

2. Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht

Konzernrechtliche Skizzen zum Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne: Konzernwettbewerbsrecht sowie Konzernimmateriälgüterrecht

PETER V. KUNZ *

Inhaltsübersicht

A. Vorbemerkungen	179
I. Persönliche Aspekte	179
II. Sachliche Aspekte	180
B. Ausgangslagen in der Schweiz	182
I. Konzernrecht	182
1. Rechtsquellen.	182
2. Begriffliches sowie Meinungsstreitigkeiten	184
II. Marktwirtschaftlicher Ansatz des Wirtschaftsrechts.	185
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	185
2. Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im Allgemeinen	185
C. Konzernwettbewerbsrecht	187
I. Lauterkeitsrecht – Ausgangslage	187
II. Kartellrecht – Ausgangslage.	188
III. Spezialfragen	188
1. Persönlicher Geltungsbereich	188
a) Lauterkeitsrecht	188
b) Kartellrecht	189
aa) Konzerne als Kartelle?	189
bb) Konzerne als marktbeherrschende Unternehmungen?	191
cc) Unternehmenszusammenschlusskontrolle bei Konzernen?	191

* Ein grosser Dank für ihre ausgezeichnete wissenschaftliche Arbeit, ohne die der vorliegende Beitrag nicht möglich gewesen wäre, gebührt meinen zwei Assistenten am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, nämlich Herrn Rechtsanwalt Mark Montanari sowie Herrn Rechtsanwalt Pascal Rüedi; für die hervorragende Gesamtleistung und -leitung betreffend die Festschrift stehe ich zudem in einer tiefen Schuld gegenüber meiner wissenschaftlichen Assistentin, Frau MLaw Marlene Kobierski.

2. Sanktionierungen	193
a) Lauterkeitsrecht	193
b) Kartellrecht	193
D. Konzernimmaterialgüterrecht	195
I. Kennzeichenrecht – Ausgangslage	195
1. Firmenrecht	195
2. Markenrecht.	196
II. Ästhetikrecht – Ausgangslage	196
1. Urheberrecht	196
2. Designrecht	197
III. Technische Rechte – Ausgangslage	198
1. Patentrecht	198
2. Recht des technischen Know-how.	198
IV. Spezialfragen	199
1. Entstehung von Immaterialgüterrechten im Konzern.	199
a) Originärer Erwerb	199
b) Derivater Erwerb.	200
2. Ausgewählte Aspekte des Kennzeichenrechts.	201
a) Konzernfirma	201
b) Konzernmarke	202
c) Anrechenbarer Markengebrauch innerhalb eines Konzerns	202
3. Lizenzierungen von Immaterialgüterrechten.	203
a) Konzernverkehr	203
b) Drittverkehr	203
E. Schlussbemerkungen	204
I. Sachliche Aspekte.	204
1. Pendenz der «grossen» OR-Revision	204
2. Postulate im Wettbewerbs- bzw. im Immaterialgüterrecht?.	205
a) Konzernwettbewerbsrecht	205
b) Konzernimmaterialgüterrecht	206
II. Persönliche Aspekte	206

A. Vorbemerkungen

I. Persönliche Aspekte

Am Ende des Frühlingsemesters 2009 wird ROLAND VON BÜREN als ordentlicher Professor an der Universität Bern emeritiert, nachdem er am 19. Februar 2009 seinen 65. Geburtstag feiern konnte. Beide Ereignisse sind Anlass, um den Jubilar mit der vorliegenden Festschrift (und mit einem kleinen Fest) nicht zuletzt wissenschaftlich zu würdigen. ROLAND VON BÜREN war sein ganzes juristisches Leben lang ein idealtypischer Wirtschaftsrechtler, d.h. er vereinigte und offenbarte sowohl praktische als auch theoretische Qualitäten¹ – dies rechtfertigt den Titel der Festschrift: «*Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*».

– *Praktisches Primat*: Zu Beginn seiner juristischen Laufbahn war ROLAND VON BÜREN vorwiegend in der *Praxis* des Wirtschaftsrechts tätig, die ihm vertieften Anschauungsunterricht für die spätere wissenschaftliche Tätigkeit bot – dies gilt insbesondere für die zwei Jahrzehnte dauernde Anstellung des Jubilars in einem internationalen Konzern in der Schweiz, in den USA und in Frankreich.

Im weiteren Verlauf seiner Juristenkarriere nahm ROLAND VON BÜREN u.a. das Präsidium der Schweizerischen Wettbewerbskommission (Weko)² wahr und amtierte als Präsident des Verwaltungsrats der grössten Schweizer Regionalbank³. Heute ist der Jubilar ausserdem als Konsulent in der Zürcher Wirtschaftsadvokatur aktiv⁴.

– *Theoretisches Primat*: In seinen akademischen Lehraktivitäten und insbesondere in seinen Forschungstätigkeiten an der Universität Bern, also sozusagen in der *Theorie* des Wirtschaftsrechts, zeichnete sich ROLAND VON BÜREN in fast 20 Jahren ebenfalls durch eine aussergewöhnliche Schaffenskraft⁵ aus:

Während⁶ seines Ordinariats⁷ sind knapp 80 Arbeiten (mit dem Jubilar als Einzel- oder als Co-Autor) veröffentlicht worden – darunter einige gewichtige Monographien zu den im Folgenden interessierenden drei Rechtsgebieten des Kon-

1 *Theorie* und *Praxis* sind nicht autark, d.h. kommen nicht in «Reinform» vor, sondern überschneiden und ergänzen sich in aller Regel – insofern sollte m.E. von einem *Primat* gesprochen werden.

2 1998–2002; generell: <http://www.weko.admin.ch>.

3 Allg.: <http://www.valiant.ch>; der Jubilar ist heute Verwaltungsratspräsident der *Valiant Holding AG* sowie der *Valiant Bank AG*.

4 Hierzu: www.wwp.ch.

5 Nur am Rande sei erwähnt, dass der Jubilar in der *Lehrtätigkeit glänzte* und zu den beliebtesten Professoren an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern gehörte, was sich Jahr für Jahr aus den Evaluationen der Studenten ergibt.

6 Bereits vor der Ernennung zum ordentlichen Professor nahm der Jubilar *verschiedene Lehraufträge* in den Bereichen des *Konzernrechts* sowie des *Immaterialgüterrechts* an der Universität Bern wahr.

7 Der Jubilar wurde im *Jahre 1992* zum Ordinarius für Handelsrecht, Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht ernannt.

zernrechts⁸ sowie des Wettbewerbs- und des Immaterialgüterrechts⁹. Ausserdem war ROLAND VON BÜREN über die Jahre hinweg als regelmässiger Referent im In- und im Ausland¹⁰ sowie als aktiver Herausgeber¹¹ im breiten Feld des Wirtschaftsrechts engagiert.

ROLAND VON BÜREN und der Unterzeichner – zur «ersten Assistenten-Generation» des Jubilars gehörend¹² – kennen sich seit dem Jahre 1992¹³:

Der Assistenzeit des Unterzeichners beim Jubilar (1992/1993) folgten verschiedene Lehraufträge¹⁴ an der Universität Bern und schliesslich im Jahre 2001 die erfolgreiche Habilitation¹⁵ mit der *Venia Docendi* für Wirtschafts- und für Privatrecht. Der Unterzeichner war ausserdem im Jahre 2004 als Referent am Symposium zum 60. Geburtstag von ROLAND VON BÜREN engagiert¹⁶. Schliesslich arbeiten wir seit mehr als drei Jahren, genauer seit dem 1. Oktober 2005, gemeinsam und kollegial (und erfolgreich) zusammen als Co-Direktoren am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern: www.iwr.unibe.ch.

II. Sachliche Aspekte

Die Wahl eines Themas für den Beitrag zu dieser Festschrift von ROLAND VON BÜREN war relativ einfach. Einerseits musste es sich um ein Themengebiet des Wirtschaftsrechts und andererseits, wenn möglich, um ein gemeinsames «Steckenpferd» bzw. um einen wissenschaftlichen Berührungspunkt mit dem Unterzeichner handeln. Somit war (i) das *Konzernrecht* quasi vorgegeben¹⁷ – doch dabei wird ein

8 ROLAND VON BÜREN, *Der Konzern*, Schweizerisches Privatrecht VIII/6 (2. A. Basel 2005).

9 ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* (3. A. Bern 2008).

10 Beispielsweise hielt der Jubilar in den letzten Jahren mehrfach erfolgreiche *Vorlesungs-Zyklen in der Türkei*, und zwar an der bekannten Universität Galatasaray in Istanbul.

11 Im Vordergrund stehen die langjährigen Herausgeberschaften des Jubilars zum *Schweizerischen Privatrecht* (SPR) und insbesondere zum *Schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* (SIWR) – beide: Helbing Lichtenhahn Verlag in Basel.

12 Der Jubilar hat den Unterzeichner anlässlich eines Referats im Jahre 1994 einmal öffentlich als seine «Null-Nummer» (sic!) bezeichnet – was wohl netter und positiver gemeint war, als bei erstem Vernehmen der Bemerkung hätte (miss-)verstanden werden können ...

13 Der Unterzeichner gehörte bereits der *Berufungskommission* an, die ROLAND VON BÜREN zum ordentlichen Professor an der Universität Bern vorschlug – insofern hat er sich seinen künftigen Chef «auswählen» können.

14 Themengebiete: Immaterialgüterrecht; Wettbewerbsrecht; Konzernrecht.

15 PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Habil. Bern 2001.

16 Referat des Unterzeichners am 23. April 2004 in Bern: «Börsengesellschaftsrecht – Einwirkungen des Kapitalmarktrechts (insbesondere des Börsengesetzes)» – unpubliziert.

17 Sowohl der Jubilar als auch der Unterzeichner lesen seit mehreren Jahren das *Konzernrecht an der Universität Bern*, und zwar völlig unabhängig voneinander, mit unterschiedlichen Schwergewichten und nicht auf einem einheitlichen Manuskript basierend – dafür verantwortlich ist der Jubilar, der im Jahre 2003 dem Unterzeichner (notabene ganz bewusst) sein eigenes «Konzernrechts-Manuskript» *nicht zur Verfügung* stellte, und zwar in

breites Feld geöffnet. Für den Unterzeichner wären unter dem Aspekt der eigenen Forschungsschwerpunkte wohl Themen des Konzerngesellschaftsrechts oder des Konzernbankrechts nahe liegend gewesen¹⁸.

Es wurde indes der herausfordernde Entscheid gefällt, zu den ursprünglichen wirtschaftsrechtlichen Spezialgebieten von ROLAND VON BÜREN – und damit ebenfalls zu «alten Lieben» des Unterzeichners¹⁹, die niemals ganz aus dem Herzen verschwunden waren – zurückzukehren²⁰, nämlich (ii) zum *Immaterialgüterrecht* sowie (iii) zum *Wettbewerbsrecht*, und zwar unter einem konzernrechtlichen Betrachtungswinkel. Diese Themen werden in der schweizerischen Literatur, immerhin mit der singulären Ausnahme des Jubilars²¹, meist nur am Rande abgehandelt. Dies muss erstaunen, spielen doch sowohl das Konzernwettbewerbsrecht als auch das Konzernimmaterialgüterrecht eine gewichtige Rolle in der Praxis.

Ein segmentiertes Denken ist einem überzeugenden und überzeugten Wirtschaftsrechtler wie ROLAND VON BÜREN fremd. Interlegale²² und sogar interdisziplinäre²³ Ansätze sowie «intellektuelle Kooperationen» stellen geradezu wirtschaftsrechtliche Wesenselemente dar. Die drei gewählten Themen des Wirtschaftsrechts – also: Konzernrecht, Wettbewerbsrecht sowie Immaterialgüterrecht – illustrieren diese «Vernetztheit» der Rechtsgebiete, indem es zu *Überlappungen* kommt bzw. kommen muss. Aufgrund der beschränkenden Platzvorgaben für die Festschrift können im Folgenden nur *Skizzen* zu den einzelnen Themen vorgelegt werden, die in Zukunft an anderer Stelle zu vertiefen sein werden²⁴.

der gut gemeinten Absicht, dass sozusagen ein «zweiter Weg» zu beschreiten sei (dadurch war der Unterzeichner «gezwungen», seine erste Vorlesung überhaupt realiter zu schreiben!).

- 18 Wie sich aus der Festschrift ergibt, waren im Übrigen bereits verschiedene Themen dazu «vergeben» und die entsprechende Zurückhaltung des Herausgebers erscheint selbstverständlich.
- 19 Der Unterzeichner hielt in seiner Assistenzzeit bei Prof. Dr. em. ROLF BÄR, dem der Jubilar als ordentlicher Professor folgte, in den Jahren 1991/1992 die *Repetitorien* zum Wettbewerbsrecht und zum Immaterialgüterrecht; ausserdem befasste sich der erste Aufsatz überhaupt des Unterzeichners mit immaterialgüterrechtlichen Themen: PETER V. KUNZ, Neuerungen auf bewährter Grundlage: Gesetzesrevisionen im Markenschutz- und Urheberrecht, recht 1993, 130ff.
- 20 Der Unterzeichner setzte sich immer wieder mit Fragestellungen zu diesen wirtschaftsrechtlichen Spezialgebieten auseinander – etwa: PETER V. KUNZ, Grundsätze zum Immaterialgüterrecht – Illustration am Beispiel des neuen Designgesetzes, recht 2002, 85 ff.
- 21 Hierzu: VON BÜREN (FN 8), 469 ff. sowie 521 ff.
- 22 Das Fachgebiet des *Wirtschaftsrechts* gehört zu keinem «klassischen» Legalbereich (also: Privatrecht oder öffentliches Recht oder Strafrecht), sondern bildet eher die Klammer – oder vielleicht sogar die Krone – dazu; es ist ein bleibendes Verdienst des Jubilars, auf diese *Unabhängigkeit* des Wirtschaftsrechts in seiner akademischen Tätigkeit immer und immer wieder gepocht zu haben.
- 23 Eine erfolgreiche Tätigkeit im Wirtschaftsrecht setzt in jedem Fall vertiefte *ökonomische* Kenntnisse voraus.
- 24 Der Unterzeichner arbeitet zurzeit an einer *konzernrechtlichen Monographie*, deren Fertigstellung aber nicht unmittelbar bevor steht; darin werden das Konzernwettbewerbsrecht sowie das Konzernimmaterialgüterrecht ebenfalls abgehandelt.

B. Ausgangslagen in der Schweiz

I. Konzernrecht

1. Rechtsquellen

In der Schweiz stellt der Terminus «*Konzernrecht*» einen *Oberbegriff* dar, unter den alle juristischen Aspekte, die mit sog. Konzernen²⁵ in mittelbarem oder in unmittelbarem Zusammenhang stehen, subsumiert werden; es kann zwischen zahlreichen *Unterbegriffen* differenziert werden – als Beispiele²⁶: (i) *Konzerngesellschaftsrecht*²⁷ (inklusive Konzernumstrukturierungsrecht)²⁸, (ii) *Konzernwettbewerbsrecht*²⁹, (iii) *Konzernimmateriälgüterrecht*³⁰, (iv) *Konzernsteuerrecht*³¹, (v) *Konzernbankrecht*³², (vi) *Konzernstrafrecht*³³, (vii) *Konzernrechnungslegungs-*³⁴ und *-revisionsrecht*³⁵ sowie (viii) *Konzernvertragsrecht*³⁶. Die praktische Wichtig-

25 Vgl. dazu hinten B.I.2.

26 Auf *weitere Unterteilungen* der Unterbegriffe, die ohne weiteres möglich sind, wird in aller Regel verzichtet.

27 Das *Konzerngesellschaftsrecht* stand (und steht weiterhin) im Vordergrund der meisten konzernrechtlichen Debatten; unbesehen dessen muss m.E. eine *Verallgemeinerung abgelehnt* werden – das Konzerngesellschaftsrecht stellt eine bloss Teilmenge des Konzernrechts dar, d.h. es handelt sich nicht um Synonyme; generell: KUNZ (FN 15), § 14 N 1ff. (zum sog. «unabhängigen» bzw. freien Aktionär im Konzern).

28 Generell: URS P. GNOS, *Die Praxis zur erleichterten Fusion von Konzerngesellschaften*, GesKR 2006, 189ff.

29 Vgl. dazu hinten C.

30 Vgl. dazu hinten D.

31 Generell: MARTIN ARZETHAUSER, *Konzerninterne Steuerplanung*, *SteuerRevue* 1999, 658ff.; RICHARD W. ALLEMANN/IVO P. BAUMGARTNER, *Steuerneutrale Übertragung von Vermögenswerten zwischen Konzerngesellschaften mit Minderheitsaktionären*, in: FS für P. Böckli, Zürich 2006, 137; RICHARD WERNER NIKLAUS ALLEMANN, *Die Gestaltung der Konzernspitze unter steuerlichen Aspekten*, Diss. St. Gallen 1997, 5ff.

32 Statt aller: SANDRO ABEGGLEN, *Der Bankkonzern in der Schnittmenge von Privatrecht und Aufsichtsrecht* (in der vorliegenden Festschrift); ADRIAN ANDERMATT, *Die konzerninterne Bekanntgabe von geschützten Bankkundendaten (...)*, GesKR 2007, 405ff.; WERNER DE CAPITANI, *Das Bankgeheimnis im Konzern (...)*, SZW 1996, 76ff.; ADRIANO MARGIOTTA, *Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranken eines bankkonzerninternen Informationsflusses?*, Diss. St. Gallen 2002, 120ff.

33 Übersicht: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/DIEGO R. GFELLER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern*, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen*, Basel 2007, 151ff.; MARTIN SCHUBARTH, *Konzernstrafrecht (...)*, SZW 2006, 161ff.; MARTIN SCHUBARTH/HENRY PETER, *Die Bedeutung der Swissair-Urteile des Bezirksgerichts Bülach für das Konzernstrafrecht*, SZW 2008, 45ff.

34 Dazu: HANS-PETER WYSS, *IKS im Konzern (...)*, ST 2007, 722ff.; DANIEL SUTER, *Konzernrechnung (...)*, ST 2008, 372ff.; STEPHAN GLANZ, *Prinzipien der Konzernrechnungslegung*, Diss. St. Gallen 1997, 5ff.; PETER BERTSCHINGER, *Konzernrechnungslegung und -prüfung in dynamischem Umfeld*, ST 1997, 375ff.; ROLF BACHMANN, *Bankkonzernrechnung: ein Konzept für die Schweiz unter Berücksichtigung nationaler und internationaler Rahmenbedingungen*, Diss. Zürich 1991, 5ff.

35 Gelegentlich wird selbst in der Praxis von Publikumsgesellschaften übersehen, dass mit dem *neuen Revisionsrecht* per 1. Januar 2008 der *Konzernprüfer abgeschafft* wurde: MAX BOEMLE, *Zögerlicher Abschied vom Konzernprüfer*, *Finanz und Wirtschaft* Nr. 36 (2008), 27.

keit der Konzerne in der Wirtschaftsrealität³⁷ führt zur grossen Bedeutung des Konzernrechts³⁸, das eine unabhängige Kategorie im Wirtschaftsrecht bildet.

Die schweizerische Rechtsordnung enthält de lege lata zwar (noch) *keine Konzernrechtskodifikation*, doch an der Existenz eines Konzernrechts bestehen keine Zweifel; es wäre m.a.W. falsch zu behaupten, dass es kein Konzernrecht in der Schweiz gibt.

Die konzernrechtlichen Rechtsquellen entspringen einerseits (vereinzelt) der *Rechtssetzung* – und allenfalls der sog. Selbstregulierung³⁹ – sowie andererseits der *Rechtsanwendung*. Generell-abstrakte Normen des Konzernrechts finden sich z.B. im Gesellschaftsrecht⁴⁰ (inklusive dem Umstrukturierungsrecht⁴¹), im Revisionsaufsichtsrecht⁴², im Steuerrecht⁴³ sowie im Bankrecht⁴⁴; die markanteste Fortentwicklung des Konzernrechts in der Schweiz erfolgt indes durch individuell-konkrete Entscheide – sei es durch Gerichtsurteile (z.B. zum Durchgriff oder zur Konzernhaftung⁴⁵) oder durch behördliche Entscheide⁴⁶.

36 Allg.: UWE H. SCHNEIDER, Der Einfluss der Konzernlage auf die Vertragsgestaltung – Vorüberlegungen zu einem Allgemeinen Teil des Konzernvertragsrechts, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern 1988, 175 ff.; ALEIDUS GERARD BOSMAN, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkung auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, 5 ff.; HANSJÖRG GRAF, Verträge zwischen Konzerngesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäfte, Diss. Bern 1988, 5 ff.; ENRICO FRITZ, Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR 2006, 325 ff.; THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff.; CAROLINE KIRCHSCHLÄGER, Gültigkeit einer Kündigung im Konzernverhältnis (...), AJP 2007, 787 ff.

37 Da Konzerne nicht rechtsfähig sind und *nicht im Handelsregister* eingetragen werden können, fehlen Statistiken zu deren Status quo; nichtsdestotrotz wird davon ausgegangen, dass *etwa 70 Prozent* aller AG in der Schweiz konzerniert seien.

38 Ohne diesen Bezug: LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel 1992, 16 ff.

39 Beispielweise hält das sog. *Zusatzreglement zur Kotierung von Investmentgesellschaften* an der SIX Swiss Exchange fest, dass *Konzerne* eben gerade *keine Investmentgesellschaften* sind: Art. 3 Abs. 4 ZR-IG-SIX.

40 Auswahl: Art. 663e OR, 652a Abs. 1 Ziff. 5, 662, 663a Abs. 4, 727, 728a OR.

41 Bei (i) *Mutter-/Tochterfusionen* bzw. bei (ii) *Schwester-/Schwesterfusionen* sieht das Umstrukturierungsrecht unter gewissen Voraussetzungen erhebliche Erleichterungen vor: Art. 23f. des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2000 über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz FusG; SR 221.301).

42 Revisionsaufsichtsgesetz vom 16. Dezember 2005 (RAG; SR 221.302): Art. 11 Abs. 1 lit. a RAG versteht die *Unabhängigkeit* der Revisionsstelle u.a. unter Konzern-Aspekten; ausserdem: Art. 8 Abs. 1 lit. c/lit. d RAG.

43 Auswahl: Art. 24 Abs. 3 lit. d, 24 Abs. 3^{bis}, 24 Abs. 3^{ter}, 24 Abs. 3^{quater}, 28 Abs. 1 (Beteiligungsabzug), 28 Abs. 2 (Holdingprivileg) des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14); Art. 61 Abs. 1 lit. d, 61 Abs. 2 und 3, 69, 70 Abs. 5, 207a Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11).

44 Auswahl: Art. 3b ff. des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) (sog. Gruppenaufsicht).

45 Beispielsweise begründete das *Bundesgericht* ohne legislative Grundlage das für die Schweiz neuartige Rechtsinstitut des sog. *Konzernvertrauens*: BGE 120 II 331 (Swissair); in der Folge: BGE 124 III 297 (Motor-Columbus); generell: BEAT BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998, 5 ff.

46 Als Beispiel (für das Konzernbankrecht) kann eine Verfügung vom 1. September 1989 der

2. *Begriffliches sowie Meinungsstreitigkeiten*

Die aktuelle⁴⁷ *Legaldefinition des Konzerns* findet sich etwas versteckt im aktienrechtlichen (sic!) Rechnungslegungsrecht – was notabene die AG m.E. konzeptionell zu unrecht als prototypische Konzerngesellschaft präjudiziert – wie folgt: «Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), so erstellt sie eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung)»⁴⁸, der Begriff des Konzerns ergibt sich aus dem Tatbestand zur zwingenden Rechtsfolge der Konsolidierung der Jahresrechnung.

Somit umfasst der Konzernbegriff ein quantitatives⁴⁹ und ein qualitatives⁵⁰ Element, d.h. es handelt sich um eine *Gruppe* von Gesellschaften bzw. (korrekter) von Unternehmen, die zwar *juristisch selbständig*, aber *wirtschaftlich nicht unabhängig* sind. Ein Konzern ist weder rechts- noch handlungsfähig; folglich sind Konzerne weder aktiv- noch passivlegitimiert.

Das Konzernrecht erweist sich als äusserst lebendiges Wirtschaftsrecht, das oftmals zu *konträren Lehrmeinungen* mit meist praktischen Folgen führt, ja führen muss. Der Jubilar schreckte niemals vor entsprechenden Auseinandersetzungen in der Doktrin zurück. Für solche Meinungsstreitigkeiten können drei Beispiele bzw. Fragestellungen erwähnt werden, nämlich: (i) Kann der Konzern als *einfache Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR) qualifiziert werden?⁵¹ (ii) Inwiefern begründen – im Zusammenhang mit der Konzernhaftung – sog. *Konzernerklärungen* ein Konzernvertrauen?⁵² (iii) Beruht die *einheitliche Leitung* in einem Konzern auf einem «Einordnungskonzept» oder auf einem «Verhandlungskonzept»?⁵³

Eidgenössischen Bankenkommission (vormals: EBK – heute: FINMA) betreffend *Eigenmittelunterlegung* der Schweizerischen Kreditanstalt (SKA) für ihre *Tochtergesellschaften* bezeichnet werden – bestätigt vom Bundesgericht mit Urteil vom 11. Dezember 1990: BGE 116 Ib 331; hierzu: BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Das Eigenkapital im Bankkonzern, SZW 1991, 141 ff.

47 Der *Begriff des Konzerns* steht zurzeit zur Diskussion in der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision: Vgl. dazu hinten E.I.1.

48 Art. 663e Abs. 1 OR; allg.: ROLAND VON BÜREN, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Hrsg. R. von Büren et al., Bern 1993, 47 ff.

49 Mindestzahl von *zwei Konzerngesellschaften*, d.h. immer *eine Muttergesellschaft* (Synonyme: Obergesellschaft, herrschende Gesellschaft) sowie mindestens *eine Tochtergesellschaft* (Synonym: abhängige Gesellschaft).

50 Die wirtschaftliche einheitliche Leitung, d.h. die *Macht zu sagen*, «*wo's lang geht*», bildet den «*Leim*» des Konzerns.

51 HENRY PETER/FRANCESCA BIRCHLER, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW 1998, 113 ff.; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL HUBER, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 1998, 213 ff.; nunmehr jüngst: HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER, Pourquoi les groupes de sociétés sont parfois des sociétés simples – une duplique.

52 HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIA WALTER, Konzernklärung und Konzernvertrauen, SZW 2001, 53 ff.; ROLAND VON BÜREN, Haftung aus Konzernvertrauen – Die Geschichte vom Schaf im Wolfspelz, in: FS für H. Hausheer, Bern 2002, 631 ff., v.a. 639 ff.

53 PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 11 N 237 ff.; ROLAND VON BÜREN, Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, in: FS für P. Böckli, Zürich 2006, 429 ff.

II. Marktwirtschaftlicher Ansatz des Wirtschaftsrechts

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Schweiz verfügt über eine *marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung*, deren Grundlage die sog. *Wirtschaftsfreiheit* ist⁵⁴. Dieses Grundrecht wird durch die Bundesverfassung sichergestellt: «Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet»⁵⁵. Zentrale Voraussetzung für die Wirtschaftsordnung stellt das Bestehen von *Wettbewerb* zwischen den Marktteilnehmern dar. Der Wettbewerb wird ebenfalls verfassungsrechtlich garantiert⁵⁶:

«Sie [nämlich die Wirtschaftsfreiheit] umfasst insbesondere (...) den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung»⁵⁷. Ausserdem sind «Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, (...) nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind»⁵⁸. Das *Wettbewerbsrecht*, das über zwei verschiedene Komponenten verfügt⁵⁹, soll den Wettbewerb in der Wirtschaftsrealität gewährleisten.

2. Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im Allgemeinen

Das *Wettbewerbsrecht* gehört zum Wirtschaftsrecht⁶⁰. Dieses wirtschaftsrechtliche Spezialgebiet kommt (in unterschiedlichen Ausgestaltungen) bei *zwei Krankheitsbildern* zum Tragen⁶¹, nämlich, wenn einerseits der Wettbewerb «überbordnet», d.h. wenn sozusagen «zu viel» Wettbewerb⁶² vorhanden ist, sowie, wenn andererseits – als Gegenpol – ein Wettbewerb fehlt, d.h. wenn sozusagen «zu wenig» Wettbewerb⁶³ besteht⁶⁴. Das Wettbewerbsrecht kann somit m.E. als pathologisches Rechtsgebiet verstanden werden.

54 Allg.: KLAUS A. VALLENDER, Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, 677 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 779 ff.

55 Art. 27 Abs. 1 BV.

56 Zur Kartellgesetzgebung: JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, 637 ff.

57 Art. 27 Abs. 2 BV; damit wird insbesondere das *Prinzip der Wettbewerbsneutralität* sichergestellt: RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N 2884.

58 Art. 94 Abs. 4 BV.

59 *Lauterkeitsrecht* sowie *Kartellrecht*: Vgl. dazu hinten B.II.2.

60 Statt aller: DANIEL GIRSBERGER/ANDREAS FURRER/PETER KRUMMENACHER, Wirtschaftsrecht, Zürich 2006, 33 ff. (Kartellrecht) sowie 77 ff. (Lauterkeitsrecht).

61 KUNZ (FN 20), 86 FN 11.

62 In dieser Konstellation wird die *Qualität des Wettbewerbs* geschützt, und zwar durch das *Lauterkeitsrecht*: Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

63 Schutzobjekt in dieser Situation ist die *Existenz des Wettbewerbs*, und zwar durch das *Kartellrecht*: Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

64 Das *Verhältnis* zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht ist in der Lehre umstritten; teils wird – m.E. überzeugend – das Trennende (sog. Trennungs-Theorie) der beiden Rechtsgebiete betont, teils aber auch das Verbindende (sog. Einheits-Theorie).

Das *Immaterialgüterrecht*, das traditionellerweise⁶⁵ – und historisch bedingt⁶⁶ sowie teils aus Gründen des Rechtsschutzes⁶⁷ – unterteilt wird in das *Urheberrecht* sowie in den *gewerblichen Rechtsschutz*, gehört ebenfalls zum Wirtschaftsrecht⁶⁸. Das Immaterialgüterrecht schützt bestimmte spezialgesetzliche, *immaterielle Güter* oder m.a.W. geistiges Eigentum («intellectual property»)⁶⁹. Obwohl das Immaterialgüterrecht auf zahlreichen Einzelgesetzen⁷⁰ basiert, kann eine Art von Allgemeinem Teil erkannt werden (z.B. Prinzipien der Registrierung sowie der beschränkten Schutzdauer sowie der Erschöpfung)⁷¹.

Das *Verhältnis* zwischen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht ist *relativ komplex* und nicht ohne weiteres fassbar⁷². Es gibt nämlich sowohl Ausnahmen als auch Ergänzungen sowie Überschneidungen der beiden verwandten Rechtsgebiete⁷³:

Der *originäre Antagonismus* der Rechtsgebiete kommt sicherlich darin zum Ausdruck, dass das Immaterialgüterrecht nämlich Ausschliesslichkeitsrechte⁷⁴ schützt, also – etwas trivialisiert – *Quasi-Monopole*, die sich a priori mit einem freien *Wettbewerb nicht vertragen*; es geht m.a.W. um eine «Infragestellung des Wettbewerbs infolge Monopolisierung»⁷⁵. Doch eine solche Betrachtungsweise fiele zu kurz, sind doch mit den Immaterialgüterrechten ebenfalls positive und wettbewerbsfördernde⁷⁶ Aspekte verbunden⁷⁷. Im Übrigen gibt es zahlreiche *Kreuzungspunkte*

65 Diese Tradition ist *inhaltlich* zwar heute *nicht mehr gerechtfertigt*, liegt aber z.B. weiterhin der Einteilung der Systematischen Sammlung des Bundesrechts zugrunde: SR 231 = Urheberrecht; SR 232 = gewerblicher Rechtsschutz (z.B. Markenrecht, Designrecht, Patentrecht).

66 Hinweise: KUNZ (FN 20), 86 FN 19.

67 In einigen Kantonen verläuft der Rechtsschutz zum (i) Urheberrecht über die *Obergerichte* sowie zum (ii) gewerblichen Rechtsschutz über die *Handelsgerichte*.

68 GIRSBERGER/FURRER/KRUMMENACHER (FN 60), 157 ff.

69 Zum Begriff: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 2.

70 Die einzelnen Immaterialgüterrechte gehören – etwas verallgemeinernd – im materiellen Gehalt entweder (i) zum sog. *Kennzeichenrecht* (z.B. Marken oder Firmen) oder (ii) zum sog. *Technikrecht* (Patentrecht und Recht des technischen Know-how) oder (iii) zum sog. *Ästhetikrecht* (Urheberrecht und Designrecht).

71 Übersicht: KUNZ (FN 20), 93 ff.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 5 f.

72 Dazu: KUNZ (FN 20), 86 f. m.w.H.

73 Zusammenfassend werden das Wettbewerbsrecht i.e.S. einerseits sowie das Immaterialgüterrecht andererseits als *Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne* bezeichnet – als Beispiel: KUNZ (FN 20), 86; MARIO M. PEDRAZZINI/FEDERICO A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb – UWG, 2. A., Bern 2002, RZ 3.04.

74 Statt aller: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 2.

75 KUNZ (FN 20), 86; zudem: FRANÇOIS DESSEMONTET, Einführung: Immaterialgüterrecht und Privatrecht, SIWR I/1, 2. A., Basel 2002, 17 ff.

76 Ohne den Schutz von geistigem Eigentum würden z.B. die Forschung und Entwicklung blockiert; insofern bilden die Immaterialgüterrechte eigentliche *Anreize* für den wirtschaftlichen Fortschritt.

77 Aus diesem Grund findet das *Kartellrecht* – als Ausnahmeregelung – *keine* Anwendung auf die Immaterialgüterrechte: «Nicht unter das [Kartellgesetz] fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben» (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG), detailliert: GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, 185 ff.

zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Immaterialgüterrecht⁷⁸, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann.

C. Konzernwettbewerbsrecht

I. Lauterkeitsrecht – Ausgangslage

Die rechtshistorischen Wurzeln des Lauterkeitsrechts reichen bis ins 19. Jahrhundert zurück⁷⁹. Im Allgemeinen bezweckt das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bzw. das *Lauterkeitsgesetz*, den «lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten»⁸⁰. Zentrale Voraussetzung für ein unlauteres Verhalten ist prinzipiell die Beeinflussung des «Verhältnis[ses] zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern»⁸¹.

Nebst dem *Grundtatbestand* gemäss Art. 2 UWG gibt es zahlreiche *Sondertatbestände* gemäss Art. 3 ff. UWG, deren Verletzungen mit Strafbarkeitsdrohungen verbunden sind⁸². Zur *Klage berechtigt* ist jedermann, der «durch unlauteren Wettbewerb in seinem Geschäftsbetrieb oder in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt» ist⁸³.

Das Lauterkeitsrecht – anders als z.B. das erwähnte Gesellschaftsrecht⁸⁴ – enthält zwar *keine konzernrechtlichen* Sonderregelungen. Nichtsdestotrotz stehen die Konzerngesellschaften in der Wirtschaftsrealität im Wettbewerb (wenn auch nicht untereinander, so mindestens mit Dritten). Es stellt sich deshalb die Frage, ob das *Lauterkeitsrecht anwendbar* ist in Konzernsachverhalten oder nicht⁸⁵, und zwar auf der Aktivseite⁸⁶ und auf der Passivseite⁸⁷.

78 Beispiele: (i) Das Kartellgesetz bleibt anwendbar bei Einfuhrbeschränkungen (z.B. bei Parallelimporten – Markenrecht: BGE 122 III 469; BGE 105 II 49; Urheberrecht: BGE 124 III 321; sic! 1988 569ff.; Patentrecht: BGE 126 III 129), die sich aus dem Immaterialgüterrecht ergeben (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG); (ii) das Lauterkeitsrecht bzw. Art. 3 lit. d UWG (sog. Ausstattungsschutz) stellt eine Ergänzung des Kennzeichenrechts dar – zum letzteren Thema: ANDREAS GUBLER, *Der Ausstattungsschutz nach UWG*, Diss. Bern 1990, 5ff.; zudem: BGE 116 II 365 (Nivea v. Jana).

79 PETER MÜNCH/NOA H. BACCHETTA, *Lauterkeitsrecht*, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, RZ 1.47.

80 Art. 1 UWG.

81 Art. 2 UWG.

82 Art. 23 UWG.

83 Art. 9 Abs. 1 UWG; dem Verletzten oder dem Bedrohten stehen *verschiedene Reaktionsmöglichkeiten* zur Verfügung, nämlich etwa Verbots- oder Beseitigungs- oder Feststellungsklage oder Ansprüche auf Berichtigung oder auf Schadenersatz (detaillierter: Art. 9 Abs. 1 – Abs. 3 UWG).

84 Vgl. dazu vorne B.I.1.

85 Vgl. dazu hinten C.III.1.a.

86 Kläger bzw. *Anspruchsberechtigter* gemäss UWG, d.h. angeblicher UWG-Verletzter.

87 Beklagter bzw. «*In-Anspruch-Genommener*» gemäss UWG, d.h. angeblicher UWG-Verletzender.

II. Kartellrecht – Ausgangslage

Im Allgemeinen bezweckt das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen bzw. das *Kartellgesetz* (KG), «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern»⁸⁸. Es handelt sich dabei – anders als in anderen Länderordnungen – um eine *Missbrauchsgesetzgebung* und nicht um eine Verbotsgesetzgebung⁸⁹.

Dabei können drei pathologische Szenarien unterschieden werden, nämlich (i) unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bzw. Kartelle⁹⁰, (ii) unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen⁹¹ sowie (iii) Unternehmenszusammenschlüsse⁹².

Das Kartellgesetz – ähnlich wie z.B. das Lauterkeitsrecht⁹³ – enthält *keine konzernrechtlichen* Sonderregelungen; anders verhält es sich hingegen auf der kartellrechtlichen Verordnungsstufe⁹⁴. Die Konzerngesellschaften stehen in der Wirtschaftsrealität im Wettbewerb mit Dritten, allerdings nicht untereinander. Es stellt sich deshalb ebenfalls die Frage, ob das *Kartellrecht anwendbar* ist bei Konzernsachverhalten oder nicht⁹⁵, wobei zwischen den drei kartellrechtlichen Tatbeständen differenziert werden soll.

III. Spezialfragen

1. Persönlicher Geltungsbereich

a) Lauterkeitsrecht

Das UWG gilt für natürliche Personen sowie für juristische Personen, und zwar sowohl *aktiv* als auch *passiv*, d.h. der persönliche Geltungsbereich ist *umfassend*. Konzerngesellschaften nehmen am Wirtschaftsverkehr teil wie «normale» Marktteilnehmer, und zwar sowohl mit anderen Gesellschaften *desselben Konzerns* (sog. Konzernverkehr) als auch mit *konzernfremden* Dritten (sog. Drittverkehr). In Bezug auf das UWG verhält es sich wie folgt:

88 Art. 1 KG.

89 Trotz *konzeptionellen Differenzen* in vielen Ländern liegt meist eine *faktische Annäherung* vor, was eine weitgehende internationale Rechtsvereinheitlichung belegt – dies gilt selbst für die jüngsten legislativen Ergebnisse in China.

90 Art. 5f. KG.

91 Art. 7f. KG.

92 Art. 9ff. KG; wichtig in diesem Zusammenhang ist ausserdem die bundesrätliche Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4).

93 Vgl. dazu vorne C.I.

94 In der erwähnten Zusammenschlussverordnung erscheinen zwei Konzernbegriffe, nämlich «Mutterunternehmen» (Art. 5 Abs. 1 lit. b VO) sowie «Tochterunternehmen» (Art. 5 lit. a VO).

95 Vgl. dazu hinten C.III.1.b

- *Drittverkehr*: M.E. gelangt das UWG zur Anwendung im Drittverkehr, weil es auf der Aktivseite und auf der Passivseite *keine Rolle* spielt, ob ein involvierter Verkehrsteilnehmer (sozusagen: zusätzlich) als Konzerngesellschaft fungiert oder nicht. Es liegt also keine konzernwettbewerbsrechtliche Sondersituation vor.
- *Konzernverkehr*: Die Anwendbarkeit des UWG setzt heute *kein* Wettbewerbsverhältnis (mehr) voraus⁹⁶, d.h. es genügt, wenn das Verhältnis «zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst» wird⁹⁷. Aus diesem Grund kann m.E. zwischen Konzerngesellschaften das *Lauterkeitsrecht angewendet* werden. Dies scheint in Einzelfällen nicht bloss ein theoretisches, sondern ein durchaus mögliches Szenario zu sein⁹⁸.

Als *Regelfall* kommt es *konzernintern nicht* zu (öffentlichen) UWG-Streitigkeiten, obwohl der persönliche Geltungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls Konzerngesellschaften umfasst; also: *UWG-Anwendbarkeit* ist *im Konzernverkehr* gegeben. Vielmehr wird die herrschende Gesellschaft im Konzern aufgrund ihrer einheitlichen Leitungsmacht zwischen den betroffenen Konzerngesellschaften entweder «vermitteln» oder schlicht sagen, «wo's lang geht». Insofern kommt dem *Konzernrecht* gegenüber dem Lauterkeitsrecht regelmässig die *Priorität* zu – mindestens faktisch!

b) Kartellrecht

aa) Konzerne als Kartelle?

Es ist eine der Zentralfragen des Konzernwettbewerbsrechts, *ob* das Kartellrecht *überhaupt* – und wenn ja: inwiefern es – auf Konzerne zur Anwendung gelangt; diese grundlegende Fragestellung (also: Kann ein Konzern ein sog. *Kartell* sein?⁹⁹) ist weder neu noch auf die Schweiz begrenzt¹⁰⁰. Der Anwendungsbereich des Kar-

96 Statt aller: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 1057; das «*Verhältnis zwischen Mitbewerbern*» stellt nur, aber immerhin *eine Variante* des Tatbestandes gemäss Art. 2 UWG dar.

97 Art. 2 a.E. UWG.

98 Zu denken ist etwa an das Beispiel von *Migros/Denner*: Migros «übernahm» bekanntlich Denner im Jahre 2007, und zwar zu 70 Prozent, wodurch Denner *gesellschaftsrechtlich konzerniert* wurde, muss aber weiterhin aufgrund *kartellrechtlicher Auflagen* diese Konzerngesellschaft für eine gewisse Zeit in der «*Unabhängigkeit*» (z.B. betreffend von Migros unabhängige Mitglieder des Verwaltungsrats) belassen: RPW 2008/1, 129 ff sowie 207 f. (Dispositiv mit Auflagen); zumindest während diesem Zeitraum könnten durchaus UWG-Situationen zwischen (i) der Migros-Tochter *Denner* und (ii) *anderen* Migros-Töchtern entstehen.

99 Legaldefinition des *Kartells* gemäss Art. 4 Abs. 1 KG: «Als Wettbewerbsabreden [= Kartelle] gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken»; zur Thematik: RPW 2004/2, RZ 55 ff. m.w.H.

100 Als (rechtsvergleichendes und bereits etwas älteres) Beispiel erwähnt: WOLFGANG HARMS, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen – Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung*, Habil. Universität Mainz 1968, 32 ff.

tellgesetzes ist gemäss Art. 2 Abs. 1 KG *umfassend*, d.h. für *alle Unternehmen* des privaten und öffentlichen Rechts¹⁰¹.

- *Drittverkehr*: Keine Zweifel dürften in dieser Konstellation herrschen. Wenn eine Konzerngesellschaft mit einer Drittgesellschaft, die also nicht zum gleichen Konzern gehört, ein *Kartell bildet*, müssen sie sich m.E. an den «üblichen» kartellrechtlichen Massstäben messen lassen, d.h. Art. 5 f. KG gelangen zur Anwendung¹⁰².
- *Konzernverkehr*: Ein Konzern qualifiziert zwar *nicht* als «Unternehmen» gemäss Art. 2 Abs. 1 KG, weil es sich um eine *Gruppe* handelt¹⁰³, doch wurde ergänzt: «unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform»¹⁰⁴. Ein Teil der Lehre macht geltend, dass *Konzernabreden* durchaus Kartelle darstellen können¹⁰⁵; die herrschende Meinung¹⁰⁶ und mit ihr die Praxis¹⁰⁷ verneinen dies aber – regelmässig zu Recht, weil zwischen Konzerngesellschaften als Folge der einheitlichen Leitung *kein Wettbewerb* bestehen kann¹⁰⁸, der mittels Abrede beeinträchtigt oder ausgeschlossen werden könnte¹⁰⁹.

Ein Caveat muss indessen für *konzernkartellrechtliche Sondersituationen* gemacht werden. Wenn beispielsweise bei einer Unternehmensübernahme – wie beim prominenten Fall von Migros/Denner¹¹⁰ – die gesellschaftsrechtliche Konzernierung *kartellrechtlich «unterlaufen»* wird (z.B. durch entsprechende Auflagen der We-

101 Im Jahre 2007 war erstmals ein öffentlichrechtliches Unternehmen, nämlich *armasuisse*, von einer *Vorabklärung der Weko* betroffen unter dem Aspekt von Art. 7 KG, und zwar wegen der Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH): RPW 2007/4, 517 ff. (Schlussbericht vom 7. August 2007) – die Vorabklärung wurde ohne Folgen eingestellt (a.a.O. 525).

102 Gl.M.: VON BÜREN (FN 8), 471 m.w.H. in FN 15.

103 Vgl. dazu vorne B.I.2.

104 Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

105 Jüngst: PATRICK L. KRAUSKOPF/SOPHIE HENCKEL, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, 740 ff. sowie insbesondere 747 ff.

106 Spezifisch: CHRISTOPH G. LANG/RETO M. JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern: Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2007, 299 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, N 256 a.E.: «Für konzerninterne Beziehungen gilt das Kartellgesetz nicht (...)»; VON BÜREN (FN 8), 470 ff.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 1245 sowie N 1326; allg.: BRUNO SCHMIDHAUSER, Der Begriff der «mehreren Unternehmen» im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, in: FS für R. Zäch, Zürich 1999, 429 ff.

107 RPW 2004/1, 87 RZ 12.

108 Bei der sog. «*Intra-Enterprise-Competition*» kann höchstens von einem «*geduldeten Wettbewerb*» gesprochen werden: BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N 6 zu Art. 2 KG m.w.H.; PHILIPP CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, Diss. Zürich 2007, RZ 490; es gibt konzernintern keine sog. «*intra corporate conspiracy*»: VON BÜREN (FN 8), 471.

109 Art. 4 Abs. 1 a.E. KG; in der Schweiz gilt m.E. ein sog. *kartellrechtliches Konzernprivileg* in Bezug auf die *Kartelle* – die anderen beiden KG-Tatbestände sind noch zu untersuchen: Vgl. dazu hinten C.III.1.b.bb/cc.

110 Verfügung der Weko vom 3. September 2007 betreffend Migros/Denner: RPW 2008/1, 129 ff.

ko)¹¹¹, bleibt im Einzelfall zwischen den Konzerntochtergesellschaften eben doch zumindest ein *minimaler Realwettbewerb* bestehen¹¹². Ob in einer solchen spezifischen Konstellation weiterhin gesagt werden könnte, dass Abreden zwischen Tochtergesellschaften *keine Kartelle* darstellen (können), erscheint m.E. zumindest *zweifelhaft*, d.h. eine Konzernprivilegierung müsste hier hinterfragt werden – die Problematik sollte bei anderer Gelegenheit vertiefter untersucht werden.

bb) Konzerne als marktbeherrschende Unternehmungen?

Als sog. *marktbeherrschende Unternehmen* gelten «einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (...) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten»¹¹³. Der Konzernbegriff wird bereits durch die Referenz auf «mehrere Unternehmen» abgedeckt, und tatsächlich stellt ein externes Unternehmenswachstum – gerade auch durch Konzernierungen – einen Paradefall für das Entstehen marktbeherrschender Unternehmen dar¹¹⁴.

M.E. kann ein Konzern extern (i) im *Drittverkehr* als marktbeherrschendes Unternehmen qualifiziert werden¹¹⁵ – anders aber intern (i) im *Konzernverhältnis* zwischen den Konzerngesellschaften¹¹⁶. Die Lehre hält zum ersten Aspekt fest: «[D]er Konzern als Ganzes [fällt] unter den Geltungsbereich des KG, wenn Konzernunternehmen mit konzernexternen Konkurrenten in Kontakt treten, sofern das herrschende Unternehmen seine abhängigen Unternehmen effektiv kontrollieren kann und diese Kontrollmöglichkeit auch tatsächlich wahrnimmt»¹¹⁷.

cc) Unternehmenszusammenschlusskontrolle bei Konzernen?

Art. 4 Abs. 3 KG sieht als Legaldefinition für die Unternehmenszusammenschlüsse bzw. die «Fusionen», die kartellrechtlich bedeutsam sind, vor was folgt: «Als Unternehmenszusammenschluss gilt: [a] die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander

111 M.E. fragwürdig, weil in *Verkenning konzernrechtlicher Prinzipien*, wurde Migros u.a. verpflichtet, «Denner juristisch, organisatorisch und operationell selbstständig zu belassen»: RPW 2008/1, 207 (Dispositiv Ziff. 1. 1).

112 Im konkreten Fall von *Migros/Denner* wurde seitens der *Weko verfügt*, dass Denner beispielsweise eine «eigenständige Preis- und Aktionspolitik» und eine «eigenständige Sortimentspolitik» betreiben und die «Marke Denner (...) im Markt erhalten» bleiben müsse: RPW 2008/4, 207 (Dispositiv Ziff. 1 2. a)/b)/f).

113 Art. 4 Abs. 2 KG.

114 In diesem Sinne: ZÄCH (FN 106), N 92.

115 Details: VON BÜREN (FN 8), 472 ff.; PATRIK DUCREY, Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht, SZW 2004, 407 ff.

116 Insofern besteht ebenfalls ein sog. *kartellrechtliches Konzernprivileg*, d.h. die *einheitliche Leitung* geht dem Kartellrecht vor; beispielsweise kann sich m.E. eine abhängige Konzerngesellschaft nicht gegen Weisungen der Muttergesellschaft zur Wehr setzen und in diesem Zusammenhang kartellrechtlich argumentieren – eine Überlegung, die ansonsten durchaus interessant sein könnte für *freie Gesellschafter* in abhängigen Gesellschaften eines Konzerns; allg.: VON BÜREN (FN 8), 473.

117 Zitat: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 1245; zudem: CANDREIA (FN 108), RZ 448 ff.

der unabhängigen Unternehmen; [b] jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen». Diese gesetzliche Ausgangslage führt zur folgenden Differenzierung:

- *Drittverkehr*: Die Lehre hält fest, dass das Kartellrecht auf Fusionen bzw. auf Unternehmenszusammenschlüsse von Konzerngesellschaften nur, aber immerhin mit *Dritten anwendbar* ist¹¹⁸, d.h. bei sog. *exogenem* Konzernwachstum¹¹⁹. Dies ergibt sich m.E. ohne weiteres schon aus dem Gesetzestext¹²⁰.
- *Konzernverkehr*: Konzerngesellschaften sind hingegen *nicht voneinander unabhängig*, so dass bereits die Tatbestandsvoraussetzungen gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. a und b KG nicht erfüllt werden. Auf *konzerninterne* Unternehmenszusammenschlüsse¹²¹ (und konsequenterweise ebenfalls bei sog. *endogenem* Konzernwachstum¹²²) findet das Kartellrecht m.E. *keine* Anwendung¹²³, was ebenfalls konsequent erscheint¹²⁴.

Dass *konzerninterne* Unternehmenszusammenschlüsse – wie bereits Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen – vom Kartellrecht generell *ausgenommen* sind, erscheint sinnvoll. Es geht bei diesen Konstellationen nämlich nicht um Wettbewerbsbeeinflussungen, sondern vielmehr um gesellschaftsrechtliche oder sonst wie motivierte *Restrukturierungen*, die *kartellrechtlich nicht behindert* werden sollten¹²⁵. Eine Zurückhaltung des Wettbewerbsrechts im Allgemeinen sowie des Kartellrechts im Besonderen erscheint vor dem *fehlenden* pathologischen Hintergrund¹²⁶ einer *konzerninternen* Situation angebracht.

118 Statt aller: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 1327.

119 PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: SIWR V/2 – Kartellrecht, Basel 2000, 235; bereits: VON BÜREN (FN 8), 489.

120 Art. 4 Abs. 3 KG: *bisher voneinander unabhängige* Unternehmen (lit. a); Kontrolle über (...) *bisher unabhängige* Unternehmen (...) erlangen (lit. b).

121 Beispiele: (i) erleichterte Fusionen gemäss Art. 23f. *FusG*; (ii) *Ausbau der Beteiligung* an einer *bisherigen* Konzerngesellschaft (z.B. wird die Beherrschung von 70 Prozent auf 90 Prozent erhöht durch Erwerb weiterer Beteiligungspapiere); DUCREY (FN 119), 235 m.w.H. in FN 14 – sollte aber mit dem Beteiligungserwerb überhaupt erst eine *Konzernierung erfolgen* (also z.B. eine Erhöhung von 40 Prozent auf 60 Prozent vorliegen), geht es m.E. noch um den *Drittverkehr*, so dass eine *kartellrechtliche Fusionskontrolle* vorgenommen werden muss.

122 Gründung von neuen *abhängigen* Konzerngesellschaften: VON BÜREN (FN 8), 489; DUCREY (FN 119), 234f. m.w.H.

123 Statt aller: DUCREY (FN 119), 235; RUDOLF TSCHÄNI, Zusammenschlusskontrolle (Merger Filing), in: M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, RZ 7; es liegt m.a.W. eine weitere sog. *kartellrechtliche Konzernprivilegierung* vor.

124 Zwar werden in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen in Art. 5 Abs. 1 lit. a/lit. b «Tochterunternehmen» sowie «Mutterunternehmen» erwähnt, doch einzig im Hinblick auf den *Umsatz* als beteiligte Unternehmen «*post festum*».

125 Der Interventionsmassstab gemäss Zweckbestimmung liegt in der *Förderung des Wettbewerbs* (Art. 1 KG), der durch *konzerninterne* Massnahmen *nicht negativ beeinflusst* wird.

126 Vgl. dazu vorne B.II.2.

2. Sanktionierungen

a) Lauterkeitsrecht

Konzernen kommt keine Rechtspersönlichkeit zu¹²⁷, so dass sie als solche weder klagen noch beklagt werden können (oder auch *keine Sanktionen* einleiten bzw. davon betroffen sein können). Konzerne sind somit weder aktivlegitimiert noch passivlegitimiert, und dies trifft sowohl im Privatrecht, im Strafrecht als auch im Verwaltungsrecht zu. Nichts Anderes gilt bei allfälligen *lauterkeitsrechtlichen* – anders als bei kartellrechtlichen¹²⁸ – Sanktionierungen.

Sollten im Zusammenhang mit Konzernen beispielsweise irgendwelche Zivilklagen¹²⁹ oder ebenfalls Strafanzeigen¹³⁰ zur Debatte stehen, geht es – sowohl auf der Aktiv- als auch auf der Passivseite – einzig um die betroffene(n) *Konzerngesellschaft(en)*. Hierbei muss m.E. eine *konsolidierte* Betrachtung *abgelehnt* werden, d.h. die «Betroffenheit» muss sich ausschliesslich auf die in Frage stehende Gesellschaft und *nicht auf den Konzern* beziehen¹³¹.

b) Kartellrecht

Im Lauterkeitsrecht stehen Sanktionierungen¹³² relativ selten zur Debatte, und zwar nicht allein im Konzernverkehr, sondern ebenfalls im Drittverkehr. Ganz anders verhält es sich im Kartellrecht¹³³. In der nationalen, insbesondere aber in der *internationalen Wirtschaftsrealität* gehören kartellrechtliche Sanktionierungen (Stichwort: Kartellbussen)¹³⁴ zu den wichtigsten und umstrittensten wirtschaftsrechtlichen Themen überhaupt. Bei zwei Fragestellungen fallen sozusagen *konsolidierte* Vorgehensweisen auf:

– *Kartellverwaltungsrecht*: Konzerne sind zwar im Bereich des Kartellrechts ebenfalls nicht rechtsfähig, insofern sollten sie – mindestens im Prinzip – *nicht Verfügungadressaten* sein. Um allerdings nicht allein die betroffene Konzerngesellschaft, sondern (zusätzlich) den Konzern in die «Verantwortung» zu ziehen,

127 Selbst wenn *Konzerne* als *einfache Gesellschaften* qualifiziert werden könnten, was m.E. *nicht* der Fall ist (und vom Jubilar überzeugend ausgeführt wurde: Vgl. dazu vorne B.I.2.), würde diese Aussage stimmen *mangels Rechtsfähigkeit* dieser Personengesellschaftsform.

128 Vgl. dazu hinten C.III.2.b.

129 Art. 9 ff. UWG.

130 Art. 23 ff. UWG.

131 Beispielsweise geht es *nicht* darum, dass der *Konzern* «in seiner Kundschaft, seinem Kredit (...) oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird», sondern nur um eine *spezifische Konzerngesellschaft*, die *dadurch aktivlegitimiert* wird (Art. 9 Abs. 1 a.A. UWG); ausserdem kann z.B. keine Strafanzeige gegen einen Konzern eingereicht werden, sondern ausschliesslich gegen eine *spezifische Konzerngesellschaft*, die «vorsätzlich unlauteren Wettbewerb» begeht (Art. 23 Abs. 1 UWG).

132 Vgl. dazu vorne C.III.2.a.

133 Generell: PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 147 ff., v.a. 156 ff.

134 Zu den in den letzten Jahren insbesondere von EU-Kartellbussen betroffenen *internationalen Konzernen* gehören ebenfalls Gesellschaftsgruppen, die *in der Schweiz verankert* sind.

betrachtet die Weko ebenfalls *Konzerne* (sic!) als *Verfügungsadressaten* von Weko-Verfügungen¹³⁵.

- *Kartellstrafrecht*: Auf Ebene der Europäischen Union (EU)¹³⁶ werden seit einiger Zeit immer wieder hohe *Kartellbussen* ausgesprochen¹³⁷, die nicht zuletzt von schweizerischen Exponenten kritisiert werden¹³⁸. Selbst wenn bloss eine Konzerngesellschaft gegen das Kartellrecht verstossen haben sollte, wird als Bemessungsgrundlage z.B. der *Umsatz auf Konzernebene* herangezogen und gegen die *Muttergesellschaft* vorgegangen¹³⁹. Ein solches Vorgehen widerspricht schweizerischen Rechtsvorstellungen¹⁴⁰.

Konzerne bzw. deren Obergesellschaften müssen generell sicherstellen, dass ihre Tätigkeiten und insbesondere die wirtschaftlichen Verhaltensweisen sämtlicher Konzerngesellschaften *rechtsmässig* sind¹⁴¹. Die sog. *Rechtsmässigkeitskontrolle* («legal compliance»)¹⁴² erscheint gerade im Bereich des nationalen und internationalen Kartellrechts besonders bedeutsam¹⁴³; unter diesem Aspekt wird die Institutionalisierung von eigentlichen sog. «Antitrust Compliance Programmen» gefordert¹⁴⁴ – m.E. sollte dies durchaus auch ein *strafminderndes* Element z.B. bei Konzernkartellbussen sein¹⁴⁵.

-
- 135 RPW 2004/2: «Verfügungsadressatin ist (...) die *Swisscom-Gruppe*. Durch diese Verfügung wird sie in erster Linie in *ihren* Rechten und Pflichten berührt»; Hervorhebungen hinzugefügt; zudem: RPW 2005/3, 508 (Bestätigung durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen). M.E. erscheint diese *konsolidierte Argumentation* (zu) wenig begründet und dürfte in allfälligen Vollstreckungsverfahren zu erheblichen Problemen führen; eine detailliertere Untersuchung würde sich aufdrängen.
 - 136 Übersicht zum Konzernkartellrecht: VON BÜREN (FN 8), 499 ff. m.w.H.; zudem: ERIC HEITZER, *Konzerne im Europäischen Wettbewerbsrecht*, Heidelberg 1999, 23 ff.
 - 137 Wohl bekanntestes Beispiel ist der *Schindler-Konzern*, der mit einer Busse von knapp CHF 230 Mio. gebüsst wurde (Entscheid vom 21. Februar 2007): <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38823/en.pdf>.
 - 138 Pointiert: KARL HOFSTETTER, *Korrekturbedürftige Bussen-Exzesse im europäischen Kartellrecht – Plädoyer für die Berücksichtigung der Compliance-Anstrengungen in Unternehmen*, NZZ vom 29. Mai 2008, 29; die Kritik führt zu berechtigten Postulaten de lege ferenda: Vgl. dazu hinten E.I.2.a.
 - 139 Detailliert: KARL HOFSTETTER, *Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht* (in der vorliegenden Festschrift).
 - 140 M.E. muss eine *konsolidierte* Betrachtungsweise in *Sanktionsverfahren* abgelehnt werden; gl.M.: REINERT (FN 133), 156 f.
 - 141 Übersicht: BRIGITTE HOFSTETTER, *Interessenkonflikte im Universalbankensystem*, Diss. Bern 1999, 176 ff.
 - 142 Allg.: DANIEL BACHMANN, *Compliance – rechtliche Grundlagen und Risiken*. Ein Thema (auch) für Unternehmen ausserhalb der Finanzindustrie, ST 2007, 93 ff. sowie 96 (zur kartellrechtlichen Compliance).
 - 143 Hierzu: ANDREAS KELLERHALS, *Compliance im Wettbewerbsrecht* (in der vorliegenden Festschrift).
 - 144 PATRIK DUCREY, *Kartellrechtliche Verantwortlichkeit* (aus kartellrechtlicher Sicht), in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen*, Basel 2007, 194 sowie 201.
 - 145 In diesem Sinne bereits: HOFSTETTER (FN 138), 29; eine entsprechende *Kartellgesetzrevision* wurde initiiert: Vgl. dazu hinten E.I.2.a.

D. Konzernimmateriälgüterrecht

I. Kennzeichenrecht – Ausgangslage

1. Firmenrecht

Das sog. *Firmenrecht* bildet insbesondere mit dem Markenrecht¹⁴⁶ das Kennzeichenrecht. Bei diesem immateriälgüterrechtlichen Teilgebiet¹⁴⁷ geht es in erster Linie um die *Individualisierung* (z.B. von Unternehmungen) – die Firma ist m.a.W. der *Unternehmensname*, d.h. der «für den Handelsverkehr gewählte Name des Trägers eines Unternehmens»¹⁴⁸. Je nach Gesellschaft (Kollektivgesellschaft¹⁴⁹, Kommanditgesellschaft¹⁵⁰, GmbH¹⁵¹, AG¹⁵² etc.) müssen bei der *Firmenbildung* unterschiedliche Voraussetzungen erfüllt werden.

Generell darf die Wahl des Unternehmensnamens weder der (i) *Firmenwahrheit* noch der (ii) *Firmenklarheit* oder (iii) *öffentlichen Interessen* widersprechen sowie (iv) *keine Täuschungen* verursachen¹⁵³, was vom Handelsregisterführer¹⁵⁴ zu überprüfen ist. Konzernrechtlich stellt sich u.a. die Frage, ob der Terminus «Konzern» oder «Gruppe» o.ä. als Firmenbestandteil etwa bei der Mutterunternehmung zulässig wäre. M.E. müsste dies regelmässig *verneint* werden, es sei denn, dass damit eindeutig auf die *herrschende* Gesellschaft im Konzern hingewiesen wird¹⁵⁵. Tatsächlich kommen die Begriffe «Konzern» sowie v.a. «Gruppe» heute in etwa 3000 schweizerischen Firmen vor¹⁵⁶ – dabei handelt es sich *nicht* um Konzernfirmen¹⁵⁷.

146 Vgl. dazu hinten D.I.2.

147 Art. 944 ff. OR – ausserdem finden sich in zahlreichen *Spezialgesetzen* weitere firmenrechtliche Bestimmungen (z.B. im KAG).

148 ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007, § 7 N 9.

149 Art. 947 f. OR.

150 Art. 947 f. OR.

151 Art. 949 OR.

152 Art. 950 OR.

153 Art. 944 Abs. 1 OR; allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 148), § 7 N 79 ff.; z.B. wird die Individualisierung von *Konzerngesellschaften* mittels *geographischen Zusätzen* als nicht täuschend qualifiziert: CHRISTIAN HILTI, Firmenrecht, in: SIWR III/2 – Firmenrecht (...), 2. A., Basel 2005, 32 f.

154 Jüngst wurde für eine sog. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen der *Firmenbestandteil* «Fund» zugelassen, was m.E. rechtlich unzulässig war, weil es sich um eine *Gesellschaft* und *nicht* um einen *Fonds* handelt: PETER V. KUNZ, Eine etwas überraschende Wiederbelebung der Personengesellschaften durch die Schweizerische Nationalbank, Jusletter vom 15. Dezember 2008, RZ 53 ff.

155 Beispiel: Credit Suisse Group AG.

156 Es dominieren die folgenden Begriffe: «Gruppe» oder «Group» oder «Groupe».

157 Vgl. dazu hinten D.IV.2.a.

2. Markenrecht

Im sog. *Markenrecht*, das zu Beginn der 1990er-Jahre umfassend revidiert wurde¹⁵⁸, geht es – anders als im Firmenrecht¹⁵⁹ – nicht um die Kennzeichnung einer Unternehmung, sondern vielmehr um *Waren oder Dienstleistungen* und deren Individualisierung¹⁶⁰. Bei der Markenwahl sind gemäss *Markenschutzgesetz* (MSchG)¹⁶¹ sowohl die absoluten Ausschlussgründe¹⁶² (z.B. Gemeingut, irreführende Zeichen, Verstoß gegen die öffentliche Ordnung) als auch die relativen Ausschlussgründe¹⁶³ (z.B. prioritätsältere Marken) beachtlich.

Marken kommt in der Wirtschaftsrealität und damit im Zusammenhang mit Konzernen eine *grosse Bedeutung* zu. Es überrascht nicht, dass sich die Lehre regelmässig mit entsprechenden konzernmarkenrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzt¹⁶⁴; festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass es sich bei Marken um Zeichen für Waren oder Dienstleistungen «*eines Unternehmens*» gemäss Art. 1 Abs. 1 MSchG handelt. Im Folgenden soll nur auf einige ausgewählte Themen (nämlich: Konzernmarken¹⁶⁵; Markengebrauch innerhalb eines Konzerns¹⁶⁶; konzerninterne Lizenzierungen¹⁶⁷) verwiesen werden.

II. Ästhetikrecht – Ausgangslage

1. Urheberrecht

Das sog. *Urheberrecht* bildet – ergänzt durch das Designrecht¹⁶⁸ – das Ästhetikrecht, d.h. weder die Technik noch die Funktionalität oder die Kennzeichnung, sondern vielmehr der *zwecklose «Geschmack»* steht im Vordergrund des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG)¹⁶⁹ bzw. des dadurch geschützten urheberrechtlichen

158 Statt aller: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 551 ff.; KUNZ (FN 19), 130 ff.

159 Vgl. dazu vorne D.I.1.

160 Art. 1 Abs. 1 MSchG.

161 Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.11).

162 Art. 2 MSchG.

163 Art. 2 MSchG.

164 Auswahl: BEAT WEIBEL, Anforderungen an eine Marke im Hinblick auf konzerninterne Lizenzierung, sic! 1999, 342 ff.; URS BRÜGGER, Abzugsfähigkeit von Markenlizenzgebühren bei Identität mit Konzernnamen bejaht, ST 2001, 275 ff.; FRANÇOIS DESSEMONTET, La marque holding et la marque de groupe, in: Marke und Marketing, Bern 1990, 121 ff.; PASCAL HINNY, Die steuerliche Behandlung der Marke im Konzern (...), Diss. St. Gallen 1995, 5 ff.; ANDRÉ ZEUG, Die Konzernmarke – eine ökonomische, warenzeichenrechtliche und steuerrechtliche Analyse, Diss. München 1987, 3 ff.

165 Vgl. dazu hinten D.IV.2.b.

166 Vgl. dazu hinten D.IV.2.c.

167 Vgl. dazu hinten D.IV.3.

168 Vgl. dazu hinten D.II.2.

169 SR 231.1; Übersicht: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 226 ff.

«Werks»¹⁷⁰. Anders als bei den anderen Rechten des geistigen Eigentums bedarf es keiner Registrierung.

Das Urheberrechtsgesetz¹⁷¹ enthält *keine konzernrechtlichen* Sonderregelungen. Die Schaffung von urheberrechtlichen Werken spielt indes gerade in Konzernen – z.B. in international tätigen «Softwarekonzernen» oder «Medienkonzernen» – eine eminente Rolle¹⁷². Die konzernurheberrechtliche Fragestellung, die sich nirgends im Gesetz spezifisch geregelt findet, wird *ergänzt* z.B. mit arbeitsrechtlichen¹⁷³ sowie mit organisatorischen Aspekten¹⁷⁴.

2. Designrecht

Das sog. *Designrecht* bzw. das Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001 über den Schutz von Design¹⁷⁵ ersetzt das frühere Muster- und Modellschutzgesetz (MMG). Design, als Oberbegriff für «Muster» und «Modell», bedeutet «Gestaltungen (...), die namentlich durch die Anordnung von Linien, Flächen, Konturen oder Farben oder durch das verwendete Material charakterisiert» sind¹⁷⁶. Der Schutz wird gegenüber dem MMG durch das DesG *ausgebaut* (z.B. durch die Erhöhung der maximalen Schutzdauer von ehemals 15 Jahren¹⁷⁷ auf neu 25 Jahre¹⁷⁸).

Das Designrecht enthält *keine konzernrechtlichen* Sonderregelungen¹⁷⁹. Im Übrigen stellen sich im Grossen und Ganzen vergleichbare Fragen wie beim Urheberrecht in Konzernen (z.B. Erwerb oder Lizenzierung des Designrechts)¹⁸⁰, so dass

170 Art. 2ff. URG; grundlegend: ROLAND VON BÜREN/MICHAEL A. MEER, Der Werkbegriff, in: SIWR II/1 – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. A. Basel 2006, 51 ff.

171 Statt aller: KUNZ (FN 19), 135 ff.

172 Über die Jahre hinweg sah sich insbesondere *Microsoft* immer wieder mit *konzernkartellrechtlichen* sowie mit *konzernimmaterialgüterrechtlichen* Problemen konfrontiert – nicht zuletzt gegenüber der EU; Bussenhöhe im Jahre 2004: Euro 1,68 Mia. – <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de&newform=newform&alljur=alljur&jurcdj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnrec=alldocnrec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=microsoft&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Suchen> (Verfahren).

173 Frage: Wer ist überhaupt Urheber bzw. wem gehört das *Urheberrecht im Konzernarbeitsverhältnis*? Vgl. dazu hinten D.IV.1.

174 Frage: *Wo im Konzern* soll die Urheberberechtigung – sofern sie denn nicht mehr beim angestellten Urheber verbleibt – «*angehängt*» werden, so dass eine *Lizenzierung* sinnvoll erscheint? Vgl. dazu hinten D.IV.3.

175 Designgesetz, DesG: SR 232.12; erste Übersicht: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 421 ff.; KUNZ (FN 20), 88 ff. m.w.H.

176 Art. 1 DesG.

177 Art. 8 MMG.

178 Art. 5 Abs. 2 und 3 DesG.

179 Anders als im Markenrecht (Stichwort der Konzernmarke: Vgl. dazu hinten D.IV.2.b.), aber gleich wie im Patentrecht sind im Designrecht *keine Doppeleintragungen* möglich, was bei Konzernen zu berücksichtigen ist: VON BÜREN (FN 8), 535.

180 Vgl. dazu vorne D.II.1.

darauf *verwiesen* werden kann. Der zentrale Unterschied zwischen den beiden Gebieten des Ästhetikrechts liegt darin, dass es für das Design anders als für das Urheberrecht ein *Eintragungsverfahren* gibt¹⁸¹.

III. Technische Rechte – Ausgangslage

1. Patentrecht

Mit dem sog. *Patentrecht* und damit schergewichtig mit dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente¹⁸² werden spezifische technische Regeln zur Anwendung von Naturkräften – also Erfindungen¹⁸³ – geschützt; für Erfindungen werden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, Erfindungspatente erteilt¹⁸⁴, die in einem Patentregister¹⁸⁵ aufzuführen sind – die Erfindung ist m.a.W. der Gegenstand des Patents¹⁸⁶.

Das Patentrecht enthält – wie die übrigen immaterialgüterrechtlichen Rechtsgebiete – *keine konzernrechtlichen Sonderregelungen*¹⁸⁷. Da indes eine *arbeitsrechtliche* Spezialordnung zur Berechtigung an Erfindungen besteht¹⁸⁸, wird der Bezug zum Konzernrecht evident. Erfindungen werden nämlich oftmals *im Rahmen einer Konzernstätigkeit* gemacht, und es stellt sich dann die Frage, wem überhaupt – also: dem Erfinder, dem Konzern oder der Arbeitgeber-Konzerngesellschaft – die patentrechtlichen Rechte daran zustehen.

2. Recht des technischen Know-how

Der sog. *Know-how-Schutz* wird in der Schweiz *nicht spezialgesetzlich* geregelt. Beim Schutz von Know-how geht es, wie beim Patentrecht¹⁸⁹, um technische Regeln, die aber nicht patentiert werden können oder sollen. Etwas trivialisiert geht

181 Art. 19ff. DesG; *konzerndesignrechtlich* wird damit u.a. die Frage aufgeworfen, ob der Konzern oder aber eine Konzerngesellschaft die *Hinterlegung* von Design beantragen kann bzw. soll (die identische Problematik ergibt sich bei allen Immaterialgüterrechten, für die ein Eintragungsverfahren besteht, d.h. insbesondere für das *Markenrecht* sowie für das *Patentrecht*).

182 Patentgesetz, PatG: SR 232.14.

183 Übersicht: ALOIS TROLLER/PATRICK TROLLER, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 3. A., Basel 1989, 34ff.

184 Art. 1 Abs. 1 PatG; hierzu: THIERRY CALAME, Grundlagen, in: SIWR IV – Patentrecht (...), Basel 2006, 5f.

185 Art. 60ff. PatG.

186 Statt aller: MARIO M. PEDRAZZINI/CHRISTIAN HILTI, Europäisches und schweizerisches Patent- und Patentprozessrecht, 3. A., Bern 2008, 83ff.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 9), N 13ff.

187 Anders als im Markenrecht (Stichwort der Konzernmarke: Vgl. dazu hinten D.IV.2.b), aber gleich wie im Designrecht sind im Patentrecht *keine Doppeleintragungen* möglich, was bei Konzernen zu berücksichtigen ist: VON BÜREN (FN 8), 535.

188 Art. 332 OR: Vgl. dazu hinten D.IV.1.

189 Vgl. dazu vorne D.III.1.

es beim Know-how somit um *Geheimnisse*, die nicht publik werden dürfen¹⁹⁰ – insofern handelt es sich um *äusserst gefährdete* Immaterialgüter, denen nichtsdestotrotz eine *grosse Bedeutung* zukommt.

Mangels gesetzlicher Ordnung kann das Know-how fast nur *vertraglich abgesichert* werden. Nicht anders verhält es sich bei entsprechendem Geheimwissen innerhalb eines Konzerns. Konzernrechtliche Spezialitäten sind beim Know-how-Schutz *nicht* zu beachten – dies gilt nicht zuletzt für die Frage der Entstehung¹⁹¹.

IV. Spezialfragen

1. Entstehung von Immaterialgüterrechten im Konzern

a) Originärer Erwerb

Wenn Arbeitnehmer, d.h. Personen in einem *Arbeitsverhältnis* – nicht nur, aber ebenfalls in einem Konzern¹⁹² – irgendeine Immaterialgüter (er)schaffen, ist zu entscheiden, ob dem Arbeitgeber¹⁹³ daran eine Berechtigung zukommt oder nicht¹⁹⁴. Die *Antwort variiert* danach, um welche Immaterialgüterrechte es geht, und nach der Entstehungsart des Immaterialgutes. Im Allgemeinen¹⁹⁵ wird unterschieden zwischen den sog. *Aufgabenerzeugnissen*¹⁹⁶, den sog. *Gelegenheitserzeugnissen*¹⁹⁷ sowie den sog. *freien Erzeugnissen*¹⁹⁸.

Bei einigen Immaterialgüterrechten – insbesondere¹⁹⁹ bei den (i) Erfindungen sowie beim (ii) Design – findet sich eine erschöpfende legislative Ordnung²⁰⁰, während sie bei den (iii) Marken vollständig fehlt²⁰¹; es ist ausserdem im (iv) Urheberrecht eine teilweise Regelung zu finden, indem das Recht zwar generell dem

190 Allg. zum Know-how-Recht: FRANÇOIS DESSEMONTET, Le savoir-faire, in: SIWR IV – Patentrecht (...), Basel 2006, 805 ff.; zudem: TROLLER/TROLLER (FN 183), 106 ff.

191 Vgl. dazu hinten D.IV.1.

192 Allg.: GEISER/UHLIG (FN 36), 757 ff.

193 Es kann zwischen dem sog. *Arbeitgeber i.e.S.* (= Konzerngesellschaft, mit der formell das Einzelarbeitsverhältnis abgeschlossen wurde) und dem sog. *Arbeitgeber i.w.S.* (= Konzern) unterschieden werden.

194 Detailliert: VON BÜREN (FN 8), 536 ff. m.w.H.

195 Hierzu: VON BÜREN (FN 8), 536.

196 Es geht um Erzeugnisse, die *bei Ausübung* der dienstlichen Tätigkeit und *in Erfüllung* der vertraglichen Pflichten geschaffen wurden.

197 Dabei handelt es sich um Erzeugnisse, die zwar *bei Ausübung* der dienstlichen Tätigkeit, aber eben *nicht in Erfüllung* der vertraglichen Pflichten geschaffen wurden.

198 Bei diesen Erzeugnissen *fehlt jeglicher Bezug* zum Arbeitsverhältnis.

199 *Gleich* verhält es sich im sog. *Sortenschutzrecht*, auf das im Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen wird: Art. 9 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 20. März 1975 über den Schutz von Pflanzenzüchtungen (Sortenschutzgesetz; SR 232.16) verweist nämlich auf Art. 332 OR.

200 Art. 332 OR – die Regelung gilt für *Erfindungen* und für *Design*.

201 In diesem Bereich sollte in der Praxis eine *vertragliche* Ordnung getroffen werden: VON BÜREN (FN 8), 537 f.

«Schöpfenden» des geistigen Werks zusteht²⁰², nichtsdestotrotz aber eine Sonderordnung für einen Teilbereich²⁰³ besteht.

Zur originären *Konzernberechtigung* steht fest was folgt: «Die juristische Selbständigkeit des Konzernunternehmens, welches unmittelbar als Arbeitgeber auftritt [= Arbeitgeber i.e.S.], führt grundsätzlich zur Berechtigung dieses Unternehmens. Der Konzern als solcher [= Arbeitgeber i.w.S.] kann nämlich als lediglich wirtschaftliche Einheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit nicht Träger von Immaterialgütern sein»²⁰⁴, d.h. ein originärer Konzernwerb scheidet a priori aus, weil ein Konzern nicht rechtsfähig ist²⁰⁵. Dieses Ergebnis trifft übrigens nicht allein zum *originären*, sondern ebenfalls zum regulären bzw. *derivativen* Erwerb²⁰⁶ an geistigem Eigentum innerhalb eines Konzerns zu.

b) Derivativer Erwerb

Immaterialgüterrechte können von den daran originär Berechtigten – z.B. von Konzerngesellschaften – auf Dritte (inklusive auf andere Konzerngesellschaften)²⁰⁷ übertragen und damit *innerhalb eines Konzerns* «verschoben» werden²⁰⁸. Der sog. *derivative* Erwerb von Immaterialgüterrechten dient dazu, diese Rechte allenfalls bei einer einzigen Konzerngesellschaft zu *bündeln* und betriebswirtschaftlich bzw. rechtlich sinnvoll zu positionieren²⁰⁹.

Ob dies in einem konkreten Fall vorzukehren ist (und wenn ja: bei welcher Konzerngesellschaft dies erfolgen soll), stellt einen *strategischen Konzernentscheid* dar²¹⁰. Diese Bündelung der Immaterialgüterrechte bei einer einzigen Konzerngesellschaft kann der Ausgangspunkt sein, um allenfalls *Lizenzen* an andere Gesellschaften des Konzerns²¹¹ (oder an Dritte) zu vergeben²¹² – was dann seinerseits zu möglichen Gewinnverschiebungen innerhalb der Konzerngruppe mit steuerlichen Konsequenzen²¹³ führen kann.

202 Sog. *Schöpferprinzip*; statt aller: ROLAND VON BÜREN/MICHAEL A. MEER, Der Urheber, in: SIWR II/1 – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. A., Basel 2006, 149 ff.

203 Konkret bei den *Computerprogrammen*: Art. 17 URG.

204 Zitat: VON BÜREN (FN 8), 538; Hervorhebung des Originals weggelassen.

205 Vgl. dazu vorne B.I.2.

206 Vgl. dazu hinten D.IV.1.b.

207 Es kann sich z.B. um die allfällige *Holdingsgesellschaft* des Konzerns oder um eine *spezifische IT-Konzerngesellschaft*, die für den Konzern alle Immaterialgüterrechte verwaltet, handeln.

208 In der Wirtschaftsrealität ist dies sehr oft der Fall: VON BÜREN (FN 8), 538 sowie 540 («Konzernwirklichkeit»).

209 Allg.: BEAT WEIBEL, Organisation und Aufgaben des Immaterialgüterrechtswesens in einem internationalen Industriekonzern, sic! 2000, 135 ff. m.w.H.

210 M.E. zuständig ist der *Verwaltungsrat der Konzernobergesellschaft*: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1/Ziff. 2 OR (wenn eine AG die Muttergesellschaft bildet).

211 Übersicht: VON BÜREN (FN 8), 394 ff. m.w.H.

212 Vgl. dazu hinten D.IV.3.

213 Insofern dominieren in der Praxis meist Überlegungen zur *Steuerplanung*; hierzu: HINNY (FN 164), 135 ff. m.w.H.

2. *Ausgewählte Aspekte des Kennzeichenrechts*

a) Konzernfirma

Es gibt zwar keine firmenrechtliche (oder sonstige) Pflicht²¹⁴, aber zumindest die legale Möglichkeit, extern eine Gruppenzugehörigkeit einer Gesellschaft zu kommunizieren²¹⁵, und zwar – als ein Beispiel²¹⁶ – mittels einer sog. *Konzernfirma*. Die Konzernfirma wurde und wird sowohl in der Schweiz²¹⁷ als auch im Ausland²¹⁸ thematisiert. Im Wesentlichen geht es darum, dass ein *markanter Firmenbestandteil* meist der Obergesellschaft²¹⁹ ebenfalls in der bzw. den Firmen der abhängigen Gesellschaft(en) verwendet wird. Da es um den *Konzernverkehr* geht, sind Abwehransprüche anderer Konzerngesellschaften²²⁰ kein Thema.

Eine Konzernfirma kann im Publikum allenfalls *Vertrauen schaffen* zugunsten der als Konzerngesellschaften erkennbaren Unternehmungen; insofern wird damit sozusagen der Kredit erhöht etwa bei aktuellen und potentiellen Kunden der Konzerngesellschaften. M.E. begründet eine Konzernfirma indes *nicht eo ipso* eine Konzernhaftung²²¹.

Wie bei den anderen Immaterialgüterrechten²²² wird die *Lizenzierung von Firmen* in der Schweiz gesellschafts- und vertragsrechtlich ohne weiteres als zulässig betrachtet. Umstritten – zumindest im Ausland²²³ – ist nur, aber immerhin, *ob* für eine solche Firmenlizenz *steuerrechtlich* ein (gewinnreduzierendes) *Entgelt bezahlt* werden darf oder nicht; sollte dies im Einzelfall nicht der Fall sein, muss der Betrag bei der Konzerngesellschaft wieder aufgerechnet werden, wodurch konzerninterne Gewinnverschiebungen erschwert werden.

214 Teils wird eine solche Pflicht postuliert, was VON BÜREN (FN 8), 523 zu Recht ablehnt.

215 Zu den möglichen Gründen: VON BÜREN (FN 8), 521.

216 Die Gruppenzugehörigkeit kann ebenfalls beispielsweise in der *Werbung* hervorgehoben werden – insofern dürfen aber die potentiellen *Haftungsrisiken aus Konzernvertrauen* nicht vernachlässigt werden.

217 Statt aller: VON BÜREN (FN 8), 521 ff.

218 Hierzu: MARKUS MÜLLER, *Firmenlizenz und Konzernfirma*, Köln 1996, 5 ff.

219 Beispiele: (i) «*Novartis*» bei Novartis Holding AG, Novartis AG, Novartis International AG, Novartis Lateinamerika AG, Novartis Animal Health Services AG, Novartis Consumer Health S.A. etc.; (ii) «*Nestlé*» bei Nestlé AG, Nestlé Nespresso SA, Nestlé Waters (Suisse) SA, Nestlé Finanz AG; Nestlé Capital Advisers SA etc.; (iii) «*UBS*» bei UBS AG, UBS Alternative Portfolio AG, UBS Card Center AG, UBS Leasing AG, UBS Fund Holding (Switzerland) AG, UBS Fund Management (Switzerland) AG.

220 Art. 956 OR; generell: VON BÜREN (FN 8), 522 f.

221 Das Bundesgericht musste sich bis anhin noch nie mit dieser Fragestellung beschäftigen, doch darf der konzernhaftungsrechtliche *Swissair-Entscheid* (BGE 120 II 331) gerade in diesem Zusammenhang *nicht überbewertet* werden.

222 Vgl. dazu hinten D.IV.3.

223 Die Überlegung ist, dass das *Entgelt für die Firma* in der Dividende der abhängigen Gesellschaft an die Obergesellschaft besteht; Übersicht: WEIBEL (FN 164), 342 (Deutschland – obsolet); ausserdem: ALFRED STORCK, *Namen- und Markenlizenzen in international tätigen Konzernen* (...), StR 1993, 501; BRÜGGER (FN 164), 275 ff.

b) *Konzernmarke*

Art. 1 Abs. 1 MSchG bezeichnet die Marke als Zeichen für Waren oder Dienstleistungen «eines Unternehmens», und obwohl ein Konzern kein Unternehmen ist, werden die sog. *Konzernmarken* seit langer Zeit²²⁴ als *unproblematisch* betrachtet²²⁵. Die Konzernmarke dient einer einheitlichen Markenpolitik und stärkt die konzernweite Corporate Identity²²⁶.

Ein Konzern kann (mangels Rechtsfähigkeit) keine Marke hinterlegen²²⁷, d.h. es tritt immer eine Konzerngesellschaft auf. Konzernmarke bedeutet²²⁸, dass (i) *eine einzige* Konzerngesellschaft die im Konzern verwendeten Marken hält und konzernintern zum Gebrauch lizenziert, oder dass (ii) *mehrere* Konzerngesellschaften *dieselbe Marke parallel* im Markenregister eintragen und gebrauchen²²⁹.

Es sei an dieser Stelle ein *Exkurs* zum sog. *Weiterbenutzungsrecht* gemäss Art. 14 MSchG²³⁰ erlaubt. Sollte sich eine Konzerngesellschaft im Drittverkehr auf diesen Anspruch berufen wollen, erscheint eine konsolidierte Betrachtung ausgeschlossen, d.h. das Weiterbenutzungsrecht muss m.E. *konzernmarkenrechtlich restriktiv* verstanden werden²³¹.

c) *Anrechenbarer Markengebrauch innerhalb eines Konzerns*

Markenrechtlich besteht eine eigentliche Gebrauchspflicht²³², so dass insbesondere sog. Defensivmarken unzulässig sind. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Anschlussfrage, wer die Marke gebrauchen darf bzw. muss, und ob es einen sog. *stellvertretenden Markengebrauch* gibt. Art. 11 Abs. 3 MSchG hält fest: «Der Gebrauch der Marke mit Zustimmung des Inhabers gilt als Gebrauch durch diesen selbst».

Die Bedeutung in Konzernverhältnissen ist evident²³³. Oftmals werden Marken

224 Dies war *anders* bis ins *Jahre 1939*, weil bis zu diesem Zeitpunkt die Ansicht vorherrschte, dass «auch die Marken von verschiedenen Gesellschaften des gleichen Konzerns (...) sich genügend voneinander unterscheiden» müssten: LUCAS DAVID, *Markenschutzgesetz*, Basler Kommentar, Basel 1999, N 22 zu Art. 1 MSchG.

225 Bereits zum aMSchG: ALOIS TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Band I, 3. A., Basel 1983, 345; DESSEMONTET (FN 164), 121 ff.; zum geltenden MSchG: VON BÜREN (FN 8), 528 ff.

226 WEIBEL (FN 164), 342.

227 Hierzu: VON BÜREN (FN 8), 529.

228 Zu den beiden Ausgestaltungsvarianten: VON BÜREN (FN 8), 529.

229 Eine *parallele Eintragung* identischer Marken ist *möglich*, weil das Institut für geistiges Eigentum (IGE) die *Verwechselbarkeit nicht prüft* und sich die prioritätsältere Konzerngesellschaft im *Konzernverkehr nicht wehren* wird: VON BÜREN (FN 8), 529 FN 50 f.

230 Art. 14 Abs. 1 MSchG: «Der Markeninhaber kann einem anderen nicht verbieten, ein von diesem bereits vor der Hinterlegung gebrauchtes Zeichen im bisherigen Umfang weiter zu gebrauchen».

231 Gl.M. CHRISTOPH WILLI, *MSchG – Markenschutzgesetz. Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts*, Zürich 2002, N 12 zu Art. 14 MSchG: «Aufgrund der Akzessorietät kann das Weiterbenutzungsrecht auch nicht zeitgleich durch mehrere Konzerngesellschaften innerhalb des gleichen Konzerns ausgeübt werden».

232 Art. 11 MSchG.

233 Allg.: VON BÜREN (FN 8), 530.

unter Konzerngesellschaften lizenziert²³⁴, und dazu steht fest was folgt: «Die Muttergesellschaft kann sich den Gebrauch ihrer Tochtergesellschaften anrechnen lassen»²³⁵; diese Aussage ist m.E. *konsolidiert* zu verstehen, d.h. *jeder* Markengebrauch durch *irgendeine* Konzerngesellschaft stellt für die an der Marke *berechtigte* Gesellschaft im Konzern einen stellvertretenden Markengebrauch dar. Dies gilt selbst für den Fall, dass kein Lizenzvertrag bestehen sollte, weil für einen *konzerninternen Markengebrauch* eine *Zustimmung vermutet* werden kann.

3. *Lizenzierungen von Immaterialgüterrechten*

a) Konzernverkehr

Das Konzernvertragsrecht überlappt das Konzernimmaterialgüterrecht, wenn es um die konzernweite Nutzung von geistigem Eigentum geht. Zwischen Konzerngesellschaften bestehen in diesem Zusammenhang in der Konzernpraxis eine Vielzahl von Verträgen²³⁶: Lizenzverträge, Dienstleistungsverträge, Franchiseverträge, Zentralkostenverträge etc. – nicht allein die Bündelung der Immaterialgüterrechte bei einer Konzerngesellschaft²³⁷, sondern ebenfalls dieses konzerninterne Vertragsnetzwerk folgt meist *steuerlichen* Überlegungen²³⁸.

Im Vordergrund stehen die sog. *Lizenzverträge* zwischen Konzerngesellschaften²³⁹, wobei die Gesellschaft mit der Berechtigung am geistigen Eigentum als Lizenzgeberin fungiert; die Lizenznehmerin, also eine andere Konzerngesellschaft, bezahlt ein Leistungsentgelt für die Überlassung (Lizenzgebühr), wodurch *konzerninterner Aufwand* begründet wird²⁴⁰. Konzernsteuerrechtlich unproblematisch erscheint m.E. nur, aber immerhin eine nach dem sog. Prinzip von «arm's length» festgelegte Abgeltung für die Lizenz²⁴¹.

b) Drittverkehr

Als praxisrelevanter *Exkurs* sei schliesslich auf eine Situation im Drittverkehr verwiesen, d.h. wenn eine konzernunabhängige Gesellschaft als *Lizenzgeberin* einerseits und eine Konzerngesellschaft als *Lizenznehmerin* andererseits auftritt:

Wenn die mit der Lizenznehmerin konzernmässig *verbundenen* Gesellschaften ebenfalls ganz oder teilweise zur Nutzung des Lizenzgegenstandes berechtigt sein

234 Vgl. dazu hinten D.IV.3.a.

235 EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: SIWR III – Kennzeichenrecht, Basel 1996, 184.

236 Übersicht: VON BÜREN (FN 8), 394 ff.

237 Vgl. dazu vorne D.IV.1.b.

238 Statt aller: HINNY (FN 164), 201 ff. (zur Markenlizenzierung im Konzern).

239 Allg.: RETO M. HILTY, Lizenzverträge und Art. 5 KG, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 27 ff.; zudem: VON BÜREN (FN 8), 395.

240 Es versteht sich ohne weiteres, dass damit die Lizenzierung eine gewisse «*Manövriermasse*» für *Gewinnverschiebungen* innerhalb eines Konzerns darstellt; die steuerrechtliche Gefahr liegt darin, dass die Steuerbehörden allenfalls die Lizenzgebühren «als verdeckte Gewinnausschüttung der Tochtergesellschaften an die Muttergesellschaft auffassen» könnten: WEIBEL (FN 164), 342.

241 Hierzu: WEIBEL (FN 164), 342 f.

sollen, werden sie in der Wirtschaftsrealität im Lizenzvertrag zwar erwähnt, aber nicht als Vertragsparteien, wodurch m.E. ein sog. Vertrag zugunsten Dritter entsteht²⁴². Sollten die berechtigten Gesellschaften im Lizenzvertrag *nicht aufgeführt* worden sein, «wird von der Berechtigung all jener Unternehmungen auszugehen sein, von deren Zugehörigkeit zum Konzern im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Lizenzgeber Kenntnis haben konnte»²⁴³.

E. Schlussbemerkungen

I. Sachliche Aspekte

1. Pendency der «grossen» OR-Revision

Seit dem Jahre 2005 ist eine sog. «grosse» *Aktienrechtsrevision* hängig²⁴⁴, die im Jahre 2009 voraussichtlich in die Eidgenössischen Räte gelangen sollte – (i) einem Vorentwurf 2005²⁴⁵ folgten (ii) ein Entwurf 2007²⁴⁶ und vor kurzem (iii) ein Entwurf 2008²⁴⁷. Der Jubilar hat im Laufe der Jahre verschiedene konzernrechtliche Postulate de lege ferenda gemacht²⁴⁸. Die anstehende OR-Revision wird aber zu *keiner Konzernrechtskodifikation* führen. Nichtsdestotrotz wird es voraussichtlich einige konzernrechtliche Änderungen geben.

Der *Konzernbegriff* soll aus dem Aktienrecht²⁴⁹ ausgelagert werden, und zwar

242 Art. 112 OR.

243 RETO M. HILTY, *Lizenzvertragsrecht – Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht*, Bern 2001, 81.

244 Nebst dem Aktienrecht stehen *weitere Rechtsgebiete* (z.B. Teile des Handelsregisterrechts oder des Firmenrechts) zur Revision.

245 Hierzu: PETER V. KUNZ, *Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision» – Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert*, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III*, Bern 2008, 125 ff.; zudem sind die Unterlagen auf dem Internet auffindbar wie folgt: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf> (Vorentwurf 2005); sowie: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf> (Begleitbericht 2005).

246 Hierzu: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1751.pdf> (Entwurf 2007); sowie: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1589.pdf> (Botschaft 2007); dazu: PETER V. KUNZ, *Aktienrechtsrevision 20xx*, in: *Jusletter* vom 2. Februar 2009.

247 Hierzu: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0022.File.tmp/entw-or-d.pdf> (Entwurf 2008); sowie: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0019.File.tmp/bot-abzockerei-d.pdf> (Botschaft 2008).

248 *Vernehmlassung* der Universität Bern zur anstehenden Aktienrechtsrevision: S. 11 ff. (als Beispiele) – die Vernehmlassung stammt in erster Linie vom Jubilar und vom Unterzeichner (gemeinsam erstellt mit den Assistierenden am IWR der Universität Bern); hierzu: http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision/vernehmlassung.Par.0004.File.tmp/Universtitaeten_03.pdf.

249 Art. 663e Abs. 1 OR.

ins allgemeine gesellschaftsrechtliche (Konzern-)Rechnungslegungsrecht²⁵⁰ – künftig wird dem Konzern nicht mehr das sog. Leitungsprinzip, sondern vielmehr das sog. *Kontrollprinzip* zugrunde liegen²⁵¹. Im Übrigen stehen einige «heisse Eisen» bei der Konzernrechnung zur Debatte²⁵², wobei das legislative Ergebnis heute noch nicht absehbar ist. Kaum problematisch dürfte hingegen die Legiferierung der bundesgerichtlichen Praxis²⁵³ zum Einsichtsrecht der Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft in Akten der abhängigen Gesellschaften sein²⁵⁴.

2. Postulate im Wettbewerbs- bzw. im Immaterialgüterrecht?

a) Konzernwettbewerbsrecht

Im Konzernlauterkeitsrecht bestehen realiter *keine Probleme* (und meist auch keine Beispiele). Durch wettbewerbsrechtliche Sonderkonstellationen – z.B. durch eine Situation wie bei Migros/Denner im Jahre 2007 – könnten in Zukunft allenfalls gewisse Fragen zum Geltungsbereich des UWG aufgeworfen werden. Nichtsdestotrotz erscheint m.E. eine legislative Intervention im Konzernlauterkeitsrecht *überflüssig* und wäre abzulehnen.

Das Konzernkartellrecht weist eine wesentlich grössere Praxisrelevanz und ausserdem mehr offene bzw. umstrittene Rechtsfragen auf. Eine überzeugende Rechtsanwendung zum Kartellrecht in Konzernsituationen muss zum Ergebnis gelangen, dass bei allen drei Tatbeständen des Kartellgesetzes²⁵⁵ im *Konzernverkehr* – also im Innenverhältnis zwischen den Konzerngesellschaften – (und damit anders als im Drittverkehr) immer ein *kartellrechtliches Konzernprivileg* besteht²⁵⁶. Um diese Rechtslage klarzustellen, würde es m.E. durchaus Sinn machen, im Kartellgesetz eine *generelle konzernrechtliche Ausnahmeklausel* vorzusehen²⁵⁷.

Im Zusammenhang mit der aktuellen EU-Praxis zu *Kartellbussen*, die in der

250 Art. 963 E OR.

251 Botschaft zum OR: BBl 2007 1723.

252 Zu debattieren geben wird beispielsweise ohne Zweifel, ob sog. *Kleinkonzerne konsolidierungspflichtig* sein sollen oder nicht.

253 BGE 132 III 71 ff.

254 Art. 697^{bis} Abs. 3 E OR: «Unter den gleichen Voraussetzungen kann jeder Aktionär einer Konzernobergesellschaft in die Geschäftsbücher und Korrespondenz einer Konzernuntergesellschaft Einsicht nehmen»; hierzu die Botschaft 2007: BBl 2007 1608 FN 24.

255 (i) Wettbewerbsabreden bzw. Kartelle; (ii) marktbeherrschende Unternehmen; (iii) Fusionen bzw. Unternehmenszusammenschlüsse.

256 Vgl. dazu vorne C.III.1.b; zusammenfassend von BÜREN (FN 8), 470: «Die Unterordnung unter eine einheitliche, den Konzernzweck verfolgende wirtschaftliche Leitung schliesst nun aber Wettbewerb begriffsnotwendigerweise aus. Die einzelnen Konzerngesellschaften sind keine selbständigen Unternehmen im Sinne von KG 2. Der Konzern als Ganzes wird vom Kartellrecht als *ein* Unternehmen erfasst. Das KG ist daher auf konzerninterne Sachverhalte nicht anwendbar»; Hervorhebung im Original.

257 Beispiel für einen *möglichen* neuen Art. 1^{er} KG-E: «Das Gesetz ist nicht anwendbar auf Sachverhalte, die sich ausschliesslich zwischen Unternehmen desselben Konzern auswirken, insbesondere Abreden zwischen Mutterunternehmen und Tochterunternehmen oder Unternehmenszusammenschlüsse zwischen solchen Unternehmen».

Schweiz äusserst umstritten ist²⁵⁸, soll das *Kartellgesetz* revidiert werden. Eine Motion von Ständerat Rolf Schweizer vom 20. Dezember 2007²⁵⁹, die in den Eidgenössischen Räten – entgegen dem Antrag des Bundesrates – vorerst auf breite Zustimmung trifft²⁶⁰, verlangt insbesondere die strafmildernde Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen («Lex Schindler»).

b) *Konzernimmaterialgüterrecht*

Das schweizerische Wirtschaftsrecht im Allgemeinen befindet sich seit einigen Jahren in *permanenten Revisionen*, was mit vielen Problemen verbunden ist; dies gilt ebenfalls für die zahlreichen immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetze²⁶¹ seit den 1990er Jahren. Im Bereich des Konzernimmaterialgüterrechts gibt es heute m.E. *keinen akuten Revisionsbedarf*:

Beispielsweise besteht kein rechtspolitisch überzeugender Grund, die Konzernmarke²⁶² *markenrechtlich* ausdrücklich zu regeln²⁶³. Ausserdem wäre eine legale Pflicht, eine Konzernzugehörigkeit *firmenrechtlich* publik zu machen, abzulehnen²⁶⁴.

Nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Konzernimmaterialgüterrecht steht die geplante Gründung eines sog. *Patentgerichts* in der Schweiz²⁶⁵. Die Universität Bern hat sich in ihrer Vernehmlassung, an der sowohl der Jubilar als auch der Unterzeichner beteiligt waren, ursprünglich *kritisch* gezeigt²⁶⁶. Die Botschaft des Bundesrats sowie der Entwurf für ein Patentgerichtsgesetz wurden am 7. Dezember 2007 publiziert²⁶⁷.

II. **Persönliche Aspekte**

ROLAND VON BÜREN vermochte über viele Jahre hinweg einen massgeblichen Einfluss auf das theoretische und auf das praktische Wirtschaftsrecht der Schweiz zu nehmen (sei es als Lehrer, sei es als Autor, sei es als Referent oder sei es als be-

258 Vgl. dazu vorne C.III.2.b.

259 Internet: http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20073856.

260 Internet: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4802/264401/d_s_4802_264401_264423.htm – der Ständerat überwies die Motion am 6. März 2008 mit 24 Ja-Stimmen gegen 12 Nein-Stimmen.

261 Zu einigen immaterialgüterrechtlichen Revisionsvorhaben: PETER V. KUNZ, Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht (...), Jusletter vom 18. Februar 2008, RZ 7 FN 14 m.w.H.

262 Vgl. dazu vorne D.IV.2.b.

263 Ebenso: MARBACH (FN 235), 24 FN 54.

264 Gl.M.: VON BÜREN (FN 8), 523.

265 Hierzu: PEDRAZZINI/HILTI (FN 186), 539 f.

266 Die *Universität Bern* gehörte zur *Minderheit* der Vernehmlasser, die sich *gegen ein Patentgericht* aussprach: Zusammenfassung – 3/22 sowie 4/22 – http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1484/Ergebnisbericht_Bundespatentgericht.pdf.

267 Dazu: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/455.pdf> (Botschaft) sowie <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/501.pdf> (Entwurf).

hördlicher Experte). An der Universität Bern bzw. in der Rechtswissenschaftlichen Fakultät²⁶⁸ überzeugte der Jubilar jeweils durch pointierte Stellungnahmen und pragmatische Vorschläge.

Die Emeritierung ist nicht gleichbedeutend mit einem «Verschwinden von der Bildfläche», und dies gilt wohl ebenfalls für die wissenschaftliche Ebene. Mit gutem Grund ist ROLAND VON BÜREN stolz auf die von ihm mitinitiierte und in der Folge auch als Mitautor sowie als Mitherausgeber massgeblich geprägte Publikationsreihe «Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht» (SIWR) – und der Verlag darf sich glücklich schätzen, dass er weiterhin als Herausgeber an Bord bleiben wird. Der Wissenschaft dürfte der Jubilar zudem durch Aufsätze und Entscheidbesprechungen²⁶⁹ erhalten bleiben.

Am Schluss *bedanke* ich mich bei Roland für seine jahrelange Unterstützung und für die letzten vier Jahre unserer gemeinsamen Arbeit an der Universität Bern sowie an dessen Institut für Wirtschaftsrecht. Roland wird sich in den kommenden Jahren voraussichtlich vermehrt seiner *Familie* und seinen vielen *nicht-juristischen* Hobbies²⁷⁰ – wie etwa dem Reisen, dem Kochen, dem Pflegen von Freundschaften und dem Rotaryclub Bern, dem er seit dem Jahre 1993 angehört – widmen können. Ich gratuliere Dir, lieber Roland, zum Geburtstag und wünsche Dir und Deiner Familie für die Zukunft nur das Beste!

268 Der Jubilar amtete ebenfalls als *Dekan* der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (RWW), und zwar vom 1. September 2002 bis 31. August 2004.

269 Beliebt sind die jährlichen Entscheidübersichten des Jubilars (zusammen mit HANS PETER WALTER) zum Wirtschaftsrecht in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV); in diesem Zusammenhang soll abschliessend erwähnt werden, dass ROLAND VON BÜREN viele Jahre im Vorstand des Bernischen Juristenvereins (BJV) tätig war – und somit ein «Vor-Vorgänger» des Unterzeichners; in den Jahren 1994–1996 war der Jubilar sogar Präsident des BJV.

270 Trotz Überredungsversuchen des Unterzeichners dürfte der Jubilar leider *golfabstinent* bleiben ...

