
Handelsrecht I

Vorlesung an der Universität Bern
Sommersemester 1998
(überarbeitete Version 2001)

Aufgezeichnet und bearbeitet von

Marcel Küchler

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis.....	VII
1 Begriff und Rechtsquellen	1
1.1 Begriff, Inhalt und Abgrenzung	1
1.2 Die Rechtsquellen des Handelsrechts	4
2 Handelsregister und kaufmännische Buchführung.....	10
2.1 Das Handelsregister	10
2.2 Die kaufmännische Buchführung.....	18
3 Vertretung und Haftung der Unternehmung.....	22
3.1 Die Vertretung des Unternehmens nach aussen.....	22
3.2 Die Haftung des Unternehmens	24
4 Ausgewählte handelsrechtliche Verträge	26
4.1 Verträge betreffend die rechtliche Organisation des Vertriebs	26
4.2 Verwertung von Immaterialgütern und Immaterialgüterrechten	30
4.3 Patronatserklärungen	35
5 Grundzüge des allgemeinen Wertpapierrechts	36
5.1 Die Schuldurkunde	36
5.2 Das Wertpapier	40
5.3 Praktische Erscheinungsformen	49
6 Immaterialgüterrecht.....	51
6.1 Einleitung	51
6.2 Marken- und Firmenrecht.....	53
6.3 Muster- und Modellrecht	71
6.4 Patentrecht	74
6.5 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte	83
7 Wettbewerbsrecht	93
7.1 Unlauterer Wettbewerb.....	93
7.2 Schweizerisches Kartellrecht	104
7.3 Europäisches Kartellrecht	116
Anhang: Rechtsquellen des Handelsrechts	i
Anhang: INCOTERMS 1990.....	vi
Anhang: Das Handelsregister	ix
Anhang: Warenvertriebsverträge	x
Anhang: Die Urkundenklauseln	xi
Anhang: Wertpapierarten	xii
Anhang: Liberalisierung des Firmenrechts.....	xiii
Anhang: Urheberrecht und Parallelimporte.....	xvi
Anhang: Gültigkeit unzulässiger Abreden	xviii

Literaturverzeichnis

Zitierte Literatur

- BRUNNER ALEXANDER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht; in: AJP 1992, S. 591 ff. (zit. BRUNNER).
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER AT).
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3., erweiterte Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER BT).
- EISENHUT PETER/KAMPFER HANNES/TEUSCHER HEINZ, Einführung in die Finanzbuchhaltung, 6., überarbeitete Auflage, Altstätten 1987 (zit. EISENHUT/KAMPFER/TEUSCHER).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage, Zürich 1998 (zit. G/S).
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/ SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. GUHL).
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5., überarb. Auflage, Bern 1999 (zit. HONSELL BT).
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinien über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; in: recht 1995, S. 85 ff. (zit. HUGUENIN, AGB).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 1998. (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER).
- PEDRAZZINI MARIO M./VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998 (zit. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH).
- SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, Basel 1979 (zit. SCHLUEP SPR).
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2., überarb. Auflage, Bern 2000 (zit. SCHWENZER, OR AT).
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Bern 1995 (zit. STRATENWERTH, BT I).

Allgemeines Handelsrecht

- BÄR ROLF, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1980, S. 131 ff.
- BÄR ROLF, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in: Der Bernische Notar, Nr. 4/1978, S. 410 ff.
- PATRY ROBERT, Grundlagen des Handelsrechts, Schweizerisches Privatrecht, Bd. M-II/1, Basel 1976.

WATTER ROLF, Die Prokura und andere Handlungsvollmachten, Komm. zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1992, S. 2233 ff.

VON BÜREN ROLAND, Das Handelsrecht, in: Juristenausbildung als Denkmalpflege?, Bern 1994.

Handelsrechtliche Verträge

GIGER HANS, Der Leasingvertrag, Bern 1977.

HILTY RETO M., Der Verlagsvertrag, OR 380 ff., Komm. zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. 1, Basel 1992, S. 1923 ff.

KRAMER ERNST A. (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl., Bern 1992.

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, 2. Aufl., St. Gallen 1992.

SCHLUEP WALTER R., Lizenz- und Know-how-Vertrag, Einleitung vor OR 184 ff., Komm. zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. 1, Basel 1992, S. 925 ff.

SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel 1979.

VON BÜREN ROLAND, Der Lizenzvertrag, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/1, Kapitel G, Basel 1995.

Wertpapierrecht

MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 2., überarb. Auflage, Bern 2000.

Immaterialgüterrecht

Allgemeine Literatur

VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Grundlagen, SIWR, Band I/1, Basel/Frankfurt a.M. 1995.

PEDRAZZINI MARIO M./VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998 (zit. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH).

REHBINDER/JIRECEK, Tafeln zur Vorlesung Immaterialgüterrecht, 2., verbesserte Auflage, Bern 1998.

Hilty Reto M., Lizenzvertragsrecht, Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001.

Markenrecht/Kennzeichenrecht

VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Kennzeichenrecht, SIWR, Band III, Basel 1996.

DAVID LUCAS, Markenrechtsgesetz/Muster- und Modellgesetz, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 1999.

KUNZ PETER V., Neuerungen auf bewährter Grundlage: Gesetzesrevisionen im Marken-
schutz- und Urheberrecht, recht 1993, S. 130 ff.

LANG CHRISTOPH, Stille Revision des Firmenrechts, ZBJV 1998, S. 568 ff.

BURI UELI, Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names nach schweizerischem
Firmen-, Marken-, Namens- und Lauterkeitsrecht, Bern 2000 (Diss. BE 1999).

Muster- und Modellrecht/Designschutz

DAVID LUCAS, Markenrechtsgesetz/Muster- und Modellgesetz, Kommentar zum
schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 1999.

Patentrecht

PEDRAZZINI MARIO, Patent- und Lizenzvertragsrecht, 2. Aufl., Bern 1987 (3. Auflage
angekündigt für 2001).

GASSER CHRISTOPH, Momentaufnahme des Patentrechts, recht 1997 S. 24 ff.

HEINRICH PETER, PatG/EPÜ: Kommentar zum Schweizerischen Patentgesetz und den
entsprechenden Bestimmungen des Europäischen Patentübereinkommens, Zi-
rich 1998.

Urheberrecht und verwandte Schutzrechte

BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, 2. Auflage, Bern 2000.

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le droit d'auteur, CEDIDAC 39, Lausanne 1999.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000.

REHBINDER MANFRED (Hrsg.), Urheberrecht: URG und ToG, internationale Abkom-
men, Recht der Verwertungsgesellschaften, Zürich 1993.

VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte,
SIWR, Band II/1, Basel 1995.

VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Urheberrecht im EDV-Bereich, SIWR,
Band II/2, Basel 1998.

VON BÜREN ROLAND, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, ZSR 112 (1993) I,
S. 193 ff.

Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht

VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht,
SIWR, 2. Aufl., Band I/2, Basel 1998.

Kartellrecht

Schweizerisches Kartellrecht

PEDRAZZINI MARIO M./VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und
Wettbewerbsrecht, Bern 1998 (zit. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH).

BORER JÜRIG, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998.

BRECHBÜHL B., Das neue Kartellgesetz - ein Überblick, recht 1996/3, S. 89 ff.

- VON BÜREN ROLAND/COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997.
- VON BÜREN ROLAND/KINDLER THOMAS, Kartellrecht, in KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI, Handbuch des Bundesverwaltungsrechts Bd. XIII/B/2, Basel/Frankfurt a.M. 1999.
- VON BÜREN ROLAND/LANG CHRISTOPH, Freistellungen und Bekanntmachungen im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, in VON DER CRONE/FORSTMOSER/WEBER/ZOBL, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 241 ff.
- VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Kartellrecht, SIWR, Band V/2, Basel/Genf/München 2000.
- DROLSHAMMER JENS IVAR, Wettbewerbsrecht, Bern 1997.
- HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996.
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern 1998.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998.
- STOFFEL WALTER A., Das schweizerische Kartellrecht 1996: Neues und Altes bei der Wachtablösung nach zehn Jahren, SZW 1996, S. 106 ff.
- VON BÜREN/KINDLER, Handbuch des Bundesverwaltungsrechts, Bd. XIII, Teil B, 2. (erscheint 1998).
- ZÄCH ROGER (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, mit diversen Beiträgen.
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999.
- ZÄCH ROGER/ZWEIFEL PETER (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995.
- AJP (Aktuelle Juristische Praxis), Sondernummer 1996/7, Das neue Kartellgesetz, mit diversen Beiträgen, S. 790 ff.
- Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, SZW Sondernummer 1996.

Europäisches/Internationales Kartellrecht

- RITTER LENNART, BRAUN W. DAVID, RAWLINSON FRANCIS, EC competition law: a practitioner's guide, 2nd ed., The Hague : Kluwer Law International, 2000.
- GLEISS ALFRED/HIRSCH MARTIN, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Bd. 1: Artikel 85 und Gruppenfreistellungsverordnungen, 4. Aufl., Heidelberg 1993.
- EMMERICH V., Kartellrecht, 7. völlig neubearb. Aufl., München 1994.
- ZÄCH ROGER, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Bern und München, 1994.
- MESTMÄCKER E.-J., Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1995.
- IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht – Kommentar, München 1997.

Unlauterer Wettbewerb

PEDRAZZINI MARIO M./VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998 (zit. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH).

VON BÜREN ROLAND / DAVID LUCAS (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, SIWR, 2. Aufl., Band V/1, Basel 1998.

VON BÜREN ROLAND/BÜRGI JOHANNES, Medienberichterstattung und UWG, Erforderliche Kurskorrekturen nach dem ‚Mikrowellenherd‘-Entscheid aus Strassburg?, SZW 6/1999, S. 283 ff.

BÜRGI JOHANNES/LANG CHRISTOPH, Momentaufnahme des Lauterkeitsrechts, recht 1998, S. 237 ff.

DAVID LUCAS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3., überarb. Aufl., Bern 1997.

DESSEMONTET FRANÇOIS (Hrsg.), UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung, Lausanne 1989.

PEDRAZZINI MARIO, Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 1992 (2. Auflage angekündigt für 2001).

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis,
AT	Allgemeiner Teil
BankG	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, SR 952.0.
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen, SR 952.02.
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1
BEHV	Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, SR 943.02
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	Berner Kommentar
BT	Besonderer Teil
CISG	Übereinkommen vom 11. April 1980 der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht, „Wiener Kaufrecht“), SR 0.221.211.1
DesG	Entwurf Bundesgesetz über den Schutz von Design (DesG), BBl 2000, S. 2784: « http://www.admin.ch/ch/d/ff/2000/2784.pdf »
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag, in der Fassung nach dem Vertrag von Amsterdam)
EGVo	Verordnung der Europäischen Gemeinschaft
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartament
EPÜ	Europäische Patentübereinkunft
EU	Europäische Gemeinschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FER	Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung
FS	Festschrift
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRWK	Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, SR 251.1
GU	Gemeinschaftsunternehmen
HRG	BG vom 4. Oktober 1930 über die Handelsreisenden

HRV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937, SR 221.411
IAS	International Accounting Standards
ICC	International Chamber of Commerce
IGE	Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
IGE-GebO	Gebührenordnung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 28.4.1997 (IGE-GebO): SR 232.148
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
KG	BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251
KR	Kotierungsreglement der Schweizer Börse vom 24. Januar 1996.
MMG	BG vom 30. März 1900 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle, SR 232.12
MMV	Verordnung vom 27. Juli 1900 über die gewerblichen Muster und Modelle, SR 232.121
MSchG	BG vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben, SR 232.11
MSchV	Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992, SR 232.111
N	Randnote
OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
PatG	BG vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, SR 232.14
PatV	Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Erfindungspatente, SR 232.141
plädoyer	Das Magazin für Recht und Politik (Zeitschrift)
pp	per procura
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutz des gewerblichen Eigentums, SR 0.232.01/04
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
SchKG	BG vom 11. April 1889 über die Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Hrsg.: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS.
SMI	Schweizerische Mitteilungen über das Immaterialgüterrecht
SoSchG	BG vom 20. März 1975 über den Schutz von Pflanzenzüchtungen, SR 232.16
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (« http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html »)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0

ToG	BG vom 9. Oktober 1992 über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen, SR 231.2
URG	BG vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SR 231.1
U.S. Const.	The Constitution of the United States (Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika)
UWG	BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1
VwVG	BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021
WIPO	World Intellectual Property Organization («http://www.wipo.org»)
WSG	BG vom 5. Juni 1931 zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen, SR 232.21
WTO	World Trade Organisation («http://www.wto.org»)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Vorlesung Handelsrecht I

1 *Begriff und Rechtsquellen*

1.1 **Begriff, Inhalt und Abgrenzung**

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1988, S. 11 ff.;
VON BÜREN ROLAND, Das Handelsrecht, in: Juristenausbildung als Denkmalpflege?, Bern/Stuttgart/Wien
1994, S. 121 ff.

1.1.1 **Das Handelsrecht als Recht des Handels?**

Der traditionelle Begriff des Handelsrechts als Recht des Handels von beweglichen und unbeweglichen Sachen stammt aus dem Römischen Recht (*res in commercio*).

Aber auch wenn neben dem Handel mit materiellen Gütern derjenige mit Immaterialgüterrechten ebenso als Gegenstand des Handelsrechts betrachtet wird, bleibt der Begriff des Handelsrechts zu eng. Heute müssen auch Dienstleistungen und die Landwirtschaft unter den Begriff des Handelsrechts subsumiert werden.

Zu weit dagegen ist ein Begriff des Handelsrechts in den die Geschäfte von Privaten untereinander (üblicherweise Gegenstand des „Bürgerlichen Rechts“) einbezogen werden.

Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung von Handels- und „Bürgerlichem Recht“ kann subjektiv die Kaufmannseigenschaft (Gewerbmässigkeit, Eintrag ins Handelsregister [HRV 52 ff.], vgl. GUHL, 859 ff.) oder objektiv die Art der jeweiligen Transaktion (z.B. Art des Gegenstandes) sein (BRUNNER, 591 ff.).

1.1.2 **Das Handelsrecht als Recht der Wirtschaft?**

Die Begriffe des Handelsrechts und des Wirtschaftsrechts decken sich nicht. Während sich das Handelsrecht vornehmlich mit den mikroökonomischen Vorgängen (Privatautonomie, Selbstorganisationsrecht: Vertragsschluss, Organisation in Gesellschaften) der Wirtschaft beschäftigt, befasst sich das Wirtschaftsrecht, das insbesondere auch öffentlich-rechtliche Bestandteile enthält, mit den makroökonomischen Aspekten des Wirtschaftslebens (staatliches Interventions- oder Ordnungsrecht zur Regulation der Privatautonomie, z.B. durch Abbau von Zugangsschranken zum Markt: BGBM¹, PüG², UWG³, KG⁴ usf.).

¹ BG vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, SR 943.02.

² Preisüberwachungsgesetz vom 19. Juni 1992, SR 833.1.

³ BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

⁴ BG vom 6. Oktober 1995 über die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251.

1.1.3 Das Handelsrecht als Unternehmensrecht?

Im Zentrum des Handelsrechts steht die Unternehmung als wirtschaftliche Handlungseinheit. Das Handelsrecht betrifft die Organisation und die geschäftlichen Beziehungen der Unternehmung zu den andern Marktteilnehmern (Tätigkeit der Unternehmung).

Zum Unternehmensrecht gehören überdies Arbeits- und Steuerrecht, die zwar praktisch von überaus grosser Bedeutung sind, die jedoch nicht unter dem Begriff des Handelsrechts behandelt werden.

Ebenso ist es Unternehmungen möglich, Verträge zu schliessen, die nicht dem Handelsrecht angehören (z.B. Mietverträge), und umgekehrt Privaten, solche zu schliessen die anerkanntermassen dazu zu zählen sind (z.B. Checkverträge).

1.1.4 Das Handelsrecht zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

Das Handelsrecht gehört zwar überwiegend dem Privatrecht an. Es werden aber auch Institute des öffentlichen Rechts zum Handelsrecht gezählt (z.B. Handelsregister, Amt für geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Übernahmekommission).

Das öffentliche Recht (d.h. der Staat) ist für das Funktionieren des Handelsrechts, wie im Übrigen des ganzen Privatrechts, unabdingbar. Denn erst die Wirtschaftsfreiheit, die Eigentumsgarantie und die Möglichkeit der Durchsetzung privatrechtlich geschlossener Verträge mit Hilfe des Staates ermöglichen die moderne Wirtschaftstätigkeit. Dazu kommt der regulative Ausgleich der wirtschaftlichen mit den sozialen Interessen einer Gesellschaft.

1.1.5 Handelsrecht und Zivilrecht

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 5 N 25 ff.

Die Schweiz kennt – anders als etwa Deutschland, Österreich oder Frankreich – wegen des Prinzips des *code unique* kein eigenes Handelsgesetzbuch. Das ganze Privatrecht (abgesehen von einigen Nebengesetzen) ist in den grossen Kodifikationen ZGB⁵ und OR⁶ zusammengefasst.

Die Art. 1 – 551 OR gehören dem Zivilrecht an, die Art. 553 ff. OR (und zahlreiche Spezialgesetze) dem Handelsrecht. Die Übergänge sind jedoch fließend, da auch der zivilrechtliche Teil des OR handelsrechtliche Verträge (vgl. 1.1.8 und 4) und Bestimmungen für Kaufleute (z.B. Art. 104 III, 124 III, 190 f., 212 III, 215, 313 f., 458 ff. OR) enthält. Umgekehrt werden Institute des Handelsrechts auch von Privaten genutzt.

Unterschiede zwischen Zivil- und Handelsrecht ergeben sich auf der Ebene der Auslegung: Die zweitausendjährige Tradition des Zivilrechts hat zu einer umfassenden wissenschaftlichen Dogmatik geführt, wohingegen das (gerade im Bereich des Gesellschaftsrechts) relativ neue Handelsrecht gegenüber einer pragmatischeren Auslegung offen geblieben ist.

⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

⁶ BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220).

1.1.6 Handelsrecht als grenzüberschreitendes Recht

Der Handel tendiert seiner Natur nach zur Grenzüberschreitung, ebenso das Handelsrecht: Der internationale Handel erfordert übergeordnete bzw. grenzüberschreitende Regeln (z.B. IPRG⁷, CISG⁸, EU-Handelsrecht) und hat auch bereits zu Welthandelsordnungen (z.B. WTO⁹) geführt.

1.1.7 Die charakteristischen Eigenschaften des Handelsrechts

Das Handelsrecht zeichnet sich aus durch:

- einen intensiven Gebrauch der Privatautonomie. Dispositives Recht wird in viel kleinerem Masse benutzt als in andern Gebieten des Privatrechts;
- die Entwicklung von Handelsbräuchen und Usanzen;
- eine höhere Selbstverantwortung. Viele der zwingenden Gesetzesnormen gelten nur für Nichtkaufleute, weil diese schutzbedürftiger sind als Kaufleute (vgl. aber: BGE 109 II 213 [Backofen], BGE 109 II 452 [Hühnerstall]);
- ein starkes Bedürfnis nach Rechts- und Verkehrssicherheit (Abstellen auf Urkunden, Schutz gutgläubiger Dritter [anders z.B. Art. 32 ff. OR], Organhaftung, Formvorschriften, Publizität des Handelsregisters);
- Einfachheit, Standardisierung und Schnelligkeit (AGB, Formularverträge, first come, first served);
- internationale Verflechtung (vgl. 1.1.6).

Das Handelsrecht hat sich in der Praxis als sehr beweglich erwiesen, es hat sich einer rechtlichen Einordnung immer wieder zu entziehen gewusst (z.B. durch die Bildung faktischen Rechts, das vom Gesetzgeber nicht vorgesehen war: Konzernrecht, Aktionärsbindungsvertrag¹⁰).

1.1.8 Umfang des Handelsrechts

Handelsregisterrecht, Firmenrecht, kaufmännische Stellvertretung, kaufmännische Buchführung, Immaterialgüterrecht, Wettbewerbsrecht (UWG, KG), Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht, handelsrechtliche Verträge (Verlagsvertrag, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäkler-, Agentur- und Kommissionsvertrag, Speditions- und Frachtvertrag, Hinterlegungsvertrag, Anweisung).

⁷ BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

⁸ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht, „Wiener“ Kaufrecht), SR 0.221.211.1.

⁹ World Trade Organisation («<http://www.wto.org>»).

¹⁰ Vertragliche Verpflichtung der Aktionäre untereinander, weil die Statuten einer Aktiengesellschaft nur beschränkt Aktionärspflichten vorsehen dürfen (Art. 680 I OR; BGE 109 II 43; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2 N 134, 3 N 38, 16 N 490, 18 N 106).

1.2 Die Rechtsquellen des Handelsrechts

Vgl. dazu: Anhang: Rechtsquellen des Handelsrechts.

1.2.1 Gesetzliche Quellen

Erlasse (Gesetze, Verordnungen) der einzelnen rechtsetzenden Staaten.

1.2.2 Staatsvertragliche Quellen

1.2.3 Supranationale Quellen

Überstaatliche Verbände können, wenn sie über entsprechende Organe verfügen, unmittelbar oder mittelbar anwendbares Recht erlassen (z.B. die EU).

- Primäres Gemeinschaftsrecht (EWG, EGV¹¹): Die Verträge der EU enthalten nur wenig direkt anwendbares Recht (z.B. Art. 28 und 30 EGV den freien Warenverkehr oder Art. 81 f. EGV das Kartellrecht betreffend). Die übrigen Bestimmungen bedürfen zunächst der Umsetzung im nationalen Recht der einzelnen Staaten.
- Sekundäres Gemeinschaftsrecht (Verordnungen, Richtlinien): Verordnungen sind direkt anwendbares Recht, wohingegen Richtlinien zuerst der Umsetzung bedürfen. Unterlässt ein Staat die Umsetzung, können auch aus Richtlinien direkt Rechte abgeleitet werden, sofern die Richtlinie genügend konkret formuliert ist (HUGUENIN, AGB, 88 f.; vgl. auch den EuGH-Entscheid „Dillenkofer“¹²).

1.2.4 Handelsbrauch

Unter den Oberbegriff der Verkehrssitte fallen einerseits ortsspezifisch die Übung und der Ortsgebrauch und andererseits der brachenspezifische Handelsbrauch. Verweist das Gesetz auf Verkehrssitten, werden diese kraft Gesetzes mittelbar Gesetz, auch wenn die Vertragsparteien die Verkehrssitte nicht gekannt haben (z.B. Art. 124 III, 189 I, 314 I OR). Wenigstens soweit wie nach dem Willen der Parteien das (meist) dispositive Recht übernommen worden ist. Andernfalls muss auf dem Wege der Vertragsauslegung ermittelt werden, ob die Parteien stillschweigend Verkehrssitten vereinbart haben, oder ob eine andere Vereinbarung (hypothetischer Parteiwille) als getroffen angenommen werden muss (BK-KRAMER, Art. 1 N 223, Art. 18 N 30, 230, 242).

Im Zweifelsfall wird, im Handelsrecht eher als im Zivilrecht, kraft des Vertrauensprinzips die Verkehrssitte (d.h. das Übliche) als vereinbart angenommen werden dürfen. Ausnahmen ergeben sich dann, wenn eine Vertragspartei als branchenfremd anzusehen ist, oder wenn eine Partei durch die Verkehrssitte schwer benachteiligt wird, sodass sie diese kaum gewollt haben kann (Ungewöhnlichkeitsregel¹³).

¹¹ EG-Vertrag.

¹² Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94; E. Dillenkofer u.a. gegen Bundesrepublik Deutschland; Luxemburg 1996; I-4845.

¹³ Vgl. unten 1.2.6.

1.2.5 Kodifizierte Usanzen

Bei den sogenannten kodifizierten Usanzen handelt es sich nicht um rechtsverbindliche Kodifikationen wie etwa das ZGB oder das OR. Vielmehr sind es Sammlungen von standardisierten Kurzklauseln für den internationalen Handel, die von privaten internationalen Organisationen (z.B. der IHK bzw. ICC¹⁴) zusammengestellt worden sind (BUCHER BT, 137). Diese können als Richtlinien oder Vorschläge zur Vertragsgestaltung dienen. Oft bieten diese Organisationen zusätzliche Dienste wie z.B. private Schiedsgerichtsbarkeit an.

Die Güte solcher standardisierter Regeln zeigt sich – anders als bei Gesetzen, die nicht bloss kraft Übernahme gelten – sehr rasch in der Häufigkeit ihrer Anwendung. Dies führt zu einer regelmässigen Anpassung und Aktualisierung der Regelwerke durch die Herausgeber.

A) INCOTERMS

Die INCOTERMS dienen der Regelung der Erfüllungsmodalitäten (Gefahrtragung, Versicherung, Transportkostenübernahme usf.) im internationalen Warenkauf (BUCHER BT, 137; GUHL, 369).

Diese Kurzklauseln werden von der ICC herausgegeben, die jüngste Fassung stammt aus dem Jahre 1999: INCOTERMS 2000.¹⁵

B) Das Dokumentenakkreditiv

Das Dokumentenakkreditiv ermöglicht die Zug-um-Zug-Preiszahlung auf Distanz (BUCHER BT, 271; HONSELL BT, 335; GUHL, 563 ff., 603 ff.). Die ICC hat hierzu ebenfalls Richtlinien herausgegeben (ERA 500), die allerdings in der Anwendung schwierig zu handhaben sind und deshalb oft zu Fehlleitungen usf. führen.

1.2.6 Allgemein Geschäftsbedingungen (AGB)

Allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁶ sind zur Rationalisierung von Vertragsschlüssen von einer Vertragspartei abstrakt formulierte und standardisierte Massenverträge. Sie bilden kein Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht, sondern blosses Vertragsrecht soweit die AGB durch Konsens Vertragsinhalt geworden sind.

Eine wichtige Rolle spielen die AGB bei den Innominatkontrakten (Leasing, Franchising usf.), weil im Gesetz Regeln fehlen. Die Lösung ständig wiederkehrender Probleme wäre an sich die Aufgabe des Gesetzgebers.

¹⁴ Internationale Handelskammer, International chamber of commerce («<http://www.iccwbo.org>»).

¹⁵ Im Anhang finden sich die INCOTERMS 1990, für weitere Information und Bestellmöglichkeit siehe: «http://www.iccwbo.org/index_incoterms.asp».

¹⁶ Vgl. zum Ganzen: BURRI SIMONE/KÜCHLER MARCEL, Die Behandlung missbräuchlicher AGB-Klauseln in der Schweiz und in der EU, Referat anlässlich des Blockseminars im Konsumentenrecht vom 5./6. Juni 1998 an der Universität Bern; KOLLER THOMAS, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: recht 99, S. 43 ff.

Zu unterscheiden sind Konsumenten-AGB und Unternehmer-AGB, wobei letztere in der Regel zu weniger Problemen führen, da sie in Verträge zwischen (zumeist erfahrenen) Kaufleuten eingefügt werden.

Die Kontrolle von AGB ist in der Schweiz (ausser in Art. 8 UWG und Art. 256 II OR) gesetzlich nicht geregelt. Das BGE befasst sich mit AGB in dieser Hinsicht erst seit wenigen Jahren. Als Beispiele für AGB-Gesetze mögen das deutsche AGB-Gesetz oder die EU-Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen dienen (HUGUENIN, AGB, 85).

A) AGB als Problem

Problematisch sind AGB vor allem deshalb, weil sie nicht, wie vom Gesetz vorgesehen (vgl. Art. 1 OR), von beiden Vertragsparteien ausgehandelt, sondern von einer Partei im Voraus formuliert und regelmässig unverändert in die Verträge übernommen werden. Sie sollten deshalb nicht den Vereinbarungen frei ausgehandelter Verträge gleichgestellt werden.

Die folgenden faktischen Probleme stellen sich bei AGB:

- Die AGB können derart unklar oder kompliziert formuliert sein, dass sie von der andern Vertragspartei nicht verstanden werden können.
- Die andere Vertragspartei (Konsument) liest die AGB nicht.
- Die Verteilung von Rechten und Pflichten kann vom Verfasser der AGB einseitig vorgenommen werden.
- Die AGB werden nachgeschoben, bei der Vertragsverhandlung ist von ihnen noch nicht die Rede.
- Es herrscht faktischer Vertragszwang, weil ohne AGB der Vertrag nicht geschlossen wird (z.B. die Kontoeröffnung bei einer Bank). Und oft machen Konditionenkartelle ein Ausweichen auf einen anderen Anbieter unmöglich.

B) Rechtliche Probleme bei AGB

a) Geltungskontrolle

AGB gelten nur, soweit sie Vertragsbestandteil geworden sind. Sie können ausdrücklich in den Vertrag übernommen werden, z.B. durch Erwähnung im Vertrag, oder stillschweigend. Stillschweigende Übernahme genügt bei Konsumentenverträgen in der Regel nicht. Höchstens dann, wenn zwischen der Vertragspartnern schon vorher Verträge bestanden haben, in denen die Übernahme der AGB ausdrücklich vorgesehen war. Bei Unternehmer-AGB kann eine stillschweigende Übernahme eher angenommen werden.

In der Regel erfolgt eine Globalübernahme der AGB, auch wenn theoretisch Einzel- oder Teilübernahme möglich wäre. Individualabreden haben vor den Klauseln der AGB Vorrang.

Nach dem Vertrauensprinzip darf der Verwender von AGB annehmen, dass die AGB gelten, auch wenn der Vertragspartner sie nicht gelesen haben sollte (vgl. die Dogmatik der ungelesenen Urkunde; BGE 64 II 355; MERZ HANS, Massenvertrag und AGB, FS Schönenberger, Freiburg 1968, S. 137 ff.).

Der Unterzeichner hat also grundsätzlich die AGB gegen sich gelten zu lassen. Ausgenommen sind jedoch solche Klauseln, die derart ungewöhnlich sind, dass mit ihnen vernünftigerweise nicht gerechnet werden musste, die vom Vertragskonsens nicht gedeckt sein können (Ungewöhnlichkeitsregel). Ungewöhnliche sind z.B. solche Klauseln, die sehr weit von den (dispositiven) gesetzlichen Bestimmungen abweichen. Solche Klauseln sind nicht als Bestandteil des Vertrages zu betrachten. Die übrigen Teile der AGB sind zumeist gültig. Die Rechtsfolge der Ungültigkeit einzelner Klauseln bestimmt sich nach Art. 20 II OR, da selten anzunehmen ist, dass ein Vertrag ohne die entfallende Einzelklausel nicht geschlossen worden wäre. An die Stelle der Klausel tritt entweder dispositives Vertragsrecht oder der Richter bestimmt eine neue Klausel nach den Regeln der vertraglichen Lückenfüllung (analog Art. 1 II ZGB).

Voraussetzung für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel ist einerseits die (ökonomische) Schwäche oder die Unerfahrenheit des Unterzeichners (z.B. wegen der Einmaligkeit des Vertrages) und andererseits die subjektive und objektive Ungewöhnlichkeit einer Klausel (BGE 109 II 452; BGE 119 II 443).

Die grosse Verbreitung von AGB muss die Ungewöhnlichkeit einer ihrer Klauseln nicht ausschliessen. Branchenusancen können bei Vertragsbeziehungen zu Konsumenten nicht geltend gemacht werden, aus der Branchenusanz ergibt sich insofern keine objektive Gewöhnlichkeit.

Bei sogenannten „nachgeschobenen“ AGB stellt sich die Frage, ob vom Empfänger erwartet werden darf, dass er, falls er mit den AGB (oder den neuen AGB) nicht einverstanden ist, seine Vorbehalte vorbringt? Und, falls er dies nicht tut, ob der Verwender der AGB von seinem stillschweigenden Einverständnis ausgehen kann? Die Lehre tendiert dazu, vom Empfänger eine ausdrückliche Annahme der AGB zu verlangen, damit diese Vertragsbestandteil werden.

Unklarheit über die Geltung von AGB-Bestimmungen kann auch dort auftreten, wo zwei Unternehmen jeweils ihre, kollidierende Bestimmungen enthaltende, AGB „nachschoben“. Welche der AGB werden in diesem Fall Vertragsbestandteil? Keine befriedigende Lösung bietet wohl die Theorie des „letzten Wortes“, welche die zuletzt nachgereichten AGB gelten lassen will (KRAMER ERNST A., Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben und rechtsgeschäftlicher Vertrauensschutz, in: recht 1990, S. 99 ff.; G/S, 1159).

b) Auslegungskontrolle

Wird die Geltung von AGB an sich nicht bestritten, kann dennoch Uneinigkeit über die Bedeutung der einzelnen Bestimmungen bestehen. Lässt sich in Auslegungsfragen nicht bestimmen, was der ursprüngliche, effektive Wille der Parteien war, wird das Vertrauensprinzip angewendet.

In Bezug auf AGB hat sich eine spezielle Praxis entwickelt: Wenn sich kein natürlicher oder normativer Wille der Parteien ermitteln lässt, so werden unklare Bestimmungen zulasten des Verwenders der AGB ausgelegt (BGE 115 II 264).

c) Inhaltskontrolle

Da in der Schweiz ein AGB-Gesetz fehlt, gibt es die Möglichkeit einer (offenen) Inhaltskontrolle von AGB nicht. Auch wenn eine solche Kontrolle mit der Vertragsfreiheit in Konflikt steht, wäre sie zur Korrektur unbilliger AGB-Inhalte erwünscht.

Das BGer nimmt die Inhaltskontrolle oft versteckt zusammen mit der Geltungs- und Auslegungskontrolle vor. Der Rechtssicherheit wegen wäre aber eine transparente und offene Inhaltskontrolle zu wünschen.

Einige wenige Bestimmungen des schweizerischen Rechts erlauben, den Inhalt von AGB zumindest in krassen Fällen zu kontrollieren:

- Zwingendes Gesetzesrecht kann auch von Bestimmungen in AGB nicht wegbedungen werden (z.B. Art. 100, 256 II OR).
- Eine übermässige Bindung ist auch hier ungültig (Art. 27 ZGB).
- Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit können Bestimmungen in AGB ungültig machen (Art. 19, 20 OR).¹⁷
- Art. 8 UWG erlaubt die Inhaltskontrolle und -korrektur, wenn in den AGB in irreführender Weise eine der Vertragsnatur widersprechende, unausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten herbeigeführt oder von der gesetzlichen Ordnung erheblich abgewichen wird. Es ist jedoch unklar, wie der Begriff der Irreführung auszulegen ist. Beispiele: Garantien, bei denen sämtliche Haftung ausgeschlossen wird. Unklare, mehrdeutige Klauseln, die nicht zu verstehen sind. Die über den ganzen AGB-Text verteilte Regelung eines bestimmten Sachverhaltes. Ausserordentlicher Umfang der AGB. Zeitdruck und/oder psychischer Druck bei der Unterzeichnung.

1.2.7 Die Rechtswahlfreiheit

Prinzipiell gilt für die Rechtswahl die Parteiautonomie. Einschränkungen sind nur dort vorgesehen, wo eine Partei als schutzbedürftig anzusehen ist (Verbraucher- und Arbeitsverträge, Art. 120 f. IPRG).

Wird keine Rechtswahl getroffen, gilt das Recht desjenigen Staates, in welchem diejenige Vertragspartei ihren Sitz hat, die die typische Vertragsleistung zu erbringen hat (Art. 117 IPRG).

1.2.8 Gerichtswahlfreiheit

Die Parteien können frei einen beliebigen Gerichtsstand wählen, allerdings müssen sie bestimmte Formvorschriften einhalten (Art. 5 I IPRG) und der Richter muss seine Zuständigkeit bejahen (Art. 5 II IPRG). Wenn sich die beklagte Partei auf den von der andern Partei angestrebten Prozess einlässt, akzeptiert sie damit stillschweigend den Gerichtsstand.

Die Parteien können auch eine Schiedsgerichtsbarkeit (arbitration) vereinbaren (Art. 7, 176 ff. IPRG). Das kann unter Umständen Vorteile haben.

¹⁷ KRAMER hält überdies den in Art. 19 II OR genannten Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, der bis anhin keine eigene rechtliche Bedeutung hat, für anwendbar: Das dispositive Recht sei Ausdruck der öffentlichen Ordnung. Wenn nun das dispositive Recht systematisch zulasten einer Partei derogiert werde, so sei darin ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung zu sehen. Vgl. BK-KRAMER, Art. 19 N 290 ff.

A) Vorteile der privaten Schiedsgerichtsbarkeit

Die meisten Vorteile der privaten Schiedsgerichtsbarkeit sind zweiseitig, d.h. können unter Umständen auch Nachteile mit sich bringen. Die einzigen unumstrittenen Vorteile sind:

- Durch die Vereinbarung privater Schiedsgerichtsbarkeit im Falle von Verträgen mit Staaten liegt stillschweigend stets auch der Verzicht auf die sovereign immunity (Immunität des Staates vor Klagen aus Vertrag oder ausservertraglicher Haftung; Staat tritt mit Gewissheit wie ein Privater auf);
- die Vereinbarung privater Schiedsgerichtsbarkeit erlaubt die freie Wahl des Ortes der „Verhandlung“;
- und der unzweifelhaft grösste Vorteil besteht in der einigermaßen problemlosen Durchsetzung privater Schiedsgerichtsurteile, zumindest in Staaten, welche dem New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) beigetreten sind.

Andere mögliche Vorteile:

- Vertraulichkeit, Diskretion;
- schnelles und unkompliziertes Verfahren, keine extensive discovery;
- billigeres Verfahren (Einsparung von Gerichts- und Anwaltskosten);
- Unparteilichkeit des Gerichts;
- Experten amten als Schiedsrichter;
- Möglichkeit der Rechtswahl;
- endgültige Entscheidung, kein Weiterzug des Urteils;
- Sprachvereinbarungen;
- guter Rahmen für Vergleiche.

B) Nachteile der privaten Schiedsgerichtsbarkeit

Einige der oben genannten Vorteile können sich, je nachdem welche Partei es betrifft, auch als gewichtige Nachteile herausstellen. Andere Nachteile sind:

- Weniger strukturierte „Verhandlungen“;
- weniger gute Vorausssehbarkeit des Resultats;
- voreingenommene Schiedsrichter, Korruption;
- Rechtswahl im Voraus kann sich als nachteilig herausstellen, Abwarten kann oft von Vorteil sein;
- auch private Schiedsgerichtsbarkeit kann oft sehr teuer sein;
- die obsiegende Partei wird allenfalls nicht so viel erhalten, wie sie von einem regulären Gericht zugesprochen erhalten hätte, weil private Schiedsrichter oft versuchen, ein ausgewogenes Resultat herzustellen;
- Gerichte werden meist Schiedsvereinbarungen durchsetzen, weil sie ihnen Arbeit ersparen.

2 Handelsregister und kaufmännische Buchführung

2.1 Das Handelsregister

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 6 N 5 ff.

Die Rechtsgrundlagen für das Handelsregister finden sich zum einen in Art. 927 ff. OR und zum andern in der Handelsregisterverordnung (HRV)¹⁸.

2.1.1 Zweck

A) Publizitätsfunktion

Das Handelsregister ist für die Öffentlichkeit und für die Gewerbetreibenden selbst von grosser Bedeutung, da es über alle wesentlichen rechtserheblichen Tatsachen (Sitz, Organe, Zweck, Rechtsform, Vertretungsverhältnisse) einer Unternehmung Auskunft gibt (BGE 75 I 78). Wie das Grundbuch ist das Handelsregister deshalb eine wichtige Informationsquelle.

Das Handelsregister (abgesehen von der Eintragungskorrespondenz, Art. 930 OR und Art. 9 IV HRV) ist gegen eine Einsichtsbüher (Art. 9 II HRV) ohne Interessennachweis öffentlich.

B) Anknüpfungsfunktion

Der Eintrag ins Handelsregister ist Ausgangs- und Anknüpfungspunkt für bestimmte Rechtsfolgen:

- Die Eintragung hat für die meisten juristischen Personen konstitutive Wirkung (Art. 52 I ZGB);
- die Firma einer Unternehmung ist vom Augenblick der Eintragung an automatisch geschützt (Ausschliesslichkeitsschutz, Art. 956 OR);
- nur eingetragene Unternehmungen sind konkursfähig (Art. 39 f. SchKG¹⁹); sie unterstehen damit zwar einer schärferen Haftung, sind deshalb aber auch kreditwürdiger;
- falls der betreffende Kanton ein Handelsgericht kennt (z.B. ZH, BE, AG), unterstehen die im Register eingetragenen Personen diesem;
- Bürgschaften bedürfen nicht mehr der Zustimmung des Ehepartners (Art. 494 II OR).

¹⁸ Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937, SR 221.411.

¹⁹ BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1.

2.1.2 Gliederung, Organisation und Rechtsmittel

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 6 N 16 ff.

Vgl. auch den Anhang: Das Handelsregister.

A) Gliederung des Handelsregisters

Das Handelsregister besteht nicht aus einem einzigen Register, sondern es gliedert sich in folgende Teile:

a) Tagebuch

Das Tagebuch enthält in chronologischer Reihenfolge die Anmeldungen für den Registereintrag. Es ist massgebend für den Zeitpunkt des Eintrags (Art. 11, 15, 19 HRV).

b) Hauptregister

Die Eintragung ins Hauptregister erfolgt, sobald der Eintrag geprüft und im SHAB (Schweizerisches Handelsamtblatt) veröffentlicht worden ist (Art. 11 ff. HRV).

c) Firmenverzeichnis

Das alphabetische Firmenverzeichnis mit den entsprechenden Verweisen erleichtert das Auffinden von Einträgen im Hauptregister (Art. 14 HRV).

d) Hilfsregister

Im Hilfsregister werden ergänzende Beilagen zum Registereintrag gesammelt (z.B. Statuten, Liste der persönlich haftenden Genossenschafter [Art. 835 IV OR, Art. 94 f. HRV]).

e) Zentralregister

Das Zentralregister wird vom Eidgenössischen Amt für das Handelsregister geführt und enthält alle im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Firmen juristischer Personen (Art. 119 I HRV).

B) Organisation des Handelsregisters

a) Bundesrat

Der Bundesrat ist für die Erlasse auf Bundesebene (Art. 929 I, 931 III, 936 OR) und die Genehmigung der kantonalen Ausführungsvorschriften zuständig (Art. 1 IV HRV).

b) Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartament (EJPD)

Das EJPD hat die Oberaufsicht über das Handelsregister und seine Führung (Art. 4 I, II HRV) und ist zuständig für die Erteilung von Weisungen (Kreisschreiben, Art. 4 III HRV) sowie die Erstellung einheitlicher Formulare (Art. 18 HRV).

c) Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA)

Das Amt führt das Zentralregister (Art. 119 HRV) und veröffentlicht die Tagebucheinträge im SHAB (Art. 113 HRV). Nach der Eintragung ins Tagebuch müssen die Kantone allen notwendigen Unterlagen unverzüglich dem Amt für das Handelsregister

zustellen. Es prüft alle Einträge auf ihre formelle (und teilweise auch materielle)²⁰ Richtigkeit (Art. 115 HRV). Daneben hat es Aufsichtsfunktionen (Inspektionen, Art. 4 HRV) und erlässt Weisungen an die einzelnen kantonalen Registerämter (vgl. dazu auch: Anhang: Liberalisierung des Firmenrechts).

Verweigert das Amt die Zustimmung zur Eintragung, ist die Eintragung zur Streichung vorzumerken. Zum Verfahren vgl. Anhang: Das Handelsregister.

Auch Dritte sind aktivlegitimiert, sie müssen sich allerdings an den Zivilweg halten (Art. 32 HRV). Bei noch nicht erfolgter Eintragung kann der Zivilrichter eine vorsorgliche Verfügung erlassen, die das Eintragungsverfahren stoppt.

d) Kantonale Aufsichtsbehörden

Die Aufsichtsbehörde hat das Registeramt mindestens ein Mal pro Jahr zu kontrollieren (Inspektionen; Art. 927 III OR, Art. 3 II HRV). Die Aufsichtsbehörde ist gleichzeitig die erste Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen (oder versäumte Verfügungen) von Handelsregisterführern und hat die Kompetenz zur Verhängung von Ordnungsbussen (Art. 2 HRV).

e) Kantonales Registeramt

Jeder Kanton hat mindestens ein Handelsregisteramt zu führen (Art. 927 I, II OR), wobei es den Kantonen frei steht, diese bezirksweise zu führen.

f) Rekurskommission für geistiges Eigentum

Eine Sondernorm gilt für firmenrechtliche Belange: Gemäss MSchG 36 II können Verfügungen des Eidg. Amtes für das Handelsregister über die Unzulässigkeit einer Firmenbezeichnung oder des Namens einer Stiftung oder eines Vereins nur mittels Beschwerde an die Rekurskommission für geistiges Eigentum angefochten werden.

g) Bundesgericht

Das BGer ist für Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Entscheide des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, der Rekurskommission für geistiges Eigentum oder kantonaler Aufsichtsbehörden zuständig (Art. 5 HRV, Art. 98 lit. e und g OG).

2.1.3 Eintragungsverfahren

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 6 N 47 ff.

A) Das Anmeldeprinzip

Grundsätzlich ist, wer sich ins Handelsregister eintragen lassen will oder muss, gehalten, den Eintrag selber beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 52 I HRV). Ohne Anmeldung erfolgt keine Eintragung.

Nur ausnahmsweise ist der Handelsregisterführer befugt, von Amtes wegen eine Eintragung vorzunehmen:

²⁰ Die Prüfung der materiellen Richtigkeit kann vom EHRA noch weniger gut geprüft werden als vom Handelsregisterführer, da dem Amt noch weniger konkrete Unterlagen zur Verfügung stehen als diesem.

- Wenn ein Eintragungspflichtiger sich nach Aufforderung dennoch weigert, die Anmeldung vorzunehmen (Art. 57 I HRV);
- nach einer Meldung durch den Richter zur Änderung eines Eintrages;
- bei Konkurseröffnung (Art. 64 ff. HRV);
- bei Bestehen eines Nachlassverfahrens (Art. 64 II HRV, Art. 293 ff. SchKG);
- bei stattgebener Auflösungsklage bezüglich einer Stiftung nach Meldung durch den Richter (Art. 89 II ZGB);
- bei Wegzug (und gleichzeitiger Aufgabe des Betriebes), Tod oder Entmündigung des Geschäftsinhabers (Art. 68 HRV).

B) Die Eintragungspflicht

Eintragungspflichtig ist, wer ein kaufmännisches Unternehmen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 4 N 35 ff.) führt, das folgende Qualifikationen erfüllt (Art. 934 I OR, Art. 52 III HRV):

- Das Unternehmen muss juristisch oder zumindest wirtschaftlich (z.B. Zweigstelle) selbständig sein;
- die Tätigkeit der Unternehmung muss auf Dauer angelegt, d.h. repetitiv und wiederholbar sein;
- und die Unternehmung muss auf wirtschaftlichen Erwerb ausgerichtet sein, wobei blosser Umsatz ausreicht, Gewinn(-streben) ist nicht erforderlich.

Öffentliche Unternehmen wie Kantonalkassen oder Kreisspitäler sind ebenfalls einzutragen.

Das Gesetz führt weiter aus, was unter dem Begriff des Handels-, Fabrikations- oder nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe zu verstehen sei (Art. 53 HRV).

Nicht eintragungspflichtig ist, wer nicht einen Umsatz von Fr. 100'000.- erreicht. Davon sind wiederum ausgenommen die in Art. 53 lit. A Ziff. 2, 3, 4, 6 und 7 HRV genannten Unternehmungen (Art. 54 HRV).

Das BGer nimmt auch Gewerbebetrieb mit einem Umsatz von über Fr. 100'000.- von der Eintragungspflicht aus, wenn es sich dabei um Landwirtschaftsbetriebe handelt und keine andere Tätigkeit damit verbunden ist (BGE 110 Ib 26). Ausgenommen sind ebenfalls die Vertreter der sogenannten *artes liberales*: die Anwälte, Ärzte, Architekten usw. (BGE 106 Ib 315) und kleine Handwerksbetriebe soweit der persönlichen Tätigkeit des Unternehmers zentrale Bedeutung zukommt.

Die Sanktionen für die Verletzung der Eintragungspflicht sind Bussen und Haftung für Schäden, die aus der Unterlassung entstehen (Art. 942 f. OR, Art. 2 HRV).

C) Das Eintragsrecht

Das Recht sich einzutragen zu lassen haben auch Gewerbebetriebe, die nach Handelsregisterverordnung nicht dazu verpflichtet sind. Die Eintragung kann für solche Betriebe dennoch von Vorteil sein, weil mit dem Eintrag automatisch Firmenschutz und Konkursfähigkeit (d.h. verbesserte Kreditwürdigkeit) eintreten.

Vereine können sich einzutragen lassen, auch wenn sie kein kaufmännisches Gewerbe betreiben (Art. 62 I ZGB). Betreiben sie ein solches Gewerbe, sind auch sie zum Eintrag

verpflichtet (Art. 62 II ZGB). Der Eintrag ist dann, im Unterschied zu andern juristischen Personen (AG, GmbH usw.), nicht konstitutiv.

Einfache Gesellschaften können sich nicht eintragen lassen, denn diese dürfen kein kaufmännisches Gewerbe betreiben, welcher Schluss sich *e contrario* aus Art. 552 OR ziehen lässt.

D) Die Zwangseintragung

a) Durch den Handelsregisterführer

Zwar sind die Eintragungspflichtigen gehalten, den Eintrag beim Handelsregisterführer selber anzumelden; weil aber an der Vollständigkeit des Handelsregisters ein öffentliches Interesse besteht, muss der Registerführer, wenn ihm ein eintragungspflichtiger Sachverhalt bekannt wird, den Eintragungspflichtigen auffordern, die Anmeldung vorzunehmen (Art. 57 I HRV).

Unterlässt der Eintragungspflichtige die Anmeldung stillschweigend, muss der Registerführer den Eintrag von Amtes wegen vornehmen (Art. 57 IV HRV). Bei schriftlich begründeter Weigerung entscheidet die kantonale Aufsichtsbehörde (Art. 58 HRV).

Da dem Registerführer zumeist nicht alle Details der eintragungspflichtigen Gesellschaft bekannt sein können, wird im Zweifelsfall eine Kollektivgesellschaft eingetragen. Die Konsequenzen, insbesondere die unbeschränkte solidarische Haftung, haben die Gesellschafter zu tragen. (Dies ein weiteres Mittel, die Eintragungspflichtigen dazu zu „motivieren“, dem Registerführer alle relevanten Tatsachen anzumelden.)

b) Auf Veranlassung Dritter

Dritte können ebenfalls die Eintragung eines bestimmten Sachverhalts durch den Registerführer verlangen. Dies bedarf allerdings einer Begründung (BGE 115 II 276). Ein Dritter kann beispielsweise den Wiedereintrag einer gelöschten Gesellschaft verlangen, weil diese eine Marke besass, die seiner ähnlich ist und er Klage einreichen möchte (Markenstreit). Der Eintrag verschafft dieser Gesellschaft die Passivlegitimation.

E) Die Kognition (Prüfungskompetenz) des Handelsregisterführers

Das Gesetz spricht dem Registerführer eine umfassende Prüfungsbefugnis zu (Art. 940, 955 OR). Da der Registerführer als Teil der Exekutive damit Judikativfunktion erhält, hat die Praxis, soweit es nicht um Register-, sondern um materielles Recht geht, die seine Prüfungsbefugnis eingeschränkt. Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 6 N 30 ff.

a) Registerrechtliche Prüfung

Die formalen Gesichtspunkte der Eintragung wie Eintragungsfähigkeit, Legitimation einer Person für die Anmeldung, fehlende Belege usw. kann der Registerführer unbeschränkt prüfen.

In der Praxis ist der Registerführer auf die Richtigkeit der Unterlagen angewiesen, die ihm zur Verfügung gestellt werden. Es fehlen ihm die Mittel zu einer umfassenden Kontrolle. Er ist auf die Prüfung offensichtlicher Unwahrheiten und Fehler beschränkt.

b) Materiellrechtliche Prüfung

Im Bereich des materiellen Rechts ist die Prüfungsbefugnis des Registerführers beschränkt darauf, die Einhaltung zwingender Vorschriften, die Verletzung öffentlicher

Interessen (dazu gehört z.B. auch der Gläubigerschutz) und offensichtliche und eindeutige Gesetzesverletzungen zu kontrollieren (BGE 104 II 68)²¹.

Im Übrigen ist die Rechtmässigkeit der Eintragung von der Justiz zu prüfen.

c) Die Rolle des betroffenen Dritten im Eintragsverfahren

Dritte können auf das Eintragsverfahren nicht direkt Einfluss nehmen. Der Registerführer muss ihnen aber (wenn der Eintrag noch nicht erfolgt ist) eine Frist gewähren, während welcher sie vom Zivilrichter eine Verfügung auf Nichteintragung erwirken können (Art. 32 II HRV). Nach der Eintragung können Dritte im ordentlichen Verfahren vor dem Zivilrichter klagen (Art. 32 I HRV).

F) Registerwirkung

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 6 N 56 ff.

a) Beginn der Registerwirkungen

Im Innenverhältnis beginnt die Wirkung – wenn der Registerführer der Eintragung zustimmt – mit der Eintragung ins Tagebuch (Art. 932 I, II OR). Nach aussen beginnt die Wirkung am ersten Werktag nach der Publikation des Eintrags im SHAB (Art. 932 II OR). Ausnahmen nach Art. 932 III OR: z.B. Art. 647 III OR.

b) Deklaratorische und konstitutive Eintragung

• ***Deklaratorische Wirkung (Publizitätsfunktion)***

Die Wirkung der Eintragung beschränkt sich hier auf das blosses Kundtun bereits bestehender Tatsachen (z.B. Art. 458 II, 552 II, 594 III OR).

• ***Konstitutive Wirkung (Rechtsbegründung)***

Die gewünschte Rechtsfolge tritt erst mit Eintragung ein (z.B. Entstehen der AG, Art. 52 I ZGB). Von den juristischen Personen bedürfen nur gerade der Verein, die kirchlichen und die Familienstiftungen zu ihrem Entstehen nicht der Eintragung.

Des Eintrages bedürfen ausserdem: Die Prokura (Art. 458 III OR), die nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft (Art. 553 OR) und die nichtkaufmännische Kommanditgesellschaft (Art. 595 OR).

c) Externe Wirkung

i) Wirkungen richtiger Handelsregistereinträge (Art. 933 I OR)

Der richtige Eintrag im Handelsregister begründet die unwiderlegbare Fiktion des Bekanntseins der betreffenden Tatsachen (positive Publizität zulasten Dritter). Die gilt auch für Ausländer, die im Ausland leben (BGE 96 II 444).

ii) Wirkungen fehlender Handelsregistereinträge (Art. 933 II OR)

Negative Publizitätswirkung zugunsten Dritter: Fehlt ein Registereintrag, muss unterschieden werden zwischen:

²¹ Z.B. darf er die Eintragung von Statutenänderungen einer Aktiengesellschaft verweigern, wenn diese die Schaffung neuer Stimmrechtsaktien vorsehen, welche gegen Art. 693 OR i.V.m. Art. 5 der Schlussbestimmungen des rev. Aktienrechts verstossen. BGE vom 12.2.98, in: NZZ vom 14. Mai 1998, Nr. 110.

- ***deklaratorischen Einträgen und;***

Ist die Eintragung deklaratorisch, kann sich nur der gutgläubige Dritte auf den fehlenden Eintrag berufen. Nur der bösgläubige (nicht aber der bloss unaufmerksame im Sinne von Art. 3 II ZGB) Dritte kann sich nicht darauf berufen, sein böser Glaube ist zu beweisen (so explizit 933 II OR).

- ***konstitutiven Einträgen.***

Fehlende konstitutive Einträge können nicht einmal dem bösgläubigen Dritten entgegengehalten werden. Was nicht eingetragen ist, kann keine Rechtswirkung entfalten.

iii) Wirkungen falscher Handelsregistereintragungen

Unklar ist, ob das Handelsregister wie das Grundbuch (Art. 973 ZGB) öffentlichen Glauben genießt (positive Publizität zugunsten Dritter). Eine analoge Gesetzesbestimmung fehlt. Die h.L. nimmt an, das Handelsregister genieße keinen öffentlichen Glauben (BGE 111 II 480), ausser es bestehen entsprechende Spezialbestimmungen (z.B. bei der Löschung der Prokura, Art. 461 II OR; oder der Verminderung der Kommanditsumme, Art. 609 I OR).

Der gutgläubige Dritte kann sich insbesondere in folgenden Fällen nicht auf einen Eintrag verlassen:

- Bei Handlungsunfähigkeit des Eintragenden;
- bei Konkursdekreten, die mit Erlass und nicht erst mit Eintragung Geltung erlangen;
- bei unerlaubter Dritteinwirkung auf den Registerführer.

Bei Versehen des Registerführers ist der gute Glaube Dritter geschützt, für Schäden haftet der Registerführer (Art. 928 OR). (Für falsche Zwangseinträge haftet der Eintragungspflichtige.)

Falsche oder fehlerhafte Registereinträge können u.U. erst viel später zu Problemen führen, beispielsweise kann die Börsenkotierung Schwierigkeiten bereiten, wenn bei der Prüfung der Zulassung an die Börse Mängel in den Gründungsdokumenten einer Unternehmung entdeckt werden.

d) Interne Wirkung

Im Innenverhältnis hat der Eintrag im Handelsregister, ausser bei konstitutiven Einträgen, in der Regel keine Wirkung. Es gelten die bestehenden Tatsachen. Evtl. kann die heilende Wirkung des Registereintrags gegen innen wirken (Art. 643 II OR).

e) Heilende Wirkung bei mangelhaften Handelsregistereinträgen

In gewissen Fällen wird aus Gründen der Rechtssicherheit eine mangelhafter Eintrag zunächst wie ein richtiger behandelt (Art. 9 ZGB). Es handelt sich dabei nicht um eine eigentliche Heilung: der Mangel muss korrigiert werden (Art. 60 HRV). Erweist er sich als nicht zu beheben, wird die Gesellschaft *ex nunc* aufgelöst (Art. 643 III OR, analoge Anwendung auch auf die GmbH und die Genossenschaft, nicht jedoch auf Stiftungen).

2.1.4 Zweigniederlassungen

Zweigniederlassungen²² können ebenfalls eingetragen werden. Der Eintrag muss jedoch stets mit Bezug auf den Hauptsitz erfolgen (Art. 642, 782, 837, 935 OR, Art. 69 ff. HRV; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 23 N 6 ff.; BGE 89 II 411, BGE 103 II 199, BGE 108 II 124).

Eine Zweigniederlassung liegt dann vor, wenn:

- es sich um einen kaufmännischen Betrieb (d.h. nicht bloss um einen technischen „Ableger“) handelt;
- der Betrieb rechtlich unselbständig ist;
- er jedoch eine gewisse organisatorische Selbständigkeit besitzt (so dass er rasch auch in rechtliche Selbständigkeit überführt werden könnte);
- der Betrieb räumlich von der Hauptniederlassung gesondert ist;
- er auf Dauer angelegt ist und;
- er eine gleichartige Tätigkeit ausführt wie das Hauptunternehmen.

Weitere Indizien dafür, dass eine Zweigniederlassung vorliegt, sind Zeichnungsbefugnisse (evtl. auf die Niederlassung beschränkt, sog. Filialprokura, Art. 460 I, 718a II, 899 II OR) oder eigene Bankkonten, Briefpapier usf.

Filialen haben die gleiche Firma (evtl. mit Zusatz) zu führen wie die Hauptniederlassung (Art. 70 HRV).

Der Eintrag der Zweigniederlassung begründet für diese einen eigenen alternativen Gerichtsstand, an dem die Zweigniederlassung betreffende Klagen eingereicht werden können (z.B. Art. 642 III, 782 III, 837 III OR). Für ausländische Gesellschaften, nicht jedoch für schweizerische Unternehmungen, begründet der Eintrag gleichzeitig am Sitz der Zweigniederlassung einen eigenen Betreuungsort (Art. 46, 50 SchKG).

2.1.5 Änderungen

Änderungen²³ bzw. das Enden (d.h. die Löschung) von im Handelsregister eingetragenen Tatsachen sind gleich einzutragen wie Ersteintragungen (Art. 33 HRV). Da die wirtschaftlichen Tatsachen ständig ändern, bedarf es dieser Pflicht, damit das Handelsregister seine öffentliche Aufgabe erfüllen kann (Art. 937 f. OR, Art. 59 ff. HRV).

i) Sitzverlegung innerhalb der Schweiz

Sitzverlegungen innerhalb der Schweiz sind ohne Neugründung der Unternehmung möglich (Art. 49 HRV).

²² BGE 117 II 87: Eine Zweigniederlassung ist ein kaufmännischer Betrieb, „der zwar rechtlich Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt, der aber in eigenen Räumen dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit verfügt“.

²³ Zu Fusion, Spaltung, Umwandlung, Sitzverlegung vom und ins Ausland vgl. auch Handelsrecht II, 5.

ii) Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz

Will ein Unternehmen seinen Sitz vom Ausland in die Schweiz verlegen, muss es allenfalls gänzlich liquidiert (steuerliche Folgen bei der Auflösung der stillen Reserven!) und nach schweizerischem Recht neu gegründet werden (Art. 50 HRV, Art. 161 f. IPRG; EGLI, Sitzverlegung im IPR, Diss. ZH).

iii) Sitzverlegung von der Schweiz ins Ausland

Verlegt ein Schweizer Unternehmen seinen Sitz ins Ausland, kann es sich ohne Liquidation dem neuen Recht unterstellen. Für bestehende Verbindlichkeiten muss der Nachweis erbracht werden, dass diese weiterhin gedeckt sind. Für diese Verbindlichkeiten verbleibt der Gerichtsstand in der Schweiz.

iv) Ausserordentliche Sitzverlegung ins Ausland

In Krisensituationen kann der Sitz international tätiger Schweizer Unternehmen innert kürzester Zeit ins Ausland verlegt werden. Diese ausserordentliche Sitzverlegung bedarf allerdings eines Bundesratsbeschlusses und ist durch internationale Staatsverträge geregelt.

Die Sitzverlegung erfolgt mittels Übertragung an Dritte zu treuen Händen, wobei aber das Unternehmen ein schweizerisches bleibt.

v) Internationale Fusionen

Zu internationalen Fusionen fehlen im Gesetz jegliche Bestimmungen. Unklar ist, ob die Unternehmen zuerst liquidiert werden müssen, was enorme steuerliche Konsequenzen hätte, müssten doch alle stillen Reserven aufgelöst werden. In der Praxis wird das Problem durch Gründung eines gemeinsamen Konzerns umgangen, in welchem die Unternehmen als gänzlich abhängige Tochterfirmen weiterbestehen.

2.2 Die kaufmännische Buchführung

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 8 N 5 ff.; EISENHUT/KAMPFER/TEUSCHER, 13 ff., 17 ff., 33 ff.

Die Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung finden sich in den Art. 957 ff. OR. Bei der Revision des Aktienrechts hat der Gesetzgeber die Gelegenheit wahrgenommen und für die Aktiengesellschaft auch die Buchführung revidiert (Art. 662 ff. OR). Diese Bestimmungen sind für andere Gesellschaftsformen dann relevant, wenn ihre Regeln bezüglich der Buchführung auf das Aktienrecht verweisen. Jedenfalls soweit man von einer dynamischen Verweisform ausgeht und mit dem Verweis nicht nur das bisherige Recht gemeint haben will (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 8 N 68, 10 N 78 ff.).

2.2.1 Die Pflicht zur Buchführung

A) Die Bedeutung der kaufmännischen Buchführung

- Die kaufmännische Buchführung dient zunächst einmal dem Unternehmen selbst als unentbehrliche Informationsquelle über die Vergangenheit und als Planungsgrundlage für die Zukunft. Das Geschäftsergebnis bestimmt unmittelbar die Aktienkurse und dient oft der Beurteilung der Geschäftsleitung.

- Dann steht die Buchführung auch im Interesse der Gesellschafter, denen, je nach Gesellschaftsform, ein mehr (Kommanditär, Art. 600 III OR) oder weniger (Aktionär, Art. 696 f. OR) weit gehendes Einsichtsrecht zugestanden wird, und der Mitarbeiter, die zwar kein gesetzliches Einsichtsrecht haben, die aber seit Einführung des Mitwirkungsgesetzes²⁴ (Art. 9 II MitwirkungsG) mindestens jährlich über den Geschäftsgang informiert werden müssen.
- Die Bestimmungen über die Buchführung sind aber vor allem auf den Schutz des Gläubigers bedacht und weniger auf die Interessen der Anleger und Investoren. Dies zeigt sich insbesondere im Prinzip der vorsichtigen Bilanzierung, welches den Unternehmen mittels grosser Abschreibungen und stillen Reserven erlaubt, ihre Ertragslage als weniger günstig erscheinen zu lassen als sie in Wirklichkeit ist. Dieses Prinzip führt zu geringeren Bewertungen und bevorzugt Insider, die auf diese Weise günstig unterbewertete Unternehmen erwerben können. Der Wettbewerb beim Erwerb von Unternehmen wird so ausgeschaltet. Gewisse Korrekturen sind anlässlich der Revision des Aktienrechts vorgenommen worden.
- Und schliesslich erfolgt die Besteuerung auf der Grundlage der Buchführung, wobei auch die Steuerbehörde nicht an einer allzu konservativen Buchführung interessiert ist und allenfalls Korrekturen vornehmen kann.
- Dass an einer korrekten Buchführung auch ein öffentliches Interesse (Früherkennung und Vermeiden grösserer Schäden) besteht, davon zeugen diverse Strafbestimmungen (vgl. nur Art. 964 OR und die Art. 155, 325 StGB²⁵).

B) Die zur Buchführung Verpflichteten

Zur Buchführung verpflichtet sind alle diejenigen, die sich ins Handelsregister eintragen lassen müssen (Art. 957 OR i.V.m. Art. 52 ff. HRV). Die Buchführungspflicht entsteht aber nicht erst mit dem Registereintrag!

Umgekehrt sind jene, die zwar berechtigt sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen und dies freiwillig tun, mit dem Eintrag nicht automatisch buchführungspflichtig.

C) Der Umfang der Buchführungspflicht

Die Buchführungspflicht umfasst eine Bilanz, eine Betriebsrechnung bzw. Erfolgsrechnung und ein Inventar

2.2.2 Materielle Buchführungspflicht

Die Generalklausen des Art. 959 OR gibt keine konkreten Anordnungen zur Führung der Buchhaltung. Das Gesetz (im Rahmen des Aktienrechts) nennt allein die allgemeinen Grundsätze (Art. 662a OR):

- Das Gebot der Wahrheit (bzw. Vollständigkeit und Richtigkeit) der Buchführung;
- die Buchführung soll aber auch klar und übersichtlich sein (d.h. zu viel Information kann die Klarheit auch vermindern: Wesentlichkeit);

²⁴ BG vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, SR. 822.14.

²⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

- Kontinuität der Bilanzierung (Stetigkeit: keinen übergangslosen Wechsel von einem Bilanzierungssystem zum andern);
- Verbot der Verrechnung von Aktiven und Passiven;
- Bilanzierung unter der Voraussetzung der Fortführung der Unternehmung.
- die Buchführung soll einen sicheren Blick in die Unternehmung erlauben (Art. 66 KR²⁶);

Art. 960 II OR statuiert zusätzlich das Prinzip der vorsichtigen Bewertung. Aktiven sollen nicht höher bzw. höchstens zu dem Preis bilanziert werden, zu dem diese erworben worden sind. Das gleiche gilt *e contrario* für die Passiven.

Neben den gesetzlichen Buchführungsprinzipien existieren in der Praxis verschiedene von privaten Standesorganisationen (z.B. der Treuhandkammer) herausgegebene Buchführungsregeln (z.B. FER²⁷-Regeln, auf die Art. 67 KR explizit verweist²⁸).

Weitere bedeutungsvolle Buchführungsstandards sind:

- Die GAAP²⁹ aus den USA;
- die IAS³⁰, die von einer Organisation von Verbänden der Wirtschaftsprüfer aus über 80 Ländern ausgearbeitet worden sind, und;
- die Richtlinien der EU betreffend die Buchführung (die Finanzrichtlinie und die Konzernbilanzrichtlinie, RL 78/4/EWG und 83/7/EWG), die aber weniger Bedeutung erlangt haben als die privaten, internationalen Regeln.

Diese Buchhaltungsstandards folgen dem Grundsatz der *True and fair view*, der – anders als die Regeln des schweizerischen Rechts – nicht dem Vorsichtsprinzip folgt, sondern die Vergleichbarkeit von Finanzkennzahlen verschiedener Unternehmungen (der gleichen Branche) anstrebt.

Für Banken, Anlagefonds, Eisenbahnen u.a. gelten zusätzliche spezielle Vorschriften (vgl. z.B. Art. 6 BankG³¹, Art. 23 ff. BankV³²).

2.2.3 Formelle Buchführungspflicht

Art. 958 ff. OR:

- Die Bücher sind in Landeswährung zu führen;
- sie sind innerhalb eines bestimmten Zeitraumes abzuschliessen;
- die Bücher sind von der Geschäftsführung zu unterzeichnen und;

²⁶ Kotierungsreglement der Schweizer Börse vom 24. Januar 1996. Dieses – und die Erläuterungen zur ad hoc-Publizität nach Art. 72 KR – ist zu beziehen bei der Schweizer Börse, Selnaustrasse 32, Postfach, 8021 Zürich (Tel. 01 229 29 29).

²⁷ Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung.

²⁸ Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 3 des Kotierungsreglements der Schweizer Börse (Ausgabe der Schweizer Börse vom Oktober 1996, 2., unveränderte Auflage).

²⁹ Generally Accepted Accounting Principles.

³⁰ International Accounting Standards.

³¹ BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, SR 952.0.

³² Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen, SR 952.02.

- die Belege sind 10 Jahre³³ lang aufzubewahren.

2.2.4 Vorentwurf für ein neues Rechnungslegungsrecht³⁴

Vor kurzem ist ein Vorentwurf (VE) für ein BG über die Rechnungslegung und Revision in die Vernehmlassung (bis Ende April 1999) geschickt worden. Die neuen Vorschriften sollen jenen der 4. und 7. EU-Richtlinie entsprechen und auch den weiteren internationalen Entwicklungen Rechnung tragen.

Die Rechnungslegung hätte neu dem Grundsatz der *True and fair view* zu entsprechen, wie sie schon in den oben erwähnten Regeln (FER, IAS, US-GAAP) gilt. Unzulässig wird die Bildung stiller Reserven (ausserhalb der gesetzlichen Zwangsreserven und etwaigen Ermessensreserven aus vorsichtiger Schätzung); Wertschriften und andere Aktiven und Passiven mit Börsenkursen sollen zum aktuellen Kurswert (und nicht mehr nur zum Anschaffungswert) bewertet werden können.

Für grosse Organisationen (Bilanzsumme 20 Mio. Fr., Umsatzerlöse 40 Mio. Fr., 250 Beschäftigte) sollt die Pflicht gelten, bei ihre Rechnungslegung ein anerkanntes Regelwerk anzuwenden (FER, IAS, US-GAAP). Für kleiner Organisationen (KMU mit weniger als 4 Mio. Fr. Bilanzsumme, 8 Mio. Fr. Umsatzerlös und 50 Beschäftigten) sollen demgegenüber Erleichterungen gewährt werden: keine Nennung von Einzelheiten, keine Prüfungspflicht, keine Pflicht zur Geldflussrechnung (Cash Flow) und keine Pflicht zu einem Jahresbericht.

Der Entwurf enthält zudem Regeln über das Vorgehen bei Kapitalverlust, die neu auf alle Kapitalgesellschaften (AG, GmbH und Genossenschaft) ausgedehnt werden sollen.

³³ Vgl. Art. 962 OR und die Verordnung vom 2. Juni 1976 über die Aufzeichnung von aufzubewahrenden Unterlagen, SR 221.431.

³⁴ Detaillierte Angaben finden sich in: Revision des Rechnungslegungsrechts, Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vom 29. Juni 1998. Dazu auch: Vorentwurf für ein neues Rechnungslegungsrecht, in: NZZ vom 24.12.98, Nr. 299, S. 21. Vgl. auch Handelsrecht II, Anhang: Entwurf zu einem neuen Rechnungslegungsgesetz.

3 Vertretung und Haftung der Unternehmung

3.1 Die Vertretung des Unternehmens nach aussen

3.1.1 Die gesetzlich geregelte Vertretung der Unternehmung

A) Einzelkaufmann

Der Einzelkaufmann vertritt sein Geschäft in der Regel selber. Er kann aber auch Dritte mit der Vertretung des Geschäfts betrauen. Gleichzeitig obliegt ihm in der Regel auch die Geschäftsführung, aber auch diese kann Dritten übertragen sein.³⁵

B) Personengesellschaften

Für Personengesellschaften gilt in der Regel, solange nichts anderes vereinbart ist, Selbstorganschaft: die Gesellschafter führen selber die Geschäfte des Unternehmens (vgl. Art. 535 OR) und vertreten sie auch nach aussen (vgl. Art. 563 f. OR).

C) Kapitalgesellschaften

Die juristische Person wird überhaupt erst handlungsfähig, wenn ihre Organe bestellt sind (Art. 54 ZGB). Die Gesellschafter (z.B. die Aktionäre) werden nicht schon durch den Gründungsakt zu Organen. Im Falle der Aktiengesellschaft führt der von den Aktionären gewählte Verwaltungsrat die Geschäfte (Art. 716 II OR) und vertritt die Gesellschaft nach aussen (Art. 718 I OR).

3.1.2 Vertraglich bevollmächtigte Stellvertreter

Das Stellvertretungsrecht des allgemeinen Teils des OR (Art. 32 ff.) regelt die „bürgerliche“ Stellvertretung, d.h. die Stellvertretung im Privatverkehr. Diese eignet sich nur schlecht für das kaufmännische Gewerbe, weil der Umfang der Vertretungsbefugnis von der erteilten Vollmacht abhängt und von Dritten nicht einsehbar ist. Im kaufmännischen Verkehr müssen sich Dritte auf die ihnen mitgeteilten Vertretungsbefugnisse verlassen können. Das bürgerliche Stellvertretungsrecht aber kennt (abgesehen von Schadenersatzansprüchen) keinen Schutz des gutgläubigen Dritten.

3.1.3 Die kaufmännische Stellvertretung

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 9 N 3 ff.

Für das kaufmännische Gewerbe gelten deshalb andere Regeln (Art. 40 OR), der allgemeine Teil des OR kommt nur zur Anwendung, wo die *lex specialis*, d.h. die Regelung der kaufmännischen Stellvertretung, unvollständig ist (G/S, 1453 ff.).

³⁵ Der Unterschied zwischen Geschäftsführung und Vertretung besteht darin, dass Geschäftsführung das Innenverhältnis und die Vertretung das Aussenverhältnis betrifft.

A) Die Vertretung durch Direktoren

Die Mitglieder des Verwaltungsrates (VR) einer Aktiengesellschaft vertreten diese nach aussen gleichberechtigt soweit nichts anderes angeordnet ist (Art. 718 OR).

In der Praxis wird die Vertretungsbefugnis zumeist differenziert verteilt, entweder an einzelne Verwaltungsräte (Delegierte des VR) oder an Dritte (Direktoren), die innerhalb des Zwecks der Gesellschaft volle Vertretungsmacht haben (Art. 718a, 814 I, 899 OR). Dieser Zweck wird zum Schutz Dritter sehr weit ausgelegt, wenn auch nicht in einem absoluten Umfang (*ultra vires*-Prinzip).

Möglich sind interne Beschränkungen, diese wirken aber nur gegen bösgläubige bzw. unaufmerksame Dritte (Art. 718a II OR). In der Praxis wird das Kennenmüssen von internen Beschränkungen durch Dritte zu deren Schutz allerdings eng ausgelegt.

B) Die Prokura

Die Prokura ist eine der Organvertretung einer Personengesellschaft vergleichbare kaufmännische Vertretung (Art. 458 ff. OR).³⁶ Der Prokurist kann alle Transaktionen vornehmen, **die der Zweck des Geschäfts mit sich bringen kann**, ausser der Belastung oder Veräusserung von Grundstücken (Art. 459 OR). Nicht in seine Kompetenz fallen die persönlichen Angelegenheiten des Einzelkaufmanns oder Angelegenheiten, die den Unternehmensträgern vorbehalten bleiben müssen (Auflösung der Unternehmung, Erteilung anderer Prokurae usw.) Der Prokurist darf ausserdem nicht selbstkontrahieren oder Doppelvertretungen wahrnehmen (Art. 464 OR), ausser wenn die Natur des Geschäftes keine Nachteile zulässt.

Grundsätzlich kann die Prokura (ausser in den gesetzlich vorgesehen Fällen, Art. 460 I, II OR) aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht beschränkt werden (Art. 460 III OR). Interne Beschränkungen der Prokura sind zwar zulässig und üblich, aber sie wirken nach aussen nur, soweit Dritte davon Kenntnis erlangt haben konnten bzw. mussten (d.h. kein Schutz des Bösgläubigen).

Durch die kaufmännische Prokura kann die Unternehmung – obwohl die Prokura eintragungspflichtig ist – schon mit Erteilung derselben und nicht erst mit der Eintragung ins Handelsregister verpflichtet werden (Art. 458 II OR). Die nichtkaufmännische Prokura hingegen erlangt ihre Wirkung erst mit Eintragung ins Handelsregister (Art. 458 III OR, Art. 105 HRV). Wer nicht eintragungspflichtig ist, wird dies auch dann nicht, wenn eine erteilte Prokura ins Register eingetragen werden muss.

Zwar gilt, dass der Geschäftsherr nicht sich selbst eine Prokura erteilen kann. Es ist jedoch möglich, dem stillen Gesellschafter, einem Kommanditär oder einem Verwaltungsratsmitglied eine Prokura zu erteilen.

Das Erlöschen der Prokura ist im Handelsregister einzutragen, auch wenn ihr Bestehen nicht eingetragen war (Art. 461 OR, Art. 25a HRV).

C) Die Handlungsvollmacht

Der Handlungsbevollmächtigte kann Geschäfte tätigen, **die der Betrieb** einer bestimmten Art von Unternehmen **gewöhnlich mit sich bringt**, ausser das Eingehen von Wech-

³⁶ Der Prokurist unterzeichnet mit pp [und seinem Namen] oder mit ppa [und seinem Namen] (Art. 26 III HRV).

selverbindlichkeiten, das Aufnehmen von Darlehen und das Führen von Prozessen (Art. 462 OR). Die Bevollmächtigung kann in der Form einer General- oder einer Spezialvollmacht erfolgen, d.h. die Handlungsvollmacht kann auf einzelne Geschäftstypen oder bestimmte Arten von Rechtshandlungen, eine Zweigniederlassung, auf bestimmte Summen oder auf eine Kollektivzeichnungsbefugnis beschränkt werden.

Die Eintragung der Handlungsvollmacht (i.e.S.) ist nicht zulässig (Art. 20 II HRV i.V.m. Art. 462 OR). Die Beendigung untersteht im Übrigen den gleichen Regeln wie die Prokura.

D) Der Handelsreisende

Die Vollmacht des Handelsreisenden besteht zumeist nur in der Ermächtigung zur Vermittlung von Geschäften (Art. 348b I OR). Er kann aber auch ermächtigt werden, selber Geschäfte abzuschliessen (Art. 348b II OR).

3.2 Die Haftung des Unternehmens

3.2.1 Die Haftung für Organe

Für das Verhalten ihrer Organe haftet die juristische Person sehr weitgehend (Art. 55 II ZGB). Das Organ kann bei Verschulden auch selbst zur Verantwortung gezogen werden (Art. 55 III ZGB). Möglicherweise haftet die juristische Person und das Organ gleichzeitig. Vgl. auch Art. 722, 814 VI, 899 III OR.

3.2.2 Die Haftung für Hilfspersonen

Anders als für Organe kann die Haftung für Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) eingeschränkt werden (Art. 101 II OR). Und bezüglich der Haftung aus unerlaubter Handlung ist dem Geschäftsherrn die Exkulpation möglich (Art. 55 I OR).³⁷

3.2.3 Die Abgrenzung zwischen Organen und Hilfspersonen

Aus haftpflichtrechtlicher Sicht können als Organe nicht nur die formell als Organe bestellten und im Handelsregister eingetragenen Personen gelten, „sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“ (faktische Organe), d.h. auch solche Personen, die sich wie Organe gebärden. „Es genügt somit, wenn die [...] Personen tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, [...] den Geschäftsgang der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen“.³⁸

Das BGer hat Organcharakter in folgenden Fällen bejaht: BGE 48 II 6, BGE 95 II 486 (Redaktor einer Zeitung), BGE 87 II 188 (mit der Bauleitung und Überwachung betraut-

³⁷ Vgl. auch BGE 61 II 342 und BGE 114 V 218.

³⁸ BGE 117 II 432ff., 441 f. E. 2. Faktische Organe einer juristischen Person sind demnach alle diejenigen Personen, die auf die Willensbildung der juristischen Person kraft ihrer Stellung entscheidenden Einfluss ausüben (Art. 717, 722 und 754 I OR; BUCHER AT, S. 627 f.).

ter Bauingenieur), BGE 101 Ib 436 (Sekretär des VR), BGE 102 II 266 (Prokurist, der eine Filiale leitet), BGE 117 II 441.

Verneint: BGE 36 II 342 (Versicherungsagent), BGE 87 II 187 (Werkführer beim Kraftwerksbau), BGE 88 II 527.

4 **Ausgewählte handelsrechtliche Verträge**

4.1 **Verträge betreffend die rechtliche Organisation des Vertriebs**

An der Schnittstelle zwischen Unternehmung und Abnehmer sind einerseits Angestellte der Unternehmung selbst tätig. Andererseits gibt es zahlreiche Vertriebsformen bei denen Dritte diese Aufgabe übernehmen.

Vgl. Anhang: Warenvertriebsverträge; FELLMANN WALTER, Abgrenzung der Dienstleistungsverträge zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft, in: AJP 97, S. 172 ff.; KRAMER ERNST A., Aktuelle Judikatur zum Vertragsrecht der Absatz- und Geschäftsmittler, in: AJP 97, S. 165 ff.; LANZ RAPHAEL, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, in: AJP 97, S. 1463 ff.

4.1.1 **Der Vermittler von Abschlüssen für das Unternehmen**

A) Der Mäkler

Der Mäkler (dt. Makler) schliesst selbst keine Verträge ab, er hat dem Auftraggeber lediglich die Gelegenheit zum Vertragsschluss nachzuweisen oder den Abschluss des Vertrages zu vermitteln (Art. 412 I OR). Die Praxis kennt zusätzlich die Zwischenform des Zuführungsmäklers. Wo das Gesetz in Art. 412 ff. OR keine Regel enthält, kommt Auftragsrecht zur Anwendung (Art. 412 II OR).

Die heute wenig beliebte Absatzform über einen Mäkler findet sich noch bei Kaufverträgen über Grundstücke und Firmen, bei Mietverträgen (Wohnungsvermittlung) oder in der Arbeitsvermittlung (z.B. als Headhunter).

Der Mäkler ist selbständig und hat seinen Lohn (Provision) erst verdient, wenn der vermittelte Vertrag tatsächlich geschlossen ist (Art. 413 I OR). Entfällt der Vertrag wegen Willensmängeln *ex tunc*, besteht der Anspruch auf Rückzahlung der Provision (allerdings nicht im Falle von nachträglichen Leistungsstörungen unter den Vertragspartnern). Ist kein Lohn vereinbart, gilt ein üblicher Tarif (Art. 414 OR), meist 2-5 % der Vertragssumme. Vereinbarte Spesen sind auch dann geschuldet, wenn kein Vertrag zustande kommt (Art. 413 III OR).

In verschiedenen (z.T. sozialpolitisch heiklen) Bereichen ist die Mäkelei bewilligungspflichtig (z.B. Grundstücksmäkelei) oder in Spezialgesetzen geregelt (z.B. Arbeitsvermittlungsgesetz³⁹; Börsengesetz, Art. 10 ff. BEHG⁴⁰, Art. 2 ff., 17 ff. BEHV⁴¹ für Börsenmäkler; Partnervermittlung, Art. 406a ff. OR).

Vgl. BUCHER BT, 235 ff.; HONSELL BT, 304 ff.

³⁹ BG vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG), SR 823.11.

⁴⁰ BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1.

⁴¹ Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11.

B) Der Vermittlungsagent

Der Agent vermittelt dauernd für einen (oder mehrere) Auftraggeber Geschäfte (meist aus einem bestimmten Bereich), ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (Art. 418a I OR). Da der Agent viele Risiken selber zu tragen hat, bezweckt die gesetzliche Regelung zumindest teilweise seinen Schutz. Auf seinen Lohn (Provision) hat er erst mit dem Abschluss der jeweiligen Geschäfte einen Anspruch.

Wo das Gesetz keine eigene Regel kennt, kommt subsidiär Mäklerrecht (Art. 418b OR) und dann Auftragsrecht zur Anwendung (Art. 412 II OR). Vgl. BUCHER BT, 239 ff.; HONSELL BT, 312 ff. und unten 4.1.2 C).

C) Der Handelsreisende ohne Abschlussvollmacht

Der Handelsreisende ist Arbeitnehmer (Subordinationsverhältnis), er arbeitet für einen einzelnen Arbeitgeber gegen Lohn und nicht gegen Provision (Art. 347 ff. OR, HRG⁴²). Er verfügt nur über eine beschränkte Vollmacht, im Zweifelsfall eine blossere Vermittlungsvollmacht. Er ist nicht befugt Verträge abzuschliessen.

4.1.2 Abschluss in fremdem Namen und auf fremde Rechnung

A) Der Handelsreisende mit Abschlussvollmacht

Für den Handelsreisenden mit Abschlussvollmacht gilt grundsätzlich dasselbe wie für den Handelsreisenden ohne Abschlussvollmacht (vgl. oben, Art. 347 ff. OR). Er ist im Gegensatz zu diesem aber ermächtigt als direkter Stellvertreter des Unternehmens bestimmte Rechtsgeschäfte zu tätigen (Art. 348b II OR, in der Regel enge Auslegung der Vollmacht). Dem Handelsreisenden können über das Gesetz hinaus gehende Vollmachten erteilt werden, z.B. die Prokura oder eine Handlungsvollmacht. Tätigt der Handelsreisende ausserhalb seiner Vollmacht liegende Geschäfte, die von beiden Vertragsparteien in mehreren Fällen widerspruchlos genehmigt und vollzogen werden, dann wird der gute Glaube des Dritten geschützt (Duldungsvollmacht). Oder Dritte werden in ihren berechtigten Erwartungen geschützt, wenn der Handelsreisende nach aussen den Eindruck erweckt, er sei bevollmächtigt, und ohne Widerspruch seitens des Unternehmens Geschäfte tätigt, die ausserhalb der Vollmacht des Handelsreisenden liegen (Anscheinsvollmacht, BUCHER AT, 612 ff.).

B) Mitarbeiter mit Vollmacht

Für den Mitarbeiter mit Vollmacht (Aussendienstmitarbeiter) gilt *mutatis mutandis* das für den Handlungsreisenden Gesagte (vgl. oben, Art. 347 II OR).

C) Der Abschlussagent

Für den Abschlussagenten gilt im Grundsatz das für den Vermittlungsagenten Gesagte (vgl. oben). Im Gegensatz zum Vermittlungsagenten ist er direkter Stellvertreter der Unternehmung und schliesst für diese Geschäfte ab. Bei fehlender Gesetzesregel gilt nicht das Mäklerrecht sondern die Regeln über die Kommission (Art. 418b OR).

⁴² BG vom 4. Oktober 1930 über die Handelsreisenden, SR 943.1.

Obwohl der Abschlussagent selbständiger Unternehmer ist, enthält das Gesetz Sozialchutzkomponenten (Art. 418c f., 418m, 418r OR), die nicht zuungunsten des Agenten abgeändert werden dürfen; in bestimmten Fällen ist auch Arbeitsvertragsrecht anwendbar.

Von besonderer Bedeutung ist die gesetzliche Abgangsentschädigung (Art. 418u OR) die sich nach dem durchschnittlichen Nett Jahresverdienst des Agenten berechnet. Diese Entschädigung ist oft strittig und hat zu vielen Einzelentscheidungen geführt. Vgl. BUCHER BT, 239 ff.; HONSELL BT, 312 ff.

4.1.3 Abschluss in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung

A) Der Kommissionär

Der Kommissionär kauft oder verkauft als indirekter Stellvertreter des Auftraggebers gegen Provision bewegliche Sachen oder Wertpapiere (Art. 425 OR). Die Provision steht dem Kommissionär auch dann zu, wenn das Geschäft aus Gründen, die in der Person des Kommittenten liegen, unterbleibt (Art. 432 OR).

Soweit spezielle Regeln fehlen, untersteht die Kommission dem Auftragsrecht. Hier sind insbesondere die Art. 404 OR (jederzeitige Vertragsauflösung) und Art. 401 OR (Übergang erworbener Rechte, vgl. auch Art. 428 OR) von Bedeutung.

Dem Kommissionär ist, soweit ein Börsen- oder Marktwert besteht, der Selbsteintritt bzw. die Doppelvertretung erlaubt (Art. 436 ff. OR). Vgl. BUCHER BT, 244 ff.; HONSELL BT, 318 ff.

B) Der Spediteur

Der Speditionsvertrag ist ein Sonderfall der Kommission (Art. 439 OR). Im Zentrum steht jedoch nicht ein Kauf- oder Verkaufsvertrag, sondern ein Frachtvertrag (Art. 440 ff. OR). Deshalb folgt der Speditionsvertrag den Regeln über den Frachtvertrag. Vgl. BUCHER BT, 252 ff.; HONSELL BT, 323 f.

4.1.4 Abschluss in eigenem Namen und auf eigene Rechnung

A) Der Eigenhändler

Der Eigenhändler (dt. Vertragshändler) kauft bewegliche Sachen und Wertpapiere von einem (oder mehreren) Unternehmen und verkauft sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an andere weiter. Der Eigenhändler erhält keine Provision, er ist selbständiger Unternehmer, sein Verdienst besteht in der Marge zwischen Kauf- und Verkaufspreis.

Oft versuchen die Verkäufer den Eigenhändler mittels Vertragsbindungen zu verpflichten, die Ware zu einem bestimmten Preis an Dritte zu verkaufen, Dritte vertraglich ebenfalls auf einen bestimmten Preis zu verpflichten, oder den Eigenhändler auf bestimmte Produkte zu beschränken.

B) Der Alleinvertriebshändler

Der Alleinvertriebshändler – im Gesetz nicht geregelt – ist die praktisch wichtigste Form des Eigenhändlers (vgl. oben). Es handelt sich um eine Mischung aus Sukzessivlieferungvertrag und Verkaufsagentur. Der Alleinvertriebshändler arbeitet aber, im Gegensatz zum Verkaufsagenten, auf eigene Rechnung und in eigenem Namen.

Ein Hersteller überlässt den Vertrieb eines Produktes in einem bestimmten geografischen Gebiet für eine gewisse Zeit einem einzigen Händler. Diesem Alleinvertriebsrecht (Gebiets- und Markenschutz) steht meist eine Alleinbezugspflicht gegenüber, d.h. der Händler darf das Produkt nur über den Hersteller beziehen. Oft ist es ihm auch verboten, Konkurrenzprodukte anzubieten (Verbot des Verkaufs von Substitutionsgütern). Und dem Alleinvertriebshändler obliegt es, sich mit allen Kräften für den Vertrieb des Produktes einzusetzen („best effort“-Klausel).

Obwohl solche Konkurrenzverbote und Vertriebsbindungen mit dem Wettbewerbsrecht in Konflikt stehen, sind die Alleinvertriebsverträge in der EU in Form der sog. Gruppenfreistellung von den unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 81 I EGV) ausgenommen, weil die Alleinvertriebsverträge in der Praxis den Konsumenten Vorteile bringen (Förderung der interbrand competition durch teilweise Zulassung von restraints on intrabrand competition): vgl. Art. 81 III EGV und die EGVo 83/83 (Alleinvertriebsvereinbarung) und EGVo 84/83 (Alleinvertriebsbindung).⁴³

Im schweizerischen Recht sind Alleinvertriebsvereinbarungen gerechtfertigt, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 5 II KG erfüllen. Eine Gruppenfreistellung (wie in der EU) nach Art. 6 I lit. c KG ist bisher noch nicht gemacht worden.

Aber auch wenn Alleinvertriebsabreden von den unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen sind, bleiben gewisse Klauseln wie Preisabreden, Exportbeschränkungen, Re-Importverbote usf. dennoch unerlaubt – sowohl nach schweizerischem wie nach EU-Recht, denn die Klauseln müssen sich effizienzsteigernd auswirken. Vgl. SCHLUEP SPR, 839 ff.; BUCHER BT, 240; HONSELL BT, 313, 386 ff.

C) Der Trödler

BUCHER BT, 27 ff.

Vertragsinhalt bildet die Übergabe eines Gegenstandes vom Vertrödler an die Trödlerin zum Zweck des Weiterverkaufs an einen Dritten mit der Vereinbarung, dass die Trödlerin die Veräußerung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung vornimmt und sich verpflichtet, dem Vertrödler entweder den zwischen ihnen vereinbarten Schätzungspreis zu zahlen oder den Gegenstand zurückzugeben.

⁴³ Text EGV siehe Fussnote 147.

4.2 Verwertung von Immaterialgütern und Immaterialgüterrechten

4.2.1 Lizenzvertrag

BUCHER BT, 37 ff.; HONSELL BT, 389 ff.; VON BÜREN, Der Lizenzvertrag, in: SIWR, Grundlagen, Bd. I/1, Basel/Frankfurt 1995, S. 225 ff.

A) Der Begriff der Immaterialgüter bzw. der Immaterialgüterrechte und des Lizenzvertrages

a) Begriff der Immaterialgüterrechte und Immaterialgüter

Die *Immaterialgüterrechte* sind dem Eigentumsrecht nachgebildet. Es handelt sich also um absolute, gegen jedermann durchsetzbare Rechte. Ein Unterschied besteht darin, dass diese Rechte keine körperlichen Sachen einem Rechtsinhaber zuordnen, sondern Immaterialgüter. Ein zweiter Unterschied besteht in der nur befristeten Schutzdauer dieser Rechte (z.B. Art. 29 ff. URG⁴⁴), wohingegen das Eigentumsrecht an einer Sache keine zeitlichen Grenzen kennt. Dies deshalb, weil man zwar die gewerbliche Nutzung von Immaterialgütern zunächst dem Inhaber allein ermöglichen (Monopolrente), nach gewisser Zeit aber den Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern spielen lassen möchte.⁴⁵

Unter *Immaterialgütern* versteht man unkörperliche „Gegenstände“ wie Namen, Ideen, Know-how, bestimmte Verfahren, Erfindungen usf., diese sind teilweise durch spezielle Gesetze Rechtssubjekten zugeordnet und gegen den Zugriff durch unberechtigte Dritte geschützt (z.B. Art. 162 StGB).

Diese Immaterialgüter⁴⁶ und Immaterialgüterrechte können andern zur Nutzung oder ganz überlassen werden.

b) Begriff des Lizenzvertrages

Der Lizenzvertrag beinhaltet die entgeltliche Überlassung eines Immaterialgutes oder eines Immaterialgüterrechts zur Nutzung an andere; es findet keine völlige Überlassung bzw. Entäußerung des Rechtes bzw. Gutes statt. Der Lizenzvertrag ist insofern mit den Gebrauchsüberlassungsverträgen (Miete, Pacht) verwandt. Wird das Immaterialgüterrecht während der ganzen Zeit, in der es rechtlich geschützt ist, gegen eine einmalige Abfindung überlassen, nimmt der Lizenzvertrag dem Kaufvertrag ähnliche Züge an. (Ein solcher Vertrag ist aber von einem Verfügungsgeschäft über das vollumfängliche Immaterialgüterrecht, z.B. anlässlich eines Patentkaufs, zu unterscheiden.)

Der Lizenzvertrag kann auch gesellschaftsrechtliche Züge annehmen, jedenfalls soweit gegenseitige Sorgfalts- und Kontrollpflichten, enge Zusammenarbeit und gemeinsame

⁴⁴ BG vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SR 231.1.

⁴⁵ Vgl. U.S. Const. Art. I Sec. 8: “Congress shall have Power ... to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; ...”

⁴⁶ Auch solche, die rechtlich nicht geschützt sind, z.B. Know-how.

Interessen (z.B. umsatzabhängige Überlassungsgebühr) in Frage stehen (*animus societatis*).

Das Gesetz kennt keinen definierten Begriff des Lizenzvertrages, er ist deshalb zu den Innominatkontrakten zu zählen. Allerdings wird er in mehreren Gesetzen erwähnt oder stillschweigend vorausgesetzt (Art. 34 I PatG⁴⁷, Art. 4 II MMG⁴⁸, Art. 18 MSchG, Art. 21 SoSchG⁴⁹).

Für den Lizenzvertrag gelten folglich grundsätzlich die Regeln des AT OR bezüglich synallagmatischer Verträge. Da es sich bei Lizenzverträgen zumeist um Dauerschuldverhältnisse handelt, sind die entsprechenden Sonderregeln zu beachten (z.B. Kündigung aus wichtigem Grund, Auflösung bei Nichtigkeit *ex nunc* statt *ex tunc* usf.).

B) Die Arten von Lizenzverträgen

- **Exklusive oder ausschliessliche Lizenz**
Die exklusive Lizenz verbietet dem Lizenzgeber die Eigennutzung und die Vergabe weiterer Lizenzen.
- **Semi exklusive Lizenz oder Alleinlizenz**
Der Lizenzgeber vergibt keine weitere Lizenzen an Dritte, behält sich aber die Eigennutzung vor.
- **Einfache oder nicht exklusive Lizenz**
Der Lizenzgeber kann weitere Lizenzen vergeben und das Recht selber nutzen.
- **Unterlizenz**
Lizenz des Lizenznehmers an Dritte (der Untermiete vergleichbar). Sie bedarf der Zustimmung des Lizenzgebers.
- **Zwangslizenz**
Aus Gründen des Sozial- oder Wettbewerbsschutzes kann die Vergabe von Lizenzen durch das Gesetz gefordert bzw. erzwungen sein (z.B. Art. 23 I URG).
- **Gesetzliche Lizenz**
Entschädigungspflichtige Nutzungshandlungen, die von Gesetzes wegen erlaubt sind. Es handelt sich dabei nicht um eigentliche Lizenzen, sondern um Schutznahmen (z.B. Fotokopien zum Eigengebrauch, Art. 19 f. URG).
- **Cross license**
Gegenseitiges Erteilen von Lizenzen (z.B. Art. 36 III PatG).

⁴⁷ BG vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, SR 232.14.

⁴⁸ BG vom 30. März 1900 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle, SR 232.12.

⁴⁹ BG vom 20. März 1975 über den Schutz von Pflanzenzüchtungen, SR 232.16.

C) Der Vertragsinhalt

a) Der Geltungsbereich

- **Sachlicher Geltungsbereich**

Gegenstand des Lizenzvertrages können Immaterialgüter, Immaterialgüterrechte oder erst angemeldete Rechte, d.h. Rechte an Immaterialgütern, die noch nicht entstanden sind (Anwartschaften), sein.

- **Örtlicher Geltungsbereich**

Zumeist umfasst der geographische Raum, innerhalb dessen der Lizenznehmer ein Nutzungsrecht erhält, den Schutzbereich des betreffenden Gesetzes. Der Raum kann aber auch grösser oder kleiner sein.

In der Regel wird der Raum den logistischen und marketingmässigen Fähigkeiten des Lizenznehmers entsprechen, denn ein zu grosser Nutzungsbereich könnte einen einzelnen Lizenznehmer überfordern. Andererseits ist ein zu kleiner Bereich wegen des ungünstigen Verhältnisses von Aufwand bezüglich des Vertriebs und des Marketings und möglichem Ertrag nicht optimal.

- **Persönlicher Geltungsbereich**

Die Lizenzerteilung erfolgt an eine bestimmte Person, zu einem Wechsel des Lizenznehmers müsste der Lizenzgeber seine Zustimmung geben, denn an einem anderen Lizenznehmer ist er vielleicht nicht interessiert (analog Schuldnerwechsel, Art. 175 ff. OR).

Wird eine juristische Person als Lizenznehmerin weiterverkauft handelt es sich streng-formal nicht um einen Wechsel des Lizenznehmers. Im Vertrag müsste dieser Fall eigens geregelt werden.

- **Zeitlicher Geltungsbereich**

Der Vertrag läuft zumeist gleich lange wie die Schutzfrist für das überlassene Recht, jedenfalls nicht länger.

b) Pflichten des Lizenzgebers

Der Lizenzgeber ist zum Schutz des Rechts (z.B. durch Eintragung) und zu dessen Erhaltung während der ganzen Zeit der Überlassung verpflichtet. Er hat dem Lizenznehmer ein dem Vertrag entsprechendes Nutzungsrecht einzuräumen, und er hat dieses Recht gegen Verletzung durch Dritte zu verteidigen.

c) Pflichten des Lizenznehmers

Der Lizenznehmer hat die Pflicht, das Recht zu nutzen, jedenfalls soweit sich die Nutzungsgebühr nach Umsatz oder Ertrag berechnet, oder wenn bei Nichtnutzung das Recht (z.B. eine Marke, Art. 12 I MSchG) untergeht.

Er hat die vereinbarte Gegenleistung zu erbringen (nach Umsatz, pro Stück, als einmalig Entschädigung, als Gewinnanteil usf.). Die Gegenleistung kann auch in einem Mindestbetrag bestehen und im Weiteren dem Umsatz folgen. Oder die Gegenleistung besteht in einer Abnahmeverpflichtung für Produktionsgüter (wobei hier das Wettbewerbsrecht zu beachten ist, vgl. unten F) und 7. Wettbewerbsrecht).

Oft beinhaltete ein Lizenzvertrag auch eine sog. Nichtangriffsklausel, die es dem Lizenznehmer verbot, das überlassene Recht anzufechten, wenn damit rechtlich etwas nicht in Ordnung war (z.B. Nichtigkeit). Heute werden solche Klauseln als ungültig angesehen, weil man nicht die Erhaltung eines rechtswidrigen Zustandes vereinbaren kann (Art. 19 f. OR).

Insbesondere bei Know-how-Verträgen verpflichtet sich der Lizenznehmer zu Geheimhaltung, da hier der Wert der überlassenen „Güter“ gerade darin besteht, dass sie nur einem exklusiven Kreis bekannt sind. Anders z.B. bei Patenten, wo durch das öffentliche Register jeder vom Patent Kenntnis nehmen kann.

D) Die Behandlung ausgetauschter Leistungen bei Nichtigkeit des Vertrages

Stellt sich nach längerer ordentlicher Vertragsabwicklung die Nichtigkeit des überlassenen Rechts heraus, wird der Lizenzvertrag nicht als ursprünglich nichtig angesehen, sondern er wird *ex nunc* als nicht bestehend betrachtet (vgl. Dogmatik zum Dauer-schuldverhältnis). Bereits ausgetauschte Leistungen können nicht nach Art. 62 ff. OR zurückgefordert werden, es läge Rechtsmissbrauch vor (Art. 2 II ZGB). Vgl. insbes. BGE 116 II 191.

E) Form des Vertrages und Registereintrag

Der Lizenzvertrag ist grundsätzlich an keine Form gebunden. Oft empfiehlt sich aber die Schriftform als Beweisgrundlage für Registereinträge. Werden Lizenzverträge in entsprechende Register eingetragen, entfalten sie Drittwirkung: Ein etwaiger Verkauf eines Rechts „bricht“ den Lizenzvertrag nicht mehr (z.B. Art. 18 II MSchG).

F) Kartellrechtliche Aspekte

a) Schweizerisches Kartellrecht

Zwar unterstehen die Lizenzverträge (bzw. die Überlassung von Immaterialgüterrechten) grundsätzlich nicht dem Kartellgesetz (Art. 3 II KG). Weitere, den Vertrag begleitende Nebenabreden (wie Kartellabreden, Nichtangriffsklauseln, Bezugspflichten, Preisbindungen, Konkurrenzverbote⁵⁰, Koppelungsgeschäfte usw.), können aber unter das Kartellrecht fallen.

b) EU-Kartellrecht

Zu den von Art. 81 III EGV von den unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommenen Verträgen gehören auch Lizenz- und Know-how-Verträge. Ebenfalls Franchise-Verträge (vgl. unten). EU-Gruppenfreistellung: EGVo 5556/89 und EGVo 2349/84.

G) Prozessuale Aspekte

a) Verletzungsklage

Da der Lizenzgeber Inhaber des Rechts bleibt, ist er verpflichtet, allfällige Verletzungen seines Rechts abzuwehren. Vertraglich kann dem Lizenznehmer die Befugnis selbst

⁵⁰ Vgl. dazu: Kartellgesetz und Konkurrenzverbot, NZZ vom 12./13. Dezember 1998, Nr. 289, S. 27.

Klagen abzuwehren oder eine prozessuale Vertretungsbefugnis eingeräumt werden (BGE 113 II 194 „Corbusier“).

b) Nichtigkeitsklage

Die Nichtigkeitsklage hat für den Lizenznehmer den Vorteil, dass künftige Lizenzgebühren entfallen. Es handelt sich aber um einen Verstoss gegen Treu und Glauben zw. den Parteien, wenn der Lizenznehmer das Recht anfecht. (Vgl. aber oben C), D) und F), BGE 75 II 167).

4.2.2 Franchise-Vertrag

SCHLUEP SPR, 849 ff.; BUCHER BT, 42 f.; HONSELL BT, 382 ff.

A) Begriff und Abgrenzung

Beim Franchise-Vertrag wird der Franchise-Nehmer durch den Franchise-Geber ermächtigt, ein bestimmtes Produkt (Produktreihe oder auch Dienstleistungen) bzw. eine Marke mitsamt dem Know-how, Marketing- und Vertriebskonzept usf. zu vermarkten.

Es handelt sich auch hier um ein Dauerschuldverhältnis. Die Abgrenzung zum Alleinvertriebsvertrag oder zum Lizenzvertrag kann im Einzelfall schwierig sein.

B) Wirtschaftlicher Zweck

Der wirtschaftliche Zweck von Franchise-Verträgen besteht in der Standardisierung und der weltweiten Verbreitung von Waren und Dienstleistungen unter einheitlicher Werbung und Erscheinungsbild (z.B. McDonald's, Starbuck's Coffee).

Der Vorteil dieses Vertriebskonzeptes besteht darin, dass beide Vertragspartner unabhängige Unternehmer sind (und bleiben). Der Franchise-Geber kann auf diese Weise rasch zu einem einheitlichen Vertriebsnetz kommen ohne die finanziellen Risiken tragen zu müssen, weil die einzelnen Franchise-Nehmer selber die Mittel für ihre Geschäfte aufbringen müssen. Für den Franchise-Nehmer sind insbesondere die Bekanntheit einer Marke, das Know-how, das standardisierte Marketingkonzept, Instruktion und evtl. auch Schulung von Vorteil.

C) Vertragsinhalt

Der Franchise-Nehmer erhält vom Franchise-Geber die Lizenz für die Marke, die Zusage für ein bestimmtes Absatzgebiet, das Know-how und Schulung gegen Entgelt. Er hat meist zusätzlich die Waren vom Franchise-Geber zu übernehmen, meist gegen eine entsprechende Lieferungspflicht des Franchise-Gebers (evtl. Alleinvertriebsvereinbarung, Alleinbezugsvereinbarung), hat ein Konkurrenzverbot zu beachten, den Absatz zu fördern usf.

D) Kartellrechtliche Aspekte

Vgl. auch die Bemerkungen oben zum Alleinvertriebsvertrag (4.1.4 B) und zum Lizenzvertrag (4.2.1 F). EU-Gruppenfreistellung: EGVo 4087/88.

4.2.3 Verlagsvertrag

BUCHER BT, 215 ff.

A) Begriff und Abgrenzung

Der Verlagsvertrag (Art. 380 ff. OR) regelt ebenfalls die Überlassung von Immaterialgüterrechten: der Verlagegeber überlässt die Vertriebs- und Vervielfältigungsrechte eines ihm zustehenden Urheberrechts an einem Werk einem Verleger zum Zweck der Herausgabe dieses Werkes. Der Verleger verpflichtet sich, das Werk zu vervielfältigen und zu vertreiben.

B) Die Pflichten des Verlagegebers

Der Verlagegeber verpflichtet sich zur Überlassung der Rechte. Normalerweise beschränkt sich die Überlassung auf eine Auflage (Art. 383 I OR). Ein Recht zur Herstellung einer Gesamtausgabe ergibt sich nicht automatisch aus der Summe der Rechte an den Einzelwerken.

C) Die Pflichten des Verlegers

Der Verleger verpflichtet sich das Werk integral, ohne Abänderungen herauszugeben, zu vervielfältigen und zu vertreiben. Er hat dem Verlagegeber u.U. eine bestimmte Zahl von Freixemplaren zu überlassen.

4.3 Patronatserklärungen

Vgl. zur Patronatserklärung und zur Problematik der Haftung aus solchen Erklärungen Handelsrecht II, 6.6.3 D) und Konzernrecht, 3.8.5.

5 Grundzüge des allgemeinen Wertpapierrechts

MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, Bern 1985 [zit. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE].

5.1 Die Schuldurkunde

GUHL, 893 ff.

5.1.1 Das Recht der Schuldurkunde

Über die Schuldurkunde finden sich verstreut im Gesetz nur einige wenige Regeln (z.B. Art. 18 II, 88, 90, 164 II, 170 II OR). Der Grund dafür kann in der grundsätzlichen Formfreiheit gesehen werden; das OR verlangt keine Materialisierung von Forderungen und deren Begründung.

(Dies im Gegensatz zum – aus Gründen der Verkehrs- und Beweissicherheit – hochgradig formalisierten Wertpapierrecht, das ziemlich ausführlich in den Art. 965 ff. OR geregelt ist.)

5.1.2 Begriff der Schuldurkunde

Eine Urkunde im Sinne des Privatrechts ist ein Schriftstück, das privatrechtlich relevante Erklärungen enthält. Als Träger der Erklärung kommt jeder beliebige Gegenstand in Betracht, auf dem sich Zeichen beständig anbringen lassen: Papier, Holz, Metalle, Kunststoff usw. Erklärung und Träger müssen dauerhaft, aber nicht unbedingt untrennbar miteinander verbunden sein (z.B. Bleistift auf Papier genügt).

Eine Schuldurkunde ist eine Urkunde, welche die Begründung, die Geltendmachung oder die Übertragung einer schuldrechtlichen Beziehung festhält. Es kann sich dabei um vertragsrechtliche, sachenrechtliche oder mitgliedschaftsrechtliche Verhältnisse handeln.

Gründe für das Ausstellen von Schuldurkunden können verschiedene sein, u.a. der Zweck des Beweises für das Bestehen einer bestimmten Forderung (Beweislastumkehr) oder der Unterbrechung der Verjährung einer Forderung (Art. 137 II OR).

5.1.3 Die Urkundenklauseln

Anhang: Die Urkundenklauseln.

A) Begriff und Zweck

Als Urkundenklauseln kann man alle diejenigen in der Urkunde enthaltenen Bestimmungen bezeichnen, die eine Aussage über die Beziehung von Schuldverhältnis und Urkunde machen (z.B. die Schuldurkunde als Schuldanerkennung). Jeder nachfolgende Nehmer der Urkunde hat die Klauseln zu berücksichtigen.

B) Arten von Urkundenklauseln

a) Die Präsentationsklauseln (Vorlegungsklauseln)

i) Die einfache Präsentationsklausel

- Der Schuldner *behält sich vor*, nur gegen Vorlage des Papiers zu leisten. Er darf befreiend auch anders, d.h. ohne Präsentation der Urkunde an den Gläubiger leisten.

Die einfache Präsentationsklausel statuiert eine Präsentationspflicht zulasten des Gläubigers: er darf die Forderung nicht ohne Vorlage der Urkunde geltend machen.

Der Schuldner erhält im Gegenzug das Recht, vom Gläubiger die Vorlage der Urkunde zu fordern, und er muss, solange ihm die Urkunde nicht vorgelegt wird, nicht leisten. Er darf aber leisten, ohne dass der Gläubiger die Urkunde vorgelegt hat.

ii) Die qualifizierte Präsentationsklausel (doppelte Präsentationsklausel)

- Der Schuldner *verspricht*, nur gegen Papiervorlage zu leisten. Er darf befreiend nicht anders (Ausnahme z.B. bei Kraftloserklärung).

Im Gegensatz zur einfachen trifft bei der qualifizierten bzw. doppelten Präsentationsklausel auch den Schuldner eine Präsentationspflicht: er darf nämlich nur leisten, wenn ihm die Urkunde vorgelegt wird.

Da eine Präsentationsklausel zulasten des Verpflichteten nur zusammen mit einer Präsentationsklausel zulasten des Berechtigten denkbar ist, fasst man beide unter dem Begriff der „qualifizierten Präsentationsklausel“ zusammen.

Weil sie bewirkt, dass die Urkunde zum Wertpapier im Sinne von Art. 965 OR wird, bezeichnet man sie auch als „einfache Wertpapierklausel“ (vgl. GUHL, 897).

b) Die Legitimationsklauseln (Ausweisklauseln)

i) Die einfache Legitimationsklausel

- Der Schuldner *behält sich vor*, dem aus dem Papier Ausgewiesenen zu leisten. Er darf befreiend auch anders, d.h. nach den allgemeinen Regeln des OR.

Üblicherweise befreit den Schuldner nur die Leistung an den materiell Berechtigten von einer Verpflichtung. Will der Verpflichtete kein Risiko eingehen, muss er deshalb die Identität des Ansprechers und die materielle Berechtigung seines Anspruches überprüfen.

Mit der Legitimationsklausel vereinbaren die Parteien eine Entlastung von dieser Prüfungspflicht, er muss neben der Urkunde keine weiteren Berechtigungsnachweise vom Ansprecher verlangen. Der gutgläubige Verpflichtete darf von der Legitimation des Papiervorweisers ausgehen. Es ist ihm aber nicht verwehrt, vom Ansprecher weitere Legitimation zu verlangen, dieser kann sich nicht auf die legitimierende Wirkung des Papiers berufen. Soweit der Verpflichtete dies verlangt, muss er nach wie vor in vollem Umfang seine materielle Berechtigung nachweisen.

Die einfache Legitimationsklausel erleichtert die rechtliche Stellung des Verpflichteten zulasten derjenigen des Berechtigten. Für diesen beinhaltet die Klausel das Risiko, dass sein Anspruch durch (gültige) Leistung des Verpflichteten an einen nicht berechtigten Papiervorweiser untergeht.

ii) Die qualifizierte Legitimationsklausel (doppelte Legitimationsklausel)

- Der Schuldner verspricht, dem aus dem Papier Ausgewiesenen zu leisten. Er darf befreiend nicht anders.

Zusätzlich zur legitimierenden Wirkung des Papiers zugunsten des Verpflichteten bei der einfachen Legitimationsklausel kann eine solche auch zugunsten des Berechtigten vereinbart werden. Dieser ist dann durch blosser Vorweisung des Papiers zur Geltendmachung des Rechts legitimiert. Der Verpflichtete darf keinen weiteren Berechtigungsnachweis verlangen. Die Urkunde ist somit ausreichendes Beweismittel.

Auch diese Vereinbarung ist nicht allein, sondern nur zusammen mit der einfachen Legitimationsklausel denkbar. Man spricht deshalb von der „qualifizierten Legitimationsklausel“. Sie baut zudem immer auf einer qualifizierten Präsentationsklausel auf. Alle vier Teilvereinbarungen werden unter der Bezeichnung „Inhaberklausel“ bzw. „qualifizierte Wertpapierklausel“ zusammengefasst.

5.1.4 Arten von Schuldurkunden

A) Allgemein

GUHL, 893 ff.

Das wesentliche Merkmal der Schuldurkunde ist, dass sie im weitesten Sinne immer eine Schuldanerkennung beinhaltet. Daneben können Schuldurkunden nach verschiedenen Kriterien differenziert werden: nach Inhalt, Causa oder Übertragungsart, nach schuld-, sachen-, oder gesellschaftsrechtlichen Positionen usf.

B) Gewöhnliche und besondere Schuldurkunden

a) Gewöhnliche Schuldurkunden

Gewöhnliche Schuldurkunden sind blosser Beweisurkunden und keine Wertpapiere. Weder die Entstehung (aber: ausnahmsweise bei Formvorschriften) noch das Bestehen hängt von der Urkunde ab. Dem Schuldner steht das Recht zu, die Urkunde gegen die Leistung zurückzuverlangen (Art. 88 OR) oder sie in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde zu Entkräften (Art. 90 OR: Privatmortifikation).

i) *Der einfache Schuldschein*

Der einfache Schuldschein beinhaltet nur eine Schuldanerkennung und keine Urkundenklausel. Der Berechtigte kann sein Recht ohne die Urkunde geltend machen, und sie befreit ihn nicht vor der Forderung weiterer Berechtigungsausweise.

ii) *Das (einfache) Präsentationspapier*

Ein Präsentationspapier ist eine Urkunde, in der ein Recht derart verbrieft ist, dass der Verpflichtete nur dem materiell berechtigten Vorweiser der Urkunde leisten muss, aber dem sich als der Berechtigte Ausweisenden auch ohne Vorlage der Urkunde leisten darf. Das Präsentations- oder Vorlegungspapier enthält, wie die einfache Urkunde, die Anerkennung einer Verpflichtung. Zusätzlich haben die Parteien eine einfache Präsentationsklausel vereinbart. Diese kann, muss aber nicht, auf dem Papier erwähnt sein.

Der Berechtigte muss das Papier zur Geltendmachung vorlegen. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, darf der Verpflichtete seine Leistung verweigern (allerdings nur,

soweit der Berechtigte nicht genügend andere Beweise seiner Berechtigung erbringen kann, wodurch die Verweigerung rechtsmissbräuchlich würde: die Urkunde ist das einfachste Beweismittel, aber nicht das einzige).

Die Stellung des Verpflichteten wird durch die Präsentationsklausel nicht verändert. Die Leistung an den materiell Berechtigten befreit ihn in jedem Fall. Ohne Bedeutung ist die Urkunde für die Legitimation des Ansprechers. Sie entlastet also, wie der einfache Schuldschein, nicht vom Nachweis der materiellen Berechtigung. Insbesondere kann sich der Verpflichtete nicht auf die Rechtszuständigkeit des Papierbesitzers verlassen.

Der Schuldner gerät erst mit Vorlage der Urkunde in Verzug, auch wenn z.B. ein Verfalltag bestimmt war (Art. 102 II OR). Eine solche Schuld immer Holschuld (Art. 74 II Ziff. 1 OR).

Für die Übertragung des Rechts hat das Papier keine materielle Bedeutung, d.h. die Übertragung erfolgt nach den Regeln der Zession (Art. 164 ff. OR).

Beispiel: Reparaturannahmequittung.

iii) Das (einfache) Legitimationspapier

Das Legitimationspapier ist eine Urkunde, in welcher ein Recht derart verbrieft ist, dass der Verpflichtete dem Vorweiser der Urkunde mit befreiender Wirkung leisten darf, aber nicht leisten muss, sondern von ihm den Nachweis seiner materiellen Berechtigung verlangen kann. Das einfache Legitimationspapier enthält also eine Aussage über die Art des Berechtigungsausweises.

Selbstverständlich enthalten einfache Legitimationspapiere faktisch immer eine einfache Präsentationsklausel, da, wenn der Berechtigte nicht die Obliegenheit hätte, die Urkunde vorzuweisen, die Legitimationsklausel keine grosse Wirkung entfalten könnte.

Aus der Präsentationsklausel ergibt sich für den Berechtigten die Obliegenheit, die Urkunde vorzulegen. Die Legitimationsklausel ihrerseits ändert an sich nichts am Grundsatz, dass nur die Leistung an den Rechtszuständigen gültige Erfüllung ist. Aufgrund der Klausel ist der gutgläubige Verpflichtete allerdings ermächtigt, an jeden Papiervorleger zu leisten. Ist dieser nicht materiell berechtigt, hat der Schuldner seine ursprüngliche Verpflichtung zwar nicht erfüllt. Trotzdem bewirkt die in der Legitimationsklausel enthaltene Ermächtigung zur Leistung an den Vorweiser, dass der gegen den Schuldner gerichtete Anspruch untergeht.

Der Schuldner wird also davon befreit, die Legitimation des Vorweisers weiter zu überprüfen, wobei dies ihm aber unbenommen ist: er kann weitere Berechtigungsnachweise verlangen. Die Position des Schuldners wird dadurch verbessert, diejenige des Gläubigers kaum, da er das Risiko trägt, wenn der Schuldner gutgläubig an einen unberechtigten Vorweiser der Urkunde leistet.

Das Recht wird durch Abtretung (Art. 164 ff. OR) übertragen, das Papier hat bei der Übertragung keine materielle Bedeutung. Wechselt das Papier ohne Abtretung des Rechts den Besitz, hat dies für die Rechtszuständigkeit keine Auswirkung.

Beispiel: Garderobenmarke.

b) Besondere Schuldurkunden (Wertpapiere)

Vgl. unten 5.2 Das Wertpapier.

5.2 Das Wertpapier

Anhang: Wertpapierarten und Anhang: Die Urkundenklauseln.

5.2.1 Begriff

Ein Wertpapier liegt vor, wenn die Innehabung der Urkunde für den Berechtigten Voraussetzung für die Geltendmachung des Rechts ist und zugleich der Verpflichtete nur an den Urkundeninhaber mit befreiender Wirkung leisten darf (Art. 965 OR). Diese Verknüpfung des Rechts mit der Urkunde beruht letztlich in nichts anderem als dem Versprechen des Schuldners in der Urkunde, nicht ohne Vorweisung der Urkunde zu erfüllen (doppelte Präsentationsklausel).

Das Wertpapier hat demnach folgende Merkmale:

- Der Schuldner darf an keinen andern leisten als den Vorweiser der Urkunde, selbst wenn er den „wirklichen“ Gläubiger kennt (Art. 965 OR i.V.m. Art. 966 I OR).
- Wer die Forderung geltend machen will, muss die Urkunde vorweisen (Art. 966 I OR). Ausser bei Kraftloserklärung (Art. 971 OR).
- Die Forderung kann nicht ohne die Urkunde übertragen werden (Art. 967 OR).

Der Schuldner befreit sich gültig an den Vorweiser der Urkunde, wenn ihm nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (Art. 966 II OR).⁵¹ Eine weitergehende Prüfungspflicht obliegt ihm nicht.

5.2.2 Arten

A) **Namenspapier**⁵² (Art. 974 ff. OR)

a) **Begriff**

Das Namenspapier ist eine Urkunde, die für die Übertragung und die Geltendmachung des verurkundeten Rechts – sowohl vom Standpunkt des Berechtigten wie des Verpflichteten aus betrachtet – unentbehrlich ist. Grundlage des Namenspapiers ist die schriftliche Anerkennung einer Verpflichtung. Zusätzlich haben die Parteien bei der Ausstellung eine einfache Wertpapierklausel (qualifizierte Präsentationsklausel) vereinbart (Art. 975 OR).

Das Gesetz umschreibt das Namenspapier negativ als auf einen Namen (Namen des ursprünglichen Gläubigers) lautendes Wertpapier, das weder an Ordre gestellt noch gesetzlich als Ordrepapier erklärt ist (Art. 974 OR, GUHL, 901 ff.).

Das Namenspapier ist demnach Auffangtatbestand (Subsidiärfunktion) für gewöhnliche Wertpapiere (Urkunden mit blosser einfacher Wertpapierklausel), welche keine anderen speziellen Merkmale aufweisen.

⁵¹ Achtung! Im Vergleich zu Art. 3 II ZGB zugunsten des Verpflichteten veränderter Sorgfaltsmassstab. BGE 123 IV 132 ff., 141 f. E. 4 d: „Der Schuldner leistet dann ohne grobe Fahrlässigkeit nach Art. 966 II OR, wenn er die Unrichtigkeit des Gläubigerausweises nicht kennt und diese Unkenntnis nicht darauf beruht, dass er elementarste Sorgfaltsregeln ausser Acht gelassen hat.“ Ausführlich OR-FURTER, N. 11 zu Art. 966 OR.

⁵² Namenspapier, im schweizerischen Obligationenrecht für Namenspapier.

Übertragen werden kann das im Namenpapier verbriefte Recht nur durch schriftliche Zession und Übertragung des Papiereigentums (Art. 967 II OR).

b) Geltendmachung

Der Verpflichtete muss nur an den Papierinhaber leisten (Präsentationsklausel zulasten des Berechtigten); er kann sich aber auch nur durch Leistung an den Papiervorweiser gültig befreien (Präsentationsklausel zulasten des Verpflichteten). Da dem Papier keine legitimierende Wirkung zukommt, muss der Ansprecher zudem den Nachweis erbringen, dass er der auf dem Papier erwähnte Berechtigte ist, oder dass er seine Stellung vom Berechtigten ableiten kann, d.h. dass er dessen Rechtsnachfolger ist. Berechtigt ist also nur, wer die Urkunde vorweist und nachweisen kann, dass er der auf dem Papier erwähnte Berechtigte oder dessen Rechtsnachfolger ist (Art. 975 OR).

c) Beispiele

Auf den Namen lautende Kassaobligation.

B) Hinkendes Inhaberpapier (Art. 976 OR)⁵³

a) Begriff

Ein hinkendes Inhaberpapier ist eine Urkunde, in der ein Recht derart verbrieft ist, dass der Verpflichtete jedem Vorweiser mit befreiender Wirkung leisten darf, aber nur dem materiell Berechtigten leisten muss.

Beim hinkenden Inhaberpapier handelt es sich demnach um ein spezielles Namenpapier, bei dem neben die einfache Wertpapierklausel eine einfache Legitimationsklausel zugunsten des Verpflichteten tritt, d.h. der Schuldner behält sich vor, dem aus dem Papier Ausgewiesenen zu leisten.

Übertragen werden kann das im hinkenden Inhaberpapier verbriefte Recht – wie beim Namenpapier – nur durch schriftliche Zession und Übertragung des Papiereigentums (Art. 967 OR).

b) Geltendmachung

Der Verpflichtete muss nur an den Papiervorweiser leisten, er kann sich nur durch Leistung an den Papiervorweiser gültig befreien. Dem Papier kommt keine legitimierende Funktion zugunsten des Inhabers zu: Der Ansprecher hat nachzuweisen, dass er der im Papier erwähnte Berechtigte oder dessen Rechtsnachfolger ist.

Legitimierend wird das Papier hingegen zugunsten des gutgläubigen Verpflichteten: Aufgrund der Klausel darf er von der Rechtszuständigkeit des Papierinhabers ausgehen. Er ist nicht verpflichtet, zu überprüfen, ob der Papiervorleger auch tatsächlich der auf dem Papier erwähnte Berechtigte (oder dessen Rechtsnachfolger) ist.

c) Beispiele

Namensparheft.⁵⁴

⁵³ Auch hinkendes Namenpapier genannt (insbes. hier in Bern).

⁵⁴ BGE 117 II 166.

C) Inhaberpapier (Art. 978 ff. OR)

a) Begriff

Das Inhaberpapier ist ein Wertpapier, in welchem ein Recht derart verbrieft ist, dass der Inhaber und nur der Inhaber der Urkunde Erfüllung verlangen kann und der Verpflichtete an ihn und nur an ihn mit befreiender Wirkung leisten darf (Art. 978 ff. OR).

Das Inhaberpapier enthält die einfache Wertpapierklausel (qualifizierte Präsentationsklausel) und eine qualifizierte Legitimationsklausel (alle vier Teilvereinbarungen zusammen: „Inhaberklausel“). Das Inhaberpapier enthält keinen Namen, sondern nennt den Inhaber als Gläubiger, d.h. nur der Inhaber kann Erfüllung verlangen und nur an den Inhaber kann befreiend geleistet werden (GUHL, 803 f.).

Der Erwerber muss sich nicht um das der Urkunde zugrunde liegende Verhältnis kümmern (Art. 979 OR). Der Gutgläubige darf sich auf den Wortlaut der Urkunde verlassen und seine Berechtigung Vertrauen schenken. Diese Eigenschaften verleihen dem Inhaberpapier eine hohe Verkehrsfähigkeit. Es ist ein Wertpapier des öffentlichen Glaubens mit einem grossen Gutglaubensschutz.

Recht und Urkunde sind beim Inhaberpapier eng miteinander verbunden. Die Zuständigkeit am Recht wird ausschliesslich durch die Zuständigkeit am Papier bestimmt. Die Verfügung kann dementsprechend weder ganz noch zum Teil eine obligatorische sein, sondern eine ausschliesslich sachenrechtliche: Über das Recht wird nicht durch Zession, sondern durch Tradition (Besitzübergabe) des Papiers verfügt.

b) Geltendmachung

Der Verpflichtete muss und darf nur an den jeweiligen Inhaber der Urkunde leisten, er darf keinen weiteren Berechtigungsnachweis verlangen. Die Inhaberstellung ist auch für den Ansprecher genügender Ausweis für seine Rechtszuständigkeit (legitimierende Wirkung zugunsten des Ansprechers), die Leistung an den Papierinhaber hat befreiende Wirkung.

c) Beispiele

Inhaberaktie, Inhaberschuldbrief, Kinobillet (vgl. aber BGE 80 II 26, E. 3b, „Seelig“), Kassaobligation auf Inhaber.

D) Ordrepapier (Art. 1145 ff., 1001 ff. OR)

a) Begriff

Das Ordrepapier ist eine Urkunde, in der ein Recht derart verbrieft ist, dass der durch die ordnungsgemässe Indossamentenkette⁵⁵ ausgewiesene Papierinhaber Erfüllung verlangen kann, und der Verpflichtete an ihn mit befreiender Wirkung leisten darf. Das Ordrepapier ist ein Wertpapier (qualifizierte Präsentationsklausel) mit qualifizierter Ordrelegitimationsklausel, das immer auf einen Namen lautet.

⁵⁵ Das Indossament ist eine im Gesetz gesondert geregelte, auf Übertragung des im Ordrepapier verbrieften Rechts gerichtete schriftliche und unterschriebene Willenserklärung. Ein Indossament kann rechtswirksam nur auf die Urkunde selbst oder auf einen Anhang, der jedoch mit der Urkunde verbunden sein muss, gesetzt werden. Es kann auf Namen lauten oder blanko ausgestellt werden, d.h. der Empfänger trägt seinen Namen selbst ein.

Die Ordrepapierqualität einer Urkunde ergibt sich entweder kraft Gesetzes (gesetzliche Ordrepapiere) oder kraft vertraglicher Vereinbarung. Die gewillkürten Ordrepapiere sind in der Praxis jedoch höchst selten anzutreffen. Die gesetzlichen Ordrepapiere enthalten oftmals keine ausdrückliche Ordreklausel.

Die Übertragung von Ordrepapieren bedarf einer zweiseitigen Verfügungshandlung: Einerseits muss der Papierbesitz übertragen werden und andererseits ist eine Indossierung notwendig.

Und nur der mit Namen als berechtigt Bezeichnete ist befugt, das Papier mittels unterschriebener Übertragungserklärung auf einen andern zu übertragen.

b) Geltendmachung

Die Rechtszuständigkeit setzt Papiereigentum und die Bezeichnung als Berechtigter auf dem Papier voraus:

Wie beim Inhaber- und beim Namenpapier kann auch beim Ordrepapier nur die Vollberechtigung am Papier (Papiereigentum) die Rechtszuständigkeit vermitteln. Soweit ihm nicht grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (Art. 966 II OR), darf der Verpflichtete aber rechtlich geschützt aus dem Besitz des Ansprechers auf dessen Eigentum schliessen (Art. 930 ZGB).

Wer nicht selbst erster Nehmer ist, muss die Zuständigkeit am im Papier verbrieften Recht von diesem ableiten können. Der Nachweis dieses (derivativen) Rechtserwerbs ist mittels der Indossamentenkette zu führen. Berechtigter ist nur, wer an letzter Stelle einer lückenlosen Kette solcher Übertragungserklärungen steht.

c) Beispiele

Wechsel (Art. 990 ff. OR), Check (Art. 1100 ff. OR), Namenaktie (Art. 684 OR), auf Namen lautende Schuldbriefe und Gülden (Art. 842 ff. ZGB). Gewillkürte Ordrepapiere: „Bezahlung an X. oder an dessen Ordre“.

E) Umwandlung

Art. 970 OR regelt zwar namentlich nur die Umwandlung von Wertpapieren in andere Wertpapiere. Die Auslegung von Art. 970 OR ergibt allerdings auch die Möglichkeit Schuldurkunden in Wertpapiere umzuwandeln und umgekehrt.

Sogar gesetzliche Ordrepapiere können durch eine Rektaklausel („nicht an Ordre“ o.ä.) in Namenpapiere umgewandelt werden.

Einschränkungen bestehen bezüglich der Schuldbriefe und Gülden (Art. 865 f. ZGB), für die Umwandlung von Aktien kennt das Aktienrecht Sondervorschriften (Art. 622 III OR: Änderung der Statuten) und logischerweise schliessen sich Inhaberklausele und Ordreklausel gegenseitig aus.

5.2.3 Zweck der Wertpapiere

- Sicherungsfunktion (u.a. Schutz des Schuldners vor Doppelzahlung);
- Verkehrsfunktion (vereinfachte Übertragung);
- Kredit- und Zahlungsmittelfunktion (einfache Handelbarkeit);
- Garantiefunktion (teilweise Möglichkeit des Rückgriffs auf Vormänner);

- Legitimationsfunktion;
- Mobilisierungsfunktion (Trennung von Wert und Sache, z.B. bei Grundpfandbriefen).

5.2.4 Entstehung

A) Das Verhältnis des Wertpapiers zum Grundgeschäft

Die Wertpapierurkunde kann (muss aber nicht) den Rechtsgrund ihrer Entstehung enthalten (kausales oder abstraktes Wertpapier). Auch das abstrakte Wertpapier bleibt mit dem Grundgeschäft verknüpft. Die Intensität der Verknüpfung hängt ab von der Zahl der möglichen Einreden.

B) Ausstellung

Das Ausstellen eines Wertpapiers teilt sich auf in zwei Phasen. Zunächst muss die Urkunde „hergestellt“, d.h. geschrieben werden. Dann wird die Urkunde, durch Begebungsvertrag (nach AT OR) zwischen Aussteller und erstem Nehmer, begeben, d.h. durch Rechtsgeschäft mit der Forderung verknüpft.⁵⁶

C) Entstehung durch Gutgläubenschutz als Spezialfall

Wertpapiere können irrtümlich in Umlauf geraten. Obwohl kein Begebungsvertrag abgeschlossen worden ist, kann die Urkunde u.U. als Wertpapier gelten (Art. 979 III OR), weil auch hier, wie in anderen Teilen des Handelsrechts, dem Rechtsschein grosse Bedeutung zukommt. Wer Urkunden ausstellt, trägt das Risiko, dass sie in Umlauf geraten könnten.

5.2.5 Inhalt

Grundsätzlich kann jedes beliebige Recht, soweit es nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstösst, in die Form des Wertpapiers gekleidet werden. Nicht jedoch Forderungen, für die ein *pactum de non cedendo* vereinbart worden ist (Art. 164 I OR), höchstpersönliche Rechte, Forderungen aus Spiel und Wette (Art. 513 OR), Grundpfandverschreibungen (Art. 824 ff. ZGB) und Genossenschafts- und GmbH-Anteile (Art. 789 III, 853 III OR).

5.2.6 Formvorschriften

Wertpapiere sind – ausser dass sie schon vom Begriff her in einer Urkunde verkörpert sein müssen⁵⁷ – an keine Form gebunden. Eine solche besteht aber für Wechsel (Art.

⁵⁶ Zum Streit zwischen Begebungs- und Kreationstheorie vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, S. 67 f.

⁵⁷ Die Verkörperung von Rechten in Urkunden („Wertpapieren“) ist jedoch heute in weiten Teilen des Wertpapierhandels (Aktienbörsen usw.) nicht mehr üblich. Die sachenrechtliche Komponente tritt insofern hinter die obligationenrechtliche zurück bzw. verschwindet ganz. Dazu etwa MEIER-HAYOZ ARTHUR in der letzten Stunde seiner letzten Wertpapierrechtsvorlesung: Abschied vom Wertpapier?, ZBJV 1986, S. 385 ff.; BRUNNER CHRISTOPH, Wertrechte – nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere, Bern 1996; Handelsrecht II, 3.3.3 B) iii).

991 und 996 OR), Checks (Art. 1100 OR) und Wertpapiere (Art. 1153 OR). Formfehler begründen nach h.L. Anfechtbarkeit des Wertpapiers.

5.2.7 Übertragung

A) Voraussetzungen für eine gültige Übertragung

Zur gültigen Übertragung bedarf es der Übergabe des Besitzes am Wertpapier und der Verschaffung der Legitimation für den neuen Berechtigten (Art. 967 OR).

B) Gemeinsames für jede Art der Übertragung

a) Besitzübertragung

Besitzübergabe erfolgt durch reale Besitzübergabe (Art. 922 I ZGB) oder Traditionssurrogate (*brevi manu traditio*, Besitzvertrag [Art. 922 II ZGB], Besitzanweisung [Art. 924 I, II ZGB], Besitzkonstitut).

b) Herstellung der Legitimation

i) *Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung*

Namenspapiere müssen zediert werden, Ordrepapiere indossiert (Art. 967 OR). Der Schuldner kann so den Erwerb durch den Vorweiser leicht erkennen.

ii) *Bei der nicht rechtsgeschäftlichen Übertragung*

Es liegt eigentlich keine Übertragung vor, sondern ein Übergang kraft Gesetzes. Beispiele dafür sind Konkursliquidation, Erbfall (Art. 560 II ZGB), eheliches Güterrecht und richterliches Gestaltungsurteil. In vielen Fällen wird der Übergang von der zuständigen Behörde entsprechend auf dem Wertpapier vermerkt.

c) Übertragungsbeschränkungen

Grundsätzlich sind Wertpapiere uneingeschränkt übertragbar. Ausser wenn ein *pactum de non cedendo* vereinbart worden ist (wobei hier wohl schon die Voraussetzung für die Wertpapiereigenschaft fehlt, vgl. oben). Oder wenn die Statuten einer Aktiengesellschaft Beschränkungen vorsehen (Vinkulierung, Art. 685a ff. OR).

d) Mitwirkung Dritter bei der Übertragung

- Vertraglich oder gesetzlich vorgeschriebene Mitwirkung Dritter (Art. 967 III OR);
- die Aktiengesellschaft bei der Übertragung von Aktien (Art. 685a I OR) oder;
- der Versicherer bei Versicherungspolice (Art. 73 VVG).

C) Die Besonderheiten der drei Wertpapierarten

a) Inhaberpapier

Das Inhaberpapier kann durch blosser Übergabe der Urkunde übertragen werden. Es kennt ansonsten keine wesentlichen Besonderheiten.

b) Namenpapier

Zur Übertragung eines Namenpapiers bedarf es der Zession der dahinter stehenden Forderung und der Übergabe der Urkunde. Die Zession muss nicht auf der Urkunde selbst vermerkt sein.

c) Ordrepapier

Neben der Übergabe der Urkunde muss die Übertragung auf der Urkunde (oder auf einem angehängten Papier) vermerkt werden (Indossament).

D) Das Indossament im Besonderen

i) *Allgemein*

Für die Indossierung sind (neben den Regeln über die Ordrepapiere, Art. 1145 ff. OR) insbesondere die Regeln über den Wechsel (als wichtigstes Ordrepapier, Art. 1001 ff. OR) zu beachten.

Mit dem Indossament werden alle Rechte aus dem Wechsel übertragen, auch das Recht, den Wechsel weiter zu übertragen (Art. 1004 OR). Bedingungen sind unbeachtlich.

ii) *Arten*

- Blankoindossament (in der Wirkung dem Inhaberpapier ähnlich, vor dem Einlösen muss aber der Name des Einlösers eingetragen werden, Art. 1004 II OR);
- Vollmachtindossament (Art. 1008 OR) und;
- offenes Pfandindossament (Art. 1009 OR).

iii) *Die Wirkungen des Indossaments im Gegensatz zu den Zessionswirkungen*

Die Zession verschlechtert die Stellung des Schuldners nicht, ihm bleiben alle Einrede aus dem Grundgeschäft erhalten (Art. 169 OR). Das Indossament belässt dem Schuldner (zur Förderung der Verkehrsfähigkeit des Papiers) nur persönliche Einreden gegen den Gläubiger und solche, die aus dem Indossament (bzw. Urkunde) selbst hervorgehen (Art. 1007, 1146 OR).

5.2.8 Der gutgläubige Erwerb durch materiell Unberechtigte

A) Namenpapiere

Für Namenpapiere besteht kein besonderer Gutglaubensschutz. Es gelten die Regeln über die Zession (Art. 164 ff. OR).

B) Inhaberpapiere

Inhaberpapiere folgen bezüglich des gutgläubigen Erwerbs den Regeln des Sachenrechts (aber: Art. 935 ZGB).

C) Ordrepapiere

Bei Ordrepapieren ist jeder gutgläubige Erwerber geschützt (Art. 1006 II OR), wenn er das Papier besitzt und eine lückenlose Indossamentenkette vorweisen kann; d.h. er ist auch geschützt, wenn ein Glied dieser Kette gefälscht sein sollte.

5.2.9 Legitimation (Berechtigung)

A) Begriff

Die Grundprüfungspflichten, die den Schuldner treffen, umfassen zunächst die Pflicht, sich die Urkunde präsentieren zu lassen; dann, dass er die Handlungsfähigkeit des Präsentierenden (soweit zumutbar), die Echtheit und die Form der Urkunde prüft.

B) Die Besonderheiten bei den drei Wertpapierarten

Es ist zwischen materieller und formeller Legitimation zu unterscheiden: Die materielle Legitimation betrifft die Gültigkeit des Grundgeschäfts und der Übertragung, die formelle hingegen nur das Vorweisen der Urkunde.

Die Trennlinie, ob dem Schuldner die Prüfung beider Arten der Legitimation obliegt oder nicht, verläuft zwischen den Namenpapieren und den Ordre- und Inhaberpapieren.

a) Namenpapiere

Bei den Namenpapieren hat der Schuldner neben der formellen Berechtigung, weil Namenpapiere keine Legitimationsklauseln enthalten, auch die materielle, d.h. die Gültigkeit des Grundgeschäfts, der Zession usw. zu prüfen.

b) Ordre- und Inhaberpapiere

Der Schuldner hat nur die formelle Legitimation (vgl. Grundprüfungspflichten) zu prüfen, eine Prüfung der materiellen Legitimation ist sogar unzulässig (aber: Art. 966 II OR). Bei Ordrepapieren kommt die Prüfung der Lückenlosigkeit der Indossamentenkette hinzu.

5.2.10 Kraftloserklärung (Art. 971 f. OR)

Da bei Wertpapieren die Forderung mit der Urkunde verknüpft ist, führt ein Verlust der Urkunde dazu, dass einerseits der Gläubiger seine Forderung nicht mehr geltend machen kann und andererseits der Schuldner u.U. das Risiko einer Doppelzahlung eingeht. Zuständig für die Kraftloserklärung ist der Richter am Wohnsitz des Schuldners. Er hebt die doppelte Präsentationsklausel auf und der Gläubiger kann danach ohne Präsentation sein Recht geltend machen.

Die Kraftloserklärung (Amortisation) von Wertpapieren folgt (im Gegensatz zu derjenigen normaler Schuldkunden; Art. 90 I OR: Privatmortifikation) speziellen Regeln (Namenpapiere, Art. 977 OR; Inhaberpapiere, Art. 981 ff. OR; Ordrepapiere, Art. 1152 OR i.V.m. Art. 1072 ff. OR).

Der Schuldner hat ein Gesuch einzureichen, dessen Berechtigung er zu belegen hat. Dann erfolgt dreimal im SHAB die öffentliche Aufforderung an allfällige Besitzer des betreffenden Wertpapiers, sich zu melden.

Meldet sich niemand, folgt die Kraftloserklärung durch den Richter. Andernfalls wird die Echtheit der Urkunde geprüft und (nach der Klage auf Herausgabe) über die bessere Berechtigung an dem Wertpapier ein Prozess geführt.

5.2.11 Durchsetzung der wertpapierrechtlich verbrieften Forderungen

A) Verfahrensrechtliche Erleichterungen

a) Schuldbetreibung und Konkurs

Die Stellung des Gläubigers wird insofern erleichtert als er den Rechtsvorschlag des Schuldners (Art. 74 ff. SchKG) mit provisorischer Rechtsöffnung beseitigen lassen kann (Art. 82 SchKG). Der Schuldner hat dann noch die Möglichkeit, im Prozess das Bestehen der Forderung zu bestreiten.

Daneben sieht das SchKG, wenn der Schuldner konkursfähig, d.h. im Handelsregister eingetragen ist, für Wechsel und Checks ein schnelleres Verfahren vor (Art. 177 ff. SchKG).

b) Prozessrecht

Die prozessrechtlichen Erleichterungen für den Gläubiger bestehen in der Beweislastumkehr durch das Vorliegen einer Urkunde und im Wegfall gewisser Einreden durch den Schuldner (vgl. unten B).

B) Die Einrede des Schuldners

a) Allgemein

Wie für das Handelsrecht typisch (vgl. z.B. oben 3.1.3 Die kaufmännische Stellvertretung), erhält der Rechtschein auch im Wertpapierrecht ein grosses Gewicht. Deshalb werden dem Schuldner gewisse Einreden abgeschnitten.

b) Bei gewöhnlichen Forderungen und Namenpapieren

Bei der Zession gewöhnlicher Forderungen bleiben dem Schuldner alle Einreden erhalten (Art. 169 OR). Grundsätzlich ist dies bei Namenpapieren gleich, nur dass der Schuldner wegen der doppelten Präsentationsklausel dem Gläubiger nicht entgegenhalten kann, er habe bereits z.B. dem ersten Nehmer geleistet, denn dann hätte er die Präsentationsklausel missachtet.

c) Bei Inhaber- und Ordrepapieren

Es ist hier zwischen dem ersten Nehmer und dessen Nachfolgern zu unterscheiden: Der erste Nehmer muss sich – im Gegensatz zu seinen Nachfolgern – alle Einreden aus dem Grundgeschäft gefallen lassen, es gibt keine Beschränkungen. Im Übrigen bleiben gegen den Inhaber folgende Einreden erhalten, alle andern gehen unter.

i) *Einreden gegen die Person des Ansprechers*

Einreden gegen die Person des Ansprechers, d.h. Einreden die sich auf falsche Identität u.ä. beziehen, sind möglich (Art. 979 I OR).

ii) *Einreden gegen die Gültigkeit der Urkunde*

Ebenso bleiben Einreden erhalten, welche die Form, die Echtheit usf. der Urkunde betreffen (Art. 979 I OR).

iii) Einreden, welche aus der Urkunde hervorgehen

Bedingungen, Stundung usf. können – soweit sie aus der Urkunde hervorgehen – ebenfalls entgegen gehalten werden (Art. 979 I OR).

iv) Persönliche Einreden des Schuldners

Persönliche Einreden gegen den aktuellen Inhaber der Urkunde (z.B. Verrechnung) können auch geltend gemacht werden (Art. 979 I OR).

v) Arglisteinrede

Überträgt der erste Nehmer die Urkunde bewusst auf einen Dritten, um den Schuldner schlechter zu stellen, indem ihm dadurch Einreden abgeschnitten werden, kann dies der Schuldner als eigene Einrede dem Gläubiger entgegenhalten (Art. 979 II OR).

C) Haftung bei Ausfall oder Nichtbelangbarkeit des Schuldners (Regress)

a) Bei gewöhnlichen Forderungen und Namenpapieren

Bei der Zession haftet der Zedent allein für das Bestehen und nicht auch für die Bonität der Forderung (Art. 171 OR). Eine andere Vereinbarung ist möglich.

b) Bei Inhaber- und Ordrepapieren

Für Wechsel und Checks gilt, dass der erste Nehmer und die ihm folgenden Indossanten dem letzten Indossatar auch für die Bonität des Schuldners haften (Art. 1005 und 1128 OR). Der Vorweiser kann entweder den Schuldner betreiben oder er kann auf einen beliebigen Indossanten in der Indossamentenkette Rückgriff nehmen.

Für die übrigen Inhaber- und Ordrepapiere gilt das normale Schuldrecht (vgl. oben a).

D) Unterschiedliche Einrede- und Haftungsordnung bei Indossament und Zession

a) Stellung des Schuldners

Die Zession verschlechtert die Stellung des Schuldners nicht. Das Indossament dagegen stellt ihn (ausser gegenüber dem ersten Nehmer) schlechter durch das Abschneiden von Einreden.

b) Stellung des Gläubigers

Dem Gläubiger haftet bei Zession niemand für die Bonität der Forderung. Beim Indossament besteht auch eine Haftung für Bonität.

5.3 Praktische Erscheinungsformen

5.3.1 Wechsel (gesetzliches Ordrepapier)

Der Wechsel hat – trotz der ausführlichen gesetzlichen Regelung (Art. 990 ff. OR) – heute keine grosse Bedeutung mehr. Er wird vor allem zur Kreditsicherung gebraucht.

A) Gezogener Wechsel

Beim gezogenen Wechsel sind mindestens drei Parteien beteiligt: Der Aussteller (derjenige, der den Wechsel aufsetzt und unterschreibt), der Bezogene (derjenige, welchen

der Aussteller zur Zahlung anweist) und der erste Nehmer (derjenige, zu dessen Gunsten der Wechsel ausgestellt wird). Der gezogene Wechsel enthält als Grundlage eine Anweisung (vgl. dazu BT OR).

B) Eigenwechsel

Beim Eigenwechsel fallen Aussteller und Bezogener in einer Person zusammen. Für den Gläubiger besteht der Vorteil eines solchen Wechsels vor allem in der rascheren Wechselbetreibung.

5.3.2 Check (gesetzliches Ordrepapier)

Eine häufigere Erscheinungsform als der Wechsel ist der Check (Art. 1100 ff. OR). Er dient vor allem als Bargeldersatz zur Förderung des Zahlungsverkehrs und zum Bargeldbezug bei Banken, Poststellen, Hotels usw. Die Verkehrsfähigkeit ist durch eine kurze Verfallzeit eingeschränkt (Art. 1116 OR). Der Vorweiser hat keinen eigenen Anspruch gegen die Bank auf Auszahlung des Checkbetrages (Art. 1104 OR). Teilweise garantieren die Banken allerdings in einem neben dem Check bestehenden Vertrag zugunsten Dritter (d.h. zugunsten des Vorweisers) einen bestimmten Auszahlungsbetrag (z.B. Eurocheques: Fr. 300.-). Insofern hat der Vorweiser einen Anspruch.

Ein gekreuzter Check (Art. 1123 f. OR) darf von der bezogenen Bank nur von eigenen Kunden oder andern Bankiers entgegen genommen werden (Art. 1124 I OR). Verrechnungsschecks (Art. 1125 ff. OR) dürfen nicht bar ausbezahlt, sondern nur auf dem Konto des Vorweisers bei der Bank oder einem Dritte gutgeschrieben werden.

5.3.3 Warenpapiere

Warenpapiere (Art. 1153 ff. OR) sind Lager- und Frachtkunden, die Wertpapiercharakter haben. Insbesondere Empfangsbestätigungen mit der Verpflichtung zur Wiederherausgabe von Waren durch den Frachtführer. Diese Dokumente können auch als Traditionssurrogate verwendet werden. Und sie dienen zur Abwicklung des Dokumentenakkreditivs, d.h. ermöglichen beim Distanzkauf die Übergaben Zug-um-Zug.

5.3.4 Neuere Entwicklungen

- Kreditkarten dienen dem bargeldlosen Zahlungsverkehr. Sie sind keine Wertpapiere, sondern ein Ausweise der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kreditkartenorganisation. Durch die Überlassung dieses Ausweises bringt die Kartenorganisation zum Ausdruck, dass sie dem berechtigten Karteninhaber einen gewissen Kredit einräumt. Kreditkarten sind nicht übertragbar.
- Bankomatkarten erlauben das Abheben von Bargeld an bestimmten Geldautomaten. Der Bezug von Bargeld wird direkt dem Konto des Karteninhabers belastet. Die Karten sind weder übertragbar noch sind sie Wertpapiere.

6 *Immaterialgüterrecht*

6.1 Einleitung

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 1-11; LEAFFER MARSHALL, *Understanding Copyright Law*, 3d. ed., New York 1999, pp. 1; DESSEMONTET FRANÇOIS, *Einführung: Immaterialgüterrecht und Privatrecht*, in: SIWR, *Grundlagen*, Band I/1, Basel/Frankfurt a.M. 1995, S. 1 ff.; Marbach Eugen, *Hinweise zur geschichtlichen Entwicklung des Immaterialgüterrechts*, in: SIWR, *Grundlagen*, Band I/1, Basel/Frankfurt a.M. 1995, S. 27 ff.; POSNER RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, 5th. ed., New York 1998, pp. 34; AREEDA PHILIPP/KAPLOW LOUIS, *Antitrust Analysis*, 5th. ed., New York 1997, pp. 149.

6.1.1 Was sind Immaterialgüterrechte?

Unter *Immaterialgütern* versteht man, im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen, geistige Schöpfungen (wie Werke, Erfindungen, Ideen, Know-how, Geschäftsstrategien etc.) und andere unkörperliche „Gegenstände“ (wie Namen, Marken, Geschäftsfirmen etc.). Diese Güter sind durch spezielle Gesetze Rechtssubjekten zugeordnet und dadurch vor dem Zugriff durch unberechtigte Dritte geschützt (z.B. URG, MSchG, PatG etc., aber auch Art. 162 StGB, UWG).

Die *Immaterialgüterrechte* sind somit dem Eigentumsrecht nachgebildet, da rein relative obligatorische Rechte keinen genügenden Schutz zu bieten vermöchten. Der grösste Unterschied zum Eigentumsrecht besteht in der nur befristeten Schutzdauer dieser Rechte (z.B. Art. 29 ff. URG⁵⁸), wohingegen das dingliche Eigentumsrecht an einer Sache keine zeitlichen Grenzen kennt.

6.1.2 Der Schutz von Immaterialgüterrechten

A) Immaterialgüterschutz (i.e.S.)

Der Immaterialgüterschutz umfasst traditionell den *Schutz technischer Entwicklungen* durch die Gewährung von Patenten (PatG), den *Schutz gestalterischer Leistungen* durch Urheberrechte und Designschutz (URG, MMG, DesG) sowie den *Schutz von Kennzeichen* durch das Marken- und Firmenschutzrecht (MSchG, Art. 944 ff. OR).

Diese Dreiteilung wird jedoch zunehmend aufgelöst: zum einen aufgrund zahlreicher Überschneidungen zwischen unterschiedlichen Kategorien, zum andern, weil im Rahmen des Wandels von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft neue Arten geistigen Eigentums hinzugekommen sind, die keiner der traditionellen Schutzkategorien problemlos zuzuordnen sind (z.B. Software, business solutions etc.). Das Der Immaterialgüterschutz wird deshalb zunehmend als Einheit, als Gesamtkonzept verstanden.

⁵⁸ BG vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SR 231.1.

B) Immaterialgüterschutz (i.w.S.)

Zusammen mit dem Lauterkeitsrecht und bildet der Immaterialgüterschutz i.e.S. den Immaterialgüterschutz im weiteren Sinne. Das BGER lässt die parallele Berufung auf immaterialgüterrechtliche Spezialgesetze und das UWG zu.

Der lauterkeitsrechtliche Schutz ist mit dem immaterialgüterrechtlichen allerdings nicht deckungsgleich: eine lauterkeitsrechtliche Rechtsverletzung kann auch vorliegen, wenn aus den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen keine Schutz abgeleitet werden kann, sei es weil das in Frage stehende Immaterialgut nicht in diesem Umfang geschützt ist, oder weil sich zwei verschiedene Immaterialgüterrechtskategorien gegenüberstehen, von denen keine grundsätzlichen Vorrang genießt (sehr häufig in domain name-Fällen, wo sich Firmen-, Namen- und Markenrechte sich gegenüberstehen, vgl. nur BGE 125 III 91 „Rytz“⁵⁹, 126 III 239 „berneroberland.ch“).

6.1.3 Der Zweck von Immaterialgüterrechten

Der Schutz bzw. die Zuordnung von Immaterialgütern zu bestimmten Person bedeutet zugleich deren Monopolisierung und bedarf deshalb einer Rechtfertigung. Die naturrechtliche Position, dass jeder Erfinder oder Urheber eines Werk ein natürliches Anrecht auf seine Erfindung oder sein Werk habe, vermag nicht mehr zu überzeugen. Gerade umgekehrt könnte auch argumentiert werden, dass „[t]he general rule of law is, that the noblest human productions – knowledge, truths ascertained, conceptions and ideas – become after voluntary communications to others, free as the air to common use“.⁶⁰ Auch der mit der naturrechtlichen Position verwandten Betrachtungsweise des Immaterialgüterrechtsschutzes als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts kann im Rahmen der zunehmend rein kommerziellen Bedeutung nicht mehr gefolgt werden. Es mag übertrieben sein zu sagen, dass „no man but a blockhead ever wrote, except for money“;⁶¹ doch zeigt sich, dass auch hinter zunächst scheinbar persönlichkeitsrechtlichen Anliegen doch meist immer die Frage des Geldes steht.

Doch auch im Rahmen einer kommerziellen Betrachtungsweise lassen sich weiterhin zwei verschiedene Positionen ausmachen: die eine sieht in der Gewährung von Rechten an Erfinder und Urheber das Mittel, um diese für ihre persönliche Leistung zu entschädigen; die andere Position geht davon aus, dass diese Rechte deshalb gewährt werden, um Erfindern und Urhebern einen Anreiz zu geben, damit sie zum Wohl der Allgemeinheit Erfindungen und Werke schaffen. Die erste entspricht der europäischen Betrachtungsweise, letztere der amerikanischen – wobei sich beide immer mehr annähern. Dies deshalb, weil man unter beiden Betrachtungsweisen die gewerbliche Nutzung von Immaterialgütern zunächst dem Inhaber allein ermöglichen (Monopolrente), nach einer

⁵⁹ Siehe dazu DAVID LUCAS, in AJP 1999, S. 1169 ff.; WEBER ROLF H., Schutz von Domänennamen im Internet, SJZ 92, S. 405 ff.

⁶⁰ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 250 (1918) (Justice Brandeis, dissenting).

⁶¹ Samuel Johnson, as quoted in III *Boswell's Life of Johnson* 19 (Hill ed. 1934).

gewissen Zeit aber den Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern spielen lassen möchte.⁶²

6.2 Marken- und Firmenrecht

6.2.1 Marken

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 451-638.

A) Wesen, Definition und Funktion der Marke

a) Das Wesen der Marke

Das Wesen der Marke besteht in der Verknüpfung eines bestimmten (optischen oder akustischen) Zeichens mit einer Ware oder Dienstleistung (Art. 1 I MSchG).

Die Marke (amerik. brand) dient so der Individualisierung von Waren und Dienstleistungen, wobei diese Funktion umso wichtiger ist, je teurer ein Produkt ist oder je weniger ein Produkt sich von den Konkurrenzprodukten im Übrigen unterscheiden lässt. Dazu tritt die Garantie- und Werbefunktion, z.B. für eine gewisse Qualität oder ein bestimmtes Preisniveau.

b) Gesetzliche Definition

Das Gesetz definiert die Marke als ein Zeichen, das geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 I MSchG).

- Unternehmen ist jede Einrichtung bzw. Person, die am Markt mit Waren oder Dienstleistungen auftritt (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 4 N 35 ff.);
- Zeichen können optischer oder akustischer Natur sein: Bilder, Zahlen, Buchstaben, Buchstabenfolgen oder Musiknoten usf.;
- Objekt der Kennzeichnung ist eine bestimmte Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Produktbereich (z.B. Waschmittel, Zigaretten). Ein umfassender (d.h. spartenübergreifend) Schutz besteht nur für die sogenannt berühmten Marken (vgl. unten: Berühmte Marke).

B) Die Erscheinungsformen der Marke

Die Aufzählung in Art. 1 II MSchG ist nicht abschliessend. Die Schranke der möglichen Marken liegt in der Hinterlegbarkeit und Publikation (Art. 10 I MSchV⁶³).

⁶² U.S. Const. Art. I Sec. 8: "Congress shall have Power ... to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; ..."

⁶³ Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992, SR 232.111.

a) Unterscheidung nach Inhalt und Form

i) Wortmarke

Namen; „sinnlose“ Buchstaben- und Wortzusammenfügungen (BP, IBM); Zahlenkombinationen (4711); Verbindungen von Zahlen und Buchstaben (3M, DC 10); Sachzeichnungen in bestimmten Zusammenhängen (Kinder-Schokolade).

ii) Bildmarke

Zweidimensionale lineare Formen und farbige Gestaltungen, die einen geschlossenen Eindruck vermitteln. Konkrete und abstrakte Darstellungen (Vogelnest von Nestlé, Krokodil von Lacoste, Heckflosse von Swissair, Mercedes-Stern).

iii) Buchstaben- und Zahlenmarke

Vgl. Wortmarken. Eine solche Marke darf allerdings nicht nur aus einem Buchstaben oder nur einer Zahl bestehen (3M, K2, 4711, 8x4, Fa, PkZ).

iv) Kombinierte Marke

Zumeist eine Verbindung von Wort und Bild, z.B. die grafisch gestaltete Firma (IBM).

v) Dreidimensionale Marke

Dreidimensionaler Gegenstand, der dem zu kennzeichnenden Produkt aufgesetzt ist (Mercedes-Stern).

vi) Formmarke

Die Formmarke ist eine dreidimensionale Marke, doch ist die Formmarke nicht auf das Produkt aufgesetzt, sondern die Form der Ware oder der Verpackung ist die Marke selbst (Toblerone, Coca Cola-Flasche, WC-Ente, Gummibärchen).

vii) Akustische Marke

Eine Ware kennzeichnende Klänge (Jingles) sind schützbar soweit sie in Noten aufgeschrieben werden können (weshalb beispielsweise das Migros-Jingle markenrechtlich geschützt werden kann, das Gebrüll des MGM-Löwen hingegen nicht – obwohl bestimmt auch so unterscheidungskräftig).

viii) Duftmarke

Duftmarken dürften nicht geschützt werden können, da Düfte sich nicht hinterlegen lassen (Art. 10 I MSchV). Aber auch wenn Duftmarken in der Form ihrer chemischen Zusammensetzung hinterlegt werden könnten (gleich dem Notenbild bei Jingles), wären die Parfumerhersteller wohl nicht daran interessiert, die Zusammensetzung aus diesem Grund preiszugeben.

b) Unterschiede hinsichtlich der markierten Objekte/Funktion

i) Warenmarke

Hier sind Produktionsmarken (aus dem Bereich der Landwirtschaft, z.B. Jaffa-Orangen), Fabrikmarken und Handelsmarken (wenn Handelsgesellschaften fremde Produkte mit ihrer eigenen Marke versehen) zu unterscheiden.

Ein Produkt kann auch mehrere Marken aufweisen, wenn seine Bestandteile je eigene Marken besitzen (Wollsiegel in Kleidern, H&M).

ii) Dienstleistungsmarke

Statt Waren Dienstleistungen (vgl. oben), wobei diese nicht auf dem Produkt selbst angebracht werden können, sondern an Orten in dessen Umfeld (Prospekte, Briefköpfe, Gebäudefassaden).

c) Unterscheidung hinsichtlich des Berechtigten

i) Einzelmarke

Im Regelfall gehört eine Marke einem einzelnen Unternehmen.

ii) Firmenmarke

Marke, die zugleich die Firma einer Unternehmung ist. Sie untersteht insoweit den Bestimmungen des MSchG, d.h. die Firma ist als Marke nur geschützt, wenn sie als Marke ins Markenregister eingetragen werden kann (z.B. „Diamalt“ ist zwar als Firma geschützt, nicht jedoch als Marke: sie wäre irreführend, da die Produkte nicht alle Malz enthalten; OK; Montre Exactus AG; Florida International Fruchtsaft GmbH Frankfurt!). BGE 89 I 303, BGE 93 I 576.

iii) Kollektivmarke

Eine Kollektivmarke (Art. 22 MSchG) dient zur Kennzeichnung der Produkte einer Vereinigung oder einer Gruppe von Unternehmen (Fleurop, St. Moritz, Silva, Mondo). Die Marke muss zusammen mit einem Markenreglement hinterlegt werden.

iv) Garantimärke

Die Garantimärke (Art. 21 MSchG) ist eine selbständige Marke eines einzelnen Markeninhabers, die von verschiedenen Unternehmen unter der Kontrolle des Markeninhabers verwendet werden kann, und die gewisse Eigenschaften der entsprechenden Produkte gewährleistet (Gütesiegel aller Art: Wollsiegel, Armbrust, Bioknospe).

Bei der Hinterlegung der Garantimärke muss auch ein Markenreglement hinterlegt werden, das die Kriterien und Voraussetzungen festhält, unter welchen die Marke benutzt werden darf (Art. 23 MSchG). Jedem Unternehmen, das diese Bedingungen erfüllt, ist die Benutzung der Marke zu gestatten.

v) Konzernmarke

Der Konzern bildet eine wirtschaftliche Einheit, weshalb eine Mehrfachregistrierung (z.B. durch verschiedene Tochterunternehmen) einer einzelnen Marke in diesem Falle gestattet wird. Die Konzerngesellschaften würden einander auch kaum einklagen wollen!

Sehr oft allerdings werden in Konzernen alle Immaterialgüterrechte in einer eigens dafür geschaffenen Gesellschaft konzentriert, welche von den Konzernunternehmen deren Rechte zu einem tiefen Preis erwirbt und ihnen an diesen anschliessend, gegen teilweise hohe Gebühren, durch Lizenzverträge Nutzungsrechte einräumt. Dies insbesondere aus steuerlichen Gründen, da den Konzernunternehmen in Form der Verpflichtung zu Li-

zenzgebühren ein Transfertitel für Geldüberweisungen an das herrschende Unternehmen zur Verfügung steht und so ihr Gewinn geschmälert wird.

vi) Holdingmarke

Für eine Holding sind Mehrfachregistrierungen ihrer Marke ebenfalls möglich. BGE 75 I 350.

d) Übrige Marken

i) Berühmte Marke

Für die berühmte Marke kennt das Gesetz den unbegrenzten Schutzbereich, d.h. den Schutz der Marke auch ausserhalb des eigentlichen Produktbereichs (Art. 15 MSchG). Eine Marke ist dann berühmt, wenn sie unabhängig von Ort ihres Erscheinens auf das Produkt verweist („überragende Verkehrsgeltung“: Coca Cola, Marlboro, Camel). Vgl. BGE 116 II 463 („Coca Cola“), BGE 116 II 615 („Gucci“).

ii) Notorisch bekannte Marke

Eine ausländische Marke, die in der Schweiz nicht formell geschützt ist, muss dennoch geschützt werden, wenn diese in der Schweiz notorisch bekannt ist (Art. 3 II lit. b MSchG⁶⁴). BGE 109 II 487 („Computerland“).

iii) Telle quelle Marke

An sich bestimmt der Staat, in dem eine Marke eingetragen werden soll, die Bedingungen der Eintragung. Aber Art. 6^{quinquies} PVÜ verpflichtet die Vertragsstaaten, eine in einem andern Vertragsstaat eingetragene Marke, ebenfalls einzutragen, auch wenn die Marke den eigenen Bedingungen nicht entspricht (z.B. Hologramme in der Schweiz: Beethoven auf der ec-Karte).

iv) Exportmarke

Eine Marke ist in der Schweiz auch dann geschützt, wenn sie „nur“ für den Export benutzt wird (Art. 11 II MSchG).

C) Materielle Schutzvoraussetzungen

Das Markenschutzgesetz sieht einerseits absolute Schutzausschlussgründe vor, die von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 2 MSchG), und andererseits relative Schutzausschlussgründe, die von andern auf dem Zivilweg geltend zu machen sind (Art. 3 MSchG) und die bei der Eintragung vom IGE⁶⁵ nicht geprüft werden.

a) Absolute Ausschlussgründe (Art. 2, 30 II MSchG)

i) Gemeingut/public domain (Art. 2 lit. a MSchG)

Unter die absoluten Ausschlussgründe fallen zunächst die Zeichen des Gemeingutes. Diese können deshalb nicht eingetragen und geschützt werden, weil ein öffentliches Interesse daran besteht, dass sie allgemein genutzt werden können. Bei den Beschaffen-

⁶⁴ Verpflichtung aus der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) vom 20. März 1883 zum Schutz des gewerblichen Eigentums, SR 0.232.01/.04. Art. 6^{bis} PVÜ.

⁶⁵ Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum.

heitsangaben fehlt zudem eine genügende Unterscheidungskraft, welche gerade den Sinn einer Marke ausmacht (z.B. Marke Spagetti für Spagetti).

- **Sachbezeichnungen (frz. signes générique)**

Nicht eingetragen werden Marken, die ein Produkt bloss beschreiben oder eine Sache als diese Sache benennen (z.B. Apple für Äpfel; für andere Produkte, z.B. Computer, ist diese Marke aber durchaus zulässig; Telefon für Zigaretten ist zulässig). BGE 87 I 144.

- **Beschaffenheitsangaben (frz. signes descriptives)**

Schutzunfähig sind auch Marken, die auf Eigenschaften eines Produktes hinweisen (z.B. prima, top, extra, super, usf.). Darunter fallen auch Ortsbezeichnungen. Ohne besonderen Denk- und Fantasiaufwand soll die beschreibende Eigenschaft erkennbar sein. Das Bundesgericht ist in dieser Hinsicht allerdings sehr streng und nimmt leicht eine Beschaffenheitsangabe an. Entscheidend ist der Sprachgebrauch in der Schweiz.⁶⁶ BGE 84 II 432, BGE 103 II 243, BGE 116 II 609.

- **Freizeichen**

Freizeichen sind ursprünglich geschützte Marken, die im Laufe der Zeit zu Sachbezeichnungen „degeneriert“ sind (z.B. Fön, Linoleum, Nylon, Plexiglas, Grammophon, Jeep, Aspirin [in Amerika, nicht in Europa]). Anzeichen einer solche Degeneration können sein: Deklination des Markennamens, unangefochtenen Benutzung durch andere Unternehmen usf. Da in eine Marke meist viel Geld investiert wird, ist es wichtig die Degeneration zum Freizeichen zu verhindern. Dies kann durch Hervorhebung im Fliesstext (z.B. mittels anderer Zeichen), konsequente Kennzeichnung mit dem ®-Zeichen und sofortige Abwehrmassnahmen gegen Nachahmer geschehen. Nicht degeneriert sind z.B. Duden und Eternit.

- **Geometrische Figuren, Zahlen, Buchstaben, Farben**

Einfache geometrischen Figuren, Zahlen, Buchstaben, Farben etc. können nicht geschützt werden. Buchstaben fremder Alphabete sind schützbar. Levis konnte z.B. sein kleines rotes Rechteck mit der Aufschrift „Levis“ nicht schützen lassen. Offen steht in solchen Fällen die Möglichkeit einer Klage nach UWG. BGE 113 II 103.

- **Durchgesetzte Marken**

Marken, die ursprünglich schutzunfähig waren, können dann geschützt werden, wenn sie sich im Markt dennoch als individualisierende Marke durchgesetzt haben (z.B. Kinder, Lonza, Sihl). Diese Marken können aber nur gerade für diejenigen Produkte eingetragen werden, auf die sich die Durchsetzung bezieht.

ii) Schutzausschlussgründe bei Formen und Verpackungen (Art. 2 lit. b MSchG)

Vom Markenschutz ausgeschlossen sind diejenigen Formen, welche sich aus dem Wesen der Sache, die mit der Marke bezeichnet werden soll, oder der technischen Notwendigkeit ergeben. Nicht schützbar wäre etwas die Alu-Dose. Schützbar hingegen die

⁶⁶ Auch wenn das BGer zuweilen Fremd- und antike Sprachen dem Schweizer Sprachgebrauch zurechnet.

WC-Ente oder die Coca Cola-Flasche. (Dreidimensionale Formen können aber als Muster und Modelle geschützt werden, allerdings nur für 15 Jahre.)

iii) Irreführende Zeichen (Art. 2 lit. c MSchG)

Zeichen werden nicht als Marken eingetragen, wenn sie unwahr oder irreführend sind, weil die Öffentlichkeit vor Täuschung geschützt werden soll. Eine Täuschungsabsicht des Hinterlegers ist nicht notwendig, allein die Gefahr der Täuschung genügt (Hummel für Kerzen, die nicht aus Bienenwachs bestanden; Diamalt für Getränke ohne Malz; Kübler-Rad für ein Rad, das nichts mit dem berühmten Ferdy Kübler zu tun hatte).

Abgestellt wird dabei allein auf die Marke (nicht auf die Verpackung, die Werbung usf.) und den potentiellen Kundenkreis.

iv) Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht (Art. 2 lit. d MSchG)

• **Zeichen, die gegen die öffentliche Ordnung verstossen**

Darunter fallen Zeichen, die gegen das religiöse Empfinden oder das Nationalgefühl verstossen (Golgatha, ADHOLFF, Hakleluja). Zulässig als Marken sind meist die Namen heidnischer Götter usf. (Hermes, Merkur).

• **Sittenwidrige Zeichen**

Unanständige, anstössige Marken (Opium, Invasion, Kanabis, Kidnapper, MARIJUANA).

• **Verstoss gegen geltendes Recht**

Recht des Bundes, der Kantone, der Gemeinden und Staatsverträge. Es handelt sich dabei meist um Verstösse gegen den Wappengebrauch⁶⁷.

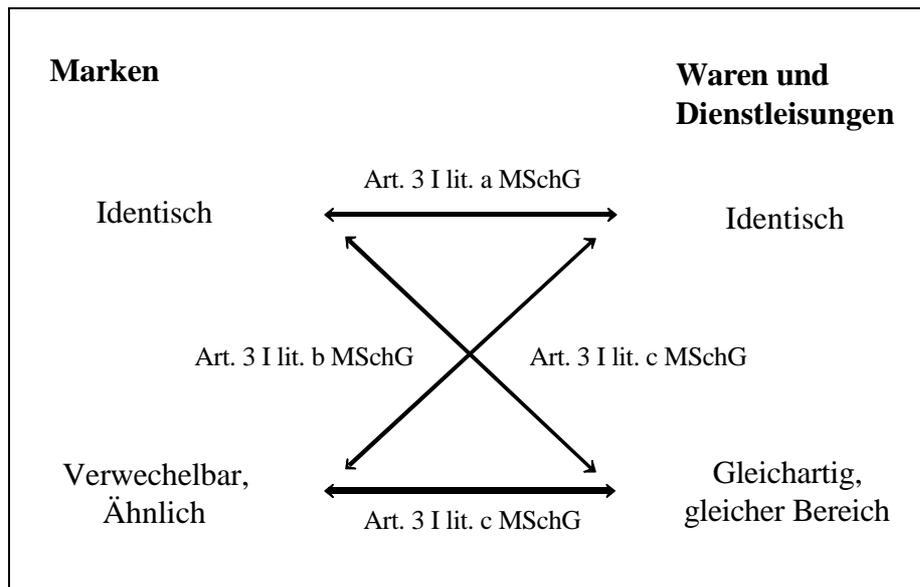
b) Die relativen Ausschlussgründe (Art. 3 MSchG)

i) Allgemeines

Verwechselbarkeit oder Identität einer Marke mit einer älteren geschützten Marke wird nicht von Amtes wegen geprüft. Der Inhaber der verletzten Marke muss selber auf dem Zivilweg gegen den Nachahmer vorgehen. Im Bereich der relativen Ausschlussgründe sind ungleich viel mehr Verfahren zu verzeichnen als bei den absoluten.

Für den Ausschluss muss eine verwechselbare oder ähnliche Marke für ein gleiches oder ähnliches Produkt verwendet werden. Dem Eintrag einer identischen Marken für ganz verschiedene Produkte hingegen steht nichts entgegen.

⁶⁷ Vgl. dazu das BG vom 5. Juni 1931 zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen (WSG), SR 232.21.



ii) Verwechslungsgefahr

Die Verwechselbarkeit ist eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht frei überprüft werden kann.

Einerseits kann eine Verwechslung dazu führen, dass man ein Produkt fälschlicherweise einem bestimmten Unternehmen zuordnet (unmittelbare Verwechslungsgefahr), oder andererseits, dass ein Produkt zumindest einer Serie oder einem Konzern zugeordnet wird, zu dem es nicht gehört (BÄR, in: ZBJV 1998, S. 282 f.; BGE 102 II 122 [126]).

iii) Kriterien für die Prüfung der Verwechslungsgefahr

Bei der Überprüfung der Verwechslungsgefahr ist immer von den gesamten Umständen des konkreten Einzelfalles auszugehen. Es ist das Umfeld zu beachten, in welchem das Produkt verkauft wird: bei Massenartikeln ist die Verwechslungsgefahr grösser als bei teuren oder Spezialprodukten, weil man sich verschieden intensiv mit der Auswahl beschäftigt. Und je ungleicher das bezeichnete Produkt, desto höhere Anforderungen werden an die Verwechselbarkeit gestellt.

Der Schutzzumfang wird zudem von der Kennzeichnungskraft mitbestimmt. Starke Marken, d.h. solche, die von sich aus sehr kennzeichnungskräftig sind (z.B. Fantasiemarken) oder dies infolge grosser Verkehrsdurchsetzung geworden sind, geniessen einen grösseren Schutzzumfang, als schwache Marken, d.h. solche, die sich z.B. aus Sachbeschreibungen, Freizeichen oder Eigenschaftsbezeichnungen zusammensetzen.

• Gesamteindruck

Massgeblich für die Verwechselbarkeit ist der Gesamteindruck, den kollidierende Marken beim durchschnittlichen Abnehmer (vgl. unten) hinterlassen.

Bei Wortmarken beurteilt sich dieser Gesamteindruck in erster Linie nach Klang (Silbenmass, Aussprachekadenz, Vokalfolge), Schriftbild (Wortlänge und Art der

Buchstaben) und Sinngehalt. Gemeinfreie Markenelemente werden je nach Einfluss auf den Gesamteindruck berücksichtigt.⁶⁸ Leading case: BGE 78 II 378.

- ***Erinnerungsbild***

Die Beurteilung soll nicht nur durch direkten Vergleich der Zeichen erfolgen, sondern es ist auch zu beachten, dass der Abnehmer oft auf ein unpräzises Erinnerungsbild angewiesen ist (BGE 78 II 377; TROLLER: „gedächtnisbedingte Verschwommenheit“). Es ist dabei auf die gesamten (Kauf-)Umstände abzustellen. Die Aufmerksamkeit eines Kunden ist in einem Schmuckgeschäft sicher grösser als in einem Warenhaus: BGE 95 II 194.

- ***Massgeblicher Personenkreis***

Die Verwechslungsgefahr ist zudem immer aus der Sicht derjenigen Person zu beurteilen, die den Kaufentscheid fällt (z.B. der Kunde; aber auch der Arzt, der das Rezept schreibt usf.). BGE 93 II 265.

- ***Verwechslungsabsicht/Effektiv vorgekommene Verwechslungen***

Die Beurteilung erfolgt auch danach, ob eine Verwechslung beabsichtigt ist (was aber nicht erforderlich ist), und danach, ob schon Verwechslungen vorgekommen sind.

iv) Warengleichartigkeit

Die Hinterlegung einer gleichen Marke für völlig verschiedene Produkte ist möglich.

Je ähnlicher sich die Produkte sind, desto stärker müssen sich die Marken voneinander unterscheiden, weil das Verwechslungsrisiko bei ähnlichen Produkten grösser ist. Umgekehrt ist bei ähnlichen Marken ein entsprechend grosser Abstand bei den Produkten erforderlich.⁶⁹

D) Entstehung des Markenrechts, Priorität (Art. 5 ff. MSchG)

a) Entstehung des Markenrechts

Der Markenschutz beginnt mit der Eintragung in das Register (Konsitutivwirkung der Registereintragung, Art. 5 MSchG).

b) Hinterlegungsberechtigung

Zur Hinterlegung berechtigt ist jede natürliche oder juristische Personen im In- und Ausland, die wirtschaftlich tätig ist (Art. 28 MSchG).

Sondernormen gelten für die Garantimärke (Art. 21 MSchG), die Kollektivmarke (Art. 22 MSchG) und die Agentenmarke (Art. 4 MSchG).

⁶⁸ Für die Analyse werden die beschreibenden Bestandteile der Marke weggestrichen:

Verwechselbar sind: Tobler-o-Rum – Torrero Rum, Hügis – Glügis, Coro – Hero, Sunlight – Sun White, Bic – Big (Pen), Luva – Luma(tic).

Nicht verwechselbar sind: Radion – Radomat, Springbock – Blauer Bock, Schweppes – Schwipp Schwapp, Othmar's Watch – Swatch.

⁶⁹ Warengleichartigkeit bejaht: Schafwolle – Baumwolle, Heizkissen – Höhensonne, Kaffee – Kaffeemühle, Salzgebäck – Süssgebäck, Umstandskleider – Bebeartikel, Freizeitkleider – Sportkleider.

Warengleichartigkeit verneint: Zeitschrift in Heftform – Zeitung, Genussmittel – Sardinen.

c) Hinterlegungspriorität

Das Markenrecht steht grundsätzlich demjenigen zu, der die Marke zuerst hinterlegt hat (Art. 6 MSchG). Die Priorität entsteht mit der Anmeldung (Art. 5, 29 MSchG).

Wird eine Marke in einem Vertragsstaat der Pariser Verbandsübereinkunft angemeldet, gilt während sechs Monaten diese Anmeldungspriorität auch in allen andern Vertragsstaaten (Art. 7 I MSchG). Dasselbe gilt für Staaten, denen die Schweiz Gegenrecht hält (Art. 7 II MSchG).

Ebenfalls gilt das Prioritätsrecht für den, der eine Marke erstmals an einer offiziellen Ausstellung oder Messe präsentiert und diese Marke innerhalb von sechs Monaten anmeldet (Art. 8 MSchG).

Ist eine Marke vor der Eintragung bereits von einem andern benützt (aber nicht eingetragen worden), so kann der Hinterleger diesem den Gebrauch im bisherigen Umfang auch weiterhin nicht verbieten (Art. 14 MSchG).

d) Eintragung der Marken

i) Eintragungsverfahren

Vgl. Art. 28 ff. MSchG.

ii) Widerspruchsverfahren

Vgl. Art. 31 ff. MSchG; oben C)b) Die relativen Ausschlussgründe (Art. 3 MSchG).

iii) Beschwerde an die Rekurskommission

Verfügungen des IGE können bei der Rekurskommission für geistiges Eigentum angefochten werden. Die Rekurskommission entscheidet im Rahmen des Widerspruchsverfahrens endgültig (Art. 36 I, III MSchG). Für den Zivilrichter ist der Entscheid aber nicht bindend, er hat in jedoch als starkes Indiz zu werten.

Ausserhalb des Widerspruchsverfahrens können Entscheide der Rekurskommission im Verwaltungsgerichtsverfahren ans BGer weitergezogen werden.

E) Bestand des Markenrechts

a) Gültigkeitsdauer und Verlängerung

Der Markenschutz dauert grundsätzlich ewig, wenn die Verlängerung jeweils gültig beantragt und die Gebühr bezahlt wird (Art. 10 MSchG).

Bei der Verlängerung kann, ausser einer Verkleinerung des Kataloges der Produkte, für welche die Marke geschützt sein soll, die Marke nicht verändert werden. Für eine Erweiterung muss die Marke neu hinterlegt werden (Art. 29 II MSchG).

b) Gebrauch der Marke

Bedingung für den Bestand des Markenrechts ist deren ernsthafter Gebrauch durch den Inhaber oder dessen Stellvertreter in der hinterlegten oder in einer zumindest nicht wesentlich abweichenden Form (Art. 11 MSchG). Als Gebrauch gilt auch die Benutzung bei Werbung, auf Briefpapier, Prospekten, Hausfassaden usf.

Wird eine Marke nicht gebraucht, kann nach fünf Jahren Nichtigkeitsklage eingereicht werden (Art. 12 MSchG). Damit soll die Defensivhinterlegung verhindert werden, d.h.

die Hinterlegung allein zum Zweck der Verhinderung des Gebrauchs oder der Hinterlegung durch andere.

c) Löschung der Marke

Die Löschung erfolgt:

- auf Antrag des Markeninhabers;
- wenn die Marke nicht erneuert wird oder die Gebühren nicht bezahlt werden von Amtes wegen;
- Nichtigkeit nach rechtskräftigem Urteil.

Auf eine Marke kann auch nur teilweise verzichtet werden (z.B. Verzicht auf den Schutz für bestimmte Warenkategorien).

d) Verwirkung der Marke

Der Markenschutz ist auch verwirkt, wenn eine Marke zum Freizeichen geworden ist (Art. 2 lit. a MSchG). Oder wenn der Inhaber des Rechts die Benutzung durch andere über längere Zeitdauer unangefochten zugelassen hat. Eine Klage fiele dann unter das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 II ZGB): längere Duldung der Verletzung (5-20 Jahre), Kenntnis des Inhabers von der Verletzung, wertvoller Besitzstand des Verletzers, Gutgläubigkeit des Verletzers im Zeitpunkt der Klage.

F) Inhalt des Markenrechts

Das Markenrecht gewährt dem Inhaber ein Ausschliesslichkeitsrecht *erga omnes* an der eingetragenen Marke (Art. 13 ff. MSchG: Gebrauchsrecht, Verbotsrecht, Verfügungsrecht usw.).

Der Ausschliesslichkeitsrecht endet mit der legalen Veräusserung der mit einer Marke gekennzeichneten Sache (Erschöpfung), d.h. der Käufer kann mit der erworbenen Sache tun, was er will. Verboten ist aber die Entfernung der Marke und die Neuverwendung des Produkts.

a) Nachmachen und Nachahmen

Der Verletzer imitiert eine Marke oder versucht, eine möglichst grossen Ähnlichkeit zu erreichen. Besteht keine Verwechslungsgefahr, liegt keine Nachahmung vor.

b) Missbräuchliche Verwendung

Der Verletzer braucht die echte Marke und verbindet sie mit seinem eigenen Produkt. Das Produkt muss allerdings in den Handel gebracht werden, damit eine Verletzung vorliegt. BGE 57 II 445.

c) Verkauf von Waren mit rechtswidrig angebrachten Marken

Anbringen von Marken auf Exportprodukten in der Schweiz, die zwar in der Schweiz aber nicht im Zielland geschützt sind (z.B. ein entsprechendes Generikum in der Schweiz mit dem Namen „Aspirin“ bedrucken, um sie in die U.S. zu exportieren, wo Aspirin nicht markenrechtlich geschützt ist).

G) Änderungen im Markenrecht

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 639-703.

a) Übertragung

Vgl. Art. 17 f. MSchG.

b) Lizenz

Vgl. Art. 18 MSchG. Die Regelung impliziert die Schriftform des Lizenzvertrages, da für die Eintragung ein Beweismittel erforderlich sein wird.

c) Nutzniessung und Pfandrecht; Zwangsvollstreckung

Vgl. Art. 19 MSchG.

H) Die internationale Marke

Statt als nationale kann eine Marke auch als internationale beim IGE angemeldet werden. Das IGE leitet das Gesuch um Anmeldung an alle Unterzeichnerstaaten des Madrider Markenabkommens⁷⁰ und des Madrider Protokolls⁷¹ weiter (Art. 44 ff. MSchG).

Die Anmeldung wird in den verschiedenen Staaten nach dem nationalen Recht geprüft und eingetragen. Der Schutz ist derselbe wie bei der nationalen Eintragung.

Der Markenschutz nach dem Madrider Abkommen ist also nicht mit einer supranationalen Marke zu verwechseln, sie bedeutet nur eine administrative Vereinfachung insofern nicht in jedem einzelnen Staat separat angemeldet werden muss.

Ein supranationaler Markenschutz ist in der EU geplant, mit der Hinterlegung würde dann der Schutz nach EU-Recht in allen Mitgliedstaaten derselbe sein.

6.2.2 Herkunftsangaben

A) Begriff

Herkunftsangaben sind direkte oder indirekte Hinweise auf die geographische Herkunft von Produkten, einschliesslich Hinweisen auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen (Art. 47 I MSchG).

Die Herkunftsangaben stehen selbständig neben den Marken und haben eine wichtige Unterscheidungsfunktion. Während Marken ein Produkt individualisieren, unterscheiden Herkunftsangaben sämtliche Produkte sämtlicher Unternehmen eines bestimmten Gebietes.

Indirekte Hinweise sind solche, die den Herkunftsort nicht explizit erwähnen, aus denen er aber unzweideutig hervorgeht (Namen oder Bilder von Persönlichkeiten, Flüssen, Bergen, Landschaften usf.: z.B. Wilhelm Tell, Mozart).

Keine Herkunftsangaben sind Bezeichnungen, welche als allgemeine Gattungsbezeichnungen gebraucht werden (Art. 47 II MSchG): z.B. Berliner, Wienerli, Basler Leckerli,

⁷⁰ Madrider Abkommen vom 14. April 1891 über die internationale Registrierung von Marken.

⁷¹ Protokoll vom 28. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken.

Wilisauer Ringli. Und Bezeichnungen, bei welchen die Verbindung zu einem Herkunftsort nicht hergestellt wird (Bernina Nähmaschinen, Eiger Fahrräder usf.).

B) Unzulässige Herkunftsangaben

Unzulässig sind solche Herkunftsangaben, die unzutreffend sind, oder die zu Verwechslungen Anlass geben könnten (Art. 47 III MSchG): Puszta für französischen Senf, Alpine für japanische Uhren, Big Ben für Kleider aus Holland usf.

Hingegen ist die Marke Carrera nicht irreführend, da kein Mensch das gleichnamige Dorf in Graubünden kennt.

C) Kriterien für die Herkunftsangaben

Vgl. Art. 48 f. MSchG.

6.2.3 Rechtsschutz

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 704-837.

A) Zivilrechtlicher Schutz

a) Rechtsbehelfe

i) *Feststellungsklage*

Vgl. Art. 52 MSchG. Der Richter entscheidet, ob der Markenschutz (für den Inhaber) besteht oder nicht.

ii) *Klage auf Übertragung der Marke*

Statt Klage auf Streichung der Marke und Neuhinterlegung, kann der Berechtigte auch die Klage auf Übertragung der Marke anstrengen (Art. 53 MSchG). Die Klage ist im Zusammenhang mit Art. 4 MSchG von Bedeutung.

iii) *Leistungsklagen*

- ***Unterlassungsklage***
Vgl. Art. 55 I lit. a MSchG.
- ***Beseitigungsklage***
Vgl. Art. 55 I lit. b MSchG.
- ***Klage auf Auskunftserteilung***
Vgl. Art. 55 I lit. c MSchG.
- ***Schadenersatzklage und Genugtuung***
Vgl. Art. 49 OR.
- ***Klage auf Gewinnherausgabe***
Vgl. Art. 419 ff. OR.

iv) Einziehung

Vgl. Art. 57 MSchG. Dabei ist die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu beachten. D.h. es darf nicht die ganze Ware zerstört werden, wenn sich die widerrechtliche Marke leicht entfernen lässt.

v) Veröffentlichung des Urteils

Vgl. Art. 60 MSchG. Lehnt jedoch der Richter die Veröffentlichung des Urteils ab, darf die obsiegende Partei dies nicht selber tun. Sie verstiesse damit gegen das Lauterkeitsrecht durch unnötige Herabsetzung der Verliererpartei (Art. 3 lit. a UWG).

b) Legitimation

i) Aktivlegitimation

Zur Klage legitimiert ist der Inhaber des Markenrechts. Der Lizenznehmer ist dazu nur legitimiert, wenn der Inhaber ihn vertraglich ermächtigt.

Die Verbandsklage nach Art. 56 MSchG ist nur für bestimmte Klagen möglich: Feststellungsklage und die Leistungsklagen nach Art. 55 I MSchG.

Das BGer lässt ausserdem Namen- und Firmeninhaber zur Löschungsklage zu (BGE 92 II 310).

ii) Passivlegitimation

Beklagt werden kann der Verletzter des Markenrechts, an der Verletzung sonstwie Mitwirkende und bei der Nichtigkeitsklage der Markeninhaber selbst.

c) Gerichtsstand

Gerichtsstand ist der Wohnort des Beklagten, der Ort der Begehung der Verletzung oder der Ort des Erfolgseintrittes (Art. 58 MSchG). Daraus sollte sich immer ein schweizerischer Gerichtsstand ergeben.

d) Vorsorgliche Massnahmen

Einstweilige Verfügungen bzw. vorsorgliche Massnahmen sind von entscheidender Bedeutung, wenn dem Markeninhaber unmittelbar ein Nachteil droht, der auch durch ein positives Gerichtsurteil nicht wieder gut gemacht werden kann. Der Inhaber muss für vorsorgliche Massnahmen glaubhaft machen, dass ihm eine Rechtsverletzung besteht oder unmittelbar droht (Art. 59 MSchG und Art. 28c ff. ZGB).

Da vorsorgliche Massnahmen für den Betroffenen möglicherweise zu hohen Kosten oder Ausfällen führen können, fordert der Richter meist eine angemessene Kautions von demjenigen, der die Massnahmen verlangt (Art. 28d III ZGB).

B) Strafrechtlicher Schutz

Vgl. Art. 61 ff. MSchG. Die Strafverfolgung erfolgt (ausser bei Gewerbsmässigkeit) nur auf Antrag. Strafbar ist nur die vorsätzliche Begehung.

C) Hilfeleistungen der Zollverwaltung

Vgl. Art. 70 ff. MSchG.

6.2.4 Firmen und Firmenmarken

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 7 N 4 ff.; LANG, Stille Revision des Firmenrechts, ZBJV 1998, S. 568 ff.

A) Begriff, Funktion, Abgrenzung

a) Rechtsquellen und Begriff der Firma

Die Firma ist die Bezeichnung einer kaufmännischen Unternehmung. Träger von Firmen können sowohl natürliche (Einzelfirma) wie juristische Personen (Gesellschafts-firma) sein.

Kernstück der Regelung findet sich in den Art. 944 ff. OR. Firmenrechtliche Normen finden sich aber auch in den andern Teilen des OR, der HRV und andern Bundesgesetzen.

b) Die Funktion der Firma

Die Funktion der Firma ist, wie diejenige der Marke, die Individualisierung. Die Firma bezeichnet zunächst eine bestimmte Unternehmung. Sie kann aber zusätzlich auch der Bezeichnung von Produkten dieser Unternehmung dienen (Firmenmarke), insofern untersteht die Firma dem Markenrecht und muss ins Markenregister eingetragen sein, um als Marke geschützt zu sein (z.B. Firma und Marke: IBM).

c) Abgrenzungen

i) *Anwendungsbereich des Firmenrechts*

Firmenfähig sind Einzelunternehmungen und alle Handelsgesellschaften des Obligationenrechts, sowohl die Personen- wie die Kapitalgesellschaften.

ii) *Der Name von Vereinen und Stiftungen*

Nicht firmenfähig sind die einfache Gesellschaft, der Verein und die Stiftung, auch wenn sie evtl. einen kaufmännischen Betrieb unterhalten. Der Schutz des Namens ist durch Art. 29 ZGB und das UWG gewährleistet.

Es gelten aber auch für diese Grundsätze der Firmenbildung (BGE 116 II 605).

iii) *Enseigne*

Unter Enseigne versteht man die Bezeichnung eines Geschäftslokals und nicht der Unternehmung (z.B. Bezeichnungen von Restaurants: Goldener Schlüssel). Diese Bezeichnungen können (müssen aber nicht) ins Handelsregister eingetragen werden (Art. 48 HRV).

iv) *Geschäftsbezeichnung*

Besondere Bezeichnungen des Geschäftsbetriebes können ebenfalls eingetragen werden (Art. 48 HRV).

v) *Marke*

Firmen, die zugleich als Marken benutzt werden, müssen sowohl im Firmen- wie im Markenregister eingetragen werden und die jeweiligen Voraussetzungen erfüllen.

vi) *Handelsname*

B) Firmenbildung

a) *Bestandteile der Firma*

i) *Kern der Firma*

- *Einzelfirmen*

Wer als alleiniger Inhaber ein Geschäft betreibt, muss den wesentlichen Inhalt seiner Firma aus dem Familiennamen mit oder ohne Vornamen bilden. Es darf kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet (Art. 945 OR).

- *Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften*

Die Firma muss den Familiennamen wenigstens eines der (unbeschränkt haftenden) Gesellschafter enthalten und einen Zusatz der das Gesellschaftsverhältnis andeutet (Art. 947 OR; z.B. & Co.). Bei der Kollektivgesellschaft kann der Zusatz entfallen, wenn sämtliche Gesellschafter namentlich in der Firma aufgeführt sind.

Andere Namen als solche unbeschränkt haftender Personen dürfen nicht in die Firma aufgenommen werden (Art. 947 IV OR). Scheidet einer dieser Gesellschafter aus, muss die Firma geändert werden (Art. 948 I OR).

- *GmbH*

Die Firma kann frei gewählt werden, ihr muss in jedem Fall die Bezeichnung GmbH beigefügt werden (Art. 949 OR).

Enthält die Firma einen Personennamen beschränkt sich der Firmenschutz auf den Ort der Eintragung; enthält sie keine Personennamen, erstreckt sich der Schutz auf die ganze Schweiz (Art. 951 II OR).

- *Aktiengesellschaft und Genossenschaft*

Die Firma kann frei gewählt werden. Sind in der Firma Personennamen enthalten, muss als Zusatz AG oder Genossenschaft beigefügt werden; soll die Gesellschaftsbezeichnung den Personennamen vorangestellt werden, muss sie ausgeschrieben sein (Art. 950 OR). Zu beachten ist wiederum Art. 951 II OR (vgl. oben), der Schutzbereich erstreckt sich aber in jedem Fall auf den Bereich der ganzen Schweiz.

- *Zweigniederlassungen (Art. 952 OR, Art. 70 HRV)*

Zweigniederlassungen müssen die gleiche Firma führen wie die Hauptniederlassung; sie dürfen aber ihrer Firma besondere Zusätze beifügen, sofern diese nur für die Zweigniederlassung zutreffen.

Die Firma der Zweigniederlassung eines Unternehmens, dessen Sitz sich im Ausland befindet, muss überdies den Ort der Hauptniederlassung, den Ort der Zweigniederlassung und die ausdrückliche Bezeichnung als solche enthalten. BGE 91 II 217 („American Express“).

ii) Notwendige Zusätze

Die notwendigen Zusätze ergeben sich in der Regel aus der Rechtsform (vgl. oben).

iii) Freiwillige Zusätze

Jede Firma darf, neben dem vom Gesetz vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt, Angaben enthalten, die zur näheren Umschreibung der darin erwähnten Personen dienen oder auf die Natur des Unternehmens hinweisen oder eine Fantasiebezeichnung darstellen.

b) Grundsätze der Firmenbildung⁷²

i) Allgemeines

Die Grundsätze der Firmenbildung dienen dem Schutz des Publikums. Die Zuständigkeit der Prüfung einer gesetzeskonformen Firmenbildung obliegt, nicht nur im Hinblick auf das Vorliegen einer Verletzung des Täuschungsverbots, den kantonalen Registerbehörden.

ii) Schranken der Firmenbildung

• ***Täuschungsverbot: Firmenwahrheit und -klarheit***

Die freie Firmenbildung unterliegt der Einschränkung, dass die Firma der Wahrheit entsprechen muss und nicht zur Täuschung des Geschäftsverkehrs eingesetzt werden darf (Art. 944 I OR, Art. 38 I HRV). Auch das Weglassen von wahren Tatsachen kann u.U. täuschend sein (BGE 117 II 192). Die objektive Täuschungsgefahr genügt, wobei zur Beurteilung der durchschnittliche Kunde, das Zielpublikum massgeblich ist. BGE 123 III 220⁷³.

• ***Verstoss gegen öffentliche Interessen***

Firmen, die gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstossen, sind unzulässig.

• ***Nationale, territoriale und regionale Bezeichnungen***

Nationale und geographische Bezeichnungen sind grundsätzlich frei verwendbar; vorbehalten bleiben lediglich das Wahrheitsgebot, das Täuschungsverbot und der Schutz öffentlicher Interessen. Diesem Schutz öffentlicher Interessen dient beispielsweise das Wappenschutzgesetz, welches die Verwendung von Begriffen wie «Eidgenossenschaft», «eidgenössisch» und andere auch weiterhin nicht gestattet. Unzulässig ist eine geographische Bezeichnung darüber hinaus immer, wenn durch sie der Anschein einer offiziellen Tätigkeit oder Stellung oder der Anschein einer nicht bestehenden Marktposition erweckt wird. So darf sich ein Unternehmen nicht «Schweizerisches Institut für Unternehmensberatung» nennen, wenn es keine offiziöse Stellung innehat. «Euro» oder «Swiss» dürfen als Herkunftsbezeichnung nur in Verbindung mit anderen Wörtern verwendet werden. Darüber hinaus muss das Unternehmen tatsächlich in der Schweiz oder in Europa geschäftlich tätig sein. «International» dürfen sich Unternehmen nur nennen, wenn dies der tatsächlichen Be-

⁷² Vgl. dazu jetzt: BERNI MARKUS/HUPE RALF, Umfassende Liberalisierung des Firmenrechts, in: NZZ vom 4./5. Juli 1998, Nr. 152, S. 27. Anhang: Liberalisierung des Firmenrechts.

⁷³ Dazu vgl. auch VOGEL, in: ZBJV 98, S. 384 f.

deutung des Unternehmens entspricht. Die alleinige Existenz von Kundenbeziehungen im Ausland ist nicht ausreichend; vielmehr muss das Unternehmen von seiner Struktur her international verankert sein.

- ***Spezialgesetzliche Schranken***

Wappenschutzgesetz (vgl. auch oben), Gesetz über das Rote Kreuz, UNO-Gesetz, BankG.

C) Firmenbildung und Firmenschutz für die verschiedenen Gesellschaftsformen

Vgl. dazu oben: B) Firmenbildung.

a) **Einzelfirma**

b) **Gesellschaftsfirma**

c) **Zweigniederlassungen (Art. 952 OR, Art. 70 HRV)**

D) Firmenschutz

a) **Firma als Ausschliesslichkeitsrecht**

Der Firmeninhaber darf die Firma ausschliesslich benützen. Jede jüngere Firma muss sich deutlich unterscheiden. Es gilt das Prinzip der Registerpriorität, d.h. Firmenschutz erhält, wer die Firma zuerst im Handelsregister hat eintragen lassen.

b) **Die Verwechslungsgefahr**

Entscheidendes Kriterium ist die Verwechslungsgefahr. Verwechslungsgefahr ist dann gegeben, wenn der Eindruck entsteht, die beiden Unternehmen seien rechtlich oder wirtschaftlich in irgendeiner Weise verbunden.⁷⁴

Die Prüfung der Verwechselbarkeit folgt den im Markenrecht erläuterten Prinzipien: vgl. 6.2.1C)b)iii) Kriterien für die Prüfung der Verwechslungsgefahr.

c) **Firmenrechtlicher Schutz**

Die Verwechslungsgefahr wird allerdings nicht von Amtes wegen geprüft, es gelten analog die Bestimmungen des MSchG (Art. 956 OR; vgl. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 704-837 und 6.2.3 Rechtsschutz, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 7 N 132 ff.).

Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung erhoben, setzt der Handelsregisterführer dem Einsprecher eine Frist, während der dieser vom Zivilrichter eine vorsorgliche Verfügung erwirken kann, und schiebt die Eintragung so lang auf (Art. 32 II HRV).

d) **Verwirkung**

Wie im Markenrecht kann auch im Firmenrecht der Anspruch auf Ausschliesslichkeit verirken, z.B. bei unangefochtenem Gebrauch der Firma durch einen andern über längere Zeit (Art. 2 II ZGB).

⁷⁴ Verwechselbar sind z.B.: Jurista AG – Justitia AG, Trink AG – Trank AG, Reis AG – Reiss AG, Rubina – Helena Rubinstein AG.

e) **Weitere Schutzbehelfe**

Als weiterer Schutzbehelf steht das UWG (Art. 2, 3 lit. b, d) und der Namenschutz (Art. 29 ZGB) zur Verfügung.

Für das UWG und den Namensschutz gilt die Priorität des Gebrauchs der Firma, klagen kann also, wer den früheren Gebrauch einer Bezeichnung nachweisen kann, die ein anderer als erster als Firma hat eintragen lassen. BGE 74 II 238 („Wollenhof“), BGE 109 II 483 („Computerland“).

Bedeutung haben diese Rechtsbehelfe vor allem bei Verwendung der Firma durch einen andern ausserhalb des örtlichen Schutzbereiches des Firmenrechts. Eine Verletzung des Namenrecht oder eine unlautere Verwendung einer Firma kann auch ausserhalb des Firmenortes oder des schweizerischen Raumes⁷⁵ vorliegen.

E) **Entstehung der Firma, Änderung der Firma, Liquidation**

a) **Entstehung und Eintragungsverfahren**

Der Firmenschutz entsteht mit Veröffentlichung des Handelsregistereintrages im SHAB. Für das Eintragungsverfahren und die Rechtsmittel vgl. vorne: 2.1.3 Eintragungsverfahren und 2.1.2 Gliederung, Organisation und Rechtsmittel.

b) **Änderung der Firma**

Da die Firma den Prinzip der Wahrheit und Klarheit verpflichtet ist, muss sie angepasst werden, wenn sie den tatsächlichen Zustand einer Unternehmung nicht mehr oder gar falsch wiedergibt. Dies ist insbesondere der Fall bei Firmenübernahmen, Personenaustritten aus der Unternehmung oder internen Umwandlungen, z.B. Änderung der Rechtsform.

Weil mit einer Firma oft erheblicher Kunden-Goodwill verbunden ist, erscheint eine vollständige Änderung der Firma in diesen Fällen als ungünstig. Deshalb sieht das Gesetz Ausnahmen vor:

- Eine Kollektivgesellschaft kann ihre Firma unverändert beibehalten, auch wenn Mitglieder austreten (aber: Art. 948 I OR!) oder neue dazustossen, sofern nur der in der Firma namentlich genannte Gesellschafter in der Unternehmung verbleibt (Art. 947 II OR).
- Ausnahmen können bei Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften ebenfalls gestattet werden bei verwandtschaftlichen Verhältnissen, sofern dies im Zusatz zum Ausdruck kommt (Art. 948 II OR: Villiger und Söhne).
- Eine bestehende Firma kann bei Geschäftsübernahmen mit Zustimmung des früheren Inhabers beibehalten werden, wenn in einem Zusatz die veränderten Verhältnisse zum Ausdruck kommen (Art. 953 II OR: Albert Meier vormals Otto Gross, Otto Gross Inhaber Albert Meier usf.).
- Bei zivilrechtlicher Namensänderung des Inhabers darf die bestehende Firma beibehalten werden (Art. 954 OR, BGE 116 II 76).

⁷⁵ Die Verletzung muss sich dann aber innerhalb der Schweiz auswirken (Auswirkungsprinzip des UWG).

c) Liquidation

Bei Auflösung der GmbH, der Genossenschaft und der AG ist die Firma mit dem Zusatz: „in Liquidation“ zu versehen (Art. 739 I, 823, 913 I OR). Die Liquidation stellt sich als eine (extreme) Zweckänderung der Gesellschaft dar, der dem Publikum anzuzeigen ist. Für die andern Handelsgesellschaften ist der Vermerk nicht obligatorisch.

6.3 Muster- und Modellrecht

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 357-450.

6.3.1 Schutzobjekt

A) Rechtsbegriff

Der Rechtsbegriff deckt sich nicht mit dem umgangssprachlichen Begriff von Muster und Modellen: Gewerbliche Muster und Modelle sind äussere Formgebungen, auch in Verbindung mit Farben, die bei der gewerblichen Herstellung eines Gegenstandes als Vorbild dienen sollen (Art. 2 MMG).

B) Die äussere Formgebung

Muster sollen zweidimensionale und Modelle dreidimensionale Kombinationen von Linien sein, die auf das Auge wirken (Design; BGE 87 II 477, BGE 113 II 77). Diese Unterscheidung ist juristisch jedoch ohne Belang, der Schutz ist für beide gleich. Muster und Modelle dürfen nur nicht zusammen im gleichen Paket hinterlegt werden (Art. 6 MMV⁷⁶; BGE 104 II 327).

Zu den Grenzen bezüglich des körperlichen Umfange der Hinterlegten Gegenstände vgl. Art. 5 MMV.

C) Die gewerbliche Herstellung

Bei Mustern oder Modellen muss es sich um Prototypen handeln, die zum Kopiertwerden bestimmt sind, d.h. sie müssen jederzeit von einem Fachmann (auch nur aufgrund der Fotografie) kopiert werden können (BGE 99 Ib 343). Nicht vervielfältigbare Unikate können nicht als Muster oder Modelle geschützt werden.

Die Eignung zur gewerblichen Herstellung genügt, eine tatsächliche gewerbliche Nutzung wird nicht verlangt, d.h. auch Reserve- und Defensivhinterlegung ist möglich.

D) Der Gebrauchszweck

Funktionalen Formen werden vom MMG nicht geschützt. Die zu schützende Form darf sich nicht aus den technischen Bedingungen ergeben (Art. 3 MMG; BGE 83 II 475).

E) Die Geistesschöpfung

Das Muster oder das Modell muss eine geistige Schöpfung sein (vgl. dazu hinten 6.5.1A)a).

⁷⁶ Verordnung über die gewerblichen Muster und Modelle vom 27. Juli 1900, SR 232.121.

F) Die Neuheit

Die Hinterlegung ist nur gültig, wenn der Gegenstand zum Zeitpunkt der Hinterlegung neu ist (Art. 12 I MMG).

Neu ist, was weder dem Publikum (Abnehmer des Produktes) noch dem beteiligten Verkehrskreis (alle, die mit dem Produkt in Kontakt kommen) bekannt ist (formelle Neuheit). Das BGER verlangt darüber hinaus materielle Neuheit: Das Muster oder Modell muss unter dem Gesichtspunkt seiner Formgestaltung originell, eigenartig und in bescheidenem Rahmen auch schöpferisch sein (stark kritisierte Praxis; BGE 84 II 653).

Die Neuheit wird durch eine Bekanntgabe zerstört, welche es einem Dritten ermöglicht, das Muster oder Modell zu kopieren. Die Bekanntgabe muss im Gebiet der Schweiz erfolgt sein.

G) Nicht freihaltebedürftig

H) Nicht recht- oder sittenwidrig (Art. 12 Ziff. 5 MMG)

6.3.2 Entstehung des Muster- und Modellrechts

A) Berechtigte

Zur Hinterlegung sind allein der Schöpfer und seine Rechtsnachfolger berechtigt (Art. 1, 12 II MMG). Art. 4 MMG regelt die erbrechtliche und die rechtsgeschäftliche Übertragung von Muster- und Modellrechten.

Der Urheber muss, wenn ein nicht Berechtigter ein Muster oder Modell hat eintragen lassen, die Übertragungsklage anstrengen (analog Art. 29 PatG), weil ihm, wenn er die Löschung des Eintrages verlangen würde, die Möglichkeit der Wiedereintragung mangels Neuheit verwehrt wäre (BGE 73 II 230).

B) Die Hinterlegung

Zur Hinterlegung bedarf es zunächst der Schaffung des Musters oder des Modells (was zu einer Anwartschaft auf das Schutzrecht führt). Das vollgültige Recht entsteht im Zeitpunkt der Hinterlegung des Musters oder Modells. Die Hinterlegung kann in Form der Realhinterlegung erfolgen, oder es können auch z.B. Fotos oder Zeichnungen hinterlegt werden (Art. 9 I MMG, Art. 3 I MMV). Allerdings mit der Gefahr, dass das Muster oder Modell nicht in allen seinen Aspekten erkennbar ist und somit nicht voll geschützt ist.

Ebenfalls möglich ist – für die Dauer der ersten fünf Schutzjahre – eine geheime bzw. geschlossene Hinterlegung z.B. in einem verschlossenen und versiegelten Umschlag (Art. 9 I MMG i.V.m. Art. 4 MMV). Ausnahmen (Art. 9 II MMG) bestehen für die Stickereiindustrie (Art. 4 III MMV), die ihre Muster während der ganzen Schutzdauer von 15 Jahren geheim hinterlegen kann, und für die Uhrenindustrie (Art. 4 IV MMV), welche die Taschenuhren betreffenden Modelle gar nicht geheim hinterlegen kann.

Das IGE prüft bei der Hinterlegung auf Formfehler (Art. 17 I MMG). Bei offener Hinterlegung zudem, ob die Muster oder Modelle den gesetzlichen Anforderungen entsprechen (Art. 17 II MMG: Schutzfähigkeit, Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit). Bei geschlossener Hinterlegung findet diese Prüfung naturgemäss nicht im Zeitpunkt der

Hinterlegung, sondern erst nach Ablauf der ersten fünf Schutzjahre statt (Art. 17 III MMG). Entspricht das Hinterlegte dann nicht den gesetzlichen Erfordernissen, ist die Hinterlegung *ex tunc* als nichtig zu betrachten, was u.a. die Möglichkeit der Rückforderung aller vom Hinterleger gemachten Ansprüche nach Art. 62 ff. OR zur Folge hat, sofern dies nicht als rechtsmissbräuchlich erscheint, weil der Lizenznehmer vor der Entdeckung der Nichtigkeit faktisch so gestellt was, als wäre das Muster- oder Modell gültig.

Nicht geprüft wird bei der Hinterlegung die Berechtigung des Hinterlegers und die Neuheit der Muster oder Modelle (Art. 6 MMG). Diese Erfordernisse müssen von Dritten vor dem Zivilrichter angefochten werden.

Rechtsmittel gegen Entscheide des IGE sind – wie im Markenrecht, vgl. dort – Beschwerde an die Rekurskommission für Geistiges Eigentum, deren Entscheid wiederum mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim BGer angefochten werden kann.

C) Das Prioritätsrecht

Wer in einem Land der PVÜ ein Muster oder Modell gültig hinterlegt hat, kann in jedem andern dieser Übereinkunft angeschlossenen Land innert 6 Monaten die Anmeldung auf das Datum der Ersthinterlegung verlangen (Art. 14a ff. MMG).

D) Die internationale Hinterlegung

Die internationale Anmeldung erfolgt nach dem Haager Abkommen. Dabei handelt es sich nur um ein vereinfachtes Anmeldeverfahren, nicht um eine eigentliche internationale Anmeldung. Die Anmeldung bei der WIPO⁷⁷ ermöglicht eine vereinfachte Anmeldung in allen andern Vertragsstaaten. Der Schutz wird je einzeln, d.h. nach dem Recht des jeweiligen Vertragsstaates gewährt. Sind die Bestimmungen des Haager Abkommens für den Hinterleger günstiger als diejenigen der PVÜ, so gehen jene diesen vor.

E) Rechtsvermutung

Die Position des Anmelders wird gestärkt durch die Vermutung der Berechtigung und der Neuheit (Art. 6 MMG, vgl. oben). Bestreitet diese jemand, muss er die Beweise erbringen.

6.3.3 Inhalt des Muster- und Modellrechts

Der Inhalt des Muster- und Modellrechts umfasst das Verbot der Verbreitung und gewerbmässigen Verwertung des geschützten Musters oder Modells (Art. 5 II MMG). Dies bedeutet *e contrario* die Erlaubnis der privaten Verwertung (z.B. privater Import von Einzelstücken).

In Art. 24 MMG wird der Schutz zusätzlich konkretisiert: Verboten ist das (gewerbmässige) Nachmachen (Kopieren) und Nachahmen. D.h. sehr ähnlich herstellen, sodass nebeneinandergehalten zwischen dem Original und der Kopie nur bei sorgfältiger Vergleichung ein Unterschied wahrgenommen werden kann (engerer Schutzbereich als MSchG). Entscheidend ist dabei auf den Gesamteindruck und die beteiligten Verkehrskreise abzustellen (BGE 83 II 480, BGE 104 II 329).

⁷⁷ World Intellectual Property Organization.

Verboten ist auch der Handel mit solcherart nachgemachten oder nachgeahmten Gegenständen. Wobei dabei schon das Feilhalten, d.h. Offerieren der Übergabe eines solchen Gegenstandes für jedweden Zweck, und das In-Verkehr-bringen, d.h. das physische in den Markt Setzen (Verfügungen), genügen.

6.3.4 Bestand

Die Schutzdauer beträgt höchstens 15 Jahre (3 Schutzperioden von je 5 Jahren). Dies relativ kurze Schutzdauer ist aber angemessen, handelt es sich bei den geschützten Gütern doch meist um Design, das auch schon nach dieser Periode veraltet ist. (Eine Schutzverlängerung kann allenfalls über das UWG erreicht werden, wenn die Verwertung durch andere nach Ablauf der Schutzfrist einen Verstoß nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr in sich birgt.)

Die örtliche Ausdehnung des Rechtsschutzes umfasst lediglich das Gebiet der Schweiz (ohne Liechtenstein). Das Territorialitätsprinzip wird nur bei den Prioritätsrechten nach PVÜ durchbrochen.

6.3.5 Rechtsübertragung

Die ganze oder nur teilweise Übertragung (oder auch die dingliche Belastung) von Muster- und Modellrechten durch Rechtsgeschäft ist jederzeit und in jeder Form möglich (Art. 4 MMG). Gegenüber gutgläubigen Dritten ist die Übertragung (sowie die Lizenzvergabe) nur wirksam, wenn sie in das Muster- und Modellregister eingetragen ist (Art. 4 III MMG).

6.3.6 Untergang des Rechts

Das Muster- oder Modellrecht kann durch Zeitablauf (Art. 8 MMG), durch Verzicht (Art. 23 MMG), durch Verwirkung (Art. 2 II ZGB) oder durch Nichtigkeit(-sklage) (Art. 12 f. MMG: Wirkung *ex tunc*) untergehen.

6.3.7 Rechtsschutz

Das Muster- und Modellrecht ist zivil- und strafrechtlich geschützt (Art. 24, 31 MMG). Vgl. zum Ganzen: PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 704-837 und 6.2.3 Rechtsschutz.

6.4 Patentrecht

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 20-174; GASSER CHRISTOPH, Momentaufnahme des Patentrechts, recht 1997, S. 24 ff.

6.4.1 Begriff und Funktion des Patents

Das Patentrecht ist ein vom Staat auf Zeit gewährtes Ausschliesslichkeitsrecht auf eine Erfindung. Dieses dient dem Schutz der für diese Erfindung getätigten Investitionen (d.h. der „Erfinder“ soll während begrenzter Zeit die Gelegenheit erhalten, durch aus-

schliessliche Nutzung seiner Erfindung seine Investitionen wieder „hereinzuholen“) und soll Anreiz zu weiteren Investitionen schaffen.⁷⁸

Das Patentrecht weist – mehr als jedes andere Immaterialgüterrecht – eine starke internationale Verflechtung auf (vgl. nur PVÜ, EPÜ⁷⁹).

6.4.2 Schutzvoraussetzungen

A) Die Erfindung

Der Begriff der Erfindung ist im Patentgesetz (PatG) nicht definiert. Als vorläufige Kurzdefinition mag die folgende dienen: Eine Erfindung ist die „geistige Schöpfung einer technischen Regel“.⁸⁰

Geistig: Der Begriff des Geistigen grenzt die Erfindung auf von Menschen Geschaffenes ein.

Schöpfung: Der Begriff der Schöpfung verweist darauf, dass es sich bei einer Erfindung um etwas neu Geschaffenes handeln muss. Entdeckungen gelten nicht als Erfindungen.

Technisch: Der Begriff des Technischen verweist auf die Bedingung, dass eine Erfindung den Einsatz von Naturkräften und Naturstoffen erfordern muss (BGE 95 I 581).

Regel: Der Begriff der Regel verweist auf die Bedingung der Wiederholbarkeit. Eine Erfindung muss einen repetitiven Ablauf umfassen, der stets zum gleichen Ergebnis führt (BGE 79 I 82).

B) Die gewerbliche Anwendbarkeit

Eine Erfindung muss praktisch umsetzbar und wirtschaftlich verwendbar sein (Art. 1 I PatG). Gewinnbringende Anwendbarkeit ist hingegen nicht gefordert.

C) Die Neuheit

Die Neuheit ist das zentrale Element zur Beurteilung dafür, eine „Erfindung“ unter das Patentrecht fällt (Art. 1, 7 I PatG). Dieses Kriterium erlaubt eine scharfe Trennung zwischen den zu schützenden Erfindungen und den nicht neuen „Entwicklungen“ (*tertium non datur*).

Um als neu zu gelten, darf eine Erfindung nicht zum Stand der Technik (Art. 7 II PatG, BGE 117 II 482 m.w.H.) gehören. Der Stand der Technik umfasst das gesamte Wissen weltweit, das zu irgendeiner Zeit auf irgendeine Art der Öffentlichkeit zugänglich war. Dieses Kriterium ist objektiv anzuwenden und nicht etwa subjektiv, nach dem Wissensstand des Erfinders.

⁷⁸ Vgl. U.S. Const. Art. I Sec. 8: “Congress shall have Power ... to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; ...”

⁷⁹ Europäisches Patentübereinkommen.

⁸⁰ Vgl. BGE 123 III 485.

Ausnahmen bilden die Ausstellungsimmunität (Art. 7b lit. b PatG) und der offensichtliche Missbrauch (Art. 7b lit. a PatG).

a) Übertragungserfindungen

Übertragung einer bereits bekannten Erfindung auf ein neues Gebiet (z.B. Araldit war bekannt, aber nicht als Leim). BGE 92 II 53.

b) Anwendungserfindungen

Sonderform der Übertragungserfindung bei Pharmaprodukten in der Therapie: Die erste Indikation ist patentierbar, nicht aber die folgenden, d.h. die Entdeckung einer neuen Wirkung ist nicht schützenswürdig (Art. 7c PatG). So konnte Aspirin als Schmerzmittel patentiert werden, nicht aber in seinen neuen Eigenschaften als Mittel gegen Gelenkentzündungen oder Mittel gegen Blutgerinnsel.

c) Kombinationserfindungen

Zwei Erfindungen werden zu etwas Neuem kombiniert, was nicht naheliegend war. BGE 121 III 125, insbes. 138.

D) Das Nichtnaheliegen (Erfinderische Tätigkeit)

Neuheit allein reicht aber noch nicht aus: Die Erfindung darf für den durchschnittlich gut ausgebildeten Fachmann⁸¹ nicht naheliegend, d.h. vorhersehbar gewesen sein (Art. 1 I PatG). Der Entscheid erfolgt auf der Basis von Indizien (Beweisanzeichen), die für oder gegen ein Naheliegen sprechen:

- Wirtschaftlicher Erfolg;
- technischer Fortschritt (Vereinfachung, Verbilligung);
- Befriedigung eines lange bestehenden Bedürfnisses;
- Bewältigung von lange bestehenden Problemen;
- vergebliche Versuche von Fachleuten;
- langwierige Forschung;
- teure Entwicklung;
- Überwindung technischer Vorurteile;
- unerwartetes Ergebnis;
- Lizenznahmen;
- Nachahmungen;
- Umgehungserfindungen.

Nicht von Bedeutung ist aber z.B. der Aufwand des „Erfinders“ oder die Zeit, die seine Entwicklung beansprucht hat.

E) Die genügende Offenbarung

Die Offenbarung ist der Preis für das Nutzungsmonopol, das der Erfinder für die Dauer von zwanzig Jahren erhält. Die Erfindung muss bei der Anmeldung soweit offenbart

⁸¹ Vgl. BGE 123 III 485. Besprochen von BÄR in ZBJV 98, S. 774 f.

werden, dass sie von einem Fachmann umgesetzt werden kann (Art. 50 PatG), und bezweckt die Möglichkeit der Nutzung durch jedermann nach Ablauf der Schutzfrist.

Die ungenügende Offenbarung stellt einen Nichtigkeitsgrund für das Patent dar (Art. 26 I Ziff. 3 PatG).

F) Nicht patentfähige Erfindungen

Neben den Voraussetzungen, die eine „Erfindung“ erfüllen muss, um als Erfindung im Sinne des Patentgesetzes zu gelten, sind Ausschlussgründe zu beachten, die eine Erfindung von der Eintragung ausschliessen, auch wenn im Übrigen alle obigen Voraussetzungen erfüllt sind:

- Nicht eintragungsfähig sind Pflanzensorten und Tierarten und Verfahren zur Züchtung von solchen, die im Wesentlichen auf biologischen Verfahren beruhen (Art. 1a PatG). Darunter fallen allerdings nicht die mikrobiologische Verfahren und die damit hergestellten Erzeugnisse, weil diese einer technischen Regel folgen, d.h. beliebig wiederholbar sind. Gentechnische Verfahren (z.B. zur Herstellung der „Krebsmaus“) sind in der Schweiz also patentierbar. Ebenfalls patentierbar sind Mikroorganismen (Algen, Pilze usw.), denn diese sind keine Tiere oder Pflanzen.
- Eine Erfindung ist nach Gesetz auch nicht eintragungsfähig, wenn deren Verwertung gegen die öffentliche Ordnung (d.h. gegen das Landesrecht) und die guten Sitten verstossen würde (Art. 2 lit. a PatG). Nach Art. 4^{quater} PVÜ ist allerdings ein Verstoß gegen das Landesrecht kein Ausschlussgrund, weshalb die Regelung von Art. 2 lit. a PatG durch das übergeordnete Völkerrecht derogiert wird. Ausschlussgrund bildet demnach allein die Unsittlichkeit (BGE 96 I 403, BGE 97 I 571).
- Aufgrund sozialetischer Gründe sind Verfahren der Chirurgie, Therapie und Diagnostik von der Patentierung ausgeschlossen (Art. 2 lit. b PatG), weil diese allen zur Verfügung stehen sollen (BGE 108 II 221).

G) Zusammenfassung

Damit eine Erfindung patentierbar ist, müssen demnach folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sein: Die Erfindung muss

- eine technischen Regel darstellen (Wiederholbarkeit);
- eine geistige Schöpfung sein;
- weltweit neu sein;
- gewerblich anwendbar sein;
- für den durchschnittlich gut ausgebildeten Fachmann nicht nahe liegen;
- genügend offenbart werden (Art. 50 PatG) und es dürfen
- keine Ausschlussgründe vorliegen (Art. 1a f. PatG).

6.4.3 Patenterteilung

Für die Patenterteilung gibt es verschiedene Möglichkeiten. Ein Patent kann nach schweizerischem Patentrecht erteilt werden, aber auch nach den Regeln des EPÜ, PCT⁸² oder – für die – nach dem GPÜ⁸³.

A) Die Patentanmeldung

Ein Gesuch um Patenterteilung beim IGE muss folgende Elemente umfassen (Art. 49 PatG, Art. 21 PatV⁸⁴):

- Einen Antrag auf Patenterteilung;
- eine Beschreibung der Erfindung;
- die geltend gemachten Patentansprüche;
- Zeichnungen der Erfindung und
- eine Zusammenfassung aller Elemente.

Das Patent gilt erst als angemeldet, wenn alle Unterlagen eingereicht sind (Art. 56 I PatG). Das Anmeldedatum ist deshalb von grosser Wichtigkeit, weil in diesem Zeitpunkt die Schutzfrist zu laufen beginnt und die Priorität begründet wird. Wird die Erfindung in der Zwischenzeit offenbart, gilt sie nicht mehr als neu.

a) Patentansprüche

Die Patentansprüche umschreiben den sachlichen Geltungsbereich des Patentschutzes (Art. 51 PatG). Ansprüche die nicht umschrieben werden, fallen aus dem Schutzbereich des Patentrechts. Der Redaktion der Patentansprüche kommt deshalb grösste Bedeutung zu.

Die Beschreibung der Ansprüche umfasst zunächst als Oberbegriff den Bereich, aus welchem die Erfindung stammt, und dann die Kennzeichnung, d.h. die genaue Beschreibung derjenigen Eigenschaften und Merkmale, welche die Erfindung speziell auszeichnen und abgrenzen (BGE 107 II 369: „..., dadurch gekennzeichnet, dass ...“; BGE 120 II 72, „Wegwerfwinkel“).

Ansprüche können unabhängig sein oder sie können von andern Patentansprüchen abhängen (Art. 55 PatG). Abhängige Patentansprüche fallen dahin mit dem Dahinfallen desjenigen Anspruches von dem sie abhängen.

⁸² Patent Cooperation Treaty = Patentrechtzusammenarbeitsvertrag.

⁸³ Gemeinschaftspatentübereinkommen: Übereinkommen über Europäische Patent für den Gemeinsamen Markt, geänderte Fassung vom 15. Dezember 1989 (89/695/EWG). Noch nicht in Kraft! (F.A.Z. Nr. 42 vom 19.2.1999, S. 19: ... Mit dem Ziel der „Förderung der Innovation durch Patente“ hat die Europäischen Kommission jetzt eine Mitteilung ... vorgelegt. ... Das künftige Gemeinschaftspatent soll nach seiner Anmeldung mit sofortiger Wirkung in allen 15 EU-Ländern gültig sein und die Verwaltung von Patentrechten im Binnenmarkt und die Durchsetzung patentrechtlicher Ansprüche erleichtern. Patente können aber auch weiterhin bei den einzelstaatlichen Stellen und dem Europäischen Patentamt (EPA) in München hinterlegt werden. ... Geplante Regelungen und Empfehlungen zum Patentrechtsschutz in Europa: Vorschlag für eine EU-Verordnung zum Gemeinschaftspatent, Rechtsgrundlage Art. 235 EGV; Vorschlag für eine EU-Richtlinie zur Patentierbarkeit von Computerprogrammen, Art. 100a EGV; Beitritt der EU zum Europäischen Patentabkommen; Rechtsschutzversicherung für Patentrechtsstreitigkeiten. ...)

⁸⁴ Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Erfindungspatente (PatV), SR 232.141.

Das PatG stellt vier Arten von Patentansprüchen zur Verfügung (Art. 52 I PatG): Jeder unabhängige Patentanspruch darf nur eine einzige Erfindung definieren, und zwar:

- ein Verfahren, oder
- ein Erzeugnis, ein Ausführungsmittel oder eine Vorrichtung, oder
- eine Anwendung eines Verfahrens, oder
- eine Verwendung eines Erzeugnisses.

b) Patentbeschreibung

Die Beschreibung dient dem Erfordernis der genügenden Offenbarung und der Auslegung der Patentansprüche. Vergessene oder ungenügend umschriebene Patentansprüche können durch die Beschreibung aber nicht geheilt werden.

B) Das Prüfungsverfahren

Das Prüfungsverfahren umfasst die Prüfung der Unterlagen und der formalen Voraussetzungen (Art. 59 PatG, Art. 62 ff. PatV) ausser der Neuheit und des Nichtnaheliegens (anders das EPÜ).

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, wird das Patent erteilt und im SHAB veröffentlicht.

Als Rechtsmittel steht auch hier wiederum die Beschwerde an die Rekurskommission für Geistiges Eigentum und anschliessend die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das BGer zur Verfügung (vgl. Markenrecht). Die aktive Parteistellung kommt dem Patentanmelder zu.

6.4.4 Wirkungen des Patents

A) Anwartschaft und Vollrecht

Dem Erfinder (und seinem Rechtsnachfolger) kommt eine Anwartschaft, d.h. ein Anspruch auf Erteilung des Patentrechts zu. Das Patentrecht selbst steht ebenfalls dem Erfinder oder seinen Rechtsnachfolgern zu (Art. 3 I PatG).

- Eine Ausnahme bildet die sog. Diensterfindung (Art. 332 I OR): Macht ein Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten eine Erfindung oder wirkt er an deren Hervorbringung mit, so kommt das Recht an dieser Erfindung originär dem Arbeitgeber zu.

Macht der Arbeitnehmer eine Erfindung zwar bei der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit, aber ist er nicht zu diesem Zweck angestellt, so handelt es sich um eine sog. Gelegenheitserfindung (Art. 332 II OR), an welcher der Arbeitnehmer selbst originär das Recht erwirbt. Allenfalls kann der Dienstvertrag die Übertragung (durch schriftliche Vereinbarung) einer solchen Erfindung an den Arbeitgeber vorschreiben; dieser erwirbt dann aber erst derivativ das Recht an der Erfindung und ist zudem zu einer Entschädigung verpflichtet (Art. 332 III, IV OR).

- Machen mehrere zusammen (z.B. ein Erfinderteam) eine Erfindung, steht das Recht an dieser Erfindung allen gemeinsam zur gesamten Hand zu (Art. 3 II PatG). Der einzelne darf also nicht über das Recht oder seinen Anteil verfügen, sondern nur alle zusammen über das ganze Recht. Bei Verletzungen kann aber jeder einzelne gegen den Verletzter vorgehen (Art. 33 II PatG).

- Erfinden mehrere gleichzeitig dasselbe, steht das Recht an der Erfindung demjenigen zu, der sie zuerst anmeldet (Art. 3 III PatG). Der andere hat aber ein Mitbenutzungsrecht (Art. 35 PatG).

B) Nennung des Erfinders

Der Erfinder hat (selbst bei Dienstervfindungen und bei Anmeldung der Erfindung durch Dritte) das Recht im Patentregister als Erfinder genannt zu werden (Art. 5 I PatG). Auf dieses Recht kann nicht im Voraus verzichtet werden, sondern erst bezüglich einer konkreten Erfindung (Art. 6 II PatG).

C) Inhalt des Patentrechts

Das Patentrecht gewährt dem Berechtigten ein Exklusivrecht auf die gewerbsmässige (d.h. jede ausser der privaten) Nutzung der Erfindung während zwanzig Jahren seit der Anmeldung (Art. 8, 14 PatG). Dieses Recht bildet sozusagen den Kerngehalt des Patentrechts.

Weil für Produkte der chemischen Industrie seit der Anmeldung eines Patentbesitzes oft mehrere Jahre vergehen können, bis ein Produkt nach Prüfungen und Kontrollen für den Markt zugelassen wird, und somit das Produkt bis zu diesem Zeitpunkt nicht gewerblich genutzt werden kann, sind für Arzneimittel ergänzende Schutzzertifikate geschaffen worden, die eine effektive Schutzdauer von fünfzehn Jahren vermitteln (Art. 140a ff. PatG).

Der Patentinhaber hat zudem das Recht, auf den Patentschutz hinzuweisen (Art. 11 PatG): mittel eines Schweizerkreuzes und der Patentnummer. Patentberührung ist strafbar (Art. 82 PatG).

D) Räumliche Wirkung des Patentrechts

Der Schutz des schweizerischen Patentrechts gilt für die Schweiz und – aufgrund eines Staatsvertrages aus dem Jahre 1978⁸⁵ – auch für das Fürstentum Liechtenstein.

E) Dahinfallen des Rechts

Verkauft der Berechtigte ein Produkt (z.B. eine Maschine), so ist damit sein Recht an diesem einzelnen Produkt erschöpft. Der Erwerber kann das Produkt ohne Beschränkung weiter veräussern oder benutzen usw.

Für das Schweizer Recht gilt die Beschränkung auf das Gebiet der Schweiz, d.h. die bloss nationale Erschöpfung (vgl. BGE 126 III 129 „Kodak“). Parallelimporte sind demnach nicht erlaubt. Ob sich diese Regelung allerdings rechtfertigt, wenn der Erwerber das Produkt im Ausland vom Berechtigten (oder seinem Vertreter) erwirbt und dann in die Schweiz einführt, ist fraglich. Im Bereich des Markenrechts (und nun auch des Urheberrechts: BGE 124 III 321) hat das BGer hingegen anders entschieden (vgl. BGE 122 III 469 „Chanel“).⁸⁶

⁸⁵ Dieser Staatsvertrag gilt nur für das Patentrecht, er umfasst nicht die übrigen Immaterialgüterrechte!

⁸⁶ Vgl. BÄR, in: ZBJV 1998, S. 283 ff.

6.4.5 Änderungen im Bestand des Patents

A) Verzicht auf das Patent

- Auf ein Patent kann jederzeit verzichtet werden. Dies empfiehlt sich z.B. wenn eine Erfindung sich nicht ertragbringend nutzen lässt, weil die Patentgebühren progressiv zur Schutzzeit zunehmen (vgl. Anhang III IGE-GebV⁸⁷).
- Auch ein Teilverzicht ist möglich. Es kann auf einzelne Patentansprüche verzichtet (Art. 24 I a PatG) oder es können abhängige Ansprüche mit unabhängigen zusammengelegt werden (Art. 24 I b PatG), wenn z.B. Unsicherheit über deren Naheliegen oder die Neuheit herrscht und man Prozesse vermeiden möchte über Patentansprüche, die allenfalls in einem Prozess nicht standhalten⁸⁸.
- Einmal innert der ersten vier Schutzjahre ist auch der Verzicht auf einen unabhängigen Patentanspruch auf andere Weise möglich (Art. 24 I c, II PatG), z.B. Verzicht durch Zusammenlegung.

Der Verzicht auf ein Patent oder Patentanspruch wirkt *ex nunc*.

B) Nichtigkeit des Patents

Jedermann der ein Interesse nachweist, kann auf die Nichtigkeit (wegen fehlender Neuheit oder Naheliegens) eines Patents klagen (Art. 28 PatG). Die Nichtigkeit wird in einer Feststellungsklage festgestellt.

Das Patent ist in diesem Fall *ex tunc* nichtig.

C) Vorzeitiges Erlöschen wegen Nichtbezahlens der Jahresgebühr

Ein Patent erlischt, wenn die Jahresgebühren nicht bezahlt werden.

6.4.6 Änderungen im Recht auf das Patent und am Patent

Änderungen im Recht auf das Patent oder am Patent können eintreten durch:

- Übertragung des Patentrechts durch Rechtsgeschäft. Vorgeschrieben ist die einfache Schriftform (Art. 33 II^{bis} PatG). Der Eintrag der Rechtsübertragung ins Patentregister ist nicht vorgeschrieben, dies empfiehlt sich aber, weil der Eintrag den guten Glauben Dritter zerstört (Art. 33 III, IV PatG).
- Theoretisch kann ein Patent enteignet werden, ist aber bisher nie geschehen (Art. 32 PatG ist „toter Buchstabe“).
- Wird ein Patent von unberechtigten Dritten angemeldet, erhalten diese zwar das Recht, aber der eigentlich Berechtigte hat ihnen gegenüber eine Abtretungsklage (Art. 29 I PatG) oder die Möglichkeit auf Nichtigkeit des Patents zu klagen.⁸⁹ Be-

⁸⁷ Verordnung vom 25. Oktober 1995 über die Gebühren des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE-GebV), SR 232.148.

⁸⁸ Patentstreitigkeiten sind in der Praxis sehr teuer!

⁸⁹ Letzteres empfiehlt sich aber nicht, weil dann das Patent aufgrund fehlender Neuheit von niemandem mehr angemeldet werden kann.

reits abgeschlossene Lizenzverträge fallen dahin, gutgläubige Lizenznehmer erhalten aber eine nicht ausschliessliche Zwangslizenz (Art. 29 III PatG).

- Der Patentinhaber kann Lizenzen erteilen (Art. 34 PatG), die mit Vorteil ebenfalls im Patentregister einzutragen sind (Art. 34 III PatG). Bei Nichtigkeit des Patents sind auch die Lizenzverträge nichtig (Art. 20 OR). Der Lizenzgeber muss die Lizenzgebühren aber nicht nach Art. 62 OR zurückgeben. Das BGer lässt, weil die Parteien (und wohl auch Dritte) sich während der ganzen vermeintlichen Vertragsdauer verhalten haben, als wäre der Vertrag gültig, die Einrede aus Art. 2 II ZGB zu (vgl. BGE 116 II 195).

6.4.7 Gesetzliche Beschränkungen im Recht aus dem Patent

- Ein Patentrecht kann durch Mitbenutzungsrechte beschränkt werden (Art. 35 PatG, vgl. oben).
- Kann eine abhängige Erfindung ohne die Verletzung eines älteren Patents nicht benützt werden, hat der Rechtsinhaber ein Recht auf eine Zwangslizenz des älteren Patents, sofern die jüngere Erfindung einen Fortschritt bringt und wirtschaftliche Bedeutung aufweist (Art. 36 PatG). Diese Regelung ermöglicht die technische Weiterentwicklung bestehender Erfindungen.
- Die Art. 37-40b PatG haben keine praktische Bedeutung und sind „toter Buchstabe“ geblieben.

6.4.8 Rechtsschutz

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 704-837; vgl. auch 6.2.3 Rechtsschutz.

Für das Patentrecht spezifisch sind:

- Die Beweislastumkehr bezüglich Verfahren zur Herstellung neuer Erzeugnisse (Art. 67 I PatG): weil es praktisch für den Patentinhaber sehr schwierig sein kann, den Beweis zu erbringen, dass ein Erzeugnis mittels des gleichen Verfahrens hergestellt ist. Bei bekannten Erzeugnissen gilt dasselbe, allerdings hat der Patentinhaber eine Patentverletzung glaubhaft zu machen, sodass diese dem Gericht als überwiegend wahrscheinlich erscheint (Art. 67 II PatG).
- Stufenklagen sind „verboten“. D.h. wer in der gleichen Sache mehrmals klagt, hat alle Kosten selbst zu tragen, auch wenn der Prozess gewonnen wird. Diese Regelung dient zum einen der Prozessökonomie und soll zum andern das „aushungern“ (d.h. weitere Klagen führen, sobald die eine abgewiesen ist, und so den Patentinhaber ständig zur Klagenabwehr nötigen) eines Patentinhabers durch einen Dritten verhindern.
- Die Straftatbestände befinden sich in den Art. 81 ff. PatG.

6.5 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 175-356; VON BÜREN ROLAND, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, ZSR 112 [1993], Bd. I, S. 193 ff.

6.5.1 Urheberrecht

Das Urheberrechtsgesetz behandelt in drei Teilen: das Urheberrecht, die verwandten Schutzrechte und die Verwertungsgesellschaften.

A) Der Begriff des urheberrechtlich geschützten Werks

VON BÜREN ROLAND, Der Werkbegriff, in: SIWR 2: Das Urheberrecht, S. 53 ff.

a) Die gesetzliche Umschreibung

Nach Art. 2 I URG sind geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst geschützt, die zudem einen individuellen Charakter, ein individuelles Gepräge haben. (Künstlerischer) Wert⁹⁰ und Zweck einer solchen Schöpfung spielen dabei keine Rolle.⁹¹

Geistig: Der Begriff des Geistigen verweist auf etwas von Menschen Geschaffenes (Art. 6 URG). Bilder, von Schimpansen gemalt, sind nicht schützbar. BGE 113 II 197, BGE 116 II 351.

Schöpfung: Wie das Patentrecht, schützt das Urheberrecht nur Geschaffenes und nicht, was nur gefunden ist. (Der „Flaschentrockner“ von Marcel Duchamps ist demnach nicht schützbar.)

Literatur: Anhäufung von Buchstaben, die einen Sinn ergibt.

Kunst: Das URG verzichtet auf eine Definition von Kunst. Im Zweifel sollte darauf abgestellt werden, als Kunst zu bezeichnen, was der Künstler als Kunst bezeichnet. Mit der Beurteilung, ob etwas Kunst sei oder nicht, sollten Gerichte sich nicht befassen.

Individualität: Das geschützte Objekt muss Merkmale aufweisen, die es in ausreichender Weise von andern unterscheiden. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn ein Objekt in der gleichen Form bisher nicht existiert hat und voraussichtlich nicht noch einmal gleichartig geschaffen werden wird (statistische Einmaligkeit⁹²). Je grösser die gestalterische Freiheit bei der Herstellung eines Objekts ist, desto wahrscheinlicher sind die Voraussetzungen erfüllt.⁹³ (Probe: Man stelle 100 Leuten die gleiche Aufgabe und die gleichen Mittel zur Verfügung. Je eher sich daraus 100 verschiedene Resultate erwarten lassen, desto eher liegt Individualität vor.)⁹⁴

⁹⁰ Bsp.: „Das ist doch keine Kunst...!“

⁹¹ Andererseits ist Zweckfreiheit, anders als von Kummer vertreten, nicht Schutzvoraussetzung des Urheberrechts.

⁹² Vgl. dazu STRAUB WOLFGANG, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, in GRUR int 1/2001, S. 1 ff.

⁹³ Allerdings setzt das BGer bei eingeschränkter Gestaltungsfreiheit (z.B. bei architektonischen Werken) die Anforderungen an die Individualität herunter: Relativität des Erfordernisses der Individualität (vgl. BGE 125 III 328).

⁹⁴ Nicht schützbar also „Das Schwarze Quadrat“ von Malewitsch.

Das Schutzobjekt muss sinnlich wahrnehmbar sein oder zumindest für einen Augenblick wahrnehmbar gewesen sein (z.B. eine Rede). Ideen selbst sind nicht schützbar, nur das konkrete Werk, der Ausdruck einer Idee.

b) Die Arten von Werken (Art. 2 II URG)

Die Aufzählung der verschiedenen geschützten Werktypen ist nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft zu verstehen. Die Beurteilung, ob ein Werk geschützt ist oder nicht, ergibt sich stets aus dem Werkbegriff nach Art. 2 I URG.

Die Kategorien sind dennoch nicht ohne Bedeutung, denn das Gesetz knüpft an sie unterschiedliche Rechtsfolgen (z.B. Art. 19 III lit. b URG).

• ***Literarische, wissenschaftliche und andere Sprachwerke***

Unter den Begriff der Sprachwerke fallen alle menschlichen Äusserungen mit den Mitteln der Sprache. Gleichgültig ist, ob es sich um Rede oder Schriftform handelt, beide Formen sind gleichermassen geschützt. Die Art der Sprache spielt ebenso wenig eine Rolle (Fremdsprachen, Zeichensprachen usf.).

Allerdings muss das Sprachwerk Träger eines Gedankens sein, d.h. es muss Sinn machen. Andernfalls kann das Werk allenfalls als Bildwerk geschützt sein.

Geschützt sind Bücher, Reden, Briefe, originelle Slogans usf. Nicht geschützt sind einfache Werbetexte, Kataloge, Preislisten, Geschäftsbriefe, Fahrpläne, Telefonbücher⁹⁵ usf.

• ***Werke der Musik und andere akustische Werke***

Der Begriff des akustischen Werkes umfasst jegliche Schöpfung aus (akustisch wahrnehmbaren) Tönen und/oder Rhythmen. Das Werk muss so festlegbar sein, d.h. umschrieben werden können, dass eine Wiederholung möglich wäre. Um geschützt zu sein braucht es allerdings nicht aufgezeichnet o.ä. worden zu sein.

• ***Werke der bildenden Kunst, insbesondere der Malerei, der Bildhauerei und der Grafik***

• ***Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen***

Das Urheberrecht schützt nur die spezifische Form (auch Aufbau, Disposition usf.) eines wissenschaftlichen Werkes, nicht aber den Inhalt; dieser ist, wie die Idee (vgl. oben), frei. BGE 64 II 162 („Maag“).

• ***Werke der Baukunst***

Architektonische Werke sind in der Regel geschützt, ausser es handle sich um reine Zweckbauten, deren Form durch den Zweck ohne Möglichkeit der Gestaltung vorgegeben ist.

⁹⁵ Telefonbücher (oder auch Fahrpläne) können aber nach UWG (Verwertung fremder Leistungen, Art. 5) geschützt sein.

Die meisten Probleme verursachen nachträgliche Änderungen an Bauwerken; oft wird dadurch das Urheberpersönlichkeitsrecht des Architekten verletzt (Art. 12 III URG).

- ***Werke der angewandten Kunst***

Werke der angewandten Kunst sind Objekte des täglichen Gebrauchs (Kleider, Lampen, Möbel usf.). Die Form tritt hier als Zugabe hinzu. Kann ein Werk (z.B. der „Rot-blaue Lehnstuhl“ von Gerrit Rietveld) nach URG geschützt werden – weil es individuell genug ist –, hat dies gegenüber dem Schutz nach Muster- und Modellrecht den Vorteil, dass die Schutzdauer 70 Jahre (von Tod des Urhebers an) statt bloss fünfzehn (ab Anmeldung) beträgt. BGE 113 II 190 („Le Corbusier“).

- ***Fotografische, filmische und andere visuelle oder audiovisuelle Werke***

Geschützt sind Fotografien (nach einem neuen BGE sogar Passbilder), Filme, Fernsehspiele, Fernsehprogramme usf.

- ***Choreografische Werke und Pantomimen***

c) **Sonderfälle**

- ***Computerprogramme (Art. 2 III URG)***

Da für Computerprogramme keine andern Schutzrechte bestehen, hat der Gesetzgeber diese im URG als geschützte Werke definiert. Dies ist allerdings keine optimale Einordnung, was die vielen Spezialnormen beweisen, die nötig waren, um den Schutz der Computerprogramme in das URG einzupassen (Art. 10 III, 12 II, 17, 24 II URG).

Computerprogramme, die mit der Hardware verbunden sind und zu deren Funktionieren beitragen, sind durch das PatG geschützt.

- ***Entwürfe, Titel und Teile von Werken (Art. 2 IV URG)***

Solche „Werkteile“ sind geschützt, sobald sie für sich als von individuellem Charakter betrachtet werden können.

d) **Die nicht schützbaeren Werke (Art. 5 URG)**

Nicht schützbar sind Gesetzestexte und andere amtliche Erlasse (und deren amtliche Übersetzungen⁹⁶), offizielle Zahlungsmittel⁹⁷ und Patentschriften.

B) Der Urheber

VON BÜREN ROLAND, Der Urheber, in: SIWR 2: Das Urheberrecht, S. 125 ff.

a) **Der Urheberbegriff**

Urheber kann nur eine natürliche Person sein (Art. 6 URG). Das Urheberrecht steht ausschliesslich dem Schöpfer eines Werkes zu. Er erwirbt dieses Recht originär, automatisch, ohne irgendeine Anmeldung. Sog. Schöpferprinzip.

⁹⁶ Nichtamtliche Übersetzungen sind geschützt, z.B. die Übersetzung des OR von „Gmür und Pestalozzi“, Zürich.

⁹⁷ Briefmarken, Schecks usf. hingegen sind geschützt.

Die Schöpfung eines nach URG geschützten Werkes stellt stets einen Realakt dar, weshalb es nicht auf die Handlungsfähigkeit des Schöpfers ankommt. Auch Geistesranke oder ein Medium in Trance kann ein Urheberrecht erwerben. Vgl. BGE 116 II 354.

In Art. 8 sieht das URG eine Vermutungskaskade über die Urheberschaft vor. Danach ist derjenige als Urheber eines Werkes zu betrachten, der (z.B. auf einem Buch) mit Namen als Urheber genannt wird. Fehlt eine solche Nennung, ist vermutungsweise der Herausgeber als Urheber anzusehen und ist auch ein solcher nicht zu eruieren, kann über das Urheberrecht verfügen, wer das Werk veröffentlicht.

Diese Vermutungen führen zu einer Umkehr der Beweislast (Art. 8 ZGB), sodass, wer eine andere Urheberschaft als die vermutete behauptet, diese zu beweisen hat.

b) Die kollektive Werkschöpfung

Die kollektive Werkschöpfung ist heute an der Tagesordnung. In vielen Bereichen werden Werke in Teamarbeit geschaffen (z.B. Filme, Fernsehprogramme, Werbeprojekte usw.).

• Die Miturheberschaft (Art. 7 URG)

Miturheberschaft liegt vor, wenn mehrere gemeinsam, d.h. in bewusster Zusammenarbeit und nach einem gemeinsamen Konzept, ein Werk schaffen. Kein Miturheber ist, wer ein Werk bloss finanziert, oder wer technische Hilfe leistet.

Nach dem neuen URG müssen die Beiträge nicht mehr untrennbar miteinander verbunden sein, damit Miturheberschaft vorliegt (vgl. Art. 7 IV URG).

Bei Miturheberschaft steht den Miturhebern das Recht gemeinschaftlich zur gesamten Hand zu. Die Übertragung, die Lizenzvergabe oder auch die Benutzung durch einen der Miturheber bedingt die Zustimmung aller Miturheber. Der einzelne kann aber allein gegen Verletzer des Rechts klagen, allerdings nur auf Leistung an alle.

Die Schutzdauer beginnt für ein gemeinsam geschaffenes Werk mit dem Tod des letzten Miturhebers.

• Verbundenen Werke⁹⁸

Bei den bloss verbundenen Werken fehlt es am Element der gemeinsamen Schöpfung. Es wird nur eine Beziehung zwischen einem älteren und einem neuen Werk hergestellt.

Zunächst sind damit die Werke zweiter Hand gemeint (Art. 3 URG, Übersetzungen, Verfilmungen usw.); diese sind selbständig geschützte Werke.

Dann sind darunter auch die Sammelwerke zu verstehen (Art. 4 URG), d.h. Werke die aus verschiedenen selbständigen Werken zusammengesetzt sind.

Die Verwendung der einzelnen geschützten Werke bedarf der Zustimmung des jeweiligen Urhebers. Sobald diese Zustimmung aber erteilt und das neue Werk selbständig geschützt ist, sind beide – altes und neues Werk – unabhängig voneinander verwertbar.

⁹⁸ Der Begriff des verbundenen Werkes wird zwar vom Gesetz nicht erwähnt, ist aber allgemein anerkannt. Er ist auch in der Botschaft zum neuen URG erwähnt.

c) Die abhängige Werkschöpfung

Auch wenn ein Werk im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses geschaffen wird, erwirbt der Schöpfer originär das Urheberrecht. Dies deshalb, weil das OR keine Bestimmung über das Werk analog derjenigen über die Erfindungen (Art. 332 OR) enthält. Nur für Computerprogramme kennt das URG eine entsprechende Norm (Art. 17 URG). Diese gilt aber auch nur für den Arbeitsvertrag und nicht für Auftrags- und Werkvertragsverhältnisse.

Deshalb empfiehlt es sich für den Arbeitgeber – um schwierige Konstellationen und rechtliches Durcheinander zu vermeiden – sich bereits im Dienstvertrag sämtliche Urheberrechte abtreten zu lassen.

C) Inhalt des Urheberrechts

a) Urheberrechtspersönlichkeit

Das Urheberrecht weist eine enge Verbindung mit den Persönlichkeitsrechten auf. Einige Teilrechte des Urheberrechts sind mit der Persönlichkeit des Urhebers derart stark verbunden, dass der Urheber auf sie weder verzichten, noch sie an andere abtreten kann.

i) Recht auf Erstveröffentlichung (Art. 9 II URG)

Das Recht, das Ob, Wann, Wo und Wie der Erstveröffentlichung zu bestimmen hat allein der Urheber. Bevor ein Werk veröffentlicht ist, kann es in einer Zwangsvollstreckung nicht verwertet werden (Art. 18 URG). Ebenso besteht kein Recht auf einen Eigengebrauch durch andere; aus einem unveröffentlichten Werk darf auch nicht zitiert werden (Art. 25 I URG).

ii) Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (Art. 9 I URG)

Allein der Urheber hat das Recht, als Urheber bezeichnet zu werden. Plagiate, Plagiatsbehauptungen und das einem Dritten Unterschieben des Werk verletzen dieses Persönlichkeitsrecht.

iii) Recht auf Werkintegrität (Art. 11 URG)

Der Urheber allein hat das Recht, sein Werk zu ändern oder Änderungen zu erlauben, weil zwischen dem Urheber und dem Werk eine enge, intime Beziehung besteht.

b) Vermögensrechte (Art. 10 URG)

Das Urheberrecht verschafft dem Urheber ein Ausschliesslichkeitsrecht, ein alleiniges Bestimmungsrecht über sein Werk, vergleichbar dem Eigentum. Diese Recht umfasst alle denkbaren und noch undenkbaren Nutzungsmöglichkeiten. Die Aufzählung in Art. 10 II, III und 11 URG sind lediglich beispielhaft zu verstehen. Bestimmend ist allein Art. 10 I URG. Die Idee allerdings, die hinter dem Werk steht, darf stets genutzt werden.

• **Vervielfältigungsrecht**

Unter das Vervielfältigungsrecht fallen Reproduktionen irgendwelcher Art (z.B. auch Foto einer Plastik oder Kopie einer Foto auf der Festplatte eines Computers).

- **Verbreitungsrecht**
Jegliches in Verkehr bringen.
 - **Recht auf öffentliche Wahrnehmarmachung**
Aufführungen jeder Art (z.B. Lesungen).
 - **Senderechte**
Senden eines Werkes über das Radio, das Internet usf.
 - **Weitersenderechte**
Das Weitersenden ist neben dem Senderecht ein eigenes Recht (z.B. Einspeisung in ein Kabelnetz).
 - **Vermieten von Computerprogrammen**
Bei Computerprogrammen besteht die Ausnahme, dass nach der Veräußerung des einzelnen Werkexemplars das Recht daran nicht verwirkt ist, sondern das Recht zur Vermietung auch an diesen Exemplaren weiterhin beim Urheber ist.
 - **Bearbeitungsrecht (Art. 11 I URG)**
Das Recht ein Werk zu bearbeiten, zu verändern (z.B. Herstellen von Übersetzungen, Werken zweiter Hand, Sammelwerken usf.) Dieses Recht ist z.T. ein persönliches Recht (Art. 11 II URG).
Eine Ausnahme besteht für Bauwerke, diese dürfen von den Eigentümern ohne Erlaubnis des Urhebers verändert usf. werden, zu beachten ist allerdings die Grenze des Persönlichkeitsrechts (Art. 12 III URG).
- c) **Urheber und Eigentümer des Werkexemplars**
- Der Erwerb eines Werkexemplars (z.B. eines Bildes) beinhaltet nur die Sache selbst und nicht das Urheberrecht. Dieses bleibt beim Urheber.
- **Überlassung an Dritte (Leihe/Vermietung)**
Der Eigentümer kann das Werkexemplar ohne Erlaubnis des Urhebers Dritten überlassen. Geschieht dies entgeltlich besteht gegenüber dem Urheber eine Vergütungspflicht (gesetzliche Lizenz⁹⁹, Art. 13 URG).
Ausnahmen bestehen für Bauwerke und Werke der angewandten Kunst (Art. 13 II URG). Computerprogramme hingegen dürfen nicht vermietet werden, dies bedarf der Zustimmung des Urhebers (Art. 13 III URG i.V.m. Art. 10 III URG).
 - **Zutritts und Ausstellungsrecht**
Existiert nur (noch) ein Werkexemplar, hat der Urheber ein Recht auf Zutritt zu dem Werk, weil er seine andern Rechte faktisch nur ausüben kann, wenn er vom seinem Werk nicht ausgeschlossen ist (Art. 14 I URG).
Ausserdem hat der Urheber ein Recht darauf, vom Eigentümer die Überlassung des Werks für Ausstellungen zu verlangen (Art. 14 II URG). Allerdings nur für Aus-

⁹⁹ Nicht zu verwechseln mit der Zwangslizenz!

stellungen im Inland und wenn der Urheber ein überwiegendes Interesse geltend machen kann. Zudem muss er gegebenenfalls Sicherheiten leisten und er haftet kausal für Schäden am Werk (Art. 14 III URG).

- **Schutz der Originalwerk vor Zerstörung (Art. 15 URG)**

Der Eigentümer eines Originalwerks darf das Werk nicht zerstören, ohne dem Urheber vorher die Rücknahme des Werks zum Materialpreis angeboten zu haben, denn dies bedeutete den grösstmöglichen Eingriff in die Werkintegrität (Art. 11 URG). Ist eine Rücknahme nicht möglich, muss der Eigentümer dem Urheber zumindest die Möglichkeit geben, das Werk in angemessener Weise zu reproduzieren (Art. 15 II URG).

Bei Bauwerken hat der Urheber nur das Recht auf Nachbildung, sofern das Werk nicht mehr vom Bauwerk zu trennen ist (Art. 15 III URG).

D) Schranken des Urheberrechts (Art. 19–28 URG)

Im Urheberrecht sind die Schranken (d.h. Beschränkungen oder gar Beseitigung des Rechts) von weit grösserer Bedeutung als in den andern Immaterialgüterrechten.

- Veröffentlichte Werke (Art. 9 III URG) dürfen vergütungsfrei¹⁰⁰ für jegliche Verwendung zum Eigengebrauch im privaten, persönlichen Kreis (Freunde und Verwandte) verwendet werden (Art. 19 I lit. a URG).¹⁰¹ Stellt aber ein Dritter z.B. eine Kopie eines Werkes her, ist eine Vergütung geschuldet (Art. 19 II URG i.V.m. Art. 20 II URG).
- Ebenfalls jede Verwendung ist öffentlichen und privaten Unterrichtsanstalten (nicht darunter fallen Freizeitkurse z.B. von Migros) gestattet (Art. 19 I lit. b URG). Sie dürfen aber keine vollständigen Kopien herstellen oder Werke der bildenden Kunst oder Musiknoten vervielfältigen (Art. 19 III URG). Ist die Verwendung nicht unkörperlicher Art, ist auch hier eine Vergütung geschuldet (Art. 20 II URG).
- Die Verwendung zur Vervielfältigung zur betriebsinternen Information und Dokumentation ist ebenfalls frei (Art. 19 I lit. c URG). Allerdings bestehen Einschränkungen nach Art. 19 III, 20 II, III URG.
- Ausnahme wiederum ist die Verwendung von Computerprogrammen (Art. 19 IV URG): diese dürfen auch im persönlichen Kreis nicht kopiert usf. werden.
- Zitiert werden darf zur Erläuterung, Anmerkung und Veranschaulichung, nicht aber als Selbstzweck, wenn Quelle und Autor angegeben wird (Art. 25 URG).
- Werke auf öffentlichem Grund (z.B. Brunnen, Denkmale) dürfen frei abgebildet werden. Die Abbilder dürfen angeboten, veräussert usf. werden (Art. 27 URG).
- Die Berichterstattung über aktuelle Ereignisse (z.B. Vernissagen) soll nicht durch das URG verhindert werden, weshalb bei dieser Gelegenheit wahrgenommene Werke aufgezeichnet usf. werden dürfen (Art. 28 I URG). Ebenfalls erlaubt sind Pressespiegel (Art. 28 II URG).

¹⁰⁰ Wobei die Vergütung z.T. schon über Leerkassettenabgaben usf. bezahlt ist (Art. 20 III URG).

¹⁰¹ Vgl. BGE 118 II 45.

E) Rechtsübergang

Die Vermögensrechte an einem Werk sind unter Lebenden oder von Todes wegen vollständig auf Dritte übertragbar.¹⁰² Die Urheberpersönlichkeitsrechte sind unter Lebenden nicht übertragbar, von Todes wegen gehen sie jedoch auf die Erben über (Art. 16 I URG).

Als abgetreten werden nur diejenigen Rechte angesehen, welche ausdrücklich, z.B. in einem Verlagsvertrag, abgetreten worden sind (Vermutung *in dubio pro auctore*, Art. 16 II URG).¹⁰³ Eine Übertragung kann auch zeitlich beschränkt sein.

Als einzige können Computerprogramme als Dienstwerke geschaffen werden, sofern der Urheber in einem Arbeitsverhältnis steht und dieses zu diesem Zweck (d.h. Schaffung von Computerprogrammen) besteht (Art. 17 URG, vgl. analog Art. 332 OR). Gelegenheitswerke fallen nicht unter Art. 17 URG. Hier gilt wieder vollständig das Schöpferprinzip, der Arbeitgeber hat kein Recht auf das Werk.¹⁰⁴

F) Schutzdauer

Der urheberrechtliche Schutz beginnt ohne irgendeine Anmeldung in dem Moment, in dem ein Werk die Schutzvoraussetzungen erfüllt sind, d.h. sobald die Grenze der Individualität überschritten wird (Art. 2 IV URG).

Die Schutzdauer endet 70 Jahre (bzw. 50 Jahre für Computerprogramme) vom Ende des Jahres, in dem der Urheber des Werkes verstorben ist. Bei gemeinsamen Werken endet die Schutzdauer 70 Jahre nach dem Tod des letzten Miturhebers (Art. 30 I URG). Bei Filmen kommt es nur auf das Todesjahr des Regisseurs an (Art. 30 III URG).¹⁰⁵

6.5.2 Verwandte Schutzrechte (Art. 33 – 39 URG)

Die Schutzdauer für die verwandten Schutzrechte beträgt 50 Jahre ab dem Zeitpunkt der Darbietung, Herstellung oder Sendung eines Werkes. Sinngemäss anwendbar sind ausserdem die Art. 12 I URG (Erschöpfungsgrundsatz), Art. 13 URG (Vermieten von Werkexemplaren) sowie die Art. 16 – 28 URG (insbes. Eigengebrauch).

A) Rechte der ausübenden Künstler (Interpretenrechte, Art. 33 URG)

Als ausübende Künstler werden Personen betrachtet, die ein Werk darbieten oder an der Darbietung zumindest künstlerisch beteiligt sind. Ausser Betracht fallen also die rein technische oder finanzielle Beteiligung.

Inhalt der Darbietung muss ein nach URG schützbare Werk sein, d.h. das Werk muss nicht (mehr) zeitlich unter den Urheberschutz fallen, musste aber zu seiner Zeit die

¹⁰² In Deutschland können Urheberrechte unter Lebenden nicht übertragen werden, weil diese dort vollständig als Persönlichkeitsrechte angesehen werden (Monismus). In der Schweiz folgt man der Theorie des Dualismus und macht einen Unterschied zwischen den Vermögens- und den Urheberpersönlichkeitsrechten.

¹⁰³ Vgl. z.B. BGE 101 II 102 („Annabelle“).

¹⁰⁴ Vgl. dazu: Wem gehört die Software?, NZZ vom 4. Dezember 1998, Nr. 282, S. 30.

¹⁰⁵ Nach dem alten URG war ein Werk nur während 50 Jahren geschützt. War diese Schutzdauer vor Inkrafttreten des neuen URG (1. Juli 1993) abgelaufen, lebte sie nicht neu auf. War sie hingegen noch nicht abgelaufen, verlängerte sie sich automatisch von 50 auf 70 Jahre. BGE 124 III 266.

Schutzvoraussetzungen erfüllt haben. Darbietungen, denen der Werkcharakter abgeht, geniessen keinen Interpretenschutz (z.B. sportliche Darbietungen).

Der Schutz steht dem jeweiligen Darbietenden zu, bzw. bei mehreren Darbietenden gemeinsam zur gesamten Hand (Art. 34 I URG). Bei Kollektivdarbietungen bedarf die Verwertung der Rechte der Zustimmung der Solisten, des Dirigenten, des Regisseurs und eines Vertreters der übrigen mitwirkenden Künstlergruppe (Art. 34 II URG). Ist keine Vertretung bestimmt, stellt das Gesetz verschiedene Vermutungen auf (Art. 34 III URG).

Der Schutz umfasst folgende Rechte (abschliessende Aufzählung, Art. 33 II URG):

- Wahrnehmbarmachung ausserhalb des Darbietungsraumes (Live-Übertragung);
- Senderechte;
- Aufnahme auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger und deren Vervielfältigung;
- Verbreitungsrecht;
- Wahrnehmbarmachung bei Sendung oder Weitersendung.

B) Rechte der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern (Art. 36 URG)

Träger dieser Rechte kann hier klarerweise auch eine juristische Person sein. Der Schutz besteht auch dann, wenn der Träger kein schützbare Werk enthält. Der Schutz umfasst das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung.

C) Rechte der Sendeunternehmen (Art. 37 URG)

Der Schutz besteht für Sendungen – die öffentlich empfangbar sein müssen – über Draht oder über elektromagnetische Wellen. Der Schutz umfasst das Recht zur Weiter-sendung, Wahrnehmbarmachung, Verbreitung und Vervielfältigung (Art. 37 URG).

6.5.3 Die Verwertungsgesellschaften

Weil im Bereich der Urheberrechte die schier unkontrollierbare Massennutzung vorherrscht, ist es den einzelnen Rechtsinhabern nicht möglich, mit den jeweiligen Nutzern je einen Lizenzvertrag abzuschliessen. Aus diesem Grund ist die Nutzung der Urheberrechte grundsätzlich ohne die Zustimmung des Urhebers erlaubt. Es ist jedoch in jedem Fall eine Vergütung geschuldet, die durch die Verwertungsgesellschaften¹⁰⁶ (und allein durch diese) eingetrieben wird. Die jeweilige Verwertungsgesellschaft hat in ihrem Bereich eine Monopolstellung inne, weshalb ihre Tätigkeit strengen Vorschriften und der Aufsicht des IGE unterstellt ist (Art. 52 ff. URG). Die Oberaufsicht liegt beim Bundesrat (Art. 40 ff. URG).

¹⁰⁶ SUIISA, PRO LITTERIS, SUISSIMAGE, SSA, SWISSPERFORM. Für die Zuständigkeiten vgl. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 342 f. Die Wahrnehmung der Urheberrechte wird allerdings im Multimedia-Zeitalter immer schwieriger. Die Schweizer Verwertungsgesellschaften haben deshalb unter dem Namen SMCC (Swiss Multimedia Copyright Clearing Center) eine Organisation eingerichtet, bei der die wichtigsten digitalen Rechte aus dem Repertoire der einzelnen Verwertungsgesellschaften zu haben sind. Ein Multimedia-Produzent braucht nicht mehr einzeln bei jeder dieser Urheberrechtsgesellschaften anzuklopfen, um die nötigen Rechte mühsam zusammenzutragen. Er kann sich nun an die Clearingstelle SMCC wenden, die ihm die benötigten Rechte besorgt.

Die Verwertungsgesellschaften haben folgende Pflichten (Art. 44 ff. URG):

- Verwertungspflicht, d.h. Pflicht zur Eintreibung der Urheberrechtsgebühren;
- Pflicht zur Geschäftsführung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, sie sind jedoch nicht gewinnstrebig;
- sie sind dem Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet;
- Pflicht zum Aushandeln von Tarifen, die von der Eidgenössischen Schiedskommission kontrolliert werden (Art. 55 ff. URG);
- Pflicht zum Erlass eines Verteilungsreglements (Verteilung nach Ertrag).

6.5.4 Topographenschutz

Das Topographengesetz¹⁰⁷ dient dem Schutz der dreidimensionalen Gitter bzw. Raster, die zur Herstellung von Halbleitern („Chips“) dienen. Das Gesetz ist in der Schweiz ohne grosse praktische Bedeutung geblieben. Es waren bisher nur acht Anmeldungen zu verzeichnen.

6.5.5 Rechtsschutz

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 704-837.

Vgl. auch 6.2.3 Rechtsschutz.

¹⁰⁷ BG vom 9. Oktober 1992 über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (ToG), SR 231.2.

7 Wettbewerbsrecht

7.1 Unlauterer Wettbewerb

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 838-970; BÜRGI JOHANNES/LANG CHRISTOPH, Momentaufnahme des Lauterkeitsrechts, Kurzdarstellung des BG gegen den unlauteren Wettbewerb unter Einbezug von aktuellen Streitfragen und Abgrenzungsproblemen, in: recht 1998, S. 237 ff.

7.1.1 Einleitung

A) Entstehungsgeschichte

Der Schutz des Wettbewerbers vor unlauterem Wettbewerb bzw. unlauteren Handlungen von Mitwettbewerbern entwickelte sich aus dem Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB). Art. 28 ZGB konkretisierte sich zunächst in Art. 48 OR; ab 1943 wurde der unlautere Wettbewerb in einem eigenen Gesetz geregelt. Dieses Gesetz sah neben dem Verbot des Missbrauchs des freien Wettbewerbs auch Ansprüche für Verbraucher vor.

Das geltende UWG ist seit 1988 in Kraft: es sieht – neben den bereits im alten Gesetz geregelten Tatbeständen – eine Ausweitung auch auf Handlungen Dritter vor, d.h. es ist auch auf Dritte anwendbar, die den Wettbewerb in unlauterer Weise beeinflussen (vgl. „Kassensturz-Urteil“¹⁰⁸).

B) Zweck und Stellung in der Rechtsordnung

Das UWG bezweckt, den lauterem und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG).

Der Wettbewerb ist der Motor einer freien Marktwirtschaft. Verschiedene Gesetze sollen diesen deshalb sicherstellen: Während das Kartellgesetz (KG) den freien Wettbewerb vor allem in quantitativer Hinsicht gewährleisten soll, hat das UWG die Aufgabe, diesen Wettbewerb auch in qualitativer Hinsicht zu sichern. Es soll dafür sorgen, dass der Wettbewerb frei von Verfälschung und Unlauterkeit fair vor sich geht.

Das UWG bedient sich dabei weitgehend privatrechtlicher Mittel (im Gegensatz zum KG, das weitgehend Verwaltungsrecht darstellt).

C) Geltungsbereich

a) Persönlicher Geltungsbereich

Das UWG richtet sich – im Gegensatz zu früher, als es sich allein an die Konkurrenten und bezüglich einzelner Ansprüche auch an die Konsumenten richtete – an alle, die sich – in welcher Form auch immer – am Wettbewerb beteiligen (Dreidimensionalität des UWG).

Dies bedeutet, dass sich auch Dritte unlauter Verhalten können (z.B. Medien¹⁰⁹; Waren-tests; Finanzanalytiker; staatliche Organe, soweit sie privatwirtschaftlich handeln), ohne

¹⁰⁸ BGE 124 III 72.

¹⁰⁹ BGE 124 III 72 („Kassensturz“).

dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Beteiligten bestünde. Vgl. den Leitfall in dieser Sache: BGE 117 IV 193 („Bernina“).

Das bedeutet nicht, dass z.B. die Pressefreiheit eingeschränkt würde, es wird allein faires Schreiben gefordert.

b) Sachlicher Geltungsbereich

Es sind „Verhaltensweisen untersagt, welche als Wettbewerbshandlungen zu qualifizieren sind, d.h. Handlungen, welche objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sind und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgen. ... Wettbewerbsrelevant sind demzufolge ... Handlungen, die den Erfolg gewinnstrebiger Unternehmen im Kampf um Abnehmer verbessern oder mindern, deren Marktanteil vergrössern oder verringern sollen oder dazu objektiv geeignet sind. ... unbeachtlich ist, ob subjektiv ein Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit gegeben ist.“¹¹⁰

Unbeachtlich ist auch, ob subjektiv ein Wille zur Beeinflussung des Wettbewerbsverhältnisses vorliegt.

Nicht unter das UWG fallen demzufolge z.B. die Mitgliederwerbung für Vereine, sportliche Wettbewerbe, politischer Kampf oder wissenschaftlichen Diskussionen (Grenzfall hier: BGE 120 II 76).

c) Örtlicher Geltungsbereich

Das UWG folgt dem Auswirkungsprinzip, d.h. es ist auf eine Betätigung immer die Rechtsordnung desjenigen Landes anwendbar, in welchem sich die Betätigung auswirkt. Dies bedeutet, dass auf Wettbewerbshandlungen die sich auf das Gebiet der Schweiz auswirken immer das UWG anwendbar ist (Art. 136 IPRG). Nur ausnahmsweise, wenn sich die Rechtsverletzung ausschliesslich gegen betriebliche Interessen des Geschädigten richtet (Art. 136 II IPRG) oder wenn zwischen Verletzer und Geschädigtem bereits ein Rechtsverhältnis besteht (Art. 133 III IPRG), ist das Recht desjenigen Landes anwendbar, in dem der Geschädigte seinen Betrieb hat bzw. dessen Recht bereits dem Rechtsverhältnis zugrunde liegt.

Das UWG ist also auch im Falle grenzüberschreitender Werbung (insbesondere am Fernsehen) anwendbar, soweit sie über ein Massenmedium erfolgt, das auch an ein Massenpublikum in der Schweiz gerichtet ist. Dasselbe gilt für das Internet.

D) Verhältnis zu immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen

Immaterialgüterrechte gewähren den Rechtsinhabern einen Monopolschutz. Handlungen die keine Immaterialgüterrechte verletzen, sind grundsätzlich erlaubt. Sie können aber unter Umständen als unlautere Handlungen, d.h. „Handlungen die einen Verstoss gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“ darstellen, erscheinen. Möglicherweise ist das UWG auch kumulativ zum Immaterialgüterschutzrecht anwendbar.

In jedem Fall muss aber ein lauterkeitsrechtlich relevanter Umstand gegeben sein. Beispiele: Das Kopieren von Le Corbusier-Möbeln, die nicht alle durch das URG geschützt waren (BGE 113 II 190). Oder die von Denner systematisch von Néstle kopierte Reihe von Instantwarmgetränken: Rastcafé, Rastcore, Rastquick (Nescafé, Nescore, Nesquick). Markenrechtlich wäre dieses Kopieren kein Problem gewesen, weil nur die je-

¹¹⁰ BGE 120 II 78.

weils zusammengehörigen Namen miteinander verglichen worden wären und diese sich genügend unterschieden (im Gegensatz zur ganzen Reihe).

7.1.2 Die Widerrechtlichkeit des unlauteren Wettbewerbs

A) Die Generalklausel (Art. 2 UWG)

Entgegen der verbreiteten Hemmung (auch des Bundesgerichts), die Generalklausel anzuwenden und immer nur die Spezialtatbestände zu prüfen, sollte dieser vermehrt Beachtung geschenkt werden. Denn eine Verletzung des Gebotes, sich lauter zu verhalten, kann in nicht speziell aufgeführten Fällen ebenso gegeben sein. Die Generalklausel möchte all diejenigen Fälle sanktionieren, in denen sich Marktteilnehmer nicht „*fair and true*“ verhalten (funktionale Auslegung des Gesetzes).

a) Kundenfang

i) *Unsachliche Werbung*

- *Werben mit Selbstverständlichkeiten*

„Frischster Frischkäse“ (z.B. BGE 105 II 74).

- *Negativwerbung*

Die Aussage, ein Produkt weise gewisse Eigenschaften nicht auf, wenn das Produkt diese Eigenschaften von Gesetzes wegen gar nicht aufweisen darf oder nach den Naturgesetzen gar nicht aufweisen kann.

- *Gefühlsbetonte Werbung*

Werbung mit Angst oder Mitleid (z.B. BGE 81 IV 182 „Marocaine“).

- *Werbung mit Geschenken*

Kaffee- oder Werbefahrten.

ii) *Nötigung/Belästigung*

Art. 3 lit. h UWG bezeichnet zwar aggressive Verkaufsmethoden als unlauter. Die Unlauterkeit der Verkaufsmethoden beginnt allerdings schon früher, z.B. bei aggressiver Werbung, die nur unter die Generalklausel subsumiert werden kann. Unlautere Werbung ist z.B. der Versand von Offerten für nicht bestellte Dienstleistungen, die aussehen wie die Rechnungen der Swisscom und bei denen die Einzahlung gleichzeitig Annahme der Offerte bedeutet.

iii) *Ausnützen des Spieltriebs*

Darunter fallen z.B. Gewinnspiele im Sinne von Gratisverlosungen¹¹¹. Gratisverlosungen dürfen nicht an einen Kauf usf. gekoppelt sein.

¹¹¹ Gewinnspiele mit Geldeinsatz unterstehen dem Lotteriegesetz und bedürfen einer Bewilligung. Für Lotteriespiele zum Zwecke der Werbung werden Bewilligungen nicht erteilt.

iv) Laienwerbung

Werbung über Laien nützt die persönlichen Beziehungen der betreffenden Personen aus und kann zu grossem psychischen Druck bei den Beworbenen führen, etwas zu kaufen (z.B. Tupperware).

b) Unkorrektes Vorgehen gegenüber Mitbewerbern/Behinderung

Behinderung des Mitwettbewerbers gehört zum Wettbewerb! Wer gut ist bzw. wer ein gutes Produkt zu verkaufen hat, darf durchaus aggressiv vorgehen. Unlauter sind allein unfaire Methoden¹¹² (z.B. systematische Hinterlegung der Marken von Konkurrenten in von diesen noch nicht besetzten Absatzmärkten).

i) Die Parallelanmeldung von Immaterialgüterrechten

In der Schweiz können Marken auch angemeldet werden, die im Ausland bereits gebraucht werden (Territorialitätsprinzip). Verpönt ist aber die Anmeldung einer Marke allein um zu verhindern, dass der Verwender einer Marke – die (noch) nicht angemeldet ist – diese gebrauchen kann. Vgl. BGE 109 II 483 („Computerland“).

ii) Systematisches Anschleichen an Leistungen Dritter

Dieser Sachverhalt ist dann gegeben, wenn gute Leistungen eines Konkurrenten nachgeahmt und sein „Goodwill“ ausgenutzt werden. Das ist etwas dann der Fall, wenn ganze Produktlinien nachgeahmt werden,¹¹³ oder wenn mit der Erwähnung des Produktes des Konkurrenten das eigene Produkt angepriesen werden soll (z.B. BGE 102 II 292: „Latoflex–Bicoflex, „Ersatz für Persil, kein Persil aber gleich gut.“¹¹⁴).

iii) Entfernen von Kontrollnummern oder Kontrollzeichen

Das Entfernen von Kontrollnummern und Kontrollzeichen ist nicht unlauter, weil sich der Weg eines Produktes mittels der Kontrollzeichen (meist Strichcodes) genau zurückverfolgen lässt, weshalb deren Entfernung gerade bei den Parallelimporten von Bedeutung ist. Dann kann nämlich der vertragsuntreue Verkäufer im Ausland nicht ausfindig gemacht werden, was diese Importe erst möglich macht. Vgl. BGE 122 III 469 („Chanel“), BGE 124 III 321 und Anhang: Urheberrecht und Parallelimporte.

Das gleiche kann bezüglich des Entfernens von Gebrauchsanweisungen für Parfüms und des Verkaufs von Produkten gelten, auf denen vermerkt ist, dass diese nur durch den Generalimporteur verkauft werden dürfen.

B) Die Spezialtatbestände

a) Rufschädigung (Art. 3 lit. a UWG)

Unlauter handelt, wer den Ruf eines Konkurrenten durch unwahre, irreführende oder unnötig herabsetzende Äusserungen verletzt.

¹¹² Der Vergleich zum Kampfsport ist nicht weit. Wer einen Boxmatch bestreiten will, muss den Gegner schlagen dürfen, weil sonst der Match keinen Sinn macht. Nur unfaire Schläge sind verboten.

¹¹³ Vgl. BGE 113 II 190 („Le Corbusier“), 7.1.1D).

¹¹⁴ Ein Spruch aus den „Jugendjahren“ der Migros.

- ***Objektiv unwahre Aussagen***

BGE 108 II 226; BGE 117 IV 202 („Bernina“); BGE 120 II 76 („Mikrowellen“)¹¹⁵. Sind die Äusserungen derart, dass ihre Unwahrheit offensichtlich ist, fallen sie nicht unter das UWG.

- ***Irreführende Aussagen***

Auch wahre Aussagen können irreführend und damit unlauter sein: Wenn z.B. nicht die ganze Wahrheit gesagt wird, oder wenn ein Produkt allein als schlechtes Beispiel verwendet wird, ohne Hinweis darauf, dass die andern Produkte derselben Art diese Eigenschaften ebenfalls aufweisen.

BGE 104 II 124 („Fischer vs. Rossignol“); BGE 124 III 72 („Kassensturz“).

- ***Unnötig verletzende Aussagen***

Unnötig verletzend sind Aussagen, die nicht durch den Geschäftszweck als solchen gedeckt sind, sondern den Konkurrenten in seiner Person angreifen (z.B. seinen Glauben, familiäre Verhältnisse, zurückliegende Verurteilungen usf.).

„Wir stürzen das Zürcher Preismonopol“; „Profiteure, Preisvögte, unverschämte Gewinne“¹¹⁶; BGE 79 II 409.

b) Irreführung des Kunden

i) Irreführende Angaben oder Produktgestaltung (Art. 3 lit. b, c und i UWG)

- ***Art. 3 lit. b UWG***

Dieser Tatbestand betrifft nicht die Herabsetzung des Konkurrenten, sondern die eigene Begünstigung, indem man sich in einem besseren Licht darstellt als es der Wahrheit entspricht.

Beispiele dafür sind unrichtige geographische Angaben über die Herkunft eines Produktes (z.B. „Palü“ für ein asiatisches Produkt), irreführende Aussagen über die Qualität der Ware (z.B. „frischester Frischkäse“), irreführende Angaben über die Menge der vorhandenen Produkte (z.B. wenn eine Aktion besonders angepriesen wird, obwohl nur einige wenige vergünstigte Exemplare des Produktes vorhanden sind). Auch unrichtige Angaben über den Preis können unlauter sein (z.B. „70'000.- mal günstiger.“, „Wir sind immer billiger.“, „Die billigsten Preise der Schweiz.“).

- ***Art. 3 lit. c UWG***

„Direktor“ eines Einmann-Unternehmens; „Avocat“ für einen lic. iur.; BGE 113 II 281 („I. P. Rocha“).

- ***Art. 3 lit. i UWG***

Dieser Tatbestand betrifft die bewusste Verunklärung und Vernebelung von Tatsachen. Z.B. wenn ein Modem als Sonderangebot verkauft wird ohne den Hinweis,

¹¹⁵ Dazu aber: Bürgi/Lang, in: recht 98, S. 241 ff.

¹¹⁶ Denner über die andern Zigarettenhersteller und -verkäufer.

dass dieses vom Bakom¹¹⁷ nicht zugelassen ist. Auch Mogelpackungen, d.h. zu grosse Packungen mit wenig Inhalt, fallen darunter.

ii) Irreführung über die Betriebsherkunft (Verwechselbarkeit, Art. 3 lit. d UWG)

Auch in diesem Fall geht es darum von den Leistungen anderer zu profitieren. Dies kann z.B. durch verwechselbare Kennzeichnung, Marken, Ausstattung (d.i. Verpackung), Produktgestaltung, Slogans oder Signete geschehen.

Es genügt hier allein das Vorliegen einer objektiven Verwechslungsgefahr, ein Verschulden ist nicht gefordert. Ein solches spielt aber für den Schadenersatz eine Rolle (Art. 41 OR).

Dieser Tatbestand ist insbesondere dort von Interesse, wo eine Marke, ein Modell usf. nicht (mehr) von einem Immaterialgüterrecht geschützt wird. Denn für das UWG gilt nicht die Registerpriorität, sondern die Benutzungspriorität. Die Klage kann sich auch kumulativ auf das UWG und ein Immaterialgüterrecht stützen (aber nicht nacheinander: *ne bis in idem*). Zur Verwechselbarkeit muss für eine Klage nach UWG aber stets ein Verhalten gegen Treu und Glauben hinzukommen.

• **Marken**

Verwechselbarkeit von Marken oder Teilen von Marken (z.B. „Cola line“, Rastcafé¹¹⁸ usf.), die nach Markenrecht nicht anfechtbar ist. BGE 93 II 50.

• **Werbeslogans**

• **Ausstattung (Form, Gestaltung, Verpackung usf.)**

BGE 108 II 73 („Rubik-Würfel“); BGE 116 II 365 („Nivea–Jana“).

Bei der Anpreisung von Ersatzteilen darf allerdings das betreffende Produkt benannt werden (BGE 116 II 471).

• **Firmen- und Geschäftsbezeichnungen**

Wie für Marken, gewährt das UWG – wenn die Voraussetzungen erfüllt sind – auch Schutz für Firmen- und Geschäftsbezeichnungen. So z.B. wenn keine Verwechselbarkeit nach Firmenrecht vorliegt (vgl. BGE 74 II 235), oder wenn eine Firma nicht nur als Firma benutzt wird und insofern keinen Firmenschutz geniesst oder die Benutzung der Firma ausserhalb des territorialen Schutzbereiches des Firmenschutzes. Auch wenn eine Geschäftsbezeichnung gar nicht als Firma geschützt werden kann (Ensignes, Vereinsnamen, einfache Gesellschaften, Unternehmungen in Gründung usf.)

iii) Vergleichende Werbung (Art. 3 lit. e UWG)

Vergleichende Werbung ist in der Schweiz – im Gegensatz etwa zu Deutschland – zulässig. Allerdings muss sie stets nach dem Kriterium der objektiven Wahrheit beurteilt werden. Superlativwerbung ist nur zulässig, wenn sie stimmt. Oder Komparativwerbung: Keiner ist billiger.

¹¹⁷ Bundesamt für Kommunikation.

¹¹⁸ Vgl. 7.1.1D).

Unzulässig ist aber das Vergleichen mit einem erfolgreichen Konkurrenten, wenn das eigene Produkt bewusst in den Zusammenhang des Konkurrenzproduktes gebracht werden soll, damit es von dessen Ruf und Leistung profitieren kann.

Unter die vergleichende Werbung fallen auch die vergleichenden Anpreisungen von Dritten, z.B. Warentests. Auch hier ist ein vorgehen nach Treu und Glauben gefordert. BGE 58 II 461, BGE 102 II 292.

iv) Lockvögel (Art. 3 lit. f UWG)

Bietet jemand wiederholt (d.h. nicht nur in ausgewählten Aktionen) ausgewählte Produktebereiche (es muss nicht das gesamte Sortiment sein) unter dem Einstandspreis an und hebt diesen tiefen Preis derart hervor, sodass für den Kunden der Eindruck entsteht, der Anbieter sei in seinem ganzen Sortiment besonders günstig.

Weil die Täuschung in solchen Fällen schwer zu beweisen ist, wird sie bei Preisen unter dem Einstandspreis vermutet (Beweislastumkehr). Der Anbieter hat also die Lauterkeit seiner Preise zu beweisen. Die Relevanz in der Praxis ist allerdings gering, es gibt nur wenige Entscheide zu diesem Tatbestand.

v) Zugaben (Art. 3 lit. g UWG)

Diese Bestimmung wurde hauptsächlich deshalb eingeführt, um zu verhindern, dass Anbieter das Verbot von Lockvogelangeboten durch Zugaben zur umgehen versuchen. Der Tatbestand hat bisher kaum eine Anwendung gefunden.

Der Tatbestand selbst soll sachfremde Entscheide der Kunden verhindern, d.h. Kaufentscheide, die nicht wegen des eigentlichen Produktes, sondern wegen der Zugabe zustande kommen. Wie das BGer ausgeführt hat, fallen Werbezugaben (Muster u.ä.) nicht unter diesen Tatbestand, die Zugaben müssen einen gewissen Wert (ca. ab Fr. 100.-) aufweisen. Vgl. BGE 83 II 458 und BGE 103 IV 217.

vi) Irreführende Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG)

Diese Bestimmung soll allein die irreführende Verwendung von AGB verhindern und diese nicht inhaltlich beurteilen. Ob diese Unterscheidung in der Praxis gemacht werden kann, ist fraglich. Immerhin ging es gerade auch in demjenigen Entscheid, in dem das BGer in einem *obiter dictum* die Anwendung Art. 8 UWG in Erwägung gezogen hat, um die inhaltliche Ausgestaltung der betreffenden Klausel.¹¹⁹

Die Rechtsfolge von Art. 8 UWG ist zunächst einmal die Unlauterkeit der betreffenden Klausel. Die Unlauterkeit kann vom Richter aufgrund einer Klage aus Art. 9 UWG festgestellt werden. Eine unlautere Klausel ist zugleich auch rechtswidrig, weshalb der Vertrag nach Art. 20 OR (mindestens teilweise) nichtig ist. Insofern spricht nichts da-

¹¹⁹ BGE 119 II 443: Es wurde zunächst der Eindruck erweckt, es handle sich um eine „normale“ Kaskoversicherung, und dann wurde im übernächsten Satz der betreffenden Klausel aber die Haftung der Versicherung eingeschränkt auf Fälle, in denen den Fahrer keine (oder nur ganz geringe) Schuld trifft. Hätte diese Klausel nicht auch einen ungewöhnlichen Inhalt, so könnte sie auch nicht als irreführend angesehen werden.

gegen, wenn bei einer Klage wegen Nichtigkeit von AGB-Klauseln bzw. bei Bestreitung von deren Geltung vom Richter vorfrageweise auch Art. 8 UWG geprüft wird.¹²⁰

vii) Täuschende Angebotspraktiken bei Abzahlungskäufen, Kleinkreditverträgen usw. (Art. 3 lit. k-m UWG)

• **Art. 3 lit. k und l UWG**

Diese Bestimmungen sollen erreichen, dass die Kunden über die wirklichen Kosten eines Abzahlungs- oder Konsumkreditgeschäftes nicht im Unklaren bleiben. Nicht unter den Tatbestand fällt reine Erinnerungswerbung, solange der Kunde nicht unmittelbar zum Kauf bzw. zur Aufnahme eines Kredites angeregt wird. Vgl. BGE 120 IV 295.¹²¹

• **Art. 3 lit. m UWG**

Die Vertragsformulare müssen alle für den Konsumenten nötigen Informationen enthalten.

c) Aggressiver Kundenfang (Art. 3 lit. h UWG)

Unter den Tatbestand des aggressiven Kundenfanges fallen alle diejenigen Verkaufsmethoden, bei denen der Kunde z.B. aufgrund einer Zwangslage, Drucks oder Vorspiegelung einer einmaligen Gelegenheit in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird. Solche Verkaufsmethoden kommen insbesondere häufig ausserhalb von Geschäftslokalen zur Anwendung.

Beispiele: Laienverkauf, Kaffeefahrten, Haustürgeschäfte, Bertelsmann usf.¹²²

d) Verleitung zur Vertragsverletzung oder -auflösung (Art. 4 lit. a, b und d UWG)

Grundsätzlich bindet ein Vertrag nur die Beteiligten. Art. 4 UWG sanktioniert aber auch das Einmischen eines Dritten, eines Aussenstehenden in eine fremde Vertragsbeziehung mit dem Ziel Einfluss zu nehmen und sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.¹²³

• **Art. 4 lit. a UWG**

Gefordert wird ein Verleiten des z.B. eines Alleinvertriebshändlers zum Vertragsbruch¹²⁴ mit seinem Lieferanten. Der Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn der Alleinvertriebshändler bereits von sich aus zum Vertragsbruch bereit ist.

¹²⁰ Im Übrigen vgl. BURRI SIMONE/KÜCHLER MARCEL, Die Behandlung missbräuchlicher AGB-Klauseln in der Schweiz und in der EU, Referat anlässlich des Blockseminars im Konsumentenrecht vom 5./6. Juni 1998 an der Universität Bern (m.w.H., insbesondere auch das Literaturverzeichnis).

¹²¹ Vgl. auch das BG vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG), SR 221.214.1.

¹²² Vgl. auch 7.1.2A)a)

¹²³ SCHWENZER, OR AT, N 4.06 ff.

¹²⁴ Z.B. dadurch, dass der Alleinvertriebshändler, der vertraglich dazu verpflichtet ist, keine Produkte an dritte Händler zu liefern, dies dennoch tut. Dies ist z.B. wichtig bezüglich der Parallelimporte, weil diese meist nur möglich sind, wenn ein ausländischer Händler seinen Vertrag bricht.

- **Art. 4 lit. b UWG**

Bestechen fremder Arbeitnehmer oder Hilfspersonen. Vgl. SMI 1960, 187.¹²⁵

- **Art. 4 lit. d UWG**

Unlauter handelt, wer einen Konsumenten, der einen Abzahlungs-, einen Vorauszahlungskauf oder einen Konsumkredit abgeschlossen hat, dazu veranlasst [!] den Vertrag regulär [!] zu beenden und zum Veranlasser dieser Aktion zu wechseln.

e) **Verwertung fremder Leistung (Leistungsschutz, Art. 5 UWG)**

Diese Bestimmungen stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen den Immaterialgüterrechten und dem Grundsatz, dass nicht geschützte Marken, Modelle, Erfindungen oder Werk usw. frei verwendet werden dürfen.

Als unlauter gilt es aber, die Leistung, ein fertiges Arbeitsergebnis eines andern einfach zu übernehmen und gewerblich zu nutzen, ohne eigenen Aufwand.

- **Art. 5 lit. a und b UWG**

Diese Bestimmungen sanktionieren die Übernahme (selbständig oder durch Dritte) von Plänen, Berechnungen, komplexen Offerten usw.

BGE 77 II 263; BGE 90 II 51; BGE 113 II 319.

- **Art. 5 lit. c UWG**

Art. 5 lit. c UWG will das reine „Abkupfern“ von Arbeitsergebnissen anderer verhindern. Die Voraussetzungen, damit der Tatbestand erfüllt ist, sind: das Vorliegen eines marktreifen Arbeitsergebnisses, die vollständige Übernahme, die Reproduktion durch technische Verfahren (nicht also: eigenhändiges Abschreiben eines Buches, Nachspiele eines Musikstückes) und keinen angemessenen eigenen Leistungsaufwand.

SMI 1984, 275; SMI 1983, 76; BGE 90 II 51; SMI 1980, 55.

f) **Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 4 lit. c und 6 UWG)**

Art. 4 lit. c UWG betrifft die Art des Auskundschaftens eines Geheimnisses und Art. 6 UWG die Art der Verwendung eines solchen auskundschafteten Geheimnisses. Der Geheimnisbegriff des UWG deckt sich mit demjenigen des StGB (Art. 162 StGB)¹²⁶: Nur einem beschränkten Personenkreis zugängliche Tatsachen der technischen Seite der Produktion oder der kaufmännischen oder betriebswirtschaftlichen Bereiche eines Unternehmens, an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Geschäftsherrn besteht und die er tatsächlich geheim halten will.¹²⁷ Ein berechtigtes Interesse besteht wohl dann, wenn die entsprechenden Informationen wirtschaftliche Vorgänge beeinflussen können.

¹²⁵ Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht.

¹²⁶ Vgl. STRATENWERTH, BT I, 21 N 1 ff.

¹²⁷ BGE 80 IV 27: „Gegenstand eines Fabrikationsgeheimnisses ... bilden alle einen Fabrikationsvorgang betreffenden und weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen, an deren Geheimhaltung der den Vorgang Beherrschende ein berechtigtes Interesse hat und die er tatsächlich geheimhalten will.“

Nicht unter diese Bestimmung fallen die Analyse von Stoffen eines andern Anbieters, die frei auf dem Markt erhältlich sind und die Werkspionage selbst.

BGE 23 I 212; BGE 25 II 528; BGE 77 II 263; BGE 88 II 322 („Diamantenschleifmaschine“); ZR¹²⁸ 57, Nr. 6.

g) Missachtung von Arbeitsbedingungen, Lohndumping (Art. 7 UWG)

Unlauter ist die Missachtung gesetzlicher oder branchenüblicher Arbeitsbedingungen, aus der Vorteile für den Missachtenden entstehen. Nicht bezweckt wird hier der Schutz der Arbeitnehmer.

7.1.3 Legitimation und prozessrechtliche Bestimmungen

A) Klageberechtigung

a) Aktivlegitimation (Art. 9 und 10 UWG)

Aktiv zur Klage legitimiert sind alle, die in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt werden. Das können einzelne oder z.B. alle Angehörigen einer Branche sein. Zur Klage legitimiert sind ausserdem Wirtschaftsverbände, Konsumenten, deren Organisationen (soweit sie von regionaler oder gesamtschweizerischer Bedeutung sind) und fallweise der Bund.

BGE 234 [?]; ZR 48, Nr. 1; ZR 51, Nr. 25.

b) Passivlegitimation (Art. 11 UWG)

Geklagt werden kann direkt gegen denjenigen, der nach UWG unlauter handelt oder auch gegen den Geschäftsherrn von unlauter handelnden Arbeitnehmern oder Hilfspersonen (wobei hier für den Geschäftsherrn keine Exkulpation möglich ist).

B) Prozessrechtliche Bestimmungen

a) Klagearten

i) Abwehrklagen

• ***Feststellungsklage***

Wenn eine umstrittene Rechtslage zu klären ist, an deren Klärung ein berechtigtes Interesse besteht, z.B. ob Unlauterkeit vorliegt.

• ***Beseitigungsklage***

• ***Unterlassungsklage***

Die zu unterlassende Handlung ist möglichst genau zu umschreiben, da sonst die Klage keine Wirkung entfalten kann.

BGE 84 II 457; BGE 93 II 259.

¹²⁸ Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

ii) Leistungsklagen

• *Schadenersatz (Art. 41 I OR)*

• *Gewinnherausgabe (nach Art. 419 ff. OR)*

Schadenersatz und Gewinnherausgabe stehen nur alternativ zur Auswahl. Meist ist die Klage auf Gewinnherausgabe von Vorteil, wenn Schaden und Schuld für den Schadenersatz schwer oder nicht zu beweisen sind. Die Gewinnherausgabe kann verschuldensunabhängig gefordert werden.

• *Genugtuung (Art. 49 OR)*

Bei besonders schwerwiegenden Verletzungen, z.B. bei schwerer unnötiger Herabsetzung, kann auch eine Genugtuung geschuldet sein.
SMI 1985, 50.

b) Vorsorgliche Massnahmen

Die vorsorglichen Massnahmen folgen sinngemäss den Art. 28c ff. ZGB. Weil ein Verfahren meist lange dauert, sind sie von besonderer Bedeutung. Die Voraussetzungen sind: glaubhaft machen der Prozessvoraussetzungen und glaubhaft machen eines Schadens, wenn keine Massnahmen ergriffen werden.

c) Gerichtsstand (Art. 12 UWG)

Gerichtsstand ist der Wohnsitz des Beklagten. Steht die Klage im Zusammenhang einer andern zivilrechtlichen Klage, die einen andern Gerichtsstand vorsieht, kann die Klage nach UWG auch an diesem andern Gerichtsstand erhoben werden.

d) Besondere Bestimmungen

• *Art. 13a UWG*

Im Falle von Tatsachenbehauptungen kann der Richter vom Beklagten den Beweis dieser Behauptungen fordern. Dies weil solche Behauptungen von der Gegenseite meist nur schwer widerlegt werden können, da ihnen der Einblick in die Sphäre des Beklagten fehlt.

• *Art. 15 UWG*

Diese Bestimmung will verhindern, dass durch eine Klage aus UWG Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (der Gegenseite) bekannt gemacht werden. Fehlte dieser Schutz, könnten durch unbegründete Klagen solche Geheimnisse ausgekundschaftet werden.

7.1.4 Verwaltungs- und strafrechtliche Bestimmungen

• *Art. 16 – 20 UWG*

Regelung der Preisbekanntgabe.

• *Art. 23 – 27 UWG*

Die Bestrafung nach UWG erfolgt nur auf Antrag. Dieser Bestimmungen sind wenig relevant, da Verletzungen aus UWG in den meisten Fällen auf dem Zivilweg

geltend gemacht werden, weil daran ein grösseres Interesse besteht (Schadenersatz, Gewinnherausgabe usf.).

7.2 Schweizerisches Kartellrecht

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 971-1184.

7.2.1 Gegenstand

A) Zweck

Das Kartellgesetz bezweckt, die volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Die vom Gesetz angestrebten Ziele sollen erreicht werden durch das:

- Verbot unzulässiger Wettbewerbsabreden (Art. 5 f. KG);
- Verbot unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 f. KG) und die;
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 ff. KG).

B) Geltungsbereich

a) Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich (Art. 2 I KG)

- *Persönlicher Geltungsbereich*

Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen¹²⁹ Rechts, d.h. für alle, die eine selbständige, dauerhafte Tätigkeit im Wirtschaftsprozess ausüben (z.B. Vertrieb von Waren und Dienstleistungen). Die Rechtsform spielt keine Rolle. Privatpersonen dagegen unterstehen dem Gesetz nicht.

- *Sachlicher Geltungsbereich*

Unter das Gesetz fallen alle diejenigen Unternehmen, die Kartell- oder Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

b) Örtlicher Geltungsbereich (Art. 2 II KG)

Das Gesetz ist auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken.¹³⁰ D.h. auch, dass Abreden, Kartelle usf., die sich nicht in der Schweiz auswirken, auch wenn sie in der Schweiz vereinbart worden sind, nicht in den Geltungsbereich des KG fallen, sondern unter die Wettbewerbsordnungen derjenigen Staaten, in denen sie sich auswirken.

¹²⁹ Die SBB, Die Post, Kantonalbanken usf.

¹³⁰ Auf den Wettbewerb in der Schweiz wirkt sich z.B. aus, eine Abrede zwischen VW Deutschland und deren italienischen Abnehmern, keine Wagen an Schweizer zu verkaufen, damit diese die Wagen teurer in der Schweiz kaufen müssen.

c) Die Wirkung der Unterstellung unter das KG

Fällt ein Sachverhalt unter das KG, muss von der Wettbewerbskommission untersucht werden, ob dieser zulässig ist, oder ob es sich um eine unzulässige Verhaltensweise handelt.

C) Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

a) Ausschluss des Wettbewerbs durch öffentlich-rechtliche Vorschriften

Wo Vorschriften bestehen, die auf einem bestimmten Markt Wettbewerb gar nicht zulassen, oder wo bestimmte öffentliche Aufgaben (z.B. Gas-, Wasser- oder Energieversorgung) einem einzigen Unternehmen übertragen sind, findet das KG keine Anwendung (Art. 3 I KG).

b) Gesetzgebung über das geistige Eigentum

Ebenso gehen Immaterialgüterrechte dem KG vor, weil es sich hier um vom Staat selbst gewährte Monopolstellungen handelt.¹³¹ Sie gehen dem KG aber nur vor, soweit sie sich aus dem betreffenden Immaterialgütergesetz ergeben. Alle andern Auflagen oder Bedingungen, die ein Rechtsinhaber einem Lizenznehmer stellt (z.B. die Abnahme von Rohstoffen zu bestimmten, evtl. überhöhten Preisen), unterstehen dem KG. Insbesondere auch sog. Nichtangriffsklauseln, d.h. Klauseln, die es dem Lizenznehmer verbieten sollen, ein u.U. nichtiges Patent anzufechten.¹³²

c) Preisüberwachungsgesetz

Die Preisüberwachung ist Teil der Wettbewerbskontrolle. Überhöhte Preise sind oft auch Ausnutzung einer Monopolstellung. Die Wettbewerbskommission kann den Preisüberwacher seine Arbeit tun lassen, oder sie kann ein bestimmtes Verfahren selber durchführen (Art. 3 III KG). Von Bedeutung ist der Preisüberwacher im Bereich der staatlich festgelegten Preise, die er – im Gegensatz zur Wettbewerbskommission – untersuchen kann, da er nicht an Art. 3 I KG gebunden ist.

d) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Vgl. 7.1.1B) Unlauterer Wettbewerb.

e) Binnenmarktgesetz

Das BGBM¹³³ sichert den Wettbewerb innerhalb der Schweiz. Es soll die freie Verfügbarkeit aller Berufe in allen Kantonen gewährleisten und für den Abbau ungerechtfertigter Handelshemmnisse (insbesondere im Submissionswesen) auf kantonaler und regionaler Ebenen sorgen.

¹³¹ Allerdings decken sich z.B. „Patentmonopole“ zumeist nicht mit Monopolen im kartellrechtlichen Sinn. Auch wenn das Patent für eine bestimmte Art von Toastern dem Erfinder eine Monopolstellung für diese Art von Toastern einräumt, so ist der relevante Markt für Toaster doch immer noch viel umfangreicher: er umfasst alle verschiedenen Arten von Toastern.

¹³² Das BGer wertet die Anfechtung eines Lizenznehmers bisher noch als Rechtsmissbrauch (Art. 2 II ZGB). Allerdings stellt wohl vielmehr die Forderung des Lizenzgebers, ein ungültiges Patent zu beachten und dafür Gebühren zu bezahlen, Rechtsmissbrauch dar! Vgl. Lizenzvertrag: 4.2.1G)b) Nichtigkeitsklage.

¹³³ BG vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, SR 943.02.

Die Wettbewerbskommission überwacht die Einhaltung dieses Gesetzes. Sie kann diesbezüglich zwar keine Verfügungen erlassen, doch immerhin Untersuchungen durchführen, Gutachten erstellen und Empfehlungen abgeben.

7.2.2 Unzulässige Wettbewerbsabreden

A) Begriff der Wettbewerbsabrede

Als Wettbewerbsabreden (früher: Kartelle) gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen (Verträge, Statuten von Verbänden oder Vereinen, Verbandsempfehlungen usf.) sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (engl. „conscious parallelsim“: bewusstes Parallelverhalten)^{134, 135} von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 I KG).

Die Voraussetzungen a) – c) müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine Wettbewerbsabrede nach KG vorliegt.

a) Zwei oder mehr Unternehmen

Es müssen zwei oder mehrere Unternehmen an der Abrede beteiligt sein. Abreden zwischen Privaten und einem Unternehmen fallen ausser Betracht.

b) Horizontal- oder Vertikalabreden

- **Horizontalabreden**

Abreden auf gleicher Marktstufe, d.h. zwischen Konkurrenten, z.B. über Preise, Mengen oder Gebietszuteilungen.¹³⁶

- **Vertikalabreden**

Abreden zwischen Produzenten und Abnehmern (z.B. Alleinvertriebsverträge).

c) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Die Abreden müssen Wettbewerbsbeschränkungen entweder bezwecken (d.h. es genügt bereits ein untauglicher Versuch) oder bewirken.

¹³⁴ Dies sind Verhaltensweisen von Marktteilnehmern, die auf einem bestimmten gemeinsamen Wissen beruhen, das den einzelnen an sich nicht zugänglich wäre (z.B. über Preismeldesysteme von Verbänden, die es den Verbandsmitgliedern ermöglichen, ihre Preise aufeinander abzustimmen). Ausser Betracht fallen von aussen erzwungene Verhaltensweisen (z.B. exogene Kostenfaktoren).

¹³⁵ Als bewusstes Parallelverhalten gelten auch sog. Folgeverträge mit Kunden, d.h. Verträge, die unter der Wirkung einer unzulässigen Abrede geschlossen worden sind und auch nach der Aufhebung der Abrede weiter gelten, sodass die Wettbewerbsbehinderung bestehen bleibt. Vgl. auch NZZ vom 4. März 1999, Nr. 52, S. 23: „... In einem weiteren Entscheid hat die Kommission gewisse Wettbewerbsbeschränkungen bei *technischen Gasen* untersagt. ... Vier in diesem Markt tätige Lieferanten ... hatten zwar im November 1996 ihre Abreden über Preise, Gebiete und Kunden aufgehoben. Aber die längerfristigen Lieferverträge mit Kunden – die sogenannten Folgeverträge – blieben weiterhin in Kraft. Im Urteil der Kommission zeitigt die frühere Abrede daher auch heute noch *wettbewerbsverhindernde* Auswirkungen. Die Verträge verletzen somit das Kartellgesetz und sind für die Kunden unverbindlich. Mit der Verfügung ist die Wettbewerbsbehörde zum erstenmal gegen solche Folgeverträge eingeschritten.“

¹³⁶ Früher etwa: Bier-, Zement- und Uhrenkartell.

d) Unerheblichkeit der rechtlichen Grundlage

Unerheblich ist, welche rechtliche Grundlage die Abreden haben, ob sie überhaupt eine rechtlichen Grundlage haben (informelle Abreden), und ob die Abreden rechtlich durchsetzbar sind.

e) Wettbewerbsabreden innerhalb von Konzernen?

Konzerne sind Gesellschaften in denen mehrere selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind (Art. 663e I OR), weshalb logischerweise innerhalb von Konzernen kein Wettbewerb herrschen kann.

Abreden innerhalb von Konzernen fallen deshalb nicht unter das KG. (Insofern übt das KG auf die Unternehmen Druck aus, sich zu Konzernen zusammenzuschliessen. Als Gegengewicht oder Korrektiv tritt die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen neben die eigentliche Kontrolle von Wettbewerbsabreden.)

f) Gemeinschaftsunternehmen (Jointventure) als Wettbewerbsabreden?

Bei sog. Gemeinschaftsunternehmen (Jointventures) ist zu unterscheiden zwischen:

• ***Vollfunktions-Jointventures (Konzentrations-Jointventures)***

Beinhaltet das Jointventures alle Elemente, die ein eigenständiges Unternehmen ausmachen, untersteht es der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und gilt nicht als Wettbewerbsabrede.

• ***Kooperativ-Jointventures***

Wird in ein Jointventure nur ein Teil einer Tätigkeit zweier Unternehmen (z.B. die Produktion) eingebracht, und die weitere Verarbeitung, der Vertrieb und die Vermarktung bleibt bei den ursprünglichen Unternehmen, kann dies als Wettbewerbsabrede gelten, die unter das KG fällt. Insbesondere, wenn zusätzlich andere Vereinbarungen (z.B. über Preise) getroffen werden.

B) Begriff des relevanten Markts

Der relevante Markt umfasst jene Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als gleichartig anzusehen sind (Art. 11 III lit. a VKU¹³⁷, sog. Substituierbarkeit).¹³⁸

Dies ist sowohl in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht zu prüfen.¹³⁹

In der Regel ist um so eher eine Wettbewerbsabrede anzunehmen, je enger ein relevanter Markt ist.

¹³⁷ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4.

¹³⁸ „Was würde man kaufen, wenn man den an sich gewünschten Artikel nicht erhält?“

¹³⁹ Ist z.B. allein der Knäcke Brotmarkt oder der ganze Brotmarkt der relevante Markt für Knäcke Brot? Würde man, wenn die „Sonntagszöpfe“ nicht mehr erhältlich ist, Knäcke Brot kaufen? Würde man Knäcke Brot kaufen, wenn am Freitagabend kein anderes Brot mehr erhältlich ist und man unbedingt irgendein Brot braucht?

C) Begriff des wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 II PüG)

Wirksamer Wettbewerb besteht dann, wenn die Marktteilnehmer sich im Bereich ihrer Waren oder Dienstleistungen bezüglich wesentlicher Wettbewerbsparameter (z.B. Art der Waren und Dienstleistungen, Qualität, Quantität, Preis, Geschäftsbedingungen, Absatzmärkte und Absatzbedingungen, Bezugsquellen, Lieferbereitschaft, freie Beschaffung von Produktionsfaktoren) voneinander unabhängig verhalten können.

Werden einzelne dieser Wettbewerbsparameter z.B. durch Abreden gebunden, dann liegt eine Beschränkung des Wettbewerbs vor, werden alle durch Abreden gebunden, vollständige Beseitigung des Wettbewerbs.

D) Der Grundsatz von Art. 5 KG

Abreden die den Wettbewerb beseitigen („harte“ Kartelle) und Abreden die den Wettbewerb beschränken („weiche“ Kartelle) sind beide grundsätzlich verboten (Art. 5 I KG). „Weiche“ Kartelle können allenfalls durch spezielle Gründe gerechtfertigt und aus diesem Grund zulässig sein (Art. 5 II KG).

E) Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs ("weiche Kartelle")

a) Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs

Vgl. oben. C).

b) Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung

Eine Beschränkung des Wettbewerbs ist dann erheblich, wenn die Handlungsfähigkeit eines Unternehmens so beschränkt wird, dass es sich spürbar auf die Gesamtsituation des Unternehmens auswirkt (sodass z.B. die ganze Geschäftsstrategie überarbeitet werden muss). Dies kann auch nur einen einzelnen Parameter betreffen.

F) Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

a) Allgemeine Voraussetzungen

Abreden sind nur gerechtfertigt, wenn sie eine deutlich spürbare positive Auswirkung haben, welche die negativen Effekte der Beschränkung überwiegt. Ausserdem darf der gleiche positive Effekt nicht durch eine weniger starke Beschränkung ebenfalls erreichbar sein. Und die Abrede darf den Wettbewerb natürlich nicht ganz beseitigen oder die Beseitigung ermöglichen (Art. 5 II lit. b KG).

b) Die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe von Art. 5 II lit. a KG

Die abschliessende Aufzählung von Rechtfertigungsgründen umfasst die Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren, die Entwicklungskooperation und die rationellere Nutzung von Ressourcen (Umweltaspekt).

c) Die Regelung gerechtfertigter Arten von Wettbewerbsabreden in Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen gemäss Art. 6 KG

Diese Bestimmung entspricht den EU-Gruppenfreistellung: vgl. z.B. Art. 81 III EGV und die Verordnungen EGVo 83/83 (Alleinvertriebsvereinbarung) und EGVo 84/83 (Alleinvertriebsbindung).

In Verordnungen (des Bundesrates) können bestimmte Gruppen von Abreden von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgenommen bzw. als Erlaubt bezeichnet werden. Die Wettbewerbskommission kann in Bekanntmachungen anzeigen, welche Abreden sie als unzulässig bzw. welche sie, unter welchen Voraussetzungen, als zulässig erachtet. Diese Bekanntmachungen sind insofern unverbindlich als sie eine Art „vorweggenommener Praxis“ darstellen und die Kommission selbst nicht an sie gebunden ist. Sie stellen für die Unternehmen dennoch wichtige Hinweise dar, die anzeigen, in welche Richtung sich die Praxis der Wettbewerbskommission etwa bewegen wird.

Nach einer Bekanntmachung der Wettbewerbskommission sind Kostenvorgaben von Gewerbeverbänden verboten, nicht aber die leeren Kostenschemen. Oder verboten werden soll die bezahlte Zertifizierung von Sportartikeln (z.B. von Tennisbällen) durch die entsprechenden Sportverbände.

G) Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ("harte Kartelle")

a) Die Unzulässigkeit von wettbewerbsbeseitigenden Wettbewerbsabreden

Die vollständige Beseitigung von Wettbewerb ist immer unzulässig. Vollständige Beseitigung liegt dann vor, wenn alle relevanten Wettbewerbsparameter festgelegt sind, d.h. wenn sich die Marktteilnehmer im Markt nicht mehr unabhängig voneinander verhalten können.

Wichtig ist aber nicht allein der Innenwettbewerb, sondern insbesondere auch der Außenwettbewerb, d.h. die Möglichkeit des freien Markteintritts für neue Mitbewerber.¹⁴⁰

b) Die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung

In gewissen Fällen von horizontalen Absprachen vermutet das Gesetz *a priori* die Wettbewerbsbeseitigung.

i) *Preisabsprachen*

Bei Preisen und den zugehörigen Konditionen, soweit diese sich in Geld ausdrücken lassen. (Darunter fallen auch befolgte Preisempfehlungen.)

ii) *Mengenabsprachen*

Beispielsweise gemeinsame Beschränkungen der Mengen durch Stilllegen von Anlagen oder Drosseln der Produktion, um die Preise in die Höhe zu treiben. Oder der Gruppenboykott, d.h. keine Lieferung an einen bestimmten Abnehmer.

iii) *Gebietsabsprachen*

Zuteilen von Gebieten oder bestimmten Abnehmern.

¹⁴⁰ Absprachen, welche die Preise in die Höhe treiben, sind insofern für Neueinsteiger eine gute Chance. Das Kartell wird dann durch die tieferen Preise der neuen Konkurrenz bezwungen. So lange der Marktzutritt möglich ist und keine anderen Hemmnisse bestehen (z.B. hohe Anfangsinvestitionen).

- c) **Folgen der Vermutung**
- i) **Die Wiederlegbarkeit der Vermutung**
- ii) **Im Zivilverfahren**
- iii) **Im Verwaltungsverfahren**

H) Zivilrechtliche Gültigkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden

In der Schweiz – im Gegensatz zur EU – ist die Widerrechtlichkeit nicht von vornherein festgestellt, sondern sie ergibt sich erst durch eine entsprechende Feststellung der Wettbewerbskommission. Liegt Widerrechtlichkeit vor, ist ein Vertrag ebenso *ex tunc* nichtig. Ein Entscheid des BGer darüber liegt allerdings noch nicht vor. Vgl. auch: Anhang: Gültigkeit unzulässiger Abreden.

D) Schematische Darstellung

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 1064.

7.2.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

A) Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

Nach Art. 4 II KG sind marktbeherrschend Unternehmen solche, die einzeln oder zu mehreren (d.h. als Konzern) auf einem Markt, als Anbieter oder Nachfrager (d.h. horizontal oder vertikal), in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Insbesondere zeigt sich das beim Festlegungen von Preisen: Kann ein Unternehmen unabhängig von seiner Konkurrenz oder den Abnehmern die Preise ändern, ohne dass diese ihrerseits ihr Verhalten ändern könnten (z.B. das Produkt weiterhin kaufen müssen)?

Zur Beurteilung bedarf es der Betrachtung der Wettbewerbslandschaft als Ganzes (nicht nur die jeweiligen Marktanteile): Gibt es andere (und wie viele) Wettbewerber, sind diese stark oder schwach? Kann sich die Marktgegenseite entsprechend anpassen? Ist der Neueintritt in den Markt leicht möglich? Verfügt das zu beurteilende Unternehmen über eine grosse Finanzkraft? usf.

Die Situation ist eine ganz andere, je nachdem, ob man die Bankenlandschaft betrachtet (wo zwei Grossbanken marktbeherrschend sind) oder den Wettbewerb zwischen verschiedenen Skiliften beurteilt.

B) Die grundsätzliche Zulässigkeit marktbeherrschender Unternehmen

Marktbeherrschende Unternehmen sind grundsätzlich zulässig, solange sie sich an die „Spielregeln“ halten. Ein Unternehmen das nicht „gut“ ist, wäre nicht gross und marktbeherrschend geworden.

C) Die Unzulässigkeit missbräuchlichen Verhaltens

a) Die Generalklausel von Art. 7 I KG

Unzulässig ist das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, die ihre Marktbeherrschung ausnützen, um ohne sachlichen Grund Konkurrenten zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen.

Ein solches Verhalten ist dann zulässig, wenn betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Gründe dafür vorhanden sind, d.h. wenn die Benachteiligung oder Behinderung auf betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und diesbezüglich legitimen Geschäftsinteressen beruhen.

b) Unzulässige Verhaltensweisen im Einzelnen

i) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 II lit. a KG)

Wenn z.B. Denner nicht mit Bier der Kartellmitglieder beliefert wird.

Eine Verweigerung der Geschäftsbeziehung ist dann gerechtfertigt, wenn der Grund z.B. in der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Abnehmers liegt, oder wenn der Vertrag mit bestimmten Abnehmern seiner Natur nach andere Abnehmer ausschliesst (z.B. Alleinvertriebsvertrag, Exklusivlizenzen, Franchising).

ii) Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 II lit. b KG)

Gerechtfertigt sind z.B. Mengenrabatte, weil die Produktionskosten bei höheren Mengen sinken. Nicht zulässig hingegen sind Treuerabatte, die ohne Rücksicht auf die Menge gewährt werden, weil ein Abnehmer von keinem andern Anbieter Waren bezieht.

iii) Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (Art. 7 II lit. c KG)

Beispielsweise von Denner erzwungene Rabatte bei der Trattoria, weil Denner 80% ihrer Produkte absetzte und somit ernsthaft damit drohen konnte, bei Nichtgewährung der Rabatte alle Trattoria-Produkte aus dem Sortiment zu nehmen.

iv) Unterbieten von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 II lit. d KG)

Unzulässig ist das Unterbieten von Preisen, um andere aus dem Markt zu drängen oder erst gar nicht auf den Markt kommen zu lassen, sofern die tiefen Preise sich nicht z.B. durch tiefe Produktionskosten usf. erklären lassen oder gar unter den eigenen Kosten liegen.

v) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 II lit. e KG)

vi) Koppelungsverträge (Art. 7 II lit. f KG)

Unzulässig sind Verträge, die einen Abnehmer, der das Produkt A kaufen möchte, dazu zwingen, gleichzeitig auch das Produkt B zu kaufen.

Dies ist allein dann zulässig, wenn das Produkt A zwingend auch das Produkt B erfordert (z.B. erfordert eine Lizenz zur Herstellung von Ovo-Glace auch die Abnahme von Ovo-Pulver, weil Ovo-Glace nicht gut mit Nesquick zubereitet werden kann!).

D) Schematische Darstellung

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 1093.

7.2.4 Unternehmenszusammenschlüsse

A) Zweck der gesetzlichen Regelung von Unternehmenszusammenschlüssen

Weil das KG in seinen übrigen Teilen grossen Druck auf die Unternehmen ausübt, Konzerne zu bilden, stellt die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ein Gegengewicht dazu dar.

Diese Kontrolle richtet sich aber nicht gegen die Grösse als solche, sondern allein auf bestimmte Arten und Weisen, wie diese Grösse zustanden kommen kann. Endogenes Wachstum (d.h. Wachstum von innen) fällt nie unter diese Kontrolle, nur das Wachstum aufgrund des Ankaufes anderer Unternehmen.

Da KG kontrolliert in diesem Bereich kein Verhalten, sondern die Struktur des Unternehmenszusammenschlusses.

B) Begriff des Unternehmenszusammenschlusses

a) Fusion

Eine Fusion ist die Verschmelzung von zwei oder mehreren bisher voneinander unabhängigen Unternehmen. Zu unterscheiden sind die Absorption (ein Unternehmen „schluckt“ das andere), die Kombination (zwei oder mehrere Unternehmen bringen sich in ein neu gegründetes Unternehmen ein, z.B. Ciba und Sandoz in Novartis), die Quasifusion (ein Unternehmen erwirbt sämtliche Aktien eines andern, allfällige spätere Verschmelzung) und die unechte Fusion (Übernahme eines bisher von einer andern Gesellschaft geführten Unternehmens mit Aktiven und Passiven).

b) Kontrollerwerb (Art. 4 III lit. a KG; Art. 1 VKU)

Unter die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen fällt auch die Kontrollübernahme, d.h. der Erwerb einer Beteiligung an einer bestimmten Unternehmung, die dem Erwerber massgeblichen Einfluss verschafft. Wie hoch die erforderliche Beteiligung ist, muss sich im Einzelfall aus allen Nebenumständen ergeben. Ohne weiteres ergibt sich der massgebliche Einfluss, wenn die Beteiligung über 50% liegt.

In den übrigen Fällen kommt es auf den Einfluss in den Organen, auf wirtschaftlichen Abhängigkeiten und andere Rechte und Verträge usf. an.

c) Gemeinschaftsunternehmen (Art. 2 VKU; GU, Jointventures)

Unter die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen fallen nur die sog. Vollfunktions-Jointventures (vgl. oben 7.2.2A)f), d.h. wenn die gründenden Unternehmen im betreffenden Gebiet ihre Tätigkeit ganz aufgeben.

C) Meldepflichtige Zusammenschlussvorhaben (Aufgreifkriterien)

Geplante Zusammenschlüsse müssen der Wettbewerbskommission im Voraus gemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen (allein und zusammen) gewisse Bedingungen erfüllen (Art. 9 KG, Art. 11 VKU). Der Zusammenschluss (Verfügungsgeschäft) darf erst vollzogen werden, wenn die Erlaubnis der Kommission vorliegt. Fusionsverträge und die Zustimmung der Aktionäre (Verpflichtungsgeschäft) können aber schon vorher geschlossen bzw. eingeholt werden.

D) Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben (Art. 10 KG, Eingreifkriterien)

In einer ersten Phase wird innerhalb von 30 Tagen, in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 I KG), nach Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gesucht. Ergeben sich keine solchen Anhaltspunkte, kann der Zusammenschluss vollzogen werden.

Andernfalls wird in der Folge die eigentliche Prüfung eingeleitet (Art. 33 KG). Ergibt sich aus dieser Prüfung das Bestehen der Gefahr, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 II lit. a), und dass durch den Zusammenschluss in einem andern Markt keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse stattfindet, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt¹⁴¹ (Art. 10 II lit. b), kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder unter Auflagen genehmigen.

Bei der Beurteilung hat die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung und die Stellung der beteiligten Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen (Art. 10 IV KG).

Für Zusammenschlüsse von Banken, die aus Gründen des Gläubigerschutzes nötig erscheinen, kann die EBK¹⁴² anstelle der Wettbewerbskommission die Genehmigung erteilen (Art. 10 III KG).

E) Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

Auch wenn die Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss untersagt, kann der Bundesrat diesen aus Gründen überwiegender öffentlicher Interessen dennoch befristet genehmigen (Art. 11 und 31 III, IV KG).

Mit dem Gesuch um die ausnahmsweise Zulassung kann jederzeit während des dem Entscheid folgenden Verfahrens an den Bundesrat gelangt werden (Art. 31 I, II KG).

Diese ausnahmsweise Zulassung bedeutet einen Einbruch in das System des KG. Sie sollte deshalb, wenn das KG nicht zur Gänze ausgehebelt werden soll, nur als absolute Ausnahme angewendet werden.

¹⁴¹ Ein angenommener Zusammenschluss von z.B. Cablecom und Global One könnte oder müsste deshalb bewilligt werden, weil diese Unternehmen dann zwar eine überaus marktbeherrschende Stellung im Bereich des Kabelfernsehens hätten, aber auf der andern Seite als Alternative zum Telefonfestnetz der Swisscom dastünden.

¹⁴² Eidgenössische Bankenkommission.

7.2.5 Verfahren

Das KG beinhaltet nur noch wenig zivilrechtliche Elemente, die Verfahren beruhen zur Hauptsache auf verwaltungsrechtlicher Basis.

A) Verwaltungsrechtliches Verfahren

a) Wettbewerbsbehörden (Art. 18-25 KG, Art. 1 ff. GRWK¹⁴³)

i) *Wettbewerbskommission (Art. 18 KG, Art. 4, 16 ff. GRWK)*

Die Wettbewerbskommission besteht aus 11 – 15 Mitgliedern¹⁴⁴ und erlässt alle Entschiede und Verfügungen, die nicht ausdrücklich einem andern Organ zugewiesen sind. Sie entscheidet Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 6 GRWK) betreffend des KG, des BGBM und des PüG.

Die Wettbewerbskommission gibt zudem Empfehlungen (Art. 45 II KG) und Stellungnahmen in Vernehmlassungsverfahren (Art. 46 KG) ab und verfasst Gutachten¹⁴⁵ für andere Behörden (Art. 47 KG).

ii) *Kammern (Art. 5 GRWK)*

Die Wettbewerbskommission teilt sich in drei Kammern zu je fünf Mitgliedern. Die Kammer verfügen – ausser im Falle von Praxisänderungen und Präjudizien – selbständig.

Die Kammern betreuen je ein bestimmtes Gebiet: Produktmärkte, Dienstleistungen und Infrastruktur (u.a. Netze).

iii) *Präsidium (Art. 7 f. GRWK)*

Das Präsidium setzt sich aus den drei Präsidenten der Kammern zusammen. Einer von ihnen ist jeweils auch Präsident der Wettbewerbskommission.

iv) *Sekretariat (Art. 23 f. KG, Art. 3, 12 ff. GRWK)*

v) *Rekurskommission (Art. 44 KG)*

b) Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁴⁶ (Art. 39 KG)

c) Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 26-31 KG)

i) *Parteien und Beteiligte*

ii) *Vorabklärung (Art. 26 KG)*

Das Sekretariat kann in eigener Regie unklare Tatsachen abklären. Die geschieht im Rahmen eines informellen Verfahrens ohne Akteneinsicht für die Betroffenen.

¹⁴³ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission, SR 251.1.

¹⁴⁴ Die Mitglieder der Kommission werden vom Bundesrat ernannt.

¹⁴⁵ Stundenansatz: Fr. 130.-.

¹⁴⁶ BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG), SR 172.021.

iii) Untersuchung (Art. 27-28 KG)

Finden sich entsprechende Anhaltspunkte, welche die Eröffnung eines Verfahrens rechtfertigen, wird die Untersuchung mit Zustimmung eines Mitgliedes des Präsidiums eröffnet. Dies wird im SHAB veröffentlicht.

iv) Vorsorgliche Massnahmen (Art. 17 KG)

v) Einvernehmliche Regelung (Art. 29 KG)

vi) Entscheid (Art. 30 KG)

vii) Verfahren der Ausnahmegenehmigung (Art. 31 KG)

d) Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 32-38 KG)

i) Parteien und Beteiligte

ii) Einleitung des Prüfungsverfahrens (Art. 32 KG)

iii) Prüfungsverfahren (Art. 33 KG)

iv) Prüfung von Zusammenschlüssen bei Banken

v) Verfahren der Ausnahmegenehmigung (Art. 36 KG)

vi) Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs (Art. 37-38 KG)

Werden untersagte Zusammenschlüsse vollzogen oder vollzogene Zusammenschlüsse untersagt, kann die Wettbewerbskommission die Rückgängigmachung oder die Aufteilung des Unternehmens verfügen.

B) Zivilrechtliches Verfahren (Art. 12 ff. KG)

Da die Wettbewerbskommission von Amtes wegen tätig wird, besteht ein grösseres Interesse an einem Zivilverfahren nur in folgenden Fällen:

- **Vorsorgliche Massnahmen**
- **Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe**
Dafür ist allein der Zivilrichter zuständig.
- **Schadenersatzprozess aus Vertragsverletzung**

Wer wegen Vertragsverletzung eingeklagt wird, kann u.U. einwenden, der Vertrag sei nichtig, weil es gegen das KG verstosse. Der Richter kann ein Gutachten der Wettbewerbskommission einholen.

7.2.6 Sanktionen

A) Strafsanktionen (Art. 54-57 KG)

Die Wettbewerbskommission (!) verhängt auch die Strafsanktionen. Mit Strafsanktionen können nur natürliche Personen belegt werden, d.h. die Organe der jeweiligen Unternehmen.

B) Verwaltungssanktionen (Art. 50 ff. KG)

Da Strafsanktionen nur gegen natürliche Personen verhängt werden können, sieht das KG zusätzlich verwaltungsrechtliche Sanktionen vor, die auch gegen juristische Personen verhängt werden können.

Diese Sanktionen können das dreifache des durch den Verstoss erzielten Gewinnes oder – wenn kein Gewinn feststellbar ist – bis zu 10% des letzten Jahresumsatzes betragen.

7.3 Europäisches Kartellrecht

PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 1185-1272.

7.3.1 Grundzüge und örtlicher Geltungsbereich

A) Grundzüge

Das Kartellrecht der Europäischen Union stützt sich auf die Art. 81 und 82 EGV¹⁴⁷, die Fusionskontrollverordnung und (für die Verfahrensvorschriften) auf die Verordnung EGVo 17/62.

¹⁴⁷ **Art. 81 [Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen]** (1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüssen sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

In den Grundzügen sind sich die Regeln des schweizerischen und des europäischen Kartellrechts sehr ähnlich, da der Schweizer Gesetzgeber sich an das europäische Recht zum Vorbild genommen hat.

Im Gegensatz zum schweizerischen ist das europäische Kartellrecht Verbotrecht und nicht Missbrauchsgesetzgebung. Im Ergebnis sind sich die beiden Erlasse jedoch ziemlich ähnlich, da auch in der Europäischen Union über die Möglichkeit der Freistellung (Art. 81 III EGV) Ausnahmen vom Verbot gemacht werden können.

B) Örtlicher Geltungsbereich

Das europäische Wettbewerbsrecht ist auf alle Handlungen innerhalb der EU anwendbar, und auf alle Handlungen ausserhalb der EU, die sich innerhalb auswirken (Auswirkungsprinzip).

7.3.2 Verbot von Wettbewerbsabreden

A) Das Kartellverbot von Art. 81 EGV

a) Unternehmen als Normadressat

Wie im schweizerischen Recht sind nur Unternehmen (und Unternehmensverbände ? Konzerne) und nicht Private Adressaten des Kartellrechts. Handlungen von einzelnen Unternehmen, die einem Konzern angehören, werden diesem direkt zugerechnet.

b) Vereinbarung, Beschluss, abgestimmte Verhaltensweise

Vgl. die Ausführungen zum KG: 7.2.2A).

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Art. 82 [Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung] (1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

c) Relevanter Markt

Vgl. die Ausführungen zum KG: 7.2.2B).

d) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Verhinderung meint dasselbe wie die Beseitigung für das schweizerische Recht, die Einschränkung entspricht der Beschränkung, während der Begriff der Verfälschung keine Entsprechung findet. Die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung kann sich auf die Wettbewerbsbeziehungen unter Konkurrenten beziehen oder auf die Beziehung zur Marktgegenseite.

Der EGV nennt in Art. 81 I lit. a–e einige nicht abschliessend zu verstehende Beispiele.

e) Bezwecken oder Bewirken

Vgl. die Ausführungen zum KG: 7.2.2A)c)

f) Zwischenstaatlicher Handel

Die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung muss den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der EU betreffen, andernfalls ist das jeweilige nationale Wettbewerbsrecht anwendbar. Es handelt sich also um eine kollisionsrechtliche Bestimmung.

g) Spürbarkeit

Die Spürbarkeit meint eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs. Da auch diese Umschreibung relativ unbestimmt ist, hat die Kommission die sog. „Bagatellbekanntmachung“¹⁴⁸ erlassen, in der als Grenze der Relevanz bei horizontalen Abreden ein Marktanteil von 5% und bei vertikalen Abreden ein Marktanteil von 10% festgelegt werden.

h) Einzeltatbestände (Art. 81 I lit. a–e EGV)

B) Rechtsfolgen bei Verstössen

a) Zivilrechtlich

Nach Art. 81 II EGV sind nach Wettbewerbsrecht verbotene Vereinbarungen oder Beschlüsse ohne weiteres nichtig.

In der Schweiz ist die Widerrechtlichkeit nicht von vornherein festgestellt, sondern sie ergibt sich erst durch eine entsprechende Feststellung der Wettbewerbskommission. Liegt Widerrechtlichkeit vor, ist ein Vertrag ebenso *ex tunc* nichtig. Ein Entscheid des BGer darüber liegt allerdings noch nicht vor. Vgl. Anhang: Gültigkeit unzulässiger Abreden.

b) Verwaltungsrechtlich

Anders als in der Schweiz verhängt die europäische Kommission ohne Vorwarnung Geldbussen bis zu 10% des letzten Umsatzes. Für den Fall der Nichtbeachtung einer Verfügung der Kommission können auch Zwangsgelder verhängen werden, d.h. ein Betrag, der mit jedem weiteren Tag um einen entsprechenden Betrag grösser wird.

¹⁴⁸ Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die nicht relevanten Wettbewerbsbeschränkungen.

C) Freistellung

a) Allgemeine Voraussetzungen für eine Freistellung

b) Einzelfreistellung

Die Einzelfreistellung kann auf Antrag einer oder mehrerer Parteien gewährt werden. Da die Anträge an die Kommission ungeahnte Ausmasse annahmen, hat diese begonnen „comfort letters“ auszustellen, d.h. informelle Verwaltungsschreiben, welche keine eigentliche Freistellung bewirken und weder die nationalen Behörden noch die nationale Gerichte binden und auch nicht vom Gerichtshof erster Instanz überprüft werden können. Die Anmeldung schützt aber vor Sanktionen.¹⁴⁹

c) Gruppenfreistellung

Ebenfalls um das Verfahren der Einzelfreistellung zu entlasten, hat die Kommission ganze Gruppen von Verträgen (oder Branchen), die bestimmte Bedingungen erfüllen, in Verordnungen freigestellt (z.B. Alleinvertriebsverträge, Franchise-Verträge, Technologietransferverträge).

Die Kommission hat dafür bestimmte Klauseln als generell zulässig (weisse Liste), als bestimmt unzulässig (schwarze Liste) und andere als fallweise zulässig (graue Liste) erklärt.

7.3.3 Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen

A) Die beherrschende Stellung

Vgl. die Ausführungen zum KG: 7.2.3A).

B) Die missbräuchliche Ausnutzung gemäss Art. 82 EGV

Vgl. die Ausführungen zum KG: 7.2.3C).

C) Die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Kollisionsrechtliche Bestimmung.

D) Rechtsfolgen

a) Zivilrechtlich

Da die Gegenpartei ein Interesse am nicht missbräuchlichen Verhalten hat, kann ein sich missbräuchlich verhaltendes Unternehmen z.B. gezwungen werden, einen Vertrag mit der Gegenseite zu marktüblichen Bedingungen zu schliessen (Kontrahierungszwang).

Im Übrigen stehen ebenso die Ansprüche auf Schadenersatz, aus Bereicherung und auf Gewinnherausgabe zur Verfügung.

b) Verwaltungsrechtlich

Vgl. oben: 7.3.2B)b).

¹⁴⁹ Die „comfort letters“ sind nicht zu verwechseln mit den Negativattesten („Persilschein“), d.h. der Feststellung der Kommission, dass kein Verstoß gegen Art. 81 I EGV vorliegt.

7.3.4 Die Fusionskontrolle

A) Begriff

Vgl. oben: 7.2.4 Unternehmenszusammenschlüsse.

B) Meldung von Zusammenschlussvorhaben (Aufgreifkriterien)

Die Fusionskontrolle der Europäischen Union findet nur auf Grosszusammenschlüsse Anwendung, d.h. der Zusammenschluss muss folgende Bedingungen kumulativ erfüllen: Der Umsatz der beteiligten Unternehmen muss weltweit mehr als 5 Mia. Euro betragen, in der EU selbst müssen mindestens zwei der beteiligten Unternehmen mehr als 250 Mio. Euro aufweisen und es dürfen nicht mehr als zwei Drittel des gemeinsamen Umsatzes in einem einzelnen EU-Land gemacht werden (sonst sind die nationalen Gesetze anzuwenden).

C) Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben (Eingreifkriterien)

Die Voraussetzung einer Untersagung des Zusammenschlusses nach Art. 2 III FKV¹⁵⁰ ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb in der EU oder einem Teil der EU erheblich behindert würde.

Die Eingreifschwelle ist in der Schweiz wesentlich höher (vgl. Art. 10 II lit. a KG), wenn auch auf einem tieferen Aufgreifniveau. Ausserdem kann in der Schweiz ein Zusammenschluss aus Gründen der Vorteile in einem andern Markt genehmigt werden (Art. 10 II lit. b KG). Das Schweizer Recht ist demnach das mildere.¹⁵¹

D) Verfahren

Anders als in der Schweiz sind Unternehmen in der EU zur Anmeldung verpflichtet. Und zwar innerhalb einer Woche nach der entsprechenden Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen. Der Vollzug ist während einer Woche vor und 3 Wochen nach der Anmeldung untersagt (was den 30 Tagen in der Schweiz entspricht¹⁵²).

E) Rechtsfolgen bei Verstössen

Bussen in Höhe von 1'000-50'000 Euro, wenn die Anmeldung einer Fusion unterlassen wird, unrichtige oder entstellte Angaben gemacht werden, Auskünfte unrichtig oder nicht innerhalb der gesetzten Frist erteilt werden oder bei Nachprüfung die angeforderten Bücher oder sonstigen Geschäftsunterlagen nicht vollständig vorgelegt werden bzw. eine Nachprüfung nicht geduldet wird.

Die Geldbusse kann sogar bis zu 10% des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes betragen, wenn ein Zusammenschluss unter Missachtung eines Entscheides der Kommission oder entgegen einer von ihr erteilten Auflage vollzogen oder eine von der Kommission angeordnete Massnahme nicht durchgeführt wird.

¹⁵⁰ Fusionskontrollverordnung der Europäischen Union.

¹⁵¹ Dennoch sind in der EU auf 1080 Zusammenschlüsse bloss 4 untersagt worden. In der Schweiz von 27 bereits einer!

¹⁵² Die Anmeldung in der Schweiz ist sowohl bezüglich der Fristen als auch der Anmeldeunterlagen mit der EU kompatibel.

finis operis, © by mk. WS 98/99

Rivella trotz Denners apiella (BGE 126 III 315)

"Die Vermarktung des als Konkurrenzprodukt zu Rivella lancierten Milchserumgetränks apiella durch Denner AG ist [...]" vom Bundesgericht untersagt worden. Aufgrund der 'evidenten Verwechslungsgefahr' verstosse die Benutzung der Bezeichnung apiella gegen das Markenrecht und gegen das UWG. "[...] Der durch Klang und Schriftbild geprägte Gesamteindruck lässt die Verwendung der identischen und bei der Aussprache auf dem ersten Buchstaben betonten Endsilbe 'ella' 'als unzulässig erscheinen'. Unter diesen Umständen ging das Zürcher Handelsgericht sowohl für die reine Wortmarke als auch für die kombinierte Wort/ Bild-Marke 'zutreffend davon aus, dass die Ähnlichkeit der beiden Zeichen zu einer mittelbaren Verwechslungsgefahr führt'. Im übrigen hatte die Denner AG auch selber geltend gemacht, sie habe sich bewusst an Rivella angelehnt, um die Botschaft zu vermitteln, es handle sich um ein Getränk 'wie Rivella'. Genau das aber begründet laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine rechtlich relevante Verwechslungsgefahr, die nicht nur markenrechtlich von Belang ist, sondern überdies auch als unlautere Wettbewerbshandlung zu werten ist (Art. 3 lit. d UWG).'" [...]" Das Bundesgericht ruft in Erinnerung "[...], dass Verwechslungsgefahr selbst dann vorliegen kann, wenn die Konsumenten zwei Markenzeichen zwar durchaus zu unterscheiden vermögen, aber auf Grund der Ähnlichkeit falsche Zusammenhänge vermuten. Dies gilt etwa, wo zu Unrecht auf ein Serienprodukt des gleichen Produzenten geschlossen oder ganz einfach die Botschaft 'gleich gut wie' verstanden wird. Selbst wenn Fehlzurechnungen im eigentlichen Sinn unwahrscheinlich sind, 'besteht die Gefahr, dass die Konsumenten die mit den beiden Marken gekennzeichneten Waren für austauschbar halten und daher, wenn sie in der Masse des Angebots das einmal geschätzte Produkt wiederzufinden suchen, nicht mehr darauf achten, ob sie Waren der einen oder der anderen Marke einkaufen'. Dabei wird das Risiko einer Verwechslung umso grösser, je näher sich die gekennzeichneten Waren sind. Handelt es sich gar um identische Warengattungen wie im beurteilten Fall der beiden Milchserumgetränke, 'ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein besonders strenger Massstab anzulegen' (vgl. BGE 122 III 382). NZZ vom 22.8.2000, Nr. 194, S. 21

Keine Parallelimporte im Patentrecht (BGE 126 III 129)

In Anwendung richterlicher Lueckenfuellung hat das Bundesgericht am 7.12.99 entschieden, dass anders als im Urheber- und im Markenrecht im Patentrecht keine Parallelimporte erlaubt sind, da im Patentrecht der nationale Erschoepfungsgrundsatz gelte und nicht der internationale. Kodak SA, welche in der Schweiz u.a. Einwegkameras vertreibt (und daran ein nationales Patent haelt) hatte gegen Jumbo Markt AG geklagt, die diese Kameras zu einem guenstigeren Preis auf dem britischen Markt eingekauft und in der Schweiz vertrieben hatte. Urteil 4C.24/1999 vom 7.12.99 - schriftliche Urteilsbegruendung noch ausstehend. Siehe auch NZZ vom 8.12.99, Nr. 286, S. 25.

Parallelimporte und geistiges Eigentum

HR I: 6.4.1 C) c): Urheber und Eigentümer des Werkexemplars

Das Skript betont an dieser Stelle zu wenig das grundsätzliche Recht des Eigentümers des Werkexemplars, mit diesem Werkexemplar als Sache nach seinem Belieben zu verfahren. Er kann das Werkexemplar zerstören (Ausnahme, sofern nur ein einziges

Werkexemplar besteht: Art. 15), weiterveräußern oder sonstwie verbreitet werden (Erschöpfungsgrundsatz, Art. 12 I URG). Eine Ausnahme besteht bezüglich der Vermietung von Werkexemplaren (Art. 13 URG).

Von Bedeutung ist der Erschöpfungsgrundsatz insbesondere im Zusammenhang mit Parallelimporten: Einmal verkauft, kann der Inhaber des Urheberrechts das einzelne Werkexemplar nicht mehr weiter verfolgen und über einen Weiterverkauf bestimmen. Sein Recht am Werkexemplar ist erschöpft und zwar weltweit, da die Schweiz der sogenannten "internationalen Erschöpfung" folgt (anders als etwa die EU, wo die Erschöpfung des Rechts nur innerhalb der Union erfolgt). Vgl. dazu BGE 124 III 321, 323 ff., E. 1: "Nach Art. 12 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes (URG; SR 231.1) dürfen Werkexemplare, die der Urheber veräußert oder deren Veräußerung er zugestimmt hat, weiterveräußert oder sonst wie verbreitet werden. Mit der willentlichen Veräußerung der Werkexemplare begibt der Rechtsinhaber sich seines Anspruchs, deren Weiterverbreitung mit urheberrechtlichen Mitteln zu kontrollieren (vgl. BARRELET /EGLOFF, Das neue Urheberrecht, N. 1 zu Art. 12). Wird dieser sogenannte Erschöpfungsgrundsatz national verstanden, gilt das Verbreitungsrecht nur für Werkexemplare als erschöpft, die mit Zustimmung des Rechtsinhabers auf den inländischen Markt gelangt sind; wird er dagegen international verstanden, bewirkt auch die Erstveräußerung im Ausland die Erschöpfung des Verbreitungsrechts, mit der Folge, dass der Rechtsinhaber den Import von im Ausland veräußerten Werkexemplaren in die Schweiz urheberrechtlich nicht verhindern kann." ...333 ff., E.2: "Zusammenfassend ergibt sich, dass nach dem neuen Urheberrecht weiterhin die internationale Erschöpfung gilt. Das Verwertungsrecht des Urhebers ist somit auch für Werkexemplare erschöpft, die mit seiner Zustimmung erstmals im Ausland veräußert worden sind. Die Einfuhr solcher Produkte in die Schweiz kann mit urheberrechtlichen Mitteln nicht unterbunden werden."

(Kommentar vom 6.11.1999 [nicht im Skript])

Anhang: Rechtsquellen des Handelsrechts

Nationale Ebene

Allgemeines Handelsrecht

- ZGB: SR 210, OR: SR 220.
- HRV vom 7.6.1937: SR 221.411.
- Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren vom 15.6.1992: SR 221.302.
- Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18.6.1993 (PrHG): SR 221.112.944.
- Eisenbahngesetz vom 20.12.1957 (EBG): SR 742.101.
- Bundesgesetz vom 20.3.98 über die schweizerischen Bundesbahnen (SBBG): SR 742.31.
- Bundesgesetz vom 4.10.1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr (TG): SR 742.40.
- Postgesetz vom 30.4.1997 (PG): SR 783.0.
- Fernmeldegesetz vom 30.4.97 (FMG): SR 784.10.
- Bundesgesetz vom 30.4.1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG): SR 784.11.
- Bundesgesetz vom 8.11.1934 über die Banken und Sparkassen: SR 952.0.
- Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Anlagefonds (AFG): SR 951.31.
- Bundesgesetz vom 2.4.1908 über den Versicherungsvertrag (VVG): SR 221.229.1.
- Verordnung vom 1.3.1966 über die Aufhebung von Beschränkungen der Vertragsfreiheit in Versicherungsverträgen: SR 221.229.11.
- Bundesgesetz vom 23.6.1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG): SR 961.01.
- Verordnung vom 11.9.1931 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungseinrichtungen (AVO): SR 961.05.

Immaterialgüterrecht

- Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28.8.1992 (MSchG): SR 232.11.
- MSchV vom 23.12.1992: SR 232.111.
- Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren vom 23.12.1971, sog. "Swiss-made-Verordnung": SR 232.119.
- Bundesgesetz zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 5.6.1931 (WSG): SR 232.21.
- Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30.3.1900 (MMG): SR 232.12.

- Verordnung über die gewerblichen Muster und Modelle (MMV) vom 27.7.1900: SR 232.121.
- Entwurf Bundesgesetz über den Schutz von Design (DesG), BBl 2000, S. 2784, «<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2000/2784.pdf>».
- Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25.6.1954 (PatG): SR 232.14.
- Verordnung über die Erfindungspatente (PatV) vom 19.10.1977: SR 232.141.
- Gebührenordnung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 28.4.1997 (IGE-GebO): SR 232.148.
- Bundesgesetz über den Schutz von Pflanzenzüchtungen vom 20.3.1975 (Sortenschutzgesetz): SR 232.16.
- Sortenschutzverordnung vom 11.5.1977: SR 232.161.
- Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9.10.1992 (URG): SR 231.1.
- Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen vom 9.10.1992 (ToG): SR 231.2.

Wettbewerbsrecht

- Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (UWG): SR 241.
- Preisüberwachungsgesetz vom 20.12.1985 (PüG): SR 942.20.
- Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11.12.1978 (PBV): SR 942.211.
- Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) vom 6.10.1995: SR 251.
- Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU); SR 251.4.
- Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996: SR 251.1.
- Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung) vom 25. Februar 1998: SR 251.2.
- BG über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995: SR 943.02
- BG über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995: SR 946.51.
- BG über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968: SR 172.021.
- BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG) vom 16. Dezember 1943: SR 173.110.
- Bekanntmachung „Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln“ vom 15. Dezember 1997, abgedruckt in RPW 1998/1, S. 156 ff. «<http://www.wettbewerbskommission.ch/site/g/praxis/rpw.Par.0003.Pic0.pdf>».
- Bekanntmachung „Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Voraussetzungen von Kalkulationshilfen“ vom 4. Mai 1998, abgedruckt in RPW 1998/2, S. 441 ff. «<http://www.wettbewerbskommission.ch/site/g/praxis/rpw.Par.0003.Pic1.pdf>»

Internationale Ebene

Allgemeines Handelsrecht

- Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.4.1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG, "Wiener Kaufrecht"): SR 0.221.211.1; Geltungsbereich Stand am 15.3.1995 (AS 1995, 1215).
- Abkommen vom 12.10.1929 zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (mit Zusatzprotokollen): SR 0.748.410.
- Übereinkommen vom 9.5.1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF): SR 0.742.403.1.
- Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandels-Assoziation vom 4.1.1960 (EFTA): SR 0.632.31.

Wertpapierrecht

- Abkommen vom 7.6.1930 über das Einheitliche Wechselgesetz: SR 0.221.554.1.
- Abkommen vom 19.3.1931 über das Einheitliche Checkgesetz: SR 0.221.555.1 (sog. Genfer Abkommen).

Immaterialgüterrecht

- Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, abgeschlossen in Marrakesch am 15. April 1994: SR 0.632.20.
- Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20.3.1883 (PVÜ); revidiert am 14.7.1967: SR 0.232.01 - 0.232.04.
- Welturheberrechts-Abkommen vom 6.9.1952 (WUA): SR 0.231.0; revidiert am 24.7.1971: SR 0.231.01.
- Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 13.11.1908 (RBUE). Revidiert am 24.7.1971: SR 0.231.120.231.15.
- Internationales Abkommen vom 26.10.1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abkommen): SR 0.231.171.
- Übereinkommen zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger vom 29. Oktober 1971 (Genfer Übereinkommen): SR 0.231.172.
- Madrider Abkommen über die Unterdrückung falscher oder irreführender Herkunftsangaben auf Waren vom 14.4.1891: SR 0.232.111.11 - 0.232.111.13; revidiert am 31.10.1958.
- Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken vom 14.4.1891; revidiert am 14.7.1967 (MMA): SR 0.232.112.2 und 0.232.112.3.
- Protokoll zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken vom 28. Juni 1989 (MMP): SR 0.232.112.4.

- Abkommen von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15.6.1957; revidiert am 14.7.1967: SR 0.232.112.8.
- Markenrechtsvertrag vom 27. Oktober 1994 (TLT): SR 0.232.112.1.
- Haager Abkommen über die internationale Hinterlegung gewerblicher Muster und Modelle vom 6.11.1925; revidiert am 28.11.1960: SR 0.232.121.1 und 0.232.121.2.
- Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens vom 19.6.1970 (PCT): SR 0.232.141.1.
- Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente vom 5.10.1973 (EPÜ): SR 0.232.141.2.
- Internationales Übereinkommen zum Schutz von Pflanzenzüchtungen vom 2.12.1961; revidiert am 10.11.1972 und am 23.10.1978: SR 0.232.162.

Supranationale Quellen

- Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (EGV); konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997.
- Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages.
- Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKV); geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997
- Gruppenfreistellungsverordnungen (ohne Verkehrspolitik):
 - Verordnung (EG) Nr. 240/96 der Kommission vom 31.1.1996 zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von *Technologietransfervereinbarungen*, ABl. 1996 Nr. L31/2.
 - Verordnung ((EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Art. 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von *Spezialisierungsvereinbarungen*, ABl. 2000 Nr. L 304/3.
 - Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von *Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung*, ABl. 2000 Nr. L 04/7.
 - Verordnung (EG) Nr. 1475/95 der Kommission vom 28. Juni 1995 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von *Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge*, ABl. 1995 Nr. L 145/25.
 - Verordnung (EWG) Nr. 3932/92 der Kommission vom 21. Dezember 1992 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von *Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Bereich der Versicherungswirtschaft*, ABl. 1992 Nr. L 398/7.
 - Verordnung (EWG) Nr. 1983/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von *Alleinvertriebsvereinbarungen*, ABl. 1983 Nr. L 173/1; Änderung ABl. 1995 Nr. L 1/1.

- Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinbezugsvereinbarungen, ABl. 1983 Nr. L 173/5.
- Verordnung (EWG) Nr. 4087/88 der Kommission vom 30. November 1988 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Franchise-Vereinbarungen, ABl. 1988 Nr. L 359/46.
- Bekanntmachungen der Kommission (Auswahl):
 - Bekanntmachung Nr. 97/C372/04 der Kommission vom 9. Dezember 1997 über *Vereinbarungen von geringer Bedeutung*, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fallen.
 - Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf *Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*, ABl. 2001 Nr. C 3/2.
 - Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für *vertikale Beschränkungen*, ABl. 2000 C 291/01.

Anhang: INCOTERMS 1990

Inhalt

Die Incoterms regeln zur Hauptsache drei Punkte:

- Transportkosten und Nebenkosten wie Versicherung, Zölle, Abgaben;
- Übergang der Preisgefahr;
- Nebenabreden.

Einpunktklausel: Kostentragung und Preisgefahr beginnen im selben Moment.

Zweipunktklausel: Kostentragung und Preisgefahr gehen nicht im selben Moment/am selben Ort auf den Käufer über.

Übersicht

E-Klausel: EXW Ex Works/ab Werk.

Der Verkäufer stellt dem Käufer die Ware auf seinem eigenen Gelände zur Verfügung.

F-Klausel: FCA Free carrier/Frei Frachtführer;

FAS Free alongside ship/Frei Längsseite Schiff;

FOB Free on board/Frei an Bord.

Die Ware ist einem vom Käufer benannten Frachtführer zu übergeben.

C-Klausel: CFR Cost and freight/Kosten und Fracht;

CIF Cost insurance and freight/Kosten, Versicherung, Fracht;

CPT Carriage paid to/Frachtfrei;

CIP Carriage and insurance paid to/frachtfrei versichert.

Verkäufer schliesst den Beförderungsvertrag ab, ohne das Risiko des Verlustes oder der Beschädigung der Ware oder zusätzlicher Kosten zu tragen, die auf Ereignisse nach dem Abtransport zurückzuführen sind.

D-Klausel: DAF Delivered at frontier/Geliefert Grenze;

DES Delivered ex ship/Geliefert ab Schiff;

DEQ Delivered ex quai/Geliefert ab Kai;

DDU Delivered duty unpaid/Geliefert unverzollt;

DDP Delivered duty paid/Geliefert verzollt.

Verkäufer übernimmt alle Kosten und Risiken, bis die Ware im benannten Bestimmungshafen eintrifft.

Auf jede Transportart anwendbar: EXW, FCA, CPT, CIP, DAF, DDU, DDP.

Nur für See- und Binnenschifffahrt: FAS, FOB, CFR, CIF, DES, DEQ.

Erläuterungen

- EXW:** Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn er die Ware auf seinem Gelände zur Verfügung stellt. Der Käufer trägt alle Kosten und Gefahren, die mit dem Transport der Ware vom Gelände des Verkäufers zum Bestimmungsort verbunden sind.
- FCA:** Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn er die Ware dem vom Käufer benannten Frachtführer am benannten Ort übergibt - von diesem Moment an trägt der Käufer Kosten und Gefahr.
- FAS:** Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn sich die Ware längsseits des Schiffes im benannten Verschiffungshafen befindet - Kosten- und Gefahrtragung analog FCA.
- FOB:** Die Lieferpflicht ist erfüllt, wenn die Ware die Schiffsreling im benannten Verschiffungshafen überschritten hat - Kosten- und Gefahrtragung analog FCA.
- CFR:** Der Verkäufer trägt Kosten und Fracht, die erforderlich sind, um die Ware zum benannten Bestimmungshafen zu befördern; die Gefahr des Verlustes und der Beschädigung gehen ebenso wie die zusätzlichen Kosten, die auf Ereignisse nach der Lieferung der Ware an Bord zurückzuführen sind, vom Verkäufer an den Käufer über, sobald die Ware die Schiffsreling im Verschiffungshafen überschritten hat.
- CIF:** Analog CFR und Pflicht des Verkäufers, eine Seefrachtversicherung abzuschliessen und Prämien dafür zu bezahlen.
- CPT:** Der Verkäufer trägt die Fracht für die Beförderung bis zum benannten Bestimmungsort. Die Gefahr jedoch trägt der Käufer von dem Moment an, in welchem die Ware dem Frachtführer übergeben worden ist.
- CIP:** Analog CPT und Pflicht des Verkäufers, eine Transportversicherung gegen die vom Käufer getragene Gefahr zu übernehmen.
- DAF:** Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn die zur Ausfuhr freige-machte Ware an benannter Stelle des benannten Grenzortes zur Verfügung gestellt wird.
- DES:** Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn die Ware, die von ihm nicht für die Einfuhr freizumachen ist, dem Käufer an Bord des Schiffes im benannten Bestimmungshafen zur Verfügung gestellt wird.
- DEQ:** Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn die zur Einfuhr freigemachte Ware dem Käufer am Kai des benannten Bestimmungshafens zur Verfügung gestellt wird. Er trägt alle Kosten und Gefahren inklusiv Zölle, Steuern und anderen Kosten für die Lieferung bis zu diesem Ort.

DDU: Der Verkäufer hat seine Lieferpflicht erfüllt, wenn die Ware am benannten Ort im Einfuhrland zur Verfügung gestellt wird. Er trägt alle Kosten und Gefahren der Beförderung exklusiv Einfuhrzoll.

DDP: Dito DDU inklusiv Zölle, Steuern und Abgaben (Maximalverpflichtung).

Anhang: Das Handelsregister

Möglicher Verfahrensgang Eintrag ins Handelsregister

- Genehmigung HR-Führer und Eidg. Amt für HReg. (HRV 11, 114)
=> Veröffentlichung im SHAB, Eintrag im Hauptregister (HRV 115).
- Genehmigung HR-Führer, aber Nichtgenehmigung EHRA
=> Anmeldung wird abgewiesen, Tagebucheintrag gestrichen (HRV 117).
=> Beschwerde an eidg. Rekurskommission für geistiges Eigentum (MSchG 36 II) bezüglich Unzulässigkeit einer Firmenbezeichnung und des Namens von Vereinen oder Stiftungen. Anschliessend Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer (OG 98 lit. e).
=> In den übrigen Angelegenheiten unmittelbar Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer (HVR 5; OG 97).
- Nichtgenehmigung durch HR-Führer, oder Untätigkeit.
=> Beschwerde an kant. Aufsichtsbehörde (HRV 3 III, 4).
=> Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer (HRV 5, OG 98 lit. g).

Das EHRA hat nur negative Aufsichtskompetenz, kann kant. Registerbehörden nicht auch anweisen, einen verlangten ihm rechtmässig erscheinenden HR-Eintrag vorzunehmen. Es kann also nur den Eintrag verhindern, nicht aber vornehmen lassen. Das EHRA kann nicht mehr, als Entscheide kant. Aufsichtsbehörden, welche HR-Einträge ablehnen, über das EJPD mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechten zu lassen (vgl. HRV 3 V, Informationspflicht der kant. Aufsichtsbehörde an EJPD).

Dritte (d.h. Nicht-Eintragungspflichtige) sind gegen eine vollzogene Eintragung für eine Beschwerde nicht aktivlegitimiert, sondern sie werden an den Zivilrichter verwiesen, es sei denn, ihre Beschwerde beziehe sich auf Vorschriften, welche von der Registerbehörde von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (HRV 32 I).

Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung erhoben, so muss der HR-Führer eine angemessene Frist setzen zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung beim zuständigen Zivilrichter. Wird innert der angesetzten Frist die Eintragung nicht untersagt, ist sie vom HR-Führer vorzunehmen (HRV 32 II).

Anhang: Warenvertriebsverträge

	Nachweis von Abschlüssen	Vermittlung von Abschlüssen	Abschluss von Verträgen		
			In fremdem Namen und auf fremde Rech- nung	In eigenem Namen und auf fremde Rech- nung	In eigenem Namen und auf eigene Rech- nung
Nachweismäkler	X				
Vermittlungsmäkler (Art. 412 OR) einmalig		X			
Vermittlungsagent (Art. 418a I OR) dauernd		X			
Handelsreisender ohne Abschlussvollmacht (Art. 347 I OR)		X			
Handelsreisender mit Ab- schlussvollmacht (Art. 348 I, II OR)			X		
Abschlussagent (Art. 418a I OR)			X		
Kommissionär (Art. 425 OR)				X	
Spediteur (Art. 439 OR)				X	
Eigenhändler					X
Alleinvertreibshändler					X
Trödler					X

Anhang: Die Urkundenklauseln

Die Präsentationsklauseln

Die einfache Präsentationsklausel

Der Schuldner *b e h ä l t s i c h v o r*, nur gegen Vorlage des Papiers zu leisten. Er darf befreiend auch anders, d.h. ohne Präsentation.

Die qualifizierte Präsentationsklausel (= einfache Wertpapierklausel)

Der Schuldner *v e r s p r i c h t*, nur gegen Papiervorlage zu leisten. Er darf befreiend nicht anders (Ausnahme z.B. bei Kraftloserklärung).

Prüffrage

Ist der Schuldner ermächtigt oder verpflichtet, nur gegen Vorweisung zu leisten?

- *Ermächtigung*: einfache Präsentationsklausel
- *Verpflichtung*: doppelte Präsentationsklausel (= einfache Wertpapierklausel)

Die Legitimationsklauseln

Die einfache Legitimationsklausel

Der Schuldner *b e h ä l t s i c h v o r*, dem aus dem Papier Ausgewiesenen zu leisten. Er darf befreiend auch anders, dh. nach den allgemeinen OR-Regeln.

Die qualifizierte Legitimationsklausel (= qualifizierte Wertpapierklausel)

Der Schuldner *v e r s p r i c h t*, dem aus dem Papier Ausgewiesenen zu leisten. Er darf befreiend nicht anders.

Prüffrage

Ist der Schuldner ermächtigt oder verpflichtet, dem aus der Urkunde Berechtigten befreiend zu leisten?

- *Ermächtigung*: einfache Legitimationsklausel
- *Verpflichtung*: doppelte Legitimationsklausel (= qualifizierte Wertpapierklausel)

Anhang: Wertpapierarten

Die Wertpapiere ohne öffentlichen Glauben

Das Namenpapier (= Wertpapierklausel allein)

Berechtigt ist, wessen Name auf der Urkunde steht oder wer die Forderung durch Zession erhalten hat. Bsp.: auf den Namen lautende Kassaobligation.

Das hinkende Inhaberpapier

(= Wertpapierklausel + Inhaberlegitimationsklausel)

Zwischenform: Im Grundgehalt ein Namenpapier. Der Schuldner ist jedoch berechtigt (jedoch nicht verpflichtet), allein aufgrund der Vorweisung zu leisten. Bsp.: Sparheft.

Die Wertpapiere öffentlichen Glaubens

Das Inhaberpapier

(= Wertpapierklausel + qualifizierte Inhaberlegitimationsklausel)

Berechtigt ist der durch Papiervorlage Ausgewiesene. Bsp.: Inhaberaktie, Inhaberschuldbrief.

Das Orderpapier

(= Wertpapierklausel + qualifizierte Orderlegitimationsklausel)

Berechtigt ist an wessen Order das Papier gestellt ist oder der durch eine lückenlose Indossamentenkette Ausgewiesene. Bsp.: Wechsel, Check, Namenaktie.

Merke! Mit der Rektaklausel ("nicht an Order" oder ähnlich) wird ein gesetzliches Orderpapier zum Namenpapier gemacht.

Anhang: Liberalisierung des Firmenrechts

Neue Zürcher Zeitung

WIRTSCHAFT

Samstag, 04.07.1998 Nr.152 S.27

Umfassende Liberalisierung des Firmenrechts

Mehr Raum für «kreative» Schreibweisen

Von Markus Berni und Ralf Hupe*

Mit der Revision der Handelsregisterverordnung und der darauf basierenden Weisung an die kantonalen Registerämter ist das Firmenrecht umfassend liberalisiert worden. Grundsätzlich gelten einschränkend für die Firmenbildung nur noch das Wahrheitsgebot und das Täuschungsverbot. Damit werden beispielsweise nationale und geographische Bezeichnungen sowie «kreative» Schreibweisen, die den Grammatikregeln widersprechen, zugelassen.

Durch Beschluss des Bundesrates vom 29. September 1997 ist die Handelsregisterverordnung im Bereich des Firmenrechts in wesentlichen Bereichen entscheidend liberalisiert worden. Die Revision enthält nicht nur materielle Änderungen, sondern hat auch zu einschneidenden Veränderungen der Prüfungszuständigkeit geführt. Eine vom Eidgenössischen Amt für das Handelsregister an die kantonalen Handelsregisterbehörden gerichtete Weisung soll für eine einheitliche Auslegung der neuen Bestimmungen sorgen.

Wahrheitsgebot und Täuschungsverbot

Durch die Revision und die Weisung wird weitgehend die schon seit einiger Zeit praktizierte Lockerung der Bewilligungspraxis des Eidgenössischen Handelsregisteramtes gesetzgeberisch nachvollzogen. Die freie Firmenbildung unterliegt *nur noch* der Einschränkung, dass die Firma der Wahrheit entsprechen muss und nicht zur Täuschung des Geschäftsverkehrs eingesetzt werden darf. Die Zuständigkeit der Prüfung einer gesetzeskonformen Firmenbildung wurde gesamthaft, also nicht nur im Hinblick auf das Vorliegen einer Verletzung des Täuschungsverbots, auf die kantonalen Registerbehörden übertragen, eine Bewilligungspflicht besteht nicht mehr. Um dennoch eine einheitliche Praxis der kantonalen Registerämter zu gewährleisten, hat das Eidgenössische Handelsregisteramt eine *umfassende Weisung* erlassen, wie die Bestimmungen *auszulegen* sind.

Zulässige nationale Bezeichnungen

Die Verwendung *nationaler und geographischer Bezeichnungen* war bisher verboten und musste vom Eidgenössischen Handelsregisteramt mit einer «Ausnahmegenehmigung» erlaubt werden. Mit der *Aufhebung dieses Verbots* ist es in diesem Bereich zu einem eigentlichen legislativen Liberalisierungsschub gekommen. Nationale und geographische Bezeichnungen sind nun grundsätzlich frei verwendbar; vorbehalten bleiben lediglich das Wahrheitsgebot, das Täuschungsverbot und der Schutz öffentlicher Interessen. Diesem Schutz öffentlicher Interessen dient beispielsweise das Wappenschutzgesetz, welches die Verwendung von Begriffen wie «Eidgenossenschaft», «eidgenössisch» und andere auch weiterhin nicht gestattet. Unzulässig ist eine geographische Bezeichnung darüber hinaus immer, wenn durch sie der Anschein einer offiziellen Tätigkeit oder Stellung oder der Anschein einer nicht bestehenden Marktposition erweckt wird. So darf sich ein Unternehmen nicht «Schweizerisches Institut für Unternehmensberatung» nennen, wenn es keine offiziöse Stellung innehat. «Euro» oder «Swiss» dürfen als Herkunftsbezeichnung nur in Verbindung mit anderen Wörtern verwendet werden. Darüber hinaus muss das Unternehmen tatsächlich in der Schweiz oder in Europa geschäftlich tätig sein. «International» dürfen sich Unternehmen nur nennen, wenn dies der tatsächlichen Bedeutung des Unternehmens entspricht. Die alleinige Existenz von Kundenbeziehungen im Ausland ist nicht ausreichend; vielmehr muss das Unternehmen von seiner Struktur her international verankert sein.

Grammatikregeln nicht massgebend

Durch die Revision wurde den Unternehmen hinsichtlich der *Schreibweise* ein grosser Gestaltungsspielraum eingeräumt. Zwar darf die Firma auch weiterhin nur aus lateinischen Gross- und Kleinbuchstaben sowie arabischen Zahlen gebildet werden, doch sind Kombinationen mit Interpunktionszeichen und anderen figurativen Zeichen möglich. Schreibregeln sind in der Weise festgelegt, dass der Abstand zwischen den einzelnen Buchstaben maximal einen Leerschlag betragen darf, während sonst die Grammatikregeln für die Schreibweise der Firma nicht massgebend sind. Generell gilt die Regel, dass die reine Kombination von Buchstaben, Zahlen und Wörtern dann *nicht* zulässig ist, wenn sie nicht als die Firma eines Unternehmensträgers erkennbar ist. Die Verwendung von figurativen Zeichen und Symbolen ist generell untersagt, weshalb graphische Besonderheiten der Firma (Design, Logo, Farbe, Fettdruck, Kursivschrift) im Handelsregister nicht eintragungsfähig und somit firmenrechtlich nicht schützbar sind. Die gewählte Schreibweise ist grundsätzlich auch bei der Überprüfung des Vorliegens einer prioritären Firmeneintragung massgebend. Von dieser Regel wird abgewichen, wenn trotz unterschiedlicher Schreibweise eine phonetische Übereinstimmung vorliegt.

Mehrsprachigkeit eintragungspflichtig

Wird eine Firma in *mehreren Sprachen* gefasst, so sind alle sprachlichen Fassungen in das Handelsregister einzutragen, jedoch nur so, wie dies im Gesellschaftsvertrag, in den Statuten oder der Urkunde festgelegt wurde. Die Fassungen müssen exakt übereinstimmen; es darf keine inhaltliche Abweichung vorliegen, weshalb einfallsreiche Wortschöpfungen häufig nicht übersetzbar sind. Die Übersetzung der die *Rechtsform* beschreibenden Zusätze wurde durch die Weisung so *strikt festgelegt*, dass es hier schon zu Rückweisungen von Eintragungen durch die Registerbehörden gekommen ist. So muss für die englische Übersetzung von GmbH die vorgeschriebene Abkürzung «Ltd liab. Co» gewählt werden, was die Frage erlaubt, ob hier nicht zu viel reguliert wurde. Während das Bundesgericht und die Lehre eine Verpflichtung des Unternehmensträgers zur Verwendung der korrekten Firma im Geschäftsverkehr bereits auf Grund bestehender Gesetzesbestimmungen anerkannten, wurde durch die Revision des Firmenrechts nun erstmals auch eine entsprechende Bestimmung aufgenommen.

Die Unternehmen sind verpflichtet, die Firma im *Geschäftsverkehr* so zu verwenden, wie diese im *Handelsregister* eingetragen ist. Die Pflicht zur Verwendung der vollständigen Firma gilt für Briefe, Bestellscheine und Rechnungen sowie für Bekanntmachungen des Unternehmens. Nicht ausdrücklich geregelt wurde die Frage der geschäftlichen Korrespondenz via *neue Medien*, wie E-mail und ähnliche. Hier wird entscheidend sein, zu *welchen Zwecken* die Korrespondenz erfolgt. Wird beispielsweise ein Auftrag per E-mail erteilt, so kommt der E-mail eine dem formellen Bestellschein identische Funktion zu, und die Firmengebrauchspflicht kommt zur Anwendung. Andererseits wird die Firmengebrauchspflicht auf den rechtlich relevanten formellen Geschäftsverkehr beschränkt, weshalb diese Pflicht nicht für Visitenkarten gilt.

Zusätzlich zur Firma können auch Kurzbezeichnungen, Enseignes, Geschäftsbezeichnungen und Logos in das Handelsregister eingetragen werden. Verwendet ein Unternehmen eine solche Bezeichnung, so entbindet dieser Gebrauch nicht von der Firma. Erscheint das Logo im Briefkopf, so hat die korrekte Firma entweder am unteren Rand des Briefes oder unterhalb der Unterschrift des Zeichnenden zu erscheinen.

Beim Verstoss eines Unternehmens gegen die Firmengebrauchspflicht besteht eine *Schadenersatzpflicht* gegenüber Dritten, wenn diese einen auf der Verletzung beruhenden Schaden erlitten haben. Daneben macht sich ein Unternehmen strafbar, wenn es nicht die korrekte Firma verwendet, auch wenn keine Drittpartei einen Schaden erleidet.

Noch keine offizielle Registernummer

Während in der EU mit der nationalen Umsetzung der schon 1968 verabschiedeten Publizitäts-

richtlinie jedem einzelnen Unternehmen eine offizielle Registernummer zugewiesen wird, wurde eine solche Firmen-Identifikationsnummer in der Schweiz *noch nicht* gesetzlich verankert. In der EU domizilierte Unternehmen sind gesetzlich verpflichtet, diese Registernummer im Geschäftsverkehr zu verwenden. Demgegenüber hat das Eidgenössische Handelsregisteramt den kantonalen Registerbehörden gegenüber *lediglich die Empfehlung* ausgesprochen, die technischen *Voraussetzungen* für die Einführung einer Registernummer zu schaffen. Zwar sind dieser Empfehlung vor allem die grösseren Stände schon gefolgt, in vielen Kantonen besteht jedoch immer noch ein erheblicher Handlungsbedarf. Jedes Unternehmen sollte sich bei der Verwendung einer Registernummer bewusst sein, dass es sich bei der zugeteilten Nummer lediglich um eine inoffiziell gültige Nummer handelt. Die ersatzweise Verwendung der Registernummer statt der Firma wird vom Gesetz noch nicht zugelassen. Zurzeit wird ein Gesetzentwurf zur Änderung des Firmenrechts ausgearbeitet, der auch die Einführung der Registernummer zum Gegenstand hat.

Die Änderung der Handelsregisterverordnung sowie die entsprechende Weisung sind am 1. Januar in Kraft getreten. Ob Firmen mit Bestandteilen, die den neuen Bestimmungen widersprechen, diesen *angepasst* werden müssen, wurde nicht geregelt. Hier werden die Registerbehörden den *Grundsatz von Treu und Glauben* anwenden: Was bisher eingetragen war, wird auch so eingetragen bleiben. Alle anderen Bestimmungen aber, die nicht die Firmenbildung betreffen, besonders die Firmengebrauchspflicht, sind für alle Unternehmen gültig.

* Dr. Markus Berni ist Rechtsanwalt und Partner und lic. iur. Ralf Hupe Rechtsassessor bei Baker & McKenzie in Zürich.

Anhang: Urheberrecht und Parallelimporte

Neue Zürcher Zeitung

WIRTSCHAFT

Dienstag, 15.09.1998 Nr. 213 S. 23

Aus dem Bundesgericht

Keine urheberrechtlichen Mittel gegen Parallelimporte

Internationale Erschöpfung wie im Markenrecht

fzl. Lausanne, im September

Wurden Produkte mit Zustimmung des Urhebers erstmals im Ausland veräußert, so kann er deren Einfuhr in die Schweiz nicht mit urheberrechtlichen Mitteln unterbinden. In einem Leiturteil hat sich das Bundesgericht gegen ein urheberrechtliches Verbot von Parallelimporten ausgesprochen und damit den gleichen Grundsatz angewandt wie im Markenrecht. Der freie Zugang der Konsumenten zu ausländischem Kulturgut liege im öffentlichen Interesse.

Ein einstimmig getroffener Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts korrigiert ein Urteil des Aargauer Handelsgerichts, das 1997 ein Feststellungs- und Unterlassungsbegehren der japanischen Nintendo Co. Ltd. und der Basler Waldmeier AG gutgeheissen hatte. Die Klägerinnen wollten der Imprafot AG aus Wallisellen den *Parallelimport* der im Ausland in Verkehr gesetzten Nintendo-Videospiele «Game Boy Donkey Kong Land» verbieten. Die Waldmeier AG hatte das Spiel 1995 als Alleinvertriebsberechtigte für einen offiziellen Verkaufspreis von rund 33 Fr. auf den schweizerischen Markt gebracht; die Parallelimporteurin bot es in US-amerikanischer Version für rund 30 Fr. an. Das Bundesgericht klärt die in der Rechtslehre *umstrittene Auslegung* von Artikel 12 Abs. 1 des 1992 revidierten *Urheberrechtsgesetzes* (URG). Nach dieser Bestimmung dürfen Werkesemplare, die der Urheber veräußert oder deren Veräußerung er zugestimmt hat, weiterveräußert oder sonstwie verbreitet werden. Aus dem gesetzlichen Wortlaut wird nicht klar, ob nur die Erstveräußerung im Inland zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts führt oder ob der sogenannte Erschöpfungsgrundsatz auch international zu verstehen ist.

Gegen Marktabschottung

Nach einer Analyse der Norm unter dem Blickwinkel der Entstehungsgeschichte, des Zwecks, der gesetzlichen Systematik und der verfassungskonformen Auslegung entscheidet das Bundesgericht *gegen einen Wechsel* zum Prinzip der *bloss nationalen* Erschöpfung. Das Gericht stellt sich *gegen eine Abschottung* des schweizerischen Marktes für urheberrechtlich geschützte Produkte und unterstreicht, die Schweiz sei als kleines Land besonders auf kulturellen Austausch angewiesen. Bereits das Urheberrechtsgesetz von 1922 ging in Artikel 58a grundsätzlich von der internationalen Erschöpfung aus, wobei eine Ausnahme für mechanische Ton- und Bildträger galt. Seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes war die Rechtslage unklar. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergeben sich laut dem Bundesgericht «keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber sich vom eingewurzelten weiten Verständnis der Erschöpfung radikal hätte abwenden» wollen. Auch der von den Klägerinnen angeführte «urheberfreundliche Geist» des URG spreche nicht für einen Wechsel, sahen doch die Vorentwürfe und Entwürfe durchwegs die *internationale Erschöpfung* vor.

Für die Zulässigkeit der Parallelimporte spreche der Umstand, dass sich das Bundesgericht 1996 in BGE 122 III 469 (Einfuhr von Chanel-Parfum) *auch im Markenrecht* für die internationale Erschöpfung entschied. Eine unterschiedliche Behandlung von Marken- und Urheberrecht erscheine kaum gerechtfertigt. Das Handelsgericht hatte demgegenüber eine Parallele zum Patentrecht gezogen. Laut dem Bundesgericht trifft es jedoch nicht zu, dass das geänderte *Patentgesetz* auf die internationale Erschöpfung verzichtet. Es regle die Frage nicht, und eine feststehende Gerichtspraxis fehle ebenfalls. In jedem Fall verursache das Patentrecht im Gegensatz zum Urheberrecht für jedes einzelne Land erhebliche Kosten. «Man kann sich daher die Frage stellen, ob und wieweit dem Pa-

tentgeber ermöglicht werden soll, seine Investitionen in den Patentschutz in jedem Land gesondert zu rentabilisieren, ohne dabei durch Parallelimporte beeinträchtigt zu werden.» Für den vorliegenden Fall brauche die Frage nicht abschliessend beantwortet zu werden.

Für die Aussenwirtschaftsfreiheit

Ein wichtiges Argument gegen ein urheberrechtliches Verbot von Parallelimporten ist in den Augen des Bundesgericht das Grundrecht der *Handels- und Gewerbefreiheit*. Für die Beschränkung der Aussenwirtschaftsfreiheit brauche es ein überwiegendes öffentliches Interesse, das kaum gegeben sei. Im Gegenteil sei die Öffentlichkeit vor allem an einem *möglichst ungehinderten Zugang* zu ausländischem Kulturgut interessiert. Das Gewinninteresse des Inhabers der Urheberrechte vermöge das allgemeine Interesse an freiem Handel nicht aufzuwiegen. Dem Rechteinhaber sei «durchaus zuzumuten, bei seiner Marktanalyse und bei der Festlegung seiner Vermarktungsstrategie auch mit allfälligen Parallelimporten zu rechnen». Unbegründet sei die Befürchtung, Parallelimporte könnten zur Abwanderung der Kulturgüterindustrie aus der Schweiz oder zu vermehrter Konzentration des Fachhandels auf umsatzträchtige Produkte führen. Schon unter früherem Recht galt die internationale Erschöpfung, ohne dass Klagen laut geworden wären. Das Bundesgericht verneint schliesslich auch einen Verstoss gegen das *Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb* (UWG). Nach der Rechtsprechung dürfe der Parallelimporteur sogar Vertragsbrüche von Vertragshändlern ausnützen (BGE 122 III 482). Unzulässig wäre hingegen ein Verleiten zum Vertragsbruch, doch dafür gebe es hier keinerlei Anhaltspunkte. BGE 124 III 321.

Anhang: Gültigkeit unzulässiger Abreden

Neue Zürcher Zeitung

WIRTSCHAFT

Samstag, 27.06.1998 Nr. 146 S. 29

Wann sind Wettbewerbsabsprachen nichtig?

Anhaltende Unsicherheit über die Verbindlichkeit zahlreicher Verträge

Von Franz Hoffet *

Das revidierte Kartellgesetz von 1996 gibt Wettbewerbsbehörden und Zivilgerichten ein wirksames Instrumentarium zur Durchsetzung einer zeitgemässen Wettbewerbspolitik. Für 1998 hat sich die Wettbewerbskommission das gezielte Aufbrechen kartellistischer Strukturen vorgenommen. Damit gewinnt die umstrittene Frage an Aktualität, ob unzulässige Wettbewerbsabsprachen rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (ex tunc) oder erst im Moment der behördlichen oder gerichtlichen Feststellung (ex nunc) nichtig sind. Diese Frage wird im nachfolgenden Diskussionsbeitrag unter wettbewerbspolitischen, aber auch unter allgemeinen rechtspolitischen Gesichtspunkten und aus der Perspektive der betroffenen Unternehmen untersucht.

Zahlreiche Verträge, die täglich zwischen schweizerischen Unternehmen abgeschlossen werden, enthalten unter anderem Abreden mit mehr oder weniger wettbewerbsbeschränkendem Inhalt. Ein auf Grund praktischer Erfahrungen konstruiertes Beispiel möge dies illustrieren: Drei mittelständische Unternehmen aus der Haustechnik-Zulieferindustrie für die schweizerische Baubranche sind zusammen mit anderen Unternehmen Mitglieder eines branchenweiten Preis- und Gebietskartells, das unter anderem massive Geldstrafen als Sanktionen gegen Vertragsverletzungen vorsieht. Angesichts der Baurezession und der zunehmenden Öffnung des schweizerischen Bau- Binnenmarktes für ausländische Importe existiert dieses Kartell allerdings nur noch auf dem Papier; im Markt hingegen hat sich ein äusserst harter Preiswettbewerb etabliert, und bestehende Gebietschutzvereinbarungen werden missachtet. Verschiedene lokale Konkurrenten sind bereits aus dem Markt ausgeschieden, andere sind von starken ausländischen Konkurrenten übernommen worden.

Vom Branchenkartell zur Kooperation

Die drei erwähnten Unternehmen müssen erkennen, dass sie im Alleingang der Marktstrukturveränderung und dem verschärften Wettbewerb ohne funktionierende Kartellabsprache mittelfristig nicht standhalten können. Andererseits möchten sie ihre betriebliche Unabhängigkeit mindestens mittelfristig bewahren. Sie sehen nämlich durchaus Chancen, durch vermehrte Konzentration auf Kernkompetenzen erfolgreich am Markt zu bleiben und mit der Zeit durch vermehrte Exporte und internationale Kooperationen eine Grösse zu erreichen, die eine nachhaltige Unabhängigkeit erlaubt. Sie beschliessen deshalb, das von ihnen bisher hergestellte Produktesortiment untereinander aufzuteilen und im Sinne einer Spezialisierungsvereinbarung jeweils nur noch einen Teil selbst herzustellen, die übrigen Produkte jedoch von ihren Partnern zu beziehen und zu vertreiben. Um sich im Rahmen dieser Kooperation nicht gegenseitig zu konkurrenzieren, vereinbaren die drei Unternehmen einheitliche Verkaufspreise für die von ihnen vertriebenen Produkte und verpflichten sich, jeweils ausschliesslich die Produkte der Kooperationspartner in ihrem Sortiment zu führen.

Offene Fragen

Diese Abreden sind für die drei Unternehmen essentiell; ohne sie würden sie die Kooperation nicht eingehen. Die zwischen den Parteien vereinbarten marktgerechten Wiederverkaufspreise liegen unter jenen, welche gemäss der formell nach wie vor branchenweit verbindlichen Kartellabsprache verlangt werden müssten. Die gegenseitig gewährten Vertriebsrechte verletzen zudem die formell noch branchenweit geltenden Gebietsabsprachen. Für die beteiligten drei Unternehmen stellen sich folgende Fragen, die sich angesichts der Kontroverse zum Nichtigkeitszeitpunkt wettbewerbsbeschränkender Abreden zurzeit nicht mit Sicherheit beantworten lassen:

- Dürfen sie sich über die formell noch gültige Preis- und Gebietsabsprache des branchenweiten Kartells ohne weiteres hinwegsetzen, oder riskieren sie, dass das Kartell die vorgesehenen massiven Geldstrafen erfolgreich gerichtlich durchsetzen könnte?

- Sind die in der Spezialisierungsvereinbarung vorgesehenen Wettbewerbsbeschränkungen (Spezialisierung, Preisabrede und ausschliessliche Vertriebsrechte) unzulässig oder allenfalls durch wirtschaftliche Effizienzgründe gerechtfertigt und deshalb zulässig?
- Sollten diese Abreden ganz oder teilweise unzulässig sein: Sind sie dann ab Vertragsschluss unzulässig bzw. nichtig oder erst, wenn dies die Wettbewerbskommission oder ein Zivilgericht festgestellt hat?

Angesichts der Kontroverse zum Nichtigkeitszeitpunkt können sich die drei Unternehmen in diesen Fragen derzeit einzig durch Rücksprache mit der Wettbewerbskommission einigermaßen Gewissheit verschaffen, was Transaktionskosten und -dauer erheblich erhöhen kann.

Hürde des Missbrauchsprinzips

Zwar enthält das Kartellgesetz zur Frage des Nichtigkeitszeitpunktes keine Antwort (siehe Kasten, Art. 5 Abs. 1 KG). Doch die bundesrätliche Botschaft hält unmissverständlich folgendes fest: «Unter dem durch die Bundesverfassung vorgegebenen Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden, wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit ex tunc, sondern lediglich eine solche ex nunc zu. Das gilt auch für die in Art. 5 Abs. 3 E enthaltenen Vermutungstatbestände.» Es mag zwar sein, dass angesichts des äusserst raschen Gesetzgebungsverfahrens im Vorfeld der Kartellgesetzrevision den wettbewerbspolitischen und zivilrechtsdogmatischen Konsequenzen dieser Aussage zu wenig Bedeutung beigemessen wurde. Trotzdem dürfte diese Passage aus der Botschaft ein bedeutendes Hindernis für ein Abweichen vom Grundsatz der Nichtigkeit ex nunc darstellen: Das Parlament und die betroffenen Wirtschaftskreise haben das revidierte Kartellgesetz nicht zuletzt auch im Vertrauen auf diese Auslegung des Missbrauchsprinzips angenommen. Für ein Abweichen vom Ex-nunc-Prinzip der Botschaft müssten deshalb in der Praxis äusserst gewichtige Gründe geltend gemacht werden können.

Lösungsansätze betreffend den Nichtigkeitszeitpunkt

Schon vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes wurde in diesen Spalten die Befürchtung geäußert, das Ex-nunc-Prinzip könnte sich als «Fussangel für Kartell-Deserteure» entpuppen (Felix W. Egli, NZZ vom 27. 4. 96), indem kartellaustrittswillige Unternehmen bis zum Vorliegen eines bindenden Zivilurteils bzw. einer behördlichen Verfügung an die – unzulässigen – Abreden gebunden bleiben würden. Egli hat sich allerdings nicht mit der Möglichkeit auseinandergesetzt, dass Kartellaustrittswillige das Dauer-schuldverhältnis der Kartellabsprache bei eindeutiger Unzulässigkeit eigentlich jederzeit aus wichtigem Grund kündigen können müssten und sich so der «Fesseln» sogar ohne Gerichtsverfahren oder Untersuchung entledigen könnten. Die kartellstabilisierende und deshalb wettbewerbspolitisch unerwünschte Wirkung des Ex-nunc-Prinzips wurde deshalb wohl zunächst eher überschätzt. Unterschätzt wurde demgegenüber die in der Praxis täglich zu beobachtende Signalwirkung des schärferen Kartellgesetzes, welches in zahlreichen Branchen – selbst ohne behördliche Eingriffe – bereits zur erheblichen Destabilisierung von Kartellabsprachen geführt hat.

Diese wettbewerbspolitischen Einschätzungen dürften neben zivilrechtsdogmatischen Überlegungen die Grundlage für die Lehrmeinungen bilden, wonach sämtliche unzulässigen Wettbewerbsabsprachen (Walter A. Stoffel, NZZ vom 19. 6. 96), zumindest aber die «harten Kartelle» (Beat Brechbühl/Jasmin Djalali, NZZ vom 10. 8. 96) von Anfang an nichtig sein sollen. Zwar sprechen sowohl eine konsequente Anwendung der Nichtigkeitsregeln von Art. 20 OR als auch die wettbewerbspolitische Zielsetzung einer wirksamen Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen für diese Standpunkte. Allerdings stellt die Rückabwicklung langjähriger Kartellabsprachen in der Praxis grosse Probleme. Beide Lehrmeinungen stehen zudem mit zwei bedeutenden Zielsetzungen der Kartellgesetzrevision im Widerspruch.

Klares Verhaltensrecht und effiziente Rechtsanwendung

Der Gesetzgeber wollte mit dem neuen Kartellgesetz einerseits ein klares Verhaltensrecht für Unternehmen schaffen und andererseits die Effizienz der Rechtsanwendung verbessern. Bei Anwendung des Ex-nunc-Prinzips wird diese Zielsetzung erreicht: Unternehmen können davon ausgehen, dass Verträge – auch wenn sie wettbewerbsbeschränkende Bestimmungen im Grenzbereich der Rechtfertigungsmöglichkeit durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz enthalten – im Innenverhältnis gültig sind und nur durch gerichtlichen oder behördlichen Entscheid ganz oder teilweise – und dies bloss für die Zukunft – aufge-

hoben werden können. Für die Risikobeurteilung bei Vertragsschluss dürfte es oftmals genügen, die Beurteilung eines Kartellrechtsspezialisten einzuholen; Gerichte und Behörden sind nur in Grenz- oder Streitfällen beizuziehen.

Noch kaum Verordnungen und Bekanntmachungen

Anders bei der Nichtigkeit *ex tunc*: Hier müssen Parteien von Verträgen mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt damit rechnen, dass sich ihre Partner später erfolgreich auf die anfängliche Nichtigkeit berufen können. Dies hat für die vertragsschliessenden Parteien erhebliche Unsicherheiten zur Folge, da die wettbewerbsbeschränkenden Abmachungen oft gerade zu den Hauptpunkten einer Vereinbarung gehören. Deren Zustandekommen – und damit oft erhebliche Investitionen – hängt folglich davon ab, ob die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit rasch und mit vernünftigem Aufwand geklärt werden kann. Diese Klärung soll dadurch erleichtert werden, dass Bundesrat und Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 6 KG die Möglichkeit haben, in Verordnungen oder Bekanntmachungen gewisse zulässige wettbewerbsbeschränkende Abreden näher zu umschreiben (siehe Kasten, Art. 6 KG). In zwei Jahren hat die Wettbewerbskommission allerdings von dieser Möglichkeit erst einmal Gebrauch gemacht (Sponsoring- und Homologationsabreden im Sport; eine zweite Bekanntmachung zu Kalkulationshilfen befindet sich noch in Vorbereitung).

Mit einer raschen Schaffung von klarem Verhaltensrecht auf Verordnungs- bzw. Bekanntmachungsstufe ist deshalb kaum zu rechnen. Selbst im europäischen Wettbewerbsrecht mit seinen zahlreichen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO), die wettbewerbsrechtlich zulässige Abreden (z. B. im Vertrieb) näher definieren, besteht kein zureichend klares Verhaltensrecht. Davon zeugen die zwölf Einzelfreistellungsentscheide bzw. Negativatteste und die gegen 150 «comfort letters» (Verwaltungsschreiben), welche z. B. 1996 bei der Europäischen Kommission eingeholt werden mussten. Dazu kommt, dass verschiedene GVO zu vertikalen Abreden demnächst ablaufen und zurzeit noch keine Gewissheit darüber besteht, wie das zukünftige Regime in der EU aussehen wird.

Unverhältnismässige Einzelfreistellungen

Würde das *Ex-tunc*-Prinzip in der Schweiz für sämtliche (horizontalen und vertikalen) Abreden eingeführt, so hätte dies kurz- bis mittelfristig erhebliche Rechtsunsicherheiten für zahlreiche Verträge zur Folge. Selbst längerfristig müssten wohl viele Verträge der Wettbewerbskommission – soweit rechtlich überhaupt möglich – zur «Einzelfreistellung» bzw. für einen «comfort letter» vorgelegt werden. Während dieses System für den vergleichsweise riesigen Wirtschaftsraum der EU noch vertretbare Transaktionskosten verursacht, erscheint es für die kleine Volkswirtschaft Schweiz unverhältnismässig, erst recht seitdem die Wettbewerbskommission die Kosten ihrer Tätigkeit nach Zeitaufwand an die Unternehmen verrechnet.

Selbst eine Anwendung des *Ex-tunc*-Prinzips bloss auf «harte Kartelle» erscheint nicht unproblematisch: Einerseits schliesst dies der Wortlaut der Botschaft ausdrücklich aus. Andererseits gibt es, wie unser Beispiel der Spezialisierungsabrede zeigt, auch Preisabreden, die je nach Marktverhältnissen entweder als «harte Kartelle» oder aber als den Wettbewerb nicht beseitigende, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigte Absprachen erscheinen können.

Die Entscheidung über den Nichtigkeitszeitpunkt dürfte bei dieser Ausgangslage nicht leichthin zu fällen sein. Trotzdem haben die im schweizerischen Markt tätigen Unternehmen ein erhebliches Interesse an einer raschen Beseitigung der herrschenden Rechtsunsicherheit.

* Dr. iur. Franz Hoffet ist Partner bei Homburger Rechtsanwälte, Zürich, und Mitherausgeber eines Kommentars zum neuen Kartellgesetz.