäre insofern relevant, als dass <ul style="list-style-type: none"> <li>○ die Formvorschriften gemäss Art. 634 OR eingehalten und die Sacheinlage in den Statuten in Übereinstimmung mit Art. 628 Abs. 1 offengelegt werden müsste;</li> <li>○ der Beschluss der GV nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR das qualifizierte Quorum von zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigen müsste</li> </ul> </li> </ul>	

	<p>– nach Art. 628 Abs. 2 OR liegt eine Sachübernahme dann vor, wenn die Aktiengesellschaft von Aktionären oder einer diesen nahestehenden Person Vermögenswerte erwirbt, die nicht bloss als geringfügige Anschaffung qualifizieren.<sup>8</sup></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ der Erwerb von Aktien einer anderen Gesellschaft, welche 10% des eigenen Aktienkapitals ausmachen, ist keine geringfügige Anschaffung</li> <li>○ gemäss Sachverhalt haben aber weder Hans noch Franz eine Verbindung zur Medipharm AG oder ihren Organen und es sind dem Sachverhalt keine Hinweise dafür zu entnehmen, dass sie Aktionäre der Medipharm AG wären; dementsprechend qualifizieren Hans und Franz nicht als „Aktionäre oder diesen nahestehenden Personen“ i.S.v. Art. 628 Abs. 2 OR</li> <li>○ es liegt somit keine Sachübernahme vor</li> </ul> <p>ad Ziff. 6: dem Sachverhalt sind keine Indizien dafür zu entnehmen, dass besondere Vorteile i.S.v. Art. 628 Abs. 3 OR gewährt werden.</p> <p>ad Ziff. 7: dem Sachverhalt sind keine Indizien dafür zu entnehmen, dass die Namenaktien der Medipharm AG vinkuliert wären.</p> <p>ad Ziff. 8 und 9: vgl. die nachfolgenden Ausführungen zur Frage des Bezugsrechtsentzugs.</p>	
	<b>iv.) Entzug des Bezugsrechts?</b>	<b>22 P</b>
	<p>Da die Voraussetzungen von Art. 650 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 – 7 OR vorliegend eingehalten sind (vgl. 1.e.)iii.)), stellt sich die Frage, ob in casu ein Bezugsrechtsentzug vorliegt.</p>	
	<p>Der Anteil des Aktionärs am Aktienkapital ist aufgrund der kapitalbezogenen Ausgestaltung der Mitgliedschaft sowohl für das Stimmrecht (Art. 692 Abs. 1 OR) als auch für den Anteil an Gewinn und Liquidation (Art. 660 ff. OR) von Bedeutung.</p>	
	<p>Bei einer Kapitalerhöhung besteht somit die Gefahr einer Stimmrechtsverwässerung, Gewinnverwässerung und – bei Ausgabe der neuen Aktien unter dem inneren Wert – einer Kapitalverwässerung.<sup>9</sup> Zum Schutz vor dieser dreifachen Verwässerung sieht das Aktienrecht in Art. 652b Abs. 1 OR das Bezugsrecht vor, welches jedem bisherigen Aktionär das Recht auf Beibehaltung seiner bisherigen Beteiligungsquote gibt.<sup>10</sup></p>	
	<p>Qualifikation der Vereinbarung zwischen der Medipharm AG und der Schweizer Bank AG: Die Schweizer Bank AG verpflichtete sich gegenüber der Medipharm AG in einem ersten Schritt zur Zeichnung und Liberierung der neu auszugebenden Namenaktien. Dabei handelt es sich um eine sog. <i>Festübernahme</i>, wobei die Vereinbarung als Festübernahmevertrag (<i>underwriting agreement</i>) bezeichnet wird;<sup>11</sup> da die Übernahme zu einem – vom Verwaltungsrat der Medipharm AG festzulegenden – fixen Ausgabebetrag erfolgt, liegt ein sog. <i>Fixed Price Underwriting</i> vor.<sup>12</sup> Entscheidend ist, dass sich die Schweizer Bank als Festüberneh-</p>	

<sup>8</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 2 N 155 ff.

<sup>9</sup> BÖCKLI (Fn. 2), § 2 N 273.

<sup>10</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 10 N 90.

<sup>11</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 10 N 22.

<sup>12</sup> Eingehend dazu: STEFAN WALLER, Das Underwriting Agreement, Diss. Zürich 2009 (= SSFM 94), Zürich 2010, S. 29 ff.

merin verpflichtet, die erworbenen Aktien in einem zweiten Schritt den bisherigen Aktionären im Umfang ihrer bisherigen Beteiligung anzubieten.

Im Kontext der Festübernahme stellt sich somit die Frage, ob man dem Institut des Bezugsrechts ein formelles oder materielles Verständnis zugrunde legt.<sup>13</sup>

Wenn von einem formellen Verständnis des Bezugsrechts ausgegangen wird, indem man dieses als gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf originären Erwerb neuer Aktien proportional zur bisherigen Beteiligung qualifiziert, führt dies zu einer Bejahung des Bezugsrechtsentzugs im Rahmen eines Festübernahmeverfahrens: die Zeichnung und Liberierung der neuen Aktien erfolgt durch die Emissionsbank(en)/Festübernehmer(in), wobei die bisherigen Aktionäre die Titel alsdann höchstens derivativ von der/den Emissionsbank(en)/Festübernehmer(in) erwerben.<sup>14</sup>

Der wohl überwiegende Teil der Lehre geht demgegenüber von einem materiellen Verständnis des Bezugsrechts aus und definiert dieses mit Blick auf seinen materiellen Gehalt bzw. Zweck der Verwässerungsvermeidung:<sup>15</sup> Das Festübernahmeverfahren stellt gemäss dieser Auffassung keinen Bezugsrechtsentzug dar, sofern die Emissionsbank(en)/Festübernehmer(in) die neu ausgegebenen Aktien den bisherigen Aktionären tatsächlich im Umfang deren bisheriger Beteiligung zum Erwerb angeboten werden (so insbesondere BÖCKLI, der die Kapitalerhöhung mit Festübernahme explizit als Modalität nicht des Entzugs, sondern der Gewährung des Bezugsrechts qualifiziert<sup>16</sup>).

Der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision sieht eine positivrechtliche Lösung dieses Lehrstreits vor, indem das Bezugsrecht als gewahrt gelten soll, wenn bei einem Festübernahmeverfahren ein dem BankG unterstelltes Institut bzw. ein dem BEHG unterstellter Effektenhändler die Aktien mit der Verpflichtung zeichnet, sie den Aktionären entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung anzubieten (Art. 652b Abs. 1<sup>bis</sup> VE-OR).<sup>17</sup>

Die Folge dieser Differenzierung ist offensichtlich: Wird von einem formellen Verständnis des Bezugsrechts eingegangen, müssen bei einem Festübernahmeverfahren die Voraussetzungen des Bezugsrechtsentzugs eingehalten werden:

- Festhalten des wichtigen Grundes i.S.v. Art. 652b Abs. 2 OR;
- Rechenschaftspflicht des Verwaltungsrates im Kapitalerhöhungsbericht (Art. 652e Ziff. 4 OR);
- Qualifiziertes Beschlussquorum von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR)

Demgegenüber genügt bei einem materiellen Verständnis des Bezugsrechts im Fall des Festübernahmeverfahrens mit „indirekter“ Einräumung des Bezugsrechts das einfache Quorum von Art. 703 OR (absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen).

<sup>13</sup> WALLER (Fn. 12), S. 85.

<sup>14</sup> Vgl. etwa: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 52 N 203.

<sup>15</sup> Vgl. WALLER (Fn. 12), S. 85 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 2 N 30.

<sup>17</sup> Vgl. dazu: VON DER CRONE (Fn. 4), § 10 N 146 f.

	<p>Folgt man der h.L. und geht von einem materiellen Verständnis des Bezugsrechts aus, genügt das einfache Quorum nach Art. 703 OR für die traktandierte ordentliche Kapitalerhöhung der Medipharm AG und es liegt insofern keine Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen (vgl. Art. 706 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Ziff. 1 OR) vor (andere Ansicht aber durchaus vertretbar).</p>	
	<p><b>v.) Verletzung aktienrechtlicher Grundprinzipien?</b></p>	<p><b>11 P</b></p>
	<p>Man könnte sich noch die Frage stellen, ob der Generalversammlungsbeschluss der Medipharm AG vom 10. Juni 2015 die aktienrechtlichen Grundprinzipien verletzt. Dazu gehören:<sup>18</sup></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Sachlichkeitsgebot (vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR);</li> <li>– Gebot der (relativen) Gleichbehandlung (vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR);</li> <li>– Proportionalitätsprinzip (Gebot der schonenden Rechtsausübung); sowie</li> <li>– Rechtsmissbrauchsverbot (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).</li> </ul> <p>Im Weltwoche-Entscheid (BGE 99 II 55) hat das Bundesgericht jedoch klar festgehalten, dass der Richter nicht dazu berufen ist, Beschlüsse die im Ermessen der Generalversammlung stehen (z.B. ein Beschluss über eine Kapitalerhöhung) „auf Angemessenheit hin zu überprüfen, sondern sie nur aufheben darf, wenn sie willkürlich sind“.<sup>19</sup> Der Aktionär unterwirft sich beim Eintritt in die Aktiengesellschaft „bewusst dem Willen der Mehrheit und anerkennt, dass diese auch dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft“.<sup>20</sup> Xaver kann somit keine inhaltliche Überprüfung gestützt auf das Sachlichkeitsgebot verlangen.</p> <p>Das Bundesgericht führte im Weltwoche-Entscheid weiter aus, dass eine Kapitalerhöhung von vorneherein nicht im gleichen Interesse aller Aktionäre liege.<sup>21</sup> Aktionäre haben deshalb die Wahl entweder ihr Bezugsrecht auszuüben oder eine Verwässerung in Kauf zu nehmen; sie haben jedoch keinen Anspruch auf Festsetzung des Ausgabepreises zum inneren Wert.<sup>22</sup> Vorliegend wird der VR der Medipharm AG zwar mit der Festsetzung des Ausgabebetrags ermächtigt, welche „unter Berücksichtigung des Börsenkurses und der Marktsituation“ zu erfolgen hat. Unabhängig davon, ob der Ausgabebetrag letztendlich dem inneren Wert entspricht, liegt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 99 II 55) keine Verletzung des Proportionalitätsprinzips vor.</p> <p>Schliesslich wirkt die Kapitalerhöhung für alle Aktionäre gleich und beschneidet – aufgrund der Verpflichtung der Schweizer Bank AG im mit der Medipharm AG geschlossenen Festübernahmevertrag – die Rechte der Aktionäre, eine ihrer bisherigen Beteiligungsquote entsprechende Anzahl Aktien zu erwerben, nicht. Es ist sodann auch nicht ersichtlich, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen würde.</p>	
	<p><b>f.) Anfechtungsfrist</b></p>	<p><b>4 P</b></p>
	<p>Die Anfechtungsfrist beträgt zwei Monate (Art. 706a Abs. 1 OR) und beginnt am Tag nach der GV, an welcher der anzufechtende Beschluss gefasst wurde, zu laufen. Da es sich dabei um eine Verwirkungsfrist handelt, ist die Anfechtungs-</p>	

<sup>18</sup> Vgl. VON DER CRONE (Fn. 4), § 8 N 27 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14), § 39 N 2 ff.

<sup>19</sup> BGE 99 II 55, E. 4b.

<sup>20</sup> BGE 99 II 55, E. 4b.

<sup>21</sup> BGE 99 II 55, E. 4b.

<sup>22</sup> BGE 99 II 55, E. 3.

	<p>frist nach Art. 706a Abs. 1 OR weder unterbrechbar/hemmbar noch erstreckbar.<sup>23</sup></p> <p>Am Tag der Prüfung (15. Juni 2015) sind erst 5 Tage der Anfechtungsfrist abgelaufen. Xaver kann die Anfechtungsfrist somit problemlos wahren.</p>	
<b>g.) Wirkung der Anfechtungsklage</b>		<b>7 P</b>
	<p>Bei der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR handelt es sich um eine Gestaltungs-klage.</p> <p>Das Urteil, das einen Generalversammlungsbeschluss aufhebt, wirkt grundsätzlich ex tunc und für und gegen alle Aktionäre (Art. 706 Abs. 5 OR).</p> <p>In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht nun aber festgehalten, dass der Vertrauensschutz der Gläubiger und Aktionäre einer Anfechtung entgegen stehen kann.<sup>24</sup> Dem Entscheid lag zwar ein Fall einer (konstitutiven) Kapitalherabsetzung zugrunde, doch gelten diese Überlegungen gleichermassen für den Fall einer eingetragenen ordentlichen Kapitalerhöhung. Da der Eintragung der ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister konstitutive Wirkung zukommt (vgl. Art. 643 Abs. 2 OR), sind die Gläubiger in ihrem Vertrauen in die Richtigkeit der eingetragenen (höheren) Kapitalziffer zu schützen.<sup>25</sup> Demzufolge kann eine eingetragene Kapitalerhöhung nur durch eine nachfolgende (konstitutive) Kapitalherabsetzung rückgängig gemacht werden.<sup>26</sup> Dies verdeutlicht die praktische Relevanz der Handelsregistersperre nach Art. 162 HRegV (vgl. dazu hinten 3.).</p>	
<b>h.) Fazit</b>		<b>3 P</b>
	<p>Da der Generalversammlungsbeschluss der Medipharm AG vom 10. Juni 2015 die Voraussetzungen der ordentlichen Kapitalerhöhung einhält und – wenn man mit dem überwiegenden Teil der Lehre von einem materiellen Verständnis des Bezugsrechts ausgeht – kein Bezugsrechtsentzug i.S.v. Art. 652b Abs. 2 OR vorliegt, wird einer Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR von Xaver kein Erfolg beschieden sein.</p> <p><b>Alternativ:</b> Unter Annahme eines formellen Verständnisses des Bezugsrechts liegt ein Bezugsrechtsentzug i.S.v. Art. 652 Abs. 2 OR vor. Da dem Traktandum 5.) nur 63% der Aktionäre zugestimmt haben, wurde das qualifizierte Quorum nach Art. 704 Abs. 2 Ziff. 6 OR nicht erreicht und der Generalversammlungsbeschluss der Medipharm AG ist dementsprechend anfechtbar.</p>	
<b>2. Nichtigkeitsklage (Art. 706b OR)</b>		<b>6 P</b>
	<p>Formelles:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Aktivlegitimation: Jeder, der ein Feststellungsinteresse bezüglich der Nichtigkeit eines Beschlusses hat (somit neben den Aktionären auch Gläubiger).</li> <li>– Passivlegitimation: Wie bei Art. 706 f. OR (vgl. oben 1.b).</li> <li>– Objekt der Nichtigkeitsklage: Generalversammlungsbeschluss, dessen Nichtigkeit festgestellt werden soll (vgl. oben 1.a).</li> </ul>	

<sup>23</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 8 N 184.

<sup>24</sup> BGE 133 III 368, E. 2.4.

<sup>25</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14), § 16 N 57.

<sup>26</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14), § 52 N 187.

	<p>Gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge ist Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen nur dort anzunehmen, wo deren blosser Anfechtbarkeit aus spezifischen Gründen keine genügende Sanktion darstellen würde.<sup>27</sup></p> <p>Nicht schwerwiegende Mängel werden somit nach Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist von Art. 706 f. OR nachträglich geheilt.<sup>28</sup></p> <p>Art. 706b Ziff. 1-3 OR zählen beispielhaft verschiedene Nichtigkeitsgründe auf. In der Literatur wurden dabei zwei Tatbestände der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen herausgearbeitet: einerseits rechtsetzende Beschlüsse der GV, die zwingendem Gesetzesrecht widersprechen (z.B. statutarischer Ausschluss des Bezugsrechts bei jeglichen Kapitalerhöhungen), andererseits aber auch im Einzelfall die Verletzung von Bestimmungen, die den Kapitalschutz betreffen, da diese auch die (nicht anfechtungsberechtigten) Gläubiger schützen.<sup>29</sup></p> <p>Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass ein Nichtigkeitsgrund vorliegen würde. Namentlich stellt die Nichteinhaltung eines Beschlussquorums keinen Nichtigkeitsgrund dar.<sup>30</sup> Unabhängig davon, ob von einem formellen oder materiellen Verständnis des Bezugsrechts ausgegangen wird, wäre der entsprechende Generalversammlungsbeschluss somit lediglich anfechtbar. Xaver wird die Nichtigkeitsklage nach Art. 706b OR nicht erfolgreich geltend machen können.</p>	
	<b>3. Handelsregistersperre (Art. 162 HRegV)</b>	<b>15 P</b>
	<b>a.) Allgemeines</b>	<b>2 P</b>
	<p>Aufgrund der Publizitätswirkung und des Prinzips des öffentlichen Glaubens des Eintrags einer ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister, muss Xaver eine Handelsregistersperre nach Art. 162 HRegV erwirken, wenn er – mittels Argumentation, die Festübernahme führe zu einer (formellen) Einschränkung/Aufhebung des Bezugsrechts, weshalb der Generalversammlungsbeschluss dem qualifizierten Quorum nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR unterliege – die Kapitalerhöhung verhindern will (vgl. oben 1.g).</p> <p>Wie sich aus Art. 647 OR und Art. 46 Abs. 1 HRegV ergibt, muss die ordentliche Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen werden. Bezüglich des Beginns der Wirksamkeit eines solchen eintragungspflichtigen Sachverhalts ist gemäss Art. 932 Abs. 1 OR die Einschreibung der Anmeldung im Tagebuch massgebend.</p>	
	<b>b.) Verfahren</b>	<b>13 P</b>
	<p>Aktivlegitimiert ist jedermann, der nicht mit der Gesellschaft identisch ist („Einspruch Dritter“), wobei der Einspruch schriftlich erhoben, aber nicht begründet werden muss (vgl. Art. 162 Abs. 1 HRegV). Xaver kann somit durch ein schriftliches Gesuch eine Handelsregistersperre erwirken.</p> <p>Das Gesuch ist an das zuständige Handelsregister zu richten. Da die Medipharm AG ihren Sitz in Zürich hat, ist das Handelsregisteramt des Kantons Zürich zu-</p>	

<sup>27</sup> BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 8 und N 18.

<sup>28</sup> Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 16 N 175; ALEX DOMENICONI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 3/2009, S. 232.

<sup>29</sup> Vgl. BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 8; VON DER CRONE (Fn. 4), § 8 N 224 ff.

<sup>30</sup> BGE 90 II 271, E. 1d; BGE 86 II 78, E. 6.



	<p>ständig.</p> <p>Wenn das Gesuch rechtzeitig gestellt wurde, nimmt das zuständige Handelsregisteramt die Eintragung einer Handelsregisteranmeldung vorläufig nicht vor (Art. 162 Abs. 1 HRegV). Es informiert die Rechtseinheit über die Registersperre (Art. 162 Abs. 2 HRegV).</p> <p>Der Einsprecher muss dem Handelsregisteramt innert 10 Tagen ab Einreichung des Einspruchs (Art. 163 Abs. 1 HRegV) nachweisen, dass er dem Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt hat (Art. 162 Abs. 3 lit. a HRegV). Ungenügend wäre es deshalb, wenn Xaver innerhalb der 10 tägigen Frist lediglich die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR rechtshängig macht ohne dies mit einem Gesuch um Erlass der skizzierten vorsorglichen Massnahme zu verbinden.</p> <p>Da die Medipharm AG mit der Schweizer Bank AG ein Festübernahmevertrag abgeschlossen hat, ist nicht auszuschliessen, dass die ordentliche Kapitalerhöhung bereits dem Handelsregisteramt Zürich angemeldet und im Tagesregister aufgenommen wurde. Diesfalls würde Xaver vom Handelsregisteramt an das Gericht verwiesen (Art. 162 Abs. 5 HRegV).</p> <p>Sofern die ordentliche Kapitalerhöhung hingegen noch nicht im Tagebuch eingetragen wurde, wird die Handelsregistersperre erfolgreich sein. Xaver muss diesfalls allerdings innert 10 Tagen dem Handelsregisteramt Zürich nachweisen, dass er beim zuständigen Gericht (i.c. Handelsgericht Zürich) ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme eingereicht hat (vgl. Art. 163 Abs. 3 HRegV).</p>	
	<p><i>Übersicht Aufgabe 1/Frage A, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Punkte: <span style="float: right;">108</span></li> <li>- Zusatzpunkte <span style="float: right;">12</span></li> </ul> <p><i>Maximal mögliche Punkte Aufgabe 1/Frage A:</i> <span style="float: right;">120</span></p>	

	<b>Teil Gesellschaftsrecht – Aufgabe 2</b>	
	<b>Frage B</b>	<b>30 P</b>
	<b>Qualifikation der Vereinbarung zwischen Aaron, Benjamin und Celine</b>	
	<b>a.) Allgemeines</b>	<b>7 P</b>
	<p>Die von Aaron, Benjamin und Celine geschlossene Vereinbarung bezweckt ein Pooling ihrer Stimmrechte durch die Stimmbindung der Vertragsparteien an einen gemeinsamen Beschluss, der an regelmässigen Treffen vor den Generalversammlungen der Kunststoff AG getroffen wird. Derartige vertragliche Vereinbarungen unter Parteien von denen mind. eine Partei (zukünftige) Aktionärin oder zumindest zur Ausübung von Aktionärsrechten befugt ist und die die Ausübung von Aktionärsrechten oder die Begründung zusätzlicher Rechte und Pflichten in Bezug auf die Aktionärsstellung unter den Vertragsparteien zum Gegenstand haben, werden als Aktionärbindungsverträge bezeichnet.<sup>31</sup></p> <p>Nach h.L. können derartige Pflichten, welche über die Liberierungspflicht hinausgehen, zufolge von Art. 680 Abs. 1 OR bei Aktiengesellschaften nicht statutarisch festgelegt werden.</p> <p>Dies im Gegensatz zur GmbH, bei welcher statutarisch weitgehende Treue- bzw. Nebenpflichten vereinbart werden können (vgl. etwa Art. 776a OR).</p> <p>Aktionärbindungsverträge sind nicht positivrechtlich geregelt<sup>32</sup> und können schuldrechtliche (z.B. gegenseitige Vorkaufs-/Vorhandrechte) oder gesellschaftsrechtliche Komponenten aufweisen, was für die Qualifikation (und damit die Frage der Einhaltung von Formvorschriften) von Bedeutung ist.</p>	
	<b>b.) Einfache Gesellschaft?</b>	<b>21 P</b>
	<p>Eine einfache Gesellschaft charakterisiert sich gemäss Art. 530 Abs. 1 OR durch folgende Elemente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– vertragsmässige Verbindung;</li> <li>– von zwei oder mehreren Personen;</li> <li>– zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (<i>animus societatis</i>);</li> <li>– mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.</li> </ul> <p>Die einfache Gesellschaft stellt dabei eine Subsidärform dar, die nur vorliegt, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen im Gesetz geregelten Gesellschaftsform erfüllt sind (Art. 530 Abs. 2 OR). Die Gründung einer einfachen Gesellschaft ist formfrei möglich (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR).</p> <p>Gemäss Sachverhalt vereinbarten (vertragsmässige Verbindung) Aaron, Benjamin und Celine (Personenmehrheit), dass sie die mit den von ihnen gehaltenen Namenaktien der Kunststoff AG verbundenen Stimmrechte (gemeinsame Mittel) zu poolen, um durch die koordinierte Ausübung der Stimmrechte an der Generalversammlung der Kunststoff AG bei Beschlüssen die nicht unter Art. 704 OR fallen, über eine Mehrheit zu verfügen (gemeinsamer Zweck). Da der zwischen Aaron, Benjamin und Celine geschlossene Aktionärbindungsvertrag die Elemente einer einfachen Gesellschaft nach Art. 530 Abs. 1 OR erfüllt, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzung einer anderen gesetzlich gere-</p>	

<sup>31</sup> Vgl. VON DER CRONE (Fn. 4), § 11 N 1 und N 6 ff.

<sup>32</sup> Eingehend dazu: BÖCKLI (Fn. 2), § 12 N 574.

	<p>gelten Gesellschaftsform erfüllt sind.</p> <p>Das Vorliegen einer Körperschaft des OR (Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, GmbH und Genossenschaft) fällt dabei von vornherein ausser Betracht, da bei diesen Gesellschaftsformen der Handelsregistereintrag konstitutiv wirkt (vgl. Art. 643 Abs. 1 OR für die AG, Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 643 Abs. 1 OR für die Kommanditaktiengesellschaft, Art. 779 Abs. 1 OR für die GmbH, Art. 830 OR für die Genossenschaft), dem Sachverhalt aber keine Hinweise auf einen Eintrag im Handelsregister zu entnehmen sind.</p>	
	<p>Überdies finden sich auch keine Hinweise, welche für das Vorliegen eines Vereins (Körperschaft des ZGB) sprechen würden.</p>	
	<p>Es stellt sich dabei somit die Frage, ob die Rechtsgemeinschaft zwischen Aaron, Benjamin und Celine als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft qualifiziert.</p> <p>Da dem Sachverhalt keine Hinweise für die Vereinbarung einer Kommanditsumme (vgl. Art. 594 Abs. 1 OR) zu entnehmen sind und die Haftungsbeschränkung überdies grundsätzlich erst mit dem Handelsregistereintrag (für dessen Vorliegen dem Sachverhalt keine Indizien zu entnehmen sind) relevant würde (vgl. Art. 606 und 608 Abs. 1 OR), liegt keine Kommanditgesellschaft vor.</p> <p>Mangels Hinweisen im Sachverhalt, welche auf einen Handelsregistereintrag schliessen lassen, handelt es sich nicht um eine nicht-kaufmännische Kollektivgesellschaft (Art. 553 OR <i>e contrario</i>). Hingegen könnte eine kaufmännische Kollektivgesellschaft vorliegen, da bei dieser der Handelsregistereintrag lediglich deklaratorisch ist (vgl. Art. 552 Abs. 2 OR). Es ist somit zu prüfen, ob Aaron, Benjamin und Celine ein kaufmännisches Gewerbe betreiben.</p> <p>Gemäss Art. 2 lit. b HRegV liegt ein kaufmännisches Gewerbe bei Vorliegen der nachfolgenden Voraussetzungen vor:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– selbständige (rechtlich und wirtschaftlich);</li> <li>– dauernde (Praxis: 3 Monate genügen; entscheidend ist, ob eine organisierte Tätigkeit vorliegt, die auf eine Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb gerichteten Geschäften abzielt);</li> <li>– wirtschaftliche Tätigkeit (d.h. auf Erwerb ausgerichtet).</li> </ul> <p>Gemäss Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass die zwischen Aaron, Benjamin und Celine bestehende Vereinbarung über das Pooling der Stimmrechte hinausgeht. Insbesondere fehlen jegliche Hinweise für eine auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit. Mangels Vorliegen eines kaufmännischen Gewerbes ist die Vereinbarung somit nicht als kaufmännische Kollektivgesellschaft zu qualifizieren.</p>	
	<b>c.) Fazit</b>	<b>2 P</b>
	Zwischen Aaron, Benjamin und Celine besteht ein Aktionärbindungsvertrag, der als einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR zu qualifizieren ist.	
	<p><i>Übersicht Frage B, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Punkte:</li> <li>– Zusatzpunkte</li> </ul> <p><i>Maximal mögliche Punkte Frage B:</i></p>	<p>30</p> <p>2</p> <p>32</p>

	<b>Frage C</b>	<b>22 P</b>
	<b>Durchsetzung der Pflichten aus dem Aktionärbindungsvertrag</b>	
	<b>a.) Berechtigung gegenüber der Kunststoff AG aus den Namenaktien</b>	<b>9 P</b>
	<p>Die Berechtigung gegenüber der Aktiengesellschaft zur Ausübung der mit Aktien verbundenen Mitgliedschaftsrechte unterscheidet sich, je nachdem ob ein Aktionär Namen- oder Inhaberaktien hält: Die Mitgliedschaftsrechte aus Namenaktien kann ausüben, wer durch den Eintrag im Aktienbuch ausgewiesen oder vom Aktionär dazu schriftlich bevollmächtigt ist (Art. 689a Abs. 1 OR). Bei Inhaberaktien kann die Mitgliedschaftsrechte ausüben, wer sich als Besitzer derselben ausweist, indem er die Aktien vorlegt, wobei der Verwaltungsrat eine andere Art des Besitzesausweises (z.B. Depotauszug) anordnen kann (Art. 689a Abs. 2 OR).</p> <p>Aufgrund des zwischen den drei Geschwistern bestehenden Aktionärbindungsvertrags ist zu prüfen, ob die Namenaktien auf die einfache Gesellschaft übertragen wurde, oder ob diese im Alleineigentum von Aaron, Benjamin und Celine stehen. Im Fall der Übertragung der Namenaktien auf die zwischen Aaron, Benjamin und Celine bestehende einfache Gesellschaft hätte an den Namenaktien Gesamteigentum bestanden (Art. 544 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 652 ff. ZGB). Andererseits hätten Aaron, Benjamin und Celine die Rechte aus den Namenaktien alsdann nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben können (Art. 690 Abs. 1 OR).</p>	
	Sofern Gesamteigentum an den Namenaktien begründet worden wäre, hätte dies überdies eine entsprechende Änderung im Aktienbuch erforderlich gemacht. <sup>33</sup>	
	<p>Laut Sachverhalt sind Aaron, Benjamin und Celine jeweils mit 1'000'000 Namenaktien im Aktienbuch der Kunststoff AG eingetragen. Mangels gegenteiliger Hinweise im Sachverhalt sind Aaron, Benjamin und Celine somit je einzeln im Umfang von 1'000'000 Namenaktien als Aktionär anzusehen (Art. 686 Abs. 4 OR). Die drei Geschwister halten die Namenaktien somit in ihrem Alleineigentum und es fand keine Übertragung der Namenaktien auf die einfache Gesellschaft statt.</p> <p>Aus aktienrechtlicher Sicht ist Celine somit gemäss Art. 689a Abs. 1 OR alleine berechtigt, die mit ihren Namenaktien verbundenen Mitgliedschaftsrechte in der Generalversammlung der Kunststoff AG (vgl. Art. 689 OR) auszuüben.</p>	
	<b>b.) Gültige Stimmbindung aufgrund des Aktionärbindungsvertrags?</b>	<b>5 P</b>
	<p>Gemäss dem zwischen Aaron, Benjamin und Celine geschlossenen Aktionärbindungsvertrag unterliegen die einzelnen Mitglieder einer vertraglichen Verpflichtung, die mit ihren Aktien verbundenen Stimmrechte gemäss dem an der Vorversammlung gefassten Mehrheitsbeschluss auszuüben.</p> <p>Die Zulässigkeit solcher vertraglichen Verpflichtungen ergibt sich aus der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR). Begrenzt ist diese Gestaltungsfreiheit hingegen durch die aktienrechtlichen Bestimmungen betreffend die Vinkulierung (Art. 685 ff. OR) und die Stimmrechtsbeschränkung (Art. 692 Abs. 2 Satz 2 OR) sowie den allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit nach Art. 20 Abs. 1 und Art. 21</p>	

<sup>33</sup> Vgl. etwa DOMENICONI/VON DER CRONE (Fn. 28), S. 226.

	<p>ff. OR.<sup>34</sup></p> <p>Da dem Sachverhalt keine Hinweise für eine Ungültigkeit der im Aktionärbindungsvertrag eingegangenen Stimmbindung zu entnehmen sind, unterliegt Celine somit einer gültigen vertraglichen Verpflichtung, die mit ihren Aktien verbundenen Stimmrechte entsprechend dem Mehrheitsbeschluss auszuüben.</p>	
	<b>c.) Durchsetzung der Stimmbindung?</b>	<b>6 P</b>
	<p>Zufolge der vertraglichen Natur des Aktionärbindungsvertrags hat dieser nur eine relative Wirkung (<i>inter partes</i>) und zeitigt insbesondere keine Aussenwirkung, z.B. gegenüber der am Aktionärbindungsvertrag nicht beteiligten Aktiengesellschaft.<sup>35</sup> Aufgrund dieser nur relativen und nicht absoluten („dinglichen“) Wirkung der vertraglichen Stimmbindung ist der Aktionär trotz des Aktionärbindungsvertrags in seiner Stimmabgabe frei.<sup>36</sup> Die Aktiengesellschaft kann somit auch dann, wenn sie vom Aktionärbindungsvertrag und der Stimmbindung Kenntnis hat, keinesfalls die Stimmen der beteiligten Aktionäre in der Weise zählen, wie sie gemäss Aktionärbindungsvertrag hätten abgegeben werden dürfen.<sup>37</sup> Der Aktionärbindungsvertrag beschränkt dementsprechend lediglich das Dürfen, nicht aber das Können der daran beteiligten Aktionäre.<sup>38</sup></p> <p>Aus dem Gesagten folgt, dass Celine auf vertraglicher Ebene zwar verpflichtet ist, sich an die Stimmbindung zu halten, auf gesellschaftsrechtlicher Ebene ihr Stimmrecht aber frei ausüben kann. Falls sich Celine bei der Stimmrechtsausübung in der Generalversammlung der Kunststoff AG nicht an den vorgängig gefassten Mehrheitsbeschluss hält, verletzt sie den Aktionärbindungsvertrag und wird (bei Vorliegen eines Schadens) gegenüber Aaron und Benjamin gemäss Art. 97 OR schadenersatzpflichtig.</p>	
	Aufgrund der Schwierigkeit des Schadensnachweises werden in der Praxis häufig Konventionalstrafen (Art. 160 ff. OR) für den Fall der Nichteinhaltung der Stimmbindung vorgesehen – dem Sachverhalt sind jedoch keine Hinweise dafür zu entnehmen.	
	<b>d.) Fazit</b>	<b>2 P</b>
	Aufgrund von Art. 98 Abs. 1 OR haben Aaron und Benjamin zwar Anspruch auf Realerfüllung der durch den Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Stimmbindung durch Celine. Sofern sie aber nicht rechtzeitig vorsorgliche Massnahmen beantragen (die gemäss Fragestellung nicht zu prüfen waren), können Aaron und Benjamin eine Stimmabgabe durch Celine entgegen dem vorgängig gefassten Mehrheitsbeschluss nicht verhindern.	
	<p><i>Übersicht Frage C, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Punkte:</li> <li>– Zusatzpunkte</li> </ul> <p><i>Maximal mögliche Punkte Frage C:</i></p>	<p>22</p> <p>2</p> <p>24</p>

<sup>34</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 11 N 8 f.

<sup>35</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 11 N 25.

<sup>36</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 11 N 10.

<sup>37</sup> BÖCKLI (Fn. 2), § 12 N 578.

<sup>38</sup> VON DER CRONE (Fn. 4), § 11 N 26.

	<b>Frage D</b>	<b>80 P</b>
	<b>Beurteilung der Kontrollübernahme durch die Platinum Invest LLC</b>	
	<b>a.) Zulässigkeit des Beitritts zum Aktionärsbindungsvertrag</b>	<b>4 P</b>
	<p>Das Recht der einfachen Gesellschaft regelt zwar das Ausscheiden, nicht aber das Hinzutreten einzelner Gesellschafter zu einer bestehenden einfachen Gesellschaft (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 und 6 OR und Art. 546 Abs. 1 OR).</p> <p>Ein Beitritt eines neuen Gesellschafters zu einer bestehenden einfachen Gesellschaft ist allerdings durch (formlosen) Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung möglich, was – mangels gegenteiliger gesellschaftsvertraglicher Abrede (str.)<sup>39</sup> – einstimmig zu erfolgen hat (Art. 542 Abs. 1 OR).</p> <p>Sofern Aaron, Benjamin und Celine einverstanden sind (wovon aufgrund des Sachverhalts auszugehen ist), kann die Platinum Invest LLC somit dem zwischen den drei Geschwistern bestehenden Aktionärsbindungsvertrag beitreten.</p>	
	<b>b.) Meldepflichten</b>	<b>33 P</b>
	<b>i.) Ausgangslage</b>	<b>10 P</b>
	<p>Die Meldepflicht nach Art. 20 BEHG entsteht unter den folgenden Voraussetzungen (vgl. Art. 20 Abs. 1 BEHG):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– direkter, indirekter oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten erfolgender Erwerb/Veräusserung (auf eigene Rechnung);</li> <li>– von Aktien, Erwerbs- oder Veräusserungsrechten;</li> <li>– einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind (oder mit Sitz im Ausland, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz hauptkotiert sind);</li> <li>– Über-/Unterschreitung oder Erreichen eines Grenzwertes von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33 <math>\frac{1}{3}</math>, 50 oder 66 <math>\frac{2}{3}</math> % der Stimmrechte;</li> <li>– unabhängig von der Ausübbarkeit der Stimmrechte.</li> </ul> <p>Die Kunststoff AG ist eine Gesellschaft mit Sitz in Aarau. Die Inhaberaktien der Kunststoff AG sind gemäss Sachverhalt an der SIX Swiss Exchange kotiert, womit das Erfordernis der teilweisen Kotierung der Beteiligungspapiere in der Schweiz (vgl. Art. 20 Abs. 1 BEHG) ebenfalls erfüllt ist.</p> <p>Die Bestimmungen zur Meldepflicht sind somit grundsätzlich anwendbar. Allerdings hält die Platinum Invest LLC derzeit nur 2% der Inhaberaktien und überschreitet den untersten Grenzwert von 3% noch nicht. Dementsprechend unterliegt die Platinum Invest LLC anfänglich noch keiner Meldepflicht.</p> <p>Eine Offenlegungspflicht nach Art. 663c OR kann hingegen keinesfalls bestehen, da dies nur möglich wäre, wenn die Kunststoff AG eine Prozentvinkulierung von 2% der Stimmen (oder weniger) in den Statuten verankert hätte (vgl. Art. 663c Abs. 2 Satz 2 OR), was nur bei Namenaktien (vgl. Art. 685d Abs. 1 OR), nicht aber bei Inhaberaktien (wie im vorliegenden Fall) möglich ist. Überdies träfe diese Offenlegungspflicht die Kunststoff AG und nicht die Platinum Invest LLC.</p>	

<sup>39</sup> Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 12 N 99.

ii.) Meldepflicht durch Beitritt zum Aktionärbindungsvertrag	21 P
<p>Die zwischen Aaron, Benjamin und Celine bestehende (offengelegte) Gruppe hält gemeinsam 3'000'000 Namenaktien der Kunststoff AG. Es ist somit zu prüfen, ob es sich dabei um Stimmrechtsaktien handelt, da die Grenzwerte nach Art. 20 Abs. 1 BEHG gestützt auf die Gesamtzahl der Stimmrechte gemäss Handelsregistereintrag berechnet werden (Art. 12 Abs. 2 BEHV-FINMA).</p> <p>Diese Namenaktien sind gemäss Sachverhalt vollständig liberiert und haben einen sechsmal geringeren Nennwert als die Inhaberaktien. Die Voraussetzung für Stimmrechtsaktien gemäss Art. 693 Abs. 2 OR (Namenaktien, Vollliberierung, max. zehnfacher Nennwert der Stammaktien) sind somit eingehalten. Da die Statuten überdies eine Bestimmung enthalten, wonach jede Aktie zu einer Stimme berechtigt, mithin vom Grundsatz der Bemessung des Stimmrechts nach der Anzahl Nennwerte (vgl. Art. 692 Abs. 1 OR) in zulässiger Weise abgewichen wird (vgl. Art. 693 Abs. 1 OR), handelt es sich bei den Namenaktien der Kunststoff AG um gültig ausgegebene (unechte) Stimmrechtsaktien i.S.v. Art. 693 OR.</p> <p>Aaron, Benjamin und Celine verfügen somit in der Generalversammlung der Kunststoff AG je über 20% der Stimmrechte (<math>\frac{1'000'000}{5'000'000}</math>) und als Gruppe gesamthaft über 60% der Stimmrechte (<math>\frac{3'000'000}{5'000'000}</math>).</p> <p>Da die Platinum Invest LLC in einem ersten Schritt nur dem Aktionärbindungsvertrag beitreten will, liegt grundsätzlich kein Erwerbs- bzw. Veräusserungstatbestand i.S.v. Art. 20 Abs. 1 BEHG vor. Weil Art. 20 Abs. 1 BEHG aber auch das „Handeln in gemeinsamer Absprache“ (vgl. Art. 10 Abs. 1 BEHV-FINMA) erfasst, worunter gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b BEHV-FINMA explizit auch stimmrechtsverbundene Aktionärgruppen (entscheidend ist ein abgestimmtes Verhalten bei der Ausübung des Stimmrechts) fallen, könnte mit der Vereinbarung des Beitritts zum bestehenden Aktionärbindungsvertrag eine Meldepflicht nach Art. 20 BEHG entstehen.</p> <p>Diesbezüglich ist zwar festzuhalten, dass sich durch den Beitritt der Platinum Invest LLC zum Aktionärbindungsvertrag die Gesamtzahl durch die Gruppe gehaltenen Stimmrechte nur von 60% auf 62% erhöhen würde, womit <i>prima facie</i> kein Grenzwert nach Art. 20 Abs. 1 BEHG überschritten wird. Allerdings würde durch den Beitritt der Platinum Invest LLC zugleich eine Änderung in der Zusammensetzung der Gruppe (A+B+C → A+B+C+PI) erfolgen (vgl. Art. 10 Abs. 5 BEHV-FINMA), wobei diese neue Gruppe die Grenzwerte von 3, 5, 10, 15, 20, 25, <math>33\frac{1}{3}</math> und 50 % der Stimmrechte überschreiten würde.</p> <p>Die zufolge des Beitritts der Platinum Invest LLC zum bestehenden Aktionärbindungsvertrag neu entstehende Gruppe zwischen Aaron, Benjamin, Celine und der Platinum Invest LLC wäre somit nach Art. 20 Abs. 1 BEHG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. b BEHV-FINMA offenzulegen.</p> <p>Die Meldepflicht besteht gegenüber der Gesellschaft und der Börse, an der die Beteiligungspapiere kotiert sind (Art. 20 Abs. 1 BEHG) und entsteht mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts (Art. 11 Abs. 1 BEHV-FINMA), vorliegend dem Beitritt zum Aktionärbindungsvertrag. Die Meldung hat innert vier Börsentagen nach Entstehen der Meldepflicht bei der Gesellschaft und der Offenlegungsstelle schriftlich zu erfolgen (Art. 22 Abs. 1 BEHV-FINMA). Die Gesellschaft hat die Meldung sodann innert zwei Börsentagen nach Eintreffen</p>	

	<p>der Meldung zu veröffentlichen (Art. 22 Abs. 2 BEHV-FINMA).</p> <p>Die der Kunststoff AG und der OLS SIX Swiss Exchange zu übermittelnde Offenlegungsmeldung muss nach Art. 20 Abs. 3 BEHG (und Art. 10 Abs. 3 BEHV-FINMA) die Gesamtbeteiligung (62%), die Identität der einzelnen Mitglieder (Aaron, Benjamin, Celine und die Platinum Invest LLC), die Art der Absprache (Stimmbindung) und eine allfällige Vertretungsregelung enthalten.</p>	
	<b>iii.) Meldepflicht durch Erwerb von je 999'999 Namenaktien</b>	<b>2 P</b>
	<p>Gemäss Art. 10 Abs. 4 BEHV-FINMA sind der Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren unter verbundenen Personen, die ihre Gesamtbeteiligung gemeldet haben, von der Meldepflicht ausgenommen.</p> <p>Dies wird als sog. <i>black box</i>-Prinzip bezeichnet.<sup>40</sup></p> <p>Solange der von der Platinum Invest LLC geplante Erwerb von je 999'999 Namenaktien von Aaron, Benjamin und Celine nach erfolgter Offenlegungsmeldung (vgl. b.)ii.)) der neu bestehenden Gruppe erfolgt, unterliegen diese drei Transaktionen zufolge der expliziten Regelung von Art. 10 Abs. 4 BEHV-FINMA nicht der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG, da sich die Zusammensetzung der Gruppe bzw. die Art der Absprache nicht ändert (Art. 10 Abs. 5 BEHV-FINMA <i>e contrario</i>).</p>	
	<b>c.) Angebotspflicht</b>	<b>41 P</b>
	<b>i.) Ausgangslage</b>	<b>4 P</b>
	<p>Die Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote (Art. 22 ff. und Art. 52 f. BEHG) finden Anwendung auf Zielgesellschaften:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind;</li> <li>– mit Sitz im Ausland, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz hauptkotiert i.S.v. Art. 53b BEHV sind.</li> </ul> <p>Die Kunststoff AG hat ihren Sitz in Aarau und ihre Inhaberaktien sind an der SIX Swiss Exchange kotiert. Aufgrund der teilweisen Kotierung der Beteiligungspapiere und dem Sitz in der Schweiz gelangen die Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote (Art. 22 ff. und Art. 52 f. BEHG) somit zur Anwendung.</p>	
	<b>ii.) Pflichtangebot durch Beitritt zum Aktionärbindungsvertrag</b>	<b>28 P</b>
	<p>Ein Pflichtangebot i.S.v. Art. 32 Abs. 1 BEHG für alle kotierten Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft muss unterbreiten, wer</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten handelnd;</li> <li>– Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft erwirbt;</li> <li>– und damit zusammen mit den Beteiligungspapieren, die er bereits besitzt, den Grenzwert von 33 <math>\frac{1}{3}</math> % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschreitet;</li> <li>– unabhängig von der Ausübbarkeit der Stimmrechte.</li> </ul> <p>Die Zielgesellschaft kann in ihren Statuten den Grenzwert bis auf 49 % der Stimmrechte anheben (<i>opting up</i> i.S.v. Art. 32 Abs. 1 Satz 2 BEHG) oder gänzlich von der Pflicht zur Unterbreitung eines Pflichtangebots befreien (<i>opting out</i></p>	

<sup>40</sup> Vgl. BGE 130 II 530, E. 5.3.1.



i.S.v. Art. 22 Abs. 2 und 3 BEHG). Dem Sachverhalt sind keine Hinweise für ein opting up oder opting out in den Statuten der Kunststoff AG zu entnehmen, weshalb die Überschreitung von  $33 \frac{1}{3} \%$  der Stimmrechte zur Angebotspflicht i.S.v. Art. 32 BEHG führt.

Wie bereits unter den Ausführungen zur Meldepflicht erwähnt, ist der Beitritt zu einem Aktionärbindungsvertrag, der ein abgestimmtes Verhalten bei der Ausübung des Stimmrechts bezweckt, dem Erwerbstatbestand gleichzustellen. Nach Art. 31 BEHV-FINMA gelten die diesbezüglichen Bestimmungen von Art. 10 Abs. 1 und 2 BEHV-FINMA sinngemäss auch bei der Angebotspflicht. Es ist dabei allerdings zu beachten, dass der Gruppenbegriff bei der Angebotspflicht enger auszulegen ist, als bei der Meldepflicht. Für die Bejahung des Gruppentatbestands bei der Angebotspflicht ist es erforderlich, dass die Absprache „im Hinblick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft“ getroffen wird (Art. 31 BEHV-FINMA; sog. Beherrschungsabsicht<sup>41</sup>). Die Abstimmung der Verhaltensweise muss einen „Mindestgrad an Intensität aufweisen, die ihren Ausdruck in einem Minimum an gemeinsamer (innerer) Finalität und (äusserer) Organisiertheit finden. Entscheidend [ist], dass die Aktionäre [...] ihre Einzelinteressen dem Gesamtinteresse der Gruppe [unterordnen]“.<sup>42</sup>

Der vorliegende Aktionärbindungsvertrag bezweckt – wie unter b.)ii.) erwähnt – ein Pooling der Stimmrechte der beteiligten Aktionäre, um an der Generalversammlung der Kunststoff AG über eine Mehrheit zu verfügen. Die durch den Aktionärbindungsvertrag verbundene Gruppe wurde dementsprechend im Hinblick auf die Beherrschung der Kunststoff AG gebildet, womit das diesbezügliche Kriterium von Art. 31 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. b BEHV-FINMA erfüllt ist. Da die durch den Beitritt der Platinum Invest LLC zum Aktionärbindungsvertrag neu entstehende Gruppe – wie unter b.)ii.) erwähnt – den Grenzwert von  $33 \frac{1}{3} \%$  der Stimmrechte überschreiten würde, wäre der Tatbestand der Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG grundsätzlich erfüllt.

Es stellt sich nun die Frage, ob vorliegend ein Ausnahmetatbestand gegeben wäre, wobei zwischen zwingenden Ausnahmetatbeständen nach Art. 32 Abs. 3 BEHG und fakultativen Ausnahmetatbeständen nach Art. 32 Abs. 2 BEHG zu differenzieren ist.

In casu ist kein zwingender Ausnahmetatbestand i.S.v. Art. 32 Abs. 3 BEHG ersichtlich. Ein fakultativer Ausnahmetatbestand i.S.v. Art. 32 Abs. 2 BEHG setzt das Vorliegen eines „berechtigten Falls“ bzw. „wichtigen Grunds“ (vgl. Art. 39 Abs. 1 BEHV-FINMA) voraus, wobei die lit. a-e eine nicht abschliessende Aufzählung enthalten. Da Art. 32 BEHG den Schutz der Minderheitsaktionäre bezweckt, ist eine Ausnahme aus teleologischer Sicht dann zu gewähren, wenn materiell kein Kontrollwechsel erfolgt,<sup>43</sup> sich mithin durch die in Frage stehende Transaktion die Kontrollverhältnisse hinsichtlich der Zielgesellschaft nicht ändern.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Vgl. BGE 130 II 530, E. 6.5.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 130 II 530, E. 6.4.2.

<sup>43</sup> Vgl. RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/JACQUES IFFLAND/TINO GABERTHÜEL, Öffentliche Kaufangebote, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, N 80.

<sup>44</sup> Vgl. KARL HOFSTETTER/EVELYN SCHILTER-HEUBERGER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Art. 161, 161<sup>bis</sup>, 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Basel 2011, N 9 zu Art. 32 BEHG.

	<p>Durch den Beitritt der Platinum Invest LLC zum bestehenden Aktionärbindungsvertrag würde sich die Gesamtbeteiligung der Aktionärsgruppe um 2% auf 62% erhöhen. Da somit weiterhin die von Aaron, Benjamin und Celine vertretenen Stimmen für die Festlegung des Mehrheitsentscheids an der Vorversammlung relevant wären, ändern sich die bestehenden Kontrollverhältnisse nicht. Wenngleich die neue Gruppe formell den Grenzwert von <math>33 \frac{1}{3} \%</math> der Stimmrechte überschreiten würde, läge materiell kein Kontrollwechsel vor.</p> <p>Da es sich dabei um einen Fall eines fakultativen Ausnahmetatbestands nach Art. 32 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 BEHV-FINMA handelt, müssten die Platinum Invest LLC sowie Aaron, Benjamin und Celine der Übernahmekommission ein Gesuch um Gewährung einer Ausnahme von der Angebotspflicht einreichen (vgl. Art. 32 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UEV).</p> <p>Die Übernahmekommission erlässt daraufhin eine Verfügung (vgl. Art. 61 Abs. 2 UEV), welche auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht wird und mittels Beschwerde an die FINMA angefochten/weitergezogen werden kann (vgl. Art. 33c BEHG und Art. 68 UEV).</p>	
	<p><b>iii.) Pflichtangebot durch Erwerb von je 999'999 Namenaktien</b></p>	<p><b>9 P</b></p>
	<p>Es stellt sich die Frage, ob sich an der vorstehend dargelegten Beurteilung der Situation etwas ändert, wenn die Platinum Invest LLC nach dem Beitritt zum Aktionärbindungsvertrag von Aaron, Benjamin und Celine je 999'999 Namenaktien erwerben würde.</p> <p>Aus Art. 32 Abs. 2 lit. a BEHG geht hervor, dass bei der Übertragung von Stimmrechten innerhalb einer vertraglich (oder auf eine andere Weise) organisierten Gruppe eine Ausnahme von der Angebotspflicht nach Art. 32 Abs. 1 BEHG gewährt werden kann. Daraus ist <i>e contrario</i> zu schliessen, dass auch gruppeninterne Transaktionen grundsätzlich eine Angebotspflicht i.S.v. Art. 32 BEHG auslösen können. Wie vorstehend unter c.)ii.) ausgeführt stellt sich somit die Frage, ob durch den Erwerb von je 999'999 Namenaktien materiell ein Kontrollwechsel erfolgen würde.</p> <p>Sofern die Platinum Invest LLC von Aaron, Benjamin und Celine je 999'999 Namenaktien erwerben würde, bliebe die Gruppe zwar <i>pro forma</i> bestehen. Allerdings würde die Platinum Invest LLC dadurch auch mit den direkt gehaltenen Aktien den Grenzwert von <math>33 \frac{1}{3} \%</math> der Stimmrechte klar überschreiten (sie hielte neu knapp 62% der Stimmrechte) und könnte deshalb die Kunststoff AG – auch ohne Teilnahme am Aktionärbindungsvertrag – beherrschen. Da die Platinum Invest LLC durch die geplante Transaktion somit selbst den Grenzwert von <math>33 \frac{1}{3} \%</math> der Stimmrechte überschreiten würde und kein Ausnahmetatbestand ersichtlich ist, würde somit eine Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG ausgelöst.</p> <p>Die Angebotspflicht der Platinum Invest LLC entsteht dabei durch den Vollzug des Aktienkaufvertrags, welcher zu einer Überschreitung des Grenzwerts von <math>33 \frac{1}{3} \%</math> der Stimmrechte führt (vgl. Art. 32 Abs. 2 BEHV-FINMA).</p> <p>Das Pflichtangebot müsste</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– als Vollangebot ausgestaltet sein, d.h. sich auf sämtliche (kотиerten) Inhaberaktien der Kunststoff AG beziehen (vgl. Art. 32 Abs. 1 BEHG i.V.m. Art. 33 Abs. 1 BEHV-FINMA);</li> <li>– die Mindestpreisvorschriften nach Art. 32 Abs. 4 BEHG (i.V.m. Art. 40 ff BEHV-FINMA) einhalten; und</li> </ul>	

	– darf – ausser aus wichtigen Gründen – nicht an Bedingungen geknüpft werden (vgl. Art. 36 Abs. 1 BEHV-FINMA).	
	<b>d.) Fazit</b>	<b>2 P</b>
	Die Platinum Invest LLC ist darüber zu informieren, dass der Beitritt zum Aktionärbindungsvertrag zwar eine Meldepflicht auslöst, zufolge Vorliegens eines fakultativen Ausnahmetatbestands aber nicht zwingend zu einer Angebotspflicht führt.  Demgegenüber führt der Erwerb von 999'999 Namenaktien zu einer Angebotspflicht; die Platinum Invest LLC müsste somit sämtlichen Inhabern von Inhaberaktien der Kunststoff AG ein Angebot zum Erwerb ihrer Beteiligung anbieten.	
	<i>Übersicht Frage D, total mögliche:</i> – Punkte: – Zusatzpunkte  <i>Maximal mögliche Punkte Frage D:</i>	80 4  84
	<i>Übersicht Aufgabe 2, total mögliche:</i> – Punkte: – Zusatzpunkte  <i>Maximal mögliche Punkte Aufgabe 2:</i>	132 8  140
	<b>Totalübersicht</b>	
	<i>Punkte Aufgabe 1:</i> <i>Punkte Aufgabe 2:</i> <i>Zusatzpunkte:</i> – bei Aufgabe 1 und 2; – für guten Prüfungsaufbau; – gute Sprache und schlüssige Argumentation; – honorierenswerte weitergehende Ausführungen  <i>Maximal mögliche Gesamtpunktzahl</i>	108 132  20 3 3 4  270

*Hinweis zur Berechnung der Gesamtpunktzahl der Prüfung im Handels- und Wirtschaftsrecht (BA) vom 15. Juni 2015: Vor der Addition mit den im wettbewerbsrechtlichen Teil der Prüfung erzielten Punkten sind die im gesellschaftsrechtlichen Teil der Prüfung erreichten Punkte mit folgenden Faktoren zu multiplizieren:*

- Punkte und Zusatzpunkte im Rahmen der Aufgaben 1 und 2: Faktor 0.4
- Zusatzpunkte für Aufbau, Sprache und Argumentation: Faktor 0.5



<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Alternative</b> Einzelne Konzerngesellschaften können aufgrund „abgeschwächter“ wirtschaftlicher Selbständigkeit dem persönlichen Geltungsbereich des KG unterstehen. Dies ist anzunehmen, wenn die Tochtergesellschaft von der Konzernleitung „marktooperativ emanzipiert“ ist. Anhaltspunkte dafür bestehen etwa, wenn das operative Management der Tochtergesellschaft in Bezug auf die konkreten Geschäfte am Markt Personal-, Kosten-, Gewinn- und Rentabilitätsverantwortung trägt; im Einzelfall ist eine Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände vorzunehmen.</li> <li>• <b>Ergebnis</b> Vorliegend sind keine Anhaltspunkte für eine solche „marktooperative Emanzipation“ der Tochter- von der Muttergesellschaft ersichtlich, weil die X AG eine strikte einheitliche Leitung implementiert hat. Demnach ist der persönliche Geltungsbereich des KG für die Mutter-, nicht jedoch die Tochtergesellschaft eröffnet.</li> </ul>	<p>[1 P]</p> <p>[1 P]</p>	
<p><b>Sachlicher Geltungsbereich:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Kartellrechtliche Dreiteilung: das KG kommt auf Unternehmen zur Anwendung, die Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (<b>Art. 2 Abs. 1 KG</b>)</li> <li>• <b>Ergebnis</b> Vorliegend könnte es sich einerseits um Wettbewerbsabreden zwischen der X AG und der Y GmbH handeln. Andererseits könnte aufgrund des sehr hohen Marktanteils der X AG (75%) auch die „Ausübung von Marktmacht“ gegenständlich sein.</li> </ul>	<p>1 P</p> <p>1 P</p>	
<p><b>Örtlicher Geltungsbereich:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gemäss dem <i>Auswirkungsprinzip</i> kommt das <b>KG</b> auf alle kartellrechtlich relevanten Sachverhalte zur Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn diese im Ausland veranlasst werden (<b>Art. 2 Abs. 2 KG</b>). Für die Frage der Anwendbarkeit des KG spielt es somit keine Rolle, wo ein Sachverhalt veranlasst wurde oder wo sich der Sitz eines Unternehmens befindet, sondern wo die Wirkung der Handlung eintritt. Massgeblich dabei ist allein die unmittelbare Wirkung auf den in der Schweiz ganz oder teilweise liegenden Markt, d.h. im Falle von Art. 5 und 7 KG muss eine Auswirkung auf den Schweizer (Teil-)Markt tatsächlich gegeben sein.</li> <li>• <b>Ergebnis</b> Zwar ist die Y GmbH vorliegend kein Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG, doch da sich die Handlungen des Gesamtkonzerns in der Schweiz auswirken, ist der örtliche Geltungsbereich des KG – unabhängig vom ausländischen Unternehmenssitz – dennoch gegeben. Die Handlungen des Konzerns haben in casu tatsächliche Auswirkungen auf den schweizerischen Markt, womit der örtliche Geltungsbereich zu bejahen ist.</li> </ul>	<p>1 P</p> <p>1 P</p>	

<p><b>Zeitlicher Geltungsbereich:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Zeitliche Geltung des KG seit Inkrafttreten am 1.7.1996; die Änderungen des KG der Revision vom 20.6.2003 traten am 01.04.2004 in Kraft.</li> <li>• <i>Ergebnis</i> Vorliegend unproblematisch.</li> </ul>	<b>1 P</b>	

<p><b>Zwischenergebnis</b> Der persönliche, sachliche, räumliche und zeitliche Geltungsbereich des KG ist vorliegend gegeben.</p>		
---	--	--

	<b>8 P</b>	
	<b>Gesamt</b>	<b>Gesamt</b>

Vorliegend könnten zwei Säulen des schweizerischen KG relevant sein: **(A)** unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) und **(B)** unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG).

II. Wettbewerbsrechtliche Prüfung	Punkte maximal	Punkte erreicht
<b>(A) Art. 5 KG – Unzulässige Wettbewerbsabreden</b>		
<p><b>(I) Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)</b></p> <p>(1) Zwei oder mehrere Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen und dieses Zusammenwirken</p> <p>(2) bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>„Konzernprivileg“</b> Aufgrund der wirtschaftlichen Unselbständigkeit des Tochterunternehmens wird der Konzern als einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit erfasst. Konzernunternehmen können daher miteinander Wettbewerbsabreden treffen, ohne dass diese den Regeln des KG unterliegen.</li> </ul>	1 P	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Ergebnis</b> Da die X AG als Muttergesellschaft von ihrer Kontrollmöglichkeit über die Y GmbH Gebrauch macht, ist die Tochtergesellschaft mangels Autonomie nicht fähig, Wettbewerbsabreden gem. Art. 4 Abs. 1 KG zu treffen, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Die Vorgabe der Muttergesellschaft (X AG) an die Tochtergesellschaft (Y GmbH) den Suchalgorithmus anzupassen, um ihre eigenen Dienstleistungen zu bevorzugen, stellt daher keine unzulässige Wettbewerbsabrede dar.</li> </ul>	2 P	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Alternative</b> Falls die Konzerngesellschaft im Rahmen ihrer marktooperativen Emanzipation über ausgeprägte Handlungsspielräume verfügt und diese durch Absprachen beschränkt wird, liegt nach einer Minderheitsmeinung eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor. Wie bei der Prüfung des persönlichen Geltungsbereiches ist in Ermangelung einer marktooperativen Emanzipation der Y GmbH von der X AG als Muttergesellschaft das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG jedoch zu verneinen.</li> </ul>	[2 P]	
	<b>4 P</b>	
	<b>Gesamt</b>	<b>Gesamt</b>

Vorliegend ist der Konzern als ein Unternehmen anzusehen und wird als einzige wirtschaftliche Einheit vom Geltungsbereich des KG erfasst. In der Folge ist zu prüfen, ob der Konzern durch die fraglichen Verhaltensweisen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben könnte.

<b>(B) Art. 7 KG – Missbrauch marktbeherrschender Stellung</b>		
Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG knüpft an drei kumulative Voraussetzungen an: <b>(I)</b> Marktbeherrschendes Unternehmen; <b>(II)</b> Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung; und <b>(III)</b> Wettbewerbsbehinderung als Folge des Missbrauchs.		
<b>(I) Marktbeherrschendes Unternehmen</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Definition gem. Art. 4 Abs. 2 KG</li> </ul>	<b>1 P</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Um als marktbeherrschend im Sinne von Art. 7 KG zu gelten, hat das betreffende Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten über eine herausragende bzw. überragende Marktstellung zu verfügen. Eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ist zu bejahen, wenn die Marktgegenseite aufgrund der tatsächlichen Marktstellung des fraglichen Unternehmens weder sachlich, räumlich noch zeitlich zumutbare Ausweichmöglichkeiten zum Angebot des potenziell marktbeherrschenden Unternehmens zur Verfügung hat.</li> </ul>	<b>1 P</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Die Beurteilung der Marktbeherrschung erfolgt dabei in zwei Schritten: <b>(A)</b> Definition des relevanten Marktes <b>(B)</b> Analyse der Stellung des Unternehmens auf dem relevanten Markt.</li> </ul>		
<b>(A) Relevanter Markt</b>		
<i>(aa) Sachlich relevanter Markt</i>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bedarfsmarktkonzept: Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite.</li> </ul>	<b>1 P</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gem. der Definition in <b>Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU</b> umfasst der sachlich relevante Markt <i>“alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden”</i>.</li> </ul>	<b>0,5 P</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bei Internetsuchdiensten kann zwischen drei verschiedenen Märkten differenziert werden, die nebeneinander bestehen: Nutzermärkte, Inhaltmärkte und Werbemärkte. Werbe- und Inhaltmärkte können allenfalls als ein gemeinsamer Markt qualifiziert werden.</li> </ul>	<b>0,5 P</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Ergebnis</b> Der sachlich relevante Markt ist vorliegend der Inhaltmarkt. Inhalteanbieter stellen dem Suchdienst ihre Inhalte und Dienste kostenlos zur Verfügung und profitieren im Gegenzug von einer hohen Anzahl Suchenden und damit Nutzern ihrer Dienstleistungsangebote. Die Y GmbH und die Z AG betreiben beide einen Online-Preisvergleichsdienst deren spezifische Suchergebnisse als Inhalte durch den allgemeinen Online-Suchdienst</li> </ul>	<b>0,5 P</b>	



<p>der Y GmbH angezeigt werden. Die fraglichen Dienstleistungen sind vorliegend substituierbar, da aus Sicht der Marktgegenseite kein wesentlicher Unterschied zwischen den Leistungen besteht, diese gegeneinander ausgetauscht werden können und ein Ausweichen auf andere Angebote ohne weiteres möglich ist (SSNIP-Test).</p> <p><i>(bb) Räumlich relevanter Markt</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gem. der Definition in <b>Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU</b> umfasst der räumlich relevante Markt „das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet“.</li> <li>• Der räumlich relevante Markt entspricht somit der räumlichen Ausdehnung des Gebiets, in welchem die Marktgegenseite des potenziell marktbeherrschenden Unternehmens dessen Dienstleistung nachfragt.</li> <li>• <b>Ergebnis</b> Der Online-Suchdienst ist durch eine starke länderspezifische Differenzierung geprägt und vorliegend steht eine eigene Suchfunktion für den schweizerischen Markt zur Verfügung. Anhaltspunkt hierfür ist die top level domain “.ch“. Ebenso verhält es sich für den Online-Preisvergleichsdienst. Der räumlich relevante Markt umfasst daher primär den gesamten schweizerischen Markt. Allenfalls liesse sich eine weitergehende geographische Unterteilung nach Massgabe der verschiedenen Sprachräume begründen.</li> </ul> <p><i>(cc) Zeitlich relevanter Markt</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Die zeitliche Marktabgrenzung kann vorliegend vernachlässigt werden, da der fragliche Markt nicht nur für eine begrenzte Zeit besteht.</li> </ul>	<p><b>0,5 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p>	
<p><b>(B) Marktbeherrschung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Im zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob das fragliche Unternehmen auf dem betreffenden Markt über eine beherrschende Stellung verfügt, d.h. ob es sich gem. Art. 4 Abs. 2 KG von den anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann. Die Beurteilung der Marktmacht erfolgt anhand von drei Kriterien: <b>(aa)</b> Aktueller Wettbewerb; <b>(bb)</b> Potentieller Wettbewerb; und <b>(cc)</b> Stellung der Marktgegenseite.</li> </ul> <p><i>(aa) Aktueller Wettbewerb</i></p> <p>Ausgangspunkt der Analyse der Marktstruktur ist der Vergleich der Marktanteile, welche für Beurteilung der Marktbeherrschung eine grosse Rolle spielen. Sollten nicht ausserordentliche Umstände einer solchen Annahme entgegenstehen, geht die Praxis bei einem Marktanteil von 75% von einer marktbeherrschenden Stellung aus. Der grosse Marktanteil (75%) auf dem Schweizer Markt für Online-Suchdienste bzw. Online-Preisvergleiche ist somit ein Argument für eine Marktbeherrschung.</p> <p><i>(bb) Potentieller Wettbewerb</i></p> <p>Potentieller Wettbewerb besteht, wenn mit gewisser Wahrscheinlichkeit relativ kurzfristig neue Konkurrenten in den relevanten Markt eintreten können. Ein hoher Grad an Marktof-</p>	<p><b>0,5 P</b></p> <p><b>1 P</b></p>	



<p><b>(A) Herabstufung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Leistungseinschränkung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)</b> 4 kumulative Voraussetzungen: (1) Marktmächtiges Unternehmen (2) Einschränkung (3) Wettbewerbsbeschränkung – Künstliche Verknappung (4) Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung</li> </ul> <p>Eine Einschränkung liegt insbesondere dann vor, wenn die Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers weniger attraktiv oder weniger absetzbar werden, ohne dass diese Folge durch höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens verursacht würde. Die Grenze zum Missbrauch könnte vorliegend durch die willkürliche Aufstellung der Trefferliste überschritten worden sein. Die gänzliche Nichtberücksichtigung bzw. grundlose Herabstufung eines Konkurrenten im Ranking ist durch das grundsätzlich weite Ermessen des Suchmaschinenanbieters nicht mehr abgedeckt und kann als Leistungseinschränkung gem. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG qualifiziert werden.</p> <p>Neben dem Einschränkungssachverhalt ist eine „<i>künstliche Verknappung</i>“ erforderlich. Dabei ist nachzuweisen, dass die fragliche Verhaltensweise eine spürbare und dauerhafte Schädigung wirksamen Wettbewerbs bewirkt. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung kann vorliegend bejaht werden.</p> <p>Vorliegend sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, die eine Einschränkung rechtfertigen könnten.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Ergebnis</b> Es liegt eine Leistungseinschränkung gem. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG vor.</li> </ul>	<p><b>1 P</b></p> <p><b>1 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p>	
<p><b>(B) Privilegierung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Es ist zu prüfen, ob ein dominanter Suchmaschinenbetreiber seine eigenen Dienste gegenüber denjenigen der Konkurrenz bevorzugen darf.</li> <li>• <b>Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)</b> 4 kumulative Voraussetzungen: (1) Marktmächtiges Unternehmen (2) Diskriminierung (3) Wettbewerbsnachteil (4) Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung</li> </ul> <p>Das fragliche Verhalten kann nicht unter den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG subsumiert werden, weil dieser die Diskriminierung zwischen Drittunternehmen, nicht aber im Verhältnis der eignen Dienste des Marktbeherrschers zu solchen Dritter erfasst.</p>	<p><b>1 P</b></p> <p><b>1 P</b></p>	

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Ergebnis</b> Es liegt keine Diskriminierung gem. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG vor.</li> </ul>	<p><b>0,5 P</b></p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Alternative</b> Das marktbeherrschende Unternehmen ist grundsätzlich verpflichtet, Wettbewerber gleich zu behandeln wie zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörende Wirtschaftseinheiten, namentlich Tochtergesellschaften. Da zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörende Wirtschaftseinheiten als ein einziges Unternehmen („Konzern“) gelten, ist es dem marktbeherrschenden Unternehmen nur dann verboten, seine Tochtergesellschaft besser zu behandeln, wenn gem. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG eine Kontrahierungspflicht besteht. Dies könnte allenfalls zutreffen, wenn ein dominanter Online-Suchdienst als „essential facility“ qualifiziert würde. Für die Annahme einer Diskriminierung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG müsste das Vorliegen dieser Voraussetzung eingehender begründet werden.</li> </ul>	<p><b>[1 P]</b></p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Koppelung (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG)</b> 5 kumulative Voraussetzungen: (1) Marktmächtiges Unternehmen (2) Getrennte Güter (3) Koppelung (4) Wettbewerbsbeschränkung (5) Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung.</li> </ul>	<p><b>1 P</b></p>	
<p>Koppelungsgeschäfte sind für marktbeherrschende Unternehmen ein Instrument, die bestehende Marktmacht durch die Koppelung auf einen benachbarten oder vor- bzw. nachgelagerten Markt auszudehnen und die sich auf diesen Märkten befindlichen Konkurrenten zu behindern oder vom Markt zu verdrängen. Das marktbeherrschende Unternehmen bringt den Vertragspartner dazu, eine zusätzliche Leistung zu beziehen, ohne dass zwischen Haupt- und Koppelungsleistung ein sachlich gerechtfertigter Zusammenhang besteht.</p>	<p><b>0,5 P</b></p>	
<p>Eine Koppelung erfordert zunächst das Vorliegen von zwei oder mehreren getrennten Leistungen. Bei allgemeinen (horizontalen) und spezifischen (vertikalen) Online-Suchdiensten ist es schwierig abzugrenzen, ob es sich um zwei getrennte Leistungen oder vielmehr um eine einheitliche Leistung handelt. Von letzterem Befund ist auszugehen, wenn die gekoppelte Leistung demselben sachlichen, räumlichen und zeitlichen Markt angehört. Bestehen hingegen für die gekoppelten Leistungen unterschiedliche Märkte, kann eine Koppelung bejaht werden. Da allgemeine und spezifische Suchdienste primär nicht substituierbar sind, handelt es sich um unterschiedliche Märkte und somit um getrennte Leistungen.</p>	<p><b>0,5 P</b></p>	
<p>Weitergehend bedarf es einer Koppelung der Haupt- und Zusatzleistung. Vorliegend kann dies bejaht werden, weil die vertikalen Dienste im Zusammenhang mit der horizontalen Suche angeboten und die primär getrennten Leistungen miteinander verknüpft werden; in der Folge werden die spezifischen Inhalte zu den allgemeinen Suchergebnissen hinzugefügt und optisch besonders hervorgehoben.</p>	<p><b>0,5 P</b></p>	

<p>Aus der Koppelung muss eine Wettbewerbsbeschränkung resultieren, die insbesondere dann vorliegt, wenn die Koppelung in Verdrängungsabsicht erfolgt, d.h. wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Gutes übertragen will, auf dem es bis anhin nicht über eine marktmächtige Stellung verfügt. Die X AG nutzt ihre Marktmacht im Bereich horizontaler Online-Suchdienste, um die Wettbewerbssituation auf den Markt für spezifische, vertikale Online-Suchdienste zu ihrem Vorteil zu verändern und die Z AG zu behindern.</p> <p>Eine sachliche Rechtfertigung ist i.c. nicht ersichtlich.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Ergebnis</b> Eine Koppelung gem. Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist vorliegend zu bejahen.</li> </ul>	<p><b>1 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p> <p><b>0,5 P</b></p>	
<p><b>(III) Wettbewerbsbehinderung</b> Erforderlich ist eine Wettbewerbsbehinderung in Folge des missbräuchlichen Verhaltens der X AG. Eine Wettbewerbsbehinderung kann vorliegend bejaht werden.</p>	<p><b>1 P</b></p>	
<p><b>(IV) Rechtfertigung</b> Eine Verletzung von Art. 7 KG setzt voraus, dass sich das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht durch sachliche Gründe („<i>legitimate business reasons</i>“) rechtfertigen lässt. Als sachliche Gründe, welche strategische Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens als zulässig erscheinen lassen, kommen insbesondere kaufmännische und betriebswirtschaftliche Grundsätze in Betracht. Vorliegend könnte die X AG versuchen, ihre Verhaltensweise durch den Nachweis von Effizienzgewinnen zu rechtfertigen. Effizient ist das fragliche Verhalten, wenn die Wettbewerbsbeschränkung im Endeffekt zu einem besseren Preis-Leistungs-Verhältnis und somit zu günstigeren Preisen oder Bedingungen für die Konsumierenden führt. Zwar wird vorliegend angeführt, dass der Preisvergleichsdienst Y Compare ohnehin der günstigste und innovativste Dienst für die Nutzer sei, doch da mildere Mittel als die Bevorzugung der Inhalte der Y GmbH bzw. der Herabstufung der Inhalte der Z AG denkbar sind („<i>Gebot der Unerlässlichkeit</i>“), verfängt diese Rechtfertigung nicht.</p>	<p><b>1 P</b></p> <p><b>1 P</b></p>	
<p><b>(V) Ergebnis</b> Die X AG ist marktbeherrschend und verhält sich missbräuchlich, da sich ihr Verhalten nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt.</p>	<p><b>1 P</b></p>	
	<p><b>26 P</b></p> <p><b>Gesamt</b></p>	<p><b>Gesamt</b></p>

<b>Zusatzpunkte für gute Strukturierung und Argumentation</b>	<b>2 P</b>	
---	------------	--

<b>Aufgabe 1</b>	<b>8 P</b>	
<b>Aufgabe 2</b>	<b>30 P</b>	
<b>Zusatzpunkte</b>	<b>2 P</b>	
	<b>40 P</b>	
	<b>Gesamt</b>	<b>Gesamt</b>