



## Prüfung im Handels- und Wirtschaftsrecht FS 2021

### Herleitung der Gesamtnote

Die Prüfung im Handels- und Wirtschaftsrecht FS 2021 besteht aus einem Teil Gesellschaftsrecht und einem Teil Wettbewerbsrecht. Die beiden Teile wurden unabhängig voneinander korrigiert und bewertet. Die Berechnung der Gesamtnote erfolgt in vier Schritten.

1. Im Teil Wettbewerbsrecht wurde die Bewertung "6" bei **56.75 Punkten** vergeben. Die individuelle Prüfungsleistung im Teil Wettbewerbsrecht wird gemäss folgender Formel bewertet:

$$\frac{\text{Erreichte Punktzahl}}{56.75} * 5 + 1$$

2. Im Teil Gesellschaftsrecht wurde die Bewertung "6" bei **23 Punkten** vergeben. Die individuelle Prüfungsleistung im Teil Gesellschaftsrecht wird gemäss folgender Formel bewertet:

$$\frac{\text{Erreichte Punktzahl}}{23} * 5 + 1$$

Bei beiden Teilen der Prüfung kann die Bewertung einen Wert (Betrag) von mehr als "6" haben. Damit wird sichergestellt, dass die (End-)Note der Gesamtprüfung nicht durch die getrennte Bewertung der beiden Prüfungsteile verfälscht wird. Der für die beiden Prüfungsteile errechnete Wert bringt die Note zum Ausdruck, die ein Kandidat oder eine Kandidatin erlangt hat.

3. Die so errechnete Bewertung im Teil Wettbewerbsrecht wird mit dem **Faktor 40**, die Bewertung im Teil Gesellschaftsrecht mit dem **Faktor 60** – entsprechend der Gewichtung der beiden Prüfungsteile – multipliziert.
4. Die gewichteten Bewertungen der beiden Prüfungsteile werden **addiert**. Die Summe bildet den Gesamtwert. Er bringt die Note zum Ausdruck (vergrössert um den Faktor 100, was sich aus der Gewichtung gemäss Ziff. 3 ergibt). Die gerundete **Gesamtnote** ergibt sich aus der folgenden Tafel:



Ab Gesamtwert X	Note
575	6
525	5.5
475	5
425	4.5
375	4
325	3.5
275	3
225	2.5
175	2
125	1.5
0	1

Berechnungsbeispiel:

Prüfungskandidat A hat im Teil Wettbewerbsrecht eine Punktzahl von 34,5 und im Teil Gesellschaftsrecht eine Punktzahl von 15 erzielt. Gemäss Ziff. 1 hat der Kandidat im Teil Wettbewerbsrecht einen Wert von 4,0396 ( $\frac{34,5}{56,75} * 5 + 1$ ). Dieser Wert bringt die Note im Teil Wettbewerbsrecht zum Ausdruck. Mit dem Faktor 40 multipliziert, ergibt sich eine gewichtete Bewertung von 161,58 (siehe Ziff. 3). Gemäss Ziff. 2 hat der Kandidat im Teil Gesellschaftsrecht einen Wert von 4,2608 ( $\frac{15}{23} * 5 + 1$ ). Dieser Wert bringt die Note im Teil Gesellschaftsrecht zum Ausdruck. Mit dem Faktor 60 multipliziert, ergibt sich eine gewichtete Bewertung von 255,65 (siehe Ziff. 3). Die Summe der gewichteten Bewertungen ergibt den Gesamtwert 417,23 (siehe Ziff. 4). Er bringt die Note der Gesamtprüfung zum Ausdruck. Gemäss der obigen Tafel erhält der Kandidat mit einem Gesamtwert von 417,23 die Gesamtnote "4".



## Leitfaden

### **Gesellschaftsrechtlicher Teil (Gewichtung: 60 %)**

#### **1. Hinweise zur Arbeit mit dem Leitfaden zur Korrektur der Prüfung**

##### **1.1. Funktion des Leitfadens**

Dieses Dokument ist ein Leitfaden für die Korrekturassistenten zur Korrektur der Prüfung. Er soll den Korrekturassistenten aufzeigen, was die hauptsächlichen Punkte (im Sinne von: Themen, Aspekte, Tatbestandsvoraussetzungen usw.) sind, die die Kandidaten im Rahmen ihrer Arbeit zu behandeln hatten, und welche Aussagen zu diesen Punkten gemacht werden können oder sollen.

Der Leitfaden ist nicht als «Musterlösung» zu verstehen. Weder wird darin mit Ausschliesslichkeitsanspruch gesagt, was die rechtlich «richtigen» Antworten auf die einzelnen sich stellenden Fragen sind. Noch bringt der Leitfaden zum Ausdruck, was im Minimum geschrieben werden musste, um eine bestimmte (genügende, gute, sehr gute) Note zu erzielen, oder was das Maximum, das heisst, eine ausführliche, «mehr als perfekte» Lösung ist. Überdies ist der Leitfaden auch insofern nicht umfassend, als darin nicht alle denkbaren oder auch nur vertretbaren Punkte (Themen, Aspekte usw.) erwähnt sind, die vernünftigerweise erwähnt werden können.

##### **1.2. Anwendung des Leitfadens**

Bei der Anwendung des Leitfadens sind die folgenden Grundsätze einzuhalten:

1. Die einzelnen Punkte gemäss Leitfaden sind zu vergeben, wenn ein Kandidat zu dem «bepunkteten» Thema, Aspekt usw. (entsprechend den Ausführungen, die der Klammer mit der Punktzahl vorangehen) (i) eine Aussage macht, (ii) diese rechtlich zutreffend ist und (iii) sie in dem Sinn vollständig ist, als sie den Kern, das Wichtigste des betreffenden Punktes erfasst. Wenn dies (gar) nicht zutrifft, ist der betreffende Punkt nicht zu erteilen. Wenn es teilweise zutrifft, ist die Hälfte der angegebenen Punktzahl zu erteilen. (Es werden keine Viertelpunkte erteilt.)

Für die Erteilung der vorgesehenen Punktzahl ist nicht erforderlich, dass bei der Subsumtion die gleichen rechtlichen Schlüsse wie im Leitfaden gezogen werden; es genügt, dass der Schluss begründet wird und rechtlich vertretbar erscheint. Entsprechendes gilt mit Bezug auf Ausführungen, Meinungen usw. zur generell-abstrakten Rechtslage, soweit diesbezüglich Spielraum besteht (was bei umstrittenen Fragen oder bis anhin ungeklärten Spezialfragen der Fall ist, hingegen nicht bei der Definition bekannter Begriffe, etwa des Schadensbegriffs).

Der Leitfaden unterscheidet im Allgemeinen zwischen den allgemeinen rechtlichen Ausführungen (Obersatz, oftmals namentlich aus Definitionen bestehend) und der Subsumtion im konkreten Fall (Konklusion) und sieht Punkte je für das eine und für das andere vor. Dieses Prinzip ist bei der Erteilung



von Punkten zu beachten und umzusetzen. Das bedeutet aber nicht, dass die Kandidaten Obersatz, Untersatz und Konklusion stets streng auseinanderhalten müssten; die drei Schritte können auch ineinander verwoben sein («X. hat einen Schaden erlitten, weil sein Vermögen aufgrund des Unfalls ...» etc.), und es sind gegebenenfalls alle vorgesehenen Punkte zu erteilen.

**2.** Punkte werden nur für Aussagen erteilt, die aus Sätzen bestehen. Für Stichworte, Schlagwörter, Gedankenketten usw. werden keine Punkte erteilt. Bei schweren sprachlichen Mängeln, kryptischen Formulierungen (mögen sie bei streng grammatikalischer Betrachtung auch Sätze sein) usw. ist nicht die volle Punktzahl zu vergeben. (Das ist nicht ein Minuspunkt, sondern es wird an der betreffenden Stelle von den zu vergebenden Punkten nicht die ganze Punktzahl erlangt.)

**3.** Eine bestimmte Aussage wird nur einmal «bepunktet». Im Leitfaden sind die Punkte entsprechend verteilt, das heisst, für eine Aussage, die bereits gemacht wurde, wird kein weiterer Punkt erteilt. Daraus folgt insbesondere, dass für ein Fazit, eine Zusammenfassung etc., das bzw. die keine nicht schon zuvor gemachte Aussage enthält, keine (weiteren) Punkte vergeben werden.

Weiter folgt aus der Regel, dass eine Aussage nur einmal «bepunktet» wird, dass eine Aussage (eine allgemeine rechtliche Aussage [Obersatz] oder eine Subsumtion [Untersatz und Konklusion]), die bei Frage 1 gemacht wurde, bei Frage 2 nicht erneut bewertet wird. Das ergibt sich daraus, dass der Tatbestand und die Frage, ob er erfüllt sei (das heisst namentlich: Liegt eine Treuepflichtverletzung vor, die zu einer Beeinträchtigung im Vermögen geführt hat?), bei Frage 1 und 2 im Prinzip die gleichen sind bzw. gleich zu beurteilen sind. Der Unterschied liegt in der Rechtsfolge (als dem zur Verfügung stehenden rechtlichen Behelf [Übertragung einer Sache *versus* Schadenersatz]).

**4.** In der vorliegenden Prüfung kommen bei Frage 1 wie auch 2 zahlreiche Rechtsgrundlagen in Betracht. Ihre Voraussetzungen stimmen teils genau, teils jedenfalls funktional miteinander überein (z.B. Pflichtwidrigkeit, wenn Verantwortlichkeit geprüft wird, Vertragsverletzung, wenn ein [rein] vertragsrechtlicher Anspruch geprüft wird; Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden, wenn Verantwortlichkeit geprüft wird, Kausalität zwischen Eingriff in fremde Rechtssphäre und Erlangung eines Gewinns, wenn eine Geschäftsführung ohne Auftrag oder ein durch Auslegung/Lückenfüllung zu begründender Herausgabeanspruch gestützt auf die organschaftliche Treuepflicht geprüft wird). Die gemäss Leitfaden vorgesehenen Punkte sind, wenn andere Rechtsgrundlagen als die im Leitfaden vorgesehenen geprüft werden, sinngemäss zu vergeben (und dabei jeweils ebenfalls für einerseits die allgemeinen rechtlichen Ausführungen [Obersatz] und andererseits die Subsumtion [Untersatz und Konklusion]). Es ist somit in einem solchen Fall nicht mit Zusatzpunkten zu operieren, sondern mit den regulär zu vergebenden Punkten.

**5.** Es werden keine Minuspunkte erteilt. Die Nichterlangung der vollen Punktzahl an einer bestimmten Stelle wegen schweren sprachlichen Defekten ist nicht ein Minuspunkt, sondern die originäre Nichterlangung der vollen Punktzahl.

**6.** Zusatzpunkte:

Es können in der gesamten Prüfung maximal 10 Zusatzpunkte erteilt werden.



Die Zusatzpunkte sind als solche auszuweisen («ZP»).

Zusatzpunkte («*besondere Zusatzpunkte*») sind erstens zu erteilen für (i) besonders gut begründete, tiefgehende rechtliche Ausführungen, für (ii) besonders fundierte, differenzierte Argumentationen oder für (iii) weiterführende, aber allemal der Beantwortung der Frage dienende, nicht bloss allgemeine Ausführungen; all dies zu *bestimmten Punkten* (Themen, Aspekten), die *im Leitfaden angesprochen* sind. Dementsprechend sind insbesondere keine besonderen Zusatzpunkte für zwar zutreffende und ausführlichere, aber allgemein gehaltene und nicht auf den konkreten Sachverhalt gemünzte oder nicht der Beantwortung der Frage dienende Aussagen zu machen (z.B. ausführliche Erwägungen zur Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, denn solche Ausführungen sind vorliegend nicht nötig; ausführliche Erwägungen zur Sorgfaltspflicht, zur Business Judgment Rule usw., denn sie sind vorliegend nicht einschlägig; Erwägungen zur Anfechtung oder Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen, denn es wurde in diesem Sachverhalt kein Verwaltungsratsbeschluss gefasst). Zu dem einzelnen betreffenden Punkt gemäss Leitfaden kann maximal 1 Zusatzpunkt vergeben werden, wobei die Gesamtzahl von 10 Zusatzpunkten für die ganze Prüfung nicht überschritten werden darf.

Oder «*besondere Zusatzpunkte*» sind zu erteilen für (iv) zutreffende, begründete rechtliche Ausführungen und Subsumtionen zu Themen, Aspekten, die *im Leitfaden nicht angesprochen* sind; dies aber ebenfalls nur dann, wenn sie der Beantwortung der gestellten Frage dienen. Dass dies zutreffe, ist im Allgemeinen eher mit Zurückhaltung anzunehmen. Die Gesamtzahl von 10 Zusatzpunkten darf nicht überschritten werden. Die «Bepunktung» der Aussagen hat in Anlehnung an die «Bepunktung» gemäss Leitfaden zu erfolgen, das heisst, in der Regel: 1 Punkt für eine zutreffende allgemeine rechtliche Aussage bzw. ein Tatbestandsmerkmal, 1 Punkt für die Subsumtion des Sachverhalts samt Begründung.

Zusatzpunkte sind zweitens zu erteilen für *im Allgemeinen*, also *über die ganze Prüfung betrachtet* (i) besonders gründliche, besonders überzeugende rechtliche Ausführungen oder Argumentationen und für, über die ganze Prüfung betrachtet, (ii) besonders gute, einwandfreie Sprache und (iii) besonders gute Beachtung der juristischen Methode (Analyse der Tatbestände, Subsumtion unter die Gesetzesbestimmungen usw.) («*allgemeine Zusatzpunkte*»). Solche allgemeinen Zusatzpunkte sind nur zu erteilen, wenn und soweit nicht für besonders gute Ausführungen usw. an konkreten Stellen «*besondere Zusatzpunkte*» vergeben wurden. Dementsprechend stehen «*allgemeine Zusatzpunkte*» im Vordergrund für besonders gute, einwandfreie Sprache und besonders gute Beachtung der juristischen Methode. Es können maximal 5 «*allgemeine Zusatzpunkte*» erteilt werden; die Gesamtzahl von 10 Zusatzpunkten für die ganze Prüfung darf nicht überschritten werden.

Es *müssen* keine Zusatzpunkte erteilt werden, weder «*besondere*» noch «*allgemeine*». Die Erteilung von Zusatzpunkten muss im Sinn der vorstehenden Ausführungen begründbar sein. Wenn jemand



korrekt formuliert und argumentiert, die Rechtslage knapp und richtig darstellt und daraus die richtigen Schlüsse zieht, sind keine Zusatzpunkte zu erteilen, weder «besondere» noch «allgemeine».

7. Ganz allgemein ist festzuhalten, dass die Korrekturassistenten bei der Korrektur der Prüfung stets zu fragen haben, ob das Geschriebene es rechtfertigt, dafür einen Punkt (ordentlichen Punkt oder Zusatzpunkt) zu vergeben, und welcher konkrete Punkt gemäss Leitfaden dies ist. Die Kandidaten müssen die Punkte gemäss Leitfaden «abholen». Die Korrekturassistenten haben sich, umgekehrt ausgedrückt, nicht allgemein zu fragen, ob das Geschriebene «noch gut» erscheint (oder ähnlich) und man darum «einen Punkt geben kann», sondern ob für das, was geschrieben wurde, ein bestimmter Punkt gemäss Leitfaden erteilt werden kann, der Kandidat ihn mit anderen Worten «abholt».

## 2. Aufgabe 1: Muss das Grundstück der "Immotraum AG" übertragen werden?

Es ist zu prüfen, ob die Immotraum AG (I) oder Tom (T) einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks im Weinland (Grundstück) gegen Kilian (K) hat. Ein solcher Anspruch könnte sich aus Art. 754 ff. OR oder (direkt) aus Art. 717 Abs. 1 OR ergeben.

*[Hinweis: Zur Frage im Besonderen, durch wen das Grundstück gegebenenfalls herauszugeben ist, siehe nachfolgend 3.4.]*

### 2.1. I oder T gegen K aus Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR

#### 2.1.1. Passivlegitimation

Passivlegitimiert sind die Organe der Gesellschaft. Dies können formelle Organe, materielle (mit der Geschäftsführung betraute Personen) oder faktische Organe (sonst mit der Geschäftsführung befasste Personen) sein. **[1]**

Laut Sachverhalt ist K Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer (s. Art. 716b Abs. 1 OR) der I. In beiden Funktionen hat er Organstellung (formelles bzw. materielles Organ). Die Passivlegitimation von K ist damit gegeben. **[1]**

#### 2.1.2. Pflichtverletzung

Voraussetzung eines Verantwortlichkeitsanspruchs ist, dass die Organperson eine Pflichtverletzung begangen hat. Als zentrale Pflichten sind die Sorgfalts- und die Treuepflicht sowie die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre gem. Art. 717 Abs. 1 und 2 OR zu nennen. Sodann werden unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates in Art. 716a Abs. 1 OR genannt. **[1]**

Vorliegend kommt aufgrund des Verhaltens von K eine Verletzung der Treuepflicht in Betracht. Die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR), umfasst zum einen die Pflicht, die Gesellschaftsinteressen zu verfolgen. Sie ist in erster Linie eine Förderpflicht, also eine Pflicht zu einem bestimmten Tun, ausgerichtet am Gesellschaftsinteresse. Zum andern bedeutet die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren, im engeren Sinn eine



Verpflichtung zu Treue und Interessenwahrung im Verhältnis zur Gesellschaft. Sie ist in erster Linie eine Pflicht, von bestimmten Geschäften oder Verhaltensweisen abzusehen. Vorliegend ist vor allem die Treuepflicht im engeren Sinn von Bedeutung. **[1]**

Aus der Treuepflicht im engeren Sinn ergeben sich die Anwendungsfälle des Gebots, Vorkehrungen im Fall eines Interessenkonflikts zu ergreifen, sowie des Verbots der Aneignung einer Geschäftschance.

i. Interessenkonflikt

*Allgemeine rechtliche Grundlagen*

Die Treuepflicht (im engeren Sinn) verlangt insbesondere, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und die anderen Organe der Gesellschaft den Interessen der Gesellschaft den Vorrang einräumen gegenüber eigenen Interessen, den Interessen Dritter (namentlich den Interessen von nahestehenden Personen) oder den Interessen einzelner Aktionäre, wenn diese Interessen mit den Gesellschaftsinteressen kollidieren. **[1]**

Wenn Organpersonen unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts handeln, so bedeutet dies für sich allein nicht, dass sie dadurch ihre Treuepflicht verletzen. Der Interessenkonflikt begründet lediglich eine tatsächliche Vermutung einer Verletzung der Treuepflicht.<sup>1</sup> **[1]**

Besteht ein Interessenkonflikt, muss das betreffende Verwaltungsratsmitglied bzw. der Verwaltungsrat durch geeignete Massnahmen sicherstellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden. **[1]** Eine solche Massnahme besteht namentlich darin, dass das unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts abgeschlossene Geschäft von einem übergeordneten Organ (Generalversammlung) oder einem nebengeordneten Organ (unabhängige Verwaltungsratsmitglieder) genehmigt bzw. die handelnde Person zum Abschluss des Geschäfts ermächtigt wird. **[1]** In Frage kommt auch, dass das vom Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsratsmitglied bei der Beschlussfassung (und allenfalls auch bei der Beratung) in den Ausstand tritt **[1]** oder dass eine objektive, unabhängige Beurteilung des fraglichen Geschäfts stattfindet, etwa eine Bewertung der Transaktion unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten **[1]**.

Besteht bei einer Organperson ein Interessenkonflikt, so muss sie diesen gegenüber dem Verwaltungsratspräsidenten oder dem Verwaltungsrat offenlegen (Informations- oder Offenlegungspflicht). **[1]**

Nicht jede Berührung von Interessen einen (eigentlichen) Interessenkonflikt. Bei einer schlichten Interessenberührung streifen die Interessen der Gesellschaft die Interessen der Organperson bloss. Die Interessenberührung muss mithin schwerwiegend sein, damit ein Interessenkonflikt vorliegt. Ein Interessenkonflikt besteht namentlich dann, wenn das Interesse der Gesellschaft den privaten

---

<sup>1</sup> BGer 4A\_259/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.2.



Interessen der Organperson oder den von ihr zu wahrenen Drittinteressen diametral entgegensteht. Das ist namentlich bei Insihgeschäften der Fall. **[1]**

#### *Beurteilung im vorliegenden Fall*

Für die Ermittlung der Interessen der I im vorliegenden Fall kann auf ihren Zweck und ihre Geschäftstätigkeit abgestellt werden. Der Zweck besteht im Erwerb von Grundstücken, ihrer Überbauung mit Wohnbauten und im anschliessenden Verkauf der Grundstücke oder der Vermietung der Wohnbauten. Das fragliche Grundstück liegt an einem Hang mit unverbaubarer Sicht über das Thurtal, es scheint sich an einzigartiger Lage zu befinden. Daraus schliesst T, dass I mit dieser Liegenschaft einen "Riesengewinn" gemacht hätte. Dies erscheint insbesondere naheliegend, da laut Sachverhalt die Immobilienpreise im Zürcher Weinland seit Beginn der Coronapandemie stetig ansteigen. Der Erwerb des Grundstücks – genauer: die Möglichkeit des Erwerbs (s. dazu nachstehend) – lag damit grundsätzlich im Interesse von I. **[1]**

K oblag die Wahrung dieses Gesellschaftsinteresses. Dies im Besonderen auch deshalb, weil er im Rahmen seiner Tätigkeit für I auf das Grundstück gestossen war («Bei der Suche nach geeigneten Grundstücken ...», «Ich muss fürs Geschäft noch ein Grundstück anschauen gehen»). **[1]**

Zu prüfen ist weiter, ob aufgrund der genannten Interessenlage ein Interessenkonflikt bestand und damit, ob sich die Interessen von I und K diametral widersprachen. K stand vorliegend beim Kauf des Grundstücks vor der Entscheidung, ob er das Grundstück für private Zwecke erwirbt (zusammen mit seiner Freundin) oder ob er es der I anbietet. Der Erwerb des Grundstücks durch K (und seine Freundin) und der Erwerb durch I schliessen sich gegenseitig aus. Aufgrund der einzigartigen Lage des Grundstücks ist auch keine in Frage kommende Ausweichmöglichkeit in Form eines vergleichbaren Grundstücks für I ersichtlich. Damit scheint ein eigentlicher Interessenkonflikt, keine blosser Interessenberührung, naheliegend. **[1]**

Der Interessenkonflikt ist indes erst ein potenzieller, noch kein aktueller, solange nicht feststeht, ob die I das Grundstück tatsächlich erwerben will (s. hierzu nachstehend). **[1]**

Damit ist zu prüfen, ob K die Pflichten, die sich für einen solchen Fall aus der Treuepflicht ergeben, verletzt hat. Dies setzt voraus, dass man untersucht, wie K sich richtigerweise verhalten hätte.

K hätte gegenüber I seinen Interessenkonflikt offenlegen müssen, statt einfach (zusammen mit seiner Freundin) das Grundstück zu kaufen (Informations- oder Offenlegungspflicht). Das hätte I die Möglichkeit eröffnet, das Grundstück zu kaufen. **[1]**

Hätte K gegenüber I die Möglichkeit des Grundstückkaufs und den Interessenkonflikt offengelegt, so folgt daraus indes nicht ohne Weiteres, dass I tatsächlich ein Interesse hatte, das Grundstück zu kaufen, und folglich dem K verweigert hätte, das Grundstück für sich privat zu kaufen. Hätte K die I über die Möglichkeit des Grundstückkaufs informiert, so hätte I einen Beschluss über den Kauf des Grundstücks fassen können und müssen. Derartige Beschlüsse gehören zur operativen Geschäftstätigkeit der





Gesellschaft. Sie sind somit Sache des Verwaltungsrates (s. Art. 716 Abs. 1 OR) bzw. der Geschäftsleitung (sofern eine Übertragung der Geschäftsführung, wie vorliegend, nach Art. 716b OR erfolgt ist). Vorliegend bekleidet K beide Ämter allein. Er selber müsste somit entscheiden, ob die I das Grundstück kaufen soll. **[1]**

Eine Massnahme zum Umgang mit diesem Interessenkonflikt wäre der Ausstand hinsichtlich des Beschlusses über den Grundstückskauf. Sowohl die Geschäftsleitung wie auch der Verwaltungsrat von I könnten somit aber keinen Beschluss fassen, denn sie bestehen beide allein aus K. **[1]**

Theoretisch denkbar wäre, dass K eine objektive, unabhängige Beurteilung durch einen Dritten mit Bezug auf die Frage einholt, ob die I das Grundstück erwerben solle. **[1]**

Im Übrigen steht als Massnahme im Umgang mit dem Interessenkonflikt im Vordergrund, dass K das Geschäft des Grundstückskaufs der Generalversammlung zur Beschlussfassung (Kauf des Grundstücks) vorlegt. Denn wenn die Generalversammlung – und sei es auch nur im Rahmen einer Konsultativabstimmung – zum Ausdruck bringt, dass sie das Grundstück nicht erwerben möchte, würde seitens des K kein aktueller, konkreter Interessenkonflikt (im Gegensatz zum bestehenden potenziellen) bestehen, und er dürfte das Grundstück für sich privat erwerben. **[1]** Für einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss ist das absolute Mehr erforderlich (Art. 703 OR). Vorliegend halten T und K je 50% der Aktien von I. In der Generalversammlung sind auch diejenigen Aktionäre zur Abstimmung befugt, die einem Interessenkonflikt unterliegen (vgl. Art. 680 Abs. 1 und Art. 695 OR). Somit ist vorliegend auch K stimmberechtigt. Um das absolute Mehr erreichen zu können, bedarf es der Zustimmung von T und K. K wird dem Kauf des Grundstücks durch I aber kaum zustimmen. Es ist darum davon auszugehen, dass in der Generalversammlung mangels des erforderlichen Mehrs kein Beschluss über den Kauf des Grundstücks zustande kommen würde. **[1]** Ob in der Generalversammlung der Präsident den Stichentscheid hat (und damit trotz fehlenden Stimmenmehr einen Beschluss herbeiführen kann), ist aufgrund des Sachverhalts nicht bekannt; die Statuten müssten dem Präsidenten die entsprechende Befugnis einräumen. Indes würde K als Präsident dem Kauf des Grundstücks durch I aufgrund der Interessenlage ohnehin nicht zustimmen. **[1]**

Wenn K mit dem potenziellen Interessenkonflikt korrekt umgegangen wäre – Unterbreitung des Geschäfts an die Generalversammlung –, hätte somit kein anderes Ergebnis resultiert. Dies kann (wie vorliegend) unter dem Titel der Pflichtwidrigkeit abgehandelt werden (*keine Treuepflichtverletzung*), stattdessen aber auch (und zutreffender) bei der natürlichen Kausalität (Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens). **[1]**

Anders fällt die Beurteilung aus, wenn man davon ausgeht, dass der Generalversammlung nicht das Kaufgeschäft zur Beschlussfassung vorgelegt wird, sondern die Genehmigung des durch K für sich privat abzuschliessenden Kaufs. Denn im Fall eines Interessenkonflikts ist der Beschlussgegenstand der Generalversammlung die Genehmigung des fraglichen, im Interessenkonflikt abzuschliessenden Geschäfts. **[1]** Alsdann kommt aufgrund der vorstehend beschriebenen Ausgangslage in der Generalversammlung kein Genehmigungsbeschluss zustande. K wäre es verwehrt, das Grundstück privat zu erwerben. Mangels Genehmigung durch das «übergeordnete Organ» wäre der Erwerb ein



Handeln im Interessenkonflikt gewesen, ohne Ergreifung von Massnahmen zum richtigen Umgang mit dem Interessenkonflikt. Darin wäre eine *Treuepflichtverletzung* zu erblicken. **[1]**

ii. Aneignen einer Geschäftschance

*Allgemeine rechtliche Grundlagen*

Die Aneignung einer Geschäftschance (einer «business opportunity»), die der Gesellschaft zusteht, durch eine Organperson im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verletzt unter bestimmten Voraussetzungen die Treuepflicht der Organperson nach Art. 717 Abs. 1 OR und ist darum unzulässig. Die Aneignung einer Geschäftschance ist ein durch die Lehre entwickelter Sondertatbestand einer Treuepflichtverletzung. Die handelnde Organperson kann dabei einem Interessenkonflikt unterliegen, tut dies aber nicht notwendigerweise, weswegen diese rechtliche Grundlage selbständig zu beurteilen ist. **[1]**

Eine Geschäftschance ist eine Erwerbssaussicht, also die Aussicht, mit einem Geschäft einen Gewinn oder einen sonstigen Vorteil zu erzielen. **[1]** Die Geschäftschance muss der Gesellschaft zuzuordnen sein, sie muss ihr "gehören". Eine Geschäftschance ist insbesondere dann der Gesellschaft und nicht der Organperson zuzuordnen, wenn sie sich der Organperson im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit bei der Gesellschaft geboten hat. Eine Rolle spielt auch der Zusammenhang mit dem Zweck und der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft; kann die Geschäftschance ihnen zugeordnet werden, ist die Geschäftschance im Rahmen einer Gesamtbeurteilung eher der Gesellschaft zuzuordnen. Hingegen ist sie der Organperson zuzuordnen, wenn die Gesellschaft die Geschäftschance ohnehin nicht wahrgenommen hätte oder sie ohnehin nicht hätte wahrnehmen können. **[2]** Liegt eine Geschäftschance vor und ist diese der Gesellschaft zuzuordnen, so besteht das tatbestandsmässige, treuepflichtwidrige Verhalten darin, dass eine Organperson die Gelegenheit zum Abschluss des Geschäfts wahrnimmt und sich die Geschäftschance aneignet. **[1]**

*Beurteilung im vorliegenden Fall*

Im vorliegenden Fall besteht die Geschäftschance für die I im Abschluss des Kaufvertrages über das Grundstück und in der Erzielung der damit verbundenen Vorteile (Erzielung von Gewinnen aus Verkäufen oder Mieteinnahmen). **[1]**

Die Geschäftschance ist insofern der I zuzuordnen, als sie K im Rahmen seiner Tätigkeit für die I zukam («Bei der Suche nach geeigneten Grundstücken ...», «Ich muss fürs Geschäft noch ein Grundstück anschauen gehen»). Das trifft auch insofern zu, als der Erwerb des Grundstücks im Einklang mit dem Zweck und der Geschäftstätigkeit der I steht. **[1]** Doch ist die Geschäftschance letztlich insofern nicht der I zuzuordnen, als die I das Grundstück nicht erwerben will: Weder der (allein aus K bestehende) Verwaltungsrat (als das zur Geschäftsführung zuständige Organ) noch die (wegen der Patt-Situation in diesem Geschäft beschlussunfähige) Generalversammlung (die jedenfalls im Rahmen einer



Konsultativabstimmung äussern könnte, dass die I das Grundstück kaufen solle) kann bzw. will beschliessen, das Grundstück für die I zu kaufen (s. entsprechend im Zusammenhang mit dem Kaufentscheid bzw. einem Genehmigungsbeschluss für den Fall des Handelns im Interessenkonflikt).

[1]

K hat sich darum die Geschäftschance des Erwerbs des Grundstücks nicht unrechtmässig angeeignet.

[1]

### iii. Ergebnis

K hat beim Kauf des Grundstücks seine Treuepflicht zwar insofern verletzt, als er die Möglichkeit des Erwerbs des Grundstücks und seinen Interessenkonflikt gegenüber I nicht offengelegt hat. Doch hätte die Unterbreitung des Geschäfts gegenüber der Generalversammlung nicht dazu geführt, dass diese bzw. sodann die I das Grundstück erworben hätte. Darum fehlt es letztlich an einer Treuepflichtverletzung; oder man bejaht die Treuepflichtverletzung, verneint aber die natürliche Kausalität (wegen des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens).

Eine Treuepflichtverletzung liegt indes vor, wenn der Generalversammlung ein Antrag auf Genehmigung des unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts abzuschliessenden Geschäfts unterbreitet worden wäre, denn ein entsprechender Beschluss wäre nicht zustande gekommen.

Eine Treuepflichtverletzung liegt (auch) insofern nicht vor, als K sich keine Geschäftschance der I unrechtmässig angeeignet hat, denn die Geschäftschance stand I nicht zu, weil sie sie ohnehin nicht wahrgenommen hätte.

**[Hinweis: Aufgrund der Aufgabenstellung ist trotz allfälliger Verneinung einer Pflichtverletzung weiter zu prüfen. Es ist anzunehmen, dass eine Pflichtverletzung gegeben sei.]**

### 2.1.3. Schaden

Aufgrund der Aufgabenstellung («das Grundstück der 'Immotraum AG' übertragen») zielt die Anwendung von Art. 754 OR als ein Schadenersatzanspruch und damit im Besonderen die hier vorzunehmende Prüfung des Schadens darauf ab, ob aus Art. 754 OR ein Anspruch auf Herausgabe eines Vermögenswertes, den ein Organ in Verletzung der Treuepflicht erlangt hat, abgeleitet werden kann oder ob diese Bestimmung lediglich Schadenersatz in Form von Geldersatz vorsieht. [1]

Art. 754 Abs. 1 OR liegt der allgemeine Schadensbegriff von Art. 41 und Art. 97 Abs. 1 OR zugrunde. Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung und kann in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Gemäss der Differenzhypothese ist der aktuelle Stand des Vermögens des Geschädigten mit demjenigen zu vergleichen, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. [1]



Soweit argumentiert wird, der Schaden von I liege in einem entgangenen Gewinn, ist dies erst unter Aufgabe 2 zu prüfen («den Gewinn ... erstatten»).

An dieser Stelle soll der Schadenersatzanspruch von I darin bestehen, dass I das Grundstück herausverlangen kann. Daher ist zu argumentieren, der Schaden liege im "Nichterhalt" des Grundstücks, als Folge der (angenommenen) Treuepflichtverletzung. Soweit I einen solchen Schadensposten geltend macht, ist anhand der Differenzhypothese zu prüfen, ob bei ihr tatsächlich eine Vermögensverminderung stattgefunden hat. Hätte I das Grundstück erworben, hätte sie auch den Kaufpreis dafür bezahlen müssen. Aus dem Sachverhalt ist zwar ersichtlich, dass die Immobilienpreise seit Beginn der Coronapandemie stetig angestiegen sind. Daher könnte I argumentieren, sie hätte das Grundstück später teurer verkaufen können. Dies läuft jedoch auf die Geltendmachung eines entgangenen Gewinns hinaus. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass I im Zeitpunkt des Kaufs den Marktpreis bezahlt hätte. Es kann daher nicht argumentiert werden, I hätte mit dem Kauf des Grundstücks bereits einen "Gewinn" in dem Sinne erzielt, dass sie weniger Mittel hätte aufwenden müssen, um das Grundstück zu erwerben, als der Marktwert des Grundstücks. Doch würde ohnehin auch diese Argumentation auf die Geltendmachung eines Schadenspostens in Form von Geldersatz hinauslaufen. **[1]**

Schadenersatz kann jedoch nicht bloss in der Form von Geldersatz, sondern auch in der Form der Naturalrestitution bestehen. **[1]** Diese ist Gegenstand von Art. 43 Abs. 1 OR, wonach der Richter Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt, der dabei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat. Die Bestimmung befindet sich im Deliktsrecht. Vorliegend wird jedoch ein Anspruch aus Art. 754 Abs. 1 OR geprüft, der gegebenenfalls der I gegenüber einer Organperson zusteht; ein solcher Anspruch hat vertraglichen Charakter. Nach Art. 99 Abs. 3 OR finden "[i]m übrigen" die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen von Art. 41 ff. OR auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung. Von diesem Verweis ist auch Art. 43 erfasst.<sup>2</sup> Damit kommt eine Naturalrestitution auch im vorliegenden Fall in Betracht. **[1]**

Naturalrestitution setzt mitunter keinen Schaden im Sinn der Differenzhypothese voraus.<sup>3</sup> Vorausgesetzt ist jedoch ein Eingriff in die Güter des Geschädigten. Ersetzt wird schliesslich der "reale Schaden".<sup>4</sup> **[1]** Im vorliegenden Fall liegt jedoch kein Eingriff in die Güter von I vor: I war nie Eigentümerin des Grundstücks. Indem K seinen Interessenkonflikt nicht offengelegt und der I das Grundstück nicht angeboten hat bzw. indem er sich die Geschäftschance angeeignet hat (was gemäss Fragestellung anzunehmen ist), hat er somit nicht in die Güter von I eingegriffen. Eine Naturalrestitution ist im vorliegenden Fall daher abzulehnen. **[1]**

---

<sup>2</sup> BGer 4C.89/2005, E. 4.2.

<sup>3</sup> BGE 129 III 331, S. 334.

<sup>4</sup> Vgl. NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht: Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung, Diss. Freiburg 1999, S. 28.

Aus Art. 754 OR kann darum kein Anspruch der I auf Übertragung des Grundstücks abgeleitet werden kann.

**[Hinweis: Aufgrund der Aufgabenstellung ist dennoch weiter zu prüfen.]**

#### 2.1.4. Aktivlegitimation

Die Gesellschaft sowie jeder Aktionär sind zur Klageerhebung gemäss Art. 754 Abs. 1 OR legitimiert (Art. 756 Abs. 1 OR). I ist somit aktivlegitimiert. **[1]**

Auch T ist als Aktionär zur Klage legitimiert. Er klagt auf Leistung an die Gesellschaft (s. Art. 756 Abs. 1 OR). **[1]** Das setzt allerdings voraus, dass der Anspruch der I auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR abgestützt werden kann (wobei, wie ausgeführt, das Problem dabei vor allem darin besteht, ob unter dem Titel des Schadenersatzes die Herausgabe einer Sache verlangt werden kann). Denn Art. 756 Abs. 1 OR verschafft dem Aktionär nicht eine allgemeine Befugnis, als Prozessstandschafter Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen. Würde der Anspruch etwa auf die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR; siehe Ziff. 2.3) abgestützt, wäre eine Klagelegitimation abzulehnen (andere Begründung möglich). Gegebenenfalls wäre T nicht aktivlegitimiert. **[1]**

#### 2.1.5. Materiellrechtliche Voraussetzungen der Durchsetzung der Ansprüche

**[Hinweis: Obwohl die Durchsetzung eines Anspruchs keine Tatbestandsvoraussetzung ist, ist diese aufgrund der Aufgabenstellung zu thematisieren (an dieser oder an anderer Stelle)]**

Unter diesem Titel ist zu prüfen, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen der (zu unterstellende) Anspruch von I durchgesetzt wird. Diese Frage hat zwei Aspekte: 1. Gegenüber wem besteht der Anspruch und ist er folglich geltend zu machen, wenn er durchgesetzt werden soll? Dazu nachstehend Ziff. 2.4. Wer setzt seitens der I den Anspruch durch? Zu diesem zweiten Punkt Folgendes:

Vorliegend geht es um die Durchsetzung des Anspruchs der I gegenüber deren Organ K. Anspruchsberechtigt und aktivlegitimiert ist, wie ausgeführt, I. Zuständig zur Klageerhebung (als einer Geschäftsführungshandlung) ist der Verwaltungsrat. K ist einziges Mitglied des Verwaltungsrates. Er wird kaum ein Interesse daran haben, im Namen der Gesellschaft eine Klage gegen sich selbst zu erheben. Tut er dies jedoch nicht, ist darin allenfalls eine Pflichtverletzung zu sehen (Art. 717 Abs. 1 OR). Praktisch führt dies allerdings zu keinem Vorteil: Die erneute Pflichtverletzung müsste erneut durch den Verwaltungsrat geltend gemacht werden. Bleibt K in dieser Sache untätig, muss eine andere Lösung gefunden werden. **[1]**

Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR führt an, dass die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien für die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage nicht anwendbar ist. Aus dieser Bestimmung ist zu schliessen, dass auch die Generalversammlung befugt ist, über die Erhebung der Verantwortlichkeitsklage zu entscheiden. Zu deren Erhebung kann sie den Verwaltungsrat, wohl



aber auch einen externen Vertreter, ernennen.<sup>5</sup> Vorausgesetzt ist aber, dass die Generalversammlung zunächst den Beschluss zur Erhebung der Verantwortlichkeitsklage fasst. Wie angeführt, wird es dabei an der Zustimmung von K scheitern. **[1]**

Theoretisch denkbar wäre eine Abberufung von K als Mitglied des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung (Art. 705 Abs. 1 OR). Danach könnte etwa T gewählt werden, der die Klage erheben würde. Die entsprechenden Abstimmungen in der Generalversammlung benötigen aber das absolute Mehr (Art. 703 OR). Vorliegend halten T und K beide je 50% der Aktien von I. K wird seiner Abberufung kaum zustimmen. Somit ist eine Abberufung von K vorliegend nicht möglich, weil ein entsprechender Beschluss nicht zustande kommen wird. **[1]**

#### 2.1.6. Kausalität

**[Hinweis: Die Aufgabenstellung verlangt, die vorangehenden Tatbestandsvoraussetzungen als gegeben voranzusetzen.]**

Das pflichtwidrige Verhalten muss den Schaden im Sinn des natürlichen und des adäquaten Kausalzusammenhangs verursacht haben. Der natürliche Kausalzusammenhang bedeutet, dass das pflichtwidrige Verhalten die natürliche Ursache des Schadens ist; die Ursache kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg (Schadenseintritt) entfiel. **[1/2]** Die natürliche Kausalität fehlt unter anderem, wenn auch ein rechtmässiges Verhalten den Schadenseintritt nicht verhindert hätte (rechtmässiges Alternativverhalten). **[1/2]** Zudem muss das pflichtwidrige Verhalten nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen. **[1/2]**

Wird vorliegend eine Treuepflichtverletzung bejaht (wegen Verletzung der Regeln über den korrekten Umgang mit Interessenkonflikten oder wegen unrechtmässiger Aneignung einer Geschäftschance) und in der Übertragung des Grundstücks auf I ein möglicher Inhalt eines Schadenersatzanspruchs erblickt (der Schaden würde dann im «Nichterhalt» des Grundstücks bestehen), so wäre der Schaden eine natürliche und adäquat-kausale Folge der Treuepflichtverletzung. Denn hätte K gegenüber I die Möglichkeit des Erwerbs des Grundstücks und seinen Interessenkonflikt bzw. die Geschäftschance offengelegt, hätte I das Grundstück erwerben können. **[1]**

Wie bereits im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung erwähnt, fehlt der natürliche Kausalzusammenhang jedoch, wenn man annimmt, dass K das Erwerbsgeschäft der Generalversammlung von I vorgelegt, diese aber nicht beschlossen hätte (weil sie wegen der Mehrheitsverhältnisse nicht beschliessen konnte), das Grundstück zu erwerben. Dann hätte auch ein rechtmässiges Verhalten nicht dazu geführt, dass I das Grundstück erworben hätte (Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens).

---

<sup>5</sup> Vgl. Art. 756 Abs. 2 nOR (Fassung gemäss der Änderung vom 19. Juni 2020). Die Rechtslage dürfte aber bereits jetzt dieselbe sein.

### 2.1.7. Verschulden

Im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR ist ein objektivierter Verschuldensmassstab anzulegen. Verschulden liegt vor, wenn das Verhalten der Organperson von demjenigen einer durchschnittlich sorgfältigen Organperson in der gleichen Situation negativ abweicht. **[1/2]**

Vorliegend hätte eine sorgfältig agierende Organperson den Interessenkonflikt offengelegt und der Gesellschaft das fragliche Geschäft zur Übernahme angeboten und sich die Geschäftschance nicht selbst angeeignet hätte. Ein Verschulden von K ist damit zu bejahen **[da eine Pflichtverletzung gemäss Aufgabenstellung anzunehmen ist]**. **[1/2]**

### 2.1.8. Kein Ausschlussgrund

Eine Haftung entfällt unter anderem dann, wenn die Gesellschaft in die Schädigung eingewilligt hat. Es fehlt dann an der Pflichtwidrigkeit (weswegen die Einwilligung genau besehen dort einzuordnen ist). Die Einwilligung kann auch durch den Alleinaktionär oder die Gesamtheit der Aktionäre erfolgen, wobei kein Generalversammlungsbeschluss erforderlich ist. **[1]**

T gratuliert K, als dieser jenen anruft. Die Gratulation scheint sich auf die Hochzeit zu beziehen; insofern fehlt es von vornherein an einer Erklärung, die sich auf den Erwerb des Grundstücks beziehen könnte. Würde sich die Gratulation (auch) auf den Grundstückserwerb beziehen, so läge darin deswegen nicht ohne Weiteres auch eine Genehmigung. Würde man aber in der Erklärung auch eine Zustimmung zum Grundstückserwerb erblicken, so könnte eine Genehmigung angenommen werden, denn zusammen mit K, der das Grundstück erworben hat und der dieses Geschäft in seiner Rolle als Aktionär (mangels Treuepflicht, vgl. Art. 680 Abs. 1 OR) genehmigen kann, hätten damit sämtliche Aktionäre der pflichtwidrigen Wahrnehmung der Geschäftschance bzw. dem Erwerb trotz nicht offengelegten Interessenkonflikts zugestimmt. **[1]**

Décharge im Allgemeinen (Art. 758 OR). **[1/2]** Vorliegend hat die Generalversammlung keinen entsprechenden Beschluss gefasst. **[1/2]**

Verjährung im Allgemeinen (Art. 760 OR). **[1/2]** Ein allfälliger Anspruch ist nicht verjährt. **[1/2]**

### 2.1.9. Erstattung der Auslagen und Verwendungen

Siehe hierzu nachstehend Ziff. 2.2.

### 2.1.10. Ergebnis

Mangels Pflichtwidrigkeit (je nach Beurteilung), mangels eines Schadens und mangels eines natürlichen Kausalzusammenhangs (je nach Beurteilung) hat I keinen Schadenersatzanspruch im Sinn von Art. 754 OR, der ihr ein Recht auf Übertragung des Grundstücks verschaffen würde.

## 2.2. I oder T gegen K aufgrund der Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR

Es ist zu prüfen, ob der Anspruch, der zuvor auf der Grundlage von Art. 754 OR geprüft und unter anderem darum verneint wurde, weil es sich dabei um einen auf Schadenersatz gerichteten Anspruch

handelt, auch als ein (direkt) auf Art. 717 Abs. 1 OR abgestützter Anspruch besteht, dessen Rechtsfolge indes nicht auf Schadenersatz beschränkt ist, sondern auch in der Herausgabe all dessen bestehen kann, was die Organperson in Verletzung der Treuepflicht erlangt hat. **[1]**

Eine entsprechende Herausgabepflicht ist normiert für den Arbeitnehmer (Art. 321b OR), den Auftragnehmer (Art. 400 Abs. 1 OR), den Geschäftsführer ohne Auftrag (Art. 423 Abs. 1 OR) sowie für den Prokuristen (Art. 464 Abs. 2 OR). Demgegenüber fehlt eine entsprechende Bestimmung im Aktienrecht für Organpersonen. Dies erscheint nicht sachgerecht. Es ist daher in Analogie zu Art. 464 Abs. 2 OR (Übernahme des Geschäfts auf eigene Rechnung) auch eine Herausgabepflicht der Organpersonen einer Aktiengesellschaft anzunehmen.<sup>6</sup> **[1]**

Vorausgesetzt ist auch bei diesem Anspruch eine Treuepflichtverletzung (Art. 717 Abs. 1 OR). Sie kann auch hier insbesondere in einer Missachtung der Regeln über den Umgang mit Interessenkonflikten oder in einer unrechtmässigen Aneignung einer Geschäftschance bestehen. Die entsprechenden Voraussetzungen wurden vorstehend verneint (je nach Beurteilung). Entsprechendes gilt hier.

Wird eine Verletzung der Treuepflicht angenommen [was gemäss Aufgabenstellung zu tun ist], so muss die Organperson der Gesellschaft alles herausgeben, was sie als Folge der Treuepflichtverletzung erlangt hat. Die Herausgabe bezieht sich auf die erlangten Vermögenswerte. Die Gesellschaft muss indes der Organperson die Auslagen und Verwendungen ersetzen, die diese bei der Ausführung des treuwidrig abgeschlossenen Geschäfts hatte. Die I muss darum dem K den von diesem bezahlten Kaufpreis erstatten, wenn sie die Übertragung des Grundstücks auf sie verlangt. **[1]**

I bzw. T hat demnach keinen Anspruch gegen K auf Herausgabe aus Art. 717 Abs. 1 OR.

### **2.3. Exkurs: Anspruchsgrundlagen gemäss dem Allgemeinen Teil und dem Besonderen Teil des OR**

*[Hinweis: Dieselben Überlegungen wie unter 2.1 und 2.2 können auch unter einer anderen Anspruchsgrundlage angeführt werden. In Betracht kommen etwa Art. 321a/321b/321e, Art. 398/400, Art. 423, Art. 464 Abs. 2 (als Grundlage einer Lückenfüllung durch Analogieschluss; s. Ziff. 2.2), sodann auch Art. 97, Art. 62 und Art. 41 OR.]*

### **2.4. Gemeinsame Voraussetzung der Herausgabepflicht: Durchsetzbarkeit gegenüber dem Verpflichteten**

Falls I einen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks hat [wovon gemäss Aufgabenstellung auszugehen ist], fragt sich, gegen wen dieser Anspruch sich richtet und wie er gegenüber den zur Übertragung Verpflichteten durchgesetzt werden kann. [Gemäss Aufgabenstellung sind auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Durchsetzung der Ansprüche zu prüfen.]

---

<sup>6</sup> Vgl. allgemein BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N. 18.



#### 2.4.1. *Vorliegen einer einfachen Gesellschaft*

Die Durchsetzung des Übertragungsanspruchs bereitet keine Probleme, wenn K aufgrund des Grundstückkaufs Alleineigentum erworben hat. Doch er hat das Grundstück gemäss Sachverhalt mit A zusammen gekauft («das Grundstück zusammen kaufen», «Eigentumsübertragung an Kilian und Annina»). Es ist zu prüfen, ob die beiden eine einfache Gesellschaft bildeten und was dies für die Frage des Eigentums am Grundstück bedeuten würde. **[1]**

Eine einfache Gesellschaft setzt den Abschluss eines Vertrages voraus, mit dem mit gemeinsamen Kräften und Mitteln ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird (Art. 530 Abs. 1 OR), ohne dass eine andere Gesellschaftsform vorliegen würde (Art. 530 Abs. 2 OR). Eine einfache Gesellschaft kann formfrei und damit auch durch konkludentes Verhalten bzw. stillschweigend abgeschlossen werden. **[1]**

A und K haben sich mündlich darauf geeinigt, das Grundstück zusammen zu kaufen (und hier ihr Heim zu bauen und ihre Kinder grosszuziehen, was indes für die Frage der Berechtigung am Grundstück nicht von Interesse ist). Damit haben sie eine einfache Gesellschaft vereinbart, denn der gemeinsame Erwerb eines Vermögenswertes bedeutet die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks im Sinn von Art. 530 Abs. 1 OR. **[1]**

Der Zweck einer einfachen Gesellschaft darf nicht widerrechtlich oder sittenwidrig sein (vgl. Art. 19 f. OR). Ist er es, so ist der Gesellschaftsvertrag nichtig, und die Gesellschaft ist rückabzuwickeln (Wirkung ex tunc) oder mit Wirkung ex nunc aufzulösen, je nach Verbotshalt der Norm, gegen die verstossen wird (entsprechend den Grundsätzen über fehlerhafte Gesellschaften). Die Verletzung vertraglicher oder organschaftlicher Pflichten Dritter führt jedoch nur dann zur Sittenwidrigkeit eines Vertrages, wenn das Vorgehen als besonders anstössig erscheint.<sup>7</sup> **[1]**

Vorliegend kommt Sittenwidrigkeit in Betracht, weil A und K beim Abschluss des Grundstückkaufvertrages zusammenwirken und dabei (je nach Beurteilung) eine Treuepflichtverletzung des K beabsichtigen oder jedenfalls bewirken. Eine besondere Anstössigkeit ist darin nicht zu erblicken. Insbesondere wird der Gesellschaftsvertrag nicht gezielt zur Schädigung der I abgeschlossen, sondern in Verfolgung eines legitimen gemeinsamen Interesses (Hausbau, Familiengründung etc.). **[1]**

#### 2.4.2. *Eigentumsverhältnisse bei einer einfachen Gesellschaft, Durchsetzung der Ansprüche von Gläubigern*

A und K haben das Grundstück im Zusammenhang mit ihrer einfachen Gesellschaft erworben. Die Eigentumsübertragung erfolgte «an Kilian und Annina». Mangels anderer Abrede, das heisst, der Vereinbarung einer Bruchteilsgemeinschaft von Miteigentümern oder eines Erwerbs im Rahmen einer stillen Gesellschaft (sodass nur Kilian oder Annina im Grundbuch eingetragen würde), steht ihnen das Grundstück als Gesamteigentümern zu (s. Art. 544 Abs. 1 OR). Die einfache Gesellschaft als solche ist nicht Rechtsträgerin. **[1]**

---

<sup>7</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, Band I, 11. Auflage, N. 674.



Es steht daher der hier zu unterstellende Anspruch von I gegen K auf Herausgabe des Grundstücks dem Gesamteigentum von A und K gegenüber. Um die Herausgabe des Grundstücks verlangen zu können, müsste I demnach einen Anspruch sowohl gegenüber A als auch gegenüber K geltend machen können. [1]

A und K müssen bei der Übertragung des Grundstücks auf I zusammenwirken, wenn die entsprechende Verpflichtung eine Verbindlichkeit der einfachen Gesellschaft ist, das heisst, eine gemeinschaftliche Verpflichtung beider Gesellschafter. Dies ist nicht der Fall. Zwar wusste A um die Treuepflichtverletzung, die K mit dem Abschluss des Grundstückkaufvertrages begeht. Man kann in ihr gar eine Anstifterin sehen («Komm, lass uns das Grundstück zusammen kaufen») und im Vorgehen der beiden ein gemeinschaftliches Handeln im Sinn von Art. 544 Abs. 3 OR (und analog im Sinn von Art. 50 Abs. 1 OR). Doch erscheint eher fraglich, ob sich daraus auch eine Verpflichtung von A gegenüber I ergibt, untersteht A doch keiner organschaftlichen Treuepflicht gegenüber I. Und erblickt man im Verhalten von A gegenüber I eine sittenwidrige Schädigung im Sinn von Art. 41 Abs. 2 OR, so resultiert daraus dennoch kein Herausgabe-, sondern nur ein Schadenersatzanspruch (s. die Ausführungen zur Naturalrestitution etc. vorn Ziff. 2.1.3). [1]

Fehlt es an einer Verpflichtung von A zur Mitwirkung bei der Übertragung des Grundstücks auf I, weil keine Verbindlichkeit der einfachen Gesellschaft begründet worden ist, so geht es um eine private Verbindlichkeit von K. Für sie gilt Art. 544 Abs. 2 OR, wonach die Gläubiger eines Gesellschafters «zu ihrer Befriedigung nur den Liquidationsanteil ihres Schuldners in Anspruch nehmen» können. Auf diesem Weg kann ein Gläubiger letztlich unter Umständen – unter hier nicht näher darzulegenden Voraussetzungen (s. Art. 1 Abs. 2 VVAG) – das Eigentum an dem im Gesamteigentum stehenden Vermögenswert der einfachen Gesellschafter erlangen. [1]

### **3. Aufgabe 2: Muss der Gewinn, der hätte erzielt werden können, der «Immotraum AG» erstattet werden?**

#### **3.1. I oder T gegen K aus Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR**

##### *3.1.1. Passivlegitimation*

Siehe vorstehend bei Aufgabe 1.

##### *3.1.2. Pflichtverletzung*

Siehe vorstehend bei Aufgabe 1.

##### *3.1.3. Schaden*

Anders als bei Aufgabe 1 richtet sich der Verantwortlichkeitsanspruch hier nicht auf die Herausgabe einer in Verletzung von Organpflichten erlangten Sache, sondern auf den «Gewinn, der ... hätte erzielt werden können». [1]

Gemäss dem Schadensbegriff kann der Schaden in einem entgangenen Gewinn bestehen (siehe Ziff. 2.1.3). Damit ist gemeint, dass ein Vermögen sich wegen des schädigenden Ereignisses nicht vergrössert. Ersatzfähig ist entgangener Gewinn, wenn ohne das schädigende Ereignis eine

Wertvermehrung beim Geschädigten tatsächlich und ohne Weiteres eingetreten wäre (mitunter aufgrund einer Schadensschätzung im Sinn von Art. 42 Abs. 2 OR) oder wenn eine Wertvermehrung mit hoher Wahrscheinlichkeit in Zukunft eingetreten wäre. **[1]**

Laut Sachverhalt sind die Immobilienpreise im Zürcher Weinland seit Beginn der Coronapandemie stetig angestiegen. Der der I mit dem Kauf des Grundstücks durch K entgangene Wertzuwachs kann ein entgangener Gewinn im genannten Sinn und insofern ein zu ersetzender Schaden sein. **[1]**

Der Ersatz von entgangenem Gewinn als Schaden setzt jedoch voraus, dass der vermeintlich Geschädigte den Gewinn erzielt hätte, hätte der Schädiger nicht pflichtwidrig gehandelt. Vorstehend (siehe Ziff. 2.1.2) hat sich jedoch gezeigt, dass I das Grundstück nicht erworben hätte, wenn ihr, das heisst, dem Verwaltungsrat und/oder der Generalversammlung von I, das Erwerbsgeschäft zugehalten worden wäre. Selbst wenn K keine Pflichtverletzung begangen **[laut Aufgabenstellung ist eine solche anzunehmen]** und das Grundstück I zum Kauf angeboten hätte, hätte diese das Grundstück nicht erworben und darum keinen Gewinn aus dem Verkauf oder der Vermietung von Wohnungen erzielt. Aus diesem Grund liegt kein entgangener Gewinn und darum kein ersatzfähiger Schaden vor. **[1]**

*Hinweis:* Gemäss Aufgabenstellung ist die Erstattung des (fiktiven) Gewinns zu prüfen, «der mit dem Bau und dem anschliessenden Verkauf oder der Vermietung von Wohnungen hätte erzielt werden können». Eine entsprechende Erstattungspflicht ist nach dem Gesagten zu verneinen. *Nicht* zu prüfen war demgegenüber, ob K (und allenfalls A) der I den (wohl tatsächlich erlangten oder in Zukunft zu erlangenden) Gewinn erstatten müssen, der sich aus der Steigerung des Werts des Grundstücks im Eigentum von K und A ergibt. (Ein solcher Anspruch ist gestützt auf Art. 717 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 423 OR denkbar.)

#### 3.1.4. Aktivlegitimation

Siehe vorstehend bei Aufgabe 1.

#### 3.1.5. Materielle rechtliche Voraussetzungen der Durchsetzung des Anspruchs

Siehe vorstehend bei Aufgabe 1.

#### 3.1.6. Kausalität

Sie vorstehend bei Aufgabe 1.

Zu präzisieren ist an dieser Stelle, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten bestehen muss und dem Entgehen eines Gewinns, der sich aus dem Bau von Wohnungen usw. ergeben hätte. Soweit ein Schaden zu bejahen ist (welcher sich nach Massgabe von Art. 42 Abs. 2 OR ergeben kann) (siehe vorstehend Ziff. 2.1.3), ist somit erforderlich, dass I nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge einen entsprechenden Gewinn erzielt hätte. **[1]**

#### 3.1.7. Verschulden

Siehe vorstehend bei Aufgabe 1.



3.1.8. *Kein Ausschlussgrund*

Siehe vorstehend bei Aufgabe 1.

**3.2. Exkurs: Anspruchsgrundlagen gemäss dem Allgemeinen Teil und dem Besonderen Teil des OR**

*[Hinweis: Dieselben Überlegungen wie unter 3.1 können auch unter einer anderen Anspruchsgrundlage angeführt werden. In Betracht kommen etwa Art. 321a/321b/321e, Art. 398/400, Art. 423, Art. 464 Abs. 2 (als Grundlage einer Lückenfüllung durch Analogieschluss; s. Ziff. 2.2), sodann auch Art. 97, Art. 62 und Art. 41 OR.]*

**Total Soll-Punkte: 72,5**

**Zusatzpunkte: 10**



**Musterlösung Aufgabe 2 (Gewichtung 40%)**

Die folgende Musterlösung ist ein Lösungsvorschlag für die Prüfungsaufgabe. Andere, korrekte Lösungsansätze wurden bei guter wettbewerbsrechtlicher Argumentation ebenfalls mit Punkten honoriert.

**Frage a) (58 Punkte)**

	<b>Punkte</b>
<b>I. Geltungsbereich des KG (Art. 2 KG)</b>	<b>5</b>
<p><b>Persönlicher Geltungsbereich:</b> Erfasst werden Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG), wobei die funktionelle Unternehmensqualität gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG ausschlaggebend ist.</p> <p>Als selbständige Marktakteure auf dem Markt für Tiefkühlgeräte sind B und F Unternehmen im Sinne des KG, auf ihre Rechtsform und die Tatsache, dass F nicht in der Schweiz ihren Sitz hat, kommt es nicht an; der persönliche Geltungsbereich ist eröffnet.</p>	
<p><b>Sachlicher Geltungsbereich:</b> Nach Art. 2 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden, die Ausübung von Marktmacht und Unternehmenszusammenschlüsse erfasst.</p> <p>Vorliegend steht ein koordiniertes Verhalten von B und F im Zentrum des SV, das sogar auf direkter Kommunikation zwischen Vertretern der beiden Unternehmen beruht, weshalb es sich potentiell um eine Wettbewerbsabrede handelt. Für die Ausübung von Marktmacht oder Unternehmenszusammenschlüsse finden sich keine konkreten Anhaltspunkte im SV. Der sachliche Geltungsbereich ist eröffnet.</p>	
<p><b>Örtlicher Geltungsbereich:</b> Erfasst werden nach dem Auswirkungsprinzip Sachverhalte, die sich auf Märkte in der Schweiz auswirken (Art. 2 Abs. 2 KG). Es kommt weder auf den Sitz der beteiligten Unternehmen noch auf den Begehungsort der wettbewerbsverletzenden Handlungsweisen, an.</p> <p>Die Auswirkungen der Verhaltenskoordination zwischen B und F zeitigen sich (auch) auf dem Schweizer Markt für Tiefkühlgeräte, da Schweizer Händler als direkte Abnehmer von B und F betroffen sind. Dass die F in Deutschland ihren Sitz hat, stellt keinen Hinderungsgrund dar. Der örtliche Geltungsbereich ist eröffnet.</p>	
<p><b>Zeitlicher Geltungsbereich:</b> Vom aktuellen KG erfasst werden SV, die sich nach dessen Inkrafttreten ereignet haben, also nach dem 1.7.1996 bzw. den am 1.4.2004 in Kraft getretenen Änderungen.</p> <p>Da sich der Sachverhalt während der Coronapandemie ereignet hat, hat sich die Verhaltensweise nach den letzten Änderungen des KG zugetragen; der zeitliche Geltungsbereich ist eröffnet.</p>	



<b>II. Anwendungsbereich des KG (Art. 3 KG)</b>	<b>1</b>
Hinweis auf Art. 3 KG; keiner der Absätze ist in casu einschlägig.	
<b>III. Unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)</b>	<b>51</b>
<b>a. Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG</b>	<b>12.5</b>
Hinweis auf Art. 4 Abs. 1 KG; der Sachverhalt ist anhand der Merkmale der Definition in Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen	
<p><b>Verhaltenskoordination:</b> Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken / Verhaltenskoordination in Form einer als bindend intendierten Vereinbarung (Bindungswille, vielfach Sanktionierung bei Verstoss), einer als rechtlich nicht bindend intendierten Verhaltensvorgabe («Gentlemen's Agreement»; Befolgungswille, typischer Weise keine Sanktionierung bei Verstoss) oder als abgestimmte Verhaltensweise (kein Bindungswille, aber Verstoss gegen das Selbstständigkeitspostulat). Abzugrenzen ist eine abgestimmte Verhaltensweise von Parallelverhalten, bei dem die Wettbewerber ihr Wettbewerbshandeln selbstständig bestimmen und nicht eine Verhaltensabstimmung anstelle der Ungewissheit im Wettbewerb tritt.</p> <p><b>Identifikation der drei Sachverhaltselemente:</b> GB und GF haben in ihrem Telefonat verschiedene Dinge besprochen. Zum einen hat GB dem GF die Unternehmensstrategie der B mitgeteilt, sich als Premiummarke zu platzieren (i). Zum anderen teilte GB dem GF mit, die Preise der Tiefkühlgeräte der B um 25% zu erhöhen (ii). Weiter erzählte GB dem GF, die B werde mit den neuen Modellen nur noch kleine Elektrofachmärkte beliefern, und nicht wie bis anhin auch Baumarktketten (iii).</p> <p>(i) Betreffend den <b>Geschäftsplan der B</b>, sich als Premiummarke zu positionieren, nahm GF diese unternehmensstrategische Information bewusst war. Zudem hat die F auch aufgrund dieser wettbewerbsrelevanten Information gehandelt, indem sie sich (künftig) «aus dem Premiumsegment fernhält». Durch diesen Informationsaustausch haben GB und GF ihre Verhaltenskoordination anstelle der Ungewissheit und des Risikos einer falschen (Premiumsegment-)Marktstrategie im Wettbewerb treten lassen. Die Kausalität zwischen der wettbewerbsrelevanten Information und dem Handeln der F kann vermutet werden, wobei sich keine diese Vermutung widerlegenden Indizien im SV finden. Es liegt damit eine Verhaltenskoordination i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG betreffend die Geschäftspläne der B und F vor.</p> <p>(ii) Betreffend die <b>Preiserhöhung</b> der B um 25% nahm GF diese wettbewerbsrelevante Information ebenfalls bewusst war. Nach dem Telefonat veranlasste F eine Preiserhöhung um 10%, im Wissen, dass B ihre Preise auch erhöhen werde, und handelte damit (auch) auf Basis dieser Information. Durch diesen Informationsaustausch haben GB und GF ihre Verhaltenskoordination an die Stelle von Ungewissheit und (Preisgestaltungs-)Risiko treten</p>	

lassen, wie sie im Wettbewerb charakteristisch sind. Die Kausalität zwischen der wettbewerbsrelevanten Information und dem Handeln der F kann vermutet werden, wobei sich keine diese Vermutung widerlegenden Indizien im SV finden. Es liegt damit eine Verhaltenskoordination i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG betreffend die Preise der Tiefkühlgeräte von B und F vor.

(iii) Betreffend die Information über die **Belieferung der verschiedenen Händlergruppen** liess GB erkennen, die B werde Baumarktketten und Elektrofachmarktketten nicht weiter beliefern. Im Telefonat erwiderte GF daraufhin, um sich nicht gegenseitig das Wasser abzugraben, werde die F kleine Elektrofachmärkte nicht weiter beliefern, hingegen Baumarktketten und Elektrofachmarktketten. Mit dieser gegenseitigen Übereinkunft/Vereinbarung über die Aufteilung der Kundenbeziehungen haben B und F einen tatsächlichen Bindungswillen geäussert.

Mangels einer vorgesehenen Sanktionsmöglichkeit und ohne Anhaltspunkte im SV für den Willen der Parteien zu einer vertragsartigen Bindung handelt es sich in der Gesamtheit um eine rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung («Gentlemen's Agreement») und/ oder eine abgestimmte Verhaltensweise (s.o.), jedenfalls um eine **Verhaltenskoordination i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG**.

**Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung:** Das bewusste und gewollte Zusammenwirken muss eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, mithin muss die Verhaltenskoordination einen wettbewerbsrelevanten Handlungsparameter betreffen.

(i) Die zukünftige **Geschäftsstrategie der B** bzgl. des Premiumsegments ist ein wettbewerbsrelevanter Handlungsparameter, da die Ausrichtung auf bestimmte Marktsegmente eine Vielzahl wettbewerbsrelevanter Folgeentscheidungen (z.B. Preisgestaltung, Werbeaufwand, Distributionsstruktur, etc.) nach sich zieht. Durch das Wissen über die Geschäftsstrategie der B kann die F ihre Geschäftsstrategie komplementär anpassen.

(ii) Die **Preiserhöhung** der B betrifft den Preis als besonders zentralen Wettbewerbsparameter. Durch das Wissen über die Preiserhöhung der B wird die Ungewissheit im Preiswettbewerb zwischen B und F verringert.

(iii) Die **Belieferung der verschiedenen Händlergruppen** betrifft einen Wettbewerbsparameter, da die Kundengruppen der Marktgegenseite aufgeteilt werden, und dadurch der Wettbewerb um Kundenbeziehungen mit der Marktgegenseite zwischen B und F selektiv eingeschränkt wird.



<p><b>Marktstufe:</b> Abreden können horizontal, zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe stattfinden, oder vertikal, zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen.</p> <p>In casu finden die gesamte Verhaltenskoordination horizontal zwischen B und F statt, da beide als Wettbewerber auf dem Markt für Tiefkühlgeräte tätig sind.</p>	
<p><b>b. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 Alt. 2 KG)</b></p>	<p><b>6</b></p>
<p>Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beseitigen.</p>	
<p><b>Vermutungstatbestand:</b> Da es sich vorliegend bei allen drei Abreden um horizontale Vereinbarungen handelt, wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 3 KG vermutet, wenn es sich um Preisabreden (lit. a), Mengenabreden (lit. b) oder eine Abrede zur Marktaufteilung (lit. c) handelt.</p> <p>(i) Für die Abrede über die <b>Geschäftsstrategie</b> sind im SV keine Anhaltspunkte erkennbar, dass einer der Vermutungstatbestände einschlägig ist.</p> <p>(ii) Die Abrede über die <b>Preise</b> fällt in den Vermutungstatbestand für Preisabreden (lit. a).</p> <p>(iii) Die Abrede über die <b>Belieferung verschiedener Händlergruppen</b> fällt in den Vermutungstatbestand der Marktaufteilung (lit. c), da B und F die Geschäftspartner (Kundengruppen) untereinander aufteilen.</p>	
<p><b>c. Widerlegung der Vermutungsfolge</b></p>	<p><b>14</b></p>
<p>Die Vermutungsfolge der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann widerlegt werden, indem dargelegt wird, dass auf dem relevanten Markt Restwettbewerb verbleibt.</p>	
<p><b>Relevanter Markt:</b> Die Widerlegung der Vermutung kann nur in Bezug auf bestimmte relevante Märkte erfolgen (bereits oben bepunktet). Dafür ist der relevante Markt sachlich, räumlich und zeitlich abzugrenzen:</p> <p><b>Sachlich:</b> Der sachlich relevante Markt wird mittels des Bedarfsmarktkonzepts abgegrenzt, wobei die Substituierbarkeit der Waren oder Leistungen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks aus Sicht der Marktgegenseite betrachtet wird (Art. 11 Abs. 3 lit a VKU analog).</p> <p>Aus Sicht der Marktgegenseite (der Händler) kann wohl angenommen werden, dass der sachlich relevante Markt «Tiefkühlgeräte» umfasst. Denkbar wäre es, das Premiumsegment als eigenständigen Markt abzugrenzen, allerdings steht dies im Widerspruch zur klaren Sachverhaltsaussage, es gebe einen «Schweizer Markt für Tiefkühlgeräte».</p>	





<p><b>Räumlich:</b> Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog).</p> <p>Aus Sicht der Marktgegenseite (der Händler) kann angenommen werden, dass sie die Geräte in der Schweiz beschaffen, da im SV ein «Schweizer Markt» beschrieben wird.</p> <p><b>Zeitlich:</b> Weiter kann der relevante Markt zeitlich abgegrenzt sein, wenn er z.B. saisonale Waren oder Leistungen umfasst, wofür allerdings vorliegend keine Anhaltspunkte bestehen.</p> <p>Vorliegend wird von einem <b>dauerhaften schweizweiten Markt für Tiefkühlgeräte</b> ausgegangen.</p>	
<p><b>Restwettbewerb:</b> Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede kann widerlegt werden, wenn dargelegt wird, dass Restwettbewerb auf dem relevanten Markt verbleibt. Restwettbewerb kann als Aussen- und/oder Innenwettbewerb bestehen.</p> <p><b>Aussenwettbewerb</b> liegt vor, wenn auf dem relevanten Markt Wettbewerb durch Unternehmen besteht, die nicht an der Abrede beteiligt sind.</p> <p>In casu haben die beteiligten Unternehmen B und F auf dem Schweizer Markt für Tiefkühlgeräte gemäss SV einen Marktanteil von rund 35 %. Unternehmen mit einem Marktanteil von rund 65 % sind nicht an der Abrede zwischen B und F beteiligt, weshalb Aussenwettbewerb vorliegt.</p> <p>Nebst dem Aussenwettbewerb durch Interbrandwettbewerb liegt auch Intra-brandwettbewerb vor durch die ausländischen Generalimporteure von B und F, die u.U. mit Parallelimporten den Schweizer Markt bedienen.</p> <p><b>Innenwettbewerb</b> liegt vor, wenn zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt auch nach der Abrede noch Wettbewerb verbleibt.</p> <p>Die beteiligten Unternehmen B und F haben hinsichtlich der Geschäftsstrategie, der Preise und der Marktgegenseite ihr Verhalten sehr weitgehend koordiniert. Nicht koordiniert sind zwar andere Produktmerkmale wie Qualität (insb. Energieeffizienz) und Service oder allfällige Rabatte, weshalb man einen mittelbaren Innenwettbewerb auf Stufe der Endkunden annehmen kann, dieser ist allerdings weiter dadurch eingeschränkt, dass die Kundengruppenaufteilung auf Händlerebene dem Endkunden, der entweder einen kleinen Elektrofachmarkt oder einen Baumarkt/eine Elektrofachmarktkette aufsucht, erschwert.</p>	
<p>Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch Abrede (ii) und (iii) kann widerlegt werden.</p>	

Nach den Feststellungen zum Aussen- und Innenwettbewerb liegt auch keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ausserhalb der Vermutungstatbestände durch Abrede (i) vor.	
<b>d. Prüfung der Erheblichkeit der Abrede (Art. 5 Abs. 1 Alt. 1 KG)</b>	<b>9.5</b>
Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG aber auch Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen.	
<p>Die <b>Erheblichkeit</b> beurteilt sich grds. anhand der qualitativen und quantitativen Wettbewerbsauswirkungen (vgl. auch Ziff. 12 VertBekM analog) der Abrede. Nach der <i>Gaba</i>-Rechtsprechung des BGer ist bei Abreden, die unter einen der Vermutungstatbestände fallen, aufgrund deren qualitativer Schädlichkeit die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung jedoch grds. gegeben. Einer quantitativen Erheblichkeitsprüfung bedarf es dann nicht mehr.</p> <p>Auch wenn <i>Gaba</i> eine vertikale Konstellation betraf, äusserte sich das BGer obiter ebenfalls zu horizontalen Abreden, und wird die <i>Gaba</i>-Rechtsprechung bei der Erheblichkeit auch auf horizontale Abreden angewendet. Dieselbe Wertung findet sich auch in Ziff. 12(1) VertBekM analog.</p> <p>Da <b>Abreden (ii) und (iii)</b> jeweils in einen der Vermutungstatbestände fallen, sind sie nach dieser Rechtsprechung und Praxis auch ohne quantitative Prüfung als erheblich anzusehen. Eine Ausnahmesituation («grundsätzlich») ist nicht ersichtlich.</p> <p>Für <b>Abrede (i)</b> ist eine Gesamtbeurteilung der Erheblichkeit anhand qualitativer und quantitativer Kriterien vorzunehmen.</p> <p>Die interne Geschäftsstrategie ist ein wesentlicher Faktor für den unternehmerischen Erfolg im Wettbewerb, weshalb ein Wissensvorsprung des Konkurrenten gegenüber den Wettbewerbern qualitativ Gewicht aufweist. Quantitativ betrifft die Verhaltenskoordination bei der Geschäftsstrategie zwischen B und F einen Marktanteil von 35%, mithin einen substantiellen Teil des Marktes. Nach der Gesamtbetrachtung kann die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Abrede angenommen werden.</p>	
<b>e. Rechtfertigung aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 KG)</b>	<b>8</b>
Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.	
Abreden (i), (ii) und (iii) beeinträchtigen den wirksamen Wettbewerb erheblich, ohne diesen zu beseitigen. Sie sind daher alle einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen zugänglich.	
Nach Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch <b>Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt</b> , wenn sie zur Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, zur Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, zur Förderung der Forschung oder	



<p>Wissensverbreitung oder zur rationelleren Nutzung von Ressourcen notwendig sind (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG) und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG). Der Effizienzbegriff ist volkswirtschaftlich zu verstehen.</p> <p>In casu wird F allenfalls geltend machen, die Preiserhöhung mit Abrede (ii) sei durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt, da die Investition der zusätzlichen Gewinne in die Effizienz der Tiefkühlgeräte die Produkte verbessere bzw. die Forschung fördere. Zu erwägen wären auch Nachhaltigkeitsgesichtspunkte iSe einer besseren Ressourcennutzung. Die Effizienzrechtfertigung wird allerdings an der Notwendigkeit der Abrede für die Verwirklichung der Effizienzen scheitern, da der Sachverhalt nichts dazu enthält, dass F nicht auch ohne eine derart weitreichende (z.B. konkrete Preissetzungsspannen fixierende) Abrede in die Entwicklung der Energieeffizienz seiner Geräte investieren kann, bzw. Kapital für diese beschaffen könnte. Immerhin eröffnet Abrede (ii) der F nicht die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Jedenfalls mangels Notwendigkeit der Abrede scheitert die Effizienzrechtfertigung von Abrede (ii).</p> <p>Für eine mögliche Effizienzrechtfertigung der Abreden (i) und (iii) finden sich keine Anhaltspunkte im SV.</p>	
<b>f. Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichem Interesse (Art. 8 KG)</b>	<b>1</b>
<b>IV. Fazit</b>	<b>1</b>
Beantwortung der Fallfrage	
<b>TOTAL</b>	<b>58</b>



Frage b) (16 Punkte)

**Anspruchsgrundlage:** Die Verweisnorm Art. 12 Abs. 1 lit. b KG verweist auf das Obligationenrecht. In Frage kommt folglich sowohl ein vertraglicher (Art. 97 Abs. 1 OR) als auch ein deliktischer (Art. 41 Abs. 1 OR) Schadenersatzanspruch. Nach herrschender Auffassung kommt hingegen eine direkte Anwendbarkeit des OR, ohne Anwendung von Art. 12 KG, nicht in Betracht.

Der vertikale Vertrag zwischen der B und der X ist von einer allfälligen (Teil-)Nichtigkeit (Art. 13 lit. a KG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 OR) einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung zwischen B und F nicht tangiert.

X wird aufgrund der Verschuldensvermutung beim vertraglichen Anspruch und der längeren Verjährungsfrist zu beraten sein, sich in erster Linie auf den vertraglichen Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 lit. b KG i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR zu berufen und nicht primär auf den deliktischen Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 lit. v KG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR.

**Aktivlegitimation:** Als Unternehmen i.S.d. KG und Geschäftspartnerin der B ist die X aktivlegitimiert.

**Passivlegitimation:** Als Unternehmen i.S.d. KG und Kartelltäterin ist die B passivlegitimiert.

**Schaden:** Der Schaden berechnet sich nach der Differenzhypothese und liegt in der abredebedingten Einkaufspreisdifferenz zulasten des X. X wird sich der Passing-On-Problematik ausgesetzt sehen, sofern sie die Preiserhöhung durch höhere Konsumentenpreise an ihre Abnehmer weitergeben konnte, mithin kein bzw. ein geringerer Schaden i.S.d. Differenzhypothese bei X eingetreten ist.

Im SV ist diesbezüglich davon die Rede, dass die Anhebung der Preise von B den Gewinn von X mit Tiefkühlern der B gemindert hat. Ob diese Verminderung des Gewinns durch gleichbleibende Konsumentenpreise bei höheren Input-Kosten der X (kein Passing-On), oder durch geringeren Umsatz wegen einer Erhöhung der Konsumentenpreise durch die X eingetreten ist (teilweises Passing-On), verrät der SV nicht.

Jedenfalls liegt kein vollständiges Passing-On vor, weshalb ein Schaden i.S.d. Differenzhypothese eingetreten ist. X wird Dokumentationen zu Preisgestaltung und Umsätzen mit Tiefkühlgeräten der B darlegen müssen, um nachzuweisen, dass kein vollständiges Passing-On stattgefunden hat (Art. 8 ZGB).

**Widerrechtlichkeit/Vertragsverletzung:** Es liegt, wie unter Aufgabe 2a) geprüft, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG vor. Die X wurde als Unternehmen i.S.d. KG durch diese Abrede in der Ausübung des Wettbewerbs behindert, so dass eine Widerrechtlichkeit bzw. eine Vertragsverletzung gegeben sind.

**Kausalzusammenhang:** Natürlicher und adäquater KZ gegeben.



**Verschulden:** Verschulden für kartellrechtswidriges Verhalten wird bei Vertrag vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR); keine Indizien für Exkulpation.

**Verjährung:** X muss die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR wahren.

**Problemfelder:** Die X wird sich nebst der Passing-On-Problematik bei der Schadensberechnung mit den **Problemfeldern** konfrontiert sehen, dass sie bei der Substantiierung des Schadens Beweisschwierigkeiten nach Art. 8 ZGB ausgesetzt sein wird und das Kostenrisiko für die zivilrechtliche Geltendmachung trägt.

Ihre **Chancen** bei der zivilrechtlichen Geltendmachung erhöhen könnte die X gegenüber der Geltendmachung als Stand-Alone-Klage, wenn sie das Verhalten der B zunächst dem Sekretariat der WEKO anzeigt (Art. 26 Abs. 1 KG), und nach Entscheid im Verwaltungsverfahren den Schadenersatz als Follow-On-Klage geltend macht.

Allenfalls könnte sie der Schadensberechnungsproblematik weiter durch Anstreben einer Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR begegnen.

**TOTAL 16 Punkte**