

Prüfung im Handels- und Wirtschaftsrecht vom 21. Juni 2017:

Aufgabe 1 (Gewichtung: 60%)

Der Tyonic-Konzern ("Tyonic") gehört zu den weltweit führenden Unternehmen im Bereich des Schiffsmotorenbaus. Hervorgegangen ist Tyonic aus einem Maschinenbauunternehmen, das Robert Müller, ein Ingenieur aus Baden, 1912 gegründet hatte. Bis am 30. Juni 2016 gehörte Tyonic sechs Urenkeln von Müller. Sie kontrollierten das Unternehmen, indem sie zusammen einen Kapitalanteil von 68% und einen Stimmenanteil von 84% an der Muttergesellschaft des Konzerns, der Tyonic AG, einer Gesellschaft mit Sitz in Baden, hielten. Die übrigen Aktien sind im Streubesitz; sie gehören unter anderem verschiedenen alteingesessenen Badener Familien. Die sechs Urenkel gehörten seit dem 1. April 2006 dem zehnköpfigen Verwaltungsrat der Tyonic AG an. Die Gesellschaft ist nicht an der Börse kotiert.

Die Tyonic AG lieferte seit 1978 Getriebe und andere Maschinenelemente an Müller Electric. Müller Electric stellt Textilmaschinen her und ist ebenfalls aus dem von Robert Müller gegründeten Maschinenbauunternehmen hervorgegangen. 1978 wurden die verschiedenen Geschäftsbereiche des Müller-Maschinenbauunternehmens in getrennte Unternehmen aufgegliedert. Müller Electric wird ebenfalls von Nachkommen von Robert Müller kontrolliert, indes von einem anderen Familienstamm. Die Tyonic AG belieferte Müller Electric seit 1978 zu günstigen Bedingungen. Müller Electric konnte bestimmte Maschinenelemente bei der Tyonic AG im Durchschnitt zur Hälfte des Marktpreises beziehen. Für die Tyonic AG war umgekehrt dank dieser Vereinbarung ein gewisser Absatz stets gesichert. Die Vereinbarung zwischen der Tyonic AG und Müller Electric wurde 1978 schriftlich abgeschlossen. 1988 lief sie aus, die beiden Seiten führten sie aber seither weiter.

Am 1. Juli 2016 erwarb International Ship Inc., eine US-amerikanische Gesellschaft und die Hauptkonkurrentin von Tyonic auf dem US-amerikanischen Markt, die Aktien der sechs Müller-Urenkel an der Tyonic AG. Die Urenkel traten aus dem Verwaltungsrat der Tyonic AG zurück, und International Ship Inc. wählte sechs eigene Vertreter in den Verwaltungsrat.

Im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwischen den Müller-Urenkeln und International Ship Inc. kam auch die oben erwähnte Vereinbarung zwischen der Tyonic AG und Müller Electric zur Sprache. Im Kaufvertrag ist festgehalten, dass International Ship Inc. von der Vereinbarung Kenntnis hat. International Ship Inc. gibt im Vertrag aber keine Zusicherung ab, dass die Vereinbarung mit Müller Electric weitergeführt wird.

Am 1. Oktober 2016 teilte der Verwaltungsrat der Tyonic AG der Müller Electric mit, dass die erwähnte Vereinbarung nicht mehr weitergeführt wird.

Am 21. Juni 2017 erhebt die Tyonic AG Klage gegen die sechs Müller-Urenkel. Sie verlangt Schadenersatz in der Höhe von Fr. 5,8 Mio. Dies ist der Betrag, um den die Tyonic AG seit dem 1. April 2006 Maschinenelemente günstiger an Müller Electric verkauft hat, als es dem Marktpreis entsprochen hätte.

Frage: *Wird die Tyonic AG mit ihrer Klage Erfolg haben?*

Prüfen Sie nur die materiellrechtlichen Voraussetzungen. Prüfen Sie alle Anspruchsvoraussetzungen, auch wenn Sie das Vorliegen einzelner Voraussetzungen verneinen.

Aufgabe 2 (Gewichtung: 40 %)

Die Truck AG mit Sitz in Schweden ist in der Herstellung und im Verkauf von Lastkraftwagen (Lkw) tätig. Sie vertreibt ihre Produkte in ganz Europa und kommt auf einen jährlichen Gesamtumsatz von umgerechnet 8 Milliarden CHF. In der Schweiz erzielt sie einen Umsatz von 300 Millionen CHF. Die Camion AG mit Sitz in Frankreich ist ebenfalls Lkw-Herstellerin und erzielt einen Gesamtumsatz von 4 Milliarden CHF, davon 120 Millionen CHF in der Schweiz. Beide Gesellschaften sind Inhaberinnen einer Vielzahl von Patentrechten für ihre Produkte. Die Invest AG hält 60 Prozent der Aktien an der Camion AG. Am 21. Juni 2017 vereinbart die Truck AG mit der Invest AG, dieser sämtliche Anteile an der Camion AG abzukaufen.

Das Geschäftsfeld der Truck AG und der Camion AG ist durch folgende Gegebenheiten gekennzeichnet: Schwere Lkw sind solche mit einem Fahrzeugbruttogewicht von 16 Tonnen und mehr. Schwere Lkw unterscheiden sich von leichteren Lkw-Formen u.a. durch Motortyp und Achsenzahl. Die Eignung zur Beförderung schwerer Lasten führt dazu, dass sie für die Kunden (in der grossen Mehrheit kleine bis kleinste Transportunternehmen) nicht durch leichtere Lkw-Typen ersetzt werden können. Die Truck AG hat bei den Verkäufen schwerer Lkw's in der Schweiz seit vielen Jahren einen Verkaufsanteil von 45 Prozent; bei den leichteren Lkw's liegt man hingegen bei unter 20 Prozent. Die Camion AG hat in der Schweiz ebenfalls seit vielen Jahren einen Verkaufsanteil von 35 Prozent bei schweren Lkw's und unter 15 Prozent bei leichteren. Dank der guten Produkt- und Servicequalität sind die Kunden der beiden Unternehmen überdurchschnittlich markentreu. Für schwere Lkw's sind zwei weitere Hersteller in der Schweiz präsent, die Verkaufsanteile von jeweils 10 Prozent haben.

Der Verkauf von Lkw's ist nach Ländern organisiert. Trotz der Harmonisierung technischer Vorschriften mit der EU unterscheiden sich die technischen Lkw-Anforderungen in der Schweiz zum Teil erheblich von den Spezifikationen in der EU. Ausserdem haben die Beförderungsunternehmen in der Schweiz höhere Anforderungen an die PS-Zahl und den Fahrerkomfort. Dies alles führt dazu, dass die Kunden in der Schweiz ihre Lkw's ganz überwiegend bei Lieferanten in der Schweiz kaufen.

Von grosser Bedeutung für Lkw-Käufer ist auch die Existenz eines dichten Kundendienstnetzes, damit bei Pannen schnell repariert werden kann. Hersteller von Lkw's, die den Schweizer Markt neu erschliessen wollen, müssten sehr hohe Investitionen vornehmen, um ein Kundendienstnetzwerk aufzubauen, das denjenigen der Truck AG und der Camion AG gleichkommt. Die Kosten hierfür lohnen sich erst, wenn es den Newcomern gelänge, einen Marktanteil von 15 Prozent oder mehr zu erlangen.

Die Truck AG ist der Meinung, dass die Übernahme der Aktien an der Camion AG unschädlich für den Wettbewerb sei. Zwar seien die Camion AG und sie stark bei den schweren Lkw's; aber wenn man den "Lkw-Markt" insgesamt betrachte, also auch die leichteren Lkw's, hätten sie doch nur mässigen Erfolg. Auch sei die Stellung der beiden Unternehmen nur in der Schweiz so stark. Schauen Sie nach Europa, relativieren Sie die

Erfolg. In der Tat liegt der Verkaufsanteil der Truck AG und der Camion AG bei den schweren Lkw's gesamteuropäisch lediglich bei 20 bzw. 10 Prozent.

Frage: *Ist der Vorgang bei der Wettbewerbskommission zu melden? Und wie soll diese entscheiden? Bitte gehen Sie davon aus, dass Bedingungen oder Auflagen hier nicht in Betracht kommen.*

Zusatzfrage: *Was können die Parteien unternehmen, wenn der Entscheid der Wettbewerbskommission negativ ausfällt?*

Musterlösung

Gesellschaftsrechtlicher Teil (Aufgabe 1) (Gewichtung: 60%)

§ 1 Klage der Tyonic AG gegen sechs Verwaltungsratsmitglieder nach Art. 756 i.V.m. Art. 754 OR

I. Aktivlegitimation (1)

- Nach Art. 756 Abs. 1 OR sind die Gesellschaft und die Aktionäre legitimiert, ausser Konkurs eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben. (1)
- Die Gesellschaft kann den unmittelbar bei ihr eingetretenen Gesellschaftsschaden geltend machen. (1)
- Tyonic AG macht einen eigenen Schadenersatzanspruch gegen die sechs Urenkel als Verwaltungsratsmitglieder geltend. (1)
- Tyonic AG ist aktivlegitimiert. (1)

II. Passivlegitimation (1)

- Passivlegitimiert sind alle Mitglieder des Verwaltungsrats einer Gesellschaft. (1)
- Ihre Verantwortlichkeit beginnt mit dem Amtsantritt. Das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat beendet grundsätzlich auch die Organverantwortlichkeit. (1)
- Die sechs Urenkel gehörten seit dem 1. April 2006 dem Verwaltungsrat. Sie sind daher als formelle Verwaltungsratsmitglieder passivlegitimiert. (1)
- Sie haften für fehlbares Verhalten während ihrer Amtszeit ab dem 1. April 2006 als Verwaltungsratsmitglieder. Es geht insofern nur um die Weiterführung des Vertrags – nicht um den Vertragsabschluss selbst. Die sechs Urenkel sind nur insofern in zeitlicher Hinsicht passivlegitimiert. (1)
- Denkbar wäre zu argumentieren, dass die Verwaltungsratsmitglieder zusammen als faktisches Organ eingeklagt würden, da sie die Tyonic AG beherrschen und durch ihre Mehrheit im Verwaltungsrat und im Aktionariat in entscheidendem Masse an der Willensbildung der Gesellschaft teilnehmen. (1)

III. Schaden (1)

- Schaden ist eine ungewollte Verminderung des Vermögens. (1) Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. (1)
- Der Schaden bestimmt sich nach der Differenztheorie (Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand, der bei der Gesellschaft vorliegen würde, wenn kein pflichtwidriges Verhalten stattgefunden hätte, und dem tatsächlichen, aktuellen Vermögensstand). (1)

- Vorteilsanrechnung: Vermögensvorteile, die adäquat kausal auf ein schädigendes Ereignis zurückzuführen sind, werden an den Schaden angerechnet. **(1)**
- Die Tyonic AG lieferte Getriebe und andere Maschinenelemente zu günstigen Bedingungen an Müller Electric. Bestimmte Maschinenelemente konnte Müller Electric für die Hälfte des Marktpreises beziehen. Für die Tyonic AG war umgekehrt dank dieser Vereinbarung ein gewisser Absatz stets gesichert. **(1)**
- Der Tyonic AG entging ein Gewinn in der Höhe von CHF 5,8 Mio. Der Schaden ist unmittelbar bei ihr eingetreten. Der Schaden beträgt also CHF 5.8 Mio. **(1)**
- Es kann argumentiert werden, dass der Schaden der Tyonic AG in Wahrheit aber geringer als CHF 5.8 Mio. sei. Denkbar sind folgende Argumente, weil aus dem angeblich pflichtwidrigen Verhalten der Tyonic AG auch Vorteile erwachsen sind. **(1)**
 - Die Tyonic AG hat Reputationsvorteile aus der Vereinbarung mit der Müller Electric.
 - Die Tyonic AG hat Vorteile hinsichtlich einer weiteren oder verstärkten Zusammenarbeit mit der Müller Electric.
 - Die Tyonic AG hätte die Getriebe und Maschinenelemente ohne eine Vereinbarung mit der Müller Electric nicht verkaufen können. **(insgesamt 2 Punkte)**

IV. Pflichtwidrigkeit

A. Pflichtwidriges Verhalten? (1)

1. Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) (1)

- Die Verwaltungsratsmitglieder haben ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen. Sorgfalt bedeutet die Anwendung der gebotenen Umsicht und Vorsicht, welche ein vernünftiger Mensch bei der jeweiligen Aufgabenerfüllung an den Tag legen würde. Es ist grundsätzlich ein objektiver Massstab anzulegen. **(1)**
- Bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden ist Zurückhaltung geboten, soweit der Entscheid in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen ist und vertretbar erscheint (sog. "*Business Judgment Rule*"). Es findet keine Überprüfung auf unternehmerische Zweckmässigkeit statt. Die Gerichte verzichten darauf, ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung zu setzen. **(2)**
 - *Geschäftsentscheid*: Die Business Judgment Rule ist primär auf aktiv gefasste Geschäftsentscheide ausgerichtet. Sie ist dagegen nicht auf Fälle zugeschnitten, in denen Organen ein pflichtwidriges Dulden oder Unterlassen vorgeworfen wird. Bei pflichtwidriger Unterlassung eines Organs fehlt es i.d.R. von vornherein an einem Geschäftsentscheid und einem (einwandfreien) Entscheidprozess. In solchen Fällen fragt sich nur, ob die Organe ihnen obliegende Handlungspflichten verletzt haben, indem sie untätig blieben (BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.2). Allerdings kann auch ein

"Nicht-Handeln" einen Geschäftsentscheid darstellen, wenn sich ein Organ bewusst für ein Untätigbleiben entscheidet (BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.2). **(1)**

- *Einwandfreier Entscheidprozess*: Dazu gehört namentlich die Beachtung allfälliger interner Regularien für die Beschlussfassung (Organisationsreglemente, Reglemente, Weisungen etc.). **(1)**
 - *Angemessene Informationsbasis*: Der Geschäftsentscheid muss auf der Grundlage der notwendigen Informationen getroffen worden sein. **(1)**
 - *Kein Interessenkonflikt*: Das entscheidende Organ darf weder im eigenen noch in jenem von Dritt- oder nahestehenden Personen noch im Interesse von einzelnen Aktionären gehandelt haben, sondern ausschliesslich im besten Interesse der Gesellschaft. **(1)**
 - *Vertretbarkeit*: Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt es nur dann zu einer zurückhaltenden Überprüfung eines Geschäftsentscheids, wenn der Entscheid nicht geradezu unvertretbar ist. **(1)**
- Zu überprüfen ist die Vereinbarung mit der Müller Electric, die durch die Verwaltungsratsmitglieder zwar nicht abgeschlossen, aber fortgeführt, nicht angepasst und auch nicht gekündigt oder verschriftlicht wurde. **(1)** Denkbar wäre auch, in den einzelnen Vertragsabschlüssen (Lieferungen) das pflichtwidrige Verhalten und darum die zu prüfenden Geschäftsentscheide zu erblicken; doch ist unwahrscheinlich, dass diese jeweils vom Verwaltungsrat abgeschlossen oder auch nur genehmigt wurden. **(1)**
 - *Geschäftsentscheid*: Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, ob die Verwaltungsratsmitglieder überhaupt je die Frage aufgeworfen haben, den Vertrag anzupassen, zu kündigen oder zu verschriftlichen. Die Verwaltungsratsmitglieder hatten aber Kenntnis von der fraglichen Vereinbarung, womit ein Entscheid zum bewussten Untätigbleiben vorliegt. **(1)**
 - *Einwandfreier Entscheidprozess*: Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, ob die Verwaltungsratsmitglieder in einem einwandfreien Entscheidprozess darüber entschieden haben, die Vereinbarung fortzuführen und nicht anzupassen, zu kündigen oder zu verschriftlichen. **(1)**
 - *Angemessene Informationsbasis*: Die Verwaltungsratsmitglieder kannten die Vereinbarung mit der Müller Electric. Gestützt darauf entschieden sie sich zu einem bewussten Untätigbleiben. Sie haben somit auf einer angemessenen Informationsbasis gehandelt. **(1)**
 - *Kein Interessenkonflikt*: Als Verwaltungsratsmitglieder der Tyonic AG waren diese verpflichtet, die Interessen der Tyonic AG zu wahren. Gleichzeitig scheinen sie auch die Interessen der Müller Electric zu wahren. Falls diese Interessen in Konflikt stehen, liegt ein Interessenkonflikt vor. **(1)**
 - ➔ *Gesellschaftsinteresse*: Umstritten, was das Gesellschaftsinteresse ist (z.B. Unternehmenswertmaximierung, Berücksichtigung von Interessen von sog. "stakeholder"). Liegt es konkret im Interesse der Gesellschaft, bestimmte Getriebe und Maschinenelemente zur Hälfte des

Marktpreises zu veräußern? Gründe dafür? Zwar hat der Verkauf der Maschinenelemente zu Vorzugskonditionen an die Müller Electric der Tyonic AG einen gewissen Absatz gesichert. Es ist der Gesellschaft dadurch aber auch ein Gewinn entgangen. (1)

➔ Interesse der Verwaltungsratsmitglieder, möglichst gute Konditionen auch für einen Dritten (nahestehende Person), nämlich die Müller Electric, herauszubedingen (evtl. aufgrund der gemeinsamen Konzernvergangenheit, Familienbande etc.). (1)

➔ Angaben dazu, ob dem allfälligen Interessenkonflikt mit angemessenen Massnahmen begegnet wurde, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. (1)

- Kommt man zum Schluss, dass die Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht erfüllt sind, findet keine zurückhaltende Überprüfung, sondern eine umfassende Überprüfung des Geschäftsentscheids unter dem Aspekt der Sorgfaltspflicht statt. (1)
- Die Tyonic AG belieferte die Müller Electric mit Getrieben und Maschinenelementen zu günstigen Bedingungen. Dank dieser Vereinbarung war der Tyonic AG ein gewisser, langjähriger Absatz gesichert. Es sind die Vor- und Nachteile der Vereinbarung zu gewichten (z.B. Reputationsaspekte; Zusammenarbeit könnte mit Blick auf die gemeinsame Historie gerechtfertigt sein; verstärkte Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen in anderen Bereichen; Absatz von ansonsten unverkäuflichen Produkten; andere, im Sachverhalt nicht angesprochene Beziehungen verlangen eine gute Zusammenarbeit; etc.). **(insgesamt 3 Punkte)**
- Kommt man zum Schluss, dass die Voraussetzungen der Business Judgment Rule erfüllt sind, findet bloss eine *Vertretbarkeitsprüfung* statt. Dabei sind dieselben Gesichtspunkte wie eben dargestellt zu berücksichtigen. **(ebenfalls insgesamt 3 Punkte, entweder für die umfassende Prüfung oder für die Vertretbarkeitsprüfung)**
- Zwischenfazit: Ob die Sorgfaltspflicht verletzt wurde oder nicht, hängt vom Ergebnis der umfassenden Überprüfung der Vereinbarung mit der Müller Electric ab. (1)

2. Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) (1)

- Die Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten (und namentlich nicht an Drittinteressen oder an ihrem eigenen Interesse). (1)
- Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, müssen die betroffenen Verwaltungsratsmitglieder Massnahmen für den Umgang mit dem potenziellen Interessenkonflikt treffen. Zur Vermeidung eines zu einer Treuepflichtverletzung Anlass gebenden Interessenkonflikts hat ein Verwaltungsratsmitglied in den Ausstand treten. (1)
- Gleiche Prüfung des Interessenkonflikts wie bei der Business Judgment Rule (Verweisung) (1)
- Abschluss eines Rechtsgeschäfts im Interessenkonflikt bedeutet eine Treuepflichtverletzung (1), es sei denn, (i) es liege eine Ermächtigung zum Abschluss des Rechtsgeschäfts vor, (ii) das Rechtsgeschäft sei von einem über- oder

nebengeordnetem Organ genehmigt worden oder (iii) es sei zu Marktbedingungen abgeschlossen worden. **(1)**

- Wenn man einen Interessenkonflikt annimmt: Sachverhalt sagt nichts zu einem allfälligen Ausstand. **(1)**
- Wenn man einen Interessenkonflikt annimmt:
 - *Ermächtigung?* Hätte vorgängig erteilt werden müssen. Hierzu aber keine Angaben im Sachverhalt. **(1)**
 - *Rechtsgeschäft zu Marktbedingungen?* Gemäss Sachverhalt hat die Müller Electric bestimmte Getriebe und Maschinenelemente zur Hälfte des Marktpreises beziehen können. Die Geschäfte wurden offensichtlich nicht zu Marktbedingungen abgeschlossen. **(1)**
 - *Genehmigung* durch ein über- oder nebengeordnetes Organ?
 - ➔ Genehmigung durch ein nebengeordnetes Organ (die vier unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder): Aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. **(1)**
 - ➔ Genehmigung durch ein übergeordnetes Organ (die Generalversammlung): Für eine Genehmigung ist kein formeller Beschluss durch die GV notwendig, Dulden bei Kenntnis genügt **(1)**
 - Ausdrückliche, formelle Genehmigung, indem die jährliche Jahresrechnung von der GV genehmigt wurde? Gemäss Art. 959b Abs. 2 Ziff. 1 bzw. Abs. 3 Ziff. 1 OR werden in der Erfolgsrechnung Nettoerlöse aus Lieferungen und Leistungen ausgewiesen. **(1)** Einzelne Transaktionen sind folglich daraus nicht ersichtlich. **(1)** Eine entsprechende Genehmigung erfolgte folglich nicht. **(1)**
 - Genehmigung aufgrund faktischer Kenntnis? Im vorliegenden Fall ist die Kenntnis mit Sicherheit für die Mehrheit des Aktionariats zu bejahen (nämlich für die sechs Urenkel). Insofern liegt eine Genehmigung vor. **(1)**
 - Problematisch im vorliegenden Fall: Die GV wird von den Mehrheitsaktionären kontrolliert. Deshalb fraglich, ob die Kenntnis der Mehrheitsaktionäre bereits genügt bzw. ob in der "Genehmigung" durch die Mehrheitsaktionäre eine ausreichende Genehmigung der GV zu erblicken ist. Oder ob die Mehrheit der Minderheit im Aktionariat ("*majority of the minority*") das Verhalten der Verwaltungsratsmitglieder (ebenfalls) genehmigen muss (vgl. z.B. Verfügung der UEK vom 22. April 2015, 600/01 E. 1.3). Letzteres ist vertretbar, entspricht aber nicht herrschender Lehre (vgl. HÄUSERMANN, Minderheitenschutz in der "Aktionärsdemokratie", GesKR 2014, S. 210 ff., S. 211). **(3)**

- Zwischenfazit: Eine Verletzung der Treuepflicht hängt davon ab, ob man einen Interessenkonflikt annimmt und, wenn ja, die GV das Verhalten der Verwaltungsratsmitglieder genehmigt hat. **(1)**

3. Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a OR) (1)

- Inhalt der Aufgabe "Oberleitung der Gesellschaft": Festlegung der Strategie innerhalb des statutarischen Zwecks, Wahl der Mittel für die Zielerreichung und Kontrolle der Zielkonformität. Die Verwaltungsratsmitglieder haben die Aufgabe mit aller Sorgfalt zu erledigen. **(1)**
- Die Vereinbarung mit der Müller Electric bzw. deren Weiterführung könnte Gegenstand der strategischen Planung der Tyonic AG gewesen sein, was aber eher unwahrscheinlich ist. Der Sachverhalt ist hierzu aber nicht ergiebig. **(1)**
- Zwischenfazit: Eine Verletzung der Aufgabe "Oberleitung der Gesellschaft" kann aus dem Sachverhalt nicht hergeleitet werden. **(1)**

B. Rechtfertigung bei Annahme einer Pflichtverletzung

- Einwilligung des Geschädigten ("*volenti non fit iniuria*"): Die Pflichtwidrigkeit ist bei einer Einwilligung des Geschädigten ausgeschlossen. **(1)** Eine Haftung gegenüber der Gesellschaft entfällt, wenn diese bzw. deren GV in Kenntnis der Verhältnisse Organhandlungen toleriert, die normalerweise Schadenersatzansprüche begründen würden (vgl. BGE 131 III 640 E. 4.2, S. 643 ff.). **(1)** Eine ausdrückliche Einwilligung ist nicht erforderlich. **(1)**
 - Ausdrückliche, formelle Genehmigung, indem die jährliche Jahresrechnung von der GV genehmigt wurde? Gemäss Art. 959b Abs. 2 Ziff. 1 bzw. Abs. 3 Ziff. 1 OR werden in der Erfolgsrechnung Nettoerlöse aus Lieferungen und Leistungen ausgewiesen. Einzelne Transaktionen sind folglich daraus nicht ersichtlich. Eine entsprechende Genehmigung erfolgte folglich nicht. **(1 Punkt für Verweisung bzw. Hinweis, dass gleiche Fragestellung wie bei Genehmigung im Fall eines Interessenkonflikts)**
 - Einwilligung durch faktische Kenntnis? Kenntnis der GV ist vorausgesetzt. Im vorliegenden Fall ist die Kenntnis mit Sicherheit für die Mehrheit des Aktionariats zu bejahen (nämlich für die sechs Urenkel). **(1 Punkt, dito)**
 - Problematisch im vorliegenden Fall: Die GV wurde von den Mehrheitsaktionären kontrolliert. Deshalb fraglich, ob die Kenntnis der Mehrheitsaktionäre bereits genügt bzw. ob in der "Einwilligung" durch die Mehrheitsaktionäre eine ausreichende Einwilligung der GV zu erblicken ist. Oder ob die Mehrheit der Minderheit im Aktionariat ("*majority of the minority*") das Verhalten der Verwaltungsratsmitglieder (ebenfalls) genehmigen muss (vgl. z.B. Verfügung der UEK vom 22. April 2015, 600/01 E. 1.3). Letzteres ist vertretbar, entspricht aber nicht herrschender Lehre (vgl. HÄUSERMANN, Minderheitenschutz in der "Aktionärsdemokratie", GesKR 2014, S. 210 ff., S. 211). **(1 Punkt, dito)**

- Fazit: Es ist fraglich, ob überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt. Und selbst wenn die Pflichtverletzung bejaht würde, könnte sie aufgrund der Einwilligung der geschädigten Gesellschaft gerechtfertigt sein. **(1)**

V. Kausalität (1)

- Die Pflichtverletzung gemäss Art. 754 Abs. 1 OR durch die Verwaltungsratsmitglieder muss natürlich sowie adäquat kausal für den Schaden gewesen sein. **(1)**
- Natürliche Kausalität: Eine Ursache ist zum Erfolg dann natürlich kausal, wenn die zur Frage stehende Handlung nicht weggedacht werden kann, ohne dass damit nicht auch der Erfolg entfiel. **(1/2)**
- Adäquate Kausalität: Eine Ursache muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint. **(1/2)**
- Hypothetische Kausalität: Ein Schaden gilt durch eine Unterlassung dann als adäquat kausal verursacht, wenn er durch pflichtgemässes Verhalten hätte vermieden werden können. Bereits bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmässigem Handeln muss auf die allgemeine Lebenserfahrung und den gewöhnlichen Lauf der Dinge abgestellt werden. Die wertenden Gesichtspunkte, die sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen damit schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle. **(1)**
- Die Verwaltungsratsmitglieder haben den Vertrag zwar nicht abgeschlossen, die Geschäfte aber ab dem Zeitraum vom 1. April 2006 zumindest geduldet. Folglich könnte von einem Unterlassen ausgegangen werden. **(1)** Der Schaden in Höhe von Fr. 5.8 Mio wäre durch die Auflösung der Vereinbarung vermieden worden. **(1)**
- Es könnte aber auch von einer Handlung ausgegangen werden. Einerseits, da die Verwaltungsratsmitglieder einen Entscheid zum bewussten Untätigbleiben gefällt haben (siehe bei „Business Judgment Rule“). **(1/2)** Andererseits wäre denkbar, dass die Verwaltungsratsmitglieder jedes hier relevante Geschäft mit der Müller Electric einzeln abgeschlossen haben (eher unwahrscheinlich; siehe bei „Business Judgment Rule“). **(1/2)** Der Entscheid zum bewussten Untätigbleiben und die daraus folgende Aufrechterhaltung der nachteiligen Verträge bzw. die einzelnen Abschlüsse der Verträge waren geeignet, den vorliegenden Schaden herbeizuführen. **(1)**
- Fazit: Kausalität gegeben. **(1)**

VI. Verschulden (1)

- Haftung für jedes Verschulden, d.h. auch für leichte Fahrlässigkeit. Es gilt ein objektiver Verschuldensmassstab. **(1/2)**
- Objektiver Verschuldensmassstab: Das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds wird mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten,

ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann. **(1)**

- Aufgrund des objektivierten Verschuldensmassstabs ist die Entlastung zufolge subjektiver Aspekte bei nachgewiesener Pflichtwidrigkeit beinahe unmöglich (praktisch nur bei Urteilsunfähigkeit). **(1/2)**
- Bei Annahme einer Pflichtwidrigkeit hätte ein ordnungsgemäss handelndes Verwaltungsratsmitglied die Lieferung an die Müller Electric zu Vorzugspreisen nicht zugelassen bzw. unterbunden. **(1)**
- Fazit: Verschulden gegeben. **(1)**

VII. Ausschlussgründe (1)

A. Entlastungsbeschluss / Décharge (1)

- Der Entlastungsbeschluss gemäss Art. 758 OR wirkt gegenüber der Gesellschaft für bekanntgegebene Tatsachen. Der Entlastungsbeschluss stellt grundsätzlich einen Verzicht der Gesellschaft auf Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organe dar. Die Gesellschaft muss sich eine allfällige Décharge durch die GV (und zwar mit dem früheren Aktionariat) entgegenhalten lassen. **(1/2)**
- Der Beschluss bezieht sich zunächst auf Tatsachen, von denen sämtliche Aktionäre unbesehen der Informationsquelle tatsächlich Kenntnis haben. Auch private Kenntnisse sämtlicher Aktionäre werden der GV zugerechnet. **(1/2)**
- Ist die Natur eines fraglichen Geschäfts in der Jahresrechnung nicht erkenntlich, kann aus der Genehmigung der Jahresrechnung keine Décharge betreffend des fraglichen Geschäfts abgeleitet werden (BGer, 24.11.2006, 4C.327/2005, E. 3.5). **(1/2)**
- Mitwirkung beim Déchargebeschluss: Art. 695 OR schliesst diejenigen Aktionäre vom Beschluss über die Entlastung des Verwaltungsrats aus, die an der Geschäftsführung der Gesellschaft teilgenommen haben. **(1/2)** Entlastungsbeschlüsse, an denen nicht Stimmberechtigte i.S.v. Art. 695 OR mitgewirkt haben, sind anfechtbar, nicht nichtig. **(1/2)**
- Ein allgemeiner und vorbehaltloser Entlastungsbeschluss für das abgelaufene Geschäftsjahr erfasst grundsätzlich auch Vorfälle aus früheren Geschäftsjahren, von denen die GV seit der letzten Déchargeerteilung Kenntnis erlangt hat. **(1/2)**
- Vorliegend ist nicht bekannt, ob jeweils über die Décharge-Erteilung abgestimmt wurde; dies ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Es muss aber davon ausgegangen werden (routinemässiger Antrag und sechs Urenkel beherrschen die GV, die die vorliegend interessierenden Verwaltungsratsmitglieder sind). **(1/2)**
- Die Décharge erfasst die fraglichen Geschäfte jedoch nicht im Sinne einer impliziten Décharge, weil die Geschäfte nicht aus der Jahresrechnung hervorgehen (siehe dazu auch oben bei der Treuepflicht VI. 2.). **(1/2)**

- Jedoch haben die sechs Urenkel und Aktionäre Kenntnis von den fraglichen Geschäften. Die (wahrscheinlich gefassten) Déchargebeschlüsse haben das Verhalten im Zusammenhang mit den fraglichen Geschäften darum erfasst. **(1/2)**
- Es ist nicht bekannt, ob die an der Geschäftsführung teilnehmenden Aktionäre (sechs Urenkel) bei der Décharge-Erteilung jeweils mitgestimmt haben und somit die Voraussetzungen von Art. 695 OR gegeben sind. **(1/2)**
 - Haben die Urenkel nicht mitgestimmt, sind die Beschlüsse gültig zustande gekommen. **(1/2)**
 - Haben die Urenkel mitgestimmt, wären die Beschlüsse anfechtbar gewesen; die Anfechtung blieb aus. **(1/2)**
- Theoretisch denkbar ist, dass die GV seit Übernahme durch die International Ship Inc. bereits eine Décharge erteilt hat. Diese würde sich aufgrund der Kenntnis von den Lieferungen in den vergangenen Jahren auch auf die Vertragsabschlüsse der letzten Jahre beziehen. Aufgrund der Klageerhebung ist jedoch davon auszugehen, dass die Décharge nach dem Kontrollwechsel nicht erteilt wurde. **(1/2)**
- Fazit:
 - Bei Bejahung einer gültigen Déchargeerteilung hat die Gesellschaft auf Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organe verzichtet.
 - Bei Verneinung einer gültigen Déchargeerteilung hat die Gesellschaft nicht auf Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organe verzichtet. **(1 Punkt für eines der möglichen Fazite)**

B. Verjährung **(1)**

- Gemäss Art. 760 Abs. 1 OR wird zwischen einer relativen (fünfjährigen) und einer absoluten (zehnjährigen) Verjährungsfrist unterschieden. **(1)**
 - Absolute Verjährung: Bei fortgesetzter Handlung oder Unterlassung beginnt die Verjährungsfrist erst mit deren Abschluss. **(1)** Ob und inwiefern bei einem einheitlichen Willensentschluss von einem Fortsetzungszusammenhang verschiedener schadenstiftender Ereignisse auszugehen ist, mit der Folge, dass eine Verjährungsfrist erst mit dem letzten Ereignis zu laufen beginnt, lässt das BGer unter Verweis auf die strafrechtliche Rechtsprechung offen. **(1)**
 - Absolute Verjährung: Bei Verneinung der fortgesetzten Handlung bzw. Unterlassung unter einheitlichem Willensentschluss ist die zehnjährige Verjährungsfrist für jede Lieferung gesondert zu eruieren. Fristbeginn ist die jeweilige schädigende Handlung (Vertragsabschluss). **(1)**
 - Relative Verjährung: Die fünfjährige Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte tatsächlich Kenntnis vom Schaden hat. Möglichkeit zur Kenntnisnahme reicht nicht (BGE 136 III 322, E. 4.1, S. 330). **(1)**
- Die Verjährung wird durch Anerkennung der Forderung, durch Schuldbetreibung, durch Schlichtungsgesuch, durch Klage oder durch Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs unterbrochen (Art. 135 OR). **(1)**

- Geht man von einer fortgesetzten Handlung bzw. Unterlassung aus, sind alle Lieferungen von 2006 (Amtsantritt) bis spätestens am 30. September 2016 als eine Einheit anzusehen. Die absolute Verjährungsfrist beginnt mit der Vertragskündigung am 1. Oktober 2016. Folglich kann, was die absolute Verjährungsfrist betrifft, der gesamte Schaden als Einheit geltend gemacht werden.
- Geht man von gesonderten Handlungen aus (jeder Abschluss eines Liefervertrages), beginnt die absolute Verjährungsfrist mit der in Frage stehenden Handlung (Schadenseintritt mit jedem einzelnen Vertragsschluss). Die Klageeinreichung am 21. Juni 2017 hatte eine die Verjährung unterbrechende Wirkung. Sämtliche schädigenden Handlungen, die nicht länger als 10 Jahre zurückliegen und somit ab dem 21. Juni 2007 stattgefunden haben, sind demnach noch zu berücksichtigen. Die daraus entstandenen Ansprüche sind noch nicht verjährt, was die absolute Verjährung betrifft. **(2 Punkte für eine der beiden genannten Interpretationsvarianten)**
- Demgegenüber hatte die Gesellschaft zu jedem Zeitpunkt Kenntnis vom Schaden (entgangener Gewinn) und seiner ungefähren Höhe. Die Klageeinreichung am 21. Juni 2017 hat eine die Verjährung unterbrechende Wirkung. Entsprechend sind alle Ansprüche, die länger als fünf Jahre vor der Klageeinreichung am 21. Juni 2017 und somit vor dem 21. Juni 2012 entstanden sind, aufgrund der relativen Verjährungsfrist verjährt. **(2)**
- Fazit: Alle Ansprüche, die vor dem 21. Juni 2012 entstanden sind, sind verjährt. All jene, die danach entstanden sind, hingegen nicht. **(1)**

C. *Einwendung des Rechtsmissbrauchs (1)*

- Rechtsmissbräuchliches Verhalten durch Klageerhebung (Art. 2 Abs. 2 ZGB): Muss sich die Gesellschaft entgegenhalten lassen, dass ihre neue Mehrheitsaktionärin (International Ship Inc.) von der Vereinbarung mit der Müller Electric wusste? **(1)**
 - Grundsatz: Trennung der Rechtssphären; das Verhalten und Wissen der Aktionäre hat keinen Einfluss auf die gesellschaftliche Rechtssphäre. **(1)**
 - Ausnahme: Umgekehrter Durchgriff (Zurechnung des Verhaltens der Mehrheitsaktionärin gegenüber der Gesellschaft) **(1)**, sofern (i) die Mehrheitsaktionärin die Kontrolle über die Gesellschaft hat **(1)** und (ii) die Berufung auf die Trennung der unterschiedlichen Rechtssphären rechtsmissbräuchlich ist **(1)**:
 - ➔ Die International Ship Inc. beherrscht die Gesellschaft (68% Kapitalanteil und 84% Stimmanteil). Kontrollmöglichkeit gegeben. **(1)**
 - ➔ Rechtsmissbrauch? Kenntnis von der Vereinbarung zu haben, bedeutet nicht unbedingt eine Zusicherung, keine Klage zu erheben. Oder ist ein Klageverzicht darin implizit enthalten? Immerhin ist kein ausdrücklicher Klageverzicht vereinbart worden. Die International Ship Inc. hat zudem keine Zusicherung abgegeben, die Vereinbarung fortzuführen. Zudem mag der Kaufpreis mit Rücksicht darauf festgelegt worden sein, dass die Gesellschaft mit der neuen Kontrollaktionärin die entgangenen Gewinne von den sechs Urenkeln klageweise

„zurückholen“ will. **(3 Punkte für verschiedene vertretbare Argumente)**

- Fazit: Die Einwendung des Rechtsmissbrauchs ist, je nach Argumentation, gegeben (eher nicht) oder nicht gegeben. **(1)**

§ 2 Rückerstattungsklage gegen die sechs Urenkel nach Art. 678 OR

- Nach den in Art. 678 OR genannten Voraussetzungen kann die Gesellschaft ungerechtfertigte Leistungen der Gesellschaft an Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder oder diesen nahe stehende Personen zurückfordern. **(1/2)**
- Aktivlegitimation: Zur Klage legitimiert ist (unter anderem auch) die Gesellschaft. Tyonic AG wäre folglich aktivlegitimiert. **(1/2)**
- Passivlegitimation: Die Klage kann sich gegen Verwaltungsratsmitglieder richten, soweit sie Empfänger einer ungerechtfertigten Leistung im Sinne von Art. 678 OR sind. Vorliegend haben die Verwaltungsratsmitglieder keine Leistungen empfangen. **(1/2)** Insbesondere handelt es sich beim Schaden in der Höhe von CHF 5.8 Mio. nicht um einen Betrag, der die Verwaltungsratsmitglieder bereicherte, sondern – wenn überhaupt – nur die Müller Electric. Die Müller Electric ist aber nicht beklagte Partei im vorliegenden Verfahren. **(1/2)**
- Fazit: Die Voraussetzungen der Rückerstattungsklage sind nicht gegeben. **(1)**

Max. Punktzahl: 60 Punkte

Umrechnungsfaktor für die erreichten Punkte: 0.8

Gesamtpunktzahl Aufgabe 1: 48 Punkte

Aufgabe 2 (Gewichtung: 40%)

Prüfungslaufnummer:

	Punkte maximal	Punkte erreicht
--	----------------	-----------------

Vorbemerkung		
Die Fallfrage lautet, ob der Vorgang bei der Wettbewerbskommission zu melden ist, und wie diese entscheiden soll. Auch wenn die Fragestellung allgemeiner gehalten wäre ("Wie ist die Rechtslage?"), würde aus dem fusionskontrollrechtlichen Ambiente des Falls folgen, dass zunächst die Aufgreif- und sodann die Eingreifkriterien zu prüfen sind. Wie üblich ist aber zunächst der Geltungs- bzw. Anwendungsbereich des KG zu prüfen.		

I. Geltungs- und Anwendungsbereich des KG		
Art. 2 KG		
1. Persönlicher Geltungsbereich: Unternehmensqualität (Art. 2 Abs. 1 KG). Definition in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG . Die Truck AG und die Camion AG sind zweifellos Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn, da sie Güter, nämlich Lkw und Busse, im Wirtschaftsprozess anbieten.	0.5	
2. Sachlicher Geltungsbereich: Geht es hier um Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht oder Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG)? Schon aus der Fallfrage folgt, dass hier eine marktstrukturverändernde Transaktion zu beurteilen ist. Es geht also um die Beteiligung an einem Unternehmenszusammenschluss (s. Definition in Art. 4 Abs. 3 KG), also die dritte Säule des Kartellrechts.	1	
3. Geographischer Geltungsbereich: Auswirkungsprinzip in Art. 2 Abs. 2 KG . Die beiden Produzenten verkaufen auch in die Schweiz. Es sind also Auswirkungen in der Schweiz zu verzeichnen. Nach der Rechtsprechung von BVGer und BGer ist das Auswirkungsprinzip nicht weiter zu qualifizieren (keine wesentlichen, unmittelbaren		

oder voraussehbaren Auswirkungen erforderlich), so dass der geographische Geltungsbereich des KG eröffnet ist.	1	
Art. 3 KG		
<p>4. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Anwendungsbereich des KG): Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 KG sind hier offenbar nicht relevant. Der Sachverhalt erwähnt allerdings, dass die beiden Herstellerinnen zahlreiche Patentrechte (und auch Markenrechte) für ihre Produkte halten, so dass Art. 3 Abs. 2 KG zu prüfen ist. Der Anwendungsbereich des KG wäre nicht eröffnet, wenn sich die Wettbewerbswirkungen "ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum" ergeben. Vorliegend ergeben sich die Wettbewerbswirkungen aber in erster Linie aus dem geplanten Zusammenschluss, so dass sie sich folglich nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Der Anwendungsbereich des KG ist somit eröffnet.</p> <p><i>Zwischenergebnis:</i> Geltungs- und Anwendungsbereich des KG sind eröffnet.</p>	0.5	

II. Zusammenschlusskontrolle – Art. 9 KG: Aufgreifkriterien		
<p>1. Zusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)</p> <p>a. Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG) (-)</p> <p>- Fusion i.e.S., d.h. Verschmelzung von zwei oder mehreren bis anhin selbständigen Unternehmen. Beispiele sind die Absorptionsfusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG) und die Kombinationsfusion (Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG). In casu kommt es nicht zu einem Untergang juristischer Personen.</p> <p>- Auch für eine "wirtschaftliche Fusion" (Fusion i.w.S.) bestehen keine Anhaltspunkte.</p> <p>b. Kontrollerwerb (Art. 4 Abs. 3 lit. b KG i.V.m. Art. 1 VKU) (+)</p> <p>- z.B. durch Beteiligungserwerb. Art. 1 S. 2 lit. b VKU nennt ausdrücklich Rechte, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung etc. der Organe des Unternehmens gewähren</p>	1	

<p><i>(Nennung dieser Vorschrift ist nicht erforderlich).</i> Hier möchte die Truck AG 60 Prozent der Anteile an der Camion AG von der Invest AG übernehmen (<i>share deal</i>). Wenn es keine Besonderheiten bei den Stimmrechten gibt (z.B. Stimmrechtsaktien, hier nicht relevant), gibt ein Aktienerwerb i.H.v. "50 Prozent plus eins" die Kontrolle über eine andere AG. Hier erwirbt die Truck AG 60 Prozent der Aktien an der Camion AG. Die beiden Unternehmen standen vorher nicht unter einheitlicher Leitung, sondern waren unabhängig voneinander. Ein Kontrollerwerb ist somit gegeben.</p> <p>Es liegt Kontrollerwerb und damit ein Zusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 KG vor.</p> <p>2. Meldepflicht (Art. 9 Abs. 1 KG) Es ist davon auszugehen, dass die im Sachverhalt gemachten Angaben sich auch auf das letzte Geschäftsjahr beziehen.</p> <p>a. Art. 9 Abs. 1 lit. a KG (+) Die beiden beteiligten Unternehmen haben zwar einen schweizweiten gemeinsamen Umsatz von weniger als 500 Millionen CH (nämlich 420 Millionen CHF), aber sie erzielen gemeinsam einen weltweit bzw. europaweiten Umsatz von 12 Milliarden CHF, was für lit. a ausreicht.</p> <p>a. Art. 9 Abs. 1 lit. b KG (+) Die beiden Unternehmen erzielen Umsätze in der Schweiz von 300 bzw. 120 Millionen CHF, was das Kriterium "je mindestens 100 Millionen Franken" erfüllt.</p> <p>Der Zusammenschluss ist also meldepflichtig.</p>	<p>2</p> <p>1</p> <p>1</p>	
---	----------------------------	--

<p>III. Zusammenschlusskontrolle – Art. 10 KG: Eingreifkriterien</p>		
<p>Nach Art. 10 Abs. 2 KG kann der Zusammenschluss untersagt (oder darf nur mit Bedingungen und Auflagen zugelassen) werden, wenn er (lit. a) zu qualifizierter Marktmacht führt und (lit. b) keine ausreichende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt</p>		

bewirkt. Im Folgenden wird nach Marktbeherrschung (1.), Qualifikation der Marktbeherrschung (2.) und "Gesamtmarkt Betrachtung" (3.) gegliedert.

1. Marktbeherrschung (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG)

Zunächst ist Marktbeherrschung zu prüfen, bevor (unter 2.) auf ihre Qualifikation eingegangen wird.

a) Definition des relevanten Markts

aa) sachlich relevanter Markt

Zu beginnen ist mit der Definition des **sachlich relevanten Marktes**. Gem. Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU (in direkter Anwendung, da es hier um Fusionskontrolle geht) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als **substituierbar** angesehen werden.

1

Schwere Lkw

Laut Sachverhalt weisen schwere Lkw nicht nur andere Produkteigenschaften als leichtere Lkw auf (Motortyp, Achsenzahl), sondern sie sind auch wegen ihrer Eignung zur Beförderung schwerer Lasten nicht durch leichtere Lkw ersetzbar. Es gibt also einen eigenen sachlich relevanten Markt (Produktmarkt) für schwere Lkw. Die Behauptung der Parteien, es gebe einen einheitlichen "Lkw-Markt", trifft also nicht zu.

2

Die im Sachverhalt erwähnten leichteren Lkw gehören folglich zu einem anderen sachlich relevanten Markt.

bb) geographisch relevanter Markt

Gem. Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumliche Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die relevanten Waren nachfragt oder anbietet.

1

Laut Sachverhalt ist der Verkauf von Lkw's nach Ländern organisiert. Die technischen Vorschriften unterscheiden sich in der Schweiz zum Teil erheblich von denjenigen anderer Länder. Die Nachfrager haben in der Schweiz zudem höhere

<p>Anforderungen an die PS-Zahl und den Fahrerkomfort. Der Sachverhalt stellt ausdrücklich fest, dass die Schweizer Kunden ihre Lkw's ganz überwiegend bei Lieferanten in der Schweiz kaufen. Somit ist in geographischer Hinsicht von einem nationalen, also schweizweiten Markt auszugehen. Das Argument der Parteien, der Markt sei europaweit zu definieren, trifft also nicht zu.</p>	1	
<p>b) Beherrschung des relevanten Markts Ausgangspunkt ist die Definition in Art. 4 Abs. 2 KG. Danach ist die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten entscheidend.</p>	1	
<p>Zentrale Beurteilungskriterien sind <i>Marktstruktur</i>, <i>Unternehmensstruktur</i>, <i>potenzieller Wettbewerb</i> und die <i>Stellung der Marktgegenseite</i>.</p>		
<p><i>Marktstruktur</i> Der <i>absolute Marktanteil</i> der Truck AG und der Camion AG nach einem Zusammenschluss liegt bei 80 Prozent (unerheblich sind die niedrigeren Anteile bei den leichteren Lkw's, da diese nicht zum sachlich relevanten Markt gehören; irrelevant ist auch der gesamteuropäische Marktanteil von 30 Prozent, da der Markt national und nicht regional abzugrenzen ist, s.o.). Die 80 Prozent liegen deutlich über dem Wert von 50 Prozent, der als Indiz für Marktbeherrschung gilt. Dies spricht für Marktbeherrschung.</p>	1	
<p>Das Argument wird unterstützt durch die Tatsache, dass der Marktanteil der Zusammenschlussparteien seit vielen Jahren konstant ist.</p>	1	
<p>Der <i>relative Marktanteil</i> beschreibt den Abstand zu den nächsten Konkurrenten. Es gibt zwei Konkurrenten mit einem Marktanteil von jeweils 10 Prozent. Die Zusammenschlussparteien haben mit 80 Prozent also einen achtfachen Marktanteil im Vergleich zur Konkurrenz. Dies ist ein Argument für Marktbeherrschung.</p>	1	
<p><i>Unternehmensstruktur</i> Der Sachverhalt enthält nicht viele Angaben. Genannt werden könnten der beträchtliche Umsatz</p>		

<p>und der technologische Vorsprung aufgrund der vielen Patente.</p>		
<p><i>Potenzieller Wettbewerb:</i> Hier geht es um die Existenz von Marktzutrittsschranken. Ein Beispiel sind Immaterialgüterrechte. Die bereits bei der Unternehmensstruktur erwähnten Patente können auch als Marktzutrittsschranke angeführt werden.</p>	1	
<p>Ausserdem erwähnt der Sachverhalt die Tatsache, dass die Kunden der Zusammenschlussparteien überdurchschnittlich markentreu sind. Das macht den Marktzutritt für andere Unternehmen schwerer.</p>	1	
<p>Schliesslich ist auf die grosse Bedeutung des Kundendienstnetzwerks hinzuweisen: Newcomer haben hohe Kosten zu stemmen, um ein vergleichbares Netzwerk aufzubauen. Die Investition rentiert erst ab Marktanteilen ab 15 Prozent, was angesichts der Stärke der Zusammenschlussparteien schwer zu erreichen sein dürfte.</p>	1	
<p><i>Stellung der Marktgegenseite</i> Laut Sachverhalt besteht der Kundenkreis in der grossen Mehrheit aus kleinen bis kleinsten Transportunternehmen. Von diesen geht kein Gegengewicht aus, was ebenfalls für Marktbeherrschung spricht.</p>	1	
<p><i>Marktverhalten</i> (in der Vergangenheit): Der Sachverhalt enthält hierzu keine Angaben.</p>	1	
<p>c) Ergebnis Aufgrund der genannten Faktoren hätten die Parteien nach dem Zusammenschluss die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten. Der Zusammenschluss würde also zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führen.</p>	1	
<p>(Anderes Ergebnis angesichts der deutlichen Indizien für die Stärke der Zusammenschlussparteien wohl nur dann begründbar, wenn der relevante sachliche oder räumliche Markt weiter definiert wird. Dann ist allerdings ein Hilfsgutachten für die folgenden Tatbestandsmerkmale erforderlich.)</p>	1	

<p>2. Besondere Qualifikation der Marktbeherrschung</p> <p>Die marktbeherrschende Stellung muss zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geeignet sein. Es ist zu prüfen, ob die Faktoren, welche die Marktbeherrschung begründen, zu einer solchen Qualifikation führen.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Der absolute Marktanteil von 80 Prozent ist besonders hoch. - Der relative Marktanteil ist mit Faktor 8 ebenfalls besonders hoch. - Das Innehaben vieler Patente ist auf dem Gebiet der Technik ohne weitere Angaben wohl nicht zur Qualifikation der Marktbeherrschung geeignet. Die Markentreue ist allerdings "überdurchschnittlich". - Die Schwierigkeiten eines Marktzutritts infolge der Notwendigkeit, ein teures Kundendienstnetzwerk aufzubauen, ist ein besonders ausgeprägtes Marktzutrittshindernis. - Auch die starke Zersplitterung des Kundenkreises kann für eine Qualifikation der Marktbeherrschung herangezogen werden. <p><i>Ergebnis:</i> Der Zusammenschluss führt zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung mit der Eignung zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.</p> <p>(Anderes Ergebnis ist mit entsprechender Argumentation, nämlich den hohen Voraussetzungen an die Qualifikation der Marktbeherrschung, vertretbar.)</p>	<p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p>	
---	---	--

<p>3. Keine ausreichende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt ("Gesamtmarkt Betrachtung")</p> <p>Solche Verbesserungen sind im Sachverhalt nicht ersichtlich.</p> <p>(Klarstellung: Kann der Zusammenschluss durch geeignete Bedingungen oder Auflagen gerettet werden? Laut Zusatz in der Fallfrage kommen Bedingungen oder Auflagen hier nicht in Betracht, so dass sich entsprechende Ausführungen erübrigen.)</p>	<p>0.5</p>	
---	------------	--

<p>Ergebnis Der Vorgang ist bei der Wettbewerbskommission zu melden. Diese sollte den Zusammenschluss untersagen, da er zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.</p> <p>(Anderes Ergebnis mit entsprechender Argumentation vertretbar)</p>	1	
<p>Zusatzfrage: Gegen einen negativen Entscheid der Wettbewerbskommission (Verbot des Zusammenschlusses) können die Parteien:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben; - gem. Art. 36, 11 KG einen Antrag auf ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat aus überwiegenden öffentlichen Interessen beantragen. <p>(Aus der Fragestellung ergibt sich, dass Ausführungen zu den Erfolgsaussichten nicht nötig sind.)</p>	1 1	
<p>Zusatzpunkte für gute Strukturierung, Subsumtion und Argumentation (auch für gute Erfassung und Auswertung des Sachverhalts)</p>	3	
<p>Gesamtpunktzahl Aufgabe 2 (einschliesslich der Zusatzpunkte)</p>	32	