Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 92 (1973)

Artikel: Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation

Autor: Schluep, Walter R.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895751

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation

Referat von Dr. WALTER R. SCHLUEP
Professor an der Universität Bern

Dankbar für unermüdlichen Einsatz bin ich meiner Sekretärin Frau A. Madliger. Verpflichtet bin ich ferner meinen Assistenten, den Herren lic. iur. C. Baudenbacher, Dr. iur. P. Richli und lic. iur. M. Werder, für die Beschaffung des Materials, die Anlage des Literatur- und Abkürzungsverzeichnisses und die Durchsicht der Korrekturen.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 165
Abkürzungen 181
Vorwort der Berichterstatter 183

A. Realien

Vorbemerkungen 189

§ 1. Einzelwirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration 191

I. Kostenwirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration . . 192
II. Ertragswirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration . . 200
III. Andere einzelwirtschaftliche Aspekte 203
1. Unternehmungserhaltung 204
2. Umsatzwachstum 205
3. Persönliche Gründe 206

§ 2. Gesamtwirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration 208

I. Unternehmungswachstum und Konzentrationstendenz 209
II. Gesamtwirtschaftliche Konzentrationsfaktoren 210
1. Einzelwirtschaftlicher Drang zur Größe 210
2. Technischer Fortschritt 210
3. Vergrößerung der Märkte 211
4. Rechtsordnung 212
5. Konjunkturverlauf 214
6. Einfluß der Banken 214
III. Gesamtwirtschaftliche Dekonzentrationsfaktoren 215
1. Größenprogression 215
2. Technischer Fortschritt 216
3. Produktdifferenzierung 217
4. Verzicht auf Vollintegration 217
5. Wettbewerbsvorteile der Klein- und Mittelunternehmungen . . . 218

IV. Das Verhältnis der Konzentrations- und der Dekonzentrationsfaktoren 219
V. Beurteilung der Tendenz zur Unternehmenskonzentration 219
1. Auswirkungen auf den Wettbewerb 220
2. Auswirkungen auf den Wohlstand 222

§ 3. Gesellschaftspolitische Aspekte der Unternehmenskonzentration 224

I. Begründung wirtschaftlicher Macht 224
II. Begründung privater Macht 225
III. Begründung politischer Macht 225
IV. Ausschaltung des Mittelstandes 226
V. Gefährdung der Wirtschaftsverfassung 227
VI. Schürung des Neides und der Unzufriedenheit 228

§ 4. Zur Frage der Unvermeidbarkeit der Unternehmenskonzentration . . . 229

I. Marxistische Theorien 230
1. Karl Marx 230
2. W(ladimir) I(ljitsch) Lenin 233
3. Paul M. Sweezy 236
4. Ernest Mandel 238
5. Ergebnis 240
II. Andere Befürworter der Unabwendbarkeitsthese 240
1. Edgar Salin 240
2. Fritz Marbach 241
3. Werner Niederer 242
4. Erhard Kantzenbach 243
III. Saldotheorien 243
1. Werner Sombart 243
2. Walter Adolf Jöhr 244
3. Hans Otto Lenel 245
4. Ernst Heuss 245

§ 5. Schlußfolgerungen 247

I bis IX 247

B. Allgemeine Rechtsprobleme der Unternehmenskooperation

§ 6. Begriffe 251

I. Unternehmungen 251

II. Kooperation 252
III. Unternehmenskooperation i.e.S. 253
1. Vorbemerkungen 253
2. Wirtschaftliche Motive der Unternehmenskooperation i.e.S. . . . 254
3. Definition der Unternehmenskooperation i.e.S. 257
3.1 Besondere Merkmale der Unternehmenskooperation i.e.S. . . . 257
3.11 Besondere Art der Zusammenarbeit 257
3.12 Freiwilligkeit der Zusammenarbeit 258
3.13 Wahrung der Selbständigkeit der Kooperationspartner . . . 259
3.131 Betriebswirtschaftliche Lösungsansätze 260
a) Gutenberg 260
b) Ulrich 261
c) Bidlingmaier 262
d) Grochla 262
e) Sandig 263
f) Leihner 263
g) Fischer 264
3.132 Rechtliche Lösungsansätze 264
3.1321 Lösungsansätze aus dem konzernrechtlichen Begriff der Abhängigkeit 264
a) Würdinger 265
b) Baumbach/Hueck 265
c) Biedenkopf/Koppensteiner 265
d) Gessler 266
e) Zusammenfassung 266
3.1322 Lösungsansätze aus dem konzernrechtlichen Begriff der einheitlichen Leitung 266
a) Würdinger 267
b) Baumbach/Hueck 267
c) Biedenkopf/Koppensteiner 267
d) Gessler 268
e) Zusammenfassung 269
3.133 Folgerungen 269
3.2 Weitere Merkmale? 273
3.21 Vertragliche Grundlage 274
3.22 Vorbehalt des staatlich gesetzten Rahmens 274
3.23 Unbestimmte Zahl von Geschäftsvorfällen 274
3.24 Freie Aufhebbarkeit 275
3.25 Erhaltung der Rechtssubjektivität 276
3.26 Steigerung der Leistungsfähigkeit der Partner 276
3.27 Ertragsüberschuß 276
3.28 Volkswirtschaftliche Nützlichkeit 276
3.29 Ausschluß von Beteiligungen 277
3.3 Hinweise auf die Gesetzes- und Amtssprache 277

3.31 Gesetzessprache 277
3.32 Amtssprache 279
3.33 Ergebnis 283
4. Abgrenzung gegenüber anderen Erscheinungen 283
4.1 Fusion 283
4.2 Konzern 284
4.3 Kartell 284
4.4 Interessengemeinschaft 291
4.5 Konsortium 293
4.6 Genossenschaft 293
4.7 Fachverband 295

§ 7. Erscheinungsformen der Unternehmenskooperation i. e. S. 296
I. Vorbemerkungen 296
II. Übersicht über die Gliederungsmöglichkeiten der Unternehmenskooperation i. e. S. 297
1. nach dem Erwerbszweig (Branche) 297
2. nach der Marktstufe 297
3. nach der betroffenen Unternehmerfunktion 297
4. nach der Zahl der beteiligten Partner 298
5. nach der Zahl der Kooperationsbeziehungen 298
6. nach dem Intensitätsgrad 298
7. nach der geographischen Reichweite 299
8. nach den Phasen der Entscheidbildung 299
9. nach der Dauer 300
10. nach der Marktstellung 300
11. nach dem Wirkbereich 300
12. nach dem Anlaß 300
13. nach der kartellrechtlichen Qualifikation 300
14. nach den gegenständlichen Bereichen 300
15. nach den Zielen 301
16. nach der Rechtsform 301
III. Gliederungsbeispiele 301
1. Kombination von Ziel, Intensitätsgrad und Dauer 302
2. Kombination von Kooperationsmotiven und Funktionsbereichen . 306
3. Funktionsbereiche 310
IV. Zweckmäßige Gliederung im Rahmen der vorliegenden Arbeit . . . 316

§ 8. Rechtsformen der Kooperation 316
I. Vorbemerkungen 316
II. Unverbindliche Abreden 321
1. Grundsätzliche Eignung 321
2. Vorzüge 322
3. Nachteile 322

4. Korrekturmöglichkeiten 322
5. Anwendungsbereich 322
III. Austauschverträge 323
1. Grundsätzliche Eignung 323
2. Vorzüge 324
3. Nachteile 324
4. Korrekturmöglichkeiten 324
5. Anwendungsbereich 325
IV. Einfache Gesellschaft 325
1. Grundsätzliche Eignung 325
2. Vorzüge 326
3. Nachteile 326
4. Korrekturmöglichkeiten 327
5. Anwendungsbereich 328
V. Kollektivgesellschaft 328
VI. Kommanditgesellschaft 329
VII. Verein 329
1. Grundsätzliche Eignung 329
2. Vorzüge 330
3. Nachteile 331
4. Korrekturmöglichkeiten 331
5. Anwendungsbereich 331
VIII. Stiftung 331
IX. Aktiengesellschaft 332
X. Kommanditaktiengesellschaft 333
XI. Gesellschaft mit beschränkter Haftung 333
1. Grundsätzliche Eignung 333
2. Vorzüge 334
3. Nachteile 334
4. Korrekturmöglichkeiten 335
5. Anwendungsbereich 335
XII. Genossenschaft 335
1. Grundsätzliche Eignung 335
2. Vorzüge 336
3. Nachteile 337
4. Korrekturmöglichkeiten 338
5. Anwendungsbereich 338
XIII. Doppelgesellschaft 338
1. Begriff 338
2. Grundsätzliche Eignung 339
3. Vorzüge 339
4. Nachteile 340
5. Korrekturmöglichkeiten 341
6. Anwendungsbereich 341

XIV. Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) 341
XV. Rechtsvergleichender Ausblick: Das Groupement d'Intérêt Economique des französischen Rechts 342
1. Begriff 342
2. Funktion 344
3. Vergleich mit dem schweizerischen Recht 345
4. Rezeption des GIE? 346

§ 9. Rechtsfragen der Unternehmenskooperation i. e. S. im zeitlichen Ablauf der Zusammenarbeit 348

I. Vorbemerkungen 348
II. Rechtsprobleme bei der Entstehung der Unternehmenskooperation . 350
1. Vorbemerkungen 350
2. Probleme des Grundsatzentscheides für die Begründung eines Kooperationsverhältnisses 351
3. Probleme der Partnervermittlung 355
4. Probleme der vorläufigen Bindung 356
4.1 Verhandlungen 356
4.2 Punktationen 358
4.3 Vorverträge 360
5. Probleme der Partnerzahl 364
6. Probleme der Teilnahmefähigkeit 365
7. Probleme des Kooperationszwecks 366
8. Probleme der Kooperationspflichten 368
9. Probleme der Kapitalbasis 374
10. Probleme der Publizität 376
11. Probleme der Organisation 378
11.1 Vorbemerkungen 378
11.2 Unverbindliche Abreden 379
11.3 Individualverträge 379
11.4 Gesellschaftsverträge 380
11.41 Willensbildung 380
11.42 Geschäftsführung 383
11.43 Vertretung 386
11.5 Körperschaftsstatuten 390
11.51 Willensbildung 391
11.52 Geschäftsführung und Vertretung 393
12. Probleme der Kontrolle 394
12.1 Unverbindliche Abreden 395
12.2 Individualverträge 395
12.3 Gesellschaftsverträge 395
12.4 Körperschaftsstatuten 396
13. Probleme der Haftung 396

14. Probleme der Dauer 398
14.1 Unverbindliche Abreden 398
14.2 Individualverträge 399
14.3 Gesellschaftsverträge 400
14.4 Körperschaftsstatuten 404
15. Probleme der geographischen Reichweite 407
16. Probleme des Rechtsweges 411
17. Probleme der Treuepflicht bei Mehrfachkooperationen 415
III. Rechtsprobleme während der Dauer der Kooperation 418
1. Probleme der Auslegung 418
1.1 Individualverträge 418
1.2 Gesellschaftsverträge 420
1.3 Körperschaftsstatuten 420
2. Probleme der Ergänzung 424
2.1 Individualverträge 425
2.2 Gesellschaftsverträge 430
2.3 Körperschaftsstatuten 432
3. Probleme der Erfüllung und Durchsetzung der Kooperationspflichten 435
3.1 Individualverträge 435
3.2 Gesellschaftsverträge 437
3.21 Einrede des nicht erfüllten Vertrages 439
3.22 Einrede des nicht erfüllbaren Vertrages 439
3.23 Verzugsfolgen 440
3.24 Folgen unverschuldeter Unmöglichkeit 440
3.3 Körperschaftsstatuten 442
4. Probleme der Anpassung an veränderte Verhältnisse 445
4.1 Anpassung der Kooperationsmodalitäten 446
4.2 Anpassung der Partnerzahl 449
4.21 Ermöglichung der Erweiterung 449
4.211 Individualverträge 449
4.212 Gesellschaftsverträge 450
4.213 Körperschaftsstatuten 451
4.22 Verhinderung des einseitigen Austritts 452
4.221 Individualverträge 452
4.222 Gesellschaftsverträge 452
4.223 Körperschaftsstatuten 452
4.23 Ermöglichung des Ausschlusses lästiger Partner 456
4.231 Individualverträge 456
4.232 Gesellschaftsverträge 456
4.233 Körperschaftsstatuten 457
5. Probleme der Bestandessicherung 458
5.1 Individualverträge 458
5.2 Gesellschaftsverträge 462

5.3 Körperschaftsstatuten 465
IV. Rechtsprobleme bei der Beendigung der Kooperation 466
1. Probleme der Liquidation 466
2. Probleme der Nachwirkung 467

§ 10. Rechtsprobleme einzelner Kooperationsformen 470

I. Doppelgesellschaft 470
1. Begriff 470
2. Funktion 471
3. Zulässigkeit 471
3.1 Doppelgesellschaft und Gesetzesumgehung 472
3.2 Doppelgesellschaft und Rechtsmißbrauch 474
4. Probleme der Auslegung 475
5. Probleme der Abstimmung von Grund- und Organgesellschaft . . 476
5.1 Rechtsverhältnis zwischen Grund- und Organgesellschaft 476
5.2 Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen 477
6. Probleme der Koppelung der Mitgliedschaften 478
7. Probleme der Haftung 480
II. Gemeinschaftsunternehmen 481
1. Begriff 481
2. Arten 483
3. Motive 484
4. Entstehungsformen 485
5. Rechtsformen 485
6. Verhältnis zur Doppelgesellschaft 487
7. Probleme des Zusammenwirkens in der Gemeinschaftsunternehmung 488
8. Probleme der Beendigung von Gemeinschaftsunternehmen 492
9. Sonderprobleme einzelner Typen von Gemeinschaftsunternehmen . 493

C. Kartellrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation (Übersicht)

Vorbemerkungen 499

§ 11. Probleme der Anwendbarkeit des KG auf Unternehmenskonzentration und -kooperation 500

I. Geltungsbereich des KG 500
1. Grundsatz 500
2. Ausnahme 500

II. Anwendbarkeit des KG auf Konzentrationsvorgänge? 501
1. Fusionsvorgänge 501
2. Konzernbildungen 503
2.1 Beteiligungskonzerne 503
2.2 Vertragskonzerne 504
III. Anwendbarkeit des KG auf (vollzogene) Konzentrationen? 504
1. Fusionen 504
2. Konzerne 504
2.1 Beteiligungskonzerne 504
2.2 Vertragskonzerne 505
IV. Anwendbarkeit des KG auf Kooperationsvorgänge 506
1. Kooperationsverhältnisse ohne Wettbewerbsbeschränkungen . . . 507
2. Kooperationsverhältnisse mit bewirkten, aber nicht bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen 509
3. Kooperationsverhältnisse mit bezweckten, aber nicht bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen 510
4. Kooperationsverhältnisse mit bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen 511
4.1 Horizontale Kooperationsverhältnisse 511
4.2 Vertikale Kooperationsverhältnisse 511
5. Kooperationsverhältnisse in Gestalt von Gemeinschaftsunternehmen 513
5.1 Allgemeine Regeln 513
5.2 Sonderregeln 513
5.21 Funktionale Gemeinschaftsunternehmen 513
5.22 Gegenständliche Gemeinschaftsunternehmen 514

§ 12. Privatrechtliche Probleme der Anwendung des KG 518

I. Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbots 518
1. Fusionen 518
2. Konzerne 521
3. Kooperationen 523
3.1 Behinderungen durch Horizontalkooperationen 523
3.2 Behinderung durch Vertikalkooperationen 526
3.3 Behinderung durch Gemeinschaftsunternehmen 529
3.31 Funktionale Kooperation 529
3.32 Gegenständliche Kooperation 530
II. Probleme der Befreiung von der Kartellverpflichtung 534
1. Voraussetzungen der kartellrechtlichen Befreiungsklage 534
2. Rechtsfolgen der kartellrechtlichen Befreiungsklage 535
3. Kooperationsrechtliche Folgerungen 536
III. Probleme des internen Kartellzwanges 538

1. Voraussetzungen des internen Kartellzwangs 538
2. Rechtsfolgen des internen Kartellzwangs 540
3. Kooperationsrechtliche Folgerungen 540
IV. Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit 541
V. Formprobleme 542

§ 13. Öffentlich-rechtliche Probleme der Anwendung des KG 542

I. Vorbemerkungen 542
II. Zur Auslegung des Art. 22 Abs. 1 KG 543
III. Unternehmenskonzentration im Lichte des Art. 22 Abs. 1 KG . . . 548
IV. Unternehmenskooperation im Lichte des Art. 22 Abs. 1 KG 550
V. Rechtsfolgen gemeinwohlwidriger Unternehmenskonzentrationen und -kooperationen 551
VI. Modifikation der Ergebnisse durch das Abkommen mit den EG? . . 552

Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführten Publikationen (selbständige wie unselbständige) werden mit dem Verfassernamen und dem Titel zitiert oder auch, falls es sich um unselbständige Publikationen in Sammelbänden handelt, mit dem Verfassernamen und dem betreffenden Sammelband. Zahlreiche weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

AMSLER, KURT ANDREAS. Die Sozialmaßnahmen des Industriebetriebes – zwischen- und überbetriebliche Möglichkeiten des Klein- und kleineren Mittelbetriebes, Diss. Freiburg 1966.

ARNDT, HELMUT. Macht, Konkurrenz und Demokratie, in: Konzentration ohne Kontrolle, hg. von Dieter Grosser, Köln/Opladen 1969.

– Ökonomische Theorie der Macht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

ARNDT/OLLENBURG. Begriff und Arten der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

BÄR, ROLF. Kartellrecht und internationales Privatrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 369, Bern 1965.

– Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in: ZSR 85 II, 1966.

BAIN, JOE S. Industrial Organisation, 2nd Edition, New York/London/Sydney 1968.

BALLERSTEDT, KURT. Gesellschafts- und unternehmensrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

BAREIN/GAU/VON KORTZFLEISCH/POECHE. Praktische Wege zur Kooperation, Bad Wörishofen 1969.

BARZ, CARL H. In: Aktiengesetz, Großkommentar, Bände I/1 und I/2, 3. Aufl., Berlin/New York 1973.

BAUMBACH/DUDEN. Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, Becksche Kurzkommentare, Band 9, 20. Aufl., München 1972.

BAUMBACH/HEFERMEHL. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München/Berlin 1960.

BAUMBACH/HUECK. Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968.

BAUMBACH/LAUTERBACH. Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und andern Nebengesetzen, 28. Aufl., München/Berlin 1965.

BAUMBACH/SCHWAB. Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., München/Berlin 1960.

BDI/RKW, Leitfaden für die Kooperation in der Beschaffung, Stuttgart 1969.

– Leitfaden für die Kooperation im Vertrieb, Stuttgart 1969.

BECKER, H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934.

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941.

BENISCH, WERNER. Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen, Düsseldorf 1961.

– Kooperationsfibel, 3. Aufl., Bergisch Gladbach 1969.

– Kooperative Formen der Unternehmenszusammenfassung, in: Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, hg. von Sölter/Zimmerer, München 1972.

BENISCH/DÖRINKEL. Vertragsmuster und Modelle, in: Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, hg. von Sölter/Zimmerer, München 1972.

BERNDT, HANS. Stiftung und Unternehmen, Berlin 1969.

BIDLINGMAIER, JOHANNES. Begriff und Formen der Kooperation im Handel, in: Absatzpolitik und Distribution, Festschrift für Karl Christian Behrens, Wiesbaden 1967.

BIEDENKOPF, KURT. Die Konzentration als Rechtsproblem, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER. In: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, hg. von Wolfgang Zöllner, Band 1, Köln/Berlin/Bonn/München 1970.

BIERI, HILDEGARD. Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 185, Bern 1941.

BORCHARDT, KNUT. Konzentration – Tatsachen und Begriffe, in: Monatsblätter für freiheitliche Wirtschaftspolitik 1959.

– Zur Problematik eines optimalen Konzentrationsgrades, in: Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik 1964.

BORCHARDT/FIKENTSCHER. Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961.

BOTT/ROSENER. Das Groupement d'Intérêt Economique, in: NJW 1970.

BROSSET/SCHMIDT. Guide des sociétés en droit suisse, Tome 1, Les sociétés de personnes, Genève 1962.

BÜREN, BRUNO VON. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

– Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972.

BÜRGI, WOLFHART F. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft.
b/1: Art. 660–697, Zürich 1957.
b/2: Art. 698–738, Zürich 1969.
b/3: Art. 739–747 (1. Lieferung), Zürich 1970.

BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, URSULA. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft.
b/3: Art. 748–751 (2. Lieferung), Zürich 1972.

CAFLISCH, SILVIO. Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961.

CAMPOLOGNO/GRISOLI. Le imprese plurinazionali a vocazione europea, Padova 1972.

CEPES/RKW, Grenzüberschreitende Unternehmenskooperation in der EWG, Stuttgart 1968.

CHAMPAUD, CLAUDE. Les méthodes de groupement des sociétés, in: Revue trimestrielle de droit commercial 1967.

– Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris 1962.

COSER, L. A. Stichwort «Entfremdung und Entfremdungstheorie», in: Wörterbuch der Soziologie, 2. Aufl., Stuttgart 1969.

DESCHENAUX, HENRI. L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964.

– Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel/Stuttgart 1967.

DORMANNS, A. Die neueren amerikanischen Versuche zur Erfassung industrieller Konzentrationsprozesse, Köln 1964.

ECKSTEIN, WOLFRAM. Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive für ihre Gründung, in: Beilage des BB zu Heft 1/1972.

EDWARDS, CORWIN D. The Significance of Conglomerate Concentration in Modern Economies, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

EGGER, A. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930.

ENGEL, PIERRE. Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.

EUCKEN, WALTER. Technik, Konzentration und Ordnung der Wirtschaft, in: Ordo 1950.

FABRICIUS, FRITZ. Vorgesellschaften bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: ein Irrweg?, in: Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner, Wien 1972.

FERRI, GIUSEPPE. Commentario del codice civile, Della società, Bologna/Roma 1962.

FICK, H. Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1915.

FIKENTSCHER, WOLFGANG. Die Interessengemeinschaft, FIW-Schriftenreihe, Heft 30, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.

FISCHER, KURT H. Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, Diss. St. Gallen, Winterthur 1969.

FISCHER, ROBERT. In: Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 3. Aufl., Berlin 1967ff.

FLUME, WERNER. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Band, Berlin/Heidelberg/New York 1965.

FORSTMOSER, PETER. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VIII, 4. Abteilung: Die Genossenschaft, 1. Lieferung: Systematischer Teil und Art. 828–838 OR, Bern 1972.

FRANCESCHELLI, REMO. Commentario del Codice civile, Libro Quinto, Del Lavoro, Art. 2601ff., Bologna/Roma 1964.

FRANKFURTER KOMMENTAR, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, hg. von H. Kaufmann u.a., Köln 1958ff.

FRIEDLÄNDER, HEINRICH. Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung unter besonderer Berücksichtigung der bilanztechnischen und steuerrechtlichen Fragen, Berlin 1921.

- Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen, 1. Aufl., Berlin/Leipzig 1927.
- Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, Zürich 1938.
- Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1954.

FRIEDMANN/KALMANOFF. Joint International Business Ventures, New York/London 1961.

FRÖHLICHER, KURT. Die kollektive Rationalisierung, Diss. Bern 1961.

- Konzentration und Marktmacht, ein Problem der EWG und der Schweiz, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach, Bern 1972.

FUNK, FRITZ. Kommentar des Obligationenrechtes, 2. Band, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.

GADOW/HEINICHEN, Aktiengesetz, Großkommentar, 2. Aufl., 2 Bände, Berlin 1961/1965.

GAUCH, PETER. System der Beendigung von Dauerverträgen, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Freiburg 1968.

- Die Zweigniederlassung nach schweizerischem Recht, Habilitationsschrift Freiburg/Schweiz 1972 (Manuskript).

GAUTSCHI, GEORG. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 5. Teilband: Art. 407–424 OR, 2. Aufl., Bern 1964.

GEILER, KARL. Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, 2. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1922.

- in: DÜRINGER/HACHENBURG, Das Handelsgesetzbuch vom 12.5.1897 auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, Kommentar, 3. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1930 bis 1935.

GEILER/KESSLER. In: J. v. STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., 25. Lieferung, Berlin 1958.

GERTH, ERNST. Zwischenbetriebliche Kooperation, Stuttgart 1971.

GERWIG, MAX. Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957.

GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF. Aktiengesetz, Kommentar, München 1973.

GHIDINI, MARIO. Società personali, Padova 1972.

GIGER, HANS. Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, Interner und externer Kartellzwang in Boykottrechtsprechung und Kartellgesetzgebung, Zürich 1964.

GILLIARD, FRANÇOIS. Tendances coopératives dans la société anonyme, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart F. Bürgi, Zürich 1971.

GLATTFELDER, HANS. Die Aktionärbindungs-Verträge, in: ZSR 78 II 1959.

GLEISS/HIRSCH. EWG-Kartellrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1965.

GNOS, PETER. Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung im schweizerischen Recht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 361, Zürich 1971.

GODIN/WILHELMI. Aktiengesetz, Kommentar, 3. Aufl., 2 Bände, Berlin 1967.

GÖRGENS, E. Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, Freiburg i. Br. 1969.

GRASMANN, GÜNTHER. System des internationalen Gesellschaftsrechts, Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht, Berlin 1970.

GROCHLA, ERWIN. Betriebsverband und Verbandsbetrieb, Berlin 1959.
- Betriebsverbindungen, Sammlung Göschen, Band 1235/1235a, Berlin 1969.

GROSS/SKAUPY. Das Franchise-System, 2. Aufl., Düsseldorf/Wien 1969.

GROSSFELD, BERNHARD. Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968.

GUHL/MERZ/KUMMER. Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972.

GULDENER, MAX. Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958.

GUNZ, HEINRICH. Das öffentlich-rechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, Diss. Freiburg 1969.

GUT, HERBERT. Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren – ihre Erfassung durch das Kartellgesetz, Diss. Zürich 1972.

GUTENBERG, ERICH. Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Band I, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1957.
- Unternehmensführung, Organisation und Entscheidungen, in: Die Wirtschaftswissenschaften, Wiesbaden 1962.

GUTERSOHN, ALFRED. Gewerbe und Wirtschaftskonzentration, in: Kultur und Wirtschaft, Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Böhler, Zürich 1963.

GUTZWILLER, MAX. Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandspersonen, in: ZSR 84 I, 1965.
- Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel/Stuttgart 1967.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Art. 828–878, Zürich 1972.

GUYÉNOT, JEAN. Les contrats de groupement d'intérêt économique, Paris 1970.
- Les groupements d'intérêt économique et leur vocation européenne, in: ZSR 90 I, 1971.

GUYON/COQUEREAU. Le groupement d'intérêt économique, Paris 1969.

GYGI, FRITZ. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, in: ZSR 89 II, 1970.

GYSIN, ARNOLD. Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, in: ZSR 49, 1930.

HAFTER, ERNST. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Personenrecht, Bern 1910.

HARMS, WOLFGANG. Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreihe, Band 45, Köln/Berlin/Bonn/München 1968.

HARTMANN, WILHELM. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Bern 1943.

HAUSSMANN, FRITZ. Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen, Band II, München/Berlin/Leipzig 1932.

HAX, KARL. Unternehmenswachstum und Unternehmenskonzentration in der Industrie, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung 1961.

HEFERMEHL, WOLFGANG. Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, in: GRUR 1966.

HEINEN, EDMUND. Konzentration und Kosten, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, Berlin 1971.

– Industriebetriebslehre, Entscheidungen im Industriebetrieb, Wiesbaden 1972.

HEINI, ANTON. Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel/Stuttgart 1967.

HELD, GÜNTER. Rechtsformen zulässiger Kartelle, Köln/Berlin/Bonn/München 1963.

HENRICH, DIETER. Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Berlin/Tübingen 1965.

HERREN, KLAUS. Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1972 (Manuskript).

HEUSS, ERNST. Macht oder ökonomisches Gesetz, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 128.

– Allgemeine Markttheorie, Tübingen/Zürich 1965.

– Konzentration, Mythos und Wirklichkeit, in: Wirtschaftsdienst 1969.

– Leistungsüberlegenheit der Großunternehmung?, in: 25 Jahre Marktwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, Konzeption und Wirklichkeit, Stuttgart 1972.

HILL, WILHELM. Marketing I, UTB, Bern/Stuttgart 1971.

HIRSCH, ALAIN. La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, in: Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, N° 20, Genève 1965.

HOMBURGER, ERIC. Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, in: ZSR 89 II, 1970.

– Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, in: SJZ 1972.

– Zur international-kartellrechtlichen Situation in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, in: SJZ 1972.

HOMBURGER, GEORG M. Stichwort «Konzernrecht», in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Band V, Berlin 1936.

HOPPMANN, ERICH. Fusionskontrolle, Tübingen 1972.

HUECK, ALFRED. Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band I, München/Berlin 1965.

– Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin/New York 1971.

HUFFSCHMID, JÖRG. Die Politik des Kapitals, Konzentration und Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik, Frankfurt 1969.

HUG, WALTHER. Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, in: SJZ 1940/41.

JÄGGI, PETER. Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964.

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teil 1, 2. Lieferung, Vorbemerkungen vor Art. 1, Kommentar zu Art. 1, 3. Aufl., Zürich 1968.

JANGGEN/BECKER. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII, 3. Abteilung, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern 1939.

JEANNERET, DANIEL. Les limites de la contrainte cartellaire interne, Diss. Neuchâtel 1972.

JÖHR, WALTER A. Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Individuum und Gemeinschaft, Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handels-Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1949.

– Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

JOSS, R. W. Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 49, Aarau 1936.

KÄFER, KARL. Konzentration und Publizität, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

KANTZENBACH, ERHARD. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966.

– Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

KEUTMANN/DIECK. Auswirkungen der Konzentrationstendenzen auf das Handwerk, Schriften des Seminars für Genossenschaftswesen an der Universität zu Köln, Band 16, Göttingen 1971.

KIND, FRITZ. Staatsrechtliche Aspekte der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit im Kartellwesen, Diss. Bern 1958.

KLAUE/VON LAMPE/MARKERT/PETRY/REINIGER. Zur Problematik der Fusionskontrolle, Frankfurt a. M. 1971.

KLEIN, HANS-HELMUT. Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.

KOGON, EUGEN. Wirkungen der Konzentration auf die Demokratie, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band II, 2. Aufl., Berlin 1971.

KOLLER, ARNOLD. Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Freiburg 1967.

– Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 8, Bern 1971.

KOZYRIS, PH. JOHN. Equal Joint-Venture Corporations in France, Problems of Control and Resolution of Deadlocks, in: The American Journal of Comparative Law 1969.

KROPFF, BRUNO. Aktiengesetz, Textausgabe mit Einführungsgesetz, Begründung

des Regierungsentwurfs und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Düsseldorf 1965.

KUMMER, MAX. Der Begriff des Kartells, Bern 1966.

– Grundriß des Zivilprozeßrechtes nach den Prozeßordnungen des Kantons Bern und des Bundes, Bern 1970.

– Die Eignung der Aktiengesellschaft für die Erhaltung der Familienunternehmung, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die juristische Praxis 1970, Bern 1972.

LANGEN/BÖCKSTIEGEL. Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., Neuwied/Berlin 1966ff.

LARENZ, KARL. Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1967.

– Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969.

– Lehrbuch des Schuldrechtes, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970.

LAVABRE, CHRISTIAN. Le groupement d'intérêt économique, in: Experience de liberté contractuelle, Paris 1972.

LEFEBRE, FRANCIS. Memento pratique des sociétés commerciales, Paris 1972.

LEHMANN/DIETZ. Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin/Frankfurt a.M. 1970.

LEIHNER, E. Unternehmerleistung als Wirtschaftsfaktor, Köln 1967.

LENEL, HANS O. Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, 2. Aufl., Tübingen 1968.

LENIN, W.I. Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke, Band I, Berlin 1970.

LEUCH, GEORG. Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 1956.

LEWIS/HANCOCK. The Franchise System of Distribution, Washington D.C. 1963.

LIEFMANN, ROBERT. Kartelle, Konzerne und Trusts, 7. Aufl., Stuttgart 1927.

– Die Unternehmungsformen, 4. Aufl., Stuttgart 1928.

LIVER, PETER. Die privatrechtliche Rechtsprechung im Jahre 1962, Personenrecht, in: ZBJV 1963.

LOHMANN, MARTIN. Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 3. Aufl., Tübingen 1969.

LUKES, RUDOLF. Wettbewerbsrecht und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

MANDEL, ERNEST. Marxistische Wirtschaftstheorie, Band II, Frankfurt a.M. 1968.

MARBACH, FRITZ. Die Wirtschaftskonzentration, Düsseldorf/Wien 1964.

MARX, KARL. Ökonomische Schriften, Band I, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe Bände IV, V und VI, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 1962, 1963 und 1964.

MATTHIES, HEINRICH. Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965.

MAURER, ALFONS. Die Gemeinschaftsunternehmen im amerikanischen Antitrust-

recht, Münchner Universitätsschriften, Abhandlungen des Instituts für europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, Band 3, Stuttgart 1969.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Gesetzlich nicht geregelte Verträge, in: SJK,
Nr. 1134: Allgemeines – Verträge «Sui generis»
Nr. 1135: Gemischte Verträge.

– in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitungsband, Bern 1962.

– Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654, 4. Aufl., Bern 1966.

MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT. Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: ZSR 90 I 1971.

MERZ, HANS. Die Revision der Verträge durch den Richter, in: ZSR 61, 1942.

– Über die Schranken der Kartellbindung, Bern 1953.

– in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Einleitungsband, Bern 1962.

– Das schweizerische Kartellgesetz, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 376, Bern 1967.

– Rationalisierung und Kartellrecht, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968.

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM. Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, Karlsruhe 1958.

– Die Beurteilung der Unternehmenskonzentrationen nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

MICHELI, JACQUES. Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence de tiers, Etude des droits suisse, américain et allemand, Diss. Lausanne 1972.

MINERVINI, GUSTAVO. Concorrenza e Consorzi, Trattato di Diritto civile, Volume sesto, Milano 1965.

MÜLLER, ROBERT. Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Diss. Zürich 1971.

MÜLLER/GRIES/GIESSLER. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1970.

MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ. Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1972.

NAEF, KURT. Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?, in: ZBJV 1960.

NAEGELI, EDUARD. Die Doppelgesellschaft, 2 Bände, Zürich/Berlin 1936/1941.

NIEDERER, WERNER. Volkswirtschaftliche Konsequenzen der Unternehmungskonzentration, in: Industrielle Organisation 1969.

NITSCHKE, MANFRED. Die schuldrechtliche Ordnung des Gesellschaftsvertrages, in: ZHR 128.

– Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970.

OFTINGER, KARL. Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, in: SJZ 1939/40.

– Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in: ZSR 58, 1939.

OSER/SCHÖNENBERGER. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929.
– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Halbband: Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich 1936.

PARENT, JEAN. La concentration industrielle, Paris 1970.

PAVEL, UWE. Eignet sich die Stiftung für den Betrieb erwerbswirtschaftlicher Unternehmen? Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich 1967.

POHMER, DIETER. Über die Wechselwirkung von Unternehmenskonzentration und Konjunktur, in: Konjunkturelle Stabilität als wirtschaftspolitische Aufgabe, Tübingen 1962.

RASCH, HAROLD. Deutsches Konzernrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1968.

RASCH/WESTRICK. Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 3. Aufl., Berlin 1966.

RASCHE, HANS O. Kooperation – Chance und Gewinn, Heidelberg 1970.

RAUSCHENBACH, GERHARD. Deutsches Kartellrecht, in: Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, hg. von Sölter/Zimmerer, München 1972.

REICHERT/DANNECKER/KÜHR. Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Neuwied/Berlin 1970.

REINHARDT, CHRISTOPH. Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich 1971.

REUSS, H. F. Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen Agreements, in: AcP 154.

RICHARD, ULRICH. Atypische Kommanditgesellschaften, Diss. Zürich 1971.

RÜHLE VON LILIENSTERN, HANS. Konkurrenzfähiger durch zwischenbetriebliche Kooperation, in: Die Aussprache 1963.
– Die Organisation der zwischenbetrieblichen Kooperation, in: Organisationsleiter-Handbuch, München 1968.
– Stichwort «Kooperation», in: Management Enzyklopädie, Band 3, München 1970.

RÜHLE VON LILIENSTERN/HERMANN/NEUMANN. Praktische Beispiele zwischenbetrieblicher Kooperation, Stuttgart 1964.

RÜHLI, ERNST. Die Besonderheiten der Führungsentscheidungen bei kollegialer Unternehmensleitung und der Stand ihrer wissenschaftlichen Erforschung, in: Die Unternehmung 1967.

SAINT-ALARY, R. Le contrat de Franchising, in: Nouvelles techniques contractuelles, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier 1970.

SALIN, EDGAR. Kartellverbot und Konzentration, Kyklos 1963.
– Soziologische Aspekte der Konzentration, Sonderdruck aus: Verhandlungen auf der Tagung in Bad Kissingen vom 18. bis zum 21. September 1960, Institut für Sozialwissenschaften der Universität Basel, Heft 1, Basel 1966.
– Stichwort «Konzentration», in: Wörterbuch der Soziologie, 2. Aufl., Stuttgart 1969.

- Internationale Hemmnisse nationaler Konzentration, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Heinz Kaufmann, Köln 1972.

SALZGEBER-DÜRIG, ERIKA. Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Diss. Zürich 1970.

SANDIG, CURT. Die Führung des Betriebes, Betriebswirtschaftspolitik, Stuttgart 1953.

SANDROCK, OTTO. Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968.

SATTLER, HEINRICH. Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, Diss. Zürich 1970.

SAUTER/SCHWEYER. Der eingetragene Verein, München 1968.

SCHAUB, DIETER. Gemeinschaftsunternehmen, in: Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, hg. von Sölter/Zimmerer, München 1972.

SCHENK, HANS-OTTO. Vertikale Preisbindung als Form vertikaler Kooperation, Betriebswirtschaftliche Schriften, Heft 51, Berlin 1971.

SCHLEGELBERGER. Handelsgesetzbuch, erläutert von Ernst Gessler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, 4. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M. 1960ff.

SCHLUEP, WALTER R. Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule Sankt Gallen, Reihe A, Heft 42, Zürich/St. Gallen 1955.

- Die methodologische Bedeutung des Typus, in: Festgabe für Max Obrecht, Solothurn 1961.
- Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964.
- Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, in: St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965.
- Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 1, Bern 1966.
- Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, in: WuR 1966.
- Was ist Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968.
- Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, in: WuR 1969.
- Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Recueil de travaux suisses présentées au VIII[e] Congrès international de droit comparé, Basel 1970.
- Mitbestimmung?, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart F. Bürgi, Zürich 1971.
- Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach, Bern 1972.
- Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewußte, in: ZSR 91 I 1972.
- Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII (Manuskript).

SCHMALENBACH, EUGEN. Selbstkostenrechnung und Preispolitik, Leipzig 1934.

SCHMIDT, HELMUT. Die Zeche zahlt der Staat, Sozialisierung der Verluste im deutschen Ruhrkohle-Bergbau, in: Sozialisierung der Verluste, Die sozialen Kosten eines privatwirtschaftlichen Systems, München 1972.

SCHMIDT, WALTER, in: Aktiengesetz, Großkommentar, Band I, 2. Aufl., Berlin 1961.

SCHNEIDER, HANS K. Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

SCHÖNENBERGER, WILHELM. Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Zivilrecht, in: ZSR 66, 1947.

SCHÖNENBERGER/JÄGGI. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, Teil 1a, 1. Lieferung: Einleitung, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 1961.

SCHREIBER, MARGRET. Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Band IV, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.

SCHUCANY, E. Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960.

SCHÜRMANN, LEO. Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Kommentar, Zürich 1964.

SCHÜRMANN/SIEBER. Die Konzentration als Problem der schweizerischen Wettbewerbspolitik, in: WuR 1972.

SCHULTZE-VON LASAULX, H. In: SOERGEL/SIEBERT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969.

SCHULZE/WENCK. Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 4. Aufl., Münster (Westfalen) 1967.

SCHUMPETER, JOSEPH A. Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1946.

SCHWYN, THEO. Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung, Diss. Zürich 1966.

SIEBER, HUGO. Die Zerstörung der freien Wirtschaft durch ihre Anhänger, in: WuR 1972.

– Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, in: WuR 1973.

SIEGWART, ALFRED. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Zürich 1938.

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945.

SIEGWART, HANS. Möglichkeiten, Formen und Grenzen einer wirtschaftlichen Zusammenarbeit von Industrieunternehmen, in: Die Unternehmung im Strukturwandel der Wirtschaft, Gegenwarts- und Zukunftsaufgaben der Betriebswirtschaft I, Unternehmensführung, Berlin 1967.

– Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie, in: Die Unternehmung 1969.

– Die betriebswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Gutachten über steuerrechtliche Fragen beim Zusammenschluß von Unternehmungen, Zürich 1970.

SINGER, EUGENE M. Antitrust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models, Engelwood Cliffs N.J. 1968.

SÖLTER, ARNOLD. Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, in: WuW 1966.

SÖLTER/ZIMMERER (Hrsg.). Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, München 1972.

SOMBART, WERNER. Der moderne Kapitalismus, Band III: Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, München/Leipzig 1928.

– Der moderne Kapitalismus, Band III, 4. Aufl., Neudruck, Berlin 1955.

SPENGLER, ALBRECHT. Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften und deren Schranken, in: Festschrift für Philipp Möhring, München/Berlin 1963.

SPITZNER, OSMAR (Leiter eines Autorenkollektivs). Kommentar zum Kooperationsrecht, Berlin (Ost) 1970.

STECK, RUDOLF. Formen und Auswirkungen betrieblicher Kooperation, Diss. Berlin (o.J.) 1967.

STEIGER, FRITZ VON. Grundriß des schweizerischen Genossenschaftsrechts, Zürich 1963.

– Das Recht der AG in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1970.

STEIGER, WERNER VON. Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, in: ZSR 62, 1943.

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teil 5c: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965.

STEIN/JONAS. Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., Tübingen 1970.

STERNER, FRIEDRICH. Das Syndikat im schweizerischen und deutschen Kartellrecht, Diss. Zürich 1972.

STEUCK, HEINZ-LUWIG. Die Stiftung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen, Berlin 1967.

STRAUBE, MANFRED. Zwischenbetriebliche Kooperation, Wiesbaden 1972.

SUNDHOFF, EDMUND. Werbung als Faktor der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

SWEEZY, PAUL M. Theorie der kapitalistischen Entwicklung, ed. suhrkamp, Frankfurt a.M. 1970.

TAZELAAR, JAN L. Systematik der häufigsten Fehlhandlungen, in: Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, hg. von Sölter/Zimmerer, München 1972.

TEICHMANN, ARNDT. Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 27, München 1970.

THALHEIM, KARL C. Konzentration in der DDR, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band II, 2. Aufl., Berlin 1971.

THOMPSON, DONALD N. Franchise Operations and Antitrust, Lexington 1971.

TREECK, JOACHIM. Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 7, Berlin 1968.

TROPS. Wirtschaftliche Unternehmen innerhalb einer Stiftung, in: Die Aktiengesellschaft (Deutschland) 1970.

VON TUHR/SIEGWART. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2 Halbbände, 2. Aufl., Zürich 1942/44.

TUOR/SCHNYDER. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., Zürich 1968.

ULMER, PETER. In: Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 3. Aufl., Berlin 1967ff.

– Der sachliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellverbotes, in: Juristische Analysen 1970.

ULRICH, HANS. Die Unternehmung als produktives soziales System, Bern/Stuttgart 1968.

– Führungskonzeption und Unternehmensorganisation, in: Beiträge zur Lehre von der Unternehmung, Festschrift für Karl Käfer, Zürich 1968.

VICENT CHULIA, FRANCISCO. Concentración y Union de Empresas ante el Derecho Español, Madrid 1971.

VINKEN, HORST. Die Stiftung als Trägerin von Unternehmen und Unternehmensteilen, Baden-Baden 1970.

VISCHER, FRANK. Internationales Vertragsrecht, Bern 1962.

– Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band I, Basel/Stuttgart 1969.

VOLKMANN, GOTTFRIED. Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 24, Heidelberg 1973.

WÄLTERMANN, UDO. Die rechtliche Behandlung der Exportkartelle im KG, Diss. Freiburg/Schweiz, Köln 1969.

WAFFENSCHMIDT, W. G. Technik und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, 2. Aufl., Berlin 1971.

WEIBEL, HERBERT. Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, Diss. Bern 1971.

WEIPERT, OTTO. In: Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 2. Aufl., Berlin 1950ff.

WEISS, GOTTFRIED. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VII, 2. Abteilung: Das Aktienrecht, 1. Lieferung: Einleitung, Bern 1956.

WENNER, WOLFGANG. Vorverhandlungen und Vorvertrag, Bemerkungen zum Vorstadium einer Unternehmenskooperation, in: BB 1966.

WESTERMANN, HARM PETER. Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1970.

WESTERMANN, HARRY. In: Handbuch der Personengesellschaften, Köln-Marienburg 1967ff.

– Rechtsprobleme der Genossenschaften, Karlsruhe 1969.

WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL. Handbuch der Personengesellschaften, Köln-Marienburg 1967ff.

WIDMER, URS. Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Diss. Zürich 1971.

WIEDEMANN, HERBERT. In: Aktiengesetz, Großkommentar, Band III, 3. Aufl., Berlin/New York 1973.

WIELAND, ALFRED. Aus dem schweizerischen Kartellrechte, in: ZSR 40, 1921.

WIELAND, KARL. Handelsrecht, Band I, München/Leipzig 1921.

WILLEMSEN, ADRIAN. Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und die kartell-

rechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 6, Bern 1971.

WILLOWEIT, DIETMAR. Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 19, Berlin 1969.

WOHLFARTH/EVERLING/GLAESNER/SPRUNG. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, Berlin/Frankfurt a.M. 1960.

WOHLMANN, HERBERT. Die Treuepflicht des Aktionärs, Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf alle Aktionäre, Diss. Zürich 1968.

WÜRDINGER, HANS. Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937.

- Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1966.
- in: Aktiengesetz, Großkommentar, Band I/1, 3. Aufl., Berlin/New York 1973.
- Verbundene Gesellschaften, Veröffentlichung der Kommission der EWG, Brüssel o.J.

WYSOCKI, KLAUS VON. Rationalisierung durch Ausgliederung von Betriebsaufgaben, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1961.

YUNG, WALTER. L'interprétation supplétive des contrats, in: Etudes et articles, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, Genève 1971.

ZÄCH, ROGER. Vertraglicher Ausschluß der Kündbarkeit bei den Personengesellschaften, Bern 1970.

ZIHLMANN, PETER. Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, in: SJZ 1972.

ZUMBÜHL, FRANZ. Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, Diss. Zürich 1944.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Aktiengesellschaft
ASW	Archiv für schweizerische Wirtschaft und Wirtschaftspolitik (Basel)
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (Heidelberg)
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
BBl	Bundesblatt
BDI/RKW	Bundesverband der Deutschen Industrie/Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGH	Bundesgerichtshof (Bundesrepublik Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Bundesrepublik Deutschland)
CC	Code de Commerce (Frankreich)
CCit	Codice Civile (Italien)
CEPES/RKW	Comité Européen pour le Progrès Economique et Social / Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft
DAktG	Aktiengesetz (Bundesrepublik Deutschland)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFTAV	Vertrag zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaften
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GIE	Groupement d'Intérêt Economique
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim/Bergstraße)
GV	Generalversammlung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bundesrepublik Deutschland)

HGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland)
HRV	Verordnung über das Handelsregister
i.e.S.	im engeren Sinne
IPR	Internationales Privatrecht
i.w.S.	im weiteren Sinne
KAG	Kommanditaktiengesellschaft
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
Ordo	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Düsseldorf/München)
Rechtsprechung	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (der Europäischen Gemeinschaften) (Luxemburg)
RG	Reichsgericht und dessen Entscheidungen in Zivilsachen (Deutschland)
RKW	Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft
Rz.	Randziffer
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
S.E.	Societas Europea
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
US	United States
V.E.	Vorentwurf
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis mit Kartellrecht und Werberecht (Frankfurt a.M.)
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf) (WuW/E BGH = Entscheidungen des BGH, publiziert in WuW)
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Stuttgart)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Vorwort der Berichterstatter

Privatrechtliche Probleme der Konzentration und Kooperation zwischen Unternehmungen entstehen, wenn private Unternehmungen ihrer Umwelt nicht (mehr) isoliert und als ausschließlich individuelle Wirtschaftseinheiten begegnen. Wenn sie vielmehr dazu übergehen, in irgendeiner Weise gemeinsame Sache zu machen, wobei diese Gemeinschaftlichkeit des Auftritts freiwillig erfolgt, somit betriebswirtschaftliche Maßnahme und nicht einfach erzwungener Gleichschritt im Gefolge der (öffentlichen) Wirtschaftsverwaltung ist. Unternehmungen bezeichnet man dann als privat, wenn sie zur Verfolgung privater (nicht öffentlicher) Zwecke privatrechtlich organisiert sind und daher von Privatkapital getragen werden. Außer Betracht fallen demnach die vielfältigen Formen des Zusammenwirkens öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen (Stichwort «Zweckverband»), bedienten sie sich auch im einzelnen Falle der Formen des sogenannten Verwaltungsprivatrechts. Auch die zunehmend gewichtigere Allianz zwischen öffentlichen und privaten Unternehmungen kann hier nicht ins Bild gerückt werden.

Die Hauptschwierigkeit der vorliegenden Studie besteht darin, ein im Blick auf die wirtschaftliche und die aus ihr folgende Privatrechtsproblematik sinnvolles Verständnis dessen festzulegen, was als gemeinsame Sache oder Zusammenarbeit begriffen werden soll. Grundsätzlich stehen zwei Wege zur Wahl. Nach dem Wortsinn kann man als *Zusammenarbeit* jeden wie immer gearteten Kontakt zwischen Unternehmungen (besser: Unternehmensträgern) bezeichnen, der weiter reicht, als es die in der arbeitsteiligen Wirtschaft selbstverständlichen individuellen Marktbeziehungen (etwa zwischen einer Unternehmung und dem Lieferanten von Korrespon-

denz-Papier) erfordern. Vorausgesetzt freilich, daß die rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit der beteiligten Unternehmungen zwar möglicherweise eingeschränkt, aber jedenfalls nicht gänzlich aufgehoben wird. In dieser Sicht wären Gegenstand der Untersuchung alle Formen des Zusammenwirkens zwischen dem gewöhnlichen Austausch von Marktleistungen einerseits und der Zusammenfassung (Konzernierung) oder dem Zusammenschluß (Fusion) anderseits. Ein solches Verständnis scheint um so mehr geboten, als andernfalls Figuren einbezogen werden müßten, die (wie die gewöhnlichen Austauschverträge) als Interessengegensatzverträge in den einschlägigen Lehrbüchern des Vertragsrechts längst abgehandelt worden sind; oder die (wie Konzern und Fusion) stricto sensu nicht die Zusammenarbeit rechtlich und wirtschaftlich (im Kern) selbständiger Unternehmungen, sondern die Organisation von zusammengesetzten (nämlich zusammengeschlossenen oder zusammengefaßten) Wirtschaftseinheiten betreffen.

So überzeugend eine solche Sonderung nach dem Wortlaut und nach den in Frage stehenden Rechtsfiguren aussehen mag, so bedenklich wird sie in der Erprobung nach der wirtschaftlichen Natur der Sache. Zunächst ist von der Funktion her herauszustreichen, daß es allemal darum geht, veränderten wirtschaftlichen und technischen Verhältnissen mit den Vorzügen größerer Wirkeinheiten zu begegnen. Alsdann vermag in diesem Bemühen um sogenannte *Konzentration* der unabhängige Unternehmensentscheid, Zukäufe auszuweiten und so die Hauptproduktion auszudehnen, funktionell einer Spezialisierungsabrede gleichkommen, auch wenn formell der alte Austauschvertrag vorliegt. Vollends zum Konzentrationsvehikel wird der Austauschvertrag im Verein mit Ausschließlichkeitsbindungen: Die daraus folgenden Abhängigkeiten stehen materiell dem Joch aus Konzernvertrag oder Beteiligung in nichts nach[1]. Ebenso kann man etwa die Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft funktionell unter bestimmten Voraussetzungen durchaus als ökonomische Alternative zu Fusion und Konzern sehen[2]. Generell wird mit Recht hervorgehoben, absatz- oder pro-

[1] Vgl. dazu vor allem ARNDT, Ökonomische Theorie der Macht, S. 123ff.

[2] SIEGWART, Die betriebswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmungszusammenschlüssen, S. 243.

duktionstechnische Veränderungen *zwängen wahlweise* zur Kooperation oder Integration[3], wie man überhaupt Fusion und Konzern durchaus als Grenzfall der Integration von Unternehmensfunktionen bezeichnen darf[4].

Aber auch abgesehen von dieser funktionellen Substituierbarkeit der Konzentrationswege gibt es auch formelle Überschneidungen. So wird man von einer *Mischform* reden müssen, wenn die Abstimmung des Produktionsprogrammes zweier Unternehmungen durch wechselseitige Beteiligungen und Überkreuzvertretungen im Verwaltungsrat untermauert wird. Überhaupt ist in dynamischer Sicht die formelle Kooperation materiell häufig nur gerade der erste Schritt zur Vollintegration[5]. Andererseits ist etwa der vertragliche Koordinationskonzern des dezentralisierten Typus seiner Gestalt nach eine bis zum Grenzfall vorangetriebene Kooperationsform.

Vor dem ökonomischen Hintergrund der Untersuchung bestände also jeder Anlaß, alle Rechtsformen einzubeziehen, die man als «Wege zur Konzentration»[6] kennzeichnen könnte. Aber auch nach den Zielen der vorliegenden Studie wäre eine umfassende Darstellung geboten, weil der Aufriß der Privatrechtsproblematik unmöglich den Sinn einer bloßen Einweihung in die privatrechtliche Konzentrationstechnik haben kann. Vielmehr muß gerade vor diesem Forum unabweichlich werden, nach der Tragfähigkeit unseres Privatrechts in der Beanspruchung durch die offenbar säkular zunehmende Konzentrationsbewegung zu fragen. Um nichts weniger als um die Herausforderung geht es, ob der unserem Privatrecht zugrunde liegende Richtigkeitsgehalt bewahrt und die von dort her eingebauten Sicherungen auch nach solcher «Umfunktionierung» der gesetzgeberischen Leitbilder erhalten werden können. So verstandene Begutachtung vermag aber nur zu rechtfertigen, wer das Konzentrationsgeschehen in seinen privatrechtlichen Weiterungen umfassend begreift. Da dem Privatrecht überdies Eigen-

[3] STECK, Formen und Auswirkungen betrieblicher Kooperation, S. 42.

[4] SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, S. 234.

[5] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 118.

[6] LENEL, Ursachen und Konzentration, S. 350ff.

wert zukommt, wird die eben skizzierte umfassende Überprüfung der Konzentrationswege auf ihre Verträglichkeit mit den zivilrechtlichen Grundwerten zugleich zu einem gesellschaftlichen Bewertungskriterium der einzelnen Konzentrationswege, wenn nicht gar des Konzentrationsgeschehens in der Wirtschaft überhaupt.

Solche Erwägungen rechtfertigen den Entscheid der Berichterstatter, den Begriff «Zusammenarbeit» weit zu fassen und nur gerade auf den Einbezug der im schweizerischen Recht positiv geordneten Fusion zu verzichten. Es bedarf dabei nicht des formalen Rekurses auf dem Begriff «Unternehmen», wie ihn der Europäische Gerichtshof im bekannten Fall Glöckner/Hoesch geprägt hat: «Das Unternehmen stellt sich als eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren dar, mit welcher auf die Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Gemäß dieser Begriffsbestimmung führt die Bildung eines neuen Rechtssubjekts im Bereich des Wirtschaftslebens stets zur Entstehung eines eigenständigen Unternehmens; in der Tat folgt aus der Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Betätigung noch keine Einheit im Rechtssinne, wenn die rechtlichen Wirkungen dieser Betätigung jeweils verschiedenen Rechtssubjekten zugerechnet werden müssen.»[7] Einmal nämlich ist diese Begriffsbildung keineswegs unangefochten[8]. Zum andern deckte sie – auch wenn man sie à la lettre übernähme – den Einbezug des Konzerns nur unter der Voraussetzung, daß «Zusammenarbeit» auch in der Befolgung von Weisungen gesehen werden darf. Es bleibt also dabei, daß der Grund für die umfassende Interpretation des Themas nicht in den Begriffen, sondern in der einheitlichen Natur der Sache und der damit gegebenen Herausforderung des Privatrechts zu suchen ist.

Allein dieses Unterfangen übersteigt die Kräfte des einzelnen Berichterstatters. Der französischsprachige und der deutschsprachige Referent haben sich daher vom Geist des Themas leiten lassen und auf eine Zusammenarbeit in Gestalt der «Spezialisierung» geeinigt:

[7] Rechtsprechung VIII, S. 687.

[8] Vgl. dazu SCHLUEP, Mitbestimmung?, S. 314ff. und dort zitierte weitere Literatur; ferner die Kommentare zu den §§ 15ff. des deutschen Aktiengesetzes.

- Die französischsprachige Abhandlung soll mit Vorzug Probleme der Konzentration i.e.S., Wesen und Problematik der Konzerne also, zum Gegenstand haben.
- Die deutschsprachige Studie soll vor allem die Zusammenarbeit von Unternehmungen außerhalb des Konzerns und der Verschmelzung sowie die kartell- und monopolrechtlichen Fragen erörtern.

Die Berichterstatter

A. Realien

Vorbemerkungen

Fraglos gehört die Unternehmenskonzentration (im weitesten Sinne) auch in der Schweiz zu den Zeichen der Zeit, mag sie auch in einzelnen Wirtschaftszweigen deutlicher zutage treten als in anderen. Zwar fehlen dem Beobachter schweizerischer Geschehnisse Statistiken, aus denen sich zweifelsfreie Feststellungen oder gar Mahnungen ähnlich nähren könnten, wie das anderwärts der Fall ist[1]. Doch weiß jedermann, daß sich die «Konzentration in der schweizerischen Wirtschaft ... in letzter Zeit äußerst rasch (entwickelt)»[2]. Man ist sich ohne lange Begründung darüber einig, die Wirtschaftskonzentration erfasse «praktisch alle Industriestaaten der westlichen Welt»[3], sei also aus der westlichen Welt der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nicht wegzudenken.

[1] Vgl. dazu etwa den Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, Drucksache IV/2320, vom 29. Februar 1964 und vor allem den dazugehörigen Anlagenband vom 9. Oktober 1964. Dem Statistischen Jahrbuch der Schweiz sind kaum schlüssige Zahlen zu entnehmen. Immerhin veröffentlichte die Schweizerische Bankgesellschaft in Zürich eine Liste der größten Industrie- und Handelsunternehmen in der Schweiz; vgl. Bericht darüber: ASW 1972, S. 135ff. Demnach gab es im Jahre 1971 82 Industrieunternehmen mit einem Umsatz von über 1 Milliarde Franken, wobei der Gesamtumsatz der 90 größten Industrieunternehmen sich auf rund 66 Milliarden Franken belief und gegenüber dem Vorjahr um 10% zunahm. Vgl. a.a.O., S. 137ff. und die Zusammenstellung der größten Handelsunternehmen, Banken und Versicherungsgesellschaften. – Die Konzentrationserhebung der Kartellkommission hat noch keine greifbaren Unterlagen zutage gefördert; vgl. dazu die Interpellation KOLLER vom 8. März 1972 betr. Wirtschaftskonzentration sowie die Antwort des Bundesrates dazu.

[2] Interpellation NR KOLLER vom 8. März 1972 betr. Wirtschaftskonzentration.

[3] Interpellation NR KOLLER vom 8. März 1972 betr. Wirtschaftskonzentration (Begründung).

Solche Feststellungen nötigen zur Frage, ob überwiegend marktgesteuerte Systeme ohne staatliche Betreuung einem inneren Zwang zur Konzentration erlägen, ob also die Konzentration unabwendbares Schicksal einer sich selbst überlassenen Wirtschaft wäre. Will man dabei Spekulationen oder ideologisierenden Argumentationen entrinnen, fragt man zweckmäßig nach den Mechanismen, die Unternehmungen zum Schulterschluß drängen. Sollte sich dabei erweisen, daß marktgerechtes Verhalten der Unternehmungen der Konzentration als Operationsmittel bedarf, hätte man einen systemimmanenten Antrieb anzunehmen. Dabei wäre freilich noch nichts darüber ausgemacht, ob solchem Sachzwang durch Änderung der Rahmenbedingungen oder durch schlichten staatlichen Gegenzwang aus gesamtwirtschaftlichen oder gar gesellschaftspolitischen Erwägungen der Kampf anzusagen wäre. Man weiß, daß mitunter sogar die Gegenhymne angestimmt und geradezu ungenügende Konzentration der Wirtschaft beklagt wird[4].

Die nachfolgende Realienuntersuchung befaßt sich zunächst mit *einzel- und gesamtwirtschaftlichen* Konzentrations- und Dekonzentrationsfaktoren. Alsdann wird das Ergebnis einer wirtschafts- und rechtspolitischen Würdigung unterzogen. Schließlich wird die Frage nach der Zwangsläufigkeit wirtschaftlicher Ballung gestellt. Der guten Ordnung halber wird angemerkt, daß Konzentration im Blick auf die Rechtsformen umfassend begriffen, zugleich aber gegenständlich auf Unternehmungen beschränkt, im übrigen re-

[4] Vgl. dazu etwa JEAN-JACQUES SERVAN-SCHREIBER, Le défi américain, Paris 1967; vgl. aber auch: Die Industriepolitik der Gemeinschaft, Memorandum der Kommission an den Rat, Brüssel 1970, S. 112: «In Abschnitt 3 wurde gezeigt, daß in zahlreichen Industriezweigen die Größenstruktur in dem einen oder andern Mitgliedstaat zumindest 1962 noch sehr weit von den Größenordnungen entfernt war, die als die leistungsfähigsten gelten ... Für die Industrie der Gemeinschaft stellen sich daher Probleme der Umstrukturierung, die gelöst werden müssen, um die Unabhängigkeit und das Wachstum der Industrie zu sichern und den Arbeitskräften angemessene Einkommen zu verschaffen»; vgl. auch a.a.O., S. 138: «Der Übergang von einer einzelstaatlichen zu einer kontinentalen Wirtschaft macht gewisse Formen der Zusammenarbeit und eine gewisse Restrukturierung und Konzentration auf europäischer Ebene, die bisher zurückgestellt wurden, unerläßlich; andererseits eröffnet dieser Wandel auch neue Möglichkeiten für die Errichtung oder Erweiterung kleinerer Unternehmen.»

lativ und absolut, aber auch horizontal, vertikal und diagonal (komplementär oder konglomerat) verstanden wird[5]. Auf eine Auseinandersetzung mit den Problemen der Konzentrationsmessung wird verzichtet, was angesichts des bescheidenen Vorrates an verwertbarem statistischem Material nicht näher begründet zu werden braucht[6].

§ 1. Einzelwirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration

Unterstellt man als erstes Unternehmensziel die Gewinnmaximierung[1], kann von dort her Konzentration in irgendeiner Gestalt

[5] Relative Konzentration ist die Zunahme der Größenunterschiede der Unternehmungen; unter absoluter Konzentration ist zu verstehen «das raschere Wachsen oder langsamere Schrumpfen der größten Unternehmen»; so LENEL, Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, S. 2; vgl. auch ARNDT/OLLENBURG, Begriff und Arten der Konzentration, S. 12ff.; OTTO VOGEL, Begriff, Typen und Wirkungen der Unternehmenskonzentration, Berichte zur Wirtschaftspolitik Nr. 1, 1959, Köln 1959. – Zwischen Betriebs- und Unternehmenskonzentration wird nur in jenem formalen Sinne unterschieden, daß die Unternehmung als rechtlich-wirtschaftliche Einheit mehrere Betriebe als Leistungseinheiten umfassen kann; vgl. im übrigen dazu ARNDT/OLLENBURG, Begriff und Arten der Konzentration, S. 22ff. – Zur Unterscheidung von horizontaler, vertikaler und diagonaler Konzentration: ARNDT/OLLENBURG, Begriff und Arten der Konzentration, S. 27.

[6] Vgl. dazu vor allem ARNDT/OLLENBURG, Begriff und Arten der Konzentration, S. 8ff.; SCHÜRMANN/SIEBER, Die Konzentration als Problem der schweizerischen Wettbewerbspolitik, S. 71ff.; JÖHR, Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik, S. 463; SINGER, Antitrust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models, S. 136 bis 155; KEUTMANN/DIECK, Auswirkungen der Konzentrationstendenzen auf das Handwerk, S. 12ff.; PARENT, La concentration industrielle, S. 17ff. Vgl. ferner LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 1ff. Die Verschiedenheit der Konzentrationsmasse kann im übrigen dazu führen, daß sich Konzentrationsaussagen verschiedenen Typs widersprechen; vgl. dazu JÖHR, Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik, S. 461; vgl. zum ganzen Problem auch DORMANNS, Die neueren amerikanischen Versuche zur Erfassung industrieller Konzentrationsprozesse. S. 70ff.

[1] Die Gewinnmaximierung ist mindestens theoretisch nach wie vor Ziel der Unternehmung. Mehr und mehr zeichnet sich indessen eine Wendung in der Weise ab, daß die Erhaltung der Unternehmung statt Gewinnmaximierung angestrebt wird; vgl. dazu SCHLUEP, Mitbestimmung?, S. 334f. und 357.

sinnvoll nur angestrebt werden, wenn sie Kosten zu senken oder Erträge zu erhöhen verheißt. Konkret ist mithin zu fahnden, ob und welche Wirkungen die Konzentration auf den Kostenverlauf, die Preishöhe und das Umsatzvolumen zeitigt[2]. Man darf also in dieser Sicht den Konzentrationsvorgang als *Mittelentscheidung* im Rahmen der Verfolgung des Gewinnziels bezeichnen[3], wobei als Suboptimierungsziele Kostenwirtschaftlichkeit und Umsatzwachstum[4] unterschieden werden können. Dabei ist aber sofort anzumerken, daß im Rahmen des Zielsystems der Unternehmung neben der Gewinnmaximierung auch andere Ziele verfolgt werden: «Die Ergebnisse betriebswirtschaftlicher Zielforschung unterstreichen, daß betriebswirtschaftliches Handeln von einer Vielzahl von Zielen bestimmt wird»[5]. Also ist auch zu fragen, wie Unternehmenskonzentration z.B. zum Ziel der Unternehmungserhaltung und zu außermonetären Zwecken, wie Macht, Prestige, soziale Verantwortung usw., steht[6].

I. Kostenwirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration

Als Hauptvorzug der Konzentration wird allenthalben die kostensenkende Wirkung der sog. *Massenproduktion* gerühmt. In seiner einfachsten Formulierung durch BÜCHER (1910) gibt das bekannte Gesetz der Massenfabrikation den banalen Sachverhalt

[2] Vgl. dazu FRÖHLICHER, Die kollektive Rationalisierung, S. 11: «Der abstrakte Wunsch der Unternehmensleitung, zu besseren Erträgen zu gelangen, findet demnach seinen konkreten Ausdruck im Streben nach möglichst hohen Absatzpreisen, nach einem die optimale Ausnützung der Produktionskapazität gewährleistenden Absatzvolumen und nach einem möglichst geringen Aufwand.» Ebenso MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 148.

[3] So HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 379.

[4] HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 407.

[5] HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 406; vgl. dazu auch ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 187ff.; FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 185.

[6] Vgl. HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 408; zum Verhältnis der verschiedenen Ziele zueinander: ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 190ff.; auch HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 406: «Zwischen den Zielen können komplementäre, konkurrierende oder indifferente Beziehungen bestehen, die sich aus einer Zweck-Mittel-Betrachtung ableiten lassen.»

wieder, daß bei zunehmender Menge der Fixkostenanteil je Stück abnimmt, so daß (mindestens bei proportionalen variablen Kosten) die größere Ausbringung sinkende Stückkosten zur Folge haben muß[7].

Wichtiger als das Gesetz der Massenproduktion erscheint der Tatbestand, den man als *Größendegression der Betriebsmittel* zu bezeichnen pflegt[8]. Allgemein wird behauptet, der technische Wirkungsgrad von Betriebsmitteln wachse mit zunehmender Größe des Aggregats, so daß sinkende Stückkosten[9], mithin verbesserte kostenwirtschaftliche Produktivität die Folge wäre. Man spricht auch von *mutativer Betriebsgrößenvariation*[10].

Neben dem Gesetz der Massenproduktion und dem Prinzip der Größendegression werden häufig auch die Vorteile bloß *multipler Betriebsgrößenvariation* hervorgehoben, die sich durch partielle oder totale Vervielfachung der bisherigen Kapazitäten auszeichnet (z.B. Verdoppelung der gesamten Betriebskapazität oder Verdreifachung der Zahl der Drehbänke[11]). Der Vorteil solcher rein quantitativer Kapazitätsveränderungen liegt offenbar darin, daß in ihrem Gefolge eine bessere Harmonisierung der Teilkapazitäten erreicht und damit durch Abbau der Leerkosten je Erzeugniseinheit auch fallende Stückkosten erzielt werden können[12,13].

[7] Vgl. dazu LOHMANN, Einführung in die Betriebswirtschaftlehre, S. 61ff.; GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S. 78f.; HAX, Unternehmenswachstum und Unternehmenskonzentration in der Industrie (zit. HAX, Unternehmenswachstum), S. 8 (Auflagendegression).

[8] HAX, Unternehmenswachstum, S. 9; SCHMALENBACH, Selbstkostenrechnung und Preispolitik, S. 67f.: «Eine Dampfmaschine von 30 PS arbeitet bekanntlich nicht ganz so ökonomisch wie eine solche von 100 PS.»

[9] Vgl. FRIEDRICH HENZEL, Stichwort «Produktivität», in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft III, Stuttgart 1960, Spalte 4478, wo zwischen technischer, kostenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Produktivität unterschieden wird. Die kostenwirtschaftliche Produktivität ergibt sich dabei aus der Bewertung des technischen Wirkungsgrades.

[10] HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 386ff.

[11] Vgl. HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 385.

[12] Vgl. HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 385, der freilich präzisiert, daß dieser Harmonisierungseffekt nicht etwa die tale-quale-Folge der multiplen Betriebsgrößenvariation ist, sondern auf die (über die bloße quantitative Kapazitätsvermehrung hinausreichende) zeitliche und intensitätsmäßige Anpassung der

Im vorliegenden Zusammenhang ist der allgemein anerkannte Hinweis wichtig, daß zumal *multiple und mutative Betriebsgrößenvariationen* nicht zu unbegrenzten (asymptomatischen) Kostenminderungen führen, sondern nach der Überschreitung einer «kritischen»[14] Größe Kostenerhöhungen verursachen (Größenprogression)[15]. Theoretisch ließe sich somit eine *optimale Betriebsgröße* in dem Sinne ausmachen, daß sie kostengünstigste Ausbringung (niedrigste Stückkosten) gewährleistet. In Wirklichkeit vermag man freilich ein solches Optimum nicht auszumitteln, weil in dynamischer (statt modelltheoretisch-statischer) Betrachtung veränderte Betriebsgrößen vermehrte Einflußnahme auf die Umweltbedingungen und die Aktionsparameter erlauben, so daß faktisch nach einem *übergeordneten Optimum* unter Berücksichtigung dieser Interdependenzen gesucht werden müßte[16]: «Die genannten Beschränkungen, die erst durch wenig neuere Ansätze in der betriebswirtschaftlichen Theorie schrittweise aufgehoben werden, lassen Empfehlungen über die optimale Gestaltung des Gesamtbetriebes auf kostentheoretischer Basis illusorisch erscheinen.»[17] Ganz zu schweigen vom Umstand, daß es in der Wirklichkeit (anders als im Modell der vollkommenen Konkurrenz) auch auf die Entwicklung der Erlöse bei zunehmender Ausbringung ankommt, mithin das Gewinn- und nicht das Kostenoptimum von praktischer Bedeu-

Ausbringung zurückzuführen ist. Vgl. auch HAX, Unternehmenswachstum, S. 12, der von den «weitergehenden Möglichkeiten zur *Harmonisierung* des Betriebsablaufs» des Großbetriebes spricht.

13 Kostensenkend ist in richtiger Sicht auch der Zug zur Unternehmensgröße, wie er sich etwa aus der technisch bedingten (vertikalen oder horizontalen) Verbundwirtschaft oder der Verwertung nicht lagerfähiger Kuppelprodukte oder der Verwendung von Einzweckmaschinen bei Spezialisierung ergibt; vgl. dazu HAX, Unternehmenswachstum, S. 10ff.

14 Die hier verwendete Bezeichnung «kritische Größe» hat nichts zu tun mit dem GUTENBERGschen Begriff der «kritischen Menge» im Rahmen der Verfahrensauswahl; vgl. zu diesem letzten Problem: GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S. 82ff.

15 Vgl. SCHMALENBACH, Selbstkostenrechnung und Preispolitik, S. 69ff.

16 Vgl. dazu HAX, Unternehmenswachstum, S. 8.

17 HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 389.

tung ist[18]. So oder anders kommt es aber hier auf den Nachweis an, daß fortschreitende Expansion nicht unbegrenzte Kostenminderungen gewährleistet.

Es macht den Anschein, diese allgemeinen kostentheoretischen Zusammenhänge ließen sich in allen Unternehmungsbereichen nachweisen und konkretisieren. Im hier gegebenen Zusammenhang muß eine stichwortartige Übersicht genügen. Im *Produktionsbereich* widerspiegeln sich die allgemeinen Prinzipien am augenfälligsten, weil sie vor allem auf diesem Feld erkannt worden sind. «Economies of Scale»[19] lassen sich gewinnen durch Auflagendegression, Normung und Typisierung (Senkung der Serienwechselkosten), Spezialisierung der Arbeitskräfte, Verbesserungen der Vollzugsorganisation, Verwendung von Einzweckmaschinen, Verbundproduktion, Einsatz von Aggregaten mit technisch bedingter Minimalgröße usw.[20]. Vermutlich gibt es auch im Produktionsbereich eine kritische Größe, ein technisches Optimum, das aber infolge des technischen Fortschritts allgemein (wenngleich nicht überall im gleichen Maße) später erreicht wird, so daß man von einer Zunahme der optimalen Betriebsgröße reden darf[21].

[18] Vgl. dazu HAX, Unternehmenswachstum, S. 7: «Sieht man die Aufgabe der Unternehmung darin, einen möglichst hohen Gewinn zu erzielen, dann liegt das Optimum bei der Unternehmensgröße, die eine maximale Rendite gewährleistet. Maßgebend ist dabei die Lage der Preis-Absatz-Kurve. Es ist denkbar, daß bei der Wahl des kostengünstigsten Verfahrens die herzustellende und abzusetzende Menge so groß ist, daß der erzielbare Preis die Kosten nicht mehr deckt. In diesem Fall wird sich der Unternehmer zwangsläufig für eine geringere Unternehmungsgröße entscheiden müssen, bei der wegen der kleineren Angebotsmenge der erzielbare Preis die Stückkosten übersteigt. Es liegt nahe, daß er dann die Unternehmungsgröße wählt, bei der der zu erwartende Gewinn ein Maximum wird.»

[19] Vgl. dazu BAIN, Industrial Organization, S. 166: «This is because larger plants permit it to exploit mass-production techniques that involve (a) specialisation of labour to specific narrow tasks; (b) the use of specialised machinery and other capital equipment, including units of equipments which are available in only very large minimal sizes; and (c) the specialisation of management and supervising personnel to narrow and detailed tasks. Exploitation of all these opportunities as the plant becomes bigger will result in lower unit costs.»

[20] Vgl. dazu HAX, Unternehmenswachstum, S. 8ff.; HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 395ff.

[21] Vgl. dazu SCHÜRMANN/SIEBER, Die Konzentration als Problem der schweizeri-

Im Beschaffungsbereich fällt namentlich die kostensenkende Wirkung der Einkaufsmacht, der Mengenrabatte, der Verteilung von festen Bezugsnebenkosten auf größere Bestellungseinheiten, der vertikalen Integration und der Verteilung von Lagerkosten (Lagerzinskosten und Lagerverwaltungskosten) ins Gewicht[22]. Fraglich ist, ob *Forschung und Entwicklung* im Großunternehmen (oder bei entsprechender Vergemeinschaftung) kostengünstiger zu Buch stehen. Dafür spricht die zunehmende Tendenz zur systematischen Teamforschung, soweit dadurch Doppelspurigkeiten vermieden werden können. Dagegen drängt sich die banale Einsicht, daß schöpferische Ergiebigkeit sich durch erhöhten Mitteleinsatz (glücklicherweise) nicht kaufen läßt[23]. Offenbar ist es zur Zeit der Niederschrift dieser Überlegungen noch nicht möglich, eindeutige Unternehmungsgrößen zu bestimmen, die ein optimales Maß an Forschung und Entwicklung gewährleisten[24].

Klarer ist demgegenüber die Sachlage im *Absatz*. Die Großunternehmungen (und Absatzgemeinschaften) stehen hinsichtlich der aktiven Verkaufskosten für Werbemaßnahmen, Verkaufsförderung, Produkt- und Ausstattungsgestaltung jedenfalls dann besser da, wenn sie einem großen Markt mit einheitlichem Bedarf gegenüberstehen, der sich «Vertriebsanstrengungen gegenüber elastisch

schen Wettbewerbspolitik, S. 81. GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S. 318, nimmt demgegenüber an, die Erweiterung betrieblicher Kapazität verursache keine abnehmenden Ertragszuwachse. Vgl. hinten S. 216.

22 Vgl. dazu HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 392ff.; HAX, Unternehmenswachstum, S. 12ff.; BAIN, Industrial Organization, S. 177ff.

23 Treffend dazu HAX, Unternehmenswachstum, S. 17: «Demgegenüber wäre einzuwenden, daß die Entwicklung und Durchführung neuer Ideen nicht an bestimmte Unternehmensgrößen gebunden ist, es sei denn, man nimmt an, daß die großen Unternehmungen eine besondere Anziehungskraft auf die Intelligenz ausüben und daß sich die Ideenträger in stärkerem Maße bei ihnen sammeln als bei den Unternehmungen kleineren Umfanges. Das ließe sich allerdings kaum beweisen.» Mit Verweis auf FRITZ MACHLUP, The Political Economy of Monopoly, 2. Aufl., Baltimore 1952, S. 66.

24 Vgl. dazu LIOBA JÜTTNER-KRAMNY, Zur Bedeutung der Unternehmensgrößen für den technischen Fortschritt, Köln 1970; ferner die Rezensionsabhandlung dazu von BURKHARDT RÖPER, Unternehmensgröße und technischer Fortschritt, WuW 1972, S. 159ff.

verhält»[25]. Das trifft zumal für die *Werbung* zu[26], die unter solchen Voraussetzungen vor allem die Massenmedien einsetzen kann. Auch die Produkt- und Ausstattungsgestaltung (Sortimentspolitik) kann im Großunternehmen oder in der Vertriebsgemeinschaft Hand in Hand mit der produktionstechnisch gebotenen Spezialisierung gefördert werden. Kostenersparnisse bringt ferner die Ausschaltung der Handelsspannen durch vertikale Integration oder Schaffung von Abhängigkeiten in Gestalt von Ausschließlichkeitsbindungen[27].

Anders verhält es sich freilich, wenn der Bedarf räumlich und qualitativ stark *differenziert* ist. Bei solchen Gegebenheiten können abnehmende Vertriebskosten je Einheit nur ausnahmsweise (etwa im Bereich eines selbst geschaffenen weiten Markenartikelbedarfs) vermerkt werden. Üblich ist vielmehr eine geringe Elastizität der Nachfrage in bezug auf Vertriebsanstrengungen, so daß mitunter das Absatzoptimum links vom technischen Produktionsoptimum liegt[28]. Überdies zeigen die passiven Verkaufskosten (Transport-, Lager- und allgemeine Verwaltungskosten der Absatzorganisation)[29] nicht einheitliche Degressionstendenz: Während die Transportkosten je Einheit bei vermehrter Ausbringung tendenziell zunehmen, vermerkt man bei den übrigen passiven Verkaufskosten Anzeichen von Größendegression zumal in Gestalt organisatorischer Vorteile[30]. Endlich ist an die Senkung der Markterschließungskosten zu denken, die sich bei Diversifikation durch Übernahme ergeben können[31].

Zu den wichtigsten Kostenvorteilen der Großunternehmen zählen die niedrigeren *Finanzierungskosten*. Diese Besserstellung läßt sich erklären mit dem erleichterten Zugang zum Kapitalmarkt, den besseren Bedingungen für Kredite und anderen Vergünstigungen,

[25] Hax, Unternehmenswachstum, S. 15.

[26] Vgl. dazu vor allem Sundhoff, Werbung als Faktor der Konzentration, S. 409ff.

[27] Vgl. dazu Heinen, Konzentration und Kosten, S. 399f.

[28] Hax, Unternehmenswachstum, S. 14.

[29] Vgl. dazu Heinen, Konzentration und Kosten, S. 398.

[30] So Heinen, Konzentration und Kosten, S. 400.

[31] Edwards, The Significance of Conglomerate Concentration in Modern Economies, S. 145.

die im Zusammenhang mit der sog. Bonität des Kreditnehmers, aber auch der leichteren Beschaffung effektiver Sicherheiten (z.B. innerhalb des Konzernverbandes), dem öffentlichen Interesse an der Großunternehmung oder an der Unternehmungsgruppe sowie endlich mit dem Tatbestand schlichter Nachfragemacht stehen[32]. Aber auch im Bereich der *internen Finanzierung,* zumal der Selbstfinanzierung, erweist sich die Großunternehmung der kleineren als überlegen, wäre es auch nur zufolge relativ höherer Finanzgewinne[33], größerer (steuerlich tolerierter) Abschreibungsmöglichkeiten und vor allem der in Großgesellschaften erheblich erleichterten Zurückbehaltungstechnik. Die von anglo-amerikanischer Seite unternommenen Versuche, eine Degression der Kapitalkosten bei steigendem Verschuldungsgrad (im Sinne des allgemeinen Prinzips der Größendegression) nachzuweisen, entbehren dagegen offenbar der Schlüssigkeit[34].

Nach bislang herrschender Auffassung der Betriebswirtschaftslehre ist die Erscheinung der Größenprogression namentlich den mit zunehmender Größe steigenden Durchschnittskosten im *Verwaltungsbereich* anzulasten[35]. Die Erklärung ist bekannt: Je größer die Unternehmung, desto unübersichtlicher die Verhältnisse, desto schwieriger auch Planung und Kontrolle, um so unvollkommener zudem die Information. Also hätte man hier einen Bereich vor sich, wo die mittlere und die kleine Unternehmung kostengünstiger bliebe. Allein die Untersuchungen von KARL HAX[36] lassen manchen Zweifel aufkommen: Die der Planungsqualität zugrunde liegende

[32] Vgl. dazu HAX, Unternehmenswachstum, S. 19f.; HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 403.

[33] HAX (Unternehmenswachstum, S. 20) versteht darunter u.a. «Differenzgewinne, die sich aus den niedrigeren Kapitalkosten ergeben, Kapitalgewinne aus Beteiligungen, Gewinne aus der Inanspruchnahme von Steuervergünstigungen, die zwar allen Unternehmungen offenstehen, aber doch vorwiegend von den großen Unternehmungen benutzt werden».

[34] So HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 401f. mit Hinweis auf E. SOLOMON, The Theory of Financial Management, New York/London 1963, S. 92ff.

[35] Demgegenüber wird namentlich für den Produktionsbereich angenommen, nach der Erreichung des Kostenminimums blieben die Durchschnittskosten der Produktion konstant.

[36] HAX, Unternehmenswachstum, S. 22ff.

Beherrschung der Ungewißheit ist allemal nur schwer zu vollbringen. Doch fallen angesichts der Entscheidungsmenge im Großbetrieb «Ausreißer» weniger ins Gewicht; zu schweigen von den doch vorab den Großen offen stehenden Möglichkeiten des «scientific management». Gewiß wird die Koordination unternehmerischer Tätigkeiten mit zunehmender Größe schwieriger. Doch gibt es offenbar neuzeitliche Organisationsstrukturen (z.B. management by delegation u.a.m.)[37], die solchen Schwierigkeiten gewachsen sind, wie im übrigen die EDV den Komplikationen der Kontrolle Herr zu werden vermag. Ob nicht doch mindestens im *Informationsbereich* eine relative Kostenzunahme zu diagnostizieren sei, ist streitig und muß es angesichts der Schwierigkeiten, den Informationsertrag zu ermitteln, wohl auch bleiben[38].

Selbst die hier bewußt skizzenhaft angelegte Darstellung der kostenwirtschaftlichen Aspekte zunehmender Unternehmungsgröße bliebe mangelhaft, fehlte der Hinweis auf die den Großunternehmungen offenstehenden größeren Möglichkeiten der *Steuerersparnis*. Im Vordergrund steht natürlich die Steuervermeidung bei der (in der Schweiz nicht verwirklichten) Allphasen-Umsatzsteuer durch vertikale Konzentration. Aber der vertikale Zusammenschluß ermöglicht auch die *Steuerverlagerung* durch Gewinnmanipulationen[39], die Beanspruchung des Holding-Privilegs, wie überhaupt die Großunternehmungen Steuerbegünstigungen (z.B.

[37] Diese verschiedenen Organisationsmodelle lassen im Juristen sogleich die Frage nach den verantwortlichkeitsrechtlichen Konsequenzen laut werden.

[38] Vgl. dazu HEINEN, Konzentration und Kosten, S.404: «Die Bewertung der Informationseinheit orientiert sich am Wertzuwachs, den eine Entscheidung mit verbessertem Informationsstand erzielt. Diesem Bewertungsverfahren stellen sich einige Schwierigkeiten entgegen. Sie resultieren aus dem Problem der Zurechnung von Wertzuwächsen oder Erträgen einer Entscheidung auf die einzelnen Informationseinheiten, die den Informationsstand des Entscheidungssubjekts beeinflussen. Die Frage der Ertragszurechnung kann in allgemeingültiger Form in der Theorie nur formal, nicht jedoch materiell beantwortet werden.»

[39] Vgl. dazu ausführlich SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S.103ff.; DIETER SCHÖN, Ursachen und Wirkungen der Wirtschaftskonzentration, Der Markenartikel 1966, S.812, mit weiteren Hinweisen auf Schachtelprivileg und Organschaft, erleichterte Re-

in Gestalt erhöhter Abschreibungssätze) besser zu nutzen verstehen als kleinere Betriebe[40].

Schließlich muß auf die (kostensenkenden) Vorteile hingewiesen werden, die konzentrierten Unternehmungen aus dem Vorsprung auf dem *Arbeitsmarkt* erwachsen. Es ist ganz und gar allgemeine Auffassung, Großunternehmungen gewährten größere Sicherheit des Arbeitsplatzes, wäre es auch nur kraft des öffentlichen Interesses an der Erhaltung von Unternehmungen, deren Bestand in die Belange der Allgemeinheit reicht[41]. Dazu kommen die Möglichkeiten, hochqualifiziertes Personal im Zuge der Unternehmungszusammenfassung zu übernehmen[42]. Das fällt besonders ins Gewicht beim Marktzutritt zum Zwecke der Diversifikation.

II. Ertragswirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration

Handelt man von den zahlreichen Vorteilen kostenwirtschaftlicher Art, die «Large Scale Economies» bringen, so wird allemal stillschweigend vorausgesetzt, die mengenmäßige Ausrichtung auf Kostenminima verursache keinen zusätzlichen *Absatzwiderstand.* Diese Annahme ist offenbar nur dann berechtigt, wenn strukturell nicht ein polypolistischer Markt vorliegt[43]. Sonst nämlich ist von Fall zu Fall auszumitteln, ob nicht die mit vermehrter Ausbringung erzielte Kostenminderung durch höhere Absatzkosten zufolge stärkeren Marktwiderstandes aufgezehrt oder gar übertroffen werde. Auch sind allfällige Preisminderungsaffekte trotz verstärkter Verkaufsanstrengungen in Rechnung zu stellen. Daraus erhellt

investition infolge Steuerprogression und Steuerersparnis durch Rückstellung von Pensionskassen.

[40] Auch andere öffentliche Lasten können durch Konzentration relativ vermindert werden. Man denke etwa an die Möglichkeiten zur rationelleren Bewältigung der Umweltschutzprobleme.

[41] Vgl. dazu JÖHR, Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik (zit. JÖHR, Konzentration), S. 470; SCHNEIDER, Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 449.

[42] EDWARDS, The Significance of Conglomerate Concentration in Modern Economies, S. 145.

[43] So auch HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 399.

ohne weiteres, welche praktische Bedeutung der Frage zukommt, ob Unternehmenskonzentration die Marktstellung der beteiligten Unternehmen verändere.

Soweit Fusionen und Konzerne in Frage stehen, bedeutet Konzentration *Abnahme* der Zahl der Unternehmungen. Es liegen mindestens formale Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahmen vor, und zwar sowohl horizontale als auch vertikale[44]. Formale Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahmen tendieren besonders leicht dazu, materiell auszuschlagen und die Beteiligten vom Wettbewerbsdruck zu befreien. Das gilt vor allem auch dann, wenn der Schulterschluß durch formale Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit in Gestalt von *Kartellen* erfolgt[45]. Auch *Kooperationen* sind häufig formale Wettbewerbsbeschränkungen. Im Unterschied zu anderen formalen Beschränkungen sind sie aber aller Regel nach nicht geeignet, sich materiell auszuwirken.

Generell wird man wohl KANTZENBACH zu folgen und anzuneh-

[44] Vgl. hiezu BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 30ff. Unter einer formalen Wettbewerbsbeschränkung verstehen die Autoren «die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber), eines Strebens, das auf Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gerichtet ist»; a.a.O., S. 29. Formale Wettbewerbsbeschränkungen sind wettbewerbsrechtlich vor allem dann schädlich, wenn sie zur Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen führen. Trifft das zu, so liegt nach BORCHARDT und FIKENTSCHER eine materielle Wettbewerbsbeschränkung vor, die man auch als Marktbeherrschung bezeichnen kann. Formale Wettbewerbsbeschränkungen entstehen nach BORCHARDT und FIKENTSCHER entweder durch eine Maßnahme oder durch einen Zustand. Bei den hier vorab interessierenden Maßnahmen geht es entweder um Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit oder um Verringerung der Zahl der Mitbewerber. Die im Kontext umrissene Verringerung der Zahl der Mitbewerber ist horizontaler Art, wenn Fusionen oder Konzernierungen Wirtschaftssubjekte der gleichen Stufe erfassen. Liegt demgegenüber eine vertikale Verminderung der Zahl der Mitbewerber vor, so erfolgt sie regelmäßig durch vertikale Ausschließlichkeitsverträge oder durch vertikale Integration.

[45] Nach BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 31, liegt ein Kartell vor, wenn die Mitbewerber ihre selbständige Willensbildung (Planung) untereinander zu einem gemeinsamen Zweck verhindern, verringern oder beseitigen.

men haben, Unternehmenskonzentration tendiere auf die Bildung von Marktmacht: «Eine wesentliche, wenn auch nicht die einzige Quelle wirtschaftlicher Macht ist die *Unternehmenskonzentration.*»[46] Gleiches gilt offenkundig auch bei innerem Wachstum zum Großunternehmen.

Soweit auf dem Wege der Konzentration Marktmacht erlangt werden kann, ist zu fragen, wie sie sich auf die Unternehmungen auswirkt. Die wichtigste allgemeine Folge ökonomischer Macht besteht darin, daß «ökonomische Daten zu Variablen resp. Variable zu Daten»[47] werden. Konkret bedeutet das für die Begünstigten *Zuwachs an Aktionsparametern*[48]. Insbesondere besteht für Unter-

[46] KANTZENBACH, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft (zit. KANTZENBACH, Konzentration), S. 173. Nach KANTZENBACH ist jede horizontale Konzentration ein Schritt zum Monopol. Demgegenüber sieht er in vertikaler und gemischter Konzentration nicht unmittelbaren Zuwachs an Marktmacht, wohl aber an Finanzmacht. Damit erhalten die Unternehmungen «die Möglichkeiten, sich selbst dem Marktzwang zu entziehen und anderen Unternehmen durch Kampfstrategien zu schaden»; a.a.O., S. 173.

[47] ARNDT, Ökonomische Theorie der Macht, S. 106.

[48] ARNDT (Ökonomische Theorie der Macht, S. 120ff.) bringt eine Aufstellung von zwölf zusätzlichen Aktionsparametern. Für die stationäre Wirtschaft werden angeführt die Möglichkeiten:
«*1. Preise* resp. *Mengen* unter den von COURNOT gesetzten Annahmen der Barzahlung und der Risikolosigkeit festsetzen,
2. Risiken überwälzen, dadurch ihre Kosten reduzieren und die Kosten der auf sie angewiesenen Wirtschafter ergründen,
3. durch Variation der *Zahlungsbedingungen* (Fristen, Zinsen usw.) ihren Gewinn maximieren,
4. die Kosten durch Verschlechterung der *Produktqualität* (einschl. Kundendienst usw.) verringern,
5. Kosten durch Verminderung der *Angebotsdifferenzierung* (einschl. der *Zahl der Verkaufsstellen* usw.) reduzieren,
6. ihren *Absatz durch Herabsetzung der Haltbarkeit* der Produkte erhöhen,
7. ihren Gewinn resp. ihre Bequemlichkeit durch Variation der (Gesamt-)*Kapazität* maximieren und
8. ihre *Produktion auf die kostengünstigsten Anlagen konzentrieren* (eine Maßnahme, die sich – im Gegensatz zu den vorgenannten 7 Fällen – auch zugunsten der volkswirtschaftlichen Bedarfsdeckung auswirken kann).»
Für die sich entwickelnden Wirtschaften führt ARNDT an:
«*9.* Die Verlangsamung oder Verhinderung der Einführung neuer oder verbesserter Produkte, sofern diese den eigenen Gewinn nicht erhöhen oder mit

nehmungen (bei Erweiterung der COURNOTschen Prämissen) offenbar die mit zunehmender Marktmacht wachsende Möglichkeit, kostenoptimale Mengen auszubringen und zusätzliche Gewinne durch Verschlechterung der Qualität und der Konditionen sowie durch geplante Obsoleszenz[49] usw.[50] einzuheimsen. Es kann aber natürlich auch der klassische Weg gewählt werden, wie denn überhaupt KANTZENBACH die offenbar empirisch erhärtete These aufstellt: «In privatwirtschaftlich organisierten Industrien (führt) eine Angebotskonzentration bei gleichzeitiger Marktzutrittsbeschränkung zu Preissteigerungen und Angebotsbeschränkungen.»[51]

Im übrigen wird man auch den von ARNDT herausgestellten Zusammenhang zwischen der Schaffung vertikaler Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnisse und Gewinnentstehung bedenken müssen[52]: Die Ausbeutungsmacht führt dazu, daß die Unternehmung und die Leistung des ausbeutenden Unternehmers höher eingeschätzt werden, was auf dem Umweg über höheren Unternehmerlohn und höhere kalkulatorische Kosten eine Verschiebung der Angebots- (oder allenfalls Nachfrage-)kurve bewirkt.

III. Andere einzelwirtschaftliche Aspekte

Wie bereits in der Einleitung zu diesem Abschnitt betont worden ist, läßt sich die Unternehmung als Zielsystem nicht auf Kosten-

Risiken und Unbequemlichkeiten verbunden sind, und
10. die Verlangsamung oder Verhinderung billigerer und besserer Produktionsverfahren und damit der Produktivitätsentwicklung überhaupt ...
11. die vom Staat gesetzten ‹Daten› beeinflussen, die für Erfolg oder Mißerfolg seines Wirtschaftens entscheidend sind.»

[49] Vgl. dazu JOHANN HEINRICH VON BRUNN, Zur Frage der sogenannten «geplanten Obsoleszenz», WuW 1972, S. 615ff.

[50] Vgl. Anm. 48 hievor.

[51] KANTZENBACH, Konzentration, S. 179.

[52] ARNDT, Ökonomische Theorie der Macht, S. 57. Wettbewerbsvorteile auch ohne Marktmacht entstehen häufig durch sogenannte gemischte Zusammenschlüsse, welche den Spielraum der Mischkalkulation erhöhen und damit vermehrte Möglichkeiten schaffen, sich dem Marktzwang zu entziehen; vgl. KANTZENBACH, Konzentration, S. 168. Unter solchen Voraussetzungen können gegebenenfalls kostenoptimale Mengen selbst bei damit verbundenen Preissenkungen ausgebracht werden.

und Ertragswirtschaftlichkeit beschneiden. In Wahrheit ist vielmehr *Zielpluralismus* zu erkennen. Drei solche Ziele sollen im Blick auf den Konzentrationsvorgang im folgenden paradigmatisch untersucht werden, wobei Vollständigkeit der Argumentation nicht angestrebt wird.

1. Unternehmungserhaltung

Längst fordert die moderne Betriebswirtschaftslehre, das Ziel der Gewinnmaximierung habe zurückzutreten gegenüber einem bloßen Standardgewinn, der das *Überleben der Unternehmung* ermöglicht[53]. Es versteht sich, daß im Dienst dieses Ziels vorab auch die eben erläuterten Möglichkeiten stehen, sich durch Konzentration dem Wettbewerbsdruck zu entziehen. Das spielt namentlich im internationalen Bereich eine erhebliche Rolle; internationale Konzentration vermag nämlich durchaus vor ausländischer Konkurrenz zu schützen und den Druck des Freihandels aufzuheben[54]. Normierung und Typisierung gewähren erhöhte Sicherheit zumal dann, wenn mittels Differenzierung durch *Marken* und *Verpackung* engere Märkte trotzdem erhalten werden und Außenseiter ferngehalten werden können. Wichtigster Risikoausgleich bleibt aus ersichtlichen Gründen die Diversifikation[55]. Spezialisierung und Sortimentsbeschränkung erhöhen zwar die Risiken bei konjunkturellen Umschwüngen; durch Konzentration oder Kooperation kann aber die Sortimentsbreite erhalten werden[56].

Generell ist indes doch davon auszugehen, daß konzentrierte Unternehmungen infolge ihrer *Kapitalkraft,* des leichteren Zugangs zum *Kapital- und Arbeitsmarkt,* der *Forschungs- und Werbemöglich-*

[53] Vgl. dazu etwa ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 193ff.; CURT SANDIG, Der Ruf der Unternehmung, Veröffentlichungen der Wirtschafts-Hochschule Mannheim, Reihe 2: Reden, Heft 8, Stuttgart 1962, S. 3; JÖRG KUNDT, Mitbestimmung und Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer (eine betriebswirtschaftliche Untersuchung), Diss. Zürich 1970, S. 42ff.; SCHLUEP, Mitbestimmung?, S. 334f.

[54] Vgl. dazu ARNDT/OLLENBURG, Begriff und Arten der Konzentration, S. 34.

[55] Vgl. dazu JÖHR, Konzentration, S. 470.

[56] SIEGWART, Die betriebswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmungszusammenschlüssen, S. 248.

keiten auch im Niedergang und vor allem wegen des Einsatzes eines hochqualifizierten und spezialisierten *Managements* weniger krisenanfällig sind[57]. Nach dieser Richtung hin wirkt auch die oben angezeigte Schaffung von Abhängigkeiten mit der Folge der Stabilisierung von Absatzwegen und Bezugsquellen. Sogar der Zugang zu neuen Märkten kann eines Teils der Risiken enthoben werden, wenn er von einer bereits diversifizierten Unternehmung ausgeht[58]. Ganz zu schweigen von der erhöhten Reservekraft, welche der erleichterte Gewinnrückbehalt in konzentrierten Unternehmungen schafft. Endlich ist an die Stillegung übernommener Unternehmungen zu denken, womit allfällige Überkapazität abgebaut oder verhindert werden kann[59].

2. Umsatzwachstum

Umsatzwachstum ist oft ein selbständiges Ziel der Unternehmung, das durch Konzentration gefördert werden kann. Hier zeigt sich ganz besonders die von LENEL und HEINEN betonte Interdependenz der Unternehmungsziele[60]. Umsatzwachstum kann, muß aber nicht die Folge jenes konzentrationsfördernden, kostenwirtschaftlichen Strebens nach der optimalen Betriebsgröße sein. Größere Umsätze

[57] SIEGWART, Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie, S. 99.

[58] Vgl. dazu EDWARDS, The Significance of Conglomerate Concentration in Modern Economies, S. 145: «In entering a new field of activity, a large diversified enterprise needs commit only a modest part of its resources, has some shelter from risk in its possession of income from other sources, can afford temporary technological skills it needs for that venture, can afford to buy or hire the additional facilities and skills that it needs, and has an established reputation even though it is a newcomer in the particular field. For such reasons, such enterprises can undertake new ventures more easily than smaller or more specialized ones.»

[59] SIEGWART, Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie, S. 83. – Im Blick auf die Kapazitäten ist auch daran zu denken, daß vertikale Konzentration Kapazitätsharmonisierung erlaubt.

[60] LENEL, Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse (zit. LENEL, Ursachen der Konzentration), S. 48, spricht «von der Vielfalt der Einflußgrößen und ihren Zusammenhängen.» Auch KANTZENBACH, Konzentration, S. 407, spricht von «zwischen den Zielen bestehenden Wechselwirkungen».

sind namentlich zu erwarten, wo «geborene»[61] Großbetriebe vorliegen, wo sich also das Stückkosten-Minimum nur bei großem Ausstoß verwirklichen läßt. Umsatzwachstum ist aber auch die Folge erhöhter Marktmacht, wie sie Konzentrationen tendenziell verbürgen. Gesteigerter Markteinfluß ermöglicht *Preiserhöhungen* bei gleichem oder geringerem Angebot oder *erhöhten Absatz* zu gleichen oder gar leicht erhöhten Preisen. Selbst wo normaler Wettbewerbsdruck herrscht, ist an die Kostenersparnisse bei vertikaler Integration zu denken, die den bei erhöhter Produktion (zu gleichen Preisen) unweigerlich sich verstärkenden Absatzwiderstand mittels geeigneter qualifizierter Vertriebsmaßnahmen überwinden helfen.

Man sieht: die bei äußerem horizontalem Wachstum formell automatisch (vom Fall der Kapazitätsstillegung abgesehen) gegebene Ausweitung der Produktion ist materiell häufig kostenwirtschaftlich begründet und fördert zumal bei gesteigertem Markteinfluß das Umsatzwachstum. Das ist um so eher der Fall, als die finanziellen Voraussetzungen solcher Entwicklungen im Bereich konzentrierter Unternehmungen aller Regel nach leichter erfüllbar sind[62, 63].

3. Persönliche Gründe

Mit Recht wird immer wieder betont, außermonetäre einzelwirtschaftliche Motive der Konzentration seien von erster Bedeutung. Es geht namentlich um *Prestige* und Befriedigung *persönlicher*

[61] HAX, Unternehmenswachstum, S. 6.

[62] Vgl. dazu HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 407 f.: «Bedeutsame Wachstumsvorteile ergeben sich für Großunternehmen im finanziellen Bereich. Beispiele solcher Möglichkeiten sind: höhere Selbstfinanzierungsquote durch relativ geringere Gewinnausschüttung, stärkere Ausnützung des Kapazitätserweiterungseffektes durch erhöhte Abschreibungsmöglichkeiten, die Bildung hoher Pensionsrückstellungen und der erleichterte Zugang zum organisierten Kapitalmarkt.»

[63] Die in Anm. 62 genannten Aspekte dienen im Zusammenhang mit der erleichterten Harmonisierung von Einnahmen und Ausgaben im Konzentrationsverband auch dem Unternehmungsziel der Liquiditätssicherung; vgl. dazu HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 408.

Machtgefühle der Unternehmer und Manager, aber auch – was häufig nicht gesehen wird – um die «Erfüllung von ethischen und sozialen Grundsätzen»[64]. LENEL spricht in diesem Zusammenhang von «persönlichen Motiven der am Konzentrationsvorgang beteiligten Personen»[65]. Berühmt ist das Wort HENRY FORDS: «My ambition is to employ still more men, to spray the benefits of this industrial system to the greatest possible number, to help them build up their lives and homes. To do this we are putting the greatest share of our profits back in the business.»[66] MARBACH spricht von «Herrschtrieb und Geltungssucht, Übermut»[67]. Weitere persönliche Motive sind die unternehmerische Dynamik auf der einen, die Lähmung des Erwerbsstrebens auf der anderen Seite[68], ferner Prestige, Krankheiten der Unternehmer, erbrechtliche Nachfolgeschwierigkeiten, Selbstüberschätzung und dergleichen mehr[69]. Mit Recht wird in diesem Zusammenhang auch die verstärkende Wirkung der bekannten *Trennung von Eigentum und Leitung* in den Aktiengesellschaften zitiert[70], weil sie Konzentration als Mittel zur Stillung von Machtbedürfnissen sozusagen risikofrei verfügbar macht[71].

64 So HEINEN, Konzentration und Kosten, S. 408.

65 LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 48 und 322ff., wo (S. 325ff.) auch das Sicherheitsstreben angeführt wird.

66 Dodge v. Ford Motor Co. 170 N.W. 668 (Mitch. 1919). Vgl. auch EUGEN SCHMALENBACH, Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl., Köln/Opladen 1950, S. 218: «Sehr viele Betriebserweiterungen sind lediglich aus Prestigegründen erfolgt. Die Verwaltungen können der Sucht nach Expansion nicht widerstehen, obwohl ihr Betrieb recht gut im Markt lag und einen Konkurrenzkampf nicht ernstlich zu fürchten brauchte.»

67 MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 49.

68 LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 329, spricht von der Schaffenslust und vom Wunsch der Unternehmer, sich nicht zu langweilen. Zur Lähmung des Erwerbsstrebens: WALTER ADOLF JÖHR, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik I, St. Galler wirtschaftswissenschaftliche Forschungen, Bd. 1, St. Gallen 1943, S. 211ff.; LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 331.

69 Vgl. dazu SIEGWART, Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie, S. 83.

70 Vgl. LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 338ff.

71 Vgl. zu dieser Trennung von Eigentum und Leitungsmacht SCHLUEP, Mitbestimmung?, S. 329.

§ 2. Gesamtwirtschaftliche Aspekte der Unternehmenskonzentration

In diesem Paragraphen wird versucht, die Unternehmenskonzentration in den *gesamtwirtschaftlichen Rahmen* zu stellen. Es geht somit hier nicht mehr darum, die Triebfedern der Ballung aus der Optik der Unternehmung ersichtlich zu machen. Dieser Wechsel des Blickpunktes ist aus mannigfachen Gründen geboten.

Zunächst kann nämlich die einzelwirtschaftliche Auslegeordnung nur gerade erweisen, daß es ein allgemeines, wenngleich mannigfach differenziertes Interesse an der Unternehmensvergrößerung gibt. Damit ist aber nur der *Trend zum Wachstum* bestätigt. «Das Wachsen von Unternehmungen muß aber unterschieden werden von einer zunehmenden Konzentration.»[1] Also muß gefragt werden, ob und aus welchen Gründen die Kräfte des Unternehmenswachstums in Großunternehmungen stärker wirken als in mittleren und kleineren Einheiten. Dabei ist das Augenmerk zumal auf jene Faktoren zu richten, die nicht bloß auf Vergrößerung der Betriebe (im Sinne der technischen Leistungseinheiten), sondern der Unternehmungen drängen.

Der gesamtwirtschaftlichen Sicht obliegt aber auch die Aufgabe, nach *konzentrationsfördernden oder -hemmenden Mechanismen* zu fahnden, die hinter den Daten stehen, an denen sich das zur Größe drängende Unternehmerverhalten orientiert. Vor allem aber muß die ganzheitliche Betrachtung werten und fragen, ob die *einzelwirtschaftliche Nützlichkeit* eo ipso *gesamtwirtschaftlich* oder gar *gesellschaftspolitisch* segensreich sei. So oder anders muß alsdann ergründet werden, ob die Unternehmenskonzentration in gesamtwirtschaftlicher Sicht vorgegeben und *unvermeidlich* sei oder ob sich Raum für eine noch näher zu definierende *Konzentrationspolitik* gewinnen lasse. Dieser letzte Gesichtspunkt ist für den Juristen von allererster Bedeutung, weil von dort her Anregungen *de lege ferenda* oder *Auslegungselemente* im Rahmen der wirtschaftsrechtlichen (funktionalen) Interpretation[2] zu erwarten sind[3].

[1] BORCHARDT, Konzentration – Tatsachen und Begriffe, S. 339.

[2] Vgl. dazu SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht?, S. 83ff.; DERSELBE, Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewußte, S. 354ff.

I. Unternehmungswachstum und Konzentrationstendenz

In gesamtwirtschaftlicher Sicht kommt dem diagnostizierten Drang der Einzelwirtschaften zur Größe vor allem Bedeutung zu, wenn der Nachweis gelingt, daß es zumal die Großen sind, die wachsen. So weit ich sehe, werden dazu vor allem zwei Gründe angeführt: zum einen wird rundweg erklärt, die *Vorzüge der Unternehmensgröße wirkten automatisch* im Sinne einer zunehmenden Konzentration. So meint JÖHR: «Die im vorangehenden Abschnitt gebotene Übersicht zeigt nun eine Reihe von Gründen, weshalb der große Betrieb oder die große Unternehmung gegenüber dem mittleren und kleinen Betrieb bzw. der mittleren oder kleinen Unternehmung überlegen ist. Das bedeutet nichts anderes, als daß er eben auch im Hinblick auf das Wachstum begünstigt ist.»[4]

Weiter wird immer wieder vorgebracht, der beschleunigte technische Fortschritt fordere derart hohe *Investitionen,* daß die mittleren und die kleineren Unternehmungen aus finanziellen Gründen am inneren Wachstum gehindert seien[5], so daß äußeres Wachstum oder Kooperation und damit Konzentration im hier verstandenen umfassenden Sinn die Folge sei. Dieser zweite Grund ist genau besehen im ersten mitenthalten. Also hätte man ganz einfach festzustellen, daß es die Großen leichter haben, größer zu werden, als die Kleinen. Das trifft ganz besonders auch deshalb zu, weil die bei Großunternehmungen häufig anzutreffende *Marktmacht* dazu einlädt, Konkurrenten zu behindern, den Marktzutritt zu erschweren[6] und Dritte in Abhängigkeit zu halten[7].

[3] Die gesellschaftspolitische Beurteilung und die Frage nach der allfälligen Unvermeidbarkeit werden zur Verbesserung der Übersichtlichkeit in besonderen Paragraphen erörtert.

[4] JÖHR, Konzentration, S. 472.

[5] Vgl. etwa SIEGWART, Die betriebswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmungszusammenschlüssen, S. 237; DERSELBE, Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie, S. 83f.

[6] Dazu vor allem LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 242ff.

[7] Vgl. dazu LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 176ff.

II. Gesamtwirtschaftliche Konzentrationsfaktoren

1. Einzelwirtschaftlicher Drang zur Größe

Eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung hat vom Ergebnis der einzelwirtschaftlichen Untersuchung auszugehen, wonach die Verwirklichung wirtschaftlicher und außerwirtschaftlicher Unternehmungsziele die *Vergrößerung der Unternehmungen* als taugliches Mittel erscheinen läßt. Dabei stehen nicht die produktionskostenwirtschaftlichen Faktoren im Vordergrund, weil diese primär nur Betriebs-, nicht aber Unternehmungswachstum verlangen[8]. Den Konzentrationsentscheidungen der Unternehmer (als Entscheidungen zur Zielverwirklichung) kommt auch gesamtwirtschaftlich erste Bedeutung zu.

2. Technischer Fortschritt

Soweit der technische Fortschritt für die Einzelunternehmung unabhängige Variable ist, muß sein Einfluß auf das Konzentrationsgeschehen untersucht werden. Allgemein kann dazu gesagt werden, der technische Fortschritt trage dazu bei, daß sich die *optimale Betriebsgröße tendenziell vergrößert*[9]. Im einzelnen ist hier freilich zu differenzieren, sollen anders die Einflüsse des technischen Fortschritts nicht überschätzt werden[10].

Auch erklären wachsende optimale Betriebsgrößen unmittelbar nur die Betriebs-, nicht aber die Unternehmenskonzentration. Trotzdem wirken natürlich die technische Vergrößerung der einzelnen Maschinen oder Aggregate, die technisch bedingte Größe zur Herstellung bestimmter Produkte (z. B. Flugzeuge)[11], die tech-

[8] Vgl. BORCHARDT, Konzentration – Tatsachen und Begriffe, S. 339 f.

[9] Vgl. dazu allgemein WAFFENSCHMIDT, Technik und Konzentration, S. 301 ff.; JÖHR, Konzentration, S. 470; KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (zit. KANTZENBACH, Funktionsfähigkeit), S. 65.

[10] Vorbildlich dazu die exakten Untersuchungen von LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 57 ff.

[11] JÖHR, Konzentration, S. 470.

nisch naheliegende Kombination von Produktionsprozessen[12], die im Gefolge der technischen Entwicklung zunehmend mögliche Arbeitsteilung[13] mindestens über die zunehmende Kapitalintensität[14] auch auf die Unternehmensgröße. Weiter ist zu veranschlagen: die Entwicklung der Verkehrstechnik und die damit automatisch gegebene Raumunabhängigkeit: «Ohne die Eisenbahn und die heutigen Wasser- und Straßenfahrzeuge wäre der Großbetrieb in der Produktion nicht denkbar, weil ohne sie die Güter (im weitesten Sinn) nicht mit tragbaren Transportkosten zum und vom Betrieb befördert werden könnten.»[15]

3. Vergrößerung der Märkte

Eine Reihe von Gründen ist dafür verantwortlich, daß die *Märkte zunehmend größer* werden: Integration durch Bildung von Wirtschaftsunionen, Erleichterung des zwischenstaatlichen Handels durch Freihandelsorganisationen und -verträge, Liberalisierung des Welthandels, Überwindung der Distanzen durch verbesserte Verkehrstechnik, Bevölkerungsvermehrung usw. Die Markterweiterungen zeitigen zwei Hauptwirkungen:

Einmal schürt der Abbau von Diskriminierungen und Handelsschranken den Wettbewerb, wodurch Gewinnschmälerungen zu erwarten sind und eben deshalb die Konzentrationsbereitschaft

12 Vgl. dazu MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 495: «Schließlich wird die Konzentration durch die neuen Techniken selbst begünstigt. So gestattet die Elektroenergie die Gleichschaltung der Fabrikarbeit, die Einführung der Fließbandarbeit, neue Formen der Arbeitsteilung, die alle die horizontale und die vertikale Integration von Unternehmen begünstigen.»

13 Vgl. dazu LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 76ff.

14 Vgl. dazu NIEDERER, Volkswirtschaftliche Konsequenzen der Unternehmungskonzentration, S. 48; vgl. auch MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 494; LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 70.

15 LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 67f. LENEL weist im übrigen auch noch auf die Größenwirkung hin, welche die technisch bedingte Erleichterung der Verwertung von Nebenprodukten und Abfällen im eigenen Unternehmen und die mit der Mechanisierung zunehmende Zahl der Ersatzteile und Mindestbestände an Betriebsstoffen auslösen (a.a.O., S. 69); vgl. auch EUCKEN, Technik, Konzentration und Ordnung der Wirtschaft, S. 5.

wächst. Andererseits sind weite Märkte Voraussetzung des Massenkonsums und der Massenwerbung, wodurch die Unternehmer zur Expansion ermuntert werden, zumal im Bereich der Größendegression. Größere Märkte verschaffen auch die Begegnung mit außereuropäischen Mammutunternehmungen und begünstigen über den Wunsch nach Waffengleichheit den Zusammenschluß[16].

4. Rechtsordnung

Die Rechtsordnung kann die Unternehmenskonzentration fördern, hemmen oder sich ihr gegenüber indifferent zeigen. Konzentrationsfördernd wirkt die Rechtsordnung namentlich durch das *Steuerrecht* (Umsatzsteuerbelastung der Investitionen und Betriebsmittel, Zulassung übermäßiger Abschreibungen, Holdingprivilegien) und das *Kartellgesetz,* dessen privatrechtlicher Teil Kartelle, marktmächtige Einzelunternehmungen und Konzerne so lange zuläßt, als sie nicht mit Vorkehren zur Behinderung Dritter gekoppelt sind (Art. 4 KG). Vertikale Absprachen (auch Preisbindungsverträge) ohne Beteiligung von Kartellen oder ähnlichen Organisationen werden vom Gesetz überhaupt nicht erfaßt. Aber auch der verwaltungsrechtliche Teil anerkennt marktmächtige Konzentrationen, sie erwiesen sich denn als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich (Art. 20 Abs. 1 KG), was nicht ohne Konkretisierung der sog. Gesamtinteressen (Art. 22 Abs. 1 KG) auszumachen ist.

Das *Gesellschaftsrecht* läßt zumal im wichtigsten Bereich des Aktien- und Genossenschaftsrechts echte Fusionen (Art. 748/49 OR, Art. 914 OR) zu; im übrigen ermöglicht das Obligationenrecht auch die unechte Fusion (Art. 182 OR). Zwar gibt es kein ausgegliedertes Konzernrecht, das die Unternehmungszusammenfassungen erleichterte. Doch ist nicht zu verkennen, daß das geltende Gesellschaftsrecht den Konzernsachverhalt *nicht ausschließt.* Verwaltungsmandate können ohne Grenze *kumuliert* werden, wie auch das Depotstimmrecht der Banken ungehindert ausgeübt wird und

[16] Vgl. dazu LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 248 ff., 269 ff.

damit die im System der Effektensubstitution begründete Erleichterung der Zusammenfassungstechnik verfügbar hält. Allen *handelsrechtlichen juristischen Personen* steht überdies die Selbstfinanzierung praktisch unbeschränkt offen (Art. 663, 674 OR; Art. 805 OR; Art. 960 Abs. 2 OR; Art. 860 Abs. 2 und Art. 863 Abs. 2 OR). Dazu kommt die auch in der Schweiz manifeste Trennung zwischen «Eigentum» und «Leitung», die den Managern zumal im Recht der AG praktisch völlige Handlungsfreiheit gewährt[17,18].

Erste Bedeutung kommt auch der Ausgestaltung des *Patentrechts* zu, das zwar Zwangs- und Ausführungslizenzen, ja sogar die Patententeignung und die zwangsweise Löschung kennt (Art. 32, 37, 38, 40 PatG). Es fehlen aber der *Benützungszwang* und kartellrechtliche Schranken gegen Patentgemeinschaften und Patentaustausch (in Gestalt der Kreuzlizenzen). Streitigkeiten um Zwangs- und Ausführungslizenzen sind unbekannt. Hierzulande wie anderswo fördert daher der Patentschutz die Unternehmenskonzentration erheblich[19]. Ganz zu schweigen vom zeitlich unbegrenzten, weil wettbewerbsrechtlich untermauerten Schutz des «know-how».

Auch die *ausländischen Rechtsordnungen* können sich zu erheblichen Konzentrationsfaktoren des Inlands entwickeln[20]. Vorab ist hier an Entwicklungsländer zu denken, die häufig durch fremdenrechtlich diskriminierende Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung bloße Niederlassungen verunmöglichen und zur Gründung von Tochtergesellschaften mit nationalem Anstrich zwingen. Hier liegt ein wesentlicher Grund der *Inter- oder Multinationalisierung der Unternehmenskonzentration*. Dieser allgemeine konzentrationsfördernde Zug wird ganz erheblich verstärkt, wenn er von unmittelbar fühlbaren Maßnahmen, wie Verbot oder Beschränkung von

[17] Vgl. zu diesen Fragen allgemein GROSSFELD, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 14ff.; SCHLUEP, Mitbestimmung?, S. 329.

[18] Da nach KÄFER (Konzentration und Publizität, S. 704) vermehrte Publizität «fragwürdige Verhaltensweisen» erschwert, sind auch die Publizitätsvorschriften des schweizerischen Rechts Konzentrationsfaktoren.

[19] Vgl. dazu im einzelnen LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 105ff.

[20] Auf die Funktion ausländischen Wettbewerbsrechts als konzentrationshemmender Faktor des Inlands macht SALIN aufmerksam (Internationale Hemmnisse nationaler Konzentration, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, S. 341ff.).

Dividenden- und Lizenzzahlungen sowie Repatriierungshindernissen, begleitet wird: die eingefrorenen Kapitalien drängen alsdann automatisch zur Reinvestition, was sich wiederum konzentrationssteigernd auswirkt.

5. Konjunkturverlauf

Zwar fehlen schlüssige Untersuchungen über das Verhältnis der Unternehmenskonzentration zum Konjunkturablauf. Während von einer Seite behauptet wird[21], die «stetige wirtschaftliche Aufwärtsentwicklung und die Vollbeschäftigung» begünstigten die Konzentration, scheint POHMER[22] vermehrte Konzentrationstendenzen eher im Niedergang zu diagnostizieren. LENEL[23] schließlich meint, die Konzentrationsförderung gehe nicht von der Konjunkturphase, sondern von der Tatsache des Konjunkturzyklus an sich aus, weil der Drang zur Ballung aus dem Einfluß der Beschäftigungsschwankungen (als solchen) auf die Kostenstruktur folge.

6. Einfluß der Banken

Wie jedermann weiß, zeigt sich die Konzentration auch im Bankgewerbe. Davon geht aber ein sekundärer Einfluß auf die Konzentration der übrigen Unternehmungen aus. Die Präsenz der *Vertreter von Großbanken* in den Verwaltungsräten erleichtert Zusammenschlüsse, weil auf diesem Wege der Informationsaustausch erleichtert und die Vertrauensgrundlage der beteiligten Gesellschaften erhärtet werden kann[24]. Man wird auch das *eigene Geschäftsinteresse* der Banken an Zusammenschlüssen nicht übersehen dürfen, zumal Konzentrationen allemal Finanzierungsbedarf aus-

[21] SIEGWART, Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie, S. 82.

[22] POHMER, Über die Wechselwirkung von Unternehmenskonzentration und Konjunktur, S. 1 ff.

[23] LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 219.

[24] Vgl. dazu die Beispiele bei MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 510; aufschlußreich auch die Ausführungen von HUFFSCHMID, Die Politik des Kapitals, Konzentration und Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik, S. 80 ff.

lösen. Endlich wird man die Rolle nicht verkennen, die den Banken kraft des *Depotstimmrechts* etwa bei Fusionsbeschlüssen zukommt[25].

III. Gesamtwirtschaftliche Dekonzentrationsfaktoren

Während die einschlägige Literatur fast ausnahmslos darauf aus ist, aus den Realien konzentrationsfördernde Impulse zu registrieren, wird vereinzelt auch versucht, in der Wirklichkeit *Gegenkräfte* zu erkennen[26]. In der Tat wirken die Realien nicht eingleisig nur zugunsten der Marktballung.

1. Grössenprogression

Zunächst ist in diesem Zusammenhang auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, die gewinn- oder auch nur kostenoptimale Unternehmensgröße zu *erkennen und zu verwirklichen*[27]. Dann aber wirkt gegenläufig zur Konzentrationstendenz ganz eindeutig die Erkenntnis eines solchen *Optimums* überhaupt, der Gedanke also, daß es zwar (je nach Marktzugehörigkeit verschiedene) Degres-

[25] Im übrigen ist auch das umgekehrte Phänomen festzustellen: «Die primäre Konzentration erfolgt aus Gründen, die nicht in der Konzentration selber liegen, sondern irgendwo anders. Die sekundäre Konzentration hat ihre Veranlassung in einer schon an anderer Stelle erfolgten Konzentration, wenn etwa die Bankenkonzentration stattfindet, weil die industrielle Konzentration vorher vollzogen ist.» SOMBART, Der moderne Kapitalismus III, S.819f. Vgl. zur Rolle der Banken ULRICH IMMENGA, Der Einfluß der Banken bei Fusionen ist schädlich, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16. November 1972: «Eine angemessene Lösung kann nur eine Beschränkung des Bankeneinflusses in den Hauptversammlungen bringen. Die schon häufiger geforderte Trennung der Banken von ihren Beteiligungen wäre ein Schritt in diese Richtung.»

[26] Vorbildlich dazu JÖHR, Konzentration, S.472ff.; HEUSS, Konzentration, Mythos und Wirklichkeit; DERSELBE, Leistungsüberlegenheit der Großunternehmung?, S.104ff. Vgl. ferner GUTERSOHN, Gewerbe und Wirtschaftskonzentration, S.205ff.

[27] Vgl. dazu JÖHR, Konzentration, S.474; GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S.326: «Die Bestimmung der optimalen Betriebsgröße ist also ein Problem der langfristigen und der kurzfristigen Erwartungen.» – Vgl. auch die vorne S.192ff. zitierte Literatur.

sionsfelder gibt, die aber in den Pfad der Progression münden. Freilich scheint GUTENBERG anzunehmen, das *Ertragsgesetz* gelte in der Industrie ebensowenig, wie zunehmende Größe zufolge wachsender Schwierigkeiten der Leitung zur Kostenprogression führen müsse. Für ihn begründen multiple Variationen der Betriebsgröße lineare Kostenverläufe; mutative Expansionen lassen sich von der Produktionsseite her unbegrenzt fortsetzen: «Aber abnehmende Ertragszuwächse sind also mit zunehmender Erweiterung der betrieblichen Kapazität nicht ohne weiteres vorstellbar.»[28] Eine andere Auffassung vertritt demgegenüber LENEL[29]. Auf die Kontroverse braucht indessen nicht näher eingetreten zu werden, weil auch GUTENBERG – trotz erheblicher Zweifel an der Erschöpfung des dispositiven Faktors[30] – annimmt, Marktwiderstände und «gefahrdrohende Störungen im finanziellen Gleichgewicht» begrenzten «den betrieblichen Expansionsprozeß»[31].

2. Technischer Fortschritt

Neben diesen immanenten Grenzen des Unternehmenswachstums werden weitere Dekonzentrationsfaktoren genannt. Dabei zeigt

[28] GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S. 318.

[29] LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 59ff.

[30] GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S. 319ff.; S. 320: «Die betriebliche Erfahrung zeigt, daß der dispositive Faktor erst versagt, wenn ein Betrieb eine Kapazitätsausdehnung erreicht, die ihn zu einem ungewöhnlich großen Betriebe, fast möchte man sagen zu einem Mammutbetriebe macht. Aber der Spielraum von kleinen, mittleren, großen, sehr großen bis zu Riesenbetrieben ist in den einzelnen Produktionszweigen sehr weit, und nur äußerst selten scheitern große Betriebe an der Möglichkeit, koordinierende Aufgaben auf Personen oder Einrichtungen übertragen zu können, die diese Aufgabe zu leisten imstande sind; und zwar deshalb nicht, weil sich in der Regel eine Vielzahl von Personen in die Koordinierungs- und Kombinationsfunktion teilen kann. Außerdem pflegt mit zunehmender Betriebsgröße auch die Güte der Führungsspitze verbessert zu werden, ganz abgesehen davon, daß die Möglichkeiten organisatorischer Dezentralisation und rechnerischer Verselbständigung von einzelnen Abteilungen die Spannweite der dispositiven Apparatur sehr groß zu nehmen erlauben.»

[31] GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S. 325.

sich, daß die technische Entwicklung auch Klein- und Mittelbetriebe zu begünstigen in der Lage ist. Das trifft dann zu, wenn der technische Fortschritt zur *Verkleinerung* und *Verbilligung* der erforderlichen Aggregate führt, so daß diese leichter teilbar und daher günstigere Produktionsmethoden auch ohne «large scales» möglich werden[32].

3. Produktdifferenzierung

Wichtig ist ferner die auf «Vielfalt und Wandelbarkeit des zu deckenden Bedarfs»[33] zurückzuführende Tendenz der Unternehmungen, die Produkte zu differenzieren und eben dadurch die Märkte zu verkleinern. Insbesondere gelingt es kleinen und mittleren Unternehmungen dank ihrer Flexibilität immer wieder, die durch Spezialisierung, Typisierung und Normierung entstehenden «Marktnischen» zu besetzen und mit geschickten Produktvariationen zu halten[34].

4. Verzicht auf Vollintegration

Weniger eindeutig ist demgegenüber die bekannte Tendenz der Großunternehmungen zu beurteilen, *auf Eigenherstellung und Reparaturdienste* zugunsten kleiner und mittlerer *Zuliefer- und Serviceunternehmungen* zu verzichten. Gewiß wird damit Lebensraum für kleine und mittlere Leistungseinheiten geschaffen; doch entstehen durch die gewaltige Nachfragemacht einseitige Abhängigkeiten, die von einem Dekonzentrationsfaktor zu sprechen verbieten[35].

[32] Vgl. dazu GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre I, S. 314f.; JÖHR, Konzentration, S. 472; HEUSS, Konzentration, Mythos und Wirklichkeit, S. 562.

[33] GUTERSOHN, Gewerbe und Wirtschaftskonzentration, S. 206f.

[34] Vgl. JÖHR, Konzentration, S. 472.

[35] Vgl. dazu HUFFSCHMID, Die Politik des Kapitals, S. 70, der für Deutschland folgende Zulieferzahlen angibt: AEG (30000), Siemens (30000), Krupp (23000), Daimler-Benz (18000), Bayer (17500), BASF (10000) und Opel (7800). HUFF-

Auch die hier unter dem Titel «Kooperation» besonders interessierenden Konzentrationen von Funktionsbereichen hemmen nicht schon deshalb die Konzentration, weil die Unternehmungen im Restbereich wirtschaftlich und rechtlich überhaupt selbständig bleiben[36]. Fraglich ist auch, ob man die als Organisationsprinzip zunehmend Bedeutung erlangende Delegation und Dezentralisation (zumal im Konzern) allein deshalb als Dekonzentrationsfaktor qualifizieren dürfe, weil «Individuen selbständige Entscheidungen treffen können»[37]. Hier wird man zu bedenken haben, daß es sich um die *jederzeit widerrufliche Autonomie* eines übertragenen Wirkungsbereichs handelt.

5. Wettbewerbsvorteile der Klein- und Mittelunternehmungen

Demgegenüber wirkt nach der hier vertretenen Auffassung der Umstand zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmungen, «daß sie ihrer Kundschaft mit der Streuung der Standorte die Nähe der Bezugsquellen bewahren oder mit ihrer Einsatzbereitschaft erhebliche Führungsvorteile behaupten können»[38]. Dazu kommen mögliche Ersparnisse in den Transportkosten infolge *kürzerer Absatz- und Bezugswege,* aber auch allfällige Anziehungswirkungen

SCHMID (a.a.O., S. 71) berichtet auch, die Firma C. + A. Brenninkmeyer habe Anfang 1968 eigenmächtig ihren Eilskonto bei ihren Lieferanten auf 4,5% herabgesetzt, und zwar völlig eigenmächtig durch kurze Mitteilung an die betroffenen Zulieferer.

[36] Sehr anschaulich das Beispiel von HUFFSCHMID (Die Politik des Kapitals, S. 53) zur Kooperation in Gestalt des Gemeinschaftsunternehmens: «Der erste spektakuläre Fall dieser Art ereignete sich im April 1966, als Siemens und Bosch die ‹Bosch-Siemens-Hausgeräte GmbH› zum Zweck der Entwicklung und Produktion von Haushaltsgeräten, Rundfunk- und Fernsehapparaten gründeten. Es folgte die Gründung der ‹Linde-Hausgeräte GmbH› mit dem Zweck der Entwicklung und Fertigung von Elektro-Hausgeräten durch die AEG und die Linde GmbH, wodurch sich die Anzahl der ursprünglich vier Konkurrenten auf diesem Markt auf zwei verringerte.»

[37] BORCHARDT, Zur Problematik eines optimalen Konzentrationsgrades, S. 129; ihm folgend JÖHR, Konzentration, S. 473f.; vgl. im übrigen dazu ALEX JACQUEMIN, Les groupes de Sociétés, décentralisation dans la concentration, XXV^e seminaire, Commission droit et vie des affaires, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1972.

[38] GUTERSOHN, Gewerbe und Wirtschaftskonzentration, S. 207.

auf dem Arbeitsmarkt, wie sie die Verheißung engerer persönlicher Beziehungen und das «Erlebnis der Gemeinschaftsleistung» zu zeitigen vermögen[39].

IV. Das Verhältnis der Konzentrations- und der Dekonzentrationsfaktoren

Überblickt man die bis anhin aufgetischten *Realien,* so ist unschwer festzustellen, daß die Konzentrationsfaktoren überwiegen. Diese objektive Tendenz zur Konzentration wird verstärkt durch die zahlreichen *irrationalen Antriebe,* wie sie vom Hang nach Prestige und Macht ausgehen. Vor allem aber darf die dem marktwirtschaftlichen Prinzip eigene Bedeutung der *Imitation* nicht verkannt werden: Es gehört zum dynamischen Wettbewerb, Vorsprungsrenten anderer durch Imitation zu eliminieren[40]. Dieses reaktive Wettbewerbsverhalten wird leicht zur *Mentalität* und beschlägt vor allem auch den Parameter der Größenvariation. Wenn man die Tageszeitungen durchgeht, kann man sich des Eindrucks kaum erwehren, man stehe eher einem massenpsychologischen Kernprozeß als der Resultante objektiver Unternehmerentscheidungen gegenüber. Vielleicht darf man sogar von einer allgemeinen «Konzentrationspsychose» reden.

V. Beurteilung der Tendenz zur Unternehmenskonzentration

Muß somit anerkannt werden, daß die Konzentrationsfaktoren überwiegen, so stellt sich von selbst die Frage, ob der Konzentrationsvorgang unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten erwünscht sei oder nicht. Dabei muß richtigerweise die Konzentration sowohl als *Zustand* als auch als *Prozeß*[41] beurteilt werden. Da von einer marktwirtschaftlichen Verfassung ausgegangen wird[42], stehen zwei Beurteilungskriterien im Vordergrund: Einmal geht es

[39] GUTERSOHN, Gewerbe und Wirtschaftskonzentration, S. 207.

[40] Vgl. dazu HEUSS, Allgemeine Markttheorie, S. 9 und passim, wo vom «spontan imitierenden Unternehmer» die Rede ist.

[41] So JÖHR, Konzentration, S. 476.

[42] Zur Frage der Unternehmenskonzentration in einer planwirtschaftlichen Verfassung: THALHEIM, Konzentration in der DDR, S. 77 ff.

um die Auswirkungen der Konzentration auf das Ordnungsprinzip des *Wettbewerbs* an sich; zum andern sind die Wirkungen der Unternehmenskonzentration auf das erwünschte marktwirtschaftliche Ergebnis, den *Wohlstand* also, in Rechnung zu stellen.

1. Auswirkungen auf den Wettbewerb

Im Unterschied zu den Verhältnissen in wirtschaftstheoretischen Modellen des vollkommenen Wettbewerbs kann in der Wirklichkeit nicht davon ausgegangen werden, der Erhaltung des Wettbewerbs sei am besten gedient, wenn sich die Einzelwirtschaften auf ihren *eigenen Vorteil* besinnen und danach handeln. Mithin ist genau auszumitteln, ob Konzentration zu einem Abbau des Wettbewerbs führt.

Man ist geneigt, die Frage ohne weitere Vertiefung zu bejahen. Der Gedankengang ist einfach: *Kartelle* sind formale Wettbewerbsbeschränkungen horizontaler Art, die das Streben, «das auf Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gerichtet ist»[43], verringern oder beseitigen. Sie beschränken den Wettbewerb nur dann nicht (auch) materiell, wenn sie unerheblich sind (quantitative Rule of Reason) oder ausnahmsweise die Kundenalternativen nicht veröden lassen (qualitative Rule of Reason)[44]. Gleiches gilt grundsätzlich für *horizontale Fusionen und Konzernierungen:* Hier liegt die formale Wettbewerbsbeschränkung in der Verringerung der Zahl der Mitbewerber[45]. *Vertikale Integrationen und Ausschließlichkeitsverträge* sind ebenfalls formale Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sie zur Verringerung der Zahl oder zur Beseitigung der freien Willensbildung der Mitbewerber führen. Demgegenüber scheint man

[43] BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 29.

[44] Vgl. zu den Begriffen der quantitativen und der qualitativen Rule of Reason: SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 153ff.

[45] Vgl. BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 31.

namentlich in Deutschland anzunehmen, *Kooperationen,* die den Ablauf des Betriebs- statt des Marktgeschehens regelten, seien – mindestens soweit sie sich nicht auf die Erzeugung beziehen – keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des GWB[46].

Nun hat man sich freilich der These von ERHARD KANTZENBACH zu erinnern, wonach der Wettbewerb im dynamischen Sinn optimale Intensität gerade «nicht in extremen Marktformen, sondern in weiten Oligopolen mit beschränkter Produkthomogenität und Markttransparenz erreicht»[47]. KANTZENBACH schließt aus dieser Einsicht, daß die Wettbewerbspolitik auf oligopolistischen Märkten mit einer zu geringen Zahl von Konkurrenten *Konzentrationen nach Möglichkeit verhindern,* andere Wettbewerbsbeschränkungen aber zur Erhöhung der Wettbewerbsintensität begrenzt zulassen müsse[48]. Demgegenüber kann nach KANTZENBACH die Wettbewerbsintensität auf Oligopolmärkten mit einer zu großen Zahl von Wettbewerbern gesteigert werden, wenn die Konzentration gefördert und andere Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden[49].

KANTZENBACH hat seine Thesen in einer neueren Publikation differenziert[50]. Er unterscheidet Wirkungen der Unternehmenskonzentration auf die statischen (Einkommensverteilung, Produktallokation und Faktorallokation) und auf die dynamischen Wettbewerbsfunktionen (Stimulierung des technisch-organisatorischen Fortschritts, Anpassungsflexibilität der Wirtschaft). Im *statischen* Bereich kommt er zum Schluß, «daß in privatwirtschaftlich organisierten Industrien eine Angebotskonzentration bei gleichzeitiger Marktzutrittsbeschränkung zu Preissteigerungen und Angebots-

[46] Vgl. dazu MÜLLER-HENNEBERG, Gemeinschaftskommentar, § 1 N. 49. Vgl. dazu auch die Zusammenstellung des Bundesministers für Wirtschaft vom 29. Oktober 1963 «Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen» («Deutsche Kooperationsfibel»); vgl. auch die Bekanntmachung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 29. Juli 1968 («EWG-Kooperation-Bekanntmachung»), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 29. Juni 1968, S. 3.

[47] KANTZENBACH, Funktionsfähigkeit, S. 138.

[48] KANTZENBACH, Funktionsfähigkeit, S. 139ff.

[49] KANTZENBACH, Funktionsfähigkeit, S. 145ff.

[50] Vgl. KANTZENBACH, Konzentration, S. 159ff.

beschränkungen führt[51]. Berücksichtigt man dagegen die *Dynamik* des Wettbewerbsprozesses, so bleibt es bei der These von der optimalen Ergiebigkeit des weiten Oligopols, wobei freilich eingeräumt wird, «daß die Abhängigkeit des technisch-organisatorischen Fortschritts von der Marktstruktur nicht so stark ist, wie von den Anhängern der SCHUMPETER-Hypothese – einschließlich mir selbst – behauptet wird»[52].

Im hier gegebenen Zusammenhang kommt allerdings alles darauf an, daß auch KANTZENBACH als Voraussetzung der gesamtwirtschaftlichen Funktionsfähigkeit des Konkurrenzprinzips eine «hinreichende Anzahl unabhängig handelnder Unternehmen» anerkennt[53]. Zudem geht er von der (durch unsere eigenen Untersuchungen bestätigten) Annahme aus, die Marktwirtschaft tendiere zu steigender Unternehmenskonzentration[54]. Trifft das aber zu, *so beeinträchtigt die unkontrollierte Unternehmenskonzentration nicht nur die statischen, sondern auch die dynamischen Wettbewerbsfunktionen*[55].

2. Auswirkungen auf den Wohlstand

Nur *Wachstum* kann Wohlstandsvermehrung bringen. Daher ist zu ergründen, wie sich die Konzentration auf das Wachstum der

[51] KANTZENBACH, Konzentration, S. 179.

[52] KANTZENBACH, Konzentration, S. 182.

[53] KANTZENBACH, Konzentration, S. 182.

[54] Nach KANTZENBACH (Konzentration, S. 182) gibt es keine Bremswirkungen im Sinne der Kostenprogression.

[55] Folgerichtig fordert KANTZENBACH (Konzentration, S. 183) zum Schluß seiner Untersuchung: «Zur Erhaltung möglichst vieler Wirtschaftszweige mit funktionsfähiger konkurrenzwirtschaftlicher Einzelsteuerung sollte die Entscheidung über Unternehmenszusammenschlüsse grundsätzlich aus der einzelwirtschaftlichen Autonomie in die staatliche Kompetenz übergehen. Das schließt nicht aus, daß Unternehmen unter einer bestimmten Mindestgröße aus praktischen Erwägungen generell von einer Konzentrationskontrolle ausgenommen werden.» – Vgl. zu den ambivalenten Auswirkungen der Konzentration auf den Wettbewerb auch SCHNEIDER, Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 439ff. (mit Hinweisen auf die Erzeugung «administrierter Inflation» durch marktmächtige Unternehmungen).

Wirtschaft auswirkt. In statischer Betrachtung bewirken monopolistische Marktverhältnisse *kleinere Ausbringungen,* so daß die Produktion abnimmt. Es wird freilich geltend gemacht, die dadurch frei werdenden Produktivkräfte glichen solche Schrumpfungen wieder aus[56]. Man wird aber doch beachten müssen, daß materielle Wettbewerbsbeschränkungen sich in der Schrumpfung der Kundenalternativen äußern, so daß es eben nicht darauf ankommt, daß frei werdende Produktivkräfte *irgendwie* eingesetzt werden, weil dadurch die Bedürfnisbefriedigung nicht optimiert werden kann.

Aus dynamischer Sicht hat SCHUMPETER geltend gemacht, daß die Großunternehmung wichtigster Träger des technischen Fortschritts und daher auch der Produktionsausweitung sei[57]. Ebenso läuft KANTZENBACHS These darauf hinaus, die Marktstruktur des weiten Oligopols stimuliere den technisch-organisatorischen Fortschritt am stärksten. Unsere Überlegungen haben gezeigt, daß in der Tat der technische Fortschritt zu *immer größeren Unternehmungsoptima* und damit zu besserer Versorgung führt. Ist nun wirklich das weite Oligopol bester Garant des Fortschritts, so wird man anzunehmen haben, die Konzentration fördere über die dynamischen Wettbewerbsfunktionen das Wachstum.

Stellt man die statische der dynamischen Betrachtung gegenüber, so zeigt sich Übereinstimmung darin, daß es die *Wettbewerbsintensität* ist, die hinter dem Wachstum steht[58]. Dann aber ist zu beachten, daß auch in dynamischer Sicht die Konzentration nicht aus sich selbst heraus *im weiten Oligopol* zum Stehen kommt und damit höheres Wachstum gewährleistet. Vielmehr tendiert die zunehmende Konzentration «zur Herausbildung kooperativer Ver-

[56] So JÖHR, Konzentration, S. 480: «Geht damit (sc. dem Einsatz frei werdender Produktionskräfte) parallel eine Veränderung der Bedürfnisse im Sinne einer Bevorzugung differenzierter Produkte, so kann sogar der Übergang zu Verhältnissen der monopolistischen Konkurrenz sich im Sinne einer Wohlstandserhöhung auswirken.»

[57] SCHUMPETER, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S. 174f. Vgl. dazu auch SCHNEIDER, Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 443ff.

[58] So GÖRGENS, Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, S. 100ff. und passim.

haltensweisen, die die gesamtwirtschaftlichen Steuerungsfunktionen und möglicherweise auch den technischen Fortschritt einschränken»[59].

§ 3. Gesellschaftspolitische Aspekte der Unternehmenskonzentration

Die vorliegende Realienuntersuchung ist Grundlage rechtswissenschaftlicher Erörterungen. Daher sind nicht nur die wirtschaftlichen Voraussetzungen und Wirkungen der Unternehmenskonzentration, sondern auch die *staats- und gesellschaftspolitischen Weiterungen* in die Betrachtung einzubeziehen.

I. Begründung wirtschaftlicher Macht

Wie oben gezeigt worden ist, tendiert die Konzentration auf die Bildung von *Marktmacht*. HELMUT ARNDT[1] hat in seiner eindrucksvollen Zusammenstellung gezeigt, welche Aktionsparameter dem Inhaber von Marktmacht in einer stationären[2] und in einer sich entwickelnden[3] Wirtschaft offen stehen. Wie dem Begriff der materiellen Wettbewerbsbeschränkung schon oben entnommen worden ist, äußert sich Marktmacht vor allem in der *Beschränkung der Kundenalternativen und der Schaffung vertikaler Abhängigkeiten,* was gegenüber dem status quo ante materiell zu *Freiheitsverlusten* führt[4]. Jeder Freiheitsverlust bleibt aber im materiellen

[59] KANTZENBACH, Konzentration, S. 183. – Den besonderen Gesichtspunkt der Regionalpolitik hebt SCHNEIDER (Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 450ff.) hervor, wobei er die Vorteile der mit erweitertem Entscheidungsspielraum ausgestatteten Großunternehmen bei der Realisierung regionalpolitischer Ziele betont (a.a.O., S. 453).

[1] ARNDT, Ökonomische Theorie der Macht, S. 120ff.

[2] Vgl. Anm. 48, § 1.

[3] Vgl. Anm. 48, § 1.

[4] Vgl. dazu namentlich HEUSS, Macht oder ökonomisches Gesetz, S. 185ff.; S. 187: «Die Macht des Einzelnen oder einer Unternehmung nimmt in dem Umfange zu, wie die Alternativen demjenigen genommen werden, demgegenüber Macht ausgeübt wird.» Mit Recht hebt im übrigen HEUSS hervor, daß die Beschrän-

Rechtsstaat beklagenswert, wenn er nicht zur Verwirklichung des Gemeinwohls erforderlich ist.

II. Begründung privater Macht

Auch ohne wirtschaftliche Marktmacht muß die Konzentration zwangsläufig zu einer *Akkumulation subjektiver Rechte*[5] oder jedenfalls von *Dispositionsbefugnissen* (z.B. im Kartell) führen. Die darin liegende Konzentration privater Herrschaftsmacht ist nicht wie staatliche Macht parlamentarischer Kontrolle unterstellt. Auch entfällt unter diesen Voraussetzungen die bei Verteilung solcher Herrschaftssphären auf eine Vielzahl automatisch gegebene Gegenmacht[6].

III. Begründung politischer Macht

Wirtschaftliche und private Machtkonzentrationen beschwören die Gefahr des Übergriffs auf den politischen Bereich. Mit Recht erwähnt SALIN die Möglichkeiten der wirtschaftlich Mächtigen, sich durch «Lobbying» oder (verkappt) unter dem Titel «Sachverstand» in Gesetzgebung und Rechtsanwendung zu infiltrieren[7].

kung der Kundenalternativen nur eine mögliche (wenngleich wahrscheinliche), aber keine gesetzmäßige Folge der wirtschaftlichen Macht ist. Man kann diesen Handlungsspielraum des Mächtigen durchaus auch als Merkmal der Macht bezeichnen; so HEUSS, Macht oder ökonomisches Gesetz, S. 190ff. – Zur Schaffung von Abhängigkeiten vor allem ARNDT, Ökonomische Theorie der Macht, S. 109f.; SCHNEIDER, Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 438.

[5] Vgl. BIEDENKOPF, Die Konzentration als Rechtsproblem, S. 519ff.

[6] JÖHR (Konzentration, S. 482f.) scheint demgegenüber der Galbraithschen Konzeption der «Countervailing power» erhebliche Wirksamkeit einzuräumen.

[7] Vgl. dazu SALIN, Stichwort «Konzentration», Wörterbuch der Soziologie, S. 593: «In den USA spricht man von ‹big business›, von ‹lobby› und ‹lobbyism›, um die Kreise und Gruppen zu bezeichnen, die durch ihre eigens bestellten Angestellten die Volksvertreter in wirtschaftlichen, aber oft auch in politischen Entscheidungen zu beeinflussen suchen. In anderen Staaten ist der Vorgang meist der gleiche, wenn auch weniger sichtbar und vielleicht mit weniger gutem Gewissen.»

Auch ist an die Möglichkeiten der *Großunternehmungen* und *multinationalen* Gesellschaften zu denken, sich den nationalen Rechtsordnungen zu entziehen, diese sozusagen zum «Spielball ihrer Strategien» zu degradieren[8].

Ferner darf an die mit der Häufung finanzieller Mittel gegebene Möglichkeit *zur direkten Beeinflussung politischer Auseinandersetzungen* erinnert werden. Sie wiegt dann besonders schwer, wenn die Aktion Sukkurs der ebenfalls konzentrierten *Massenmedien* beanspruchen kann[9]. Zu erwähnen ist endlich der von ARNDT[10] als diagonal-funktionale Entstehung von Wirtschaftsmacht bezeichnete Sachverhalt in der Ausprägung der *Vereinigung politischer und wirtschaftlicher Funktionen in einer Hand:* «Die Vereinigung von wirtschaftlichen und politischen Funktionen in einer Hand führt zur gefährlichsten Form der Machtkonzentration, wenn sie demjenigen, der wirtschaftet, die Möglichkeit verschafft, sich sein eigenes Recht zu setzen.»[11]

IV. Ausschaltung des Mittelstandes

Die Konzentration zielt darauf, immer mehr kleine und mittlere Unternehmungen zur Aufgabe der (nicht nur formell, sondern ma-

[8] PETER NOBEL, Wirtschaftsmacht und Recht, in: Rechtsprobleme der Konzentration und Kooperation von Unternehmen, Zusammenfassung der Referate des Einsiedler Handelsrechtsseminars für Doktoranden der Universität Zürich, Sommersemester 1972, S. 185. – Vgl. umfassend zum Problem der multinationalen Unternehmungen: KURT FURGLER, Kolloquium für hohe Chefbeamte des Bundes und Direktoren aus großen Privatunternehmungen über Probleme der multinationalen Unternehmungen, November 1972; Bericht dazu: NZZ Nr. 571 vom 6. Dezember 1972.

[9] JÖHR, Konzentration, S. 483. Vgl. zu diesem Problem ausführlich ARNDT, Macht, Konkurrenz und Demokratie, S. 56ff.

[10] ARNDT, Macht, Konkurrenz und Demokratie, S. 40.

[11] ARNDT, Macht, Konkurrenz und Demokratie, S. 40. Dort auch folgendes Beispiel: «Eine solche Verbindung liegt z. B. vor, wenn ein Reeder, ohne sein Geschäft einstweilen andern anzuvertrauen, Minister wird und als Minister zugleich Einfluß auf die Finanzgebarung der Landesbank gewinnt, auf deren Kredit vielleicht einer seiner Konkurrenten angewiesen ist, oder wenn in einem Staat, in dem die Pressekonzentration ein Problem darstellt, der Chefjustitiar eines Pressekonzerns als Landesvorsitzender einer Partei fungiert.» Vgl. zur gesamten Frage auch KOGON, Wirkungen der Konzentration auf die Demokratie, S. 591ff.

teriell) selbständigen Tätigkeit zu zwingen. Darin liegt offenkundig eine Gefahr für den *Mittelstand*. Im demokratischen Rechtsstaat ist es aber von größter Bedeutung, die Zahl der *Eigenverantwortlichen* nicht zu vermindern, sondern sie nach Möglichkeit zu mehren; das hat mit Romantik und Sehnsucht nach einer (unwiederbringlichen) «heilen» Welt nichts zu tun.

Zwar bringt auch der *«kooperative Führungsstil»* in Großunternehmen vermehrte Gelegenheiten zu verantwortungsvoller Tätigkeit. Allein solche Delegationen stehen allemal doch unter Kontrolle nicht des anonymen Marktes, sondern eines einzelnen Menschen oder eines Stabes, die ihrerseits wieder selbst und unmittelbar Rechenschaft abzulegen haben. Mit Recht fordert daher JÖHR: «Die Erhaltung solcher Wirtschaftszweige, die es einer großen Zahl von Menschen ermöglichen, eine selbständige Stellung einzunehmen, ist auch aus politischen Gründen gerechtfertigt, weil diese Wirtschaftszweige die beste Schule verantwortungsbewußten Denkens darstellen.»[12]

V. Gefährdung der Wirtschaftsverfassung

Auch wenn in der Schweiz wie anderswo in der westlichen Welt der Staatsverfassung kein zweifelsfreies Bekenntnis zu einer reinen *Marktwirtschaft* zu entnehmen ist, so darf man doch folgern, gewollt sei eine «mixed economy» mit «Wettbewerbsorientierung und Sozialverpflichtung»[13]. Dem marktwirtschaftlichen Kern bringt die Unternehmenskonzentration Gefahren nicht nur durch die Tendenz, den Wettbewerb auszuschalten, sondern vor allem im damit verbundenen *Mentalitätswechsel* der wirtschaftenden Menschen und in der *Erleichterung der Verstaatlichung*.

Eindrücklich hat SALIN nachgewiesen, die Konzentration gehe Hand in Hand mit einer «Oligarchie der Treuhänder» (Manager)[14], der «Bürokratisierung des Betriebes»[15] und der «Verbeamtung»

[12] JÖHR, Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Individuum und Gemeinschaft, S. 236.

[13] So GYGI, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 291 und passim.

[14] SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 18.

[15] SALIN, Stichwort «Konzentration», Wörterbuch der Soziologie, S. 592.

der Angestellten[16]. Darüber hinaus ist immer vor Augen zu halten: «Innerhalb der teilweise recht umfangreichen Unternehmungskonzentrationen erfolgt der Einsatz der Produktionsfaktoren im Produktionsprozeß nach planwirtschaftlichen Prinzipien.»[17] Je größer daher die Unternehmungen, desto weiter das planwirtschaftliche Feld, desto stärker die *Verdrängung der marktwirtschaftlichen Dezentralisierung* der Entscheide. Dadurch wird der systemverändernde und systemüberwindende staatliche Eingriff erheblich erleichtert. Man kennt das boshafte Wort, wonach es genügen würde, die paar schweizerischen Großbanken zu verstaatlichen, um die Wirtschaftsverfassung zu ändern[18]. Auch muß daran gedacht werden, daß finanzielle Schwierigkeiten hochkonzentrierter Unternehmungen angesichts des öffentlichen Interesses nie zum Konkurs, sondern stracks zur «Sozialisierung der Verluste»[19] führen.

VI. Schürung des Neides und der Unzufriedenheit

Die Unternehmenskonzentration bringt automatisch auch die Konzentration der *Einkommen und der Vermögen*[20]. Nicht ohne Sarkasmus vermerkt SALIN, «daß in der ganzen westlichen Welt Generaldirektoren und Direktoren, als die höchsten Angestellten,

[16] SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 27.

[17] KANTZENBACH, Konzentration, S. 162.

[18] Vgl. SCHUMPETER, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S. 351: «Der kapitalistische Prozeß bringt Dinge und Seelen für den Sozialismus in Form. Im Grenzfall kann er dies so weit erreichen, daß der letzte Schritt nur noch eine Formalität ist.» Vgl. auch SIEBER, Die Zerstörung der freien Wirtschaft durch ihre Anhänger, S. 186: «Schon rein technisch ist es unvergleichlich leichter, eine Produktion mit einer solchen Unternehmungsstruktur zu nationalisieren»; ebenso SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 4: «Es ist diese Tatsache, die SCHUMPETER im Auge hatte, wenn er die Meinung vertrat, daß die Carnegie, Rockefeller und ihresgleichen unbewußt weit mehr als alle Sozialisten zusammen zum ‹Marsch in den Sozialismus› beigetragen haben.»

[19] Vgl. dazu SCHMIDT, Die Zeche zahlt der Staat, Sozialisierung der Verluste im deutschen Ruhrkohle-Bergbau, S. 146ff.; SIEBER, Die Zerstörung der freien Wirtschaft durch ihre Anhänger, S. 186: «Wie die Beispiele von Rolls Royce und Lockheed lehren, müssen Konkurse solcher Konzerne aus einem inneren Sachzwang nicht nur von sozialistischen, sondern auch von bürgerlichen Regierungen verhindert werden.»

[20] JÖHR, Konzentration, S. 484.

die Manager der Konzerne durch eine Summierung von Gehältern und Tantièmen über Einnahmen verfügen, welche in der freien Wirtschaft nur selten und nur mit unverhältnismäßig größerem Risiko erreicht werden»[21]. Solche Unterschiede, die sich vielfach in provozierender Lebenshaltung äußern, schüren den Neid und verschärfen das Klassendenken. In der Tat widersprechen solche Gegebenheiten der Vorstellung, «daß das menschliche Gemeinwesen eine Schicksalsgemeinschaft bilde»[22]. In die gleiche Richtung weist aber auch die angesichts der technischen Entwicklung ohnehin beklagte und durch die Anonymität der Großunternehmen verstärkte «Entfremdung» in Gestalt der Machtlosigkeit und der Isolierung[23].

§ 4. Zur Frage der Unvermeidbarkeit der Unternehmenskonzentration

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, daß der Entscheid für die Unternehmungskonzentration in *einzelwirtschaftlicher Sicht* aller Regel nach *geboten* ist. Bei Beachtung der *gesamtwirtschaftlichen* Zusammenhänge ist die Beurteilung *schwieriger*. Wohl sind Unternehmenskonzentrationen im hier verstandenen weiten Sinn durchwegs formale Wettbewerbsbeschränkungen. Sie brauchen sich indessen nicht materiell auszuwirken. In dynamischer Sicht gibt es gute Gründe für die Annahme, das weite Oligopol steigere die Wettbewerbsintensität und fördere den technischen Fortschritt sowie die Anpassungsfähigkeit der Wirtschaft.

Andererseits ist auch zu vermerken, daß der Konzentrationsvorgang eine *Eigendynamik* entwickelt und nicht bei der gesamtwirtschaftlich optimalen Marktform zum Stillstand kommt[1]. In statischer Sicht ist ohnehin mit Preissteigerungen und Angebots-

[21] SALIN, Stichwort «Konzentration», Wörterbuch der Soziologie, S. 592.

[22] JÖHR, Konzentration, S. 484.

[23] Vgl. dazu COSER, Stichwort «Entfremdung und Entfremdungstheorie», Wörterbuch der Soziologie, S. 228 ff.; eindrücklich dazu E. SUTER, «Où travaillerons-nous demain?», Chefs 1971, S. 5 ff.

[1] SCHNEIDER, Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 437.

beschränkungen zu rechnen. Rechtlich zählt aber vor allem, daß das Urteil über die Konzentration in staats- und gesellschaftspolitischer Sicht negativ ausfällt. All das muß die Frage schüren: Ist der Konzentrationsvorgang ein Schicksal, dem wir nur um den Preis der «Systemüberwindung» oder überhaupt nicht zu entrinnen vermögen?

I. Marxistische Theorien

1. Karl Marx

Auszugehen ist von der Theorie des Mehrwertes, die ihrerseits auf der objektiven Werttheorie, zumal der Arbeitswerttheorie gründet. Der (absolute) Mehrwert entsteht in der Weise, daß der Eigentümer der Produktionsmittel (mithin des konstanten Kapitals) seine Arbeiter mit dem Wert der für die Erhaltung der Arbeitskraft erforderlichen Lebensmittel entschädigt, anderseits aber die ganze (nicht nur den Gegenwert der zur Reproduktion erforderlichen Arbeitszeit) Produktion einheimst. Die Differenz zwischen Produktions- und Reproduktionswert der «Ware Arbeitskraft» *ist (absoluter) Mehrwert.* Setzt man diesen Mehrwert zum eingesetzten Gesamtkapital in Beziehung, so erhält man die *Profitrate*[2].

Da nach MARX grundsätzlich nur das variable Kapital (Entschädigung der Arbeitskraft) Mehrwert abwirft, ist theoretisch die Profitrate dort am höchsten, wo bei gleichem konstanten Anteil und gleicher Mehrwertrate das höchste variable Kapital eingesetzt wird. Die Konkurrenz sorgt indessen dafür, daß sich eine allgemeine *Durchschnittsprofitrate* einpendelt: «Demgemäß sind die Profitraten, die in verschiedenen Produktionszweigen herrschen, ursprünglich sehr verschieden. Diese verschiedenen Profitraten werden durch die Konkurrenz zu einer allgemeinen Profitrate ausgeglichen, welche der Durchschnitt aller dieser verschiedenen Profitraten ist.»[3]

[2] Vgl. MARX, Ökonomische Schriften I, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe IV, S. 177 ff.

[3] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe V, S. 773.

Die durchschnittliche Profitrate hat fallende Tendenz *(Gesetz des tendenziellen Falls der Profitrate)*[4]. MARX erklärt das Gesetz mit der Eigenart kapitalistischer Produktion, den relativen Anteil des Festkapitals zu erhöhen, wodurch ceteris paribus zwangsläufig die Profitrate zerfallen muß: «Nun hat sich aber gezeigt, als ein Gesetz der kapitalistischen Produktionsweise, daß mit ihrer Entwicklung eine relative Abnahme des variablen Kapitals im Verhältnis zum konstanten Kapital und damit im Verhältnis zu dem in Bewegung gesetzten Gesamtkapital stattfindet.»[5] Diese Entwicklung ist Ausdruck der *wachsenden Produktivkraft* der Arbeit.

Die Steigerung der Produktivität menschlicher Arbeit durch erhöhten Einsatz von Fixkapital ist vor allem deshalb wichtig, weil sie die Erzeugung des *relativen Mehrwerts* erlaubt. Absoluter Mehrwert kann nämlich nur durch Verlängerung des Arbeitstages erhöht werden. Der Steigerung des absoluten Mehrwerts sind somit natürliche Schranken gezogen (Dauer des Arbeitstages). Man kann aber den Mehrwert auch so schüren, daß man bei gegebener Produktion die Unterhaltskosten der Arbeitnehmer senkt; denn die Differenz zwischen Produktion und Reproduktionswert der «Ware Arbeitskraft» ist Mehrwert. MARX spricht hier vom «relativen Mehrwert»[6], der sich mittels der genannten Steigerung der Arbeitsproduktivität mit vermehrtem Festkapital (und daher bei fallender Profitrate) erzeugen läßt.

Vermehrte Verwendung festen Kapitals ist Ausdruck der fortschreitenden *technischen Erneuerung* des Produktionsprozesses, die zwangsläufig die Konkurrenz verschärfen muß. Das nötigt dazu, *noch mehr* festes Kapital einzusetzen. Auf die Dauer ist das nur möglich, wenn der Mehrwert nicht konsumiert, sondern reinvestiert wird. So kommt es zur Schaffung von Surpluskapital durch *Akkumulation* von Mehrwert: «Mit der Akkumulation des Kapitals entwickelt sich daher die spezifisch kapitalistische Produk-

[4] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe V, S. 839ff.

[5] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe V, S. 840.

[6] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe IV, S. 350ff.

tionsweise und mit der spezifisch kapitalistischen Produktionsweise die Akkumulation des Kapitals.»[7] In diesem Zusammenhang verwendet MARX auch den Ausdruck «Konzentration», meint aber damit die «Konzentration von Produktionsmitteln in den Händen der Kapitalisten», welche einander als unabhängige und miteinander konkurrierende Warenproduzenten gegenüberstehen[8].

Von unmittelbarer Bedeutung in unserem Zusammenhang ist MARXens Lehre von der *«Attraktion der Kapitale»:* «Es ist dies nicht mehr einfache, mit der Akkumulation identische Konzentration von Produktionsmitteln und Kommando über Arbeit. Es ist *Konzentration bereits gebildeter Kapitale,* Aufhebung ihrer individuellen Selbständigkeit, Expropriation von Kapitalist durch Kapitalist, Verwandlung vieler kleinerer in wenig größere Kapitale ... Das Kapital schwillt hier in einer Hand zu großen Massen, weil es dort in vielen Händen verloren geht. Es ist die *eigentliche Zentralisation* im Unterschied zur *Akkumulation* und Konzentration.»[9]

Fragt man nach den Gründen dieser Entwicklung, so wird man von MARX vor allem auf die Bedeutung der *Konkurrenz* unter den Kapitalisten und auf die *Macht des Kreditwesens* verwiesen. Zum

[7] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe IV, S. 751.

[8] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe IV, S. 752. – Die Bezeichnung «Konzentration» bedeutet also die Verteilung des Kapitals auf eine Vielzahl von Kapitalisten unter Ausschluß der Arbeiter. Das läßt sich weiter belegen: «Die Akkumulation und die sie begleitende Konzentration sind also nicht nur auf viele Punkte zersplittert, sondern das Wachstum der funktionierenden Kapitale ist durchkreuzt durch die Bildung neuer und die Spaltung alter Kapitale. Stellt sich daher die Akkumulation einerseits dar als wachsende Konzentration der Produktionsmittel und des Kommandos über Arbeit, so andererseits als *Repulsion vieler individueller Kapitale voneinander.»* (a.a.O., S. 752)

[9] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe IV, S. 752. – Im übrigen unterscheidet MARX zwei Formen der Zentralisation: Annexion, «wo gewisse Kapitale so überwiegende Gravitationszentren für andere werden, daß sie deren individuelle Kohäsion brechen und dann die vereinzelten Bruchstücke an sich ziehen» (a.a.O., S. 754), und Verschmelzung «einer Menge bereits gebildeter resp. in der Bildung begriffener Kapitale vermittels des glatteren Verfahrens der Bildung von Aktiengesellschaften ...» (a.a.O., S. 755).

ersten: «Die Wohlfeilheit der Waren hängt, ceteris paribus, von der Produktivität der Arbeit, diese aber von der Stufenleiter der Produktion ab. Die größeren Kapitale schlagen die kleineren.»[10] Zum andern: «Abgesehen hiervon bildet sich mit der kapitalistischen Produktion eine ganz neue Macht, das *Kreditwesen,* das in seinen Anfängen verstohlen, als bescheidene Beihilfe der Akkumulation, sich einschleicht, durch unsichtbare Fäden die über die Oberfläche der Gesellschaft in größeren oder kleineren Massen zersplitterten Geldmittel in die Hände individueller und assoziierter Kapitalisten zieht, aber bald eine neue und furchtbare Waffe im Konkurrenzkampf wird, und sich schließlich in einen ungeheuren sozialen Mechanismus zur Zentralisation der Kapitale verwandelt.»[11]

2. W(ladimir) I(ljitsch) Lenin

LENIN setzt die Richtigkeit der MARXschen Zentralisationstheorie voraus: «Das ungeheure Wachstum der Industrie und der auffallend rasche Prozeß der Konzentration der Produktion in immer größeren Betrieben ist eine der charakteristischen Besonderheiten des Kapitalismus.»[12] LENIN will die These durch Statistiken und Verweise auf bürgerliche Literatur stützen. Auch versucht er eine umfassende Darstellung der *Konzentrationsformen*[13]. Sein Haupt-

[10] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe IV, S. 753. Vgl. dazu weiter: «Man erinnert sich ferner, daß mit der Entwicklung der kapitalistischen Produktionsweise der *Minimalumfang des individuellen Kapitals wächst,* das erheischt ist, um ein Geschäft unter seinen normalen Bedingungen zu betreiben. Die kleineren Kapitale drängen sich daher in Produktionssphären, deren sich die große Industrie nur noch sporadisch oder unvollkommen bemächtigt hat. Die Konkurrenz rast hier im direkten Verhältnis zur Anzahl und im umgekehrten Verhältnis zur Größe der rivalisierenden Kapitale. Sie endet stets mit Untergang vieler kleiner Kapitalisten, deren Kapitale teils in die Hand des Siegers übergehen, teils untergehen.» (a.a.O., S. 753)

[11] MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe IV, S. 753.

[12] LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 776.

[13] Als «äußerst wichtige Besonderheit des Kapitalismus, der die höchste Entwick-

verdienst ist indessen die Aufdeckung der Zusammenhänge zwischen Konzentration und Marktform sowie die Verfeinerung der MARXschen Vorstellung von der Bedeutung der Großbanken.

Konzentration führt nach LENIN zu Beginn des 20. Jahrhunderts unweigerlich zur Entstehung von *Monopolen:* «Die Entstehung der Monopole infolge der Konzentration der Produktion (ist) überhaupt ein allgemeines Grundgesetz des Kapitalismus in seinem heutigen Entwicklungsstadium...»[14] Unter Berufung auf LIEFMANN hält LENIN dafür, Konzentration vermehre die Unternehmensrisiken, erzeuge Krisen, die ihrerseits (in ungeheurem Maße) die Tendenz zur Konzentration und zum Monopol verstärken[15]. In Sonderheit geißelt LENIN die Kollektivmonopole (Kartelle und Trusts) und deren Unterwerfungskämpfe gegen Außenseiter[16].

Wichtige Motoren der Konzentration sind die *Banken*[17]. Auch sie sind dem Konzentrationsprozeß unterworfen. Das aber bedeutet: «In dem Maße, wie sich das Bankwesen und seine Konzentration in wenigen Instituten entwickeln, wachsen die Banken aus bescheidenen Vermittlern zu allmächtigen Monopolinhabern an, die fast über das gesamte Geldkapital aller Kapitalisten und Kleinunternehmer sowie über den größten Teil der Produktionsmittel und Rohstoffquellen des betreffenden Landes oder einer ganzen Reihe von Ländern verfügen.»[18]

lungsstufe erreicht hat», bezeichnet LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 777, die Kombination, «d.h. die Vereinigung verschiedener Industriezweige in einem einzigen Unternehmen; diese Industriezweige bilden entweder aufeinanderfolgende Stufen der Verarbeitung des Rohstoffes (z.B. Gewinnung von Roheisen aus Erz, seine Verarbeitung zu Stahl und unter Umständen auch die Erzeugung dieser oder jener Stahlfabrikate) oder spielen in Bezug aufeinander eine Hilfsrolle (z.B. Verarbeitung von Abfällen oder Nebenprodukten; Herstellung von Verpackungsmaterial usw.)».

14 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 780.

15 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 787.

16 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 780ff.

17 Vgl. LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 788ff. («II. Die Banken und ihre neue Rolle»).

18 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte

Technisch spielt sich der Prozeß wie folgt ab: «Die Bank, die das Kontokorrent für bestimmte Kapitalisten führt, übt scheinbar eine rein technische, eine bloße Hilfsoperation aus. Sobald aber diese Operation Riesendimensionen annimmt, zeigt sich, daß eine Handvoll Monopolisten sich die Handels- und Industrieoperationen der ganzen kapitalistischen Gesellschaft unterwirft, indem sie – durch die Bankverbindungen, Kontokorrente und andere Finanzoperationen – die Möglichkeit erhält, sich zunächst über die Geschäftslage der einzelnen Kapitalisten *genau zu informieren,* dann sie zu *kontrollieren,* sie durch Erweiterung oder Schmälerung, Erleichterung oder Erschwerung des Kredits zu beeinflussen und schließlich ihr Schicksal *restlos zu bestimmen,* die Höhe ihrer Einkünfte zu bestimmen, ihnen Kapital zu entziehen oder ihnen die Möglichkeit zu geben, ihr Kapital rasch und in großem Umfang zu erhöhen.»[19] Verstärkt werden kann diese Technik durch Vereinbarungen unter den wenigen Großbanken, was LENIN als «Bildung von Banktrusts»[20] bezeichnet. Dazu kommen eine «Personalunion der Banken mit den größten Industrie- und Handelsunternehmungen»[21] sowie die «Personalunion der einen wie der anderen Gesellschaften mit der Regierung»[22].

Werke I, S. 788. Fortsetzung des Zitates: «Diese Verwandlung zahlreicher bescheidener Vermittler in ein Häuflein Monopolisten bildet einen der Grundprozesse des Hinüberwachsens des Kapitalismus in den kapitalistischen Imperialismus und deshalb müssen wir in erster Linie bei der Konzentration des Bankwesens verweilen.»

19 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 792.

20 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 796.

21 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 797, wo er die Personalunion beschreibt als «eine beiderseitige Verschmelzung durch Aktienbesitz, durch Eintritt der Bankdirektoren in die Aufsichtsräte (oder die Vorstände) der Handels- und Industrieunternehmungen und umgekehrt».

22 LENIN, Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus, Ausgewählte Werke I, S. 798, wo unter Berufung auf JEDELS und RIESSER darauf verwiesen wird, daß Aufsichtsratsstellen an Personen «mit gut klingendem Namen, auch ehemaligen Staatsbeamten, die im Verkehr mit den Behörden manche Erleichterung (!!) schaffen können, gewährt werden».

3. Paul M. Sweezy

SWEEZY geht mit LENIN von MARXens Zentralisationstheorie aus. Wie LENIN betont er stärker als MARX den fortschreitenden «Ersatz des Wettbewerbs zwischen einer großen Anzahl von Produzenten durch monopolistische oder halbmonopolistische Kontrolle über die Märkte durch eine kleine Gruppe von Produzenten»[23] und die wichtige Rolle der Banken beim kapitalistischen Entwicklungsprozeß. Gegenüber LENIN stellt SWEEZY aber heraus, die anfänglich gegebene Herrschaft der Banken über das Industriekapital *schwäche* sich im Verlaufe des Zentralisationsprozesses ab, weil die Akkumulationskraft der Unternehmungen in Gestalt der Zurückbehaltung von Gewinnen, übermäßiger Rückstellungen und anderer «Reserven» zunehme: «Das Bankkapital, das seinen Tag der Glorie gehabt hat, fällt wieder in eine Position zurück, die der des Industriekapitals untergeordnet ist, und stellt so die Beziehung wieder her, die vor der Zusammenschlußbewegung bestand ... Die Vorherrschaft des Bankkapitals ist eine vorübergehende Phase der kapitalistischen Entwicklung, die im großen und ganzen mit dem Übergang vom Wettbewerbs- zum Monopolkapitalismus zusammenfällt.»[24]

Schon MARX hat auf die Bedeutung der *Aktiengesellschaften* bei der Zentralisation aufmerksam gemacht[25]. SWEEZY nimmt diesen Gedanken auf und verfeinert ihn im Blick auf die Untersuchungen

[23] SWEEZY, Theorie der kapitalistischen Entwicklung, S. 300ff.

[24] SWEEZY, Theorie der kapitalistischen Entwicklung, S. 315f.

[25] Vgl. MARX, Ökonomische Schriften, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Gesamtausgabe VI, S. 213ff.; S. 214, wo von der Bildung von Aktiengesellschaften die Rede ist. Es handelt sich um jene Manuskripte, die ENGELS zu Bd. 3 des Kapitals zusammengestellt hat. MARX zählt drei Folgen der Bildung von Aktiengesellschaften auf:

1. Ausdehnung der Stufenleiter der Produktion und der Unternehmungen, wie sie für Einzelkapitale unmöglich wären.

2. Das Kapital wird in Gestalt der Aktiengesellschaften direkt zu Gesellschaftskapital (im Sinne eines Kapitals direkt assoziierter Individuen). Dieses Gesellschaftskapital tritt in Gegensatz zum Privatkapital: «Es ist die Aufhebung des Kapitals als Privateigentum innerhalb der Grenzen der kapitalistischen Produktionsweise selbst»; a.a.O., S. 214.

3. «Verwandlung des wirklich fungierenden Kapitalisten in einen bloßen Diri-

von HILFERDING[26]. Wichtig ist dabei die Betonung der auch von MARX beobachteten Wandlung des Kapitalisten durch die Entstehung der (zumal durch das Aktienrecht ermöglichten) *Wertpapiermärkte*. «Je mehr der Wertpapiermarkt sich herausbildet, um so weniger ähnelt der Aktienbesitzer dem altmodischen Kapitalisten und um so mehr wird er zu einem Geldausleiher, der bei Bedarf wieder in den Besitz seines Geldes kommen kann.»[27]

Zwei Verstärkungen der Zentralisationswirkungen sind dabei festzustellen: Einmal bringt der «Funktionswandel» des Kapitalisten insoweit neue Zentralisation, als «die Besitzer einer Aktienmajorität ... legal eine faktisch vollständige Kontrolle über das von allen Aktionären eingebrachte Kapital (haben)»[28]. Weiter wirkt zentralisationsfördernd die Bildung der Aktiengesellschaften selbst, weil die Umwandlung des Kapitalisten in einen bloß auf Zins ausgehenden Geld- (statt Industrie-)kapitalisten Quelle des «Gründergewinnes» ist, der «direkt oder indirekt in die Taschen der Gründer (fließt), die dadurch reicher und für weitere Operationen gestärkt werden ... Auf jedem dieser Wege freilich begünstigt er

genten, Verwalter fremden Kapitals, und der Kapitaleigentümer in bloße Eigentümer, bloße Geldkapitalisten.» (a.a.O., S. 215)
– In einer Anmerkung (a.a.O., S. 216) fügt FRIEDRICH ENGELS bei, seit der Niederschrift dieser Überlegungen habe sich gezeigt, daß die «zweite und dritte Potenz» der Aktiengesellschaft zu Überproduktion, gedrückten Preisen und fallenden Profiten geführt habe. Die Konsequenz sei die Bildung von Kartellen.

26 RUDOLF HILFERDING, Das Finanzkapital, Berlin 1947.

27 SWEEZY, Theorie der kapitalistischen Entwicklung, S. 305.

28 SWEEZY, Theorie der kapitalistischen Entwicklung, S. 306 mit der weiteren Bemerkung: «... und in der Praxis genügt für gewöhnlich weit weniger als die Mehrheit, ‹bloß ein Drittel bis ein Viertel des Kapitals und noch weniger›». – Wichtig ist der Hinweis, daß SWEEZY mit seiner an MARX anknüpfenden Lehre vom Funktionswandel des Kapitalisten nicht etwa die von ADOLF A. BERLE und GARDINER C. MEANS (The Modern Corporation and Private Property, 2. Aufl., 1967) signalisierte Trennung von Eigentum und Kontrolle meint: «Was tatsächlich geschieht, ist, daß die große Mehrheit der Eigentümer der Kontrolle beraubt wird zugunsten einer kleinen Minderheit von Eigentümern. Die große Aktiengesellschaft bedeutet daher weder die Demokratisierung noch die Abschaffung der Kontrollfunktionen des Eigentums, sondern vielmehr ihre Konzentration in einer kleinen Gruppe von großen Vermögensbesitzern»; SWEEZY, a.a.O., S. 308 f.

das Wachstum der Produktionsgrößen wie auch die Zentralisation des Kapitals»[29].

4. Ernest Mandel

MANDEL sieht den Grund der zunehmenden Zentralisation und Konzentration (im technischen Sinn) mit MARX und den übrigen Marxisten in den Änderungen der «organischen Zusammensetzung» des Kapitals im Sinne einer fortschreitenden Zunahme des festen Kapitals[30]. Hinter diesem Vorgang steht nach MANDEL die zweite industrielle Revolution des ausgehenden 19. Jahrhunderts. «Das beschleunigte Anwachsen des konstanten Kapitals, des fixen Kapitals, der Minimalausrüstung, die bei der Neugründung eines rentablen Unternehmens erforderlich ist, begünstigt die kapitalistischen Konzentrationen.»[31] Praktisch geschieht das durch die Erschwerung des Marktzutritts (infolge der Gefahr von Überkapazitäten), das Auftreten neuer Länder auf dem Markt, die wie Rußland und Japan die Kapitalstruktur der kapitalintensivsten Konkurrenten nachahmen, und durch die Ansammlung eines Großteils der industriellen Arbeitskräfte in den Großunternehmungen. All das wird gefördert durch die «Konzentration im Bankwesen und das Bankkapital»[32]. MANDEL bemüht sich, seine Thesen mit statistischem Material zu belegen.

MANDEL differenziert aber vor allem *das Gesetz der fallenden Durchschnittsprofitrate*. Er entwickelt die eigenständige Lehre der «monopolistischen Surplusprofite»[33]. Die Ausschaltung der Kon-

[29] SWEEZY, Theorie der kapitalistischen Entwicklung, S. 305. Dort ist auch die Rede von der Natur dieses «Gründergewinnes»: «Wenn ein Unternehmen (ein schon existierendes oder erst projektiertes) z.B. 20% für das investierte Kapital erbringt, und wenn der Ertrag von Aktien von Unternehmungen mit vergleichbarem Risiko 10% beträgt, dann werden die Gründer bei Umwandlung der Unternehmung in eine Aktiengesellschaft und bei ihrem Erscheinen auf dem Markt in der Lage sein, die Aktien zum doppelten Betrag des faktisch investierten Kapitals zu verkaufen.»

[30] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 493 ff.

[31] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 494.

[32] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 507.

[33] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 523 ff.

kurrenz führt dazu, daß im monopolistischen Bereich Extraprofite entstehen. Somit übersteigt die Profitrate der Monopolisten die Durchschnittsprofitrate[34]. Die monopolistischen Extraprofite werden aber dadurch begrenzt, daß jeder monopolistische Bereich von anderen (Zulieferungen, Transportunternehmungen usw.) abhängig ist. Daher gleicht sich die Profitrate der monopolisierten Sektoren aus. Da sie aber immer noch höher ist als die Durchschnittsprofitrate, muß der Gewinn im nicht monopolisierten Bereich sinken.

Diese Entwicklung setzt sich zwangsläufig fort, bis die *Differenz zwischen Monopolprofit und Durchschnittsprofitrate* die letzten Kräfte der monopolfreien Unternehmungen mobilisiert: «Diese Versuche führen zu einem Wiederaufflackern der Konkurrenz, die den Unterschied zwischen der Durchschnittsprofitrate und der Monopolprofitrate wieder auf ein ‹vernünftiges Maß› zurückführt.»[35]

Surplusprofite entstehen nicht nur durch Preiserhöhungen, sondern auch durch die *Produktivitätsvorsprünge* der Großunternehmungen. «Diese Vorteile bestehen vor allem in der höheren Effizienz, die mit den größeren Dimensionen der Unternehmen zusammenhängt.»[36] Gemeint sind Kostensenkungen in der Produktion, Preisvergünstigungen beim Einkauf, Vorzugstarife im Transport, billigere Kredite und Kapital zu günstigeren Bedingungen, Ausnutzung von Patenten und «die Armee von Advokaten und Spezialisten»[37].

Soweit erforderlich, werden zur Preisstützung «restriktive Techniken», wie Produktionsbegrenzung, Unterdrückung oder Verzögerung der Anwendung technischer Erfindungen und Verschlechterung der Warenqualität (Obsoleszenz) getroffen, «die eine glatte Verneinung der Ziele der Kapitalisten aus der Epoche der freien Konkurrenz darstellen»[38].

[34] Als Beispiel für die Entstehung des Extraprofits nennt MANDEL (a.a.O., S. 523) die Kartellrente, die im Preiskartell dadurch entsteht, daß der Preis aufgrund der Grenzkosten des Grenzbetriebes festgesetzt wird.

[35] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 530.

[36] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 533.

[37] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 534.

[38] MANDEL, Marxistische Wirtschaftstheorie II, S. 535. – MANDEL unterstreicht

5. Ergebnis

Zusammenfassend muß festgestellt werden, daß KARL MARX und die hier vorgeführte Auswahl seiner Schüler den Konzentrationsprozeß als ein unabwendbares Gesetz der kapitalistischen Entwicklung ansehen. Während bei MARX der Akzent auf der *Akkumulation* (zur Erzeugung relativen Mehrwerts) liegt, betonen seine Schüler (in freilich differenzierter Form) die Bedeutung der *Banken*, des Instituts der *Aktiengesellschaft* und vor allem die Funktion der *Monopolrente*.

II. Andere Befürworter der Unabwendbarkeitsthese

1. Edgar Salin

Nach EDGAR SALIN ist die Konzentration unentrinnbares (aber nicht blindes) Schicksal, «wenn man sie einerseits als Handlung und Leistung des bürgerlichen Kapitalismus erfaßt und andererseits als Begleiterscheinung und Folge des technischen Fortschritts»[39]. *Bevölkerungswachstum* und *Bedürfnisangleichung* rufen der Massenproduktion, die als Sekundärreaktion den Anstoß zur *Konzentration des Detailhandels* gibt[40]. Eine Reihe von Gütern des dauernden Bedarfs, wie Flugzeuge, Automobile usw., lassen sich nur in Großbetrieben und auf *oligopolistischen Märkten* herstellen. Dazu kommt das Selbsterhaltungsinteresse jeder Unternehmung an technischen Verbesserungen und Weiterentwicklungen, das aber angesichts der enormen Forschungskosten nur mit der *Finanzkraft* von Großunternehmungen gesichert werden kann[41]. Zu diesen rationalen Systemfaktoren kommt der *Wille zur Macht*.

(etwa im Gegensatz zu SWEEZY) die Bedeutung der aktienrechtlichen Trennung zwischen Eigentum und Leitungsmacht: «Die Funktion des Eigentums und die Funktion der Verwaltung treten immer weiter auseinander; die Monopolbourgeoisie verkörpert damit den reinsten Typus der Bourgeoisie: *Die Aneignung des Mehrwertes ist bei ihr nicht mehr durch das Honorar für eine leitende Funktion im Produktionsprozeß verschleiert; sie ist das ausschließliche und offensichtliche Ergebnis des Privatbesitzes an Produktionsmitteln*»; a.a.O., S. 547 f.

[39] SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 2.

[40] SALIN, Kartellverbot und Konzentration, S. 181 f.

[41] SALIN, Kartellverbot und Konzentration, S. 184.

All das geht Hand in Hand mit der *Verbeamtung* und *Verbürokratisierung* der leitenden Angestellten und Manager[42], der Objektivierung des Produktionskapitals in den Aktienunternehmungen, der *Verflüchtigung des Eigentums* zumal der Aktionäre und der Entstehung einer «Oligarchie von Treuhändern» (Managern)[43]. Kurz: «Die Schaffung von Großunternehmungen und großen Konzernen ist nicht eine Willkürhandlung, ist nicht das Werk geldgieriger Kapitalisten, Spekulanten, sondern sie ist im Rahmen des Optimismus das notwendige Ergebnis einer technischen Entwicklung, die ihrerseits durch den gewaltigen Druck des ungeheuerlichen Bevölkerungswachstums immer wieder vorangetrieben wird.»[44]

2. *Fritz Marbach*

In der Auseinandersetzung mit LENELS Konzentrationsstudie kommt MARBACH zum Schluß, Konzentration sei unvermeidlich, sie entspränge denn «dem reinen Geltungsstreben einzelner, ihrem Machtstreben oder gar ihrer Großmannssucht»[45]. Der Zwang zur Ballung ist ganz einfach die Kehrseite des «inneren Müssens» aller «auf Rendite eingestellten Unternehmungen..., mit geringstem Aufwand höchsten Ertrag zu erzielen»[46]. «Warum nun, betriebswirtschaftlich richtiger- oder unrichtigerweise, zu diesem Zweck ‹konzentriert› wird, darin liegt eben das, was man die ertragsorientierte Zwangsläufigkeit der Kostenminimierung respektive der Ertragsmaximierung heißen könnte.»[47]

[42] SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 5.

[43] SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 11ff. und passim. – SALIN (Kartellverbot und Konzentration) macht übrigens zu Recht auf die Auswechselbarkeit der Konzentrationsformen aufmerksam: «Wenn man das Kartell als ‹a restraint of trade› verbietet, muß die Konzentration die Form wechseln – also Trust – bzw. Konzernbildung (eventuell GARY Dinners und dergleichen)»; a.a.O., S. 194f.

[44] SALIN, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 23.

[45] MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 149.

[46] MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 148.

[47] MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 148.

Es ist also «vor allem die Sorge der Unternehmungen, nicht allzu weit vom *betriebswirtschaftlichen Optimum* entfernt zu sein, die Anlaß zu Konzentrationsprozessen gibt»[48]. Nochmals aber ist zu betonen, daß MARBACH auch die «nicht zwangsläufige Konzentration»[49] beschreibt und überdies in Anlehnung an SALIN «rationale Grenzen» der Konzentration (zufolge Überschreitung des Kostenoptimums) anerkennt[50].

3. Werner Niederer

NIEDERER spricht von der «volkswirtschaftlichen Zwangsläufigkeit» der Konzentrationsbewegung, mithin des Konzentrationsprozesses: «Dort, wo sie einmal in Gang gekommen ist, rollt sie lawinenartig weiter. Sie ist nicht aufzuhalten: wie eine Seuche, die von einem Sektor der Gesamtwirtschaft aus auf die anderen Bereiche hinübergreift, wie eine Überschwemmung, die sich über alle Landesgrenzen hinaus ausbreitet.»[51]

Den Grund sieht NIEDERER darin, daß die konzentrierten Unternehmungen Produktivitätsverbesserungen erreichen. Die damit verbundenen höheren Margen verbessern die «preisliche» und die «qualitative» Wettbewerbsposition, erleichtern die Finanzierung und beschleunigen auf dem Weg erhöhter Konsumkraft das Wachstum. Unter diesen Voraussetzungen verschlechtert sich die Lage der nicht oder ungenügend konzentrierten Industrien. «Früher oder später müssen sie daher nachziehen, wenn sie im unerbittlichen Wettkampf der kapitalistischen Konkurrenzwirtschaft nicht zurückbleiben wollen.»[52]

[48] MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 165.
[49] MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 159ff.
[50] MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, S. 234f.
[51] NIEDERER, Volkswirtschaftliche Konsequenzen der Unternehmungskonzentration, S. 127.
[52] NIEDERER, Volkswirtschaftliche Konsequenzen der Unternehmungskonzentration, S. 127.

4. Erhard Kantzenbach

Zumindest im Modell (mithin «theoretisch») folgt die Tendenz zur Unternehmenskonzentration nach KANTZENBACH «allein schon aus der *Funktionsweise des Konkurrenzmechanismus*»[53]: Die relativ weniger leistungsfähigen Unternehmer geraten im Zeitablauf unter die Rentabilitätsschwelle, so daß sie zum Marktaustritt gezwungen werden. In der Wirklichkeit entstehen andererseits «Schwierigkeiten der Kapitalbeschaffung» und «personelle Engpässe im Management».

Trotzdem setzt sich der Zug zur Konzentration durch, weil den Schwierigkeiten durch externes Wachstum begegnet werden kann. Auf diesem Wege lassen sich somit die Kosten- und Wettbewerbsvorteile rascher erreichen, und der von der Finanzierung her zu vermerkende Konzentrationsantrieb vermag sich leichter durchzusetzen[54]. Neben der Gesetzgebung anerkennt KANTZENBACH das Unabhängigkeitsstreben der Unternehmer als Gegenkraft[55].

III. Saldotheorien

Häufig wird in der Lehre nicht einseitig ein sachlich dem Kapitalismus eigener *Zwang zur Konzentration* hervorgehoben, sondern es werden Konzentrations- und Dekonzentrationsfaktoren einander gegenübergestellt. Man müht sich also um eine *differenzierende Betrachtung,* die eine Verkehrung des Konzentrationsprozesses in sein Gegenteil nicht von vornherein ausschließt und im übrigen die Möglichkeiten aufzeigt, einer allfällig festgestellten Übermacht der Konzentrationsfaktoren durch konkret umschriebene *Politiken* (im Sinne der Stärkung der Dekonzentrationselemente) entgegenzuwirken.

1. Werner Sombart

Hier interessiert namentlich die Feststellung SOMBARTS, «daß es

[53] KANTZENBACH, Konzentration, S. 166.
[54] KANTZENBACH, Konzentration, S. 165ff.
[55] KANTZENBACH, Konzentration, S. 170.

unmöglich ist: es (sc. das Problem der Konzentration) für das gesamte Wirtschaftsleben nach einem einheitlichen Plan zu behandeln»[56]. Mit diesem Vorbehalt sind die weiteren Ausführungen SOMBARTS aufzunehmen, die (primäre) Konzentration in irgendeinem Bereich tendiere zum Übergriff in andere Bereiche (sekundäre, tertiäre Konzentration)[57]. Hinter diesem Vorgang stehen irrationale (Ausdehnungsdrang), aber auch rationale Motive (Vorteile der Rationalisierung). Zum *Ausdehnungsdrang* kommt mithin der *Ausdehnungszwang*.

Beide wirken aber nur, wenn eine Reihe objektiver Bedingungen erfüllt sind. Diese sind aber nach SOMBART außer in der Landwirtschaft generell gegeben, weil «eine mehr oder weniger starke Neigung zur Vergrößerung der Betriebe» zu beobachten ist[58]. Auch zeigt sich nach SOMBART, daß der Anteil «der einzelnen Betriebsgrößen an der Gesamtproduktion zugunsten des Großbetriebs»[59] verschoben wird. Wichtig erscheint aber SOMBARTS Bemerkung, die Konzentration habe nur ausnahmsweise zu einer «Zurückdrängung oder gar Beseitigung der kleineren und mittleren Betriebe geführt»[60], so daß die Expansion der Großbetriebe nicht zu Lasten der kleineren Unternehmungen gehe, sondern sich als «Besetzung von Neuland» erweise.

2. Walter Adolf Jöhr

JÖHR lehnt die Thesen MARXens, SALINS und MARBACHS ausdrücklich ab. Er stützt sich dabei vor allem auf seine Analyse der Dekonzentrationsfaktoren, die den Konzentrationsantrieben entgegenzustellen seien. «Doch läßt sich kaum sagen, in welchem Ausmaß die Gegenkräfte wirksam sind und in welchem Bereich von Wirtschaft und Gesellschaft letztere dominieren werden. Persönlich halte ich diese Gegenkräfte in der Mehrzahl der in Frage

[56] SOMBART, Der moderne Kapitalismus III, S. 821.
[57] SOMBART, Der moderne Kapitalismus III, S. 819.
[58] SOMBART, Der moderne Kapitalismus III, S. 882.
[59] SOMBART, Der moderne Kapitalismus III, S. 882.
[60] SOMBART, Der moderne Kapitalismus III, S. 882.

kommenden Bereiche für schwächer als jene Kräfte, die sich im Sinne einer Fortsetzung des Konzentrationsprozesses auswirken.»[61]

Überdies hat der Staat nach JÖHR wesentliche Möglichkeiten, den Gang der Dinge in dieser oder jener Richtung zu beeinflussen (Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Subventionierung, Patentrecht, Wettbewerbsrecht, Vergebung öffentlicher Aufträge, unmittelbare Begrenzung der Betriebs- und Unternehmensgrößen)[62]. Endlich steckt JÖHR auch das Feld staatlicher Maßnahmen ab, die auf die Folgen der Konzentration einzuwirken geeignet sind (Bekämpfung von Mißbräuchen, Milderung ungünstiger Auswirkungen, Erhöhung der Publizität, Schaffung von Gegengewichten)[63].

3. Hans Otto Lenel

LENEL gelangt aufgrund subtiler Untersuchungen zum Schluß, «daß die Konzentration in ihrem heutigen Umfang wohl kaum zwangsläufig...ist»[64]. Er zweifelt sogar daran, daß größere Unternehmen objektiv leistungsfähiger seien. Er meint, «daß die durchschnittliche wie auch die maximale Unternehmensgröße heute viel geringer wäre, wenn man die Unternehmensgröße nur nach technischen Notwendigkeiten oder – allgemeiner – nach Produktivitätsgesichtspunkten bemessen hätte»[65]. Den (falschen) Glauben an die Zwangsläufigkeit hält LENEL für einen wichtigeren Konzentrationsfaktor als manches, was als unabwendbare objektive Kraft gefeiert wird.

4. Ernst Heuss

HEUSS stellt sich nicht nur dem Unabwendbarkeitsdogma entgegen,

[61] JÖHR, Konzentration, S. 476.

[62] JÖHR, Konzentration, S. 492ff.

[63] JÖHR, Konzentration, S. 502ff.; vgl. dazu auch HANS RUDOLF BÖCKLI, Zum Konzentrationsproblem: positive strukturpolitische Maßnahmen, WuR 1963, S. 196ff.

[64] LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 427.

[65] LENEL, Ursachen der Konzentration, S. 427.

sondern führt gute Gründe dafür ins Feld, daß Größe allein objektive Vorteile nicht zu gewährleisten vermag[66]. Der häufig angerufene *technische Fortschritt* vermöge durchaus auch kapitalsparend zu wirken, was die Konstanz der Kapitalkoeffizienten in den letzten hundert Jahren zeige[67]. Interessant ist der Hinweis, vertikale Konzentration verursache nur deshalb eine erhöhte Gesamtproduktion, weil verschiedene technische Optima miteinander verbunden würden, was zwangsläufig Produktionsausweitung im Umfang des gemeinsamen Vielfachen zur Folge habe[68]. Also sind es nach HEUSS nicht irgendwelche objektiven Notwendigkeiten, sondern das *blanke Streben nach Oligopol und Monopol,* welche die Konzentrationsbewegung in Gang halten. Die Folge ist allemal Kapitalverschwendung in Gestalt des An- und Aufkaufs von Unternehmungen.

Im Grunde führt also HEUSS den Konzentrationsdrang auf Fehleinschätzungen zurück. Doch vermöchte auch allgemein diagnostiziertes Fehlverhalten den Grund für unaufhaltsame Konzentration abzugeben. Allein HEUSS bringt (selbst für den Fall effektiver Kostenersparnisse durch Konzentration) vor, die *Begrenztheit der Produktnachfragen* oder der *Konkurrenznachfragen* auf einem heterogenen Markt wirke als systemimmanente Konzentrationsbremse:

Die kostengünstigsten Unternehmungen schlagen die Grenzproduzenten aus dem Markt, wodurch (ähnlich wie beim Abbau der Produktdifferenzierung) die Preiselastizität der Konkurrentennachfrage abnimmt, was zu nachfragebedingten Preiserhöhungen und damit zu besseren Überlebenschancen der weniger kostengünstig produzierenden Unternehmungen führt[69]: «Je kleiner aber die Preiselastizität der Produktnachfrage wird, sei es durch Eliminierung von Konkurrenten, sei es durch die damit verbundenen Preissenkungen, die ebenso die Preiselastizität der Nachfrage vermindern, desto mehr macht sich der nachfragebedingte Preis-

[66] Dazu besonders HEUSS, Leistungsüberlegenheit der Großunternehmung?, S. 104ff.

[67] HEUSS, Konzentration, Mythos und Wirklichkeit, S. 562.

[68] HEUSS, Konzentration, Mythos und Wirklichkeit, S. 562.

[69] HEUSS, Allgemeine Markttheorie, S. 186.

erhöhungseffekt bemerkbar. Dadurch wird der kostenbedingte Preisdruck nach unten abgeschwächt und damit auch der Konzentrationsprozeß, soweit er auf Kostenvorteile zurückgeht.»[70]

§ 5. Schlußfolgerungen

I. Es ist davon auszugehen, daß die Realisierung wirtschaftlicher und außerwirtschaftlicher Unternehmungsziele unter den modernen Umweltsbedingungen zur *Vergrößerung der Unternehmungen* drängt. Da die einzelwirtschaftlichen Vorteile der Expansion mit zunehmender Größe wachsen, nimmt zunächst aller Regel nach die relative, dann aber auch die absolute Konzentration zu.

II. Auch in einzelwirtschaftlicher Sicht sind indes *zwei wesentliche Bremsen* dieses Prozesses zu signalisieren: Einmal sind die Größenvorteile des Unternehmens weniger eindeutig und allgemein, als bisher angenommen worden ist. Zum andern gibt es offenbar trotz der technischen Entwicklung ein *Unternehmungsoptimum* im Blick auf die Gewinnmaximierung. Zwar ist es nicht genau auszumitteln und hängt von den Möglichkeiten zur Wettbewerbsbeschränkung ab; doch ist daraus – rationale Mittelentscheidung einmal vorausgesetzt – «on the long run» mindestens eine Hemmung der Konzentrationsbeschleunigung zu erwarten.

III. Die eben angezeigten Hemmungstendenzen können sich einzelwirtschaftlich nicht auswirken, wenn die Konzentrationsentscheide (als betriebswirtschaftliche Mittelentscheide) *nicht mehr rational* gefällt werden. Das ist namentlich der Fall, wenn persönliche Motive (Machttrieb, Geltungssucht usw.) den Konzentrationsentschluß bestimmen. Es trifft aber auch zu, wenn die verantwortlichen Unternehmensleiter sich vom Konzentrationstaumel anstecken lassen und den Wettbewerb zu einer Konkurrenz der Unternehmensgrößen entarten lassen.

IV. Gesamtwirtschaftlich sind sowohl konzentrationsfördernde als auch konzentrationshemmende Kräfte zu vermerken. Im Zen-

[70] Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 205. – «Preissenkungen vermindern deshalb die Preiselastizität der Nachfrage, weil die allgemeine Regel gilt, daß die Preiselastizität in den oberen Preislagen höher als in den untern ist»; a.a.O., S. 63.

trum aber stehen der (überwiegend konzentrationssteigernde) beschleunigte *technische Fortschritt* und die konzentrationsschürende Rolle der *Banken*. Dazu kommt die verheerende Wirkung der *Imitation*, die zumal durch die Internationalisierung der Wirtschaft massenpsychologische Aspekte erhält.

V. Beurteilt man diese Tendenzen an den gesamtwirtschaftlich relevanten Kriterien «Wettbewerbsintensität» und «Wachstum», so muß man vermuten, daß es ein *Konzentrationsoptimum* gibt, das nicht überschritten werden sollte. Berücksichtigt man überdies die allgemein *gesellschaftspolitischen Auswirkungen* der Konzentration, so drängt sich eine gesellschaftliche Kontrolle der Unternehmenskonzentration auf[1].

VI. Eine solche gemeinwohlbezogene *Gestaltung des Konzentrationsprozesses* ist möglich. Die *marxistischen* Unvermeidbarkeitstheorien gründen auf der unbewiesenen, durch die Wirklichkeit laufend widerlegten Annahme, der Staat und die Rechtsordnung seien nur gerade Abbilder der Produktionsverhältnisse und daher gegenüber der Konzentrationstendenz von vornherein machtlos[2]. SALIN und NIEDERER überschätzen die Bedeutung des technischen Fortschritts und der soziologischen Ambiance für die Unternehmenskonzentration, während MARBACH den einzelwirtschaftlichen Gesichtspunkt verabsolutiert[3].

VII. De lege ferenda ist diesen Zusammenhängen Rechnung zu tragen. Rechtssätze müssen auf ihre Konzentrationsrelevanz überprüft werden. Das wirtschaftliche Konzentrationsoptimum ist anzustreben[4], was mit Blick auf die Wettbewerbsintensität jetzt schon nach Art. 19 Abs. 1 KG (Empfehlungen zur Wettbewerbspolitik)

[1] Ernst zu nehmende Bedenken gegen die Annahme eines «Konzentrationsoptimums» bringt HOPPMANN, Fusionskontrolle, S. 39ff., vor. Im Ergebnis stützt die Auffassung HOPPMANNS indessen durchaus die im Kontext gezogenen Folgerungen: Bevorzugung der loseren Formen der Zusammenarbeit und funktionale Sicherungen im Zivil-, zumal im Gesellschaftsrecht.

[2] Vgl. dazu SCHLUEP, Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, S. 41ff.

[3] Insoweit ist die Kritik von LENEL (Ursachen der Konzentration, S. 51) berechtigt.

[4] Vgl. dazu LUKES, Wettbewerbsrecht und Konzentration, S. 579ff.; BALLERSTEDT, Gesellschafts- und unternehmensrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, S. 603ff.

möglich ist. Voraussetzung einer sinnvollen Ausschöpfung dieser Vorschrift ist freilich die *Kenntnis des Konzentrationsgrades* der schweizerischen Wirtschaft, was umfassende statistische Erhebungen voraussetzt, die namentlich auch der internationalen Aktivität der schweizerischen Exportindustrie und umgekehrt dem Konzentrationsbeitrag ausländischer Wirtschaftstätigkeit auf schweizerischem Territorium Rechnung zu tragen haben werden. Soweit konzentrationsfördernde oder wenigstens konzentrationsindifferente Regelungen erwünscht sind, ist an die überwiegend schädlichen Auswirkungen zunehmender Konzentration zumal im *außerwirtschaftlichen Bereich* zu denken und nach dem *Prinzip des schonendsten Mittels* zu verfahren. Gegebenenfalls wird man eine an sich erwünschte Annäherung an das wirtschaftliche Konzentrationsoptimum zu unterlassen haben, wenn sie sich – trotz Beachtung des richtig verstandenen Verhältnismäßigkeitsprinzips – als *untragbare Gefährdung im außerwirtschaftlichen Bereich* entpuppen sollte.

VIII. De lege lata verpflichten diese Erkenntnisse zur Beachtung der wirtschaftsrechtlichen (funktionalen) Zusammenhänge bei der richterlichen Rechtsfindung, zumal bei Ausfüllung von *Lücken intra legem* (Generalklauseln), soweit das Gesetz nicht ausdrücklich anderes gebietet (wie z.B. in Art.4 ZGB). Die *traditionelle Auslegung* des geltenden Rechts hat bei der Auswahl aus verschiedenen (vom Wortlaut gedeckten) Verhaltensmustern den wirtschaftsrechtlichen Zusammenhängen auch im Privatrecht Rechnung zu tragen (funktionale Auslegung), soweit der personale Grundgehalt der Norm nicht entgegensteht. Es sind also jene Lösungen zu bevorzugen, die bei gleichen Konzentrationsvorteilen im Blick auf das Konzentrationsoptimum und die außerwirtschaftlichen Weiterungen *Kontrolle* und allenfalls *Korrektur* erlauben. Das bedeutet konkret, daß die Rechtsordnung – zumindest bei gleicher Ergiebigkeit verschiedener Konzentrationsformen – grundsätzlich und aller Regel nach *in favorem* der loseren und reversibleren Alternative zu deuten ist.

IX. Solche allgemeine *Leitprinzipien* lassen sich indessen nur konkretisieren, wenn die *Rechtsprobleme* der Konzentration und der Kooperation von Unternehmungen bekannt sind. Im franzö-

sischsprachigen Referat geschieht das mit Blick auf das *Konzernrecht*, während hier das Augenmerk vorerst nur auf die *Kooperation* gerichtet wird. Alsdann aber wird im deutschsprachigen Referat die *kartellrechtliche Problematik* für Konzerne, Fusionen und Kooperationen gemeinsam erörtert, weil hier eine weitergetriebene Arbeitsteilung zwischen den Referenten unzweckmäßig wäre.

B. Allgemeine Rechtsprobleme der Unternehmenskooperation

§ 6. Begriffe

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit *Rechtsproblemen* der Kooperation zwischen Unternehmungen. Somit ist zunächst zu fragen, was unter *«Unternehmung»* zu verstehen ist. Alsdann ist der Sinn des Wortes *«Kooperation»* zu erläutern. Nach dieser positiven Umschreibung ist das gewonnene Ergebnis (negativ) gegenüber anderen Begriffen abzugrenzen, die ebenfalls Beziehungen zwischen Unternehmungen oder unternehmungsähnlichen Gebilden betreffen.

I. Unternehmungen[1]

Unternehmungen sind zunächst Lebenserscheinungen. In einfachster Formulierung handelt es sich um «soziale Systeme, die entgeltliche Leistungen für Dritte erbringen»[2]. Man darf also von sozial organisierten Leistungseinheiten reden[3]. Die Rechtsordnung

[1] Die Bezeichnungen «Unternehmung» und «Unternehmen» werden hier gleichsinnig verwendet. Anders WIELAND, Handelsrecht I, S. 239 f., der unter «Unternehmung» den Einsatz von Kapital und Arbeitskraft zum Zwecke der Gewinnerzielung versteht: «Unter ‹Unternehmen› im objektiven Sinn verstehen wir die eingesetzten persönlichen und sachlichen Güter selbst. Das Unternehmen ist der Inbegriff sämtlicher in gewerblicher Tätigkeit aufgewendeter Mittel und Kräfte.» Diese Unterscheidung ist im vorliegenden Zusammenhang unergiebig.

[2] HILL, Marketing I, S. 15; vgl. auch SCHLUEP, Mitbestimmung?, S. 8, und dort zitierte weitere Literatur, worunter vor allem ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 155. – Die Definition von HILL gilt für die Mehrzahl aller Unternehmungen, schließt aber gemeinnützige Leistungseinheiten m. E. zu Unrecht vom Unternehmungsbegriff aus.

[3] Zum Begriff der Leistungseinheit vgl. GAUCH, Der Zweigbetrieb, Habilitationsschrift Freiburg/Schweiz, 1. Teil (Manuskript).

nimmt das soziale System «Unternehmung» nicht umfassend (es wäre denn als Pseudopersönlichkeit in Gestalt der Unternehmensstiftung) zur Kenntnis[4]. Es bleibt bei Teilaspekten: Ordnung der Unternehmensträger (Unternehmer- und Gesellschaftsrecht), des Arbeitsverhältnisses (Arbeitsrecht), der Herrschaft über die Unternehmensgüter (allgemeines Vermögensrecht) und der Unternehmertätigkeit (Persönlichkeitsrecht, UWG, KG)[5]. Kooperation von Unternehmungen meint daher niemals Rechtsbeziehungen unmittelbar zwischen Unternehmungen, da diesen die Rechtsfähigkeit abgeht. In Frage kommen höchstens Rechtsverhältnisse zwischen den Unternehmensträgern, seien sie natürliche oder juristische Personen oder diesen im Außenverhältnis gleichgestellte Handelsgesellschaften.

II. Kooperation

Außer Frage ist die Bezeichnung «Kooperation» in Wendungen wie Unternehmenskooperation, zwischenbetriebliche Kooperation, grenzüberschreitende Kooperation usw. zum Modewort geworden. Was damit im einzelnen gemeint wird, bedarf daher der sorgfältigen Erhellung. Dem strikten Wortsinn nach hat man es mit einer irgendwie gearteten Form der *Zusammenarbeit* zu tun. Die Spannweite der Kooperationsmöglichkeiten ist aber unabsehbar. Die mit dem Prinzip der *Arbeitsteilung* gegebene allgemeine Spezialisierung setzt Zusammenarbeit und Leistungsaustausch auf Märkten voraus[6].

Kooperieren können Unternehmungen aber auch, indem sie den *Wettbewerb beschränken*. Zusammenarbeit kann überdies in Wirtschaftsfachverbänden[7], in Arbeitgeberverbänden[8], in Indu-

[4] Vgl. dazu GNOS, Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung im schweizerischen Recht; gemeint ist im Kontext die Unternehmensträgerstiftung; a.a.O., S. 29ff.

[5] Vgl. dazu ausführlich SCHLUEP, Mitbestimmung?, S. 8ff.

[6] Vgl. dazu GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S. 36; DERSELBE, Betriebsverbindungen, S. 16ff.

[7] GROCHLA (Betriebsverbindungen, S. 16ff.) unterscheidet generell folgende Aufgabengruppen der Wirtschaftsfachverbände:
1. Verbandswirtschaftliche Aufgaben (als Summe delegierter betriebswirtschaftlicher Aufgaben) und

strie- und Handelskammern[9] oder in gewöhnlichen Genossenschaften[10] verwirklicht werden. Theoretisch könnte man sogar *Fusionen* oder *Konzernierungen* einbeziehen, weil auch bei einheitlicher Leitung (und gerade dann) das Abstimmungserfordernis und damit ein bestimmtes Maß des Zusammenwirkens bleibt.

Kooperation kann aber weiter meinen, daß Unternehmungen als Leistungseinheiten *unternehmerische Funktionen* (wie z.B. den Einkauf oder den Verkauf) ganz oder zum Teil vergemeinschaften oder aufeinander abstimmen. Endlich ist es gewiß auch eine Form der Zusammenarbeit, wenn Unternehmungen *Betriebsteile* (z.B. die Stromversorgung) zusammenlegen oder ein neu *entwickeltes Produkt* gemeinsam herstellen. Man sieht: aus der Fülle der Kooperationsmöglichkeiten ist eine Auswahl zu treffen, die man dann als *Kooperation i.e.S.* bezeichnen mag.

III. Unternehmenskooperation i.e.S.

1. Vorbemerkungen

Wollte man die auf der allgemeinen *Arbeitsteilung* gründende Zusammenarbeit zwischen Wirtschaftssubjekten zum Gegenstand der Untersuchung erheben, würde man auf die Darstellung des allgemeinen und besonderen Schuldrechts verwiesen. Die Kooperation in Wirtschaftsverbänden, Kammern und anderen ähnlichen

2. Aufgaben der Verbandswirtschaftspolitik (als Summe der delegierten Betriebswirtschaftspolitiken, z.B. Beeinflussung der Zielsetzung und der Entscheidung der Mitgliedunternehmungen oder Beeinflussung der Märkte, der Politik anderer Verbände usw.). Vgl. im übrigen auch GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S.65, wonach man unter einem Fachverband «einen fachlich gegliederten Unternehmungsverband mit allgemeinen wirtschaftsfördernden und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen» zu verstehen hat.

[8] Vgl. dazu GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S.227ff.; DERSELBE, Betriebsverbindungen, S.59ff.

[9] Vgl. GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S.265ff.; DERSELBE, Betriebsverbindungen, S.64ff.

[10] Vgl. dazu GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S.67ff.; DERSELBE, Betriebsverbindungen, S.69ff. Vgl. dazu auch LIEFMANN, Die Unternehmungsformen, S.163ff.

Organisationen stellt *rechtliche Organisationsprobleme,* zumal was die *Ausscheidung der Kompetenzen* zwischen Unternehmung und Verband oder überbetrieblicher Einrichtung anbetrifft. Allein es wäre völlig verfehlt, im Zusammenhang mit solchen längst bekannten Erscheinungen ein neues Wort zu bemühen, weil die einschlägigen Probleme seit Jahren offenkundig sind und nicht etwa in jüngster Zeit besondere Aktualität beanspruchen dürfen. Auch die im Rahmen größerer Wirtschaftseinheiten als Folge von *Fusionen* oder *Konzernbildungen* zu vermerkenden *Abstimmungsprobleme* erklären die Flut um das Modewort «Kooperation» nicht, weil die Zusammenarbeit «intra-enterprise» kraft der vorausgesetzten wirtschaftlichen Leitungsmacht letztlich als außerrechtliches Organisationsproblem zu qualifizieren ist. Das gilt auch, wenn moderne *Organisationsprinzipien* (z.B. management by delegation, by objectives usw.) eine dezentralisierte Struktur erheischen. Also bleiben als Gegenstand der Betrachtung Funktionsvergemeinschaftung (oder -abstimmung) und gemeinsame Leistungserstellung (oder -nutzung).

2. Wirtschaftliche Motive der Unternehmenskooperation i.e.S.

Es mag erstaunen, daß die mit der neuen Wortverwendung gemeinte Sache unter anderen Bezeichnungen geradezu notorisch ist. Die ältere juristische Literatur verwendet Ausdrücke wie «Zweckgemeinschaften», «Partialgemeinschaften», «Gemeinschaftsarbeiten», «Förderungsgemeinschaften» und «Konsortien»[11]. Allemal sind die oben umschriebenen Sachverhalte (in mannigfach abge-

[11] Vgl. dazu namentlich NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 102ff.; LIEFMANN, Die Unternehmungsformen, S. 161ff. reiht den Sachverhalt unter den Oberbegriff «Genossenschaften»; RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 47ff., unterscheidet Funktionsgemeinschaften und Teilarbeitsgemeinschaften; vgl. auch FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 41ff., wo von Arbeitsgemeinschaft, Gemeinschaftsunternehmen und Gemeinschaftsarbeiten die Rede ist; vgl. ferner FRIEDLÄNDER, Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. Aufl., S. 123ff. (Zweckgemeinschaften). Vgl. ferner die Übersicht bei JOSS, Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, S. 37ff.; vgl. ferner HAUSSMANN, Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen II, S. 170.

stufter Gestalt freilich) gemeint: Einmal die *funktionale Kooperation,* mittels derer die beteiligten Partner einzelne oder mehrere Unternehmensfunktionen vergemeinschaften oder aufeinander abstimmen. Alsdann die *gegenständliche Kooperation,* wodurch die Mutterunternehmungen einzelne Leistungs- oder Nutzungsobjekte aus dem angestammten eigenen Unternehmungsbereich ausgliedern und einer gemeinsamen Leistungswirtschaft (mit allen Unternehmensfunktionen) zur Herstellung oder Nutzung zuweisen (oder selbständig überhaupt nicht in Angriff nehmen). Beides ist mithin schon der älteren Literatur bekannt: *funktionale Kooperation* (etwa als Gemeinschaftswerbung oder gemeinschaftliche Spezialisierung) und *gegenständliche Kooperation* (z.B. gemeinschaftliche Herstellung anderer, neuer oder ausgegliederter Produkte). Natürlich kann man auch diesen (zweiten) Sachverhalt funktional einkreisen, indem man ihn als «Koordinierung ... aller Funktionen für ein bestimmtes Erzeugnis oder eine Erzeugnisgruppe»[12] umschreibt[13].

Es muß somit auf *besonderen Gründen* beruhen, daß Althergebrachtes sich neuerdings wieder solcher Aufmerksamkeit erfreut. In der Tat fällt es nach Kenntnisnahme der Realien nicht schwer zu erkennen, daß funktionale und gegenständliche Kooperation *Alternativwege* sind, um den Erfordernissen der *Größendegression* zu genügen. Statt Unternehmen durch Fusion zu Mammutgebilden zu «verschmelzen» oder sie durch einheitliche wirtschaftliche Leitung zu Befehlsempfängern zu stempeln, läßt sich Größe auch partiell durch Vergemeinschaftung von *Funktionen* oder partielle *Zusammenlegung der Produktion* erreichen[14]. Man ist daher nicht

[12] So BENISCH, Kooperationsfibel, S.61.

[13] Gemeinschaftswerbung und Spezialisierung sind Fälle funktionaler Kooperation (Funktionsvergemeinschaftung, Funktionsabstimmung). In der klassischen Terminologie hat man es mit Zweckgemeinschaften zu tun (FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 2.Aufl., S.123ff.; NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S.102ff.). Demgegenüber ist die gemeinsame Herstellung eines Vorprodukts ein Fall gegenständlicher Kooperation. In der älteren Terminologie spricht man von Partialgemeinschaften; vgl. NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S.242ff., zumal S.242 Anm.2.

[14] Vgl. dazu etwa STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S.48ff.; DERSELBE, a.a.O., S.5: «Die Unternehmen vergrößerten ihre Betriebe, stärkten durch Fusionen und Konzentrationen ihre Marktposition oder versuchten, zum glei-

erstaunt, daß für die Kooperation die gleichen wirtschaftlichen Gründe ins Feld geführt werden wie für das Größenwachstum überhaupt. Bei BENISCH[15] ist die Rede von «Wirtschaftlichkeit und Leistungssteigerung», «Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit», «Risikominderung», «Steigerung der Produktivität», «Bildung von Gegengewichtspositionen gegenüber Marktmacht» und dergleichen mehr. SÖLTER[16] spricht von «Leistungssteigerung durch Gemeinschaftsrationalisierung», «Kombination von Rationalisierung und Diversifizierung», «größerer Wettbewerbskraft», «horizontaler und vertikaler Gegengewichtsverteilung», «Bannung ruinösen Wettbewerbs» und «Freiheitswahrung durch Kooperation»[17]. Andere *Schlagworte* in diesem Zusammenhang sind: «Vermeidung von Doppelinvestitionen» und «Unabhängigkeit von Lieferanten und Abnehmern»[18]. STECK[19] erwähnt ausdrücklich die positiven Wirkungen der Kooperation «auf Kosten und Erlöse». Und STRAUBE[20] stellt in Anlehnung an SÖLTER zusammenfassend fest: «Kooperation bedeutet demnach *Optimierung* der Unternehmensfunktionen durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit». Allgemein liegen die wirtschaftlichen Vorzüge der Kooperation offenbar darin, daß sie die umfassend begriffene wirtschaftliche Position der Partner verbessert, ohne deren rechtliche *und* wirtschaftliche Selbständigkeit aufzuheben[21].

chen Ergebnis dadurch zu gelangen, daß sie mit anderen Unternehmen bestimmte Betriebsfunktionen gemeinsam wahrnahmen oder sie aus ihrem Betrieb völlig ausgliederten und sie anderen, auf diesem Gebiet rationeller arbeitenden, selbständigen Unternehmen übertrugen.» Vgl. auch SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, S. 237ff.

15 BENISCH, Kooperationsfibel, S. 80f.

16 SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, S. 240ff.

17 Vgl. dazu auch SÖLTER, Prüfliste, Der Betrieb 1969, Heft 17, Beilage 9, wonach die Kooperation es ermöglichen soll, den «fünf Drücken» auf die Unternehmungen entgegenzuwirken: Kosten- und Lohndruck, Kapitalmangel, Konkurrenzdruck, Konzentrationstendenzen und Insolvenzgefahr.

18 So BENISCH, Kooperative Formen der Unternehmenszusammenfassung, S. 153ff.

19 STECK, Formen und Auswirkungen betrieblicher Kooperation, S. 150ff.

20 STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 16.

21 Vgl. zum Begriffe der Verbesserung der wirtschaftlichen Position: GERTH, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 105ff., wo als «Bedingungen für eine gesicherte Existenz der Kooperation» folgende Sätze herausgestellt werden:

3. Definition der Unternehmenskooperation i.e.S.

Versteht man unter «Unternehmenskooperation i.w.S.» die irgendwie geartete Zusammenarbeit zwischen Unternehmungen (z.B. in Gestalt des Wirtschaftsvertrages im Recht der DDR), so muß es sich bei der Kooperation i.e.S. nach den Prinzipien der *differentia specifica* um Zusammenarbeit zwischen Unternehmen handeln, die sich durch besondere Merkmale auszeichnet.

3.1 Besondere Merkmale der Unternehmenskooperation i.e.S.

Unabdingbare besondere Merkmale der Unternehmungskooperation i.e.S. sind: die *Art der Zusammenarbeit,* die *Freiwilligkeit der Zusammenarbeit* und die *Wahrung der (wirtschaftlichen und rechtlichen) Selbständigkeit* der Kooperationspartner.

3.11 Besondere Art der Zusammenarbeit[22]

Die Kooperation i.e.S. ist immer nur *partielles Zusammenwirken.* Sie erfaßt entweder einzelne oder mehrere Funktionen, die vergemeinschaftet oder aufeinander abgestimmt werden (funktionale Kooperation). Oder sie erstreckt sich zwar auf *alle Funktionen,* betrifft aber nur ein bestimmtes *Erzeugnis* (oder eine Erzeugnisgruppe), läßt also einen beliebig zu denkenden Produktionsbereich in der alleinigen Dispositionsgewalt der Partner (gegenständliche Kooperation).

In der Literatur ist die Frage aufgeworfen worden, ob auch die gegenständliche Kooperation unter den Begriff der zwischen-

1. Jeder Partner liefert einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung des Kooperationszweckes;

2. Die Kooperation bringt jedem Partner in größerem Maße Vorteil (als der für ihn ohne Kooperation erreichbare Vorteil);

3. Die Kooperation bildet für jeden Partner die beste Möglichkeit.

[22] Zu den Vorteilen grenzüberschreitender Unternehmenskooperation: CEPES/RKW, Grenzüberschreitende Unternehmenskooperation in der EWG, S. 22ff., wo folgende Vorteile erwähnt werden: «Leistungssteigerung», «Flexibilität», «Erhöhung der Markttransparenz», «Nutzung einheimischer Vertriebsnetze», «Anpassung an unterschiedliche Verbraucherwünsche», «Anpassung an nationale Präferenzen».

betrieblichen Kooperation falle. So vertritt FISCHER die Meinung[23], Partial- oder Teilgemeinschaften unterschieden sich von der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit, weil «die ausgliedernden Unternehmen ... bei der Funktionserfüllung der ihnen verbleibenden Leistungsobjekte nicht auf die Mitwirkung der Partnerunternehmen angewiesen» sind[24]. Dem ist nicht zu folgen, weil bei *jeder* (bloß) partiellen Zusammenarbeit die Partner aufeinander angewiesen sind. In der Tat läßt sich z.B. eine Spezialisierung durch Übertragung der Produktion einzelner Produkte auf ein Gemeinschaftsunternehmen nur unter der Voraussetzung durchführen, daß die Partner im spezialisierten Bereich untätig bleiben und im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens für Interessenabstimmung sorgen. Im übertragenen Sinne sind sie somit entgegen FISCHER auch bei der Funktionserfüllung der ihnen verbleibenden Leistungsobjekte aufeinander angewiesen.

3.12 Freiwilligkeit der Zusammenarbeit

Unternehmenskooperationen i.e.S. sind das Ergebnis privatautonomer Entscheidungen. Damit soll zumal herausgestrichen werden, daß auf *staatlichem Zwang* gründende Zusammenarbeit aus den hier zu erörternden Sachverhalten ausgemerzt ist[25]. BENISCH reiht das Kriterium der Freiwilligkeit zu Unrecht unter die «nicht notwendigen» Merkmale der Kooperation ein; sein Versehen beruht auf der Verwechslung faktischer mit rechtlicher Freiwilligkeit[26]. Rechtliche Freiwilligkeit bedeutet hier vor allem Abschlußfreiheit[27].

[23] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 110f.

[24] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 111.

[25] Vgl. dazu FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 109: «Vom Staat diktierte ‹Zwangskartelle› fallen daher nicht unter den hier verstandenen Begriff der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit»; das Kriterium der Freiwilligkeit wird im übrigen von der ganz herrschenden Meinung immer wieder herausgestrichen: vgl. statt vieler STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 60f.; SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, S. 236.

[26] Vgl. BENISCH, Kooperationsfibel, S. 62: «Freiwilligkeit der Kooperation ent-

3.13 Wahrung der Selbständigkeit der Kooperationspartner

Zentrales Merkmal der Unternehmenskooperation i.e.S. ist die viel besungene Erhaltung der *Unabhängigkeit* der kooperierenden Unternehmen. Da auch im *Konzernverhältnis* die rechtliche Selbständigkeit unangetastet bleibt, ist hervorzuheben, daß hier rechtliche *und wirtschaftliche* Autonomie gemeint ist. Der Satz vom Fortbestand der Freiheit bei gleichzeitiger Verwirklichung von Bindung ist der herrschenden Meinung Axiom[28].

Indes muß bei *Juristen* Verdacht erwecken, daß Freiheit und Bindung so einträchtig nebeneinander (fort)bestehen sollen. In der Tat kann die Vergemeinschaftung von Funktionen nicht vollbracht werden, ohne daß mindestens die vergemeinschaftete Funktion

spricht dem Normal- und Idealfall. Aber man wird eine Zusammenarbeit, die sich zwangsläufig daraus ergibt, daß ein Auftraggeber nur für den Fall einer Kooperation den Auftrag gibt, nicht deshalb aus dem Kooperationsbegriff ausschließen können. Das gleiche gilt für Fälle, in denen die Kooperation infolge gewisser Abhängigkeiten (Kredit, Rohstoffe, Kapitalbeteiligung) zustande kommt, ohne daß es sich schon um konzentrative Formen handelt»; wie im Kontext auch STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 60. Im übrigen auch BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 357.

[27] Nach STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 62 (und der dort in Anm. 115 zitierten Literatur) soll zur Freiwilligkeit auch gehören, daß jeder Partner die Zusammenarbeit «auch wieder freiwillig für sich beenden» kann. Das trifft insofern zu, als zur Privatautonomie grundsätzlich neben der Abschlußfreiheit auch die Aufhebungsfreiheit gehört. Wer indessen bei Begründung einer Kooperation übersehbare und rechtlich zulässige Aufhebungsschranken in Kauf nimmt, handelt nicht unfreiwillig. Ein solcher Sachverhalt ist vielmehr unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Selbständigkeit kooperierender Unternehmungen zu beurteilen.

[28] Vgl. etwa BENISCH, Kooperationsfibel, S. 61: «Indem die beteiligten Unternehmen im Verhältnis zueinander rechtlich und wirtschaftlich selbständig sind, unterscheidet sich die Kooperation von der Koordinierung konzentrierter Unternehmen (Konzern, Fusion)»; SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, S. 236: «Kooperation (ist) die innerhalb eines vom Staat festgesetzten Rahmens zwischen zwei oder mehreren wirtschaftlich selbständigen Unternehmen durch Vertrag, Empfehlung oder sonstige Abstimmung bewirkte teilweise oder volle Funktionskoordinierung zwecks Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten durch Rationalisierung oder durch Schaffung größerer Wettbewerbseinheiten.»

sozusagen dem Herrschaftsbereich der Kooperationspartner entrinnt. Im Kooperationsfeld herrscht mithin grundsätzlich *Bindung* und daher keine Selbständigkeit. Die Lehre hat das Problem zum Teil signalisiert. STRAUBE[29] bemerkt: «Die Entscheidungsfreiheit ist zwar keine absolute, sondern eine relative, weil zwischenbetriebliche Kooperation ... zumindest für den der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit vorbehaltenen Bereich der Unternehmen die Handlungsfähigkeit einschränkt.» Auch BIDLINGMAIER[30] sieht die Frage richtig: «Im Falle der Kooperation stellt sich nun das Problem, ob die mit der ökonomischen Zusammenarbeit notwendig verbundene Einschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit eventuell die Selbständigkeit der Partner aufhebt.» In der Schweiz hat sich namentlich FISCHER[31] mit dem Problem der wirtschaftlichen Selbständigkeit auseinandergesetzt.

3.131 Betriebswirtschaftliche Lösungsansätze

Anschaulich (aber ohne die erforderlichen Differenzierungen) kann man die betriebswirtschaftlichen Ansätze zur Bewältigung des Problems im Versuch umschreiben, «essentielle» und «akzidentelle» Beeinträchtigungen der unternehmerischen Dispositionsfreiheit zu unterscheiden.

a) GUTENBERG[32] schneidet aus dem Bereich der sogenannten Führungsentscheidungen die Sparte der *«echten» Führungsentscheidungen* aus. Das ist methodisch möglich, weil er unter «Führungsentscheidungen» formal-organisatorisch jene Entscheidungen versteht, «die von den Führungsorganen der Unternehmen getroffen werden»[33]. Alsdann wird die Frage laut: «Wie sollen aber aus der unübersehbaren Fülle möglicher und täglich getroffener Entscheidungen diejenigen herausgehoben werden, die die Merkmale echter Führungsentscheidungen besitzen?»[34]

[29] STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 61.

[30] BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 356.

[31] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 117ff.

[32] GUTENBERG, Unternehmensführung, Organisation und Entscheidungen (zit. Unternehmensführung), S. 59.

[33] GUTENBERG, Unternehmensführung, S. 59.

[34] GUTENBERG, Unternehmensführung, S. 59.

Drei Kriterien kennzeichnen nach GUTENBERG echte Führungsentscheidungen: Besondere Bedeutung für die Vermögens- und Ertragslage[35], Erfordernis der Beachtung des Unternehmungs-Gesamtzusammenhangs bei der Entschlußfassung und ausschließliche Verantwortung der Unternehmensleitung (Delegationsverbot). Die Anwendung dieser Prinzipien bei der Sichtung des Katalogs von Unternehmensentscheidungen gibt nach GUTENBERG folgender Gruppe den Charakter «echter» Führungsentscheidungen:

- Festlegung der Unternehmenspolitik auf weite Sicht;
- Koordinierung der großen betrieblichen Teilbereiche;
- Beseitigung von Störungen im laufenden Betriebsprozeß;
- geschäftliche Maßnahmen von außergewöhnlicher betrieblicher Bedeutsamkeit;
- Besetzung der Führungsstellen im Unternehmen.

b) Nach ULRICH[36] erkennt man Entscheidungen der «obersten Führungsstufe» an folgenden Merkmalen: es sind die nicht delegierbaren, «welche die ganze Unternehmung betreffen und langfristige Wirkungen zeitigen» (unternehmungspolitische Zielsetzungen und Grundsätze), aber auch die «Entscheide von besonders großer wirtschaftlicher Tragweite oder solche, die mit besonders großen Risiken verbunden sind». Im einzelnen gelangt ULRICH auf diesem Weg zu folgendem Sachkatalog:

- allgemeine, langfristige *Zielsetzungen* für die Unternehmung;
- *Gesamtkapazität* der Unternehmung, welche zur Zielsetzung notwendig ist;

[35] GUTENBERG, Unternehmensführung, S. 59 f., unterscheidet also hier (grob gesprochen) «wichtige» von «unwichtigen» Entscheidungen. Im hier gegebenen Zusammenhang ist die Feststellung von Bedeutung, daß GUTENBERG, S. 60, als Merkmal der «weniger wichtigen» Entscheidungen auch die leichte Korrigierbarkeit bezeichnet: «Wie immer es sich aber mit der Bestimmbarkeit des Ranges betrieblicher Entscheidungen und Entscheidungskomplexe nach dem Maß ihrer Bedeutung für das Schicksal des Unternehmens verhalten mag – daß wichtige Unterschiede im Gewicht betrieblicher Entscheidungen bestehen und daß lebenswichtige Entscheidungen mit mehr Recht als echte Führungsentscheidungen angesprochen werden dürfen als in der Masse untergehende, *leicht korrigierbare* (Hervorhebung von mir; W. Sch.) Entscheidungen, wird kaum bestritten werden können.»

[36] ULRICH, Führungskonzeption und Unternehmensorganisation, S. 306.

- *Organisationsstruktur* der Unternehmung in den großen Zügen;
- *allgemeine Grundsätze* oder Verhaltensnormen, die beim Handeln für die Unternehmung für alle Betriebsangehörigen gelten sollen;
- *Einzelentscheidungen* von besonders großer finanzieller Tragweite oder solche, die mit einem besonderen Risiko behaftet sind.

c) BIDLINGMAIER[37] stellt mit Recht heraus, daß «Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit Grenzpunkte in einem Kontinuum graduell differenzierter Eigenständigkeit sind». Die Grenze verläuft nach BIDLINGMAIER dort, wo die Unternehmung nicht mehr autonom «über Bei- oder Rücktritt zu bzw. von einem Gemeinschaftsgebilde entscheiden kann»[38].

d) GROCHLA[39] unterscheidet zwischen «Teilaufgaben» und «Oberaufgaben». «Oberaufgaben» sind jene Betriebsaufgaben, die den Betrieb (sc. die Unternehmung) im Rahmen der gesamtwirtschaftlichen Arbeitsteilung individualisieren. In der Rechtssprache würde man vom *Zweck* reden: «Die selbstgewählte Aufgabe eines Einzelhandelsbetriebes der Lebensmittelbranche besteht z.B. darin, in größeren Mengen Lebensmittel für die Verbraucher bereitzustellen...»[40] Organisatorisch läßt sich die Oberaufgabe in eine Fülle untergeordneter *Teilaufgaben* zergliedern. So lange die Partner Teilaufgaben koordinieren, bleibt nach GROCHLA die Selbständigkeit der Unternehmung erhalten; es liegt in seiner Terminologie ein *«Betriebsverband»* vor. Werden indessen die unternehmerischen Hauptaufgaben gemeinsam erfüllt, hat man also «eine gemeinschaftliche Erfüllung der jeweiligen Gesamtaufgaben»[41] vor sich, geht die Unabhängigkeit der Partner verloren, was den *«Verbandsbetrieb»* begründet.

[37] BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 355f.

[38] BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 356.

[39] GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S. 29ff.; ihm folgend STECK, Formen und Auswirkungen betrieblicher Kooperation, S. 15; ebenso VON WYSOCKI, Rationalisierung durch Ausgliederung von Betriebsaufgaben, S. 31.

[40] GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S. 28.

[41] GROCHLA, Betriebsverbindungen, S. 17.

e) SANDIG[42] sondert zwischen Entscheidungen *«konstitutiver Art»* (Führungsentscheidungen, die das Aufbauen des Betriebes betreffen) und *«situationsbedingten»* Entscheidungen (Führungsentscheidungen, die das laufende Betreiben betreffen). Zu den konstitutiven Entscheidungen zählen:

- die Wahl des Unternehmensgegenstandes;
- die Wahl des Standortes;
- die Bestimmung des Umfanges der zu lösenden Aufgabe;
- die Entscheidung über die Aufbringung der Mittel;
- die Wahl der Unternehmungsform;
- die Bestimmung der leitenden Persönlichkeiten und ihre mehr oder weniger starke Bindung an die Unternehmung;
- die Entscheidung über die Organisationsform der Betriebsführung und die Weiterentwicklung der Unternehmung über den erreichten Stand hinaus[43].

Demgegenüber sind Führungsentscheidungen *situationsbedingter Art* alle Maßnahmen, «die bei gegebener Wirtschaftsverfassung und bei gegebener Marktform geeignet sind, a) aus den Gegebenheiten das Beste herauszuholen und b) auf die Gegebenheiten Einfluß zu nehmen, Hemmnisse zu überwinden und die eigene Position dabei zu verbessern»[44].

f) LEIHNER[45] versucht die Abgrenzung aufgrund der bekannten Phasengliederung von *Problemlösungsprozessen*[46]*:* Anregung, Pla-

[42] SANDIG, Die Führung des Betriebes, Betriebswirtschaftspolitik, S. 95ff.; vgl. dazu auch HEINEN, Industriebetriebslehre, Entscheidungen im Industriebetrieb, S. 38f.

[43] Weitere Entscheidungen konstitutiver Art sind nach SANDIG, S. 104: Der Aufbau der Betriebsgemeinschaft und im Zusammenhang damit die Personalpolitik; der Aufbau der materiellen Organisation des Betriebes und des Verwaltungsapparates; der Aufbau des Sortimentes bzw. des Produktionsprogramms und der sich daraus ergebenden Arbeitsrichtung im Markt; der Aufbau der Beschaffungs- und der Absatzorganisation, die Entscheidungen über den hauptsächlichen Absatzweg (z.B. bei Markenartikeln); der Aufbau des Kundenkreises; der Aufbau des Kredites der Unternehmung; der Aufbau des Rufes der Unternehmung als Beschaffer, als Absetzer, als Arbeitgeber. HEINEN (Industriebetriebslehre, S. 38) bezeichnet als konstitutive Entscheidungen jene, die «gewissermaßen das ‹Gesicht› der Betriebswirtschaft für längere Zeit» prägen.

[44] SANDIG, Die Führung des Betriebes, S. 109.

[45] LEIHNER, Unternehmerleistung als Wirtschaftsfaktor, S. 5ff.

[46] Vgl. dazu ULRICH, Die Unternehmung als soziales System, S. 204ff.

nung, Entscheidung, Ausführung und Kontrolle. Nach LEIHNER ist Kooperation bei Aufrechterhaltung der Selbständigkeit nur so lange möglich, wie die Entscheidungen zu fällen jedem Partner vorbehalten bleibt.

g) FISCHER[47] knüpft an die von GUTENBERG und ULRICH herausgestellten (und in etwa übereinstimmenden) Gruppen von «echten» Führungsentscheidungen an. Er meint aber, auch Verständigung der Partner in diesen Grundsatzfragen sei keine Preisgabe der Unabhängigkeit, so lange die Partner an der *Willensbildung* im Rahmen der Kooperation (also mitunter auch in Minderheitsstellung) teilnehmen können und «die Freiheit besitzen, ... aus der Kooperationsgruppe auszutreten»[48].

3.132 Rechtliche Lösungsansätze

3.1321 Lösungsansätze aus dem konzernrechtlichen Begriff der Abhängigkeit

Grundlage juristischer Erörterungen des Abhängigkeitsproblems ist § 17 Abs. 1 DAktG, wonach abhängig jene Unternehmen sind, «auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann». Die Vorschrift nötigt zur Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen der Fremdbeherrschung unterliegt; mithin ist umgekehrt im Zuge der rechtlichen Argumentation auch zu erhellen, welches die Attribute der Unabhängigkeit eines Unternehmens sind[49].

[47] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 121 ff.

[48] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 122.

[49] Vgl. dazu auch WÜRDINGER, Verbundene Gesellschaften, S. 12 ff., wo auf die allfällig entsprechenden Regelungen in den Mitgliedstaaten der EWG und auf Art. 6 des Verordnungsvorschlags der Kommission an den Rat über das Statut für eine europäische Aktiengesellschaft verwiesen wird. Interessant im vorliegenden Zusammenhang ist lediglich Art. 3 des Avant-Projet de Loi sur les Sociétés Anonymes (Belgien), wonach als Kennzeichen der Beherrschungsmacht gilt: «le pouvoir de disposer du patrimoine ou de diriger l'activité d'une autre société.» – Zur Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit in rechtlicher Sicht vor allem

a) WÜRDINGER[50] vertritt die Auffassung, Abhängigkeit sei die Folge der Beherrschung. Diese definiert er im Anschluß an *RG 167, 49* als Möglichkeit, das andere Unternehmen «seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen»[51]. Ausdrücklich wird angemerkt, keine Abhängigkeit sei gegeben, «wenn zwei Unternehmen wegen ihrer wirtschaftlichen Besonderheit faktisch zu einer Kooperation und Verständigung genötigt sind, so z.B., wenn ein Unternehmen lediglich elektrischen Strom erzeugt und das andere Unternehmen ihn über sein Leitungsnetz vertreibt»[52].

b) Auch BAUMBACH/HUECK[53] gehen von der Beherrschungsmöglichkeit aus und stützen sich ebenfalls auf RG 167, 49. Es wird indessen betont, «langfristige oder sehr umfangreiche Lieferverträge (z.B. Abnahme der gesamten Produktion), auch Lizenzverträge u.dgl. könn(t)en Abhängigkeit begründen, wenn damit nicht nur Kontrollrechte, sondern erhebliche positive Einwirkungen eines andern Unternehmens verbunden sind»[54]. Dagegen genügt nach BAUMBACH/HUECK Abhängigkeit «nur in bestimmter Beziehung», wie sie sich etwa aus Patentbenutzungsgemeinschaften ergeben kann, nicht. In solchen Fällen erstrecken sich die Weisungsbefugnisse nur auf den Vertragsgegenstand, nicht aber auf die «Geschäftsführung des Unternehmens selbst».

c) Nach BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER[55] muß die Beherrschungsmöglichkeit des § 17 genereller Natur sein und sich auf die Unternehmung als Ganzes erstrecken. Ausdrücklich wird festgehalten, die Erfassung *einzelner unternehmerischer Bereiche* genüge ebensowenig wie die Weisungsgebundenheit im Rahmen besonderer Vertragsverhältnisse, die der Abwicklung von Einzelgeschäften dienen. Nicht erforderlich soll eine Mindestdauer der Beherrschung sein,

HARMS, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 180ff. (mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

50 WÜRDINGER, Aktiengesetz, Großkommentar, § 17 Anm. 3.

51 RG 167, S. 49; WÜRDINGER, Kommentar, § 17 Anm. 3.

52 WÜRDINGER, Kommentar, § 17 Anm. 3, wo im Schlußsatz auf den hinten, S. 273, eingehender zu erörternden Fall hingewiesen wird, daß die Kooperation eine gemeinsame, einheitliche Leitung im Sinne von § 18 DAktG bewirken kann.

53 BAUMBACH/HUECK, Kommentar, § 17 N. 2.

54 BAUMBACH/HUECK, Kommentar, § 17 N. 2.

55 BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 17 N. 4ff.

sofern diese nur nicht auf unkontrollierbaren und daher zufälligen Gegebenheiten beruht[56].

d) Auch GESSLER geht davon aus, der Einfluß müsse auf die Leitung der Unternehmung ausgeübt werden[57]. Entscheidend ist, daß die Unternehmungspolitik betroffen wird, wobei es genügen soll, wenn die «bedeutendsten Teile des Unternehmens, die wichtigsten Bereiche seiner Unternehmens- und Geschäftspolitik erfaßt werden»[58]. Beherrschend ist der Einfluß nach GESSLER in Abweichung von der in Deutschland herrschenden Meinung, wenn der Einfluß einem Unternehmen ermöglicht, «die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Organe des (abhängigen) Unternehmens zu besetzen und damit über diese dessen Unternehmens- und Geschäftspolitik zu bestimmen»[59].

e) Zusammenfassend ergibt sich somit aus dem Begriff der Abhängigkeit nach § 17 DAktG nur gerade, daß ein Unternehmen seine Unabhängigkeit verliert, wenn es einem fremden Willen unterworfen ist, was Organbestellungsmacht oder generelle, nicht bloß auf einzelne Unternehmensbereiche beschränkte *Herrschaftsmacht* voraussetzt, die namentlich nicht schon durch wirtschaftlichen Zwang zur Kooperation begründet wird, im übrigen aber nicht von Dauer zu sein braucht.

3.1322 Lösungsansätze aus dem konzernrechtlichen Begriff der einheitlichen Leitung

Die hier interessierende Frage nach dem Wesen wirtschaftlicher Unabhängigkeit als Voraussetzung der Unternehmenskooperation i.e.S. läßt sich auch am Konzernmerkmal der *einheitlichen Leitung* (§ 18 DAktG) an sich (im Sinne von § 17 Abs. 2) abhängiger Unternehmen erörtern. Wie noch zu zeigen sein wird, unterscheiden sich Unternehmenskooperation und Konzern dadurch, daß

[56] Im übrigen stellen auch BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER auf RG 167, S. 49ff. ab; ebenso GODIN/WILHELMI, Aktiengesetz, Kommentar zu § 17. Vgl. im übrigen auch KROPFF, Aktiengesetz, Textausgabe mit Einführungsgesetz, § 17. Zum alten Recht vgl. SCHMIDT, Aktiengesetz, Großkommentar, § 15 Anm. 4.

[57] GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, Kommentar, § 17 N. 14.

[58] GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, Kommentar, § 17 N. 16.

[59] GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, Kommentar, § 17 N. 27.

im Konzern die wirtschaftliche Selbständigkeit der «kooperierenden» Unternehmungen fehlt. Da aber nach § 18 DAktG das Merkmal aller Konzerne in der einheitlichen Leitung zu finden ist, erscheint es zulässig, die wirtschaftliche Selbständigkeit darin zu sehen, daß einheitliche Leitung fehlt[60].

a) WÜRDINGER[61] spricht dann von einheitlicher Leitung, wenn die *Geschäftsleitung* einer *einheitlichen Gesamtplanung* untersteht. Somit wäre wirtschaftliche Selbständigkeit kooperierender Unternehmungen so lange gegeben, als Funktionsvergemeinschaftung oder gegenständliche Kooperation die beteiligten Unternehmen nicht einer einheitlichen Gesamtplanung unterwerfen.

b) BAUMBACH/HUECK[62] kennzeichnen einheitliche Leitung ebenfalls als «planmäßige Koordination und entsprechende Einflußnahme auf die Geschäftsführung der einzelnen Konzernunternehmen». Es wird aber präzisiert, die Gesamtplanung dürfe sich nicht (wie beim Kartell) «auf bestimmte einzelne Beziehungen beschränken, sondern (müsse) die Unternehmensleitung im ganzen, jedenfalls aber in den wesentlichen Bereichen erfassen. Nicht nötig ist, daß sie sich auf Einzelheiten erstreckt; es genügt, wenn die Geschäftsleitung in großen Linien festgelegt wird, *wichtige Fragen* der Geschäftsführung aufeinander abgestimmt werden»[63].

c) BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER[64] setzen sich eingehend mit der hier in Rede stehenden Frage auseinander. Sie kommen zum Schluß, einheitliche Leitung bewirke ähnliche Leitungsstrukturen wie im (dezentralisierten) Einzelunternehmen. Daher genügt nicht die Ausübung der Kontrolle, auch nicht die Einflußnahme auf den Zweck, die Zweckverwirklichung und die unternehmungspolitischen Grundsätze. Entscheidend ist vielmehr – in Anlehnung an die Verhältnisse in der Einzelunternehmung – die *Bestimmungsmacht im finanziellen Bereich.*

Das bedeutet konkret, daß das geplante Gesamtergebnis Pla-

[60] Vgl. rechtsvergleichend dazu WÜRDINGER, Verbundene Gesellschaften, S. 33ff.

[61] WÜRDINGER, Kommentar, § 18 Anm. 13f.

[62] BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz, Kommentar, § 18 N. 4ff.

[63] BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz, Kommentar, § 18 N. 4; Hervorhebung im Text vom Verfasser.

[64] BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 18 N. 7ff.

nungsrichtschnur der konzernierten Unternehmungen wird und daß von dort her über Investition und die Finanzierung entschieden wird. Wichtig ist vor allem, daß bei finanzieller Einheit die einheitliche Leitung auch dann bejaht wird, *wenn die Koordination der Geschäftspolitik die grundsätzlichen Fragen der Geschäftsführung nicht erfaßt:* «Zwar genügt die Koordinierung beliebiger Entscheidungsbereiche (etwa durch ein Syndikat) zweifellos nicht. Eine wirtschaftliche Einheit zwischen mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen stellt dagegen ohne Rücksicht auf die zentrale Lenkung weiterer unternehmerischer Aufgabenstellungen stets einen Konzern dar.»[65] Dann wäre aber auch der hier relevante *Umkehrschluß* zulässig, wonach Kooperation zwischen Unternehmungen die wirtschaftliche Selbständigkeit der Partner nicht beeinträchtigt, so lange sie nicht zur Koordination im finanziellen Bereich führt[66].

d) GESSLER geht im Gegensatz zur herrschenden Meinung davon aus, Merkmal des Konzerns sei die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheitlicher Leitung, nicht aber zu einer wirtschaftlichen Einheit (im Sinne des Einheitsunternehmens)[67]. Zu-

[65] BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 18 N. 9.

[66] Vgl. zur gleichen Frage unter dem alten Aktiengesetz Deutschlands: SCHMIDT, Großkommentar, § 15 Anm. 2, wo die einheitliche Leitung schlicht auf Weisungsbefugnis zurückgeführt wird. Vgl. zu den Materialien des geltenden deutschen Aktiengesetzes: KROPFF, Aktiengesetz, § 18. Dort aufschlußreich die Begründung zum Regierungsentwurf: «Übereinstimmend mit dem geltenden Recht sieht der Entwurf davon ab, Vorschriften über das Ausmaß und die Form der einheitlichen Leitung zu treffen. Anlaß zu solchen Vorschriften könnte insofern bestehen, als ein Teil des Schrifttums an das Ausmaß und die Form der einheitlichen Leitung zu weit gehende Anforderungen stellt. Man meint, die einheitliche Leitung müsse alle irgendwie wesentlichen Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit erfassen ... Als Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung muß es bereits angesehen werden, wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abstimmt. Diese Abstimmung setzt kein Weisungsrecht voraus. Sie kann sich vielmehr auch in der lockeren Form gemeinsamer Beratungen vollziehen oder aus einer personellen Verflechtung der Verwaltungen ergeben. Eine gesetzliche Festlegung der an die einheitliche Leitung zu stellenden Anforderungen erscheint aber angesichts der vielfältigen Formen, die die Wirtschaft für die Konzernleitung herausgebildet hat, nicht möglich.»

[67] GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, Kommentar, § 18 N. 7ff., 10.

sammenzufassen sind nach GESSLER Unternehmungen, nicht Betriebe oder einzelne Unternehmensbereiche, «z.B. Ein- oder Verkauf, Forschung, einzelne Produktionsbereiche»[68]. Da die wirtschaftliche Einheit für GESSLER nicht Merkmal des Konzerns ist, kann einheitliche Leitung nicht bloß dann angenommen werden, wenn Koordination im finanziellen Bereich gegeben ist: «Ein Unternehmen wird bereits nicht mehr eigenständig geleitet, sondern untersteht einer fremden Leitung, wenn die Leitungsaufgaben auf irgendeinem Entscheidungsbereich nicht mehr von ihm selbst bestimmt werden.»[69] Dann allerdings brächten auch Kooperationen einheitliche Leitung (aber nicht von Unternehmen, sondern von Unternehmensbereichen).

e) Zusammenfassend sind somit zur Auslegung des § 18 DAktG zwei verschiedene Auffassungen zu vermerken: Während die überwiegende Meinung[70] auf die Koordination der allgemeinen Geschäftspolitik in den «wesentlichen Bereichen» oder sogar auf Fremdbestimmungen in bloß einem Entscheidungsbereich abstellt, sehen BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER das Merkmal der einheitlichen Leitung in der Koordinierung der Finanzbereiche (im erwähnten umfassenden Sinn).

3.133 Folgerungen

Überprüft man den weiten Bogen der Meinungen, so zeigt sich, daß grundsätzlich nur zwei Ansätze tauglich sind, die wirtschaftliche Unabhängigkeit eines Unternehmens mit genügender Sicherheit zu diagnostizieren: Einmal handelt es sich um das Merkmal FISCHERS, wonach die Möglichkeit jederzeitiger Aufhebung der Bindung entscheidet. Zum andern geht es um die Feststellung von BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, wonach der Übergang zur einheitlichen Leitung mehrerer Unternehmen vollzogen ist, sobald einheitliche Bestimmungsmacht im finanziellen Bereich entsteht.

Nach der hier vertretenen Auffassung trägt das Argument der

[68] GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, Kommentar, § 18 N. 17.

[69] GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, Kommentar, § 18 N. 32.

[70] Wie die bereits zitierten Autoren auch RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 69; GODIN/WILHELMI, Aktiengesetz, § 18 Anm. 4 (freilich ohne ausdrückliche Stellungnahme).

jederzeitigen Aufhebbarkeit der Kooperationsbindung nicht. Vermutlich ist es im Rahmen beschreibender Analyse der Unternehmenskooperation geprägt worden. In der Tat stellt man fest, daß Kooperationen praktisch nie *ausschließlich* aufgrund des Aktiengesellschaftsrechts oder des Rechts der GmbH zustande kommen. Wie noch zu zeigen sein wird, gehen aller Regel nach mit der Verwendung dieser Rechtsform *zusätzliche rechtsgeschäftliche Abmachungen* einher. Diese Vereinbarungen sind der Rechtsgestalt nach Dauerverhältnisse und eben deshalb befristet oder jedenfalls (mindestens aus wichtigen Gründen) kündbar.

Insoweit sind Kooperationen in der Tat aller Regel nach «frei» aufhebbar; denn nur im Rahmen ausschließlich aktien- oder GmbH-rechtlicher Beziehungen können die Partner wirksam an die gemeinschaftliche Veranstaltung gebunden werden, wobei in beiden Fällen (differenziert zwar, aber doch) die Auflösung durch den Richter aus wichtigen Gründen vorbehalten bleibt (Art. 736 Ziff. 4, 820 Ziff. 4 OR) und überdies mangels anderer statutarischer Vorschrift die künftigen Forderungen gegenüber der Gesellschaft frei abgetreten werden dürfen[71]. Es kommt somit nicht auf die freie Aufhebbarkeit an, sondern auf die inhaltliche Tragweite der Bindung. Anders wären *Beherrschungsverträge* oder andere *Unternehmensverträge* Kooperationsformen, da sie z.B. nach deutschem Recht aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden können[72].

Demgegenüber ist der von BIEDENKOPF und KOPPENSTEINER entwickelte Gedanke der zentralen Bedeutung des Finanzbereiches im Kern richtig und für eine praktikable Diagnose der unternehmerischen Unabhängigkeit im Rahmen der Kooperationsbeziehungen mindestens bei funktionaler Zusammenarbeit verwertbar. Unbestritten ist zunächst, daß die Abgrenzung schwierig ist. Was BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER zum Konzern aussagen, gilt mutatis mutandis auch für die Kooperation: «Die Begriffsstrukturen des Konzerns sind somit nach gegenwärtigem Stand juri-

[71] Vgl. BGE 90 II 239.
[72] Vgl. § 297 Abs. 1 DAktG.

stischer und betriebswirtschaftlicher Erkenntnis durchaus unscharf.»[73]

Richtiger Ansicht nach hat man zunächst vom zweifelsfreien Grenzfall auszugehen: der isolierten Unternehmung, die (eingebettet in die Gesamtwirtschaft) ihre wirtschaftliche Leistung nach dem *Willen der Unternehmensleitung* (konkretisiert im positiven Zielsystem der Unternehmung) erbringt. Alle Entscheidungen werden (von Umwelteinflüssen einmal abgesehen) autonom gefällt. Im Rahmen dieser Autonomie ist *Delegation* innerhalb der Unternehmung oder auch über Marktbeziehungen (Einkauf von Vorprodukten, Verkauf über Großhändler usw.) durchaus gängig. Delegation *innerhalb* des Unternehmens bedeutet, daß der generell formulierte Wille der Unternehmensleitung (Zielsystem)[74] durch die kompetenten Sachbearbeiter unter Beachtung der arbeitsvertragsrechtlichen Sorgfaltspflicht *konkretisiert* wird und der Leitung der Kontrollanspruch verbleibt. *Außerhalb* der Unternehmung wird Delegation wirksam durch die Anknüpfung von Marktbeziehungen, die sich in Erfüllungsansprüchen niederschlagen, welche nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden können.

Führt man in diesem Modell zunächst die *gegenständliche Kooperation* ein, so bedeutet das für die beteiligten Partnerunternehmen Einschränkung (oder Verzicht auf Erweiterung) des Geschäftsbereichs (indem z.B. ein bislang produziertes oder ein erst herzustellendes Gut durch das Gemeinschaftsunternehmen ausgebracht werden soll). Im Restbereich bleibt aber die Unabhängigkeit voll erhalten. Also ist zu fragen, welche Wirkungen die bei Kooperation zwangsläufig entstehenden *Beziehungen zwischen den Partnern und der Gemeinschaftswirtschaft* zeitigen. Aller Regel nach hat die Kooperation zur Folge, daß die Partnerunternehmungen das ausgegliederte Produkt (a) nicht mehr selbst herstellen (vertreiben oder einkaufen) dürfen und (b) nicht durch Dritte herstellen (vertreiben oder einkaufen) lassen dürfen. Die Sachlage ist somit

[73] BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 18 N. 8.

[74] Vgl. dazu RÜHLI, Die Besonderheiten der Führungsentscheidungen bei kollegialer Unternehmungsleitung und der Stand ihrer wissenschaftlichen Erforschung, S. 17ff.

grundsätzlich nicht anders, als hätten die Partner direkte Marktbeziehungen zu Dritten mit *Ausschließlichkeitsverpflichtungen* abgeschlossen. Im Grunde wird also der Wettbewerb (vertikal) beschränkt, nicht aber die unternehmerische Dispositionsmacht im Restbereich.

Gegenüber gewöhnlichen *Ausschließlichkeitsverträgen* ist überdies zu beachten, daß die Kooperationspartner (als Ausschließlichkeitsverpflichtete) den Willen der berechtigten Gemeinschaftseinrichtung *selbst bilden* und diese *finanziell* auch tragen. Was bedeutet das praktisch? Die Partner haben die Möglichkeit, auf Auflösung der Ausschließlichkeitsverpflichtung hinzuwirken, wenn und soweit die Interessen ihrer Stammunternehmung das erfordern. Die Sachlage unterscheidet sich mithin von einer gewöhnlichen Ausschließlichkeitsbindung gegenüber einem Dritten (mit den üblichen Beendigungsmechanismen des Dauervertrages) durch ein eigenartiges *Mitwirkungsrecht* bei der Willensbildung des Exklusivberechtigten (und daher auch bei einer möglichen Aufhebung der Bindung). So lange dieses Mitwirkungsrecht zum Aktionsparameter der Stammunternehmen gehört – was bei getrennten Finanzbereichen zutrifft –, ist die *Unabhängigkeit* der Stammunternehmen gewahrt[75].

GEILER hat mithin richtig gesehen, daß der Förderungscharakter der Gemeinschaftseinrichtung entscheidet[76]. Sobald indessen die Partner vorab das Gedeihen der Gemeinschaftsunternehmung (nötigenfalls auch auf Kosten der Partnerunternehmen) im Auge haben, verkehren sich die Verhältnisse ins Gegenteil: die Partnerunternehmen werden zum Objekt der Strategie der Gemeinschaftseinrichtung, was in der Tat nur möglich ist, wenn die *finanzielle Disposition* über das Ganze zentral erfolgt.

Auch *funktionale Kooperationsverhältnisse* unterscheiden sich von gewöhnlichen Marktbeziehungen mit Dritten durch *Aus-*

[75] Die Unabhängigkeit reicht sogar weiter als bei gewöhnlichen Ausschließlichkeitsverträgen mit Dritten. Allerdings ist zu bedenken, daß Ausschließlichkeitsverträge gepaart mit Bezugspflichten nicht mehr gewöhnliche Markt-, sondern Kooperationsbeziehungen begründen.

[76] Vgl. GEILER, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neuen Wirtschaftsrechts, S. 26 f.

schließlichkeitsverpflichtungen. Auch hier kommt alles darauf an, daß die Vergemeinschaftung der Funktion Dienstleistung für die Partnerunternehmen bleibt. Unter diesen Voraussetzungen ist es nicht anders, als wenn z.B. ein Einzelunternehmer mittels ausschließlichen Bezugsrechten von Dritten Waren bezieht, diese durch einen Alleinvertreter absetzt und Verwaltung (einschließlich Rechnungswesen) durch eine Treuhandgesellschaft besorgen läßt. *Eine* Funktion freilich läßt sich nicht vergemeinschaften, ohne daß die Unabhängigkeit preisgegeben wird: *die Disposition im Finanzbereich,* mithin die Entscheidungsmacht über Beschaffung und Investition von Geldmitteln. Legt in unserem Beispiel der Einzelunternehmer die finanzielle Dispositionsmacht in die Hand eines Unternehmensberaters, gibt er die Herrschaft über das Unternehmen auf und behält das Risiko. Somit heißt Wahrung der unternehmerischen Selbständigkeit auch hier *Erhaltung der Entscheidungsbefugnis über Beschaffung und Einsatz finanzieller Mittel.*

Ersichtlich hindert diese Grenze nicht, daß sich mehrere Unternehmungen zur Deckung des je eigenständigen Finanzbedarfs zusammenschließen, um günstigere Bedingungen zu erwirken[77]. Oder daß der je unabhängig getroffene Investitionsentscheid *gemeinsam ausgeführt* wird (z.B. gemeinsame Beschaffung und Nutzung einer Datenverarbeitungsanlage). Wird dagegen der finanzielle Bereich überhaupt vergemeinschaftet, bedeutet das Preisgabe der Wahrnehmung eigener Unternehmensinteressen zugunsten des Gemeinschaftsverhältnisses. Dann aber hat man es nicht mehr mit *Kooperation,* sondern mit einem *Konzern* zu tun.

3.2 Weitere Merkmale?

In der *Literatur* werden in der Regel neben den eben erläuterten drei Kriterien eine Anzahl weiterer Merkmale der Unternehmenskooperation i.e.S. angeführt. Es handelt sich indessen, wie alsbald

[77] Vgl. HERMANN, Zwischenbetriebliche Gemeinschaftsarbeit auf dem Gebiet der Finanzierung, S. 10ff.; KLEMENS PLEYER/ULF BRÜHMANN, Fakten und Formen gesellschaftsrechtlicher Kooperation der Kreditgenossenschaften, in: Festschrift Schnorr von Carolsfeld, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, S. 427ff.; beachtlich auch, was LUTTER, Gutachten H zum 48. Deutschen Juristentag, H, S. 99f. und H, S. 106ff., zum Begriff der «Haftungsgemeinschaft» ausführt.

zu zeigen sein wird, durchwegs um accidentalia, so daß ihnen allenfalls beschreibender Charakter zufällt. BENISCH[78] spricht von «nicht notwendigen» Merkmalen[79].

3.21 Vertragliche Grundlage

Aller Regel nach gründen Kooperationen auf *Rechtsgeschäften*[80]. Sie können aber zweifelsfrei ihre Wurzel in *rechtlich nicht erzwingbaren Abreden* (Art. 2 Abs. 1 KG) oder in stillschweigender gegenseitiger Abstimmung (Art. 3 lit. b KG) haben.

3.22 Vorbehalt des staatlich gesetzten Rahmens

Namentlich SÖLTER[81] betont als Merkmal der Kooperation die Einhaltung *staatlich gezogener Schranken*. Das erklärt sich aus dem Bemühen, *Kooperationen* von *Kartellen* abzugrenzen. Häufig will man mit der Bezeichnung «Kooperation» im Einzelfall beanspruchen, ein Sachverhalt falle nicht unter ein allenfalls gegebenes Kartellverbot (z.B. des § 1 des deutschen GWB). Daraus indessen ein Merkmal des Kooperationsbegriffes zu folgern, ist eine petitio principii. Kooperationen können, brauchen aber nicht von allfälligen Kartellverboten ausgenommen zu sein. Wollte man die Bezeichnung «Kooperation» den kartellrechtlich unbedenklichen funktionalen und gegenständlichen Kooperationen vorbehalten, verbaute man sich die ganzheitliche rechtliche Sicht des (komplexen) Phänomens. Im übrigen dürfte der Vorbehalt des staatlich gesetzten Rahmens nicht auf Kartell- und Monopolgesetze eingeschnürt werden. Ein allgemeiner *Vorbehalt der Rechtsordnung* wäre indessen ebenso unnötig wie unsinnig.

3.23 Unbestimmte Zahl von Geschäftsvorfällen

Gewiß sind Kooperationen aller Regel nach auf Dauer angelegt.

[78] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 61 f.

[79] Wobei aber, wie oben S. 258 ausgeführt, die Freiwilligkeit zu Unrecht als unnötiges Merkmal qualifiziert wird.

[80] Vgl. dazu etwa STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 64; vgl. dazu auch BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 357, der immerhin «gewohnheitsrechtliche Abmachungen» zulassen will.

[81] SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, S. 236; ebenso STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 65.

Mit Recht hat BIDLINGMAIER hervorgehoben, im Bereich der Vertikalkooperation sei die Vereinbarung «periodischer Lieferungen und Leistungen»[82] Abgrenzungskriterium gegenüber einfachen Kaufverträgen. Doch ist nicht zu verkennen, daß auch einmalige Gemeinschaften (z.B. für die Errichtung eines Staudammes, für die Begebung einer Anleihe usw.) zwar *atypische,* aber begrifflich doch eindeutige Kooperationsformen sind. Der Atypizität ist (hier wie anderswo) in der Weise Rechnung zu tragen, daß bei der Diskussion spezifischer Rechtsfragen der Kooperation andere (nämlich typische) Problemlagen unterstellt werden[83].

3.24 Freie Aufhebbarkeit

Vielfach wird behauptet[84], es gehöre zum Wesen der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit, daß die Bindung *jederzeit und ohne weitere Folgen* aufgehoben werden könne. Soweit damit Kooperationen (negativ) gegen Fusionen und Beteiligungskonzerne abgegrenzt werden sollen, ist dagegen nichts einzuwenden. Als isolierendes Merkmal taugt die freie Aufhebbarkeit aber schon deshalb nicht, weil auch *Beherrschungsverträge* aufhebbar sind[85] und anderseits die Aufhebbarkeit von Kooperationsverträgen im Rahmen des anwendbaren Vertrags- oder Gesellschaftsrechts beschränkt werden kann. Ersichtlich ist ein auf die zulässige Höchstdauer abgeschlossener Informationsaustauschvertrag ebenso ganz und gar Kooperation, wie ein auf drei Jahre befristeter Beherrschungsvertrag mit zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit i.e.S. nichts zu tun hat[86].

[82] BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 357.

[83] Zum Problem der Typizität vgl.: MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 295ff.; SCHLUEP, Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, S. 9ff.

[84] Vgl. etwa STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 62; FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 122.

[85] Vgl. WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, S. 284.

[86] Es bleibt daher nur, die Frage der freien Aufhebbarkeit im Rahmen des auch hier anerkannten essentiellen Kriteriums der wirtschaftlichen Selbständigkeit zu erörtern. Wie oben (S. 275f.) gezeigt worden ist, kommt es indessen darauf nicht wesentlich an.

3.25 Erhaltung der Rechtssubjektivität

Mitunter wird gefordert, die rechtliche Selbständigkeit müsse «den Partnern solange gewährleistet bleiben, als sie nicht selbst ihre Rechtsfähigkeit aufgeben»[87]. Das ist ersichtlich eine *Leerformel:* Rechtliche Selbständigkeit ist nicht Merkmal, sondern Voraussetzung der Kooperation und des rechtsgeschäftlichen Verkehrs (etwa mittels Beherrschungsvertrages) überhaupt.

3.26 Steigerung der Leistungsfähigkeit der Partner

Typischer Zweck der Unternehmenskooperation i.e.S. ist die *Verbesserung der Leistungsfähigkeit* (Kostenwirtschaftlichkeit, Wettbewerbsstellung usw.) der beteiligten Partner. Wichtig ist, daß Nutznießer der Zusammenarbeit die Partner selbst bleiben, sei es im Wettbewerb gegen Dritte oder untereinander[88]. Wie oben gezeigt worden ist, liegt hier in der Tat ein charakterisierendes, aber kein selbständiges Merkmal vor. Kooperation als Gemeinschaft zur Förderung der Kooperierenden (und nicht der Gemeinschaftsveranstaltung an und für sich) ist der Kern der Erhaltung *wirtschaftlicher Selbständigkeit* der Partner.

3.27 Ertragsüberschuß

Daß die Kosten der Kooperation den eben erwähnten Erfolg nicht wieder aufzehren, ist kein Merkmal der Kooperation, sondern sinnfälliger Ausdruck des richtig verstandenen ökonomischen Prinzips[89].

3.28 Volkswirtschaftliche Nützlichkeit

Wie im Abschnitt über die Realien gezeigt worden ist, verdienen losere Konzentrationsformen den Vorzug vor rechtlich oder fak-

[87] STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 62. Vgl. auch BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 356.

[88] Vgl. STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 65; BENISCH, Kooperationsfibel, S. 62f.; RASCHE, Kooperation – Chance und Gewinn, S. 15.

[89] Vgl. dazu BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 358: «Der gesamte Mehrerfolg ist die positive Differenz zwischen dem Erfolg bei gemeinschaftlicher und dem Erfolg bei jeweils individueller Aufgabenerfüllung, vermindert um die Kooperationskosten (insbesondere Kosten für die Koordi-

tisch *irreversiblen Vorgängen.* Eine Kooperation von Unternehmungen, welche die erwarteten günstigeren volkswirtschaftlichen Wirkungen nicht zeitigt, etwa weil sie sich als Schrittmacher einer Fusion erweist, bleibt bis zum Übergang zur Fusion (trotz schlechten Ausgangs bei guter Prognose) Unternehmenskooperation i.e.S.[90]. Ein Begriffsmerkmal liegt daher nicht vor.

3.29 Ausschluß von Beteiligungen

Unternehmenskooperation i.e.S. ist nicht mehr denkbar, wenn die beteiligten Unternehmungen unter *einheitlicher Leitung* stehen, wenn also ein Konzern vorliegt[91]. Da das Konzernverhältnis häufig die Folge eines Abhängigkeitsverhältnisses aus Beteiligung ist, wird mitunter als Merkmal der Kooperation herausgestellt, daß diese nicht auf Kapitalverbindung beruhen dürfe. So lange indessen ein Konzern nicht vorliegt, ist Kooperation möglich, auch wenn die Partner durch Beteiligungen einseitig oder wechselseitig verbunden sind. Häufig werden zumal wechselseitige Beteiligungen geradezu als Kooperationsmittel zur Sicherung der Zusammenarbeit eingesetzt.

3.3 Hinweise auf die Gesetzes- und Amtssprache

Es mag nützlich sein, den eben gewonnenen Begriff der Unternehmenskooperation i.e.S. mit Bedeutungen zu konfrontieren, die dem Wort «Kooperation» in Gesetzestexten oder amtlichen Verlautbarungen zukommen.

3.31 Gesetzessprache

Vorab ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen die *Verordnung über die vertragliche Sicherung der Kooperation für volkswirtschaftlich strukturbestimmende Erzeugnisse und Erzeugnisgruppen* (vom

nierung der Aktionen der Partner).» Vgl. dazu auch GERTH, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 106: «Jeder einzelne Partner zieht aus der Kooperation einen Vorteil, der größer ist, als der für ihn ohne Kooperation erreichbare Vorteil.»

90 Zutreffend BENISCH, Kooperationsfibel, S. 63.

91 Abstimmungsprobleme zwischen den einzelnen Konzernunternehmungen sind gewöhnliche Organisationsprobleme.

21. Dezember 1967), die als wirtschaftsrechtlicher Erlaß der DDR zur Ausführung des Gesetzes über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft (Vertragsgesetz vom 25. Februar 1965) ergangen ist[92]. Hier wird das Wort «Kooperation» umfassend verstanden als Zusammenarbeit im Rahmen des planwirtschaftlichen Systems. Kooperationsmittel ist der Wirtschaftsvertrag[93]. Die Verordnung kennt aber auch *Kooperationsverbände*. Sie bezwecken «die Organisierung der Zusammenarbeit zwischen den Finalproduzenten und den wichtigsten Zulieferbetrieben der Kooperationsketten»[94]. Hier gerät man in unmittelbare Nähe unseres Begriffes, und zwar im Sinne der *vertikalen Zusammenarbeit*. Vom Sachverhalt her sind dem Vertragsrecht der DDR durchaus Kooperationen i.e.S. bekannt: z.B. Koordinierungsverträge, «mittels derer die Betriebe eine verbindliche Aufgabenabgrenzung beschließen (z.B. Spezialisierungsverträge)...»[95]. Daneben erfolgt die kooperative Zusammenarbeit in «Erzeugnisgruppen, Kooperationsgemeinschaften, Zweckverbänden, Interessengemeinschaften, Konsortien, Produktionsverbänden u.a.m.»[96].

Auf dem Vorblatt zum Gesetzesentwurf der (deutschen) Bundesregierung über die *Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbs-*

[92] Vgl. dazu SPITZNER (Leiter eines Autorenkollektivs), Kommentar zum Kooperationsrecht, S. 447ff.

[93] Vgl. § 1 Abs. 4 der Verordnung: «Auf die Kooperationsbeziehungen über volkswirtschaftlich strukturbestimmende Erzeugnisse und Erzeugnisgruppen finden das Vertragsgesetz und die dazu erlassenen Durchführungsverordnungen Anwendung, soweit in dieser Verordnung keine abweichenden Regelungen getroffen werden.» Wichtig vor allem auch § 5 Abs. 1 der Verordnung: «Die Wirtschaftsverträge für volkswirtschaftlich strukturbestimmende Erzeugnisse und Erzeugnisgruppen sind Instrumente der Planung und Leitung der Volkswirtschaft bei der Durchsetzung einer effektiven Strukturpolitik. Sie dienen der Vorbereitung, Konkretisierung und Durchführung der für das jeweilige volkswirtschaftlich strukturbestimmende Erzeugnis oder die Erzeugnisgruppe wesentlichen Aufgaben der Forschung und Entwicklung, der Gestaltung der wissenschaftlich-technischen und materiellen Verflechtungsbeziehungen, der Investitionsvorbereitung, der Technologie, der Produktion und des Absatzes.»

[94] § 7 Abs. 1 der Verordnung über die vertragliche Sicherung der Kooperation für volkswirtschaftlich strukturbestimmende Erzeugnisse und Erzeugnisgruppen.

[95] SPITZNER, Kommentar zum Kooperationsrecht, S. 35.

[96] SPITZNER, Kommentar zum Kooperationsrecht, S. 23; vgl. auch H. U. HOCH-

beschränkungen wird berichtet, die Novelle wolle u.a. in den §§ 5b und 28 «Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen»[97] schaffen. Der angerufene § 28 definiert in Abs. 2 den Begriff der Wettbewerbsregeln[98]. Demgegenüber deckt § 5b des Entwurfs mindestens einen Teil dessen, was oben als Unternehmenskooperation i.e.S. begriffen worden ist. Freilich wird im Entwurfstext (anders als auf dem Vorblatt) das Wort «Koordinierung» verwendet: «§ 1 (sc. das Kartellvertragsverbot) gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch eine andere als die in § 5a[99] bezeichnete Art der Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen zum Gegenstand haben, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird.»

3.32 Amtssprache

Am 29. Oktober 1963 hat der (deutsche) *Bundesminister für Wirtschaft* eine «Zusammenstellung» über *«Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen»* bekanntgemacht. Aus den Vorbemerkungen geht hervor, daß die Bezeichnungen «zwischenbetriebliche Zusammenarbeit» und «Kooperation» gleichsinnig verwendet werden. Eine Begriffsbestimmung wird unterlassen; doch werden Fallgruppen aufgezählt:

- Zusammenarbeit bei der Beschaffung und Auswertung von Informationen (Erfahrungs- und Meinungsaustausch);
- gemeinschaftliche Marktforschung und Markterkundung;
- Konjunktur- und Strukturanalysen;
- Betriebs- und Branchenvergleiche;

BAUM, Grundsätze der Rechtsregelung betrieblicher Kooperationsbeziehungen in der Volksrepublik Polen, Wirtschaftsrecht 1973 (DDR), S. 43ff.

[97] Drucksache VI/2520 (dem Präsidenten des Deutschen Bundestages übermittelt am 18. August 1971).

[98] § 28 Abs. 2 soll folgende Fassung erhalten: «Wettbewerbsregeln im Sinne dieser Vorschriften sind Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lauteren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen.»

[99] § 5a des geltenden GWB stellt Spezialisierungskartelle vom Kartellverbot frei.

- Kalkulationsschemata und Kalkulationsschulung;
- gemeinschaftliche Betriebsberatung;
- Zusammenarbeit beim Einkauf;
- Zusammenarbeit bei der Produktion;
- gemeinschaftliche Forschung und Entwicklung;
- Vereinbarungen über die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen;
- gemeinschaftliche Spezialisierung;
- Arbeitsgemeinschaften;
- gemeinschaftliche Benutzung von Produktionsanlagen;
- Gemeinschaftsunternehmen;
- gemeinschaftlicher Kunden- und Reparaturdienst;
- Zusammenarbeit beim Vertrieb (gemeinschaftlicher Verkauf, gemeinschaftliche Werbung, Gütezeichengemeinschaften, Transport- und Lagergemeinschaften);
- Zusammenarbeit bei der kaufmännischen Verwaltung (Zusammenarbeit im Rechnungswesen, Inkassogemeinschaften);
- sonstige Formen der Zusammenarbeit (Zusammenarbeit bei der Kreditbeschaffung und -sicherung, Zusammenarbeit bei der Aus- und Fortbildung, gemeinschaftliche soziale Einrichtungen, Vereinbarungen über Betriebsferien);
- Mittelstandsempfehlungen und Wettbewerbsregeln[100].

Am 29. Juli 1968 hat die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine Bekanntmachung* über «Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen», erlassen. Auch in diesem amtlichen Text werden die Worte «zwischenbetriebliche Zusammenarbeit» und «Kooperation» synonym verwendet[101]. Definitio-

[100] Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Zusammenstellung des Bundesministers für Wirtschaft, abgedruckt bei BENISCH, Kooperationsfibel, S. 11 ff.

[101] Bekanntmachung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 29. Juli 1968, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 29. Juli 1968, S. 3; auch wiedergegeben bei BENISCH, Kooperationsfibel, S. 49 ff. In den Vorbemerkungen heißt es: «Die Kommission sieht es als ihre Aufgabe an, insbesondere die Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen zu erleichtern. Auch die Kooperation zwischen großen Unternehmen kann wirtschaftlich sinnvoll und wettbewerbspolitisch unbedenklich sein.»

nen fehlen freilich auch hier. Doch werden in der Bekanntmachung *acht* Fallgruppen aufgeführt:

1. Vereinbarungen, die lediglich zum Gegenstand haben:
- Austausch von Meinungen und Erfahrungen;
- gemeinsame Marktforschung;
- gemeinsame Vornahme von Betriebs- und Branchenvergleichen;
- gemeinsame Erstellung von Statistiken und Kalkulationsschemata.

2. Vereinbarungen, die lediglich zum Gegenstand haben:
- Zusammenarbeit in der Buchhaltung;
- gemeinsame Kreditsicherung;
- Inkassogemeinschaften;
- gemeinsame Betriebs- oder Steuerberatungsstellen.

3. Vereinbarungen, die lediglich zum Gegenstand haben:
- die gemeinsame Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben;
- die gemeinsame Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen;
- die Aufteilung von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben zwischen den Beteiligten.

4. Vereinbarungen, die lediglich die gemeinsame Benutzung von Produktionsanlagen sowie von Lager- und Transporteinrichtungen zum Gegenstand haben.

5. Vereinbarungen, die lediglich die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zur gemeinsamen Ausführung von Aufträgen zum Gegenstand haben ...[102].

6. Vereinbarungen, die lediglich zum Gegenstand haben:
- den gemeinsamen Verkauf;
- den gemeinsamen Kunden- und Reparaturdienst[103].

7. Vereinbarungen, die lediglich die Durchführung gemeinschaftlicher Werbung zum Gegenstand haben.

[102] «..., wenn die beteiligten Unternehmen hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen nicht miteinander im Wettbewerb stehen oder für sich allein nicht in der Lage sind, die Aufträge durchzuführen.»

[103] «..., wenn die beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Waren oder Leistungen, auf die sich die Vereinbarung bezieht, nicht miteinander im Wettbewerb stehen.»

8. Vereinbarungen, die lediglich die Verwendung eines gemeinsamen Gütezeichens zur Kennzeichnung von Waren bestimmter Qualität zum Gegenstand haben und jedem Wettbewerber unter gleichen Bedingungen offenstehen[104].

Auch im Bericht über die *«Industriepolitik der Gemeinschaft»*[105] wird im Kapitel II neben der Konzentration die «Kooperation der Unternehmen in der Gemeinschaft» dargestellt[106]. Definiert wird auch in diesem Zusammenhang nicht; doch ist die Rede von «vertraglicher Zusammenarbeit», die «natürlich keine Unternehmenskonzentration (bedeutet), da sie jederzeit wieder eingestellt werden kann und in den meisten Fällen auch keine organische Verbindung schafft»[107]. Die Kommission sieht in der vertraglichen Kooperation offenkundig *keinen vollwertigen Konzentrationsersatz,* was aus der Aufzählung der Nachteile[108] und der Feststellung

[104] Materiell muß diese Aufstellung im Zusammenhang mit der Gruppenfreistellungs-Verordnung Nr. 67/67 (betr. Alleinvertriebsverträge) und mit den Ermächtigungsverordnungen des Rates betr. zweiseitige Ausschließlichkeitsverträge sowie zweiseitige Verträge im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Nutzung von gewerblichen Schutzrechten und gleichgestellten Rechten (Verordnung Nr. 19/65) und betr. die Anwendung von Normen und Typen, Forschung und Entwicklung sowie Spezialisierung (Verordnung Nr. 2822/71) gesehen werden. Ferner ist zu beachten die Praxis der Kommission: Erster Bericht über die Entwicklung der Wettbewerbspolitik, Brüssel 1972, S. 44ff.

[105] Memorandum der Kommission an den Rat, Brüssel 1970.

[106] Industriepolitik der Gemeinschaft, Memorandum der Kommission an den Rat, Brüssel 1970.

[107] Industriepolitik der Gemeinschaft, S. 142.

[108] Vgl. Industriepolitik der Gemeinschaft, S. 142f.: «In vielen Fällen müssen diese Kooperationsverträge im Laufe der Zeit angepaßt werden, da sie nicht immer eine befriedigende Lösung für die Probleme der Organisation, des Managements oder der Finanzierung der Partnerunternehmen bringen. Insbesondere auf finanziellem Gebiet dürfte die vertragliche Kooperation die Fremdfinanzierungskapazität der Partner kaum wesentlich über die Summe der Finanzierungskapazität jedes beteiligten Unternehmens hinaus erhöhen. Dies kann für die betreffenden Unternehmen ein zwingender Grund sein, zu einer stärker strukturierten Integrationsform überzugehen. Kooperationsvereinbarungen können auch Schwierigkeiten hinsichtlich der Wettbewerbsregeln der Europäischen Verträge aufwerfen ...»

hervorgeht, solche Verträge stellten in der Regel «eine unerläßliche Etappe auf dem Weg zu einer stärker integrierten Zusammenarbeit ... dar».

3.33 Ergebnis

Die im Zusammenhang mit dem sog. Wirtschaftsvertrag in der *DDR* verwendete Bezeichnung «Kooperation» deckt sich mit dem oben entwickelten Begriff nur am Rande. Demgegenüber wird das Wort sowohl auf dem Vorblatt zum *Gesetzesentwurf für eine Änderung des GWB* als auch in *amtlichen Veröffentlichungen* des (deutschen) Bundeswirtschaftsministers und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften übereinstimmend mit der hier versuchten Umschreibung verwendet. Überwiegend sind zwar *Funktionsgemeinschaften* gemeint; gegenständliche Kooperation wird freilich nicht ausgeschlossen (vgl. z.B. Gemeinschaftsunternehmen). Einschränkend ist anzumerken, daß die in der «Zusammenstellung» des Bundesministers für Wirtschaft angeführten Mittelstandsempfehlungen und Wettbewerbsregeln mit Unternehmenskooperation i.e.S. nichts zu tun haben[109].

4. Abgrenzung gegenüber anderen Erscheinungen

Nach der begrifflichen Kennzeichnung der Unternehmenskooperation i.e.S. erscheint es angezeigt, das Ergebnis anderen *Formen* des wirtschaftlichen Zusammenwirkens gegenüberzustellen und den gewonnenen Begriff so auch negativ zu sichern.

4.1 Fusion

Die Fusion unterscheidet sich von der Kooperation dadurch, daß mindestens ein beteiligtes Unternehmen die *rechtliche Selbständigkeit* verliert, weil wenigstens eine Trägergesellschaft auf-

[109] Mittelstandsempfehlungen nach § 38 Abs. 2 Satz 3 GWB sind vom allgemeinen Empfehlungsverbot ausgenommene Preisempfehlungen, die Unternehmensvereinigungen an ihre Mitglieder mit dem Zweck richten, wettbewerbsfördernde Bedingungen gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen zu schaffen. Zum Begriff der Wettbewerbsregeln vgl. vorne Anm. 98.

gelöst und (unter Ausschluß der Liquidation) im Handelsregister gelöscht wird[110]. Im Gegensatz dazu ist es Merkmal der Kooperation, daß die Träger der Partnerunternehmungen *rechtlich selbständig* bleiben.

4.2 Konzern

Der Konzern unterscheidet sich von der Kooperation dadurch, daß er die beteiligten Unternehmungen unter *einheitliche Leitung* stellt[111]. Demgegenüber bleiben kooperierende Unternehmungen wirtschaftlich selbständig, was sich darin offenbart, daß die gemeinsame Veranstaltung der *Förderung der Partnerunternehmungen* dient, mithin jedem Partner ein Mittel zur Verwirklichung des je selbständigen Unternehmungsziels ist. Bei funktionaler Kooperation verläuft die Grenze zum Konzern dort, wo die Vergemeinschaftung auch den Bereich der finanziellen Dispositionen erfassen soll.

Das Problem der Abgrenzung stellt sich namentlich auch dort, wo die Kooperation mittels *Gemeinschaftsunternehmen* erfolgt. Hier kann offen bleiben, ob das Gemeinschaftsunternehmen als *Koordinationskonzern* zu qualifizieren sei. § 18 Abs. 2 DAktG definiert den Gleichordnungskonzern (den man auch Koordinationskonzern [sic!] heißt)[112] als Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung, ohne daß ein Unternehmen von dem anderen abhängig wäre. Gemeinschaftsunternehmen sind in der Regel keine solchen Koordinationskonzerne:

[110] Vgl. dazu BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Kommentar, Vorbemerkungen zu den Art. 748 bis 750 N. 10ff.

[111] Vgl. dazu etwa NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 193ff.; LIEFMANN, Kartelle, Konzerne und Trusts, S. 259ff.; GEILER, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen, S. 59ff.; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. Aufl., S. 16; GYSIN, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, S. 368ff.; RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 34ff.; WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, S. 254ff.; Kommentare zu § 18 DAktG; HAMBURGER, Stichwort «Konzernrecht», S. 220ff.; vgl. auch BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Kommentar, Vorbemerkungen zu den Art. 748 bis 750, N. 5ff.

[112] Vgl. dazu SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 236.

Die Partner verständigen sich nur über die einheitliche Leitung des Gemeinschaftsunternehmens, während ihre eigenen Unternehmen der einheitlichen Leitung gerade *nicht* unterstehen[113]. Also kann allenfalls fraglich sein, ob die Verständigung gleichberechtigter Partner über die Leitung des Gemeinschaftsunternehmens nicht einen Abhängigkeitskonzern schaffe. Aber auch das trifft nicht zu, weil keine der beiden Muttergesellschaften eine Mehrheitsbeteiligung innehat und die bei Verständigung entstehende einfache Gesellschaft nicht ein Unternehmen betreibt[114].

4.3 Kartell

Im Kartell wirken Unternehmungen unter Aufrechterhaltung ihrer *rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit* zusammen. Sieht man von den hier unbeachtlichen Zwangskartellen ab, erkennt man: Kartelle haben die Kriterien der Freiwilligkeit und der Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit mit den Kooperationen gemein. Also muß der Unterschied in der besonderen *Art des Zusammenwirkens* liegen, wenn man ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Partnern voraussetzt (was nicht zuzutreffen braucht).

In der Tat zielen kartellistisch organisierte Unternehmungen weder auf funktionale noch auf gegenständliche Kooperation, sondern auf *Beschränkung des Wettbewerbs*[115]. Hier beginnen freilich

[113] Zutreffend WÜRDINGER, Großkommentar, § 18 Anm. 8.

[114] Vgl. dazu WÜRDINGER, Großkommentar, § 17 Anm. 11; RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 70 (jedoch nur hinsichtlich des ersten Satzteiles im Kontext); a. A. BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 17 N. 20, wonach der gemeinsame Wille der einfachen Gesellschaft «von jedem der beteiligten Unternehmen in den eigenen Beherrschungswillen aufgenommen» wird. Alsdann wäre jedes der beteiligten Mutterunternehmen gegenüber der gemeinsamen Tochter Herrschaftssubjekt. Vgl. dazu auch KOPPENSTEINER, ZHR 131, S. 317; MARCUS LUTTER, Zur Herrschaft mehrerer Unternehmen über eine Aktiengesellschaft, NJW 1973, S. 113ff., besonders 117f.

[115] Vgl. Art. 2 Abs. 1 KG: «Als Kartelle im Sinne des Gesetzes gelten Verträge, Beschlüsse oder rechtlich nicht erzwingbare Abreden, welche mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbes den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind, namentlich durch die Regelung der Erzeugung, des Absatzes oder Bezuges von Waren sowie der Preise und Geschäftsbedingungen.»

die Schwierigkeiten der Abgrenzung erst, weil *funktionale* oder *gegenständliche* Kooperationen durchaus geeignete Mittel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein können. Man denke etwa an Gemeinschaftsvertrieb zu einheitlichen Preisen. Umgekehrt begründen Wettbewerbsbeschränkungen notwendig *Gemeinschaftsverhalten,* so daß bestimmte Aktionsparameter im Rahmen einzelner Unternehmensfunktionen oder im Blick auf bestimmte Produkte vergemeinschaftet werden.

An sich könnte man es bei diesen Feststellungen bewenden lassen, weil es den Charakter der Unternehmenskooperation i.e.S. nicht verändert, wenn sie sich zugleich als Wettbewerbsbeschränkung enthüllt. Ein solcher *Verzicht* auf weitere Differenzierungen ließe sich zumal im *schweizerischen Recht* vertreten; die Qualifikation einer Kooperation als Kartell hat hier ja zunächst nur gerade die Unterstellung unter das KG und damit das privatrechtliche Behinderungsverbot (Art. 4 KG) und die verwaltungsrechtliche Aufsicht (Art. 17ff. KG) zur Folge[116]. Immerhin hat die Anwendung des KG auch Rückwirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Unternehmenskooperation: man denke an Art. 11 KG (Form der Kartellverpflichtung), Art. 12 KG (Befreiung von der Kartellverpflichtung), Art. 13 (zulässige Erschwerung des Austritts), Art. 14 KG (Begrenzung des internen Kartellzwanges), Art. 15 (Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit) und Art. 16 (in Verbindung mit Art. 7) KG (prozessuale und gerichtsorganisatorische Sonderregeln). Daher soll weiteren Abgrenzungsfragen nicht ausgewichen werden, zumal sie in Rechtsordnungen mit Kartellverboten allemal die Szene beherrschen[117].

Somit ist vorweg zu fragen, welche Unternehmenskooperationen

116 Daß die Unterstellung allerdings (ähnlich dem Eintrag in das Handelsregister) Fernwirkungen zeitigen kann, lehrt der Bundesbeschluß betr. Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne (vom 20. Dezember 1972), wonach der Bundesrat vorschreiben kann, daß durch Kartelle oder ähnliche Organisationen im Sinne der Art. 2 und 3 des Kartellgesetzes in Aussicht genommene Preiserhöhungen vor ihrer Inkraftsetzung dem Beauftragten zu melden und zu begründen sind (Art. 2 Abs. 1 des BB). In der Verordnung betr. Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne (vom 10. Januar 1973) wird denn auch die Melde- und Begründungspflicht der Kartelle und der ähnlichen Organisationen begründet (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung).

keine Kartelle sind. Art. 2 KG setzt bekanntlich nicht nur wettbewerbsbeschränkende Praktiken voraus, sondern Beeinflussung des Marktes für bestimmte Waren oder Leistungen (oder Eignung dazu) als Folge solcher Veranstaltungen. Also muß man auch in der Schweiz (wie nach dem deutschen GWB) fragen, ob es Unternehmenskooperationen gebe, denen die *Marktbezogenheit* fehlt, so daß sie schon aus diesem Grunde keine Kartelle im Sinne des KG sein könnten. Das wird in der *deutschen Literatur* bejaht: «Ferner fallen nicht darunter die Entscheidungen, die den Ablauf des Geschehens im Betriebe regeln, denn sie können sich nur mittelbar auf die Marktverhältnisse auswirken.»[118] Überhaupt soll offenbar generell gelten, daß sog. «innere Maßnahmen» nicht auf dem Markt ausschlagen. Gemeint sind alle Dispositionen, die «den Ablauf des Geschehens innerhalb des Unternehmens regeln»[119].

[117] Bekanntlich steht in solchen Staaten (wie etwa in der Bundesrepublik Deutschland) das Abgrenzungsproblem dermaßen im Vordergrund, daß man die Freistellung vom Kartellverbot geradezu als Merkmal des Begriffs der «Kooperation» anführt; vgl. vorne S. 274 und FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 107 f.; MARGRET SCHREIBER, Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (IV), S. 89: «Die Einführung des Begriffes der Kooperation für Formen der unternehmerischen Zusammenarbeit in die Diskussion um das Für und Wider des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mag teilweise den Sinn gehabt haben, die Formen der unternehmerischen Zusammenarbeit, die man unter den Begriff der Kooperation subsumierte, aus dem Begriff des Kartells herauszuhalten.» – Gegen die Unterscheidung nach Machtbezogenheit und daher vom Kontext abweichend: KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 62 ff.

[118] MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 1 N. 49.

[119] MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 1 N. 50; ebenso Frankfurter Kommentar, § 1 N. 29: «Zu den Wettbewerbsmaßnahmen gehören nicht die Maßnahmen der inneren Unternehmensführung»; auch Einleitung C N. 128 ff. (Gemeinschaftliches Verhalten auf dem Gebiete der inneren Unternehmensführung); MÜLLER/GRIES/GIESSLER, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), § 1 N. 82 ff.; LANGEN/BÖCKSTIEGEL, Kommentar zum Kartellgesetz, § 1 N. 57: «Da der Wettbewerb etwas ist, was sich auf dem Markte abspielt, so versteht es sich von selbst, daß eine Wettbewerbsbeschränkung immer auch eine Beziehung zum Markte haben muß. Beschränkungen, die sich nicht auf den Markt beziehen, die überhaupt nicht nach außen wirken, sondern nach innen, sind daher keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Gesetzes.» Vgl. auch weiter N. 57 ff.; BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 1 GWB N. 27: «Aus dem

Man darf diese Erkenntnisse der deutschen Lehre schon deshalb nicht unbesehen übernehmen, weil Art. 2 KG (anders als § 1 GWB) nur von der Marktbeeinflussung, nicht von der Beeinflussung der *«Erzeugung» oder des Marktes* handelt. Die besondere Erwähnung auch der Erzeugung im deutschen Recht nährt in der Tat den Schluß, daß interne Maßnahmen außerhalb des Produktionsbereichs vom Verbot nicht erfaßt werden sollen [120]. Somit darf man im schweizerischen Recht nicht konstruktiv argumentieren. Alles kommt vielmehr darauf an, materiell zu klären, ob es wirklich «interne Unternehmensmaßnahmen» ohne Marktauswirkung gebe. Da die bloße *Eignung* zur Marktbeeinflussung genügt (Art. 2 Abs. 1 KG) ist man geneigt, die Frage angesichts der allgemeinen wirtschaftlichen Interdependenz (auch innerhalb der Unternehmungen) zu verneinen: «In diesem theoretischen Sinn wäre für die Marktstellung des Einzelnen grundsätzlich jeder Bereich unternehmerischen Handelns und Verhaltens bedeutsam, der Differenzierungs- und Individualisierungsmöglichkeiten bietet.» [121]

Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs folgt, daß es sich um die Beschränkung eines nach *außen,* auf den Markt wirkenden Verhaltens der Beteiligten handeln muß ... Regelungen, die sich ausschließlich auf das interne betriebliche und organisatorische Geschehen auswirken, sind keine Wettbewerbsbeschränkungen.» Vgl. auch RASCH/WESTRICK, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, § 1 N. 30 ff., 58 ff.; BENISCH, Kooperationsfibel, S. 71: «Eine Kooperation in bezug auf innerbetriebliche Vorgänge fällt, auch bei vertraglichen Beschränkungen der Handlungsfreiheit, nicht unter den Kartellbegriff. Der Einfluß der Beschränkung muß sich vielmehr auf dem Markt für das erzeugte Wirtschaftsgut auswirken.» Vgl. freilich auch RAUSCHENBACH, Deutsches Kartellrecht, S. 281, wonach das Bundeskartellamt neuerdings die Tendenz hat, durch Anerkennung der sogenannten mittelbaren Wettbewerbsbeschränkung «die im Jahre 1963 in der sog. Kooperationsfibel des Bundeswirtschafts-Ministeriums gegebenen Abgrenzungen zum Kartellverbot, z. B. beim gemeinschaftlichen Verkauf ohne Andienungspflicht (zu entwerten), wenn die Unternehmen – durch die Annehmlichkeit des zentralen Vertriebs verleitet, nicht etwa durch vereinbarte Nachteile für Nichtandienung gezwungen – tatsächlich ihre gesamte Produktion oder einen wesentlichen Teil davon über die gemeinschaftliche Verkaufsstelle (z. B. Agentur) leiten».

[120] So ausdrücklich MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl.; § 1 N. 49; vgl. auch SANDROCK, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 154.

[121] FRÖHLICHER, Die kollektive Rationalisierung, S. 21.

In der gesetzlich erforderlichen «Eignung zur Marktbeeinflussung» darf man indessen nicht eine *wirtschaftstheoretisch-abstrakte Eignung* sehen, die praktisch jeder wirtschaftlichen Handlung anhaftet[122]. Dann aber wird fraglich, nach *welchen Kriterien* zu sondern ist. Die Schwierigkeiten sind naturgemäß nicht im Absatzbereich[123], sondern in der Erzeugung zu suchen. SANDROCK versucht eine objektive Klärung in der Weise, daß er bei der Wettbewerbshandlung ansetzt und rein betriebsinterne Handlungen dann einbezieht, «wenn die Produktion von ihr unmittelbar, eindeutig und mit gewisser Nachhaltigkeit betroffen wird und wenn das Produktionsergebnis für denjenigen Markt bestimmt ist, auf dem das Unternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis steht»[124]. Man wird beachten, daß dunkel bleibt, wann eindeutige, unmittelbare und spürbar nachhaltige Auswirkungen auf die Erzeugung zu bejahen sind.

Deshalb wird häufig auch *subjektiv* vermarcht: «Da es ein geeignetes objektives Kriterium zur Definition der nach § 1 relevanten, auf die Erzeugung bezogenen Handlungen nicht gibt, ist (entgegen der in der Vorauflage § 1 Anm. 21 vertretenen Ansicht) mit dem Frankfurter Kommentar (Tz. 29) anzusehen, aus welchem Motiv gehandelt wird.»[125] Dem wird man freilich die Bedenken entgegensetzen müssen, die *subjektive* Bestimmungsgründe im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen erwecken[126]. Überspitzt darf man formulieren, daß auch das wettbewerbsfreundlichste

[122] Vgl. dazu SCHLUEP, Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, S. 66.

[123] Wettbewerbshandlungen im Absatzbereich definiert SANDROCK, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 177, wie folgt: «Die Handlung eines Unternehmens ist dann eine Wettbewerbshandlung zur Förderung des Absatzes, wenn sie nach außen auf den Markt gerichtet ist, den Absatz-/Erwerbserfolg des betreffenden Unternehmens fühlbar beeinflußt und in ihrer Wirkung auf den Absatz-/Erwerbserfolg durch das Marktverhalten der konkurrierenden Unternehmen mitbestimmt wird.»

[124] SANDROCK, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 189.

[125] MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 1 N. 50.

[126] Vgl. z. B. SANDROCK, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 165ff.

Motiv eine objektive Wettbewerbsbeschränkung nicht ungeschehen macht. Schwierigkeiten entstehen daher zumal dort, wo sich gute Absichten *nur mittels Wettbewerbsbeschränkungen* verwirklichen lassen, wo also z.B. Maßnahmen der kollektiven Rationalisierung «faktisch überhaupt nicht ohne ‹kartellistische Ergänzung› anwendbar sind»[127]. In solchen Fällen will MÜLLER-HENNEBERG offenbar die beiläufige Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen, wenn das aufgrund der «eigentlichen Funktion» der Maßnahme und «nach Gesichtspunkten der Güterabwägung» angemessen erscheint[128].

In der *schweizerischen Doktrin* scheint man (zumal im Zusammenhang mit Rationalisierungsvorkehren) vor allem auf das *Ergebnis* abstellen zu wollen. So hat die *Preisbildungskommission* neben Kartellen sog. «Rationalisierungsmaßnahmen» anerkannt: «Beschränkt sich eine Unternehmervereinigung darauf, die Kosten lediglich durch Rationalisierung (Erfahrungsaustausch, gemeinsame Forschung, Werbung usw.) zu senken und ist der einzelne Unternehmer frei, den Kostenvorteil im Wettbewerb durch Preissenkung oder Verbesserung des angebotenen Gutes weiterzugeben, dann handelt es sich nach unserer Auffassung nicht um ein Kartell, sondern um eine Rationalisierungsgemeinschaft.»[129] Danach wäre also entscheidend, ob ein Kostenvorteil anfällt und den Beteiligten diesen in beliebiger Form weiterzugeben unbenommen ist. Aber auch hier wird man mit FRÖHLICHER anzunehmen haben, daß der Kostenvorteil vielfach nur um den Preis der Wettbewerbsbeschränkung zu erzielen ist und eben deshalb «Güterabwägungen» im Sinne MÜLLER-HENNEBERGS erforderlich werden[130].

Nach der *hier vertretenen Auffassung* gibt es in der Tat einen objektiv abzugrenzenden Bereich der Zusammenarbeit zwischen

[127] FRÖHLICHER, Die kollektive Rationalisierung, S. 24.

[128] MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 1 N. 50.

[129] Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes, Bern 1957, S. 200.

[130] Zutreffend unterscheidet daher FRÖHLICHER (Die kollektive Rationalisierung, S. 25) neben wettbewerbspolitisch neutralen Maßnahmen Rationalisierungsgemeinschaften «mit untergeordneter Konkurrenzbeschränkungswirkung» von andern «mit überwiegender konkurrenzbeschränkender Wirkung».

Unternehmungen, der auch nicht über die Aktionsparameter im Produktionsbereich oder sonstwie indirekt marktwirksam werden kann. Soweit es sich um Sachverhalte der funktionalen oder gegenständlichen Zusammenarbeit handelt, hat man es alsdann mit *Unternehmenskooperation i.e.S. ohne Kartellcharakter* zu tun. Dabei ist grundsätzlich eine Würdigung des Einzelfalles im Stile der amerikanischen Rule of Reason vorzunehmen. Zu veranschlagen sind also «nature», «purpose», «character», «intent», «conception», «object», «terms», «circumstances», «operations», «effect», «consequence», «result», «nature of the parties» und «character of the parties»[131]. Im Rahmen dieser Gesamtwürdigung ist auch den von der Lehre herausgestellten Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Auf das Motiv allein kann es freilich nicht ankommen. Wettbewerbsbeschränkungen zum Zwecke der Rationalisierung sind mithin nach schweizerischem Recht schlichte Kartelle und unterstehen dem KG[132]. Allfällige «Güterabwägungen» sind alsdann im Rahmen der Art. 5[133] und 22 KG vorzunehmen.

4.4 Interessengemeinschaft

Zweifelsfrei sind Unternehmenskooperationen i.e.S. Interessengemeinschaften, wenn man auf den bloßen Wortsinn abstellt: Im je eigenen Interesse bilden nämlich die Partner im Blick auf die gemeinsame Veranstaltung auch eine Interessengemeinschaft[134].

[131] Vgl. dazu Standard Oil of New Jersey v. US (221 US 1); SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 124; vgl. auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in Sachen Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH, Rechtssache 56/65, Rechtsprechung Bd. XII 1966, S. 303: «Dieses Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann.» Vgl. auch Amtsblatt EWG, 1972, Nr. C 68 (28. Juni 1972).

[132] Ebenso SCHÜRMANN, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, S. 19; MERZ, Rationalisierung und Kartellrecht, S. 121 ff.

[133] So ausdrücklich MERZ, Rationalisierung und Kartellrecht, S. 127 ff.

[134] Vgl. über diesen weiten Begriff der Interessengemeinschaft: GADOW/HEINICHEN, Großkommentar, § 15 Anm. 4; ferner FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 14.

Im technischen Sinn versteht man nun aber unter Interessengemeinschaften durchwegs *Gewinngemeinschaften*[135]. In dieser engen Fassung des Begriffes fällt die Abgrenzung leicht: Interessengemeinschaften betreffen weder mittelbar noch unmittelbar, weder funktional noch gegenständlich das Unternehmerverhalten, sondern das *Ergebnis* dieser Tätigkeit.

Freilich sind zwei Vorbehalte anzubringen: Einmal sind Interessengemeinschaften häufig mit *anderen Formen der Zusammenarbeit* verbunden, so daß sie auch im Gefolge von funktionaler und gegenständlicher Kooperation auftreten können[136]. Zum anderen bewirkt die Vergemeinschaftung von Gewinnen insoweit funktionale Kooperation im Finanzierungsbereich, als sie eine *Quelle der Selbstfinanzierung* betrifft[137]. Da aber bei bloßer Interessengemeinschaft die Verwendung des Gewinnanteils und die Verfügung über andere Finanzquellen ungebunden bleiben, wird man allenfalls von der *Vergemeinschaftung einer Randfunktion* reden dürfen. Und auch dieser lose Bezug zur Unternehmenskooperation i.e.S. geht verloren, wenn sich die Partner der Gewinngemeinschaft in ihrer gesamten unternehmerischen Tätigkeit unter einheitliche Leitung stellen. Alsdann ist nämlich der Konzernsachverhalt erfüllt[138].

[135] Vgl. dazu FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 14ff.; GEILER, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, S. 19f.; FRIEDLÄNDER, Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung unter besonderer Berücksichtigung der bilanztechnischen und steuerrechtlichen Fragen, passim; DERSELBE, Konzernrecht, 1. Aufl., S. 219; DERSELBE, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 114; NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 217 (allerdings mit Beschränkung auf die konzernierte Interessengemeinschaft); WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, S. 302f., der die nicht konzernierte Interessengemeinschaft in Anlehnung an § 292 Nr. 1 DAktG «Gewinngemeinschaft» nennt. Ebenso RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 99ff.; MESTMÄCKER, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, S. 321ff.

[136] Vgl. dazu allgemein FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 39ff.

[137] FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 47f. meint dazu: «Der Gewinn darf allerdings nicht isoliert gedacht werden, er ist selbst wieder Voraussetzung erneuter Unternehmertätigkeit, indem er etwa zur Finanzierung, zum Einkauf oder zur Produktion verwandt wird. Insoweit läßt sich der Gewinn als Ende einer Handlungskette und zugleich als Beginn einer neuen Handlungskette bezeichnen. Damit ist auch der Gewinn mittelbar marktbezogen.»

[138] Vgl. dazu FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 52ff.; NAEGELI, Die

4.5 Konsortium

Konsortien sind «Erwerbsgesellschaften, bei denen der gesellschaftliche Zusammenschluß nur für einzelne bestimmte geschäftliche Zwecke erfolgt, insbesondere zur Durchführung eines oder mehrerer Einzelgeschäfte»[139]. Aus dieser Umschreibung folgt, daß es auch Konsortien geben kann, an denen keine Unternehmen, sondern ausschließlich Privatpersonen beteiligt sind[140]. Soweit indessen die Partner Träger von Unternehmungen sind, zeichnen sich Konsortien gegenüber der Unternehmenskooperation i.e.S. durch die Vielfalt der möglichen Inhalte aus, wie sie mit dem Begriff der *Gelegenheitsgesellschaft*[141] verknüpfbar sind. Allerdings erlaubt diese Inhaltsweite auch die Vereinbarung funktionaler oder gegenständlicher Kooperation. Dann hat man es mit (atypischer)[142] Unternehmenskooperation, i.e.S. mit der Besonderheit zu tun, daß sie allemal auf einem *Gesellschaftsverhältnis* beruht. Konsortialverträge sind nämlich «Vereinbarungen gesellschaftsrechtlicher Natur»[143].

4.6 Genossenschaft

Geht man von der vorrechtlichen Gestalt der Genossenschaft[144] aus, erkennt man sofort, daß die zwischenbetriebliche Kooperation mitbegriffen ist. In der Tat sind Genossenschaften allemal *Förderungswirtschaften,* die im Dienst der Mitglieder stehen[145]. Man

Doppelgesellschaft I, S.217ff.; GEILER, in: DÜRINGER/HACHENBURG, Kommentar, S.358.

139 NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S.184.

140 Vgl. NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S.184.

141 Vgl. GEILER, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, S.22.

142 Atypisch, weil auf bloße Einzelgeschäfte beschränkt; vgl. vorne S.274f.

143 FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 1.Aufl., S.149. Vgl. über die üblichen Arten von Konsortien WESTERMANN, in: Handbuch der Personengesellschaften, § 2 Rz 40 (Emissions-, Finanzierungs-, Arbeitskonsortien) und NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S.185ff. (Emissions-, Gesellschafter-, Verwaltungskonsortien).

144 Vgl. z.B. FORSTMOSER, Kommentar, Systematischer Teil, N.13ff., wo vom Genossenschaftswesen und der Genossenschaftsdoktrin die Rede ist. Vgl. auch GUTZWILLER, Kommentar, N.38ff., wo vom «Wesen der Genossenschaft» gesprochen wird.

145 FORSTMOSER, Kommentar, Systematischer Teil, N.71.

wird sich an GEILER[146] und an LIEFMANN[147] erinnern müssen, die Zweckgemeinschaften (also Unternehmenskooperationen i.e.S.) unter dem Titel «Genossenschaften» abgehandelt haben[148]. Freilich: auch die vorrechtliche Gestalt der Genossenschaften deckt eine Fülle von Erscheinungen, deren eine nur die Unternehmenskooperation ist[149]. Man wird also zu beachten haben, daß nicht nur *Träger von Unternehmungen,* sondern *Personen* und *Handelsgesellschaften* überhaupt sich in einer Genossenschaft zusammenschließen dürfen[150]. Soweit die Partner indessen Träger von Unternehmungen sind und Unternehmensfunktionen oder gegenständliche Bereiche im eigenen Interesse vergemeinschaften, hat man es im *vorrechtlichen* Sinn mit einer *Genossenschaft* zu tun. NAEGELI hat freilich zu bedenken gegeben, daß den Zweckgemeinschaften das Merkmal der «Benützungspflicht» eigen sei[151], während ein solcher direkter Zwang durchaus nicht zum Wesen der Genossenschaft gehöre. Immerhin hat schon LIEFMANN (in außerrechtlicher Betrachtungsweise) «Vereine» und «Verbände» als Genossenschaftstypen unterschieden[152], wobei die Sonderung darauf gründet, daß der Verband (anders als der nur die gemeinsamen Interessen nach außen wahrnehmende Verein) den Mitgliedern eine «Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit» auferlegt[153].

Stellt man die Frage der Abgrenzung im Blick auf die *Rechts-*

146 GEILER, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, S. 26ff.

147 LIEFMANN, Die Unternehmungsformen, S. 161ff.

148 GEILER (Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, S. 26ff.) faßt überdies Genossenschaften und Kartelle in der Kategorie der «Förderungsgemeinschaften» zusammen.

149 Zutreffend NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 165: «Die Zweckgemeinschaft stellt lediglich einen besonderen Typ der Genossenschaft dar.»

150 Vgl. dazu LIEFMANN, Die Unternehmungsformen, S. 161ff.; ferner die Gliederung der Genossenschaften bei FORSTMOSER, Kommentar, Systematischer Teil, N. 131; GUTZWILLER, Kommentar, S. 51ff. (N. 52ff.).

151 NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 165ff.

152 LIEFMANN, Die Unternehmungsformen, S. 168ff.; DERSELBE, Kartelle, Konzerne und Trusts, S. 1ff.

153 LIEFMANN, Die Unternehmungsformen, S. 168.

form der *Genossenschaft* nach schweizerischem Recht, ist ganz einfach festzustellen, daß Unternehmenskooperationen i.e.S. die Rechtsgestalt der Genossenschaft im Sinne der Art. 828 ff. OR annehmen können. Fraglos ist funktionale oder gegenständliche Kooperation im Rahmen einer Körperschaft möglich, «die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt» (Art. 828 Abs. 1 OR)[154]. Andererseits ist die Genossenschaft nicht die einzige, ja mit Sicherheit nicht einmal die häufigste rechtliche Gestalt der Unternehmenskooperation[155].

4.7 Fachverband

Nur der guten Ordnung halber werden Unternehmenskooperationen i.e.S. auch der *Zusammenarbeit in Fachverbänden* gegenübergestellt. Der Fachverband unterscheidet sich von der Kooperation zumal durch die besondere Art und den Umfang der Zusammenarbeit. Inhaltlich geht es nicht um zwischenbetriebliche, sondern um *überbetriebliche Koordination*. Im Blick auf den Umfang ist die Tendenz zu vermerken, möglichst umfassend tätig zu werden, mithin mit Vorzug die gesamte Branche zu vertreten und nicht nur eine Partialgruppe zu bilden. Die zwischenbetriebliche ist leicht von der überbetrieblichen Kooperation zu sondern, soweit sie inhaltlich als Verbandswirtschaftspolitik, also sozusagen als «Summe der Betriebswirtschaftspolitiken»[156] zu qualifizieren ist.

[154] Vgl. FORSTMOSER, Kommentar, Systematischer Teil, N. 131, wo nach Funktionen (Bezugs-, Absatz-, Verwertungs-, Produktions-, Dienstleistungs- und Nutznießungsgenossenschaften) unterschieden wird. Vgl. auch Art. 828 N. 103: «Wenn – was auch in der Schweiz die Regel ist – die Genossenschaft ein kaufmännisches Gewerbe betreibt, dann erfüllt sie damit meist einzelne Teilbedürfnisse ihrer Mitglieder.» Vgl. zur Frage statutarischer Benützungspflichten: FORSTMOSER, Kommentar, Art. 832/833 N. 114; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 833 N. 59.

[155] Das folgt schon aus dem Umstand, daß Unternehmenskooperation bereits vorliegt, wenn zwei Unternehmungen kooperieren; vgl. im übrigen die Darstellung der Rechtsformen hinten S. 316 ff.

[156] Vgl. dazu vor allem GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S. 160, der zwischen delegierter betrieblicher Außenpolitik (Beeinflussung der Märkte, der staatlichen Wirtschaftspolitik, der Politik anderer Verbände und anderer

Schwieriger wird die Abgrenzung im Bereich verbandswirtschaftlicher Erledigung einzelwirtschaftlicher Aufgaben wie Verbandsmarktforschung, Verbandsrechnungswesen usw. Hier lassen sich Unterschiede zwischen Kooperation im Rahmen des Fachverbandes und Unternehmenskooperation i.e.S. nur noch quantitativ, d.h. nach der Zahl der beteiligten Unternehmen feststellen[157].

§ 7. Erscheinungsformen der Unternehmenskooperation i.e.S.

I. Vorbemerkungen

Gegenständliche und funktionale Kooperation zwischen Unternehmungen kann rechtstatsächlich in einer Fülle von Gestalten verwirklicht werden. Es liegt auf der Hand, daß eine erschöpfende Übersicht im Rahmen rechtswissenschaftlicher Erörterungen weder möglich noch sinnvoll ist. Es muß daher auf die *einschlägige Literatur* verwiesen werden[1]. Dagegen mag es auch dem Juristen nützlich sein, sich ein Bild von den möglichen *Systematisierungskriterien* zu machen. Eine solche Sammlung führt nicht nur an die

Betriebe, die Nicht-Mitglieder sind) und delegierter betrieblicher Innenpolitik (Beeinflussung der Zielsetzungen und Entscheidungen der Mitgliedbetriebe) unterscheidet.

157 Vgl. dazu ausführlich GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, S. 154ff.

1 Vgl. dazu: BENISCH, Kooperationsfibel, passim; RASCHE, Kooperation – Chance und Gewinn; STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation; SCHREIBER, Kooperation als Gegengewichtsbildung; GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb; DERSELBE, Betriebsverbindungen; RÜHLE VON LILIENSTERN, Konkurrenzfähiger durch zwischenbetriebliche Kooperation; RÜHLE VON LILIENSTERN/HERMANN/NEUMANN, Praktische Beispiele zwischenbetrieblicher Kooperation; STECK, Formen und Auswirkungen betrieblicher Kooperation; FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft; GERTH, Zwischenbetriebliche Kooperation; H.O. SCHENK, Vertikale Preisbindung als Form vertikaler Kooperation; BDI/RKW, Leitfaden für die Kooperation in der Beschaffung; BDI/RKW, Leitfaden für die Kooperation im Vertrieb; CEPES/RKW, Grenzüberschreitende Unternehmenskooperationen in der EWG; SIEGWART, Die betriebswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmungszusammenschlüssen; DERSELBE, Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie; SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik; F. HÜLSEMEYER, Formen, Möglichkeiten und Grenzen der Kooperation im Agrarbereich, Agrarwirtschaft 1970, S. 297ff.

Rechtstatsachen heran, sondern erlaubt auch, das hier gewählte System kritisch zu überprüfen.

II. Übersicht über die Gliederungsmöglichkeiten der Unternehmenskooperation i.e.S.[2]

Überprüft man die *betriebswirtschaftliche Literatur* auf die Systematisierungsmöglichkeiten hin, lassen sich folgende *Einteilungskriterien* unterscheiden:

1. nach dem Erwerbszweig (Branche)

Hier wird gefragt, ob die Kooperationspartner dem *gleichen* oder einem *verwandten* oder einem *völlig verschiedenen* Wirtschaftszweig angehören.

2. nach der Marktstufe

Es wird darauf abgestellt, ob die Partner auf der gleichen Wirtschaftsstufe tätig sind oder nicht (horizontale und vertikale Kooperation). Innerhalb der horizontalen Kooperation wird gesondert zwischen *Branchen- und Gruppenkooperation* (im Rahmen der gleichen Branche) und *komplementärer Zusammenarbeit* (über den Erwerbszweig hinaus: Bedarfsgruppenkooperation[3], *konglomerale Zusammenarbeit*[4]). *Vertikal* wird entweder vorwärts oder rückwärts kooperiert.

3. nach der betroffenen Unternehmerfunktion

Wichtig ist die Gliederung nach der *Art der betroffenen Funktionen:* Information, Einkauf, Verkauf, Produktion, Personalwesen, Fi-

[2] Vgl. dazu namentlich FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 112ff.

[3] Vgl. BENISCH, Kooperationsfibel, S. 83; RASCHE, Kooperation – Chance und Gewinn, S. 46ff.

[4] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 112.

nanzierung, Verwaltung, Forschung und Entwicklung usw. Innerhalb der einzelnen Funktionen sind *Untergliederungen* nützlich, wie etwa Marktforschung und Werbung beim Verkauf; Personalschulung und Sozialleistungen beim Personalwesen; Rechnungswesen, Lohnabrechnung bei der Verwaltung usw. Weiter fällt in Betracht die *Zahl* der betroffenen Funktionen: *einfunktionale* und *mehrfunktionale* Zusammenarbeit.

4. nach der Zahl der beteiligten Partner

Erforderlich sind mindestens zwei Unternehmungen. Beteiligen sich mehr als zwei, kann man z.B. die *Gruppenkooperation* der *Branchenzusammenarbeit* gegenüberstellen (partielle und totale *Kooperation*).

5. nach der Zahl der Kooperationsbeziehungen

Ein Unternehmen kann mit einem einzigen Partner zusammenarbeiten oder mit mehreren: unilaterale, plurilaterale und multilaterale Kooperation (Einfach- oder Mehrfachkooperationen).

6. nach dem Intensitätsgrad

Die Beziehungen der kooperierenden Unternehmen können *sehr lose* oder aber *äußerst eng* sein (mit gegenseitiger Beteiligung oder «interlocking directorates»). Die Gliederung mag allerdings wieder unter verschiedenen Gesichtspunkten vorgenommen werden. So stuft etwa RICHTER wie folgt ab: Erfahrungsaustausch im weitesten Sinn, Arbeitsteilung und gemeinsame Funktionsausübung[5]. Demgegenüber reicht die Skala bei RÜHLE VON LILIENSTERN vom Erfahrungsaustausch über die Angleichung der betrieblichen Tech-

[5] Vgl. W. RICHTER, Verbundmöglichkeiten aus der Sicht der Textilindustrie, Vortrag gehalten anläßlich der ordentlichen Mitgliederversammlung der Arbeitsgemeinschaft Weber-Ausrüster e.V. am 2. Oktober 1964, Manuskript, zitiert bei FISCHER, 115, S. 7ff.

niken, gemeinsame statistische Erhebungen, gemeinsame Erhebung und Auswertung von Betriebsdaten bis zur Integration betrieblicher Teilfunktionen[6]. SIEGWART zählt nach der Richtung zunehmender Intensität auf: Betriebsvergleich, Betriebsvergleich mit Erfahrungsaustausch, gemeinsame Betreibung einer bestimmten Teilaufgabe (z.B. Werbung), gemeinsame Betreibung einer bestimmten komplexen Aufgabe (z.B. Beschaffung), gemeinsame Betreibung mehrerer komplexer Aufgaben (z.B. Einkauf mit Sortimentsabtausch und Absatz)[7]. Erhellend ist der Hinweis FISCHERS, wonach (neben der Zahl) zumal die *Art der betroffenen Funktionen* Aussagen über die Intensität der Bindung erlaubt: Sie ist am stärksten im unternehmensbezogenen Bereich, der die marktleistungsbezogenen Sparten (Produktentwicklung, Produktion, Absatz) an Vinkulierungseffekt aussticht; diese aber ketten enger als Kooperation in den betriebsmittelbezogenen (Betriebsmittelbeschaffung und -verwaltung) Funktionsbereichen[8].

7. nach der geographischen Reichweite

Unternehmenskooperation kann sich im *lokalen, regionalen, nationalen* oder *internationalen* Bereich abspielen. In diesen Zusammenhang gehört auch die Besonderung von *inlandbezogener* und *exportorientierter* Zusammenarbeit.

8. nach den Phasen der Entscheidbildung

Der betriebswirtschaftliche Entscheidungsprozeß läßt sich in einem Ablaufschema darstellen. In jeder Phase kann kooperiert werden, so daß man *Anregungs-, Planungs-, Entscheidungs-, Realisierungs-* und *Kontrollkooperation* auseinander halten darf.

[6] RÜHLE VON LILIENSTERN, Konkurrenzfähiger durch zwischenbetriebliche Kooperation, S. 75ff.

[7] SIEGWART, Möglichkeiten, Formen und Grenzen einer wirtschaftlichen Zusammenarbeit von Industrieunternehmen, S. 125.

[8] FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 123f. (in Anlehnung an ULRICH, Die Unternehmung als soziales System, S. 46ff.), S. 297ff.

9. nach der Dauer

Stellt man auf die zeitliche Intensität der Bindung ab, beginnt man mit *vorübergehender* Kooperation (z.B. Einzelauftragskooperation) und gelangt über die *transitorischen* und die *langfristigen* zu den *dauernden* Bindungen.

10. nach der Marktstellung

Nach der Wirkung auf die Marktstellung stehen sich *monopolistische* und *wettbewerbsfördernde* Kooperation gegenüber.

11. nach dem Wirkbereich

Zumal im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Fragen erscheint es wichtig, die Kooperationen im *Außenbereich* (Beschaffung, Absatz) gegenüber der Zusammenarbeit im *Innenbereich* (Produktion) herauszustellen.

12. nach dem Anlaß

Ist die Kooperation die Frucht zielbezogener Entscheidungen, gilt sie als *organisiert;* ergibt sie sich aus bestimmten tatsächlichen Konstellationen ad hoc, hat man es mit *improvisierter* Kooperation zu tun.

13. nach der kartellrechtlichen Qualifikation

Bei dieser Unterscheidung kommt es darauf an, ob die Zusammenarbeit vor kartellrechtlichen Verbotstatbeständen zu bestehen vermag oder nicht (*kartellfreie* und *kartellrelevante* Kooperationen).

14. nach den gegenständlichen Bereichen

Die Kooperation kann *Erzeugnisse* beschlagen *(produktorientierte* Zusammenarbeit), und zwar einzelne *(sektorale* oder *Teilbetriebs-*

kooperation) oder alle *(Vollbetriebskooperation)*. Sie kann aber auch abgeschlossene *Betriebsteile* betreffen, wie etwa die Abwasserbeseitigung, die Gießerei, die Stromversorgung *(betriebsorientierte* Kooperation).

15. nach den Zielen

Kooperationen verfolgen mannigfache Ziele. Daher sind hier die Gliederungsmöglichkeiten Legion. Anschaulich ist die Unterscheidung der folgenden Ziele: *Betriebsgrößenvorteile, Unternehmungsgrößenvorteile,* Vorteile aus *Veränderungen der Marktstruktur* (namentlich des wirtschaftspolitischen Rahmens), und Vorteile aus der *Umwelt.*

16. nach der Rechtsform

Hier kann man aufzählen: stillschweigend aufeinander abgestimmtes Verhalten, unverbindliche Abrede, Individualvertrag, einfache Gesellschaft, Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, Verein, Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, Genossenschaft, Stiftung, Doppelgesellschaft, Gemeinschaftsunternehmen. Die beiden letzten Formen sind Erscheinungen der Wirklichkeit, die mit den vorher genannten Rechtsformen entweder zusammenfallen oder diese kombinieren.

III. Gliederungsbeispiele

Zur Illustration werden zwei *Gliederungsbeispiele* angeführt, die belegen sollen, wie eigenständig und ungebunden man das Problem in Angriff nehmen kann. Die Beispiele sind so ausgewählt, daß sie eine möglichst umfassende Einsicht in die praktisch vorkommenden Kooperationsformen gewährleisten (siehe Tabellen I–III).

1. Kombination von Ziel, Intensitätsgrad und Dauer[9]

Tabelle I. Betriebswirtschaftliche Verbundformen, die unter den Oberbegriff der zwischenbetrieblichen Kooperation fallen

Art des Zusammenschlusses / Bezeichnung	Rechtsform	Allgemeines Ziel	Stärke der Bindung, Aufgabe an wirtschaftlicher Selbständigkeit: g = gering s = stark	Dauer der Bindung: k = kurz-, m = mittel-, l = langfristig	Bemerkungen
Verband, Fachverband	Eingetragener Verein	Förderung gemeinsamer Belange; dazu wird kein gemeinsamer wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten	g	l	Zur Verbandsbildung können mannigfaltige Gesichtspunkte und Interessen dienen.
Normungs- und Typisierungs-Kartell	Vertrag	Einheitliche Anwendung von Normen und Typen	g	m, l	Durch ein solches Kartell wird die Marktübersicht gefördert.
Rationalisierungs-, Spezialisierungs-Kartell	Vertrag, Gesellschaft des Bürgerl. Rechts	Minderung der Konkurrenz durch Abstimmung best. Aktivitäten, insbes. Typenbeschränkung, Aufteilung des Fertigungsprogramms	g/s	k, m, l	Der Wettbewerb wird bei bestimmten Aktivitäten, insbes. bei der Sortimentspolitik, eingeschränkt.
Konditionen-Kartell	Vertrag	Vereinheitlichung der Geschäfts-, Liefer- und Zahlungsbedingungen	g	m, l	Durch ein solches Kartell wird die Marktübersicht gefördert.
Rabatt-Kartell	Vertrag	Ausgleich für differierende Abnehmerleistungen	g	m, l	Ein solches Kartell sichert die Marktsegmentierungen, welche die einzelnen Partner vorgenommen haben, ab.
Marken-Schutz-Kartell	Vertrag	Erlangung oder Erhaltung der Preisbindung und/oder Vertriebsbindung für Markenartikel	g/s	m, l	Ein solches Kartell dient dazu, die absatzpolitischen Aktivitäten zu erweitern: a) Preispolitik gegenüber dem Handel und/oder dem Verbraucher, b) Wahl des Absatzweges (selektiver Vertrieb).

Art des Zusammenschlusses / Bezeichnung	Rechtsform	Allgemeines Ziel	Stärke der Bindung, Aufgabe an wirtschaftlicher Selbständigkeit: g = gering s = stark	Dauer der Bindung: k = kurz-, m = mittel-, l = langfristig	Bemerkungen
Einheitspreis-Kartell	Vertrag, Gesellschaft des Bürgerl. Rechts	Ausschaltung der Preiskonkurrenz	s	k, m	Das Problem der Überkapazität bei den Partnern führt häufig zur Festlegung von Produktionsquoten. Die Einführung technischer Verbesserungen bedarf der Abstimmung. Die Wirksamkeit des Kartells kann durch Außenseiter gefährdet werden.
Mindestpreis-Kartell	Vertrag	Minderung der Preiskonkurrenz	s	k, m	Die Probleme entsprechen in abgeschwächter Form dem Einheitspreis-Kartell.
Kalkulationsverfahrens-Kartell	Vertrag	Minderung der Preiskonkurrenz	s	k, m	Ein solches Kartell stellt eine Mischung aus Elementen des Einheits- und Mindestpreis-Kartells dar, die betriebswirtschaftliche Unterschiede zwischen den Partnern berücksichtigt. Das Rechnungswesen der Partner muß vereinheitlicht werden.
Submissions-Kartell	Vertrag	Minderung der Preiskonkurrenz	g	k, m	Die Angebotspreise der Partner müssen bei Submissionen fallweise abgesprochen werden. Das Kartell erfaßt nur einen Teil des Marktes. Hier besteht das Außenseiterproblem.

[9] GERTH, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 12ff. Die Wiedergabe der Tabellen I und II erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors und des Verlages C. E. Poeschel, Stuttgart.

Tabelle I (Fortsetzung)

Art des Zusammenschlusses / Bezeichnung	Rechtsform	Allgemeines Ziel	Stärke der Bindung, Aufgabe an wirtschaftlicher Selbständigkeit: g = gering s = stark	Dauer der Bindung: k = kurz-, m = mittel-, l = langfristig	Bemerkungen
Export-Kartell	Vertrag, Gesellschaft des Bürgerl. Rechts, Genossenschaft, GmbH	Minderung oder Ausschaltung der Konkurrenz inländischer Unternehmen auf Auslandsmärkten	g/s	m, l	Diese Kartellform dient insbesondere dazu, ein marktliches Gegengewicht gegen Nachfragekonzentration und/oder Angebotskonzentration der Konkurrenz auf Auslandsmärkten zu schaffen.
Import-Kartell	Vertrag, Gesellschaft des Bürgerl. Rechts, Genossenschaft, GmbH	Minderung oder Ausschaltung der Beschaffungskonkurrenz inländischer Unternehmen auf Auslandsmärkten	g/s	m, l	Ein solches Kartell dient der mengenmäßigen und/oder preislichen Beschaffungssicherung, wenn auf Auslandsmärkten das Angebot und/oder die übrige Nachfrage konzentriert ist.
Gewinnverteilungs-Kartell	Gesellschaft des Bürgerl. Rechts, Genossenschaft, GmbH, Unternehmensvertrag nach § 292 Akt.Ges.	Ausschaltung des Konkurrenzkampfes	s	k, m	Preise und Produktionsquoten werden vom Kartell vorgeschrieben. Der Gewinn aller Partner wird zusammengelegt und nach einem best. Schlüssel auf die einzelnen Partner verteilt.
Syndikat	Genossenschaft, GmbH, AG	Ausschaltung des Konkurrenzkampfes, Straffung der Absatzpolitik	s	k, m, l	Der gesamte Absatz aller Partner erfolgt über ein Verkaufskontor. Dadurch ist die Einhaltung der Verkaufsquoten und -preise gewährleistet.
Arbeitsgemeinschaft	Gesellschaft des Bürgerl. Rechts	Durchführung einer begrenzten Aufgabe	g	k	Beispiel: Bauunternehmer und Handwerker vereinigen sich zur Errichtung eines best. Bauwerks.

Art des Zusammenschlusses / Bezeichnung	Rechtsform	Allgemeines Ziel	*Stärke der* Bindung, Aufgabe an wirtschaftlicher Selbständigkeit: g = gering s = stark	*Dauer der* Bindung: k = kurz-, m = mittel-, l = langfristig	Bemerkungen
Konsortium	Gesellschaft des Bürgerl. Rechts	Durchführung einer begrenzten Aufgabe	g	k, m	Beispiele: Plazierung von Obligationen oder Aktien (Bankenkonsortium); Übernahme von Großaufträgen; Auswertung von Patenten.
Gleichordnungskonzern	Wechselseitige Beteiligungsverhältnisse	Abstimmung der Unternehmenspolitiken bis zu einheitlicher Leitung	s	l	Bei dieser Konzernform, die der Kooperation zugerechnet wird, steht kein Unternehmen in Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens; kein Unternehmen kann auf ein anderes einen beherrschenden Einfluß ausüben; es besteht kein Beherrschungsvertrag.
Beschaffungsgenossenschaft	Genossenschaft	Zusammenfassung des Bedarfs, um günstigere Preise und Konditionen zu erlangen	g/s	m, l	Beispiele: Einkaufsgenossenschaften der Handwerker, Händler; Bezugsgenossenschaft der Landwirte. Vgl. auch Importkartell.
Betriebsgenossenschaft	Genossenschaft	Zusammenfassung produktionswirtschaftlicher Aufgaben	g/s	m, l	Beispiel: Landwirtschaftliche Maschinengenossenschaft. Vgl. auch Gewinnverteilungskartell.
Absatzgenossenschaft	Genossenschaft	gemeinsamer Absatz	s	l	Absatzgenossenschaften nehmen oft zusätzlich produktionswirtschaftliche Aufgaben wahr (Produktivgenossenschaft): Molkerei-, Winzergenossenschaft. Vgl. auch Exportkartell, Syndikat.
Kreditgenossenschaft	Genossenschaft	Versorgung mit Kredit	g	m, l	Beispiel: Volksbanken.

2. Kombination von Kooperationsmotiven und Funktionsbereichen[10]

Tabelle II. Die Einzelziele (Gründe) der Kooperation

(Mit × sind die Ziele des 1. Beispiels, mit ● die Ziele des 2. Beispiels unseres Textes gekennzeichnet.)

Ziele \ Bereiche			Forschung und Entwicklung	Beschaffung	Produktion	Absatz	Finanzierung	Verwaltung und Rechnungswesen
Betriebsgrößenvorteile erlangen	Verfahrensvorteile erlangen	Vorhandene Mittel besser ausnutzen	EZ 1: Einseitige oder wechselseitige Übernahme von Aufgaben zwischen den Partnern	BZ 1: Sammelbestellungen; × gemeinsame Organisation des Einsatzes von Transportmitteln; Austausch freier Lagerkapazität	PZ 1: Austausch × freier ● Kapazitäten	AZ 1: Gemeinschafts- × Reisende, ● -Service, -Auslieferungslager	FZ 1: Kurzfristig brachliegende flüssige Mittel zusammenfassen und an günstigen Märkten ausleihen	VZ 1: Abstimmung × des Belegwesens ● zwischen den Partnern
		Neue Mittel einsetzen	EZ 2: Gemeinsame Einstellung besonders qualifizierter Mitarbeiter, gemeinsame Apparate, Laboratorium u.a.	BZ 2: Gemeinschaftslager- × häuser mit besserer Einrichtung, Gemeinschaftsfuhrpark, Gemeinschaftsimport	PZ 2: Gemeinschafts- × produktion ● nach Abstimmung und Vereinheitlichung der Produkte und der bei den Partnern verbleibenden Produktion	AZ 2: Gemeinschafts- × ausstellungen, ● gemeinsame Kundendienstorganisation, Gemeinschaftsexport, Kollektivmarken; Gemeinschaftswerbung	FZ 2: Gemeinschaftsbank ● für eine Firmengruppe oder Branche gründen	VZ 2: Gemeinsame Daten- × verarbeitungsanlage, ● gemeinsames Informationssystem
Betriebsrisiken einschränken (abwälzen, mindern, vermeiden, nivellieren)			EZ 3: Risikoabwälzungen gegenüber Angestellten bzw. Gewerkschaften, günstigere Versicherungsverträge, Risikoausgleich zwischen den Partnern im Verbund (Brand, Explosion u.ä.)	BZ 3: Risiko- ● abwälzungen auf Lieferanten für Termin-, Transport- und Qualitätsrisiko, Risikoausgleich bei gemeins. Transport, Lagerung etc. zwischen den Partnern	PZ 3: Kooperation bei Kontrollen, Typisierung, Sicherheitsmaßnahmen; Verbesserung des Versicherungsschutzes; Risikoausgleich bei Brand, Explosion u.ä.	AZ 3: Konditio- ● nenkartell; bei Gemeinschaftseinrichtungen werden die Risiken zwischen den Partnern nivelliert	FZ 3: Informationsaustausch über Schuldner (Meldeverfahren); Kreditgarantiegemeinschaften; bessere Konditionen für Kreditversicherung erreichen	VZ 3: Konditionen bei Rechtsschutzversicherung (Prozeßrisiko) verbessern; gemeinsames Informations-, Dokumentations-Zentrum, Archiv nivelliert Informationsrisiken zwischen den Partnern

Ziele \ Bereiche			Forschung und Entwicklung	Beschaffung	Produktion	Absatz	Finanzierung	Verwaltung und Rechnungswesen
Unternehmungsgrößenvorteile erlangen	Kapitalbasis verbessern	Eigenkapitalbasis verbessern	EZ 4: Kooperation ermöglicht geringere Kapitalbindung für Forschung und Entwicklung je Partner	BZ 4: Schnellerer ● Transport und Lagerumschlag vermindern Kapitalbindung je Partner	PZ 4: Bessere Kapazitätsauslastung ● und schnellerer Produktionsfluß verringern die Kapitalbindung je Partner	AZ 4: Kollektive ● Durchsetzung der Einschränkung des Zahlungszieles; Gemeinschaftseinrichtungen vermindern die Kapitalbindung je Partner	FZ 4: Konzernbildung ● ermöglicht die Ausgabe börsenfähiger Aktien. Andere Rechtsformen erlauben, zahlungskräftige Teilhaber in den Verbund aufzunehmen	VZ 4: Schlagkräftige Verwaltung und Rechnungswesen beschleunigen Finanzfluß und steigern Ergiebigkeit des Eigenkapitals
		Fremdkapitalbasis verbessern	EZ 5: Zahlungskonditionen bei Auftragsarbeiten verbessern. Sonderkredite für Verbund erlangen	BZ 5: Günstigere Zahlungskonditionen von Lieferanten. Günstigere Beleihung des Rohstofflagers. Wechselreiterei zwischen den Partnern	PZ 5: Bessere Möglichkeiten für Beleihung der kooperativen Produktionseinrichtungen erreichen	AZ 5: Höhere Anzahlungen von Kunden, bessere Bedingungen für Kredite aufgrund von Forderungsabtretungen erlangen	FZ 5: Anschluß an ● Volksbanken u.ä., Ausgabe börsenfähiger Obligationen	VZ 5: Bei Maßnahmen zur Sicherung von Kreditgebern (Forderungsabtretungen, Bestandsübereignungen etc.) Verwaltung rationalisieren
	Unternehmungsrisiken einschränken (abwälzen, mindern, vermeiden, nivellieren)		EZ 6: Forschungs- und Entwicklungspool nivelliert Risiken zwischen den Partnern. Bessere Absicherung der Ergebnisse durch Patente erlangen	BZ 6: Beschaffung × mengenmäßig und/oder ● preislich durch gemeinsame Anstrengungen sichern. Einkaufspool nivelliert Risiken zwischen den Partnern	PZ 6: Rationalisierung, × Produkttest, ● Qualitätskontrollen vermeiden Risiken. Produktionspool nivelliert Risiken zwischen den Partnern	AZ 6: Kollektive × Lieferzusagen; ● Preisabsprachen zwischen den Partnern; Quotenkartell	FZ 6: Konditionen für Betriebsunterbrechungsversicherung verbessern; gemeinsamer Fonds für Illiquiditätsfälle	VZ 6: Konditionen (Gerichtsstand, Haftung, Garantieleistungen) verbessern; Normung des Kalkulationsverfahrens und Kalkulationskartell

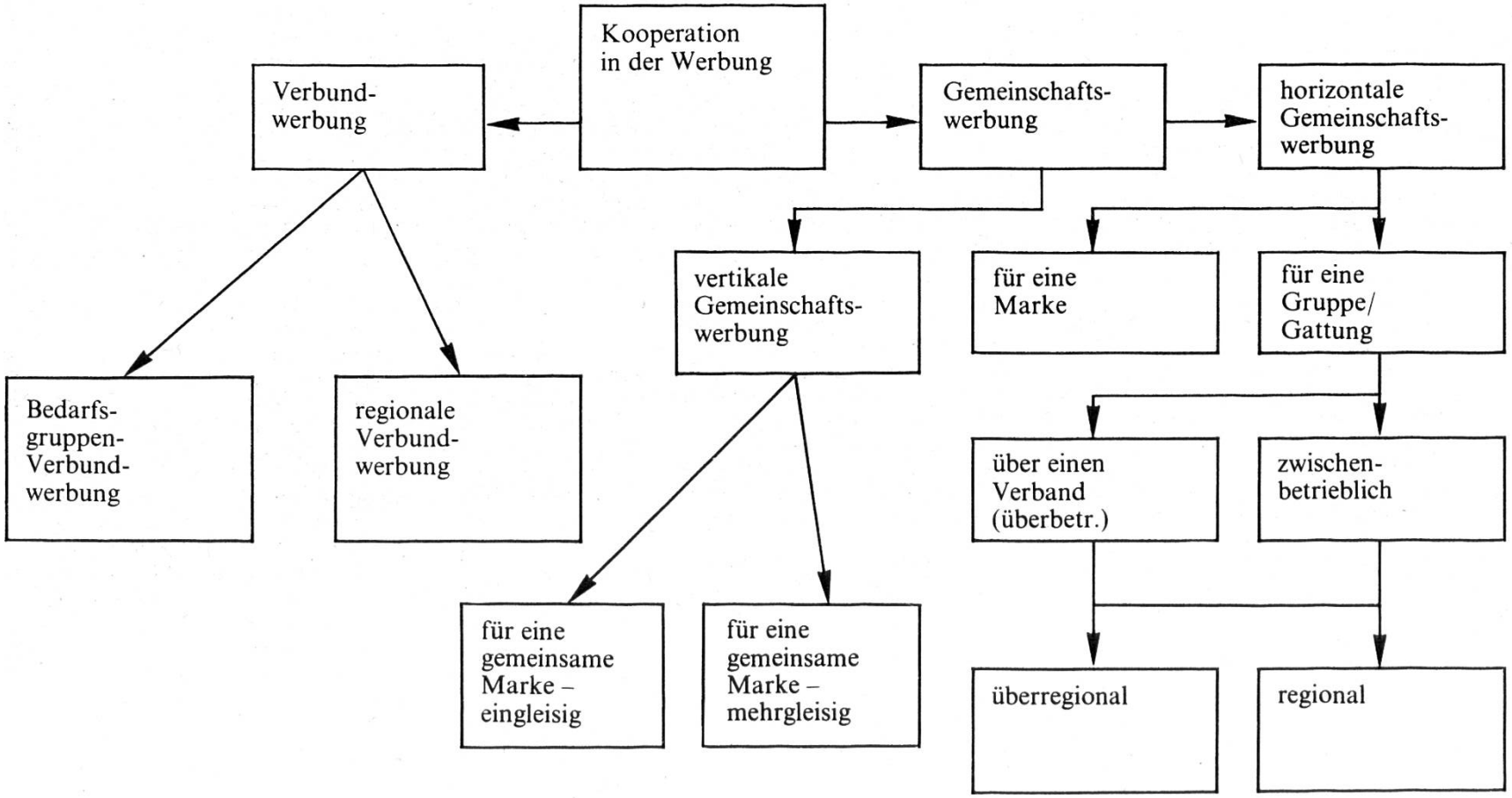
[10] GERTH, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 21 ff.

Tabelle II (Fortsetzung)

Ziele \ Bereiche			Forschung und Entwicklung	Beschaffung	Produktion	Absatz	Finanzierung	Verwaltung und Rechnungswesen
Marktstruktur verändern	Zahl der Marktteilnehmer verändern		EZ 7: Patente vermindern für die entsprech. Produkte die Zahl der Marktteilnehmer. Lizenznahme und -vergabe erhöhen die Zahl der Marktteilnehmer	BZ 7: Gemeinsame Beschaffung × ● vermindert die Zahl der Nachfrager. Kooperative Transportfirma, Lagerungsgesellschaft etc. erhöhen auf diesen Märkten die Zahl der Marktteilnehmer	PZ 7: Bereinigung der Produktionsprogramme verringert, kooperative Neuaufnahme von Produktionen erhöht die Zahl der Marktteilnehmer	AZ 7: Verkaufssyndikat; ● Gründung von Gemeinschaftsfirmen für den Vertrieb neuer Produkte, den Vertrieb an best. Kundenkreise, die Nutzung best. Absatzwege etc.	FZ 7: Verbund als Kreditgeber oder -nehmer statt der einzelnen Partner; Errichtung eigenen Finanzierungsinstituts	VZ 7: Zentralisierung oder Dezentralisierung der Verwaltung
	Vollkommenheitsgrad des Marktes verändern	Markttransparenz verbessern	EZ 8: Grundlegende Innovationen bilden einen Maßstab für eine ganze Gruppe von Produkten	BZ 8: Informationsaustausch über Angebote. Open-price-System beim Einkauf	PZ 8: Kooperative Informationsbeschaffung oder Informationsaustausch über neue Entwicklungen der Produktionstechnik, Fertigungssteuerung etc.	AZ 8: Informationsaustausch, open-price-system, gemeinsame Marktforschung	FZ 8: Informationsaustausch, open-price-system für Kreditgabe und -nahme, gemeinsame Marktforschung auf dem Geld- und Kapitalmarkt	VZ 8: Informationsaustausch, Betriebsvergleich, kollektives Informationssystem. Kollektive Erforschung der Möglichkeiten und Erfahrungsaustausch für Verwaltungsrationalisierung
		Homogenität der Güter verändern	EZ 9: Die Ergebnisse der Forschung und Entwicklung verändern die Homogenität der Güter	BZ 9: Für die zu beschaffenden Güter Qualitätsnormen und/oder einheitliche Liefer-, Garantie-, Service- und Zahlungs-Konditionen durchsetzen	PZ 9: Normung und Standardisierung von Einbauteilen. Kooperative Produktion spezieller Materialien und Einbauteile	AZ 9: Werbung, × Produktgestaltung, ● Markenwesen	FZ 9: Normierung der Kreditarten. Umrechnung der Kreditkosten auf eine einheitliche Basis	VZ 9: Kennzahlen-Systeme oder andere Systeme für Güter, Qualitätsstufen etc. einführen

Ziele \ Bereiche		Forschung und Entwicklung	Beschaffung	Produktion	Absatz	Finanzierung	Verwaltung und Rechnungswesen
Betriebsw. Betätigung mit wirtschaftspol. Regelungen abstimmen	Den Erlaß von Bestimmungen mit friedlichen Mitteln oder Kampfmaßnahmen beeinflussen	EZ 10: Dokumentation von Forschungsergebnissen beeinflußt den Erlaß von Bestimmungen. Drohung der Massenentlassung von Arbeitskräften beeinflußt Bestimmungen über Verwertung von Forschungsergebnissen	BZ 10: Verkehrsgesetzgebung, Beförderungsge- und -verbote, Tarife, Verpackungsvorschriften werden durch Dokumentationen, public-relations und Boykottdrohungen beeinflußt	PZ 10: Arbeitsgesetzgebung, Sicherheitsvorschriften im Betrieb, Gesetzgebung über Umweltschutz durch Dokumentation und public-relations oder durch Drohung von Stillegung oder örtlicher Verlagerung (insbes. Ausland) beeinflussen	AZ 10: Gesetzgebung über Werbung, Preisbindung, Kartelle u.a. beeinflussen	FZ 10: Dokumentation, public-relations für Gläubiger- oder Schuldner-Schutz; Boykott bestimmter Banken, Finanzierungsmittel	VZ 10: Dokumentation über die Verwaltungsbelastung durch Steuer-, Zollgesetze etc. Boykott durch verzögerte Abgabe von Erklärungen, mangelhafte Ausfüllung von Formblättern etc.
	Vorhandene Bestimmungen ausnutzen	EZ 11: Über Lizenzverträge Gewinnverschiebung in steuerbegünstigtes Ausland erreichen. Zuschüsse oder Abgabenminderung für Forschungen erreichen, welche im öffentlichen Interesse liegen	BZ 11: Für Lagerhaltung, die im öffentl. Interesse liegt (strategische und Notstands-Reserven etc.) Abgaben mindern oder Zuschüsse erreichen. Verkehrsgesetzgebung ausnützen, z. B. Fernverkehrssteuer durch Dezentralisierung des Fuhrparkes meiden	PZ 11: Durch Produktionsverlagerung Arbeitsplatzdarlehen erlangen oder Gewerbesteuer mindern. Zölle durch Montageverlegung in das Exportland mindern	AZ 11: Vertriebsgesellschaft an begünstigtem Standort (z. B. Berlin) gründen. Für Lagerhaltung in öff. Interesse Zuschüsse erlangen oder Abgaben mindern. Verkehrsgesetzgebung ausnützen.	FZ 11: Finanzierungszuschüsse für best. Auslandsprojekte erlangen, finanzielle Transaktionen in steuerbegünstigtes Ausland vornehmen	VZ 11: Steuer- und Zollvorschriften günstig auslegen, Auslegung rechtlich absichern. Wahl des Verwaltungssitzes der Kooperation an steuerlicher Belastung ausrichten

Tabelle III, 1. Ausdrucksformen kooperativer Werbung



[11] RASCHE, Kooperation – Chance und Gewinn, S. 87ff. Die Wiedergabe der Tabellen erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors und des Verlages I.H.Sauer, Heidelberg.

Tabelle III, 2. Möglichkeiten der Kooperation im Bereich der Verkaufsförderung

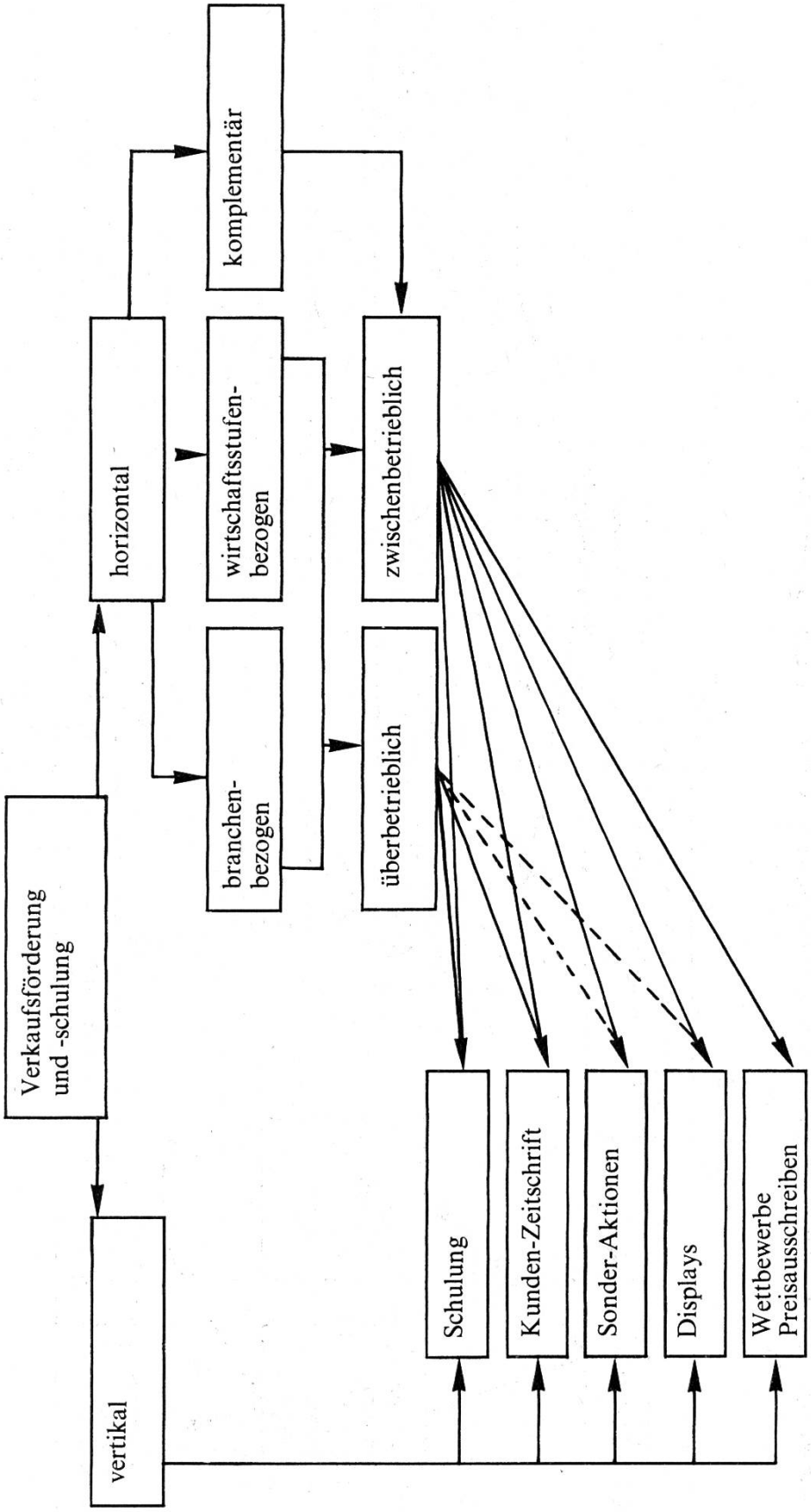


Tabelle III, 3. Die wichtigsten Möglichkeiten der Kooperation bei Verkauf / Angebot und Standort-Wahl

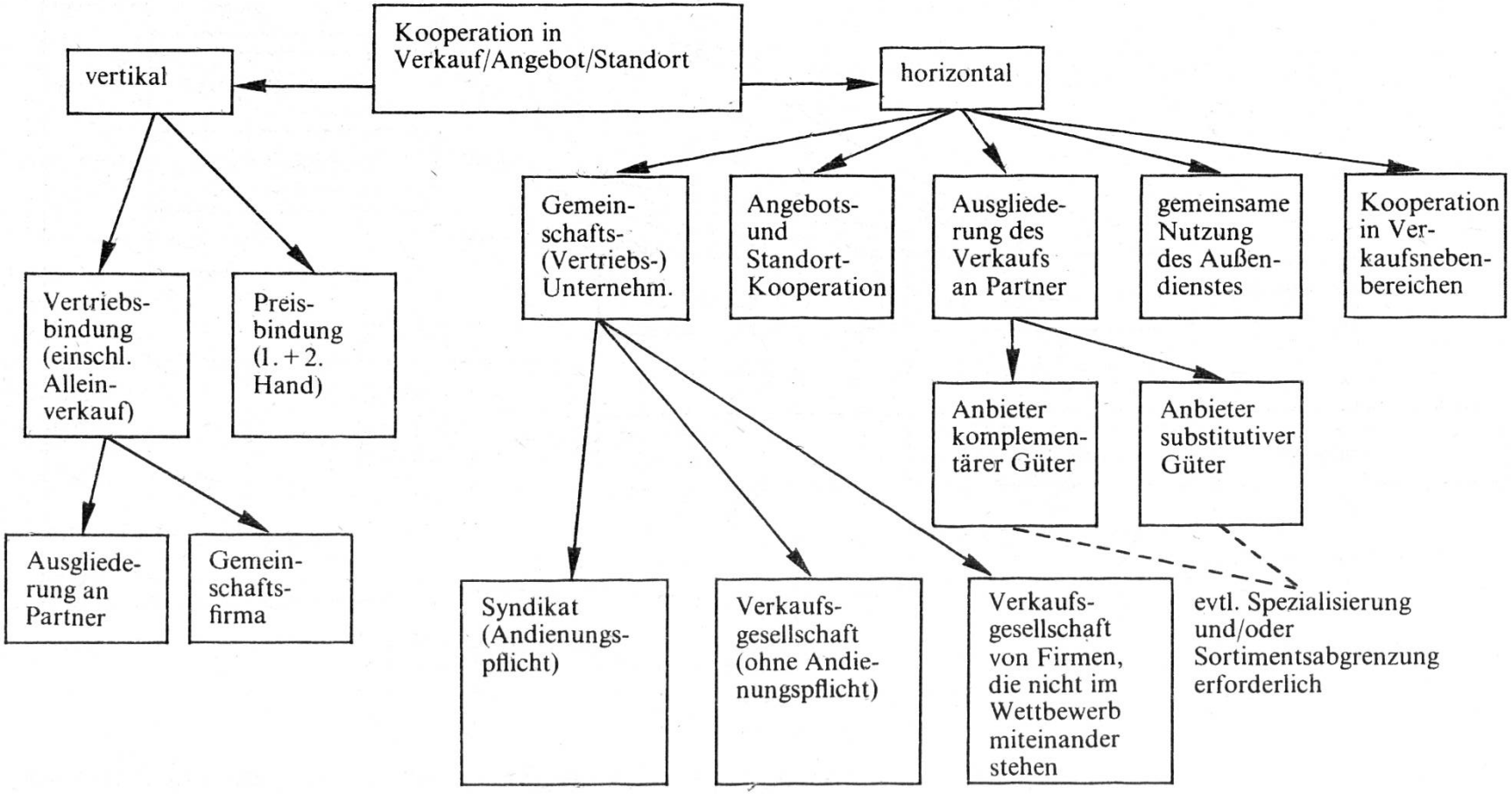


Tabelle III, 4. Alternativen einer Kooperation auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung

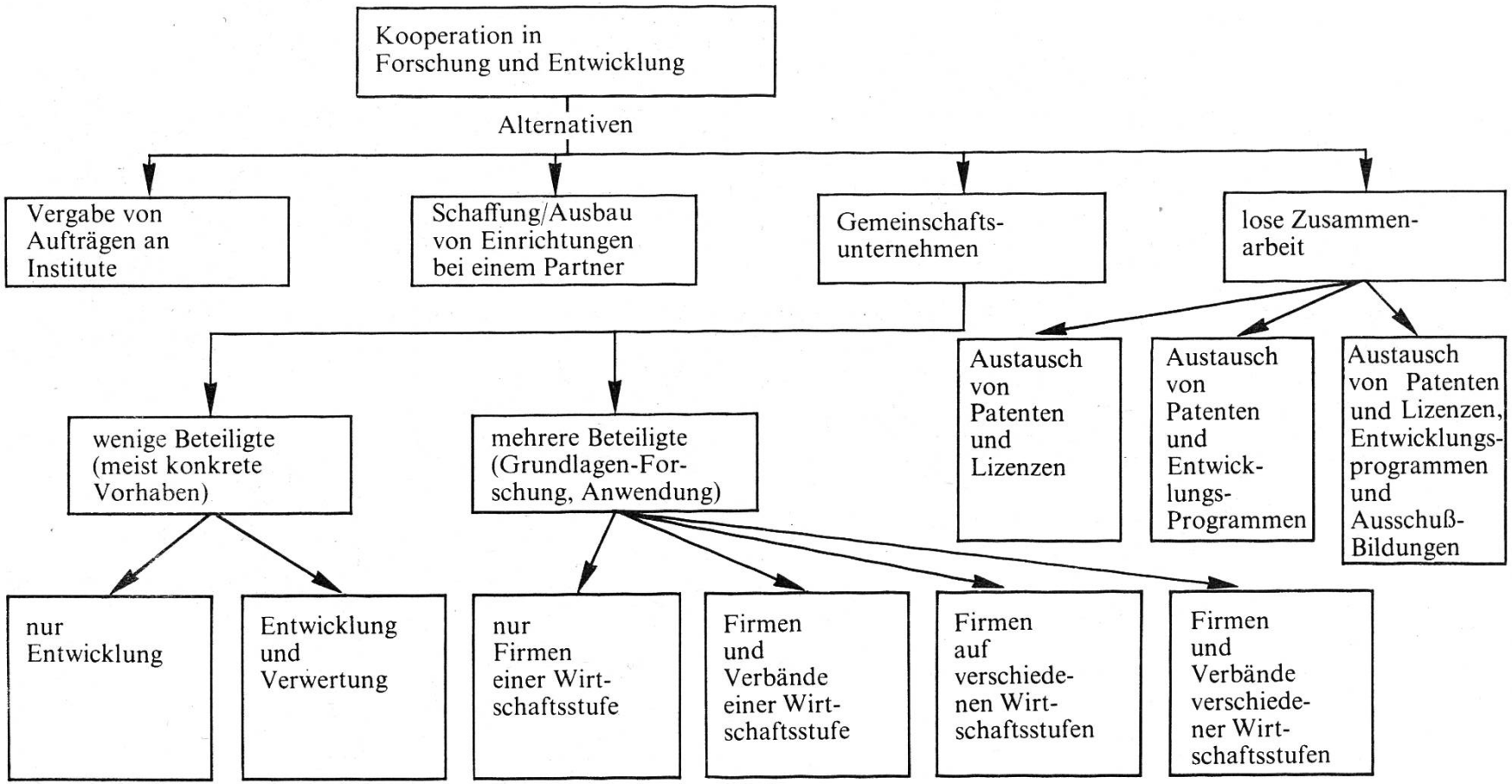


Tabelle III, 5. Formen der Beschaffungs-Kooperation

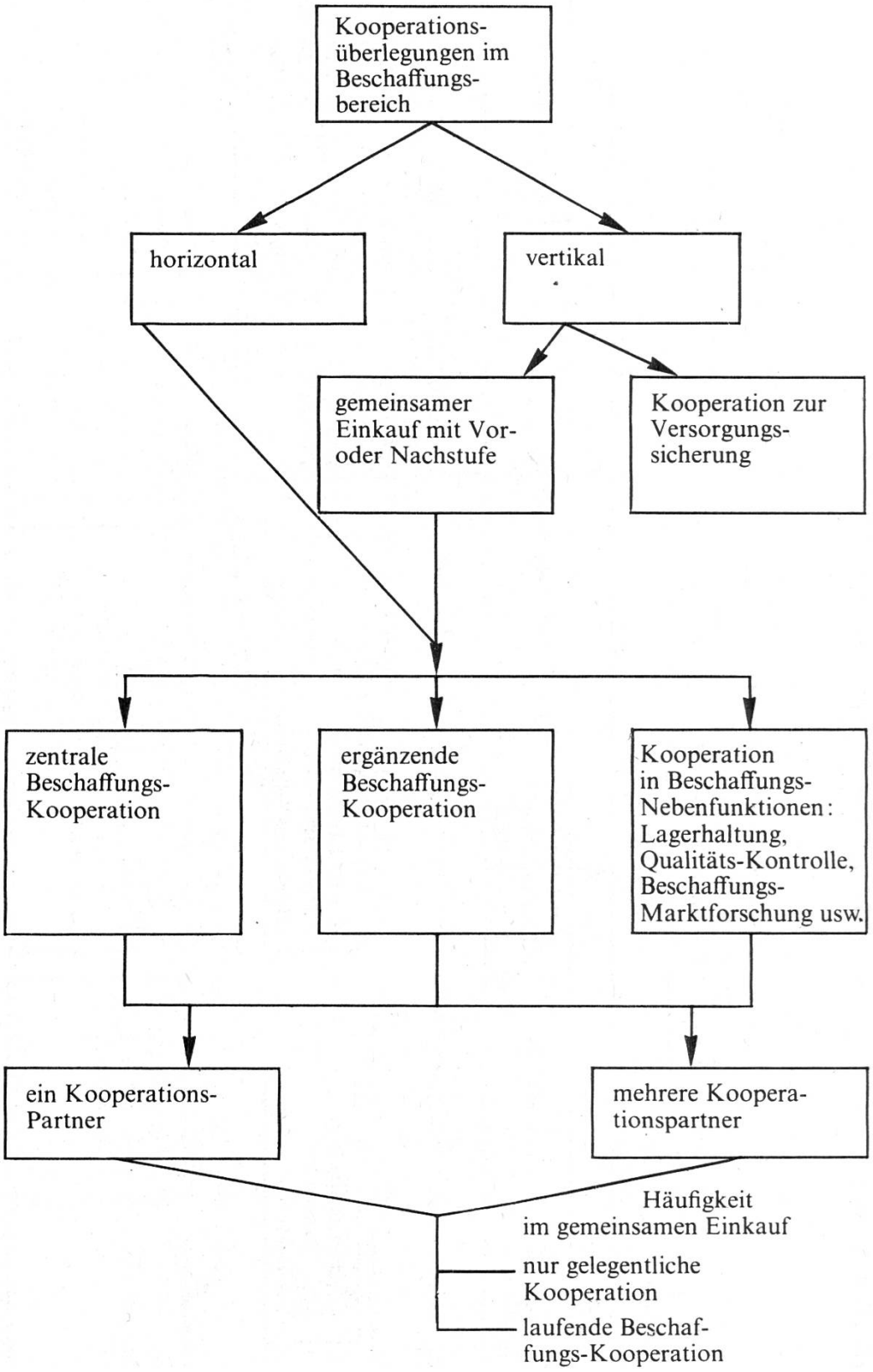
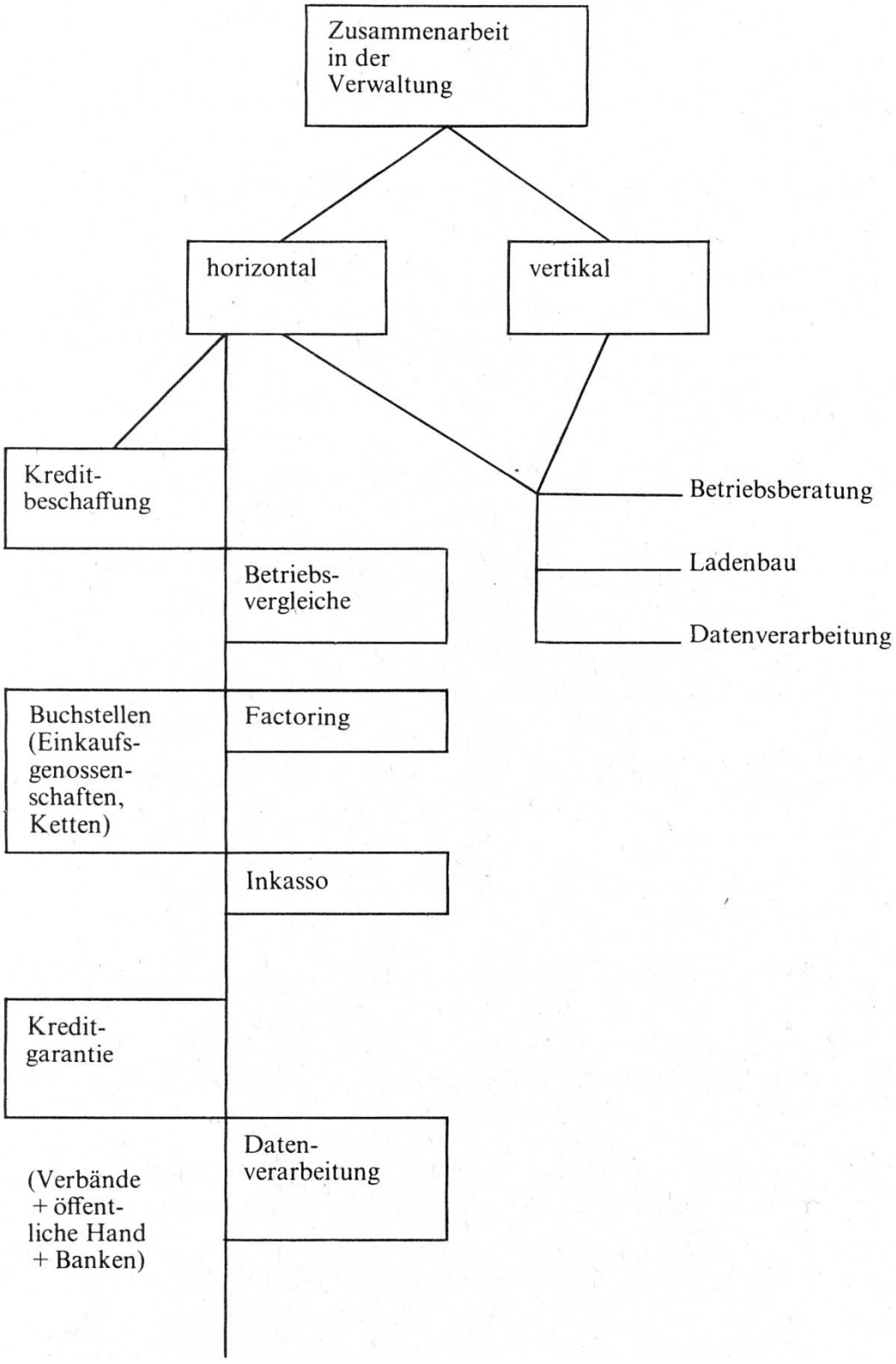


Tabelle III, 6. Kooperationsmöglichkeiten im Verwaltungsbereich



IV. Zweckmäßige Gliederung im Rahmen der vorliegenden Arbeit

Die Übersicht über die in Frage kommenden und am häufigsten verwendeten Gliederungskriterien macht klar, daß in vielen Fällen eine konkrete Kooperationsform infolge *Positionenkumulation* mehrfach angeführt werden muß. So ist z.B. die Werbegemeinschaft unter dem Gesichtspunkt der Marktstufen sowohl als horizontale als auch als vertikale Kooperation zu nennen. Im Blick auf die hier vordringlichen rechtlichen Probleme erscheint eine Gliederung als angemessen, die an *rechtliche Gegebenheiten* anknüpft. Das geschieht in der Weise, daß als Kriterium die Unternehmensfunktionen gewählt und diese mit den praktisch werdenden Rechtsformen durch eine Matrix in Beziehung gesetzt werden (Tabellen Seiten 317–320).

§ 8. Rechtsformen der Kooperation

I. Vorbemerkungen

Bevor auf die einzelnen vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Probleme der Unternehmenskooperation i.e.S. eingetreten wird, müssen dem Leser die *Rechtsformen der Kooperation* vorgeführt werden. Dabei ist sogleich festzustellen, daß es um die Darstellung von Rechtsformen geht, die *längst bekannt* sind. Dazu kommt, daß man praktisch die gleichen Formen vor sich hat, die auch zur Organisation von *Kartellen* verwendet werden. Daher kann auf die *Kartellrechtsliteratur* verwiesen werden[1].

[1] Vgl. etwa HELD, Rechtsformen zulässiger Kartelle; BIERI, Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle; GYSIN, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts; HUG, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne. Im übrigen enthalten auch praktisch alle Monographien zum Kooperationsproblem Übersichten über die in Frage kommenden Rechtsformen; paradigmatisch etwa BENISCH, Kooperationsfibel, passim; Grundlagen der Unternehmenskooperation II, hrsg. von der Wissenschaftlichen Abteilung der Bundeskammer für gewerbliche Wirtschaft, Schriftenreihe der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien 1968 (rechtliche Fragen); BAREIN/GAU/VON KORTZFLEISCH/POECHE, Praktische Wege zur Kooperation, S. 76ff. (rechtliche Fragen der zwischenbetrieblichen Kooperation); HANS-JOACHIM HERRMANN, Rechtsformen der grenzüberschreitenden Kooperation und Konzentration im gemeinsamen Markt, Die Aktiengesellschaft 1969, S. 348ff.

Tabelle IV. Rechtsformenbezogene Gliederung

Die Literaturangaben in der Matrix (BENISCH ...; STRAUBE ...) beziehen sich auf: BENISCH, Kooperationsfibel; STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation.

Rechtsformen / Unternehmensfunktionen	unverbindliche Abreden	Austauschverträge	einfache Gesellschaften	Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)		
				GmbH	Genossenschaften	Doppelgesellschaften
Informationsbeschaffung						
Erfahrungsaustausch (BENISCH S. 102ff.; STRAUBE S. 145ff.)	×	×	×			
Marktinformationsverfahren (BENISCH S. 109ff.)	×	×	×			
Marktforschung (BENISCH S. 124ff.; STRAUBE S. 127ff.)		×	×			
Konjunktur- und Strukturanalysen (BENISCH S. 128f.)		×	×			
Auftragsmeldeverfahren (BENISCH S. 120ff.; STRAUBE S. 223f.)	×	×	×			
Umsatzmeldeverfahren (BENISCH S. 122f.)	×	×	×			
Betriebsvergleich (BENISCH S. 130ff.; STRAUBE S. 141ff.)	×	×	×			
Betriebsorganisation						
Planung und Organisation (STRAUBE S. 150f.)		×	×			
Kaufmännische Verwaltung						
Rechnungswesen – EDV (BENISCH S. 310ff.; STRAUBE S. 151ff.)		×	×	×	×	×

Tabelle IV (Fortsetzung)

Unternehmensfunktionen \ Rechtsformen	unverbindliche Abreden	Austauschverträge	einfache Gesellschaften	Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)		
				GmbH	Genossenschaften	Doppelgesellschaften
Kalkulationsschemata (BENISCH S. 134ff.)	×	×	×			
Inkassogemeinschaften (BENISCH S. 315ff.; STRAUBE S. 165ff.)			×	×	×	×
Einkauf (BENISCH S. 142ff.; STRAUBE S. 167ff.)			×	×	×	×
Forschung und Entwicklung (BENISCH S. 157ff.; STRAUBE S. 225ff.)			×	×	×	×
Produktion						
Zulieferung (STRAUBE S. 203ff.)		×				
Sortimentsbereinigung (STRAUBE S. 188ff.)		×	×			
Einheitliche Artikelnumerierung (STRAUBE S. 197f.)		×	×			
Normung und Typisierung (BENISCH S. 176ff.; STRAUBE S. 198ff.)		×	×			
Herstellerring (STRAUBE S. 202f.)			×			
Produktionsaufteilung, Produktionsgemeinschaft (BENISCH S. 182ff.; STRAUBE S. 185ff.)		×	× ×	×	×	×

Tabelle IV (Fortsetzung)

Unternehmensfunktionen \ Rechtsformen	unverbindliche Abreden	Austauschverträge	einfache Gesellschaften	Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)		
				GmbH	Genossenschaften	Doppelgesellschaften
gemeinsame Benützung von Produktionsanlagen (BENISCH S. 210ff.; STRAUBE S. 212f.)		×	×			
Acquisition						
gemeinsame Benützung des Außendienstes (STRAUBE S. 269ff.)		×	×			
Verkauf						
Alleinvertretungsvertrag		×				
Franchising (BENISCH S. 306ff.; STRAUBE S. 264ff.)		×				
Vertriebsgemeinschaft (BENISCH S. 252ff.; STRAUBE S. 238ff.)			×	×	×	×
Gütezeichengemeinschaft (BENISCH S. 295ff.; STRAUBE S. 257ff.)			×			
Gemeinschaftswerbung (BENISCH S. 285ff.; STRAUBE S. 288ff.)			×			
Lager und Transport (BENISCH S. 303ff.; STRAUBE S. 295ff.)		×	×	×	×	×
Kunden- und Reparaturdienst (BENISCH S. 247ff.; STRAUBE S. 261ff.)		×	×	×	×	×
Finanzierung						
Bürgschaftsgenossenschaften (BENISCH S. 319ff.; STRAUBE S. 157ff.)					×	

Tabelle IV (Fortsetzung)

Unternehmensfunktionen / Rechtsformen	unverbindliche Abreden	Austauschverträge	einfache Gesellschaften	Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)		
				GmbH	Genossenschaften	Doppelgesellschaften
Standort-Kooperation (STRAUBE S. 210f.)			×			
Speziell im Baugewerbe verbreitete Kooperationsformen						
Arbeitsgemeinschaften (BENISCH S. 213ff.; STRAUBE S. 216ff.)			×			
Bauträger-Kooperation (STRAUBE S. 221)			×			
Bietergemeinschaften (STRAUBE S. 221f.)			×			
Generalunternehmer (STRAUBE S. 220)		×				
Haupt- und Nebenunternehmer (STRAUBE S. 219f.)		×				
Nachunternehmer (STRAUBE S. 221)		×				
Speziell im Bankengewerbe verbreitete Kooperationsform						
Emissionskooperation (-konsortium) (GEILER in DÜRINGER/HACHENBURG Anm. S. 339ff.)			×			

Die Darstellung der in Frage kommenden Rechtsformen ist – selbst wenn sie in aller Kürze vollbracht wird – nur sinnvoll, wenn sie unter dem *Gesichtswinkel der besonderen Erfordernisse praktischer Unternehmenskooperation* erfolgt. Daher wird kooperationsrechtlich nach *grundsätzlicher Eignung, Vorzügen* und *Nachteilen,* allfälligen *Korrekturmöglichkeiten* und den wichtigsten *Anwendungsbereichen* gefragt. Dabei versteht es sich von selbst, daß nur dann nach den eben erwähnten Gesichtspunkten differenziert wird, wenn die grundsätzliche Eignung einer Rechtsform zur Unternehmenskooperation bejaht wird. Eine solche erste Ausscheidung bestimmter Rechtsformen bedeutet nicht, daß darauf im Verlauf der Arbeit überhaupt nicht mehr eingetreten wird. Sie hat lediglich zur Folge, daß die betreffenden Rechtsformen in dieser Übersicht (noch) weniger eingehend behandelt und bei der Darstellung der Einzelprobleme nicht ins Zentrum gerückt werden.

Zur *generellen Eignung* gehört, daß die Rechtsform Kooperationsziele zu verwirklichen imstande ist, daß sie natürlichen und juristischen Personen sowie Handelsgesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (im technischen Sinn) offen ist und daß das die Kooperation ausmachende Verhalten durch die in Frage stehende Rechtsform zum Gegenstand einer Rechtspflicht gemacht werden kann.

II. Unverbindliche Abreden

1. Grundsätzliche Eignung

Unverbindliche Abreden oder sogenannte «Gentlemen's Agreements» sind als Tatbestände des Kartellrechts bekannt[2]. Schuldrechtlich ist entscheidend, daß die Parteien zwar etwas bereden, aber selbst bei gegenseitiger Willensübereinstimmung über das anzustrebende Verhalten nicht gebunden sein wollen[3]. Insoweit kann

[2] MÜLLER-HENNEBERG, Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 27; KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 29f.; allgemein dazu REUSS, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, S. 486ff.

[3] Vgl. REUSS, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, S. 489; FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Band, S. 93; JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 121.

man mit dem (deutschen) Bundesgerichtshof in der Tat definieren: Gentlemen's Agreements sind «Erklärungen, die ohne Rechtsfolgewillen abgegeben werden, weil der erstrebte Erfolg im Vertrauen auf das Wort des Partners oder mit Hilfe einer Bindung durch den Anstand erreicht werden soll»[4]. Unverbindliches kann *jedermann* abreden; auch kann *irgendein* vereinbartes Verhalten der Verbindlichkeit entkleidet werden, mithin auch Kooperationsverhalten.

2. Vorzüge

Rechtlich Unverbindliches eignet sich ganz vorzüglich dazu, Probezeiten und *Experimentierphasen* einen Ordnungsrahmen zu geben. Daher sind unverbindliche Abreden die Rechtsform par excellence, die unentbehrliche *Vertrauensbasis* zwischen den Partnern sich festigen zu lassen. Beachtlich ist auch die Anpassungsfähigkeit dieser Ordnungsform.

3. Nachteile

Was versprochen ist und trotzdem nicht gehalten werden muß, eignet sich kaum für eine auf Dauer angelegte Zusammenarbeit.

4. Korrekturmöglichkeiten

Unverbindliches läßt sich schlechterdings nur um den Preis der *rechtsgeschäftlichen Verpflichtung* in die Verbindlichkeit erheben. Allfällige ungewollte Rechtswirkungen solcher Abreden sind hier nicht zu berücksichtigen[5]. Eine Korrekturmöglichkeit besteht mithin nicht.

5. Anwendungsbereich

Unverbindliche Abreden eignen sich für alle Sachformen der Ko-

[4] WuW/E BGH 602 (WuW 1964, S. 884).
[5] Vgl. dazu hinten S. 356ff., S. 500ff.

operation, soweit eine Versuchsphase, sozusagen ein Verlöbnis, angestrebt wird. Außerhalb dieser Eignung für Kooperationen «auf Probe» steht diese Organisationsform auf Dauer angesichts des erheblichen Risikos nur für untergeordnete Unternehmensfunktionen zur Verfügung.

III. Austauschverträge

1. Grundsätzliche Eignung

Soweit eine Kooperation zwei Unternehmensträger mit entgegengesetzten Interessen zusammenbringen soll, eignen sich Austauschverträge angesichts des nach Art. 20 OR umfassenden möglichen Inhalts als Rechtsform für Kooperationsverhältnisse. Man mag freilich fragen, ob Kooperation und Interessengegensatz nicht konträr zueinander stehen. In dieser abstrakten Formulierung ist die Frage zu *verneinen.* Man denke etwa an *Informationsaustauschverträge,* in denen sich die Leistungspflichten gegenseitig causa sind, was doch wohl Merkmal des synallagmatischen Vertrages mit entgegengesetzten Interessen der Partner bleiben muß[6].

Der Austauschvertrag scheidet indessen als Rechtsform für die Kooperation zwischen Unternehmungen aus, sobald *mehrere Partner* zusammenarbeiten wollen. Dann nämlich müßten – wollte man am Austauschvertrag festhalten – *mehrere Verträge* abgeschlossen werden. Es müßten, worauf HILDEGARD BIERI hinweist[7], bei vier Kooperationspartnern (A, B, C und D) sechs Verträge abgeschlossen werden: A mit B, C mit D; B mit C und D; A mit C und A mit D. Solche Komplikationen werden auch dadurch nicht beseitigt, daß alle Verträge in einer *einzigen Urkunde* zusammengefaßt werden können. Abgesehen davon entsteht mit zunehmen-

[6] MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 17; Die Formel des Bundesgerichtes in BGE 67 II 126 ist – worauf MÜLLER (a.a.O., S. 7) zutreffend hinweist – eine petitio principii: «... wenn aufgrund eines Vertrages für zwei Vertragsteile je eine Verpflichtung in der Weise begründet ist, daß diese Verpflichtungen genetisch und funktionell voneinander abhängen.»

[7] BIERI, Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle, S. 21.

der Zahl der Kooperanten bald einmal das Bedürfnis, trotz des Interessengegensatzes in ein partnerschaftliches Verhältnis zu treten. Alsdann zeigt sich, daß der einzige mehrseitige Vertrag der *Gesellschaftsvertrag* bleibt[8].

2. Vorzüge

Wo zwei Partner durch Leistungsaustausch kooperieren können, ist der Austauschvertrag die *angemessene* Kooperationsform. In der Regel handelt es sich um *Innominatverträge,* so daß die *Gestaltungsfreiheit* im Rahmen von Art. 20 OR (und allfälliger analog anwendbarer zwingender Vorschriften aus dem Recht der Nominatverträge) unabsehbar bleibt.

3. Nachteile

Der Hauptnachteil der Austauschverträge als Mittel des Kooperationsrechts besteht in der *Ungewißheit der Rechtsanwendung,* wie sie innominaten Verhältnissen eigen ist[9]. Im übrigen handelt es sich allemal um *Dauerschuldverhältnisse,* die kündbar sind, sobald die Dauer mit Art. 27 ZGB und Art. 2 ZGB nicht mehr zu vereinbaren ist[10] oder wichtige Gründe vorliegen.

4. Korrekturmöglichkeiten

Die Risiken, welche die Ungewißheit der Rechtsanwendung bringt, lassen sich nur ausschalten, wenn der Vertrag möglichst alle Einzelheiten regelt und ein *praktikables System* der (schiedsgerichtlichen) *Vertragsergänzung* vorsieht. Dazu eignen sich vor allem *Präambeln* im Sinne von Ziel- und Absichtsumschreibungen. Unmöglich ist es indessen, Klauseln zu retten, die gegen analog anwendbares zwingendes Recht verstoßen.

[8] JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 118.

[9] Vgl. SCHLUEP, Schweizerisches Privatrecht VII (Manuskript); JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 117; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 289 f.

[10] Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 62; hinten S. 458 ff.

5. Anwendungsbereich

Austauschverträge sind die zutreffende Rechtsform der Kooperation, wo zwei (oder jedenfalls wenige) Partner je ihre Interessen durch Austausch von Leistungen wahrnehmen (Interessengegensatzvertrag)[11]. Neben den genannten Informationsaustauschverträgen ist die vorrechtliche Austauschlage auch gegeben bei vertikaler Kooperation, obwohl dort allemal auch Elemente der Interessenvergemeinschaftung auftreten (z.B. Umsatzausweitung beim Alleinvertriebsvertrag).

IV. Einfache Gesellschaft

1. Grundsätzliche Eignung

Sobald die Parteien, was man als ganz überwiegenden Regelfall anzunehmen geneigt ist, die Kooperation *zum gemeinsamen Zweck* erheben, bietet sich die einfache Gesellschaft nach Art. 530ff. OR von selbst an. Im Rahmen von Art. 20 OR kann schlechterdings *jeder* Zweck verfolgt werden[12], wenn man vom dauernden Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes absieht[13]. Neben der nahezu unbeschränkten Auswahl an Zwecken (und damit auch an Kooperationsmöglichkeiten) glänzt die einfache Gesellschaft auch dadurch, daß *irgendwer* (natürliche und juristische Personen, Handelsgesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit) Gesellschafter sein

[11] Im Unterschied zum Interessengemeinschaftsvertrag (Zweckgemeinschaft); vgl. WÜRDINGER, Gesellschaften, Bd. I, S. 25ff. – Vgl. zur Verwendbarkeit des Austauschvertrags zumal bei vertikaler Kooperation: BERNARD SUZANNE, Gemeinsame Verkaufsförderung durch Hersteller und Handel, Der Markenartikel 1970, S. 128ff.

[12] Vgl. etwa SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 32ff.; GEILER, in: DÜRINGER/HACHENBURG, Kommentar, Anm. 17. Auf die Vielfalt der Zwecke weisen mit Beispielen hin: SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 Anm. 77ff.; SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 18ff.; SCHULZE/WENCK, Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, § 705 Anm. 2.

[13] GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 524; einschränkend ist indessen an den Fall zu denken, daß mehrere juristische Personen ein kaufmännisches Gewerbe betreiben oder daß eine vorübergehende Vorgesellschaft in Rede steht. Selbstverständlich kann eine einfache Gesellschaft auch ein nicht kaufmännisches Gewerbe betreiben, wobei ihr indessen das Eintragsrecht nach Art. 934 Abs. 2 abgeht.

kann[14]. Wichtigster Vorzug ist indessen die *Vielzahl der zulässigen Beitragsleistungen,* deren Aufzählung in Art. 531 OR die Möglichkeiten nicht abschließt[15]. Es bleibt also den Gesellschaftern der einfachen Gesellschaft unbenommen, sich im Gesellschaftsvertrag zu *irgendeinem Verhalten* zu verpflichten, solange dieses nicht widerrechtlich, sittenwidrig oder unmöglich ist (Art. 20 Abs. 1 OR)[16].

2. Vorzüge

Neben den bereits bei der Untersuchung der generellen Eignung festgestellten Vorzügen ist vor allem auf die weithin *dispositive Natur* der rechtlichen Organisationsstruktur einfacher Gesellschaften hinzuweisen. Das ermöglicht es, der konkreten Kooperationsform jene Organisation zu geben, die ihr angemessen erscheint. *Körperschaftsähnliche Gebilde* mit der Ausgliederung von organähnlichen Gesellschafterausschüssen sind zulässig[17]. Besondere Beachtung verdient die Möglichkeit, *Mehrheitsbeschlüsse* einzuführen und das *Stimmrecht* nach der *Kapitalbeteiligung* zuzumessen[18].

3. Nachteile

Der Hauptnachteil der einfachen Gesellschaft besteht in ihrer mangelnden Eignung, als Einheit *Außenbeziehungen* anzuknüpfen. Sie ist daher insoweit für extravertierte Kooperation (z.B. im Einkauf und im Verkauf) ungeeignet. Das komplizierte System der *Vertretung nach einfachen Stellvertretungsregeln* eignet sich schlecht für den wirtschaftlichen Verkehr.

[14] SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 1; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 524.

[15] SIEGWART, Kommentar, Art. 531 N. 4 und N. 31f.; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 525.

[16] GEILER, in: DÜRINGER/HACHENBURG, Kommentar, Anm. 77 und 92f.

[17] Vgl. ausführlich dazu: NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 94ff.

[18] Vgl. dazu ausführlich hinten, S. 381, und SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 8; BECKER, Kommentar, Art. 534 N. 7.

Auch fehlt es an einem der Gemeinschaft zugeordneten *Vermögen:* Das Gesellschaftsvermögen ist allemal das Vermögen der Gesellschafter, gleichviel, ob die einzelnen Sachen und Rechte ihnen *zur gesamten Hand* oder nach den *Regeln des Miteigentums* zustehen[19]. Weiter ist nachteilig zu verbuchen, daß das dispositive Recht aller Regel nach für Kooperationen *unpassend* ist, so daß die Unterlassung einer sachgerechten Lösung im Streitfall schwerwiegende Folgen haben kann. Das trifft vor allem auch zu für die *Liquidationsordnung,* die der kooperationsrechtlichen Besonderheit keine Rechnung trägt, daß nach Ablauf einer gewissen Dauer die durch Kooperation entstandenen «Unternehmenslagen» nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

4. Korrekturmöglichkeiten

Die mangelnde besondere Fähigkeit zu Außenkontakten kann korrigiert werden, indem ein *Gesellschaftsunternehmen (Pilotunternehmen)* als indirekter Stellvertreter für die Gesellschaft nach außen auftritt. Ferner besteht die Möglichkeit, in Gestalt der sogenannten Doppelgesellschaft durch eine Organgesellschaft am Rechtsverkehr teilzunehmen. Der Nachteil der fehlenden Zuordnung des Gesellschaftsvermögens an die personifizierte Gesamtheit wiegt dann nicht schwer, wenn *Miteigentum* ausgeschlossen wird, weil alsdann das Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen doch vom Individualvermögen des einzelnen Gesellschafters ausgesondert ist (Sondervermögen).

Angesichts des weiten Feldes *dispositiver Vorschriften* können die Partner schlecht passendes, nachgiebiges Recht durch ihre eigenen sachgemäßen *Ordnungsmuster* ersetzen. Soweit sie durch ausdrückliche Vorschrift des Vertrages die Möglichkeit schaffen, den Gesellschaftsvertrag mit Mehrheitsbeschluß zu ändern, bleibt das Kooperationsverhältnis jederzeit *anpassungsfähig*.

[19] SIEGWART, Kommentar, Art. 531 N. 5ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 527.

5. Anwendungsbereich

Die einfache Gesellschaft taugt für alle Kooperationen, in denen mehrere Partner durch irgendwelche Leistungen ein gemeinsames Ziel zu verwirklichen sich anschicken, sofern der Nachteil *mangelnder Rechtssubjektivität* hingenommen und allenfalls durch Surrogate aufgewogen werden kann. Auch ist auf die Rechtsfigur der einfachen Gesellschaft nur zu greifen, wenn die Partner bereit sind, die erforderlichen Vertragsregeln zur Verdrängung des dispositiven Rechts sorgfältig und umfassend zu setzen[20].

V. Kollektivgesellschaft

Fragt man nach der *grundsätzlichen Eignung* der (kaufmännischen oder nicht kaufmännischen) Kollektivgesellschaft als Ordnungsmittel für Kooperationen, so zeigt sich sofort ein gewichtiger Nachteil: Gesellschafter können *nur natürliche Personen,* daher weder Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit noch juristische Personen werden[21].

Aber auch als rechtliches Kooperationsmodell für *Einzelunternehmer* erscheint die Kollektivgesellschaft kaum attraktiv, weil sie den Partnern zusätzliche (zwar) subsidiäre, aber doch unbeschränkte Solidarhaftung einbringt (Art. 552 Abs. 1; 568 Abs. 1

[20] Auf die *stille Gesellschaft* braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, weil es sich um einen Anwendungsfall der einfachen Gesellschaft handelt; vgl. SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 7; NAEF, Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?, S. 257ff., 305ff., 330. Im übrigen paßt die stille Gesellschaft überhaupt nicht zur Ordnung des Kooperationsverhältnisses. Sie ist in historischer Entwicklung und gegenwärtiger Verwendung vor allem ein Instrument der Vermögensbeteiligung eines «Stillen» an einer Unternehmung; vgl. dazu NAEF, Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?, S. 257ff.; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, vor § 705 Anm. 59ff. In Kooperationsverhältnissen geht es allemal um eine Mehrheit von Unternehmen, an deren Zusammenwirken die kooperierenden Unternehmensträger nicht aus Gründen der Beteiligung, sondern der Rationalisierung interessiert sind.

[21] Vgl. dazu neben Art. 552 Abs. 1 OR vor allem SIEGWART, Kommentar, Art. 552/53 N. 10f.; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 534; BGE 84 II 381. Vgl. im übrigen ausführlich dazu hinten S. 365f.

OR). Die Unternehmenskooperation soll aber ihren Trägern nicht *zusätzliche Lasten* aufbürden, sondern ihnen nach Möglichkeit bei der Bewältigung ihrer vorgegebenen Unternehmeraufgabe zur Seite stehen. Zusammenfassend wird man folgern müssen, Kollektivgesellschaften seien nur ausnahmsweise als Rechtsform für Unternehmenskooperationen geeignet.

VI. Kommanditgesellschaft

Sieht man von der *Ausnahmestellung des Kommanditärs* ab, gilt alles, was zur Kollektivgesellschaft ausgeführt worden ist, auch hier. Zwar trifft es zu, daß natürliche und juristische Personen sowie Handelsgesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit den Part des Kommanditärs spielen können, wobei überdies erst noch die Haftung beschränkt werden darf. Freilich sieht man jenes Kooperationsverhältnis schlecht, in dem einzelne Partner die privilegierte Rolle des Kommanditärs spielen, während die in der Regel weniger finanzkräftigen Einzelunternehmer die unbegrenzte Haftung zu übernehmen hätten.

Zwar ist es richtig, daß die Kommanditgesellschaft nach manchen Richtungen hin *umgebaut* zu werden vermag[22]. Allein die ohnehin komplizierten Organisationsprobleme zwischenbetrieblicher Kooperation ertragen die Belastung durch solche *Abweichungen* (z.B. in Gestalt gedungener Komplementäre) kaum. Man wird daher auch die Kommanditgesellschaft höchstens ausnahmsweise als Kooperationsform beanspruchen wollen.

VII. Verein

1. Grundsätzliche Eignung

Der rechtsfähige Verein des ZGB wäre ein *nahezu ideales Instrument* der Unternehmenskooperation, wenn er auch für *wirtschaftliche* Zwecke verfügbar wäre. Kooperationen sind nämlich allemal

[22] Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 301ff.; vgl. auch RICHARD, Atypische Kommanditgesellschaften, S. 15f.

wirtschaftliche Unterfangen[23]. Das aber lassen bekanntlich weder Wortlaut noch Sinn des Art. 60 Abs. 1 ZGB zu. Man weiß, daß das *Bundesgericht* nach einer kurzen *Erhellung*[24] seit 1964 unverdrossen contra legem und gegen die versammelte Schar der Doktoren beharrlich judiziert, erst der Betrieb eines kaufmännischen *Unternehmens* als Selbstzweck sei ein wirtschaftlicher Vereinszweck[25]. Das heißt praktisch, daß Kooperationen sich der Vereinsform bedienen können, soweit die Zusammenarbeit den Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens nicht erheischt. Wer sein juristisches Gewissen zur Ruhe bringen kann, mag daher unter diesen Voraussetzungen den Verein als geeignete Kooperationsform empfehlen.

Aber auch dann muß bedacht werden, daß im Bereich wirtschaftlicher Unternehmenskooperation der Tatbestand des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes» verhältnismäßig rasch verwirklicht ist, so daß die Partner trotz des vermeintlichen Entgegenkommens des Bundesgerichts das Pferd wechseln müssen. Immerhin: Man verschlösse sich der Wirklichkeit, wollte man die generelle Eignung des Vereins innerhalb der genannten Schranken verneinen.

2. Vorzüge

Der Verein bietet beachtliche Vorzüge: Er ist juristische Person (Art. 60 Abs. 1; Art. 52 Abs. 2 ZGB) mit eigenem *Namen, eigenem Vermögen* und umfassender Möglichkeit zu *autonomer Gestaltung*[26]. Darüber hinaus bestehen kaum *Formerfordernisse* (Art. 60 Abs. 2 ZGB) und mit *Publizität ist überhaupt nicht zu rechnen.*

[23] Vgl. dazu ausführlich hinten S. 366ff. Ferner HEINI, in: Schweizerisches Privatrecht II, S. 523, wo das Kriterium der «direkten oder indirekten Geldvermehrung» für die Abgrenzung herangezogen wird.

[24] BGE 88 II 209.

[25] Vgl. BGE 90 II 334; stellvertretend für die ganze Lehre die Klage von PETER LIVER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1964, Personenrecht, ZBJV 1965, S. 365ff., 367, mit der resignierenden Feststellung, das Vereinsrecht werde auf diesem Wege zum «Sammelschacht für die Ausflüsse aus dem Gesellschaftsrecht» (a.a.O., S. 367).

[26] HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 543; EGGER, Kommentar, Art. 60 N. 16.

3. Nachteile

Wie bei der einfachen Gesellschaft kann man auch beim Verein nur dann von Nachteilen reden, wenn die Kooperationspartner es unterlassen, die gesetzlich bescheidenen und *überwiegend unpassenden Organisationsstrukturen* für die Unternehmenskooperation umzugestalten. Allfällige Nachteile, die Gläubiger aus dem Umstand treffen können, daß der Verein kein zwingend vorgeschriebenes Kapital auszuweisen und zu erhalten hat, brauchen nicht veranschlagt zu werden, weil die *Kreditwürdigkeit* auch anders erlangt werden kann.

4. Korrekturmöglichkeiten

Die Notwendigkeit der Korrektur ist nur im Blick auf die unpassende *dispositive Ordnung* gegeben. Wichtig ist hier die Möglichkeit, das dispositive Kopfstimmrecht jedes Mitglieds (Art. 67 ZGB) durch eine andere statutarische Ordnung zu ersetzen. Zulässig ist *jede Stimmrechtsabstufung,* sofern sie sachlich vertretbar bleibt[27].

5. Anwendungsbereich

Der Verein taugt – Bestätigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vereinszweck unterstellt – für alle Kooperationsverhältnisse, die der juristischen Persönlichkeit bedürfen und ohne Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes (Unternehmens) auskommen.

VIII. Stiftung

Es bedarf kaum weiterer Erläuterungen, daß die Stiftung als Kooperationsform *völlig ungeeignet* ist. Zwar ist es denkbar, daß zwei oder mehrere Unternehmungen Teilbetriebe gemeinsam dem Zweck widmen, für Dritte tätig zu werden. Unmöglich aber ist es nach schweizerischem Recht, daß die Stifter selbst Destinatäre sind, daß also das Stiftungsvermögen sozusagen in den Dienst der

[27] EGGER, Kommentar, Art. 66/67 N. 10; HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 545.

Stifterunternehmungen gestellt würde[28]. Unmöglich auch, daß Unternehmensträger als Stifter *Unternehmensfunktionen* einbringen, weil diese schlechterdings nicht Vermögen im Sinne von Art. 80 ZGB sein können. Und wären sie es, könnten sie wiederum nicht zum ausschließlich eigenen Frommen der Unternehmensträger in die Rechtsform der Stiftung gebracht werden.

Abgesehen davon spräche gegen die Stiftung als Kooperationsform auch die nicht aufzuhaltende *Lösung von den Stiftern* mit *Beaufsichtigung durch das Gemeinwesen* (Art. 84 ZGB). Nichts hülfe ein sog. *Änderungsvorbehalt* in der Stiftungsurkunde; freiem Ermessen der Stifter wäre damit die Tür keinesfalls geöffnet[29]. Kurz: Auch die zunehmende Verwendung der Stiftung als Rechtsform für Erwerbswirtschaften ändert nichts an der völligen Untauglichkeit, Unternehmenskooperationen sachgerecht zu ordnen[30].

IX. Aktiengesellschaft

Nach Art. 680 Abs. 1 OR kann der Aktionär auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag. Diese Beschränkung der Beitragspflicht auf die Kapitalaufbringungspflicht macht die AG denkbar ungeeignet für Kooperationsverhältnisse. Auch wenn der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht nach neueren Untersuchungen[31] neu überdacht werden

[28] Das folgt ohne weiteres aus Art. 335 ZGB; vgl. im übrigen GUTZWILLER, Schweizerisches Privatrecht II, S. 580ff.; ferner TUOR/SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 120f.

[29] Vgl. SCHÖNENBERGER, Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Zivilrecht, S. 50ff.

[30] Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß mehrere Unternehmungen gemeinsam eine Personalfürsorgestiftung errichten; vgl. dazu AMSLER, Die Sozialmaßnahmen des Industriebetriebes. – Zur Frage der Unternehmensstiftung: GNOS, Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung im schweizerischen Recht; STEUCK, Die Stiftung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen; VINKEN, Die Stiftung als Trägerin von Unternehmen und Unternehmensteilen; PAVEL, Eignet sich die Stiftung für den Betrieb erwerbswirtschaftlicher Unternehmen?; BERNDT, Stiftung und Unternehmen; vgl. auch TROPS, Wirtschaftliche Unternehmen innerhalb einer Stiftung, S. 367ff.

[31] Vgl. zum Beispiel WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf alle Aktionäre, S. 92ff.; HERREN, Sta-

muß, steht doch fest, daß in der AG die Partner zu jenen Leistungen *nicht verpflichtet werden können,* die das Wesen der Unternehmenskooperation ausmachen.

X. Kommanditaktiengesellschaft

Kooperationsverhältnisse fordern allemal, daß *alle* Beteiligten mitwirken. In Kommanditaktiengesellschaften ist indessen die Erbringung kooperationstypischer Leistungen den *Kommanditaktionären* ebenso unmöglich wie den Mitgliedern einer Aktiengesellschaft. Deshalb fällt nicht ins Gewicht, daß die unbeschränkt haftenden Mitglieder der Verwaltung allenfalls zur Erbringung kooperativer Leistungen herangezogen werden könnten: Einmal ist solches nur möglich um den Preis unbeschränkter Haftung; zum andern steht es wider das Prinzip sinnvoller Kooperation, wenn Leistungspflichten nur auf einem Teil der beteiligten Partner lasten[32].

XI. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

1. Grundsätzliche Eignung

Die GmbH ist generell vortrefflich geeignet, Kooperationsverhältnisse rechtlich zu ordnen: Sie ist *wirtschaftlichen Zwecken* offen (Art. 772 Abs. 3 OR) und läßt neben *natürlichen* und *juristischen Personen* auch *Handelsgesellschaften* als Mitglieder zu (Art. 772 Abs. 1 OR)[33]. Überdies können Kooperationspflichten neben der Kapitalaufbringungspflicht (Art. 798 ff. OR) als *Pflichten zu weiteren Leistungen* über die Stammeinlage hinaus (Art. 777 Ziff. 2 OR) begründet werden. Solche *Nebenleistungspflichten* können ihrem Inhalt nach irgendwelche Leistungen innerhalb der Schranken von Art. 20 OR betreffen[34].

tutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1972 (Manuskript); vgl. auch hinten, S. 471 f., die Ausführungen zur Zulässigkeit der Doppelgesellschaft.

[32] Vgl. dazu REINHARDT, Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 42 f., 60 und 125.

[33] Vgl. dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 772 Nr. 3 ff.; JANGGEN/BECKER, Kommentar, Art. 772 N. 9 ff.

[34] VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 14 ff., N. 22; JANGGEN/BECKER, Kommentar, Art. 777 N. 5 ff. N. 8.

2. Vorzüge

Die GmbH ist juristische Person, die unter eigener Firma (Art. 772 Abs. 1) im Rechtsverkehr auftreten kann. Sie ist die einzige juristische Person des Handelsrechts, die bereits mit *zwei Partnern* entstehen kann (Art. 772 Abs. 1). Die gesetzliche Organisation der Gesellschaft ist auch ohne wesentliche statutarische Modifikationen für Kooperationsverhältnisse ideal: Bemessung der Stimmkraft nach der Kapitalbeteiligung (Art. 808 Abs. 4 OR), gesetzliche Vinkulierung der Stammanteile (Art. 791, 796 OR), Selbstorganschaft (Art. 811 OR) mit freilich unpassender dispositiver Anordnung der gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung: Art. 811 Abs. 1; 812 OR. Auch Kollektivmitglieder als solche sind *unmittelbar* zur *Geschäftsführung* berufen, wobei sie freilich zur Funktionsausübung *natürliche* Personen zu bezeichnen haben [35]. Den Bedürfnissen der Unternehmenskooperation entsprechen durchaus auch die Vorschriften über das *Konkurrenzverbot* (Art. 818 OR), die mögliche Einführung von *Urabstimmungen* (Art. 808 Abs. 2 OR) und die *Beendigungsordnung* (Austritt, Auflösung und Ausschluß aus wichtigem Grund; Art. 793 f., 820, 822 Abs. 2 und 3 OR).

3. Nachteile

Neben der Begrenzung des Stammkapitals auf 2 Mio. Franken ist als wichtigster Nachteil der GmbH das *Maß der externen Publizität* zu nennen. Danach kann jedermann erfahren: die Art der Nebenleistungspflichten (Art. 777 Ziff. 2 OR), den Mitgliederbestand (Art. 781 Ziff. 4 OR) und gegebenenfalls sogar den Tatbestand der Übertragung der Mitgliedschaft [36]. Kaum ins Gewicht

[35] Vgl. dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 811 N. 7b; Art. 815 N. 3ff.; anders im Recht der AG (Art. 707 Abs. 3 OR) und im Recht der Genossenschaft (Art. 894 Abs. 2 OR), wo Personenverbindungen mit oder ohne juristischer Persönlichkeit nicht als solche Mitglieder der Verwaltung sein können.

[36] Der Beschluß über die Zustimmung zu einer Abtretung kann mit einer Statutenänderung verbunden sein: wenn die Statuten die Namen der Mitglieder aufführen oder wenn ein Gesellschaftsanteil auf einen Gesellschafter übertragen wird und sich dadurch die Stammeinlage des Erwerbers verändert; dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 791 N. 19. Überdies wird der Mitgliederwechsel mit der Ein-

fällt dagegen die gegenüber der Aktiengesellschaft (Art. 620 OR) und der Genossenschaft (Art. 868 OR) strengere *Haftungsordnung*, die sich als *Deckungspflicht* des Gesellschafters bis zur Höhe des Stammkapitals manifestiert (Art. 772 Abs. 2; 802 OR). Nachteilig wirkt sich auch die gesetzliche Möglichkeit aus, beim Richter den Austritt oder die Auflösung aus wichtigen Gründen zu verlangen (Art. 822 Abs. 2 OR).

4. Korrekturmöglichkeiten

Der eben erwähnten Deckungspflicht des Gesellschafters kann mit Leichtigkeit begegnet werden durch *Volliberierung* und *Erhaltung des Stammkapitals*. Alsdann wirkt sich auch die Weiterhaftung über 5 Jahre nach einem allfälligen Austritt keineswegs schwer aus (Art. 591 OR, worauf Art. 802 Abs. 1 OR verweist).

Die *Begrenzung des Stammkapitals* auf Fr. 2 Mio. ist kein ernst zu nehmendes Hindernis. Es läßt sich leicht umgehen auf dem Wege der Finanzierung durch *Gesellschafterdarlehen* oder durch *Unterbewertung von Sacheinlagen*.

5. Anwendungsbereich

Die GmbH ist die für alle Kooperationsverhältnisse ideale Rechtsform, die *nicht nur den Innenbereich* berühren (und daher auf *Außenbeziehungen*, zumal auf die Rechtsfähigkeit angewiesen sind).

XII. Genossenschaft

1. Grundsätzliche Eignung

Wie schon die begriffliche Auseinandersetzung gezeigt hat, sind alle Kooperationen in einem meta-juristischen Sinn Genossenschaften. Daher erscheint es als selbstverständlich, daß auch die der vorrechtlichen Erscheinung angepaßte positive Gestalt der Genossenschaft nach schweizerischem OR als Kooperationsform in Frage kommt. Nicht nur fordert das Gesetz für Genossenschaften einen

reichung der Gesellschafterlisten (Art. 790 Abs. 2 und 3 OR) über das Handelsregister allgemein bekannt.

wirtschaftlichen Zweck (Art. 828 Abs. 1 OR)[37]. Mitglieder der Genossenschaft können *natürliche* und *juristische Personen* wie auch *Handelsgesellschaften* ohne Rechtspersönlichkeit werden (Art. 828 Abs. 1 OR)[38]. Wie im Recht der GmbH kann auch im Genossenschaftsrecht nach Art. 867 Abs. 1 OR der Genosse zur Erbringung irgendwelcher Leistungen verpflichtet werden, sofern diese im Interesse der Genossenschaft liegen und vor Art. 20 Abs. 1 OR Bestand haben[39]. An der *Eignung* der Genossenschaft als Rechtsform für Kooperationsverhältnisse zu zweifeln, ist mithin nicht möglich.

2. Vorzüge

Die Vorzüge der Genossenschaft liegen in ihrer *Verwandtschaft mit dem Anliegen der Unternehmenskooperation.* Im besondern ist wichtig, daß ein *Genossenschaftskapital* nicht erforderlich, aber doch zulässig ist (Art. 833 Ziff. 1 OR), womit jedwedem Bedürfnis der Zusammenarbeit zwischen Unternehmungen gedient ist[40]. Anders als im Recht der AG und der GmbH können jederzeit *neue Mitglieder* aufgenommen werden, auch ohne daß bisherige Mitglieder auf einen Teil ihrer Mitgliedschaftsstelle verzichten oder daß Drittpersonen eingeschoben werden müssen. Grundsätzlich ist die Mitgliedschaft *nicht übertragbar.* Funktionell übernehmen *Austritt* und *Aufnahme* den Mitgliedschaftswechsel, wobei nach der nun klaren Praxis des *Bundesgerichtes* die Verwaltung der Genossenschaft gemäß Art. 840 Abs. 3 OR die Aufnahme eines Kandidaten ablehnen kann[41]. Art. 846 Abs. 2 OR ermöglicht den *Ausschluß des Genossenschafters aus wichtigem Grund*[42].

[37] Vgl. dazu FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 61ff.; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 828 N. 14ff.; GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 118ff.

[38] Vgl. dazu FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 54.

[39] Vgl. dazu GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 174; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 833 N. 59.

[40] Vgl. im übrigen dazu FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 108; GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 57ff.; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 828 N. 34 und 39.

[41] Vgl. dazu BGE 98 II 226ff. mit zahlreichen Nachweisen der einschlägigen Literatur zum Aufnahmeproblem.

[42] Vgl. dazu GUTZWILLER, Kommentar, Art. 846 N. 7ff.; GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 258ff.

Die Genossen schulden einander *Treue,* was zu einem mitunter erwünschten *Konkurrenzverbot* führen kann (Art. 866 OR)[43]. Andererseits sieht die gesetzliche Ordnung unter Vorbehalt anderslautender statutarischer Vorschriften die *Haftung der Genossenschafter* für Verbindlichkeiten des Verbandes *nicht* vor (Art. 868 OR). Generell ist herauszustellen, daß die subsidiäre *gesetzliche Organisationsstruktur* für Kooperationen auch dann angemessen ist, wenn das dispositive Recht nicht verdrängt wird.

3. Nachteile

Lästig ist die geforderte *Mindestzahl* von 7 Gründermitgliedern (Art. 831 OR), die Kooperationsgruppen mit weniger Mitgliedern zum Einsatz von *Strohmännern* nötigt[44].

Unangemessen ist auch die *Stimmrechtsordnung* mit dem zwingenden Kopfstimmrecht (Art. 885 OR in Verbindung mit Art. 854 OR)[45]. Dieses Hindernis kooperationsrechtlicher Gestaltung wird nicht beseitigt, wenn man von «genossenschaftsideologischer Überspitzung» spricht[46]. Kaum kooperationsfreundlich sind die Anordnung der *gemeinnützigen Verwendung* eines allfälligen Liquidationsüberschusses (Art. 913 Abs. 4 OR) und der (gesetzliche) *Ausschluß der Vererblichkeit* der Mitgliedschaft (Art. 847 Abs. 1 OR). Gegenläufig zur Kooperationsidee wirkt auch das *freie Austrittsrecht* nach Art. 842 OR, das aber bei Kapitalgenossenschaften über den (gesetzlichen) Ausschluß eines *Abfindungsanspruchs* (Art. 864 f. OR) blockiert wird.

[43] Vgl. dazu GUTZWILLER, Kommentar, Art. 866 N. 11.

[44] Vgl. dazu FORSTMOSER, Kommentar, Art. 831 N. 15 ff. – Besteht die Genossenschaft mehrheitlich aus Treuhändern, ist zu beachten, daß diese alsdann die Mitgliederversammlung stimmenmäßig beherrschen (Art. 885 OR), was angesichts des bloß obligatorisch wirksamen Reverses mit erheblichen Risiken verbunden ist.

[45] Vgl. FORSTMOSER, Kommentar, Systematischer Teil, N. 315; GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 271.

[46] Vgl. zu dieser Frage LIVER, Die privatrechtliche Rechtsprechung im Jahre 1962, S. 337 f.; GUTZWILLER, Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandspersonen, S. 241 f.

4. Korrekturmöglichkeiten

Der Nachteil des *Kopfstimmrechts* läßt sich praktisch nicht beheben, es sei denn auf dem Umweg einer sachlich kaum je gebotenen völligen Gleichstellung des Kooperationsbeitrags. *Stimmrechtsvereinbarungen* taugen vor allem dann nicht, wenn sie das Prinzip der *Koppelung von Beitrag und Stimmenmacht* über die Bemessung der Stimmkraft in der einfachen Gesellschaft erzwingen wollen[47]. Anderes hingegen läßt sich korrigieren: Durch Statutenvorschrift kann ein *allfälliger Liquidationsüberschuß* den Genossen zugehalten werden (Art. 913 Abs. 2 OR). Zulässig ist auch die statutarische Anordnung, daß die Erben in die Mitgliedschaft des Erblassers eintreten (Art. 847 Abs. 2 OR). Vor allem läßt sich auch das freie Austrittsrecht statutarisch (zwar nur auf 5 Jahre, aber immerhin) verdrängen (Art. 843 Abs. 1 OR), wobei die Sperre freilich vor *wichtigen Gründen* weichen muß (Art. 843 Abs. 2 OR).

5. Anwendungsbereich

Die Genossenschaft ist eine nahezu ideale Rechtsform für Kooperationen, die infolge Extraversion auf Rechtspersönlichkeit angewiesen sind, sofern mindestens 7 Partner zusammenarbeiten wollen, deren Kooperationsbeiträge ungefähr gleichwertig sind.

XIII. Doppelgesellschaft

1. Begriff

Weil die Doppelgesellschaft ein Kind der *Rechtspraxis* ist, gibt es keine Legaldefinition, sondern nur einen (aus der Erfahrung entstandenen) *Rechtsbegriff*. Danach liegt eine Doppelgesellschaft vor, «wenn zwei oder mehrere Personen zwei Gesellschaften bilden und diese zu einem wirtschaftlich einheitlichen Gebilde verschweißen, wobei die eine Gesellschaft als abhängiges geschäftsführendes Organ der andern tätig ist»[48].

Folgerichtig kann man *Grundgesellschaft* und *Organgesellschaft* unterscheiden. Die Grundgesellschaft ist aller Regel nach eine *ein-*

[47] Vgl. dazu ausführlich hinten S. 470ff.

[48] NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 9.

fache Gesellschaft[49]. Die Organgesellschaft dagegen kann die Form der AG, der GmbH, des Vereins oder der Genossenschaft annehmen[50]. Für Unternehmenskooperationen kommt namentlich die Kombination mit einer AG in Frage, weil in der GmbH und der Genossenschaft Kooperationspflichten durchaus aus Nebenleistungs- oder gewöhnlichen Beitragspflichten begründet werden können, so daß man es dort mit der *Einheitsgesellschaft* bewenden lassen kann[51].

2. Grundsätzliche Eignung

Da die Eignung der einfachen Gesellschaft bereits bejaht worden ist, stellt sich hier nur die Frage, ob die AG überhaupt den Zweck verfolgen darf, im wirtschaftlichen und durchaus auch im Rechtssinne *Organ einer einfachen Gesellschaft zu sein.* Die herrschende Meinung bejaht im Blick auf Art. 620 Abs. 3 OR die Möglichkeit, eine AG zum Zwecke der Geschäftsführung (als geschäftsführendes «Organ») der einfachen Gesellschaft zu gründen[52].

Hat man es mithin mit einer einfachen Gesellschaft zu tun, die sich für den Außenverkehr *Rechtspersönlichkeit* durch eine Organ-AG verschafft, ist die Eignung für die Unternehmenskooperation ohne weiteres zu bejahen. Jedermann kann über die einfache Gesellschaft die Mitgliedschaft der Doppelgesellschaft erlangen, jede im Rahmen von Art. 20 Abs. 1 OR zulässige Leistung kann Gegenstand der Kooperationsverpflichtung werden. Dazu kommt die Möglichkeit der *direkten Teilnahme* am Außenverkehr durch die mit Rechtsfähigkeit und eigener Firma ausgestattete AG.

3. Vorzüge

Die Vorzüge der Doppelgesellschaft liegen darin, daß sich die

[49] So NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 282f.; dort auch der Hinweis, daß das Grundverhältnis ausnahmsweise ein Verein, eine GmbH oder gar eine Kollektivgesellschaft ist.

[50] NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 350f.

[51] Vgl. zur Frage der Zulässigkeit der Doppelgesellschaft: hinten S. 471f.

[52] SIEGWART, Kommentar, Einleitung N. 4f.; Art. 620 N. 2; WEISS, Kommentar, Einleitung N. 325; FUNK, Kommentar, Art. 620 N. 6.

positiven Seiten der beteiligten Elementgesellschaften sinnvoll zusammenfügen lassen. Freilich ist zu beachten, daß eine solche Kumulation der Vorzüge nicht die automatische Folge der Verwendung zweier Rechtsformen ist, sondern erheblicher *Abstimmungs- und Gestaltungsarbeit* bedarf, damit sich die beiden Strukturen nahtlos zusammenfügen.

4. Nachteile

Die Nachteile der Doppelgesellschaft reflektieren einerseits die *schlechte Prädisposition* der Elementgesellschaften oder aber die *mißlungene Abstimmung* der beiden (im Grunde sehr verschiedenen) Gesellschaftsfiguren.

Das zeigt sich schon bei der *Gründung:* Will eine Zweimann-Kooperation in Gestalt der einfachen Gesellschaft zur Doppelgesellschaft werden, bedarf sie eines Strohmannes (Art. 530 Abs. 1; 625 Abs. 1 OR). Ähnlich verhält es sich bei der *Haftung:* Die einfachen Gesellschafter haften, wenn nicht im Einzelfall anderes vereinbart worden ist, unbeschränkt und solidarisch (Art. 544 Abs. 3 OR). Demgegenüber stehen die Aktionäre der nach außen auftretenden Organgesellschaft überhaupt nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ein (Art. 620 Abs. 2; 680ff. OR). Die daraus folgende *Gefährdung der Gläubigerinteressen* wird nach der Lehre überwunden, indem die einfache Gesellschaft (das sind die Gesellschafter) für die Verpflichtungen auch der Organgesellschaft soll einstehen müssen[53].

Weiter ist zu bedenken, daß zwei *Mitgliedschaften* nebeneinander bestehen, deren *Übertragbarkeit* unter Umständen in verschiedenem Maße beschränkt ist. Alsdann kann es geschehen, daß ein Kooperant zwar noch Gesellschafter, aber nicht mehr Aktionär ist. Eine schwere Belastung bringen in diesem Zusammenhang *unterschiedliche Beendigungsgründe* für die Mitgliedschaft der Gesellschafter und die völlig *verschiedene Beständigkeit* der Gesellschaften zumal im Blick auf Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen der Gesellschafter. Komplikationen entstehen auch da-

[53] NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 4; GEILER, in: DÜRINGER/HACHENBURG, Kommentar, Anm. 332; vgl. dazu auch hinten S. 480f.

durch, daß in jedem Fall die Geschäftsführung (i.w.S.) der einfachen Gesellschaft neben der *Verwaltung der AG* in irgendeiner Form koexistieren muß. All das schürt die Gefahr des *Rechtsstreites* und des *Auseinanderfallens*.

5. Korrekturmöglichkeiten

Die Korrekturen lassen sich namentlich über die *einfache Gesellschaft* anbringen. Allemal geht es darum, die beiden Mitgliedschaften zu *koppeln,* die Kompetenzen der beteiligten Geschäftsführungen *abzugrenzen* und die Dauer der beiden Gebilde aufeinander *abzustimmen*. Aktienrechtlich kann man hauptsächlich über die *Vinkulierungsordnung* (Art. 686 Abs. 1 OR) korrigieren.

6. Anwendungsbereich

Die Doppelgesellschaft kommt dort in Frage, wo das Kooperationsprojekt verhältnismäßig *hohen Kapitalaufwand* erfordert. Man muß sich indessen davor hüten, Doppelgesellschaften auch dort ins Leben zu rufen, wo *Einheitsgesellschaften,* wie die GmbH oder die Genossenschaft, als Kooperationsformen durchaus genügen.

XIV. Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)

Nur der guten Ordnung halber wird in dieser Übersicht angemerkt, daß man im Zusammenhang mit der Unternehmenskooperation von *Gemeinschaftsunternehmen* in der Regel dann spricht, wenn die Partner sich einer *Rechtsform mit juristischer Persönlichkeit* bedienen. Kooperieren somit mehrere Partner mittels einer Einheits-GmbH, Einheits-Genossenschaft oder einer Doppelgesellschaft, so ist die Rede von Gemeinschaftsunternehmen, die nach amerikanischem Sprachgebrauch auch «joint business ventures» geheißen werden[54].

[54] Vgl. dazu ausführlich hinten S. 481 ff.; ferner ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 317.

XV. Rechtsvergleichender Ausblick: Das Groupement d'Intérêt Economique des französischen Rechts

1. Begriff

Nach Art. 1 der *Ordonnance N° 67–821* vom 23. September 1967[55] wird ein Groupement d'Intérêt Economique (GIE) errichtet durch zwei oder mehrere natürliche oder juristische Personen, um *für eine bestimmte Dauer* «alle Mittel einzusetzen, die geeignet sind, die wirtschaftliche Tätigkeit seiner Mitglieder zu erleichtern oder zu fördern, die Ergebnisse dieser Tätigkeit zu verbessern oder zu vergrößern»[56]. Diese *Legaldefinition* bedarf der Ergänzung nach verschiedenen Richtungen hin: Einmal ist das GIE nach ausdrücklicher Vorschrift der Verordnung rechts- und (voll) handlungsfähig: «Le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre de commerce, sans que cette immatriculation emporte présomption de commercialité du groupement» (Art. 3). Damit wird das GIE vom *Verein* des französischen Rechts abgegrenzt, der zwar rechts-, aber nicht voll handlungsfähig ist (Art. 11 des Gesetzes vom 1. Juli 1901). Alsdann besteht für die Mitglieder keine Verpflichtung zur Leistung von Einlagen, womit (wie auch mit der gesetzlichen Zweckumschreibung des GIE) die Abhebung von der *Gesellschaft* erfolgt, für die in den Art. 1845 ff. CC ausdrücklich die Einlagepflicht statuiert wird[57].

[55] Recueil Dalloz Sirey 1967, S. 361 ff.

[56] VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 32; dazu der Originaltext: «Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles, pour une durée determinée, un groupement d'intérêt économique en vue de mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité.»

[57] Vgl. zu diesen ergänzenden Merkmalen VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 39 ff.; GUYON/COQUEREAU, Le groupement d'intérêt économique, S. 38 f., 35 ff.; LAVABRE, Le groupement d'intérêt économique, S. 9 ff.; BOTT/ROSENER, Das Groupement d'Intérêt Economique, S. 364 ff.; GUYÉNOT, Les contrats de groupement d'intérêt économique, S. 38, 48; DERSELBE, Les groupements d'intérêt économique et leur vocation européenne, S. 53 ff.

Die Mitglieder des GIE *haften* für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft *solidarisch* und *unbeschränkt,* aber *subsidiär* (Art. 4), wobei freilich die Solidarität durch Vertrag mit dem Dritten ausgeschlossen werden kann (Art. 4). Kennzeichnend ist ferner die zwingende Regel des Art. 9 Abs. 2, wonach jedes Mitglied der Verwaltung im Verkehr mit Dritten «engage le groupement par tout acte entrant dans l'objet de celui-ci. Toute limitation de pouvoirs est inopposable aux tiers». Anderseits sind im *Innenverhältnis* alle Beschränkungen der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zulässig (Art. 9 Abs. 1).

Als *juristische Person* ist das GIE organisiert: Mitgliederversammlung (Art. 8), Geschäftsführungsorgan (Art. 9), Kontrollorgan der Geschäftsführung (im Sinne des deutschen Aufsichtsrates; Art. 10) und Rechnungsprüfer (Art. 10). *Eintritt und Austritt* von Mitgliedern sind nach *Maßgabe des Vertrages,* aber wohl auch ohne vertragliche Vorschrift zulässig[58] (Art. 7). Die Verordnung sieht demgegenüber ein *Ausschlußrecht* nicht vor, steht aber dessen vertraglicher Einführung auch nicht entgegen. Die *Übertragbarkeit* der Mitgliedschaft ist nicht geregelt, wenngleich Art. 2 bestimmt, die Rechte der Mitglieder könnten nicht in übertragbaren *Wertpapieren* verkörpert werden. Man wird annehmen müssen, mit Zustimmung aller oder aufgrund einer entsprechenden Vertragsklausel könne die Mitgliedschaft wie bei der Kollektivgesellschaft übertragen werden[59].

[58] Der Text des Art. 7 ist insofern unklar, als man folgern könnte, beim Fehlen vertraglicher Regeln seien Eintritt und Austritt unzulässig. Demgegenüber wird man anzunehmen haben, der Neueintritt bedürfe ohne entsprechende Klausel im Errichtungsvertrag einer Vertragsänderung und der Austritt sei schlechthin möglich, könne aber durch den Vertrag eingeschränkt werden; vgl. zu dieser Kontroverse: VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 62ff. und dort zitierte weitere Literatur; vgl. auch GUYON/COQUEREAU, Le groupement d'intérêt économique, S. 107f.

[59] GUYÉNOT, Les contrats de groupement d'intérêt économique, S. 94; VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 66; GUYON/COQUEREAU, Le groupement d'intérêt économique, S. 111; LEFEBVRE, Memento pratique des sociétés commerciales, S. 1077; LAVABRE, Le groupement d'intérêt économique, S. 148ff.

2. Funktion

Das GIE ist gedacht als genuine *Rechtsform zwischenbetrieblicher Kooperation:* «En outre les chances des entreprises de moyenne importance doivent être préservées... D'où l'intérêt, pour des entreprises désireuses de conserver leur individualité et leur autonomie, de mettre en commun certaines de leurs activités, telles que: comptoirs de vente, bureaux d'exportation ou d'importation, organismes de recherche.»[60] Es wird im Bericht weiter festgestellt, dem französischen Recht fehle eine geeignete Form einer solchen «mise en commun». Daraus hat man zu folgern, daß das GIE eine *neue Rechtsform* im Dienste der Unternehmenskooperation sein will, die sich angesichts der Entstehung des Gemeinsamen Marktes aufgedrängt hat. Rechtssystematisch soll das GIE die Dichotomie überwinden, die im französischen Recht durch die am Merkmal der Gewinnerzielung und -verteilung strukturierten Gesetzestypen «société» und «association» entstanden ist[61].

60 Rapport au président de la république, Recueil Dalloz Sirey 1967, S. 361.

61 Vgl. ausführlich dazu LAVABRE, Le groupement d'intérêt économique, S. 9ff.; vgl. auch BOTT/ROSENER, Das Groupement d'Intérêt Economique, S. 365: «Die Absicht des Verordnunggebers läßt sich danach so zusammenfassen: Es sollte eine den modernen wirtschaftspolitischen Bedürfnissen angepaßte Gesellschaftsform geschaffen werden, die – unkompliziert und zweckmäßig – die Nachteile der ‹Société› einerseits und der ‹Association› andererseits vermeidet. Im Ergebnis steht das G.I.E. systematisch zwischen den beiden genannten Formen.» Die auch zum Zwecke der Förderung zwischenbetrieblicher Kooperation geschaffene Société Conventionnée (ordonnance No. 59–248 vom Februar 1959) hat den Zweck nicht erfüllt. Das mag daran liegen, daß Gesellschafter einer solchen Société Conventionnée nur Unternehmen werden können, die am Tage ihres Beitrittes nicht mehr als 500 Angestellte beschäftigen und deren effektives Kapital 500 Mio. fFr. nicht übersteigt. Wichtiger ist aber, daß sich die Société Conventionnée in einer Vereinbarung mit dem Staat verpflichten muß, als Hauptzweck «die Aufsuchung von Märkten und den Verkauf der Produkte ihrer Mitglieder, die Angleichung dieser Produkte an die neuen Bedingungen der Märkte, die Bewilligung von Qualitätsgarantien und die Verbesserung der Geschäftsmethoden, die diesen Zielen entgegenkommen» (Art. 1), zu verfolgen. Solche Verpflichtungen gegenüber dem Staat (mit entsprechender Kontrollmöglichkeit) gehen privatwirtschaftliche Unternehmen nur ungern ein.

3. Vergleich mit dem schweizerischen Recht

Man ist versucht – in grober Vereinfachung zwar, aber immerhin –, das GIE als *einfache Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit* zu qualifizieren. In der Tat stehen die Hauptunterschiede zur einfachen Gesellschaft in engstem Zusammenhang mit der *juristischen Persönlichkeit* des GIE: Eintragspflicht (und damit verbundene Publizität), Organisation (mit Verantwortlichkeit und firmenähnlicher Bezeichnung) sowie vor allem: gesetzlich umschriebene Vertretungsmacht (nach dem Prinzip der «spécialisation»), die nach außen gültig nicht weiter beschränkbar ist. Dazu ist anzumerken, daß nach dem schweizerischen Recht der einfachen Gesellschaft durchaus eine *Organisationsstruktur* geschaffen werden kann, die dem GIE entspricht (vgl. z.B. die Gleichstellung nach Art. 62 ZGB), weil das Innenverhältnis kaum von zwingenden Normen beherrscht wird[62]. Demgegenüber kann sich die einfache Gesellschaft unter keinem Titel ins *Handelsregister* eintragen lassen. Auch fehlt die Möglichkeit, das gesetzlich vorgesehene *Stellvertretungsverhältnis* durch den Gesellschaftsvertrag in eine unbeschränkbare fest umschriebene Vertretungsmacht umzuwandeln, da nach Art. 34 Abs. 2 OR der Vollmachtgeber nicht im voraus auf sein Widerrufsrecht verzichten kann[63]. Erst recht sind die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft außerstande, sich selbst *Rechts- und Handlungsfähigkeit* zuzusprechen, so daß eine einfache Gesellschaft (anders als das GIE) nie *Träger eines Vermögens* sein kann.

Welches sind nun die Besonderheiten des GIE gegenüber der einfachen Gesellschaft, die *nicht* auf der Rechtspersönlichkeit beruhen? Vorab gehört dazu nicht etwa die Möglichkeit, die Mitglieder von Geldbeiträgen zu befreien (Art. 2 letzter Halbsatz); denn das anzuordnen steht auch den Gesellschaftern der einfachen Gesellschaft frei. Eine Besonderheit liegt aber darin, daß das GIE zwingend auf eine *bestimmte Dauer* begrenzt werden muß. Die

[62] Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 527f.; BROSSET/SCHMIDT, Guide des sociétés en droit suisse, Tome 1, S. 93ff.

[63] Vgl. dazu VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I, S. 318ff.

Gründe für diese Vorschrift sind nicht leicht ersichtlich. Zum Teil nimmt man an, die beschränkte Dauer sei ein Mittel, den *Übergang des GIE* zu stärkeren Konzentrationsformen zu erleichtern. Von anderer Seite wird vorgebracht, man habe ganz einfach die *unstabile Rechtslage* bei unbestimmter Dauer des Zusammenschlusses vermeiden wollen[64]. So oder anders ist zu verbuchen, daß auch die einfache Gesellschaft auf feste Dauer abgeschlossen werden kann (Art. 545 Ziff. 5 OR).

4. Rezeption des GIE?

Der große Vorzug des GIE gegenüber der einfachen Gesellschaft besteht aus kooperationsrechtlicher Sicht in der *Rechts- und Handlungsfähigkeit* und namentlich auch in der gesetzlich umschriebenen und nach außen unbeschränkbaren *Vertretungsmacht*. Man wird aber sofort einschränkend bemerken müssen, daß zahlreiche «introvertierte» Kooperationsverhältnisse weder auf die juristische Persönlichkeit noch auf gesetzlich umschriebene Vertretungsmacht angewiesen sind. Und selbst wo die Umstände anderes fordern, wird man bedenken wollen, daß neben der *GmbH* und der *Genossenschaft* (als Einheitsgesellschaften) zumal die *Doppelgesellschaft* in Griffnähe liegt. Also ist ganz einfach zu fragen, wie die Doppelgesellschaft (mit der AG als Organgesellschaft) im Vergleich zum GIE als Kooperationsform abschneidet.

Zunächst: Die Doppelgesellschaft ist eine komplizierte Veranstaltung, deren Konstruktion von den Beteiligten viel Sachverstand fordert. Die «Koppelung derart verschiedener Strukturelemente, wie sie diesen beiden Formen zugrunde liegt, (führt) oft zu Unverträglichkeiten und Ungereimtheiten ...»[65]. Das trifft um so mehr zu, als nicht ein (wohl bedachtes) Werk des Gesetzgebers dahintersteht, sondern *praktische Notwendigkeit*. Überdies be-

[64] Referat über die verschiedenen Auffassungen bei VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 33; vgl. im übrigen auch GUYON/COQUEREAU, Le groupement d'intérêt économique, S. 26f.

[65] VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 52 (mit Bezug freilich auf das GIE).

stehen auch Zweifel, ob die Doppelgesellschaft nicht doch eine verkappte Nebenleistungs-AG sei.

Im einzelnen wird man mit den Schwierigkeiten der autonomen Typenverbindung sofort konfrontiert, wenn man an die Möglichkeit des *getrennten Schicksals der beiden Mitgliedschaften denkt.* Was etwa, wenn eine Stimmrechtsbindung die Geltung gegenüber einem ausgeschlossenen Gesellschafter verliert und dieser in der GV der AG neckisch seine ungebundene Stimmkraft im ausschließlich eigenen Interesse nutzt[66]? Auch ist die Frage der Haftung der Gesellschafter für «Organschulden» der AG gegenüber der eindeutigen Regelung des GIE nicht zweifelsfrei geklärt[67].

Trotzdem: all das rechtfertigt nach der hier vertretenen Auffassung *nicht die Übernahme* des GIE oder einer ähnlichen Rechtsform[68] ins schweizerische Recht. Zwar kann das nämliche Ziel mit-

[66] Vgl. dazu ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 323.

[67] Vgl. dazu ausführlich hinten S. 480f.

[68] Das im Kontext abgegebene Urteil gilt auch gegenüber dem Vorentwurf einer Verordnung zur Schaffung einer «Europäischen wirtschaftlichen Interessengemeinschaft», den die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ausgearbeitet hat. Dieser Entwurf lehnt sich stark an das GIE an. Beachtlich ist indessen, daß er nur funktionale Kooperation zulassen will und die gegenständliche ausschließt. Zwar ist nach Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs ausschließlicher Zweck der Europäischen wirtschaftlichen Interessengemeinschaft die Erleichterung und Förderung der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder, die Verbesserung oder Steigerung der Ergebnisse dieser Tätigkeit. Auch darf sie nicht Erzielung und Verteilung von Gewinn zum Zwecke haben. Dazu kommt aber – und das steht im Gegensatz zum GIE –, daß nach Abs. 3 des Art. 2 die Herstellung von Gütern ausdrücklich verboten wird; vgl. dazu GUYON/COQUEREAU, Le Groupement d'intérêt économique, S. 20: «Le rapport préliminaire à l'ordonnance en donne quelques exemples: comptoirs de vente, bureaux d'exportation et d'importation, organismes de recherche. Mais s'il peut s'agir d'autres activités telles que les groupements d'achat, *les unités de production,* les agences de publicité, les pools de banque ou d'assurances, les centres de documentation, les organismes d'assistance technique et de coordination, les bureaux de recouvrement de créances, les activités communes pratiquées jusqu'ici par les entreprises pilotes ou les ‹joint ventures› anglo-saxons» (Hervorhebung von mir; W. R. Sch.). Im europäischen Entwurf fehlt ferner eine zwingende Begrenzung der Dauer. Auch ist die Mitgliedschaft selbst dann nicht übertragbar, wenn alle zustimmen oder der Vertrag eine entsprechende Klausel enthält. Der organisatorische Aufbau ist im Vergleich zum GIE einfacher. Im Verhältnis zu Dritten sind Vertreter gemäß

tels *Doppelgesellschaft* nur um den Preis komplizierter Vermengung verschiedener Verbandsprinzipien erlangt werden, und die Lösung bleibt eben deshalb schwerfällig und problemgeladen zugleich. Bevor indessen unbesehen rezipiert wird, mag man erwägen, ob nicht durch *Zulassung der Nebenleistungs-AG* oder durch *Aufweichung des genossenschaftlichen Kopfstimmprinzips* vorangeschritten werden soll[69].

§ 9. Rechtsfragen der Unternehmenskooperation i. e. S. im zeitlichen Ablauf der Zusammenarbeit

I. Vorbemerkungen

Ein Blick auf die unabsehbare *Fülle der Literatur* zur Unternehmenskooperation zeigt sogleich, daß man der Auseinandersetzung mit allgemeinen Rechtsfragen tunlich ausweicht. Zwar finden sich überall ausgiebige Erörterungen zur *kartellrechtlichen Problematik,* zumal nach deutschem oder nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften. Doch scheint man allenthalben übersehen zu wollen, daß der kartellrechtliche Aspekt zwar wichtig, aber bei weitem *nicht allein maßgebend* ist.

Unternehmenskooperation ist ein Stichwort für eine bestimmte Art der Organisation unternehmerischer Zusammenarbeit, die sich aller Regel nach innerhalb eines *rechtlichen Rahmens* abspielt. Also hat der Jurist Vorschläge für eine möglichst *sachgerechte Ordnung* zu machen, *künftige Schwierigkeiten* vorauszusehen und in die Regelung einzubeziehen und endlich allfällig *negative Rechtswir-*

dem Entwurf unbeschränkt bevollmächtigt, was dem französischen Prinzip der «spécialité» widerspricht, aber ganz auf der Linie des Art. 9 der 1. Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 liegt. Anders als das GIE kann die Interessengemeinschaft europäischen Rechts nach dem Vorentwurf sich nicht öffentlich an den Kapitalmarkt wenden oder Schuldverschreibungen ausstellen. – Auch ein derart modifiziertes spezifisches Kooperationsinstrument erregt beim schweizerischen Juristen keinen Neid. Man wird gegenteils unaufhaltsam die Schöpfer unserer einfachen Gesellschaft loben müssen!

69 Zu gleichen Ergebnissen gelangt VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 115ff., der das GIE sowohl mit der BGB-Gesellschaft als auch mit dem nicht rechtsfähigen Verein des BGB vergleicht.

kungen bestimmter Kooperationsformen nach Möglichkeit zu korrigieren. Diese Arbeit muß geleistet werden, auch und gerade wenn die kartellrechtliche Unbedenklichkeit einer Kooperationsform feststeht.

Nun hat es natürlich seinen Grund, daß die Literatur sich mit den *vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Fragen* nur gerade am Rande befaßt. Kooperation der Unternehmungen im hier verstandenen Sinn ist ein verhältnismäßig modernes Phänomen, wenn man auf die *Zahl der Kooperationsfälle* abstellt. Wie bereits bei der begrifflichen Erörterung betont worden ist, sind aber Unternehmenskooperationen unter anderen Bezeichnungen längst vorbekannt. Doch ist nicht zu verkennen, daß die *tatsächliche Verwendung* dieser Zusammenarbeitsform in der unternehmerischen Praxis erst in den letzten Jahren um sich gegriffen hat[1].

Folglich fehlen ganz einfach die *Erfahrungen,* aufgrund derer typische (oder atypische) Rechtsprobleme anfallen. Zwar ist von der Sache her bekannt, worauf das Augenmerk bei der rechtlichen Regelung zu richten ist[2]. Da aber jede rechtliche Kooperationsordnung am konkreten Fall *Feinmaß* zu nehmen hat und sich nicht auf gerichtliche Urteile oder andere Erfahrungssätze stützen kann, verschreibt man sich in der Praxis häufig der Methode des *«trial and error»:* Man gibt sich eine «vorläufige Ordnung» und wartet ab, ob sie in der Unternehmenspraxis funktioniert. Man pflegt daher Sorge dafür zu tragen, daß diese ersten rechtlichen Fixierungen verhältnismäßig leicht *fortbildungsfähig* sind und somit veränderten Verhältnissen und neuen Bedürfnissen angepaßt werden

[1] Vgl. dazu etwa CEPES/RKW, Grenzüberschreitende Unternehmenskooperation in der EWG, S. 203ff. (statistischer Anhang).

[2] Vgl. dazu vor allem RASCHE, Kooperation – Chance und Gewinn, S. 171ff. (Ablauf eines Kooperationsvorhabens); STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 105ff. (konkrete Fragen zur rechtlichen Sicherung der zwischenbetrieblichen Kooperation); BENISCH, Kooperationsfibel, S. 85ff. (Kooperationstechnik); BDI/RKW, Leitfaden für die Kooperation in der Beschaffung, S. 19ff. (allgemeine Gesichtspunkte für die Kooperation in der Beschaffung); BDI/RKW, Leitfaden für die Kooperation im Vertrieb, S. 23ff. (allgemeine Gesichtspunkte für die Kooperation im Vertrieb); CEPES/RKW, Grenzüberschreitende Unternehmenskooperation in der EWG, S. 55ff. (praktische Erfahrungen bei der grenzüberschreitenden Kooperation).

können. Der Jurist kann sich bei solchem (ungewohntem) Vorgehen jedoch des *Unbehagens* nicht erwehren, weil manch ein (zwar nur «vorläufiger») Entscheid sich oft als richtunggebend erweist, auch wenn er in der Rückschau schlecht wegkommt. Sorgen macht weiter die dem Juristen unvertraute Schwierigkeit, sich mit «offenen» Rechtslagen abzufinden und auf *Rechtssicherheit* im Sinne der Voraussehbarkeit zu verzichten.

Dieses Unbehagen zwingt den Berichterstatter, einer *Darstellung der einschlägigen Rechtsprobleme* nicht auszuweichen. Angesichts des Erfahrungsmangels muß freilich mindestens *methodisch Neuland* betreten werden. Dabei wird es sich als nützlich erweisen, zunächst vom *tatsächlichen Vorgang* der Kooperation im *Zeitablauf* auszugehen und die von der Sache her möglichen Rechtsprobleme *modellmäßig* und unter Berücksichtigung der in Frage kommenden Rechtsformen anzugehen. Es versteht sich aber, daß eine solche Darstellung typischer Rechtsprobleme *aller* Unternehmenskooperationen angesichts der Fülle der einzelnen Erscheinungsformen eine gewisse *Abstraktionshöhe* erhalten muß, was das *Profil* der einzelnen Probleme zwangsweise beeinträchtigt.

Unter solchen Voraussetzungen mag es nützlich sein, in einer *zweiten Runde* unter einem anderen Blickwinkel nach Problemen der Unternehmenskooperation zu fahnden. Hier bieten sich die in der Praxis so oft diskutierten Modelle der Zusammenarbeit an: *Doppelgesellschaft* und *Gemeinschaftsunternehmen.*

II. Rechtsprobleme bei der Entstehung der Unternehmenskooperation

1. Vorbemerkungen

Will man die Rechtsprobleme der Kooperation im Zeitablauf ausmitteln, hat man bei der *Entstehung* zu beginnen. Hier müssen jene Probleme anfallen, die bei der Verwirklichung der Kooperation zwangsläufig auftauchen und die daher regelmäßig auch *rechtlichen Niederschlag* finden. In den beiden anderen Abschnitten werden hernach jene Fragen herausgestellt, die sich *während der Dauer* oder *bei der Beendigung* der Zusammenarbeit stellen.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, muß aber ausdrücklich betont werden, daß die juristische *Beratung* und *Vertragspraxis* schon im *Zeitpunkt der Entstehung* auf die während der *Dauer* oder bei *Beendigung* des Gemeinschaftsverhältnisses herausfordernden Probleme Bedacht zu nehmen hat. Der *sorgfältige Rechtsberater* zeichnet sich somit gerade dadurch aus, daß er schon bei der Entstehung der Kooperation an mögliche Weiterungen während der Dauer und bei der Beendigung des Verhältnisses denkt und *sachgerechte Lösungsvarianten* bereitstellt. Die folgende Darstellung soll es dem Praktiker erleichtern, dieser Sorgfaltspflicht zu genügen.

2. Probleme des Grundsatzentscheides für die Begründung eines Kooperationsverhältnisses

Jede Unternehmung steht im Dienste eines *Zwecks,* der mit bestimmten Mitteln erreicht werden soll. Dieser Zweck muß ins Handelsregister eingetragen werden: Bei Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ist die *Natur des Geschäfts* und bei juristischen Personen ihr Zweck kurz und sachlich einzutragen (Art. 42 HRV). Entscheidet sich die Unternehmensleitung dafür, ein Kooperationsverhältnis einzugehen, ist fraglich, ob dieser Entscheid den *Zweck* oder mindestens den im Recht der AG und der GmbH ausdrücklich genannten *Gegenstand* verändere (Art. 641 Ziff. 3; 781 Ziff. 3 OR). Die Frage ist unerheblich, soweit eine Kooperation durch rechtlich nicht erzwingbare Abreden ins Auge gefaßt wird, da alsdann ein rein *tatsächlicher* Geschäftsführungsakt vorliegt, der höchstens in Gesellschafts- und Kooperationsverhältnissen unter dem Titel der *Verantwortlichkeit* Rechtswirkungen zeitigen kann.

Aber selbst die Begründung einer *rechtlich verbindlichen Kooperation* ist problemlos, wenn die kooperierenden Unternehmungen von Einzelfirmen getragen werden, weil hier bestenfalls (nach dem Vertragsschluß) der Eintrag über die «Natur des Geschäftes» berichtigt werden müßte (Art. 937 OR; 59ff. HRV).

Demgegenüber ist die Frage dann von Bedeutung, wenn ein

gesellschaftsrechtlicher Sachverhalt vorliegt. Konkret hat man zu ergründen, *wer* und unter *welchen Voraussetzungen* im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Organisation den Kooperationsentscheid zu fällen befugt ist. Sind die Träger der kooperationswilligen Unternehmen *Personengesellschaften,* geht es um die Frage, ob eine *Änderung des Gesellschaftsvertrages,* ein *gewöhnlicher Beschluß der Gesellschafter* oder nur gerade ein *Beschluß der Geschäftsführer* erforderlich sei. Hat man es mit *juristischen Personen* zu tun, muß entschieden werden, ob die *Verwaltung* (oder der Vorstand) ohne weiteres zu handeln befugt sei oder ob es eines *statutenändernden Beschlusses* mit allenfalls besonderem Quorum oder qualifizierter Präsenz bedürfe.

Mit Sicherheit kann gesagt werden, daß der Kooperationsentscheid dann *keine Zweckänderung* erfordert, wenn mittels *Individualvertrag* kooperiert werden soll: Bei gegenständlicher Zusammenarbeit geht es darum, bestimmte Produkte nicht mehr herzustellen, die Herstellung neuer Güter nicht aufzunehmen und (z.B. im Rahmen einer Spezialisierungsabrede) den Partner zu beliefern. Erst recht ist *funktionale* Kooperation nicht zweckverändernd, solange sie auf *Austauschverträgen* gründet.

Anders verhält es sich freilich, wenn die Kooperation zur Entstehung einer *einfachen Gesellschaft,* zur Gründung einer *einheitlichen juristischen Person* oder gar einer *Doppelgesellschaft* führt. Alsdann handelt es sich um *Beteiligung* an einer neuen Gesellschaft, was einer *Zweckänderung* bedarf, wenn es nicht im *vertraglichen* oder *statutarischen* Zweck vorgesehen war.

Aber auch wo man die *Zweckänderung* mit Sicherheit *ausschließen darf,* muß man sich fragen, ob nicht mindestens der *Gegenstand* berührt werde. Die Frage kann vor allem im Recht der AG und der GmbH praktisch werden, aber auch im Recht der Personengesellschaften. Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, «Gegenstand» sei als Konkretisierung des Zwecks (im Sinne von Geschäftsbereich) aufzufassen[3], kann man von einer

[3] SIEGWART, Kommentar, Art. 626 N. 32ff.; VON STEIGER, Kommentar, Art. 776 N. 26ff.; ANDRÉ HESS, Gegenstand und Zweck des Unternehmens (OR 626,2 und 641,3), in: SJZ 1938/39, S. 177; E. STEINER, Die Bestimmung des Zwecks der Aktiengesellschaft, SAG 1936, S. 161ff.; DERSELBE, SAG 1938, S. 127 (Brief-

Änderung des Gegenstandes allenfalls bei *gegenständlicher Kooperation* (und auch da nur dann) reden, wenn das Produktionssortiment in den Statuten angeführt wird und der Vertrag zur Einschränkung des statutarisch aufgeführten Produktionsprogramms verpflichtet. Demgegenüber berührt *funktionale Kooperation* den Gegenstand mit Sicherheit nicht, weil es weder rechtlich erforderlich noch überhaupt sinnvoll ist, im Rahmen der gesetzlichen Konkretisierungspflicht die völlig autonome (also nicht kooperative) Wahrnehmung der Unternehmensfunktion anzuführen.

Soweit Zweckänderungen in Rede stehen, bedarf es im *Recht der Personengesellschaften* eines einstimmigen Beschlusses auf Vertragsänderung auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für Gesellschafterbeschlüsse in Abweichung von der gesetzlichen Regel Mehrheitsrecht vorsieht[4]. Anders nur, wenn der Vertrag ausdrücklich *alle Vertragsänderungen* unter das Mehrheitsprinzip stellt[5]. Im *Recht der juristischen Personen* kann der Zweck nur unter Beachtung *besonderer Formvorschriften* geändert werden: Statutenänderung mit zwingender qualifizierter Mehrheit bei AG (Art. 648 OR) und Genossenschaft (Art. 888 Abs. 2 OR) sowie dispositive qualifizierte Mehrheit bei der *GmbH* (Art. 784 Abs. 2 OR)[6]. Im Recht der *KAG* ist die Zustimmung der Mitglieder der Verwaltung nötig (Art. 766 OR).

Änderungen des Gegenstandes im oben umschriebenen Sinne setzen voraus, daß das Produktionsprogramm im Vertrag oder im Statut ausdrücklich angeführt ist. Alsdann bedarf es im Recht der *Personengesellschaften* beim Entschluß zu gegenständlicher Kooperation einer *Vertragsänderung*. Da sie indessen nur den Gegenstand betrifft, braucht man nicht anzunehmen, die Grundlagen der

kasten). Vgl. zur Frage auch SCHWYN, Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung, S. 49ff.

[4] Zutreffend FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 119 Anm. 12; HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 12; vgl. auch BGE 53 II 495.

[5] SCHLEGELBERGER, Handelsgesetzbuch, § 119 N. 7. HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 178 und dort in Anm. 47 zitierte Judikatur und weitere Literatur.

[6] Im Vereinsrecht brauchen sich nicht zustimmende Mitglieder eine Zweckänderung nicht gefallen zu lassen; vgl. Art. 74 ZGB und BGE 86 II 393 (mit wertvollen materiellen Hinweisen auf die Zweckänderung überhaupt).

gesellschaftlichen Beziehungen würden dadurch berührt. Es erscheint daher angemessen, die Änderung durch *Mehrheitsbeschluß* zuzulassen, wenn der *Vertrag* für die Beschlußfassung *generell das Mehrheitsprinzip vorsieht*[7]. Dafür spricht auch, daß im Recht der AG für *Änderungen des Gegenstandes* (z.B. Verengerung des Geschäftsbereiches) nur *qualifizierte Präsenz* vorgeschrieben wird und erleichternde statutarische Abweichungen überdies zulässig sind (Art. 649 OR). Im Recht der *GmbH,* der *KAG* und der *Genossenschaft* dagegen wird ein Unterschied zwischen *Zweck und Gegenstand* nicht gemacht, so daß unter den genannten Voraussetzungen das ordentliche Zweck- (oder Gegenstands-)Änderungsverfahren Platz greifen muß.

Kann der Entschluß zur Kooperation weder als Zweck- noch als Gegenstandsänderung qualifiziert werden, geht es um einen Akt der *Geschäftsführung,* den man aber doch auch als *Rechtshandlung* anzusehen hat, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgeht (Art. 535 Abs. 3 OR). Somit ist im Recht der Personengesellschaften grundsätzlich (also unter Vorbehalt abweichender Vertragsvorschriften[8]) die *Zustimmung aller Gesellschafter* erforderlich. Sofern indessen der Vertrag grundsätzlich das Mehrheitsprinzip für Gesellschafterbeschlüsse anerkennt, genügt diese Mehrheit auch bei Akten ungewöhnlicher Geschäftsführung[9]. Bei *juristischen Personen* reicht ohnehin ein Beschluß des geschäftsführenden Organs aus.

[7] A.M. HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 178, der davon ausgeht, Vertragsänderungen beträfen in jedem Fall die Grundlage der gesamten Beziehungen der Gesellschafter zueinander: «Daß Verträge ohne Zustimmung aller Beteiligten abgeändert werden können, ist etwas Ungewöhnliches. Die Abänderung des Gesellschaftsvertrages ist also durchaus nicht etwas, was der natürliche Lauf der Dinge notwendig mit sich bringt und was deshalb den selbstverständlichen Gegenstand von Gesellschafterbeschlüssen bildet, ohne daß das besonders gesagt zu werden brauchte.» Die im Text vertretene Meinung läßt sich damit rechtfertigen, daß trotz formeller Vertragsänderung materiell eher eine ungewöhnliche Handlung der Geschäftsführung vorliegt; vgl. dazu FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 119 Anm. 12.

[8] HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 12; ebenso BECKER, Kommentar, Art. 535 N. 9; a.M. FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht, Art. 535 (ohne Begründung).

[9] Richtig FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 116 Anm. 8a.

3. Probleme der Partnervermittlung

Sachlich erste Bedeutung kommt der Wahl des «richtigen» *Kooperationspartners* zu. Wer die (zumal die schweizerische) Rechtswirklichkeit kennt, weiß um das gegenseitige *Mißtrauen* der Konkurrenten, das sich von der Undurchsichtigkeit und Unberechenbarkeit des Marktes nährt. Allemal paart sich dieses Mißtrauen mit der Angst aller hilfsbedürftigen Helden, der Notstand könnte allgemein bekannt und damit die «persona» aufrecht zu halten verunmöglicht werden.

Unter solchen Voraussetzungen drängt sich die Tätigkeit irgendwelcher *Vermittler* auf, die das Unmögliche verheißen: Transparenz unter Wahrung der Anonymität zu verschaffen. Es verhält sich hier nicht anders als bei den Heiratswilligen, die sich zwar im Kreise ihrer Freunde der Unwiderstehlichkeit rühmen, heimlich aber in den Salons der Ehevermittler dankbar die Alben durchgehen. Auf dem «Kooperationsmarkt» sind es die Verbände, Banken, Unternehmensberater, Handelskammern und sogar eigens geschaffene Beteiligungsgesellschaften[10], die als Mäkler auftreten.

Besondere Rechtsprobleme stellen sich kaum. Die Vermittlung erfolgt meistens unentgeltlich und auf Initiative der Fachverbände, so daß nicht einmal *Vermittlungsaufträge*[11] vorliegen. Bei *entgeltlicher* Vermittlung oder Abschlußnachweis gegen Vergütung hat man es mit einem *Mäklervertrag* zu tun (Art. 412 Abs. 1 OR). Nach allgemeinen Grundsätzen ist im Falle der Unternehmenskooperation *Doppelvermittlung* (mit Doppelvergütung) zulässig[12], weil Un-

[10] Vgl. dazu die Aktiengesellschaft für Beteiligungen an privaten Unternehmungen der schweizerischen Großbanken; zum Kontext im übrigen auch RASCHE, Kooperation – Chance und Gewinn, S. 72ff. mit Statistiken über die Tätigkeit der RKW-Kooperationsbörse. Vgl. auch a.a.O. S. 83 die Beispiele von «Kooperationsanzeigen»; z.B.: «Chiffre 4242, Anlagenhersteller/Installationsbzw. Eisenwarengroßhandlung/Einkaufskooperation: Industrieunternehmen mit großem Bedarf an Heizungs- und Sanitätsmaterial sucht Kooperation mit Sanitär- bzw. Eisenwarengroßhandlung. Lagerräume im Osten Frankfurts stehen zur Verfügung. Dem gesuchten Partner werden Umsatzausweitung und eventuell Kapitalzufuhr geboten.» Vgl. auch NZZ Nr. 182 (18. April 1973), 13: «Ein ‹Heiratsvermittlungsbüro› für EWG-Unternehmen».

[11] Vgl. dazu GAUTSCHI, Kommentar, Art. 412 N. 2.

[12] GAUTSCHI, Kommentar, Art. 415 N. 2e; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 415 N. 3; BGE 35 II 66.

vereinbarkeit der beidseitigen Pflichterfüllung nicht anzunehmen ist. Im übrigen ist zu beachten, daß als Entgelt nur ein *Pauschallohn* in Frage kommen kann, weil das vermittelte Rechtsgeschäft unentgeltlich ist und daher keine Berechnungsgrundlage abgibt.

Der Mäklerlohn ist nur verdient, wenn die *Ausführungsabreden* beachtet worden sind: Sucht der Auftraggeber einen Partner für die Zusammenarbeit im Verkauf und begründet er mit einem nachgewiesenen, aber auf gemeinsamen Einkauf ausgehenden Interessenten eine Einkaufsgemeinschaft, fehlt es an der Identität von erteiltem und ausgeführtem Auftrag; der Lohn ist nicht geschuldet[13].

4. Probleme der vorläufigen Bindung

4.1 Verhandlungen

Sobald geeignete Partner gefunden sind, beginnt die schwierige Phase der *Verhandlungen*. Hier wie anderswo sind reine Verhandlungen rechtlich unverbindlich, obwohl sie (inhaltlich) Gesellschaften sind[14]. Die besonderen Schwierigkeiten der Verhandlungen über künftige Kooperationsverhältnisse liegen in der oben beschriebenen Tendenz, bloße *Experimentierverhältnisse* zu begründen, die irgendwo zwischen Grundsatzbindung und fortlaufender (unverbindlicher) Verhandlung über Einzelfragen, aber auch über Probleme der juristischen Gestalt u.a.m. liegen.

Diese Phase wird besonders bedeutsam, sobald man sich einmal über den *Grundsatz der Kooperation* ausgesprochen hat und über-

[13] VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 206f.

[14] In der Tat besteht der gemeinsame Zweck solcher Verhandlungen «in der Abklärung, ob es möglich ist, ein Lebensverhältnis durch Abschluß eines Vertrages unter den Verhandlungspartnern gemeinsam zu gestalten»; so JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 569. Die rechtliche Unverbindlichkeit des Gesellschaftsverhältnisses ergibt sich daraus, daß nach dem Intensitätsgrad des gemeinsamen Willens ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vorliegt; vgl. JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 570. Vgl. im übrigen ausführlich dazu HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 99ff., wo die Vorverhandlungen als Trakteure bezeichnet werden; vgl. auch WILLOWEIT, Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, S. 30ff.

einstimmende *Grundvorstellungen* über die Kooperationsbereiche (z.B. Beschaffung, Werbung usw.) gewachsen sind. Das Ergebnis solcher Grundsatzdiskussionen wird aller Regel nach in der Form eines *Protokolls* oder mindestens des *Briefwechsels* festgehalten[15]. Auch jetzt noch wollen die Verhandlungspartner regelmäßig *frei bleiben;* doch verraten solche Protokolle oder «Aktennotizen» oft bereits ein beachtliches Maß an Willensübereinstimmung, so daß es nützlich erscheint, im Traktat ausdrücklich festzustellen, ein *Vorvertrag* sei *nicht* gewollt und das *Protokoll* stelle keine *Punktation* dar[16].

Nun ist aber zu beachten, daß auch diese Phase der grundsätzlichen Bindungsfreiheit *Rechtswirkungen nicht ausschließt.* Zwar kann jeder Verhandlungspartner die Verhandlungen jederzeit abbrechen[17]. Doch steht das Verhandlungsverhältnis unter dem Grundsatz von *Treu und Glauben,* so daß die Besprechungen ernsthaft geführt werden müssen[18], der Partner nicht getäuscht werden darf und Ratschläge nach bestem Wissen und Gewissen erteilt werden müssen. Allenfalls gebietet das «neminem laedere» besondere *Schutzmaßnahmen* im Interesse des Partners[19]. Endlich – und das ist im hier gegebenen Zusammenhang besonders wichtig – können aus der Beendigung der Verhandlungen *Rückgabe- und Geheimhaltungspflichten* entstehen oder *Kosten* fällig werden.

Fraglich und praktisch bedeutsam ist auch, ob die Verhandlungspartner unter einer allgemeinen gegenseitigen *Aufklärungs-*

[15] Vgl. dazu WENNER, Vorverhandlungen und Vorvertrag, S.669ff.: «So heißt es etwa, beide Seiten seien sich darüber einig, daß sie auf der Grundlage gegenseitigen Vertrauens die Frage einer näheren Zusammenarbeit auf einem Gebiet prüfen und eine weitere Besprechung für ein bestimmtes Datum vorsehen wollen.» Vgl. zum Problem auch ALBERTO RAVAZZONI, La formazione del contratto I, Le fasi del procedimento, Milano 1966.

[16] Vgl. dazu HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S.100; WENNER, Vorverhandlungen und Vorvertrag, S.669.

[17] Vgl. dazu und zum folgenden: JÄGGI, Kommentar, Art.1 N.573ff.; HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S.100f.; WENNER, Vorverhandlungen und Vorvertrag, S.669f.

[18] Vgl. BGE 77 II 135ff.

[19] JÄGGI, Kommentar, Art.1 N.578, wo unter Hinweis auf BGE 90 II 456 auch betont wird, daß die Verletzung von Obliegenheiten dann rechtliche Wirkungen zeitigen kann, wenn der Verletzende einen Vorteil für sich beansprucht.

und Auskunftspflicht nach Treu und Glauben stehen. Mit Recht wird eine allgemeine Auskunftspflicht in diesem Stadium verneint[20]; unter besonderen Voraussetzungen freilich kann Gegenteiliges wahr sein[21].

4.2 Punktationen

Haben die Verhandlungen ein bestimmtes Maß an Übereinstimmung gezeitigt, genügen in der Regel *unverbindliche Abreden* nicht mehr. Man wünscht nun, in «Grundsatzerklärungen» oder «Absichtsbekanntmachungen» das Erreichte *festzuhalten* und eine *Verpflichtung* zu begründen, in weiteren Verhandlungen die noch offenen Fragen zu klären. Es soll aber grundsätzlich die Möglichkeit gewahrt bleiben, bei negativem Ausgang der weiteren Verhandlungen auch das bisher Erreichte wieder in Frage zu stellen und auf die Kooperation gänzlich zu verzichten. Rechtlich steht man somit zunächst einfach vor der *Verpflichtung,* in einer bestimmten Zielrichtung zu *verhandeln.* Aller Regel nach sind aber weitere Erörterungen der Parteien von der *Kenntnis* zusätzlicher Unternehmensdaten abhängig. Daher entstehen als Sekundärpflichten aus der allgemeinen Verhandlungspflicht eine Reihe von *konkreten* Verpflichtungen (z.B. Pflicht zur Bekanntgabe der Organisationsstruktur, zur Mitarbeit beim Betriebsvergleich, zur Mitfinanzierung von Markterkundungen usw.). Freiheit und Bindung stehen mithin eng beieinander: «Beide Elemente, die unverbindlichen und diejenigen, die verbindlichen Charakter haben, sind eng miteinander verbunden. Zweck der einzelnen Leistungen, zum Beispiel die Bekanntgabe interner Unternehmensdaten, ist stets die geplante Kooperation.»[22]

[20] JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 576.

[21] Vgl. WENNER, Vorverhandlungen und Vorvertrag, S. 670, der aus dem Gedanken der «sittenwidrigen Schädigung» die Informationspflicht allgemein annimmt; vgl. demgegenüber die differenzierte (und richtige) Meinung von JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 576, wo eine Aufklärungspflicht zur Beseitigung selbst veranlaßter Unklarheiten allgemein bejaht wird, sofern erhebliche Punkte in Frage stehen, «‹welche die Gegenpartei nicht kannte und nicht zu kennen verpflichtet war› (BGE 68 II 303; 77 II 236; 90 II 455).»

[22] WENNER, Vorverhandlungen und Vorvertrag, S. 670.

Rechtstheoretisch geht es in solchen Fällen allemal um *Punktationen:* «Wird der Inhalt eines beabsichtigten Vertrags schriftlich so festgesetzt, daß den Parteien die Entscheidung darüber, ob sie diesen Vertrag schließen wollen, noch vorbehalten bleibt, so spricht man von *Punktationen.*»[23] In diesem Sinn hat man es ganz einfach mit der *schriftlichen Aufzeichnung* des Verhandlungsstandes[24] zu tun.

Man darf aber (und muß es im hier gegebenen Zusammenhang) unter «Punktationen» auch verstehen, was § 885 (des österreichischen) ABGB meint: «Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet worden (Punktation), so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind.» Ginge man von dieser erweiterten Bedeutung aus, so wären mindestens die Grundziele der (auszuhandelnden) Kooperation und die Pflicht zur Fortsetzung der Verhandlungen verbindlich.

Dann aber wäre angesichts des Wortlauts und Sinns von Art. 2 OR sofort zu fragen, ob nicht schon das *Kooperationsverhältnis* überhaupt zustande gekommen sei. Objektiv hängt das davon ab, ob die essentialia bestimmt worden sind. Alsdann hätte der Richter die Kooperation bei mangelnder Einigung über die Nebenpunkte nach der «Natur des Geschäftes» zu gestalten. Subjektiv kann diese Folge verhindert werden, wenn und soweit Parteien Nebenpunkte ausdrücklich zu Hauptpunkten erhoben[25] haben.

[23] VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, S. 148f. (Anm. 12); vgl. dazu auch OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 2 N. 1. BECKER, Kommentar, Art. 22 N. 4: «Bei der Gründung von Kartellen werden, wenn die Verhandlungen sich lange hinziehen, oft Zwischenabschnitte gemacht, indem Grundlinien (Heads of Agreement) aufgestellt werden. Diese können den Charakter von Richtlinien haben oder reine Feststellungen, Punktationen über das unter Vorbehalt der definitiven Stellungnahme gegenseitig zugestandene, darstellen. Sie können aber auch den Charakter eines Vorvertrages haben.»

[24] Zutreffend HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 102.

[25] Vgl. BGE 71 II 270; HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 104. – Dabei wird man im Rahmen des Kooperationsrechts VON BÜREN (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 132f.) nicht folgen können, wonach ein nicht erörterter Nebenpunkt nie die Bedeutung haben kann,

Man sieht, wie wichtig die Frage im einzelnen Fall werden kann, ob man sich in Kooperationsverhandlungen «über alle wesentlichen Punkte geeinigt hat». Ganz allgemein gehaltene Grundsatzerklärungen kann man schlechterdings nicht mehr als substantielle Einigung qualifizieren[26]. Man wird verlangen müssen, daß die Kooperationsform bereits konkretisiert worden ist (z.B. Gemeinschaftswerbung mit einem Gütezeichen) und daß mindestens über die in Frage kommenden Varianten der Rechtsform Klarheit herrscht. Negativ formuliert: «Es sollte keiner Partei mehr freigestellt bleiben, zwar am Willen zur Kooperation festzuhalten, aber einen völlig neuen Gegenstand oder eine neue Form der Zusammenarbeit vorzuschlagen.»[27, 28]

4.3 Vorverträge

Die Parteien können freilich bei diesem Stand der Verhandlungen auch *Vorverträge* im Sinne von Art. 22 Abs. 1 OR abschließen[29]. Unmittelbare Rechtsfolge des Vorvertrages ist die Entstehung einer *Kontrahierungspflicht*[30]. So weist FRIEDLÄNDER[31] darauf hin, in der Kartellpraxis sei ein Vorvertrag anzunehmen, wenn die wesentlichen Vertragsbestimmungen (z.B. Kontingente,

daß der Vertrag mangels Einigung darüber nicht zustande gekommen wäre. Angesichts der Tragweite der Unternehmenskooperation kann eine nicht erörterte Frage sehr wohl nachträglich nach dem Willen der Parteien den Rang eines Hauptpunktes einnehmen.

26 Zum Beispiel: «Die Parteien sind sich darüber einig, daß sie im Bereich der Werbung miteinander kooperieren werden.»

27 WENNER, Vorverhandlungen und Vorvertrag, S. 671. – Eine solche Konkretisierung erscheint mir im Rahmen des Kooperationsrechts als unerläßlich, obwohl zugegebenermaßen die Parteien grundsätzlich den Vertrag abschließen können, auch wenn sie sich über nicht essentielle Hauptfragen noch nicht geeinigt haben; vgl. BECKER, Kommentar, Art. 2 N. 3; HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 105.

28 Auf die Fragen des Formvorbehaltes (Art. 16 Abs. 1 OR) wird hier weiter nicht eingegangen, da die meisten Traktate und Punktationen schriftlich abgefaßt werden. Zur Frage der gesetzlich vorbehaltenen Form vgl. hinten S. 363 f.

29 Vgl. zu diesen Heads of Agreement: FRIEDLÄNDER, Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, S. 35; BECKER, Kommentar, Art. 22 N. 4.

30 Vgl. JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 542; BECKER, Kommentar, Art. 22 N. 12.

31 FRIEDLÄNDER, Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, S. 36.

Absatzgebiete) und überdies noch eine Schiedsgerichtsklausel vereinbart worden seien. Die Rechtslage gegenüber konkretisierten Punktationen verändert sich freilich nicht, wenn man mit VON TUHR/SIEGWART annehmen will, der genügend bestimmte oder bestimmbare Vorvertrag sei selbst schon Hauptvertrag; der Berechtigte könnte also nicht bloß auf Vertragsschluß, sondern unmittelbar auf die nach Hauptvertrag geschuldete Leistung klagen[32].

Nach der hier vertretenen Auffassung muß zwischen der *Verpflichtung* zum Vertragsschluß und dem *Hauptvertrag* gesondert werden, falls die Parteien das wollen und ein irgendwie geartetes Interesse daran haben[33]. Namentlich wird man auch rein psychologische Interessen gelten lassen müssen, wie sie HENRICH zutreffend hervorhebt: «Der Richter wird also, vom Regelfall des definitiven Vertrages ausgehend, fragen: Welche *Gründe* hatten die Parteien, vom Regelfall abzugehen? Diese Gründe brauchen nicht notwendig praktischer Natur zu sein, es können auch psychologische Gründe die Wahl der Vorvertragsform erklären ... Ein Vorvertrag kann mit anderen Worten immer dann angenommen werden, wenn die Sache nach der *Vorstellung der Parteien* zum Abschluß des eigentlichen, auf den angestrebten Zweck selbst gerichteten Vertrages aus irgendeinem rechtlichen oder tatsächlichen Grunde *noch nicht reif* erschien.»[34] Man wird zugeben müssen, daß gerade dieser Sachverhalt Kooperationsverhandlungen auszeichnet, so daß hier der *Vorvertrag* ein fruchtbares Wirkungsfeld erhält[35]. Freilich: über die bloße psychologische Hilfe hinaus reicht die Vereinbarung unter dem Titel «Vorvertrag» nicht; so oder anders sind materiell die erforderlichen Konkretisierungen vorzunehmen und offene Fragen zu klären.

[32] Vgl. dazu VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, S. 252ff.; Konsequent VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 213, wonach es den Vorvertrag im technischen Sinn überhaupt nicht geben kann. Vgl. auch GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 113.

[33] Im Kanton Solothurn zum Beispiel können öffentliche Notare Kaufverträge über Grundstücke nicht beurkunden, wohl aber Vorverträge.

[34] HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 115.

[35] So auch WENNER, Vorverhandlungen und Vorvertrag, S. 671.

Was allgemein zum Vertragsschluß ausgeführt worden ist, gilt auch beim Abschluß von *Gesellschaftsverträgen* (Vorgründungsphase). Man hat freilich hier zu bedenken, daß *im Recht der Personengesellschaften* eine Einigung über die Hauptpunkte verhältnismäßig schnell erreicht wird: Erforderlich ist, daß man sich gemeinsam über den *Zweck* und die Gesellschafter klar[36] geworden ist. Indes: Aus einem allzu allgemein gefaßten Zweck[37] kann kaum geschlossen werden, die dispositive Ordnung des Gesetzes sei angemessen und von den Parteien gewollt. Das verhält sich nicht anders, wenn ein eigentlicher *Vorgründungsvertrag* abgeschlossen wird[38]. Im Unterschied zum deutschen Recht ist nicht erforderlich, daß die Gesellschaftsform der zu gründenden Gesellschaft festgelegt wird[39]; Art. 530 Abs. 2 OR schafft hier Klarheit. Für das Kooperationsrecht bedeutsam ist die gerichtlich bejahte Möglichkeit, den Abschluß des Hauptvertrags von einem künftigen *Mehrheitsbeschluß* der am Vorvertrag beteiligten Partner abhängig zu machen[40].

Soll das Kooperationsverhältnis die Gestalt einer handelsrechtlichen Körperschaft annehmen, entsteht zunächst die Vorgesellschaft in Gestalt einer *einfachen Gesellschaft*[41]. Ihr Zweck geht auf Gründung der Körperschaft. Mit Recht ist betont worden, die Erfüllung der Pflichten aus dem Verhältnis der Vorgesellschaft leite über zur *Gründung der Gesellschaft* selbst, womit ein dem Vor-

[36] SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 48.

[37] Vgl. dazu BGE 24 II 109.

[38] Vgl. dazu ausführlich HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 132ff.

[39] Vgl. HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 132.

[40] Vgl. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 18, S. 176; SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 46.

[41] Vgl. dazu HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 132ff.; VON STEIGER, Kommentar, Art. 779 N. 13ff.; SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 629 bis 639 N. 39ff. Vgl. dazu auch FORSTMOSER, Kommentar, Art. 830 N. 8; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 834 N. 5 (kritisch); eine andere Auffassung vertritt REMIGIUS KÜCHLER, Die AG im Gründungsstadium, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. F. Bürgi, Zürich 1971, S. 234 (Rechtsform sui generis). Vgl. auch FABRICIUS, Vorgesellschaften bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: ein Irrweg?, S. 85ff.

vertrag ähnlicher Zustand geschaffen werde[42]. Von einem Vorvertrag im technischen Sinn kann man freilich erst reden, wenn sich die Gründer über die Organisation der zu schaffenden Körperschaft bereits klar geworden sind. Die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft sind nun verpflichtet, eine Körperschaft ganz bestimmter rechtlicher Gestalt ins Leben zu rufen[43]. Fraglich ist dann, ob der Abschluß des Vorvertrages *öffentlich beurkundet* werden müsse, wenn das Gesetz Beurkundung für die Gründung verlangt (wie das für das Recht der AG und der GmbH zutrifft).

Die Frage wird mit der Begründung verneint, Inhalt der Verpflichtung aus Vorvertrag sei die Gründung der Kooperation; es fehle somit an der Identität der Verpflichtungen aus Vorvertrag und aus dem effektiven Gesellschaftsverhältnis[44]. Andere fordern im Blick auf Art. 22 Abs. 2 OR öffentliche Beurkundung[45]. Dieser zweiten Auffassung ist beizupflichten. Zwar ist es richtig, daß der Vorgründungsvertrag nicht zur Festsetzung der Statuten, sondern zur Gründung der Gesellschaft, also zur Übernahme von Aktien (oder der Stammeinlage) oder zur Genehmigung des Statutenentwurfs (im Genossenschaftsrecht) verpflichtet. Doch ist zu beachten, daß die *Erfüllung* dieser Pflichten allemal *formgebunden* ist (öffentliche Beurkundung, Unterzeichnung)[46]. Dann kann nur noch fraglich sein, ob die Formbedürftigkeit des Hauptvertrages «zum Schutze der Vertragschließenden» (Art. 22 Abs. 2 OR) vor-

42 Vgl. SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 629 bis 639 N. 42.

43 VON STEIGER, Kommentar, Art. 779 N. 14, wo ausgeführt wird, daß nötigenfalls Erfüllung in forma specifica verlangt werden kann. Dazu BGE 97 II 511. Vgl. nun neuestens auch BEAT STÜBER, Der Vorvertrag zur Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1973, S. 47ff., 90ff.

44 Vgl. VON STEIGER, Kommentar, Art. 779 N. 15.

45 JANGGEN/BECKER, Kommentar, Art. 779 N. 3; SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 629 bis 639 N. 43, fordert Schriftlichkeit, soweit der Vorvertrag zur Übernahme eines bestimmten Maßes von Aktien fest verpflichtet, und öffentliche Beurkundung nur, wenn eine Verpflichtung zur Einlage von Grundstücken geschaffen werden soll.

46 Öffentlicher Beurkundung bedarf – entgegen SIEGWART (vgl. Anm. 42) – auch die Verpflichtung zur Zeichnung von Aktien. Mit Recht macht HENRICH (Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 163) geltend, entscheidend sei nicht die Form der Aktiengesellschaft bei Sukzessivgründung, sondern die Form der Übernahme von Aktien durch die Gründer (Art. 637 OR; vgl. auch 638

geschrieben sei. Offenkundig sind die Gründungsformen *nicht nur* zum Schutze der Gründer vorgesehen, sondern haben weitgehend *Publizitätsfunktion*[47]. Aber gewiß wollen sie *auch* – zumal soweit die Übernahme der Beteiligung oder der Beitritt (und nicht einfach die Statuten schlechthin) formbedürftig sind – den Gründern die Bedeutung der Bindung klarmachen, womit der Form Publizitäts- und Schutzfunktion zugleich eigen ist[48].

5. Probleme der Partnerzahl

Unternehmenskooperation setzt logisch voraus, daß mindestens zwei Unternehmen beteiligt sind[49]. Sofern also nötigenfalls die Kooperation auf zwei Partner beschränkt werden muß, scheiden Rechtsformen zunächst aus, die mehr als zwei Beteiligte voraussetzen. Die unverbindliche Abrede, der Individualvertrag und die einfache Gesellschaft taugen unter diesem Aspekt mithin ebenso gut wie die GmbH (Art. 1, 530, 775 OR) und die aus anderen Gründen[50] untaugliche Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie der Verein[50a] (Art. 552, 594 OR; Art. 60 ZGB).

OR). Im Recht der GmbH gibt es ohnehin keine Sukzessivgründung und daher auch keinen der Aktienzeichnung vergleichbaren Vorgang.

47 Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 22 N. 12; vgl. auch HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 161 und die dort in Anm. 52 zitierte Literatur.

48 Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 22 N. 13; FISCHER, Aktiengesetz, Großkommentar, § 16 Anm. 23. Vgl. auch BARZ, Aktiengesetz, Großkommentar, § 23 Anm. 23; HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 164, wonach die Form zumindest auch dazu dienen soll, «die fachmännische juristische Beratung der Gründer zu sichern. Die fachmännische Beratung soll vor der Inhaltsfixierung erfolgen. Das bedeutet aber, daß eine Inhaltsfixierung vor der Beratung dem Zweck der Form widersprechen würde. Außerdem indiziert die Notwendigkeit einer fachmännischen Beratung auch eine gewisse *Schutzbedürftigkeit* der Gründer». Zum Ergebnis der Formbedürftigkeit gelangt auch STÜBER (zit. Anm. 43), S. 79.

49 Vgl. etwa BIDLINGMAIER, Begriff und Formen der Kooperation im Handel, S. 357: «Hinsichtlich der *Zahl* der beteiligten Firmen kann nur eine Minimal-Bedingung aufgestellt werden: es müssen mindestens zwei Unternehmungen zusammenwirken.» 50 Vgl. hinten S. 396ff.

50a Nach Vereinsrecht sind drei Gründer erforderlich, wenn das Mehrheitsprinzip gelten soll; HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 535; HAFTER, Kommentar, Art. 60 N. 24.

Also hat man anderseits festzustellen, *AG und Genossenschaft* (wie auch die sonst unpassende Kommandit-AG) kämen als Kooperationsform nur in Frage, wenn mindestens drei (oder sieben) Unternehmensträger zusammenarbeiten wollen (Art. 625 Abs. 1; 764 Abs. 2 und 831 OR). Dazu ist nun freilich anzumerken, daß in allen drei Fällen *Strohmanngründungen* nach herrschender Meinung zulässig sind[51]. Bekanntlich wird überdies in allen drei Rechtsformen geduldet, daß der Mitgliederbestand im Laufe der Zeit unter die gesetzlich vorgeschriebene Zahl absinkt[52]. Da die Strohmänner aber nicht Kooperationspartner sind, muß dafür gesorgt werden, daß die materiell Kooperierenden die Herrschaft über das Gemeinschaftsverhältnis nicht verlieren, falls sie in der Minderzahl sind. Das schafft freilich nur Schwierigkeiten im Genossenschaftsrecht, weil hier der Grundsatz der absoluten Gleichheit im Stimmrecht zwingend ist (Art. 885 OR).

Anderseits ist pro memoria anzumerken, daß der *Individualvertrag* als Kooperationsform in der Regel ungenügend ist (weil mehrere Verträge fordernd), wenn mehr als zwei Partner kooperieren wollen.

6. Probleme der Teilnahmefähigkeit

Potentieller Kooperationspartner ist jeder Unternehmer; also jedermann, der eine Unternehmung betreibt: Einzelkaufleute, juristische Personen (einschließlich Vereine und Stiftungen) sowie Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit im streng positiven Sinn. Sie alle können ungehindert kooperieren in den

[51] Vgl. dazu SIEGWART, Kommentar, Art. 625 N. 9ff.; VON STEIGER, Kommentar, Art. 775 N. 4; VON STEIGER, Das Recht der AG in der Schweiz, S. 36; FORSTMOSER, Kommentar, Art. 831 N. 17ff. und dort zitierte weitere Literatur. – Anderer Auffassung: HERBERT SCHÖNLE, Die Einmann- und Strohmanngesellschaft, Diss. Freiburg 1957, S. 80f., wonach der Handelsregisterführer die Eintragung zu verweigern hat, wenn er den fiduziarischen Sachverhalt beweisen kann (unter Berufung auf Art. 38 HRV).

[52] Vgl. FORSTMOSER, Kommentar, Art. 831 N. 22ff. und dort zitierte weitere Literatur.

Formen der unverbindlichen Abrede, des Individualvertrags, der einfachen Gesellschaft und der juristischen Personen (mit dem Vorbehalt für unbeschränkt haftende Mitglieder von Kommanditaktiengesellschaften)[53]. Soweit indessen (ausnahmsweise) Kollektiv- und Kommanditgesellschaften als geeignete Kooperationsformen in Frage kommen, sind nur *natürliche Personen* mitgliedschaftsfähig (Art. 552, 594 Abs. 2 OR), wenn vom Kommanditär abgesehen wird (Art. 594 Abs. 2 OR). Nun steht freilich auch hier nichts entgegen, daß Handelsgesellschaften mit und ohne juristischer Persönlichkeit durch *Treuhänder* Gesellschafter werden[54]. Da aber der Treuhänder berechtigt und verpflichtet wird, wirken Kooperationsentscheide nur über den Revers zu Lasten des Unternehmens, das von der Handelsgesellschaft getragen wird. Praktischer erscheint es deshalb, die kooperationswillige Handelsgesellschaft als *Kommanditärin* in einer Kommanditgesellschaft mitwirken zu lassen, da bekanntlich unbenommen bleibt, diese atypisch auszugestalten und die Stellung des Kommanditärs der des Komplementärs anzunähern[55].

7. Probleme des Kooperationszwecks

Kooperation ist ein *Mittelentscheid* zur Erfüllung unternehmerischer Zielsetzungen. Im Rahmen dieses Zielsystems (gleichgültig wie es im Einzelfall strukturiert sei) bezweckt Kooperation Kostensenkung oder Ertragssteigerung oder beides. Eine gemeinnützige Unternehmung etwa ist an Kostensenkungen interessiert, weil dadurch mit weniger Mitteleinsatz der Allgemeinheit (oder wem auch immer) die gleiche Leistung erbracht werden oder bei gleichem

[53] Vgl. dazu REINHARDT, Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 44.

[54] Da der Treuhänder Gesellschafter wird, ist Gesetzesumgehung auszuschließen. Im übrigen ist an die skurrile Entstehungsgeschichte der Vorschrift zu erinnern: SIEGWART, Kommentar, Art. 552/553 N. 10f.; HARTMANN, Kommentar, Art. 552 N. 24ff.

[55] Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 293ff. und dort zitierte weitere Literatur.

Mittelaufwand der Ertrag erhöht werden kann. Insoweit ist jeder Kooperationsentscheid durch das ökonomische Prinzip strukturiert und daher *wirtschaftlich*. Man darf auch formulieren: *Kooperationen zwischen Unternehmungen* verfolgen wirtschaftliche Zwecke[56].

Unter diesem Gesichtswinkel erscheinen alle in Frage kommenden Rechtsformen geeignet: unverbindliche Abrede, Individualvertrag, einfache Gesellschaft, Handelsgesellschaften, Genossenschaft, Doppelgesellschaft. Der *Verein* dagegen ist nach ausdrücklicher Vorschrift ausgeschlossen (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Sollte aber das *Bundesgericht* seine widerrechtliche Praxis zum Kartellverein fortsetzen[57], bleibt die Vereinsform selbstredend auch Kooperationen ohne Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes offen. Selbst die *Stiftung* könnte – wäre sie nicht sonst ganz und gar ungeeignet – vom Zweck her als Kooperationsform nicht ausgeschlossen werden[58]. Der guten Ordnung halber ist anzumerken, daß Kooperationen in der Form der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ohne Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes als «nicht kaufmännische Gesellschaften» erst mit dem Eintrag in das Handelsregister entstehen (Art. 553, 595 OR).

[56] Kooperationen erfüllen alle Anforderungen, die nach der herkömmlichen schweizerischen Auffassung an wirtschaftliche Zwecke gestellt werden: Sie dienen einmal dem wirtschaftlichen Fortkommen, lassen die geldwerten Vorteile den beteiligten Unternehmen zukommen, erfüllen nicht nur Bedürfnisse idealer oder geistiger Natur der beteiligten Partner und befriedigen auch nicht altruistische Ziele; vgl. dazu FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 61 ff. und dort zitierte weitere Literatur und Judikatur. Nichts kommt darauf an, daß gegebenenfalls die beteiligten Unternehmungen im Dienste eines idealen Zwecks stehen, sofern sie nur die Bereitstellung knapper Leistungen bezwecken. Alsdann verfolgt die Kooperation zwischen solchen Unternehmungen einen wirtschaftlichen Zweck, wenn sie die Aufwand/Ertrag-Relation betrifft. Ausnahmsweise kann natürlich Unternehmenskooperation zum Beispiel zwischen Einzelunternehmen auch ganz einfach der Ausdruck einer schönen Freundschaft sein, die vielleicht sogar durch die Kooperation veranlaßte höhere Kosten bei den Partnerunternehmungen in Kauf nimmt. Unter diesen Voraussetzungen hat man es mit einer nicht wirtschaftlichen Kooperation zu tun.

[57] Vgl. BGE 90 II 334; FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 64; ferner vorne S. 330 und dort zitierte Literatur.

[58] Vgl. dazu GUTZWILLER, Schweizerisches Privatrecht II, S. 581 f.

8. Probleme der Kooperationspflichten

Kooperationen verpflichten die Partner zu einer *Leistung* im schuldrechtlichen Sinn: zu einem *Tun* oder zu einem *Unterlassen*[59] (einschließlich den Fall des Duldens[60]). Im besonderen verpflichten sich die Partner etwa:

- «alle ihre in der Herstellung, im Verkauf und im Betrieb der Vertragsgegenstände gesammelten Erfahrungen, gewonnenen Erkenntnisse und gefundenen Verbesserungen und Weiterentwicklungen jeweils laufend, mindestens aber am Ende jedes Kalenderjahres mitzuteilen»[61];
- «spätestens 5 Tage nach Auslieferung eine Originaldurchschrift jeder Auftragsbestätigung»[62] mit ganz bestimmten Angaben zu übersenden;
- «Kosten in Prozentwerten an ihren Wirtschaftsverband»[63] zu melden;
- «die Kosten der hergestellten Waren zu errechnen» und dazu «gemeinschaftliche Vordrucke» (z.B. Kontenpläne, Abrechnungsformulare und Kalkulationsschemata) zu verwenden[64];
- der gemeinsamen Gesellschaft zu Beginn jedes Geschäftsjahres zu melden, «bis zu welcher Mindesthöhe sie bei der Gesellschaft im Laufe des Jahres Ware beziehen werden»[65];
- «Stammeinlagen sofort voll einzuzahlen»[66];
- «Angebotsunterlagen, Preise und Konditionen, Rundschreiben

[59] Vgl. dazu vor allem VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, S. 41ff.; LUDWIG ENNECCERUS/HEINRICH LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, S. 5f., 18; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 61ff.; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechtes I, Allgemeiner Teil, S. 6ff.

[60] Zum Dulden wird auch die Modalität des Gestattens gerechnet; VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, S. 45.

[61] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 358.

[62] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 360.

[63] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 370.

[64] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 372f.

[65] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 374.

[66] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 374.

und sonstige Informationen der Genossenschaft gegenüber Außenstehenden vertraulich zu behandeln»[67];
- «Kenntnisse und Ergebnisse aus den Arbeiten der Entwicklungsgemeinschaft vertraulich zu behandeln»[68];
- «der gemeinsamen Vertriebsstelle die erforderlichen Mengen zur Befriedigung der Nachfrage zur Verfügung» zu stellen[69];
- «eingehende Anfragen nach A-Elementen, die sie nicht selbst herstellen, der gemeinsamen Vertriebsstelle zu übermitteln»[70];
- «einander fortlaufend über die Erfahrungen, theoretischen und praktischen Ergebnisse im Bereich der koordinierten Forschung» zu unterrichten[71];
- «einander ihre Schutzrechte auf dem Gebiete der koordinierten Forschung unentgeltlich zur Verfügung zu stellen»[72];
- «einander an ihren auf dem Gebiet der X-Produktion bestehenden und während der Dauer des Vertrages entstehenden Schutzrechten kostenlose, nicht ausschließliche und nicht übertragbare Herstellungslizenzen»[73] zu erteilen;
- einheitliche Typen anzuwenden[74];
- DIN-Normen einzuhalten[75];
- zur Belieferung der «anderen Vertragspartner und einer Lagerhaltung in ausreichender Menge»[76];
- «Beitrittswünsche Dritter wohlwollend zu prüfen und ihnen nach Möglichkeit Rechnung zu tragen»[77];
- «unter Wahrung ihrer selbständigen Stellung im Markt und unter Beibehaltung ihrer geschäftlichen Verbindungen zu den Abnehmern nach vorheriger Abstimmung im Einzelfall Aufträge in den außerhalb ihres bevorzugten Produktionsprogramms lie-

67 Benisch, Kooperationsfibel, S. 379.
68 Benisch, Kooperationsfibel, S. 396.
69 Benisch, Kooperationsfibel, S. 397.
70 Benisch, Kooperationsfibel, S. 397.
71 Benisch, Kooperationsfibel, S. 398.
72 Benisch, Kooperationsfibel, S. 399.
73 Benisch, Kooperationsfibel, S. 70.
74 Benisch, Kooperationsfibel, S. 418.
75 Vgl. Benisch, Kooperationsfibel, S. 419.
76 Benisch, Kooperationsfibel, S. 420.
77 Benisch, Kooperationsfibel, S. 421.

genden Artikeln durch den anderen Vertragspartner ausführen» zu lassen[78];
- die Herstellung von X-Waren untereinander aufzuteilen[79];
- «weitere Sorten nur im allseitigen Einverständnis» herzustellen[80];
- «ihr Sortiment an X-Waren aus der Produktion ihrer Vertragspartner zu ergänzen»[81];
- «die ... aufgeführten Erzeugnisse ausschließlich über die Vertriebs-GmbH abzusetzen»[82];
- «sich gegenseitig ihre Produktionsmittel und Anlagen» zu Selbstkosten zur Verfügung zu stellen, «soweit bei einer der Parteien eine Anlage nicht voll ausgenutzt ist»[83];
- die der Arbeitsgemeinschaft durch den Auftraggeber übertragenen Bauarbeiten gemeinsam auszuführen[84];
- «die für die Bauausführung notwendigen Maschinen und Geräte ... entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis für die erforderliche Zeit bereitzustellen»[85];
- «sich auf dem Produktionsgebiet der Gesellschaft nicht selbständig zu betätigen»[86];
- aus dem Kreis der Inhaber, der vertretungsberechtigten Gesellschafter, der vertretungsberechtigten Organe oder der geschäftsführenden Prokuristen Mitglieder für die Bestellung des Verwaltungsbeirates abzuordnen[87];
- «eine gemeinsame Fabrik ‹Gem› zu gründen» und im Verfolg dieses Zieles (folgenden) Gründungsvertrag zu schließen[88];
- zum Zwecke der «Anbahnung, Vermittlung» und des «Abschluß(es) von Verkäufen von Z-Produkten im Inland und Aus-

[78] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 422f.
[79] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 423.
[80] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 423.
[81] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 423.
[82] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 426.
[83] Vgl. BENISCH, Kooperationsfibel, S. 427.
[84] Vgl. dazu BENISCH, Kooperationsfibel, S. 429ff.
[85] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 440.
[86] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 448.
[87] Vgl. dazu BENISCH, Kooperationsfibel, S. 450ff.
[88] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 453.

land» mit der gemeinsamen Verkaufsagentur Agenturverträge abzuschließen[89];
- die Verkaufspreise (Listenpreise) durch die Agentur bestimmen zu lassen[90];
- beim Vertrieb von Erzeugnissen des Partners als Agenten zu handeln[91];
- «sich mit ihrer individuellen Werbung nicht in Widerspruch zu den Zielen der Werbegemeinschaft» zu setzen[92];
- einen Verein zu gründen und sich durch diesen die Bezeichnung X als Verbandszeichen zur Verfügung stellen zu lassen[93];
- dem Partner (Franchise-Nehmer) Patente und Warenzeichen zu überlassen, know-how zu vermitteln, Kredithilfe zu gewähren, den gebietsweisen Alleinverkauf zu sichern, ihn in der Verkaufsförderung zu beraten und ihm zu helfen, Marktforschung und Werbung zu betreiben, bei der Beschaffung und Einrichtung des Geschäftes sowie bei der Betriebsführung Hilfe zu leisten und den Partner mit seinem Personal auszubilden[94];
- das Geschäft und die Einrichtungen nach einem Vorbild zu gestalten, ein bestimmtes Sortiment zu führen, ausschließlich vom Franchise-Geber zu beziehen, Kundendienst zu leisten, einen Mindestumsatz zu erzielen, verkaufsfördernde und Werbemaßnahmen zu treffen, die innere Verwaltung zu standardisieren, den Betrieb nach einheitlichen Richtlinien zu führen, Marken und Zeichen zu benützen, vom Franchise-Geber bestimmte Wiederverkaufspreise festzusetzen und Kontrollen zu dulden[95];
- eine GmbH zu gründen, welche die Fakturierung, das Inkasso, die Kreditüberwachung von Kunden und die Erstellung von Statistiken zur Verbesserung der Marktübersicht für die Gründergesellschafter besorgt[96].

[89] Vgl. dazu BENISCH, Kooperationsfibel, S. 473.
[90] Vgl. dazu BENISCH, Kooperationsfibel, S. 476.
[91] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 489.
[92] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 490.
[93] BENISCH, Kooperationsfibel, S. 497.
[94] Vgl. zum Franchise-System: BENISCH, Kooperationsfibel, S. 306ff.; sowie hinten S. 493ff. und die dort zitierte Literatur.
[95] Vgl. dazu BENISCH, Kooperationsfibel, S. 308.
[96] Vgl. BENISCH, Kooperationsfibel, S. 512ff.

Zu diesen schuldrechtlich allgemein geläufigen Leistungsformen kommen komplexe Erscheinungen, wie etwa die *Ausschließlichkeitsklauseln:* «Eine Ausschließlichkeitsbindung, so könnte man definieren, liegt überall dort vor, wo ein Rechtsgenosse durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung dazu gezwungen wird, bestimmte Rechtsgeschäfte oder einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften nur mit seinem Vertragspartner vorzunehmen.»[97] Solche Klauseln verpflichten also einerseits zu einer *Leistung* (der Vertragsleistung oder zum Abschluß eines oder mehrerer Verträge), anderseits aber zu einer *Unterlassung* (dem Nichtabschluß von Verträgen gleichen Inhalts mit Dritten).

Praktisch wichtig sind auch die in Kooperationsverhältnissen häufig vereinbarten Pflichten, den *anderen Partner dritten Personen vorzuziehen* «für den Fall, daß er sich zum Abschluß eines bestimmten Vertrages entschließen sollte»[98] (Vorrechtsvertrag). Ferner verpflichten Kooperationen in vielen Fällen die Partner zur Einräumung zumal begründender Gestaltungsrechte durch sog. *Optionsverträge* (Einräumung befristeter Angebote). Bekannt sind solche Optionsrechte der Kooperation im Einkauf: Jeder Partner hat das Recht, sich beim Kauf des anderen mit 50% zu beteiligen[99].

Alle diese Leistungspflichten lassen sich ohne Schwierigkeiten unverbindlich *abreden* oder durch *Individualvertrag* begründen. Ebenso können sie Gegenstand der *Beitragspflicht* im Rahmen von Personengesellschaften und Genossenschaften werden[100]. Zwar ist

[97] FRITZ RITTNER, Die Ausschließlichkeitsbindung in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957, S. 13; vgl. auch KURT H. BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Die Ausschließlichkeitsklausel als Beispiel, Heidelberg 1958, S. 183ff.; SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 20f.

[98] HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 2.

[99] Vgl. dazu FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, S. 150; STECK, Formen und Auswirkungen betrieblicher Kooperation, S. 91; vgl. im übrigen allgemein zu diesen Optionsrechten: HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S. 241f.; vgl. auch HANS U. VOLLENWEIDER, Die Option im Handelsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 76. Heft, Bern 1947, S. 32ff.

[100] Vgl. dazu HELD, Rechtsformen zulässiger Kartelle, S. 42ff.; HILDEGARD BIERI,

in Art. 531 OR nur die Rede von Beiträgen in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit. Doch ist diese Aufzählung nicht erschöpfend[101]. Generell gilt, daß alles, was den Gesellschaftszweck zu fördern geeignet ist, Beitrag sein kann[102].

In allen diesen Fällen schulden sich die Kooperationspartner die Leistungen als *Gesellschafter,* wobei häufig *zusätzliche Individualverträge* nötig werden. Nimmt dagegen die Kooperationsveranstaltung die Gestalt der *juristischen Person* an, so werden die Leistungen der Gesellschaft selbst geschuldet. Das schafft keine Schwierigkeiten beim Verein, bei der GmbH und der Genossenschaft, weil hier allemal neben den erforderlichen oder statutarisch angeordneten Geldleistungspflichten andere Beiträge gefordert werden können.

Im *Vereinsrecht* folgt das unmittelbar aus Art. 71 ZGB[103], im Recht der Genossenschaft aus Art. 832 Ziff. 3 OR. Nach dem Recht der *GmbH* hat man es mit den sogenannten *Nebenleistungs- oder Beitragspflichten* zu tun (Art. 777 Ziff. 2 OR), die nur durch die Statuten begründet werden können. Dabei ist aber zu bedenken, daß Nebenleistungspflichten *sozialrechtlichen Charakter* haben müssen[104], wenngleich die Abwicklung im einzelnen aller Regel nach *individualrechtlich* geprägt ist. Daher ist allemal anzustreben, die Kooperationspflichten vertikal gegenüber der Gesellschaft und nicht als gewöhnliche rechtsgeschäftliche Horizontalbindung zwischen den Gesellschaftern (Kooperationspartnern) auszugestalten. Andernfalls läge – trotz formeller Aufnahme in die Statuten – ein außergesellschaftliches Verhältnis vor[105], das seinerseits natürlich

Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 185, Bern 1941, S. 22ff.; BENISCH, Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen, S. 19f.

101 SIEGWART, Kommentar, Art. 531 N. 4; WIELAND, Handelsrecht I, S. 535; BECKER, Kommentar, Art. 531 N. 3; HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 8, Art. 598 N. 6ff.

102 SIEGWART, Kommentar, Art. 531 N. 4; vgl. im übrigen auch die weitere Fassung des § 706 BGB; dazu WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 188ff.

103 Vgl. dazu HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 551f.

104 VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 25ff.

105 VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 22 (am Ende) mit weiteren Hinweisen.

wiederum gesellschaftsrechtliche Form annehmen könnte (Doppelgesellschaft)[106].

Anders verhält es sich bei der AG, wo bekanntlich *Nebenleistungspflichten* unzulässig sind und daher der Umweg über die einfache Gesellschaft erforderlich wird (Art. 680 Abs. 1 OR). Gleiches muß grundsätzlich für die Kommandit-AG gelten (Art. 764 Abs. 2 OR)[107]. Zwar ist der *Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht* im Aktienrecht gerade in letzter Zeit wiederholt differenziert worden[108]. Aber selbst wenn man diesen Stimmen Gehör zu schenken gewillt ist, muß doch die Grenze dort verlaufen, wo sich eine über die Liberierungspflicht (und bei der Kommandit-AG: über die Haftpflicht) hinausgehende statutarische Verpflichtung «als geeignet erweist, dessen (sc. des Aktionärs) wirtschaftliches Risiko als Gesellschafter unmittelbar oder auch bloß mittelbar zu erhöhen»[109]. Gerade das trifft für die *Begründung von Kooperationsverhältnissen* mit den diesen eigenen Komplikationen und Schwierigkeiten bei der Beendigung im ausgeprägten Maße zu. Eine gegenseitige Abnahme- oder Informationspflicht in gesellschaftsrechtlicher Struktur birgt z. B. unabsehbare Risiken für die betroffenen Aktionäre und ihre Unternehmungen. Die Liberierungspflicht überholende Kooperationspflichten können daher regelmäßig nur über die *Doppelgesellschaft* begründet werden.

9. Probleme der Kapitalbasis

Häufig bedürfen Kooperationen keiner besonderen Kapitalaus-

106 Vgl. VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 33. – Vgl. zum Problem der Nebenleistungen im Genossenschaftsrecht: GUTZWILLER, Kommentar, Art. 833 N. 51ff.; FORSTMOSER, Kommentar, Art. 832/833 N. 104ff.

107 Vgl. dazu auch REINHARDT, Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 42f.

108 Vgl. namentlich ROLF BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, S. 498; FRANÇOIS GILLIARD, Tendances coopératives dans la société anonyme, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. F. Bürgi, Zürich 1971, S. 149ff.; HERBERT WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968; HERREN, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1972 (Manuskript), S. 108ff.

109 HERREN (zit. Anm. 108), S. 113.

stattung im Sinne einer «Vermögensgemeinschaft»[110]: So braucht die Verpflichtung (und Berechtigung) zum gegenseitigen Bezug von Waren im Rahmen eines Spezialisierungsabkommens kaum gemeinsamer Einrichtungen. Falls ausnahmsweise Kosten entstehen, werden *Beiträge von den Partnern* erhoben[111].

Anders verhält es sich, sobald in irgendeiner Form ein *gemeinsames Instrumentarium* nötig wird. Alsdann entstehen Vermögens- und Kapitalgemeinschaften. In den Personengesellschaften wird jeder Sachbeitrag automatisch zum Gesellschaftsvermögen (i.e.S.), wenn er nicht «ad usum» oder «ad sortem» oder (was nur bei der einfachen Gesellschaft zulässig ist)[112] in der rechtlichen Form des Miteigentums erbracht wird. Was nämlich «ad dominium» inferiert und nicht verbraucht wird, scheidet praktisch aus dem Vermögen der Partner aus: «So kommt es zu der Gesamthandsberechtigung der Gesellschafter. Damit wird gleichzeitig das Gesellschaftsvermögen gebunden und die Gesellschaft gegenüber der Person der Gesellschafter verselbständigt.»[113] Das gilt auch, wenn z.B. Hersteller und Alleinvertreter einen gemeinsamen Fonds zur Bestreitung einer Werbekampagne äufnen, weil sie in diesem Bereich ganz und gar Gesellschaft sind[114]. Gleichzeitig mit diesem Gemeinschaftsvermögen entsteht bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (als Folge der beschränkten Vermögenssubjektivität) in Gestalt der Kapitalkonten spiegelbildlich auch *Kapital*[115].

Freilich hat man es in diesen Fällen nicht mit *Kapital* in dem Sinne zu tun, daß ein fester Sperrbetrag sowohl gegen Entnahmen der Gesellschafter als gegen fortgesetzte Entwertung der Aktiven überhaupt schützte. Wie beim *Verein* und der *Genossenschaft* können Dritte somit nicht mit einem Grundvermögen rechnen[116].

110 GYSIN, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, S. 384.

111 Vgl. GYSIN, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, S. 384.

112 Vgl. HARTMANN, Kommentar, Art. 562 N. 24; R. HAAB, Einige Fragen aus dem Grundbuchrecht, in: ZBJV 1925, S. 311; SIEGWART, Kommentar, Art. 562 N. 2.

113 WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, 202 N. 281.

114 Vgl. dazu die ähnlichen Überlegungen von SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 77.

115 Vgl. HARTMANN, Kommentar, Art. 558 N. 11f.

116 Im Genossenschaftsrecht wird freilich trotz Art. 828 Abs. 2 nach herrschender

Nimmt die Gemeinschaftseinrichtung indessen größeren Umfang an, so ist namentlich die *Garantiewirkung* gegenüber Dritten erwünscht. Dann aber hat man sich der Rechtsform der *AG*, der *GmbH*[117] oder der *Doppelgesellschaft* zu bedienen.

10. Probleme der Publizität

Mag sein, daß die Partner das Kooperationsverhältnis *geheim* halten wollen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn horizontale Kooperation innerhalb des gleichen Wirtschaftszweiges vorliegt und die Partner am Markt als Wettbewerber auftreten. Unter solchen Voraussetzungen besteht die Gefahr, daß – zumal bei Markenartikeln – die markentreuen Kunden sich hintergangen fühlen und die Kooperation als Konspiration wider den Konsumenten deuten.

Häufig trifft aber das *Gegenteil* zu: die Kooperanten wollen die Bindung möglichst bekannt machen, etwa um das Prestige des

Auffassung zugelassen, daß die Statuten ein Mindestkapital vorsehen können; vgl. GUTZWILLER, Kommentar, Einl. N. 134ff.; FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 121ff. Im übrigen ist Art. 874 Abs. 2 OR zu beachten, wonach für die Herabsetzung oder Aufhebung der Anteilscheine die Bestimmungen über die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft Anwendung finden sollen; vgl. dazu WALTER HENSEL, Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1947, S. 101ff.; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 874 N. 11ff.; FRANÇOIS JOMINI, Parts sociales et capital dans le droit suisse des coopératives, Diss. Lausanne 1966, S. 111ff. – Im Vereinsrecht ist auf Art. 71 Abs. 2 ZGB hinzuweisen, wonach mangels statutarischer Festsetzung die Mitglieder die zur Verfolgung des Vereinszweckes und zur Deckung der Vereinsschulden nötigen Beiträge zu gleichen Teilen zu leisten haben. Abgesehen vom Sonderfall des Art. 99 HRV liegt indessen keine persönliche Haftung vor. Freilich können die Gläubiger die Ansprüche des Vereins gegenüber den Mitgliedern pfänden lassen, wenn dieser den Einzug unterläßt; vgl. HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 551; SAUTER/SCHWEYER, Der eingetragene Verein, S. 103 mit Hinweis auf die persönliche Haftung des Vorstandes, wenn dieser schuldhaft die Befriedigung der Gläubiger dadurch schmälert, «daß er Vereinsvermögen unter die Mitglieder aufteilt, oder die zur Schuldentilgung benötigten Beiträge von den Mitgliedern nicht erhebt bzw. sie verjähren läßt».

[117] Maximalkapital Fr. 2 Mio.: Art. 773 OR.

Partners auch für eigene Zwecke zu nutzen. Mitunter ist die Publikation geradezu Teil dieses Zusammenwirkens; so im *Franchise-System,* wo die (obligatorische) Verwendung der Unternehmenskennzeichen des Franchise-Gebers demonstrieren soll, der Nehmer sei Teil des Systems und biete damit Gewähr für die vom Publikum im Gefolge der Werbung erwarteten Leistungen. So oder anders ist daher zu prüfen, welche *Publizitätseffekte* die Wahl der Rechtsform zeitigt.

Ohne jegliche Publizität verlaufen Kooperationen in den Formen des Individualvertrages, der *unverbindlichen Abrede,* des *Vereins* und der *einfachen Gesellschaft. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft* dagegen erfordern in jedem Fall, sei es deklarativ nach Art. 934 OR, sei es konstitutiv nach Art. 553 (oder 595) OR, den Eintrag des Namens, des Wohnorts und der Staatsangehörigkeit der Partner (Art. 554 Ziff. 1; 596 Ziff. 1 OR) sowie von Firma und Sitz allfällig als Kommanditäre beteiligter juristischer Personen oder Handelsgesellschaften (Art. 596 Ziff. 1 OR).

Bedeutend weiter reichen die Wirkungen der *externen Publizität* bei der *AG,* der *Kommandit-AG* und der *Doppelgesellschaft* (im Falle der Kombination mit der AG) (Art. 641 Ziff. 1 bis 9 OR). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die *Öffentlichkeit des Registers* nach Art. 930 OR, die auch Belege und Anmeldungen betrifft. Mithin sind im Rahmen der aktienrechtlichen Publizität auch die Art. 78 ff. HRV anwendbar.

Weniger streng sind die Anforderungen an die *externe Publizität* nach Art. 835 OR für die *Genossenschaft* (und die Genossenschaftsdoppelgesellschaft), wobei freilich dem *Genossenschafterverzeichnis* bei Genossenschaften mit persönlicher Haftbarkeit oder Nachschußpflicht nach Abs. 4 durchaus erheblicher Informationsgehalt zukommt[118]. Im übrigen sind auch hier die Art. 93 ff. HRV zu beachten.

Besonders gewichtige Informationen sichern die Publizitätsvorschriften des *Rechts der GmbH* (Art. 781 Ziff. 1 bis 9 OR und Art. 90 und 91 HRV). Ins Gewicht fallen hier namentlich die Pflicht

[118] Anzumerken ist freilich, daß die persönliche Haftbarkeit und die Nachschußpflicht im Kooperationsverhältnis kaum je praktisch werden.

zum Eintrag der *Personalien aller Gesellschafter* nach Art. 780 Ziff. 1 OR und das singuläre Obligatorium, zu Beginn jedes Kalenderjahres dem Handelsregisteramt eine Liste der *Gesellschafter,* der *Stammeinlagen* und der darauf erfolgten *Leistungen* einzureichen oder den status quo zu bestätigen (Art. 790 Abs. 2 OR; Art. 91 HRV). Gleiches muß gelten in der GmbH-Doppelgesellschaft.

11. Probleme der Organisation

11.1 Vorbemerkungen

Kooperationen zeichnen sich dadurch aus, daß die Partner bei Wahrung ihrer unternehmerischen Selbständigkeit einen gegenständlich oder funktional umschriebenen Bereich abstimmen oder ausgliedern. Neben dem *Organisationsablauf* in den beteiligten Unternehmungen gibt es somit eine organisatorische *Struktur der Gemeinschaftsveranstaltung* sowie organisatorische *Beziehungen zwischen den Stammunternehmen und der Kooperation*[119]. «Von besonderem Interesse ist dabei die organisatorische Verzahnung zwischen den einzelnen Unternehmungen und der Kooperationsgruppe selbst.»[120]

Dabei kommt es entscheidend auf den *Intensitätsgrad* der Zusammenarbeit an: Bei loser Kooperation erfolgt die Festlegung der organisatorischen Abläufe sowohl für die Gemeinschaftsaufgabe als auch für die Beziehungen zwischen der Gemeinschaftsveranstaltung und den Partnern uno actu, indem die *kooperierende Spitze* aus der Gemeinschaft der Unternehmensleitungen gebildet wird[121]. Anders bei intensiver Kooperation, wo die Verhältnisse nicht wesentlich anders liegen als bei der Zusammenarbeit zwischen «selbständigen» Unternehmungen. Alsdann müssen die organisa-

[119] Vgl. dazu RÜHLE VON LILIENSTERN, Die Organisation der zwischenbetrieblichen Kooperation, S. 302ff.

[120] RÜHLE VON LILIENSTERN, Die Organisation der zwischenbetrieblichen Kooperation, S. 306.

[121] RÜHLE VON LILIENSTERN, Die Organisation der zwischenbetrieblichen Kooperation, S. 307.

torischen Abläufe innerhalb der Gemeinschaftsorganisation festgelegt und auf die Organisationsstrukturen der Partnerunternehmen abgestimmt werden. Offenkundig tauchen so oder anders bei Bewältigung der organisatorischen Probleme rechtliche Fragen auf.

11.2 Unverbindliche Abreden

Wo die zutreffende Organisationsgestalt erst gesucht wird, man also zunächst einfach «empirisch mit einer kooperativen Zusammenarbeit»[122] beginnt, bedient man sich häufig der rechtlich *nicht erzwingbaren Abrede*. Besondere Rechtsprobleme tauchen daher nicht auf. Sachlich erhält man sich mit dieser Form die erwünschte Flexibilität; freilich um den Preis, «daß man insbesondere die Abläufe der Organisation nicht im voraus festgelegt hat»[123].

11.3 Individualverträge

Typisch für die Kooperation durch Austauschverträge sind etwa im horizontalen Bereich die Vereinbarungen über *Erfahrungsaustausch*. Vertikal mag als Beispiel die gegenseitige Verpflichtung des *Herstellers* und des *Grossisten* dienen, in der eigenen Werbung immer auch auf den Partner hinzuweisen. In solchen Fällen erfolgen die erforderlichen organisatorischen Abstimmungen durch die beteiligten Unternehmensleitungen selbst, und zwar in der Regel unmittelbar *durch die Kooperationsabrede:* Abgrenzung der geheimzuhaltenden von den bekanntzugebenden Erfahrungen, Konkretisierung der Art und Weise (Text, grafische Gestaltung, geographische Verbreitung usw.) gegenseitiger Werbebezugnahmen. Praktisch wird zur Klärung dieser Fragen eine gemeinsame Arbeitsgruppe gebildet, die auch mit der Kontrolle und der Befugnis zu organisatorischen Abstimmungsentscheiden ad hoc betraut wird.

[122] Rühle von Lilienstern, Die Organisation der zwischenbetrieblichen Kooperation, S. 315.

[123] Rühle von Lilienstern, Die Organisation der zwischenbetrieblichen Kooperation, S. 315.

11.4 Gesellschaftsverträge

Hier ist zu beachten, daß die Beziehungen der Partner zueinander und zur Gemeinschaftsveranstaltung sowie die Organisation des kooperativen Gebildes durch *rechtliche Strukturen* mitbestimmt werden. Das zeigt sich sofort, wenn man nach den *gesellschaftsrechtlichen Prinzipien* für die Organisation der *Willensbildung*, der *Geschäftsführung* und der *Vertretung* im kooperativen Bereich fragt.

11.41 Willensbildung

Wird die Kooperation rechtlich in Gestalt einer einfachen Gesellschaft, einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft geführt, so sind die beteiligten Unternehmungen[124] (genauer: die beteiligten Unternehmungsträger) Gesellschafter. Der Gesamtwille der Gesellschaft wird in der *Gesellschafterversammlung* gebildet, die man mit Fug als letzte Entscheidungsinstanz bezeichnet[125]. Der Gesellschaftsvertrag ermöglicht vor allem die laufende Anpassung der Kooperationsorganisation, was bei horizontaler, vertikaler und komplementärer Kooperation (z.B. in der Werbung) praktisch werden kann. Daher fällt die Art und Weise des Zustandekommens solcher Beschlüsse ins Gewicht.

Nach Art. 534 Abs. 1 OR sind Gesellschafterbeschlüsse mit *Zustimmung aller Gesellschafter* zu fassen. Diese Regel sichert zwar die Partner vor organisatorischen Umwälzungen gegen ihren Wil-

[124] Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften nur natürliche Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter.

[125] SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 27; vgl. zur Abgrenzung von Gesellschafterbeschlüssen und anderen Rechtsformen der Willensbildung: SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 2. SIEGWART reiht auch die in Art. 535 Abs. 3 angeordneten Einwilligungshandlungen in Angelegenheiten, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen, unter die Gesellschafterbeschlüsse. Das ist herrschende Meinung (vgl. dazu SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 25 und dort zitierte weitere Literatur; abweichend WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 194 N. 270, wonach die «Zustimmung zu Geschäftsführungshandlungen ... keine Stimmabgabe (ist), die im Beschluß untergeht, sondern ... jede für sich selbständige Geschäftsführungshandlung (anders, falls der Gesellschaftsvertrag einen formellen Beschluß vorsieht)».

len. Allein, sie ist unpraktisch und blockiert das Gemeinschaftswerk, sobald eine Vielzahl von Partnern mitwirken. Hier kann der Gesellschaftsvertrag das *Mehrheitsprinzip* einführen, wobei im Zweifel jedem Gesellschafter eine Stimme zukommt (Art. 534 Abs. 2 OR). Bekanntlich kann die Mehrheit vertraglich indessen auch durch *andere Umstände* umschrieben werden (Höhe der Einlagen, Gewinnanteile, Benützungsanteile)[126]. Stellt man auf die Einlagen ab, so läuft das bei Kooperationsverhältnissen aller Regel nach auf Beibehaltung der Mehrheit nach Köpfen hinaus. Dagegen mag eine Berechnung der Mehrheit nach der *Intensität der Benützung* (Umsatz) sinnvoll sein, da sich die organisatorischen Probleme der Abgrenzung mit der quantitativen Bedeutung der Abwicklung über das Gemeinschaftsverhältnis häufen.

Wie auch immer das vertragliche Mehrheitsprinzip im einzelnen Fall ausgestaltet sei: zu bedenken sind allemal die *Schranken der Mehrheitsmacht,* die auch im Recht der Personengesellschaften zu beachten und insoweit ein beachtliches *Sicherungsmittel* der kooperierenden Partner sind. Dabei stehen nicht im Vordergrund die Formvorschriften (Einberufungsvorschriften, Stimmabgaberegeln), sondern die *materiellen Grenzen des Mehrheitsprinzips:* das Verbot des Rechtsmißbrauchs, der Ungleichbehandlung, der Verletzung der Treuepflicht oder wohlerworbener Rechte. Wo die Grenze verläuft, kann nicht generell gesagt werden[127].

SIEGWART meint, die Schranke der Mehrheitsmacht sei bei Personengesellschaften enger zu ziehen als bei Körperschaften[128]; allgemein sei entscheidend (neben dem stillschweigenden oder aus-

[126] Vgl. SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 8; HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 12; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 251; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 16; vgl. auch GEILER/KESSLER, Kommentar, § 709 N. 10; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 196 N. 273: «In der Wahl der Mehrheit und in der Verteilung der Stimmgewichte ist der Gesellschaftsvertrag frei.»

[127] Vgl. SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 9; HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 12; BECKER, Kommentar, Art. 534 N. 8; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 251; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 709 N. 15/16.

[128] SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 9; vgl. auch BGE 31 II 922.

drücklichen Willen der Gesellschafter) die «Bedeutung und Schutzwürdigkeit der in Frage stehenden Interessen»[129]. *Kooperationsrechtlich* ist daraus zu folgern, daß der Ausschluß eines Partners, die Veränderung des Gewinnverteilungsschlüssels, die Festsetzung des Abfindungsguthabens nicht mit Mehrheitsmacht durchgesetzt werden können[130]. Dagegen wird allgemein angenommen, die *Erhöhung der Einlagen*[131] und die *Einführung neuer Beiträge* seien zulässig, soweit sie nicht «ungebührlich»[132] sind oder sich im Rahmen einer vertraglich festgesetzten «ungefähren Richtung» halten[133]. Wichtig ist, daß die Schranken der Mehrheitsmacht auch dann zu beachten sind, wenn die Befugnisse der Gesellschafterversammlung einem *Ausschuß* übertragen werden[134]. Wird ein Beschluß unter Verletzung formeller oder materieller Regeln des Beschlußrechts gefaßt, ist er *nichtig,* weil im Recht der Personengesellschaften ein dem korporationsrechtlichen *Anfechtungsrecht* analoges *Schutzrecht* fehlt[135].

Kooperiert eine verhältnismäßig *große Zahl* von Unternehmungen in der Form einer Personengesellschaft, mag das Bedürfnis auftauchen, daß die schwächeren Partner sich verbünden und zu diesem Zweck *Stimmbindungsverträge* abschließen. Nach herrschender Auffassung sind solche Verträge auch im Recht der Personengesellschaften gültig, sofern sie nicht im konkreten Fall gegen die *Treuepflicht* oder gegen *allgemeine Rechtsgrundsätze* verstoßen[136]. Diese Verträge können namentlich auch dann wichtig

[129] SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 9; vgl. auch Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 12, S. 293; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 176 f.

[130] Vgl. HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 177; SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 9.

[131] Das trifft natürlich nicht zu, wenn die Höhe der Einlage vertraglich festgesetzt worden ist: BGE 53 II 495.

[132] SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 9.

[133] HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 177. Vgl. auch FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar II, § 119 Anm. 13.

[134] FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 119 Anm. 8.

[135] SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 30; FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 119 N. 17; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 709 N. 23 ff.

[136] SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 38; FISCHER, Handelsgesetz-

werden, wenn infolge des gesetzlichen Ausschlusses juristischer Personen und Handelsgesellschaften von der Rolle des unbeschränkt haftenden Gesellschafters in Handelsgesellschaften ein *fiduziarisches Verhältnis* begründet werden muß. Alsdann wird die Stimmrechtsbindung zum Bestandteil des Reverses[137]. In allen Fällen der Stimmrechtsbindung ist überdies zu bedenken, daß nach schweizerischem Recht erhebliche Schwierigkeiten der *Vollstrekkung in forma specifica* bestehen[138].

11.42 Geschäftsführung

Wenn die Kooperanten z.B. gemeinsam einkaufen, ohne daß sie den Einkauf einer eigens gegründeten Korporation übertragen, muß entschieden werden, wer die erforderlichen *Entschlüsse* faßt. Dabei wird man im einzelnen Fall zu unterscheiden haben, ob die Gemeinschaftsorganisation nur gerade die von den Partnern bereits formulierten Entschlüsse ausführt (also z.B. zum Zweck der Rabatterhöhung die Einkaufsmengen zusammenstellt und auf die Lieferanten verteilt, wie das die Partnerunternehmen je eigenständig festgelegt haben) oder ob sie auch materielle Entscheide zu treffen hat (z.B. Suche und Auswahl der Lieferanten, Vorschläge für die Verwendung neuer Materialien usw.).

buch, Großkommentar, § 119 Anm. 33ff.; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 709 N. 28; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 167; DERSELBE, Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften, Festschrift für H. C. Nipperdey I, München/Berlin 1965, S. 401ff.; SCHLEGELBERGER/GESSLER, Handelsgesetzbuch, Kommentar, § 119 N. 1.

137 Vgl. SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 39; § 705 N. 19; HUECK, Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften, S. 416ff.; a.M. BAUMBACH/DUDEN, Handelsgesetzbuch, Kommentar, § 119 Anm. 2e; ANDREAS BUSSE, Zur Problematik von Stimmbindungsverträgen bei Personengesellschaften, in: BB 1961, S. 262f.

138 Vgl. dazu PATRY, Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, ZSR 1959, S. 112aff.; GLATTFELDER, Die Aktionärbindungs-Verträge, ZSR 1959, S. 299aff.; HARTMUT LÜBBERT, Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Großbritanniens, Baden-Baden 1971, S. 258ff., 261ff.; KUMMER, Die Eignung der Aktiengesellschaft für die Erhaltung der Familienunternehmung, S. 140ff.; vgl. auch WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 198ff., N. 277.

Natürlich wird man im *Gesellschaftsvertrag* bestimmen, *wer* die Geschäfte der Gemeinschaftsgesellschaft zu führen hat und wie die Kompetenzen gegenüber den Geschäftsführungen der Partnerunternehmen abzugrenzen sind. Man hat dabei von der gesetzlichen Anordnung auszugehen, wonach im Rahmen der ordentlichen Geschäftsführung *jeder Kooperationspartner* Geschäftsführer ist, wenn der Vertrag nicht einzelne oder mehrere Kooperanten oder *Dritte* dazu bestimmt (Art. 535 OR)[139].

Hier ist vor allem bedeutsam die in Kooperationsverhältnissen regelmäßig gewählte Form, *Dritte* (nämlich Angestellte der Partner) mit der Führung der Geschäfte zu betrauen. Alsdann fehlt freilich den ausgeschlossenen Gesellschaftern auch das *Widerspruchsrecht*[140]; allein, sie bedürfen seiner nicht, weil sie die Geschäftsführer als Arbeitsvertragspartner im Stammunternehmen jederzeit binden können. Im übrigen wird man das Widerspruchsrecht des Art. 535 Abs. 2 OR analog auch anzunehmen haben, wenn mehrere Dritte die Geschäfte führen, wenn man nicht von vornherein im Kooperationsvertrag gemeinsame Geschäftsführung der (delegierten) Angestellten vereinbaren will.

Der *Entzug* der Geschäftsführungsbefugnis Dritter ist nach Auftragsrecht jederzeit möglich (Art. 404 OR), wobei freilich nach Art. 535 Abs. 1 OR ein (gegebenenfalls vertragsändernder) Beschluß der Gesellschafter erforderlich ist. Im übrigen können die zur Geschäftsführung erkorenen Angestellten der Partner auch über das *arbeitsvertragliche Weisungsrecht* zur Demission gezwungen werden.

Sind nur *zwei* oder jedenfalls *wenige* Partner an der Kooperation beteiligt, üben sie vielfach die Geschäftsführung selbst aus. Alsdann fragt sich vor allem bei einfachen Gesellschaften (aber auch hinsichtlich des Kommanditärs bei Kommanditgesellschaften), wem die gesetzliche (bzw. vertragliche) Geschäftsführungsbefugnis zufalle, wenn *juristische Personen oder Handelsgesellschaften* Ko-

[139] Vgl. aber auch Art. 599 OR, wonach die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft durch den oder die unbeschränkt haftenden Gesellschafter besorgt wird. Auch diese Regel ist dispositiv; vgl. MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 301 f.

[140] BECKER, Kommentar, Art. 535 N. 10; HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 15.

operationspartner sind. In Frage kommen die Kollektivmitglieder selbst oder aber deren Vertreter.

Die Frage wird in der schweizerischen Literatur kaum erörtert. Immerhin stellt WERNER VON STEIGER für das Recht der GmbH fest, die dort den Gesellschaftern gemeinsam zustehende Geschäftsführungsbefugnis stehe allfälligen Kollektivmitgliedern unmittelbar selbst zu, so daß im Einzelfall natürliche Personen mit Organqualität zu bezeichnen seien[141]. Dieser Auffassung ist auch für das Recht der einfachen Gesellschaft (und der Kommanditgesellschaft) beizupflichten[142].

Weiter ist bei *Selbstbeteiligung der Partner* an der Geschäftsführung fraglich, ob das Widerspruchsrecht nach Art. 535 Abs. 2 OR dem Mitgeschäftsführer in außergewöhnlichen Fällen *zwingend* zustehe oder ob der Kooperationsvertrag hier eine beweglichere Lösung vorsehen könne. Gewiß wird man eine *Aufteilung* der Geschäftsführung auf Ressorts unter gleichzeitigem Ausschluß des Widerspruchsrechts zulassen müssen, weil anders die Arbeitsteilung jeden Sinn verlöre[143]. Aber auch abgesehen davon besteht kein Grund, den *vertraglichen Ausschluß* des Widerspruchsrechts nicht zuzulassen[144].

Sind bei mehrgliedrigen Kooperationen nur *einzelne Partner* Geschäftsführer der Gemeinschaftsveranstaltung, stellt sich die Frage, ob der in Art. 539 Abs. 2 OR vorgesehene jederzeitige *Entzug aus wichtigen Gründen* durch nicht geschäftsführende Partner vertraglich ausgeschlossen werden könne. Die Frage ist zu verneinen: wer im voraus auf die Möglichkeit verzichtet, Mitgesellschaftern aus wichtigen Gründen Geschäftsführungsbefugnis zu

[141] VON STEIGER, Kommentar, Art. 815 N. 3; vgl. für das Aktienrecht: Art. 707 Abs. 3 OR.

[142] Vgl. dazu die übereinstimmende Lösung nach deutschem Recht: SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 6; ferner HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 310.

[143] So auch BECKER, Kommentar, Art. 535 N. 10; wohl auch VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 252; anders indessen, wenn die Gesellschafter selbst eine Arbeitsteilung vereinbaren: BECKER, Kommentar, Art. 535 N. 10; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 24.

[144] BECKER, Kommentar, Art. 535 N. 9, N. 15; HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 14.

entziehen, begibt sich in unverantwortliche Abhängigkeit, der er sich alsdann nur noch um den (unverhältnismäßigen) Preis der gerichtlichen *Auflösung* entledigen kann (Art. 545 Ziff. 7 OR)[145]. Wollte man anders entscheiden, kämen Personengesellschaften unter Beteiligung einzelner (aber nicht aller) Kooperationspartner an der Geschäftsführung als Rechtsformen für zwischenbetriebliche Zusammenarbeit überhaupt nicht in Frage.

11.43 Vertretung

Sobald Kooperationsverhältnisse Beziehungen zu Dritten erheischen, wird die Frage der *Vertretung* zentral. Wer soll für das Gemeinschaftsverhältnis nach außen auftreten dürfen? Sind *Angestellte* der Partner als *Dritte* zu Geschäftsführern bestellt worden, liegt es nahe, ihnen auch die Vertretungsmacht und die Vertretungsbefugnis einzuräumen, zumal angesichts der arbeitsvertraglichen Kontrolle die Mißbrauchsgefahr erheblich eingedämmt wird. Nach dem Recht der einfachen Gesellschaft kann das extravertierte Kooperationsunternehmen nur über die gewöhnlichen Regeln der *Stellvertretung* tätig werden, was für die in dieser Form aufgezogenen Zusammenarbeitstypen durchaus sinnvoll ist. Ist ein Dritter Geschäftsführer, kann er natürlich die Vermutung der Vertretungsmacht nach Art. 543 Abs. 3 OR nicht anrufen. Fraglos

[145] Ebenso HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 17; BECKER, Kommentar, Art. 539 N. 8; a. M. WIELAND, Handelsrecht I, S. 577 mit genau entgegengesetzter Wertung: «Das Recht zur Abberufung wegbedingende Vereinbarungen sind zulässig, haben jedoch nur zur Folge, daß statt auf Abberufung auf Auflösung oder Ausschluß des unfähigen oder ungetreuen Geschäftsführers geklagt werden kann.» Im übrigen ist anzumerken, daß das Gesetz Antwort nur auf die Frage gibt, ob die im *Vertrage* einem Gesellschafter eingeräumte Befugnis aus wichtigen Gründen entzogen werden dürfe. Erfolgt die Einsetzung des Geschäftsführers durch *Beschluß,* so ist jederzeit ein Gegenbeschluß nach Mandatsgrundsätzen möglich; zutreffend BECKER, Kommentar, Art. 539 N. 1. Weiter halte ich aus den im Kontext genannten und sinngemäß auch hier geltenden Gründen eine analoge Anwendung des Art. 539 Abs. 2 im Fall der gesetzlichen Vertretung für richtig; ebenso HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 17; BECKER, Kommentar, Art. 539 N. 8; WIELAND (Handelsrecht I, 574 Anm. 55) vertritt unter Berufung auf den Wortlaut die Gegenmeinung. WIELANDS Auffassung ist im Blick auf die Gründe, mit der er seine Annahme rechtfertigt, das Entzugsrecht sei dispositiver Natur, auch sachlich konsequent.

kann aber auch ein Dritter bevollmächtigt werden, und zwar als *Generalbevollmächtigter* (Art. 535 Abs. 3 OR)[146], aber wohl auch als *Prokurist,* sofern das Vertretungsverhältnis ins Handelsregister eingetragen wird[147] und das Kooperationsverhältnis immerhin als Gewerbe im Sinne des Art. 52 Abs. 3 HRV qualifiziert werden muß. Andernfalls bleibt die Möglichkeit des *Auftrags* über Art. 396 Abs. 2 OR. Der *Entzug* der Vertretungsmacht erfolgt durch Gesellschaftsbeschluß nach Stellvertretungsregeln (Art. 34 Abs. 1 OR), wobei eine allfällige *Prokura* nach Art. 461 OR im Handelsregister zu löschen ist. Im übrigen kann auch hier der *Widerruf* des Auftrags durch den Dritten auf Grund des *Arbeitsvertrags* erzwungen werden.

Es versteht sich, daß die mit der vertraglichen oder beschlußmäßigen Zuordnung der Geschäftsführungsbefugnis an *einzelne Gesellschafter* (Art. 535 Abs. 1 OR) gegebene Vermutung auch der Vertretungsbefugnis und der Vertretungsmacht (Art. 543 Abs. 3 OR) für Kooperationsverhältnisse nicht praktikabel ist, weil das die Partner zu stark belastet und überdies für die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter mit Risiken behaftet ist. Auch das gemeinsame Auftreten aller Gesellschafter nach außen ohne Beanspruchung der Vertretungsmöglichkeiten[148] ist unpraktisch. Es

[146] Betreibt die Gesellschaft ein Gewerbe (nicht kaufmännischer Art), so steht eine Handlungsvollmacht nach Art. 462 OR in Frage; andernfalls gilt Art. 396 OR. Vgl. auch Anm. 147.

[147] So SIEGWART, Kommentar, Art. 535 N. 19; anders GEORG GAUTSCHI, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 6. Teilband, 2. Aufl., Bern 1962, Art. 458 N. 14a, der übersieht, daß einfache Gesellschaften durchaus auch einen Geschäftsbetrieb führen können: BGE 25 II 16. Trotzdem ist GAUTSCHI beizupflichten, daß der Wortlaut von Art. 105 HRV das Gesetz weit überholt. Im übrigen will GAUTSCHI (gestützt auf Art. 540 OR) Art. 396 Abs. 3 OR anwenden. – Auch die in Art. 535 Abs. 3 OR (freilich im Zusammenhang mit der Geschäftsführung) erwähnte Generalvollmacht will GAUTSCHI als Vollmacht im Sinne des Auftragsrechts deuten. Für die Auffassung GAUTSCHIS spricht der Wortlaut des Art. 462 OR (Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes). Dagegen indessen die Praxis, die trotz des Wortlauts des Art. 462 Abs. 1 OR die nicht kaufmännische Handlungsvollmacht zuläßt; vgl. GAUTSCHI, Kommentar, Art. 462 N. 1b; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 462 N. 4 und dort zitierte weitere Literatur.

[148] SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 714 N. 1; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 714 N. 3.

bleibt der in Kooperationen häufig gewählte Weg, ein Partnerunternehmen mittels *indirekter Stellvertretung* im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Kooperation nach außen tätig werden zu lassen. Man spricht in Frankreich und in Spanien von *Pilotunternehmungen*[149].

Was ist ein Pilotunternehmen? «En essencia, consiste en el mandato que varias empresas confieren a una de ellas para que contrate un determinado encargo, obra, servicio o suministro con una entitad privada o publica.»[150] Im Grunde geht es also darum, daß z.B. ein Kooperationsunternehmen für alle anderen den gemeinsamen Einkauf (oder Verkauf) besorgt. Die Verpflichtung zur Besorgung des Gemeinschaftsgeschäftes ist *Beitragsleistung* im Sinne von Art. 531 Abs. 1 OR. Im Außenverhältnis tritt das *Pilotunternehmen* als *Kommissionär* auf, soweit Ein- und Verkauf in Frage stehen (Art. 425 Abs. 1 OR). Andernfalls herrscht allgemeines *Auftragsrecht* in der Gestalt, daß die übrigen Gesellschafter (Kooperationspartner) gemeinsam als Auftraggeber auftreten (Art. 540, 403 Abs. 1 OR). Sobald indessen nicht die Gesellschaft, sondern *einzelne* Gesellschafter das Unternehmen eines Mitgesellschafters mit Pilotfunktionen betrauen, steht das Verhältnis außerhalb der sozialrechtlichen Sphäre, hat also individualrechtlichen Charakter. Und das auch, wenn solche Individualbeziehungen im Gesellschaftsvertrag fixiert sind.

Die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung eines Kooperationsunternehmens, für die übrigen Partner nach außen aufzutreten, ist mit *Risiken* beladen: Das Pilot-System bewirkt, daß nur noch das beauftragte Unternehmen im Kooperationsbereich Marktbeziehungen pflegt. Daraus können *Wettbewerbsvorteile* erwachsen, welche die Versuchung schüren, das Kooperationsverhältnis zu sprengen und die Wettbewerbsbegünstigung auszumünzen.

[149] VINCENT CHULIA, Concentración y Union de Empresas ante el Derecho Español, S. 436ff. mit Hinweis auf H. CLAUDE, La concentration capitaliste, Paris 1965, sowie auf SALLEZ/SCHLEGEL, La sous-traitance dans l'industrie, Paris 1963; vgl. ferner CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1031f.; VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 21.

[150] VINCENT CHULIA, Concentración y Union de Empresas ante el Derecho Español, S. 436.

Die *Vertretungsprobleme* stellen sich in kooperationsrechtlicher Hinsicht bei (den selten verwendeten) Kollektiv- und Kommanditgesellschaften als Kooperationsinstitutionen nicht wesentlich anders. Natürlich vereinfacht die gesetzliche Umschreibung des *Umfanges* der Vertretungsmacht und die Vermutung für die Vertretungsbefugnis jedes Gesellschafters oder Komplementärs die Rechtslage (Art. 563 f., 603 OR). Doch besteht auch hier die Möglichkeit, Vertretungsbefugnis und -macht anders zu ordnen und *Prokuristen* oder *Handlungsbevollmächtigte* zu bestellen (Art. 566 OR).

Fraglich ist freilich, ob vertraglich *alle* Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen werden dürfen. Die herrschende Meinung verneint die Frage mit dem Hinweis auf das den Personengesellschaften eigene Prinzip der *Selbstorganschaft*[151]. Sicher ist, daß die Gesellschafter auch bei gesamthaftem Entzug der Vertretungsmacht weiterhin berechtigt und ermächtigt sein müssen, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zu ernennen oder abzuberufen (Art. 566 OR). Weiter müssen die Gesellschafter auch befugt und ermächtigt bleiben, Prokuristen und Handelsbevollmächtigten *zusätzliche Vollmachten* zu erteilen und zu widerrufen (Art. 459 Abs. 2; 462 Abs. 2 OR). Alsdann ist es sehr wohl möglich, daß allen Gesellschaftern im Außenverhältnis die Vertretungsmacht bis auf diesen Kern entzogen wird und die Geschäfte durch Prokuristen und andere Bevollmächtigte abgewickelt werden. Man mag dann konstruktiv annehmen, der alle Gesellschafter treffende Entzug der Vertretungsmacht sei re vera *vertragliche Gesamtvertretung* aller Gesellschafter[152]. Praktisch trifft das für die Einräumung der Prokura der Handlungsvollmacht und weiter reichender Einzelvollmachten zu, *nicht* dagegen für den Widerruf. Aber selbst wenn man mit der herrschenden Meinung annähme,

[151] FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 125 Anm. 4; HARTMANN, Kommentar, Art. 563 N. 11; SCHLEGELBERGER/GESSLER, § 125 N. 11. BGH 26, 333; 33, 108. Vgl. auch HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 281 f.

[152] Vgl. dazu HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 281; BGH 33, S. 108; FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 125 Anm. 4; SCHLEGELBERGER/GESSLER, Handelsgesetzbuch, Kommentar, § 125 Anm. 11.

ein umfassender Entzug der Vertretungsmacht sei unzulässig, so bliebe es den Kooperanten unbenommen, einzelne mit Vertretungsmacht auszustatten und ihnen die Vertretungsbefugnis bis auf den Kernbereich der Vertretungsmacht zu nehmen (Art. 564 Abs. 2 OR).

Prokura und Handlungsvollmacht können nach Mandatsgrundsätzen jederzeit durch *Gesellschafterbeschlüsse* entzogen werden. Im Außenverhältnis genügt schon der Widerruf durch einen einzelnen Gesellschafter[153], was zumal in Kooperationsverhältnissen bei plötzlichen Vertrauenskrisen praktisch werden kann. Werden einzelne Kooperanten zu Vertretern bestellt, können sie aus *wichtigen Gründen* abberufen werden, nötigenfalls durch richterliche Verfügung auch vorläufig, wenn Gefahr im Verzug ist (OR 565). Dieser Fall wird sich in Kooperationsverhältnissen nicht verwirklichen, weil dort ohnehin nach Kooperationsvertrag schon die *Vertretungsbefugnis* beschränkt werden wird. Und weil bei Mißbrauch der Vertretungsmacht das Kooperationsverhältnis (und nicht bloß die Ordnung der Vertretung) ins Wanken gerät.

11.5 Körperschaftsstatuten

Sobald die Kooperationsveranstaltungen zur *Gründung einer juristischen Person* führen, werden die Organisationsprobleme schwieriger und leichter zugleich. Als *Erschwernis* ist auf den ersten Blick hin der Umstand zu werten, daß die *Verbandsstrukturen* weniger nachgiebig und flexibel sind als im Bereich der Personengesellschaften. Nicht selten erweisen sich indessen relativ starre gesellschaftsrechtliche Organisationsstrukturen durchaus als positiv, weil sie (außerrechtliche) Organisationsabläufe eindeutig kanalisieren. Dazu kommt der nicht gering zu veranschlagende *Vorzug,* den die *umfassende juristische Persönlichkeit* organisatorisch bietet: Die Beziehungen zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den Partnerunternehmen lassen sich in direkten Vertragsverhältnissen festlegen, so daß Kompetenzüberschneidungen von vornherein vermieden werden können. Korporationen mit voller Rechtsfähigkeit stechen in dieser Hinsicht vor allem die ein-

[153] HARTMANN, Kommentar, Art. 566 N. 6.

fache Gesellschaft aus; das aber fällt besonders ins Gewicht, weil die relativ rechtsfähigen Handelsgesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) als Kooperationsformen kaum Verbreitung gefunden haben. Aber auch hier sind die Verhältnisse im Blick auf *Willensbildung, Geschäftsführung* und *Vertretung* besonders zu untersuchen.

11.51 Willensbildung

Da die Kooperanten *Mitglieder* der Gemeinschaftskorporation sind, können sie ihren Kooperationswillen in der Mitgliederversammlung konkretisieren, ergänzen oder ändern. Dabei mag, wenn eine Vielzahl von Unternehmungen unterschiedlicher wirtschaftlicher Bedeutung kooperieren, der Einfluß bei der Willensbildung aller Regel nach abgestuft werden; die Kapitalbeiträge können entsprechend differenziert werden oder das Stimmrecht kann an die Zahl der übernommenen Mitgliedschaftsurkunden statt an den Nennwert gebunden werden (Art. 627 Ziff. 10; 693 OR)[154]. Gleiches gilt für das Vereinsrecht (Art. 67 Abs. 1 ZGB)[155]. Im Genossenschaftsrecht dagegen kommt jedem Mitglied *gleiche Stimmkraft* zwingend zu (Art. 885 OR). Unter solchen Voraussetzungen ist auch für wirksame Stimmbindungsorganisationen kein Raum. Da nach der *zwingenden Vorschrift* die Kapitalbeteiligung keinen Einfluß auf die Stärke der Herrschaftsrechte haben darf, darf das verpönte Ziel nicht auf dem Umweg über eine Stimmbindungsvereinbarung erreicht werden, in der nach Kapitalanteilen über die einheitliche Stimmabgabe entschieden wird[156].

Eine weitere Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, betrifft die *Möglichkeiten der Einflußnahme der Kooperationspartner* auf die Geschäftsführung. Dürfen die Kooperanten die Statuten so gestalten, daß sie über die Mitgliederversammlung *un-*

[154] Im Recht der GmbH kann das Stimmrecht durch die ursprünglichen Statuten beliebig geordnet werden, solange jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme bleibt; vgl. VON STEIGER, Kommentar, Art. 808 N. 7.

[155] Vgl. EGGER, Kommentar, Art. 66/67 N. 10; HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 545.

[156] Vgl. auch HARRY WESTERMANN, Rechtsprobleme der Genossenschaften, Karlsruhe 1969, S. 173ff.; KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, S. 131f.

mittelbar die Geschäftsführung lenken können? Nichts steht nach der hier vertretenen Auffassung entgegen, statutarisch gewisse Geschäftsführungskompetenzen der Mitgliederversammlung vorzubehalten[157]. Fehlen solche statutarischen Zuweisungen, so muß es mit der Gewaltentrennung sein Bewenden haben. Grundsätzlich ist mithin im Sinne der *Paritätstheorie* zu entscheiden, wonach die GV ohne statutarische Grundlage nur unter ganz *besonderen Voraussetzungen* und *ausnahmsweise* unmittelbar Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen darf[158].

Schwierigkeiten der Willensbildung können sich ergeben, wenn nur *zwei Partner* kooperieren und die allenfalls zur Gründung beigezogenen Strohmänner ausgeschieden sind. Alsdann steht man vor der Problemlage, wie sie für *Zweimanngesellschaften* typisch ist. Der neuerdings vom *Bundesgericht* zugelassene *Stichentscheid* des Präsidenten auch in der Mitgliederversammlung[159] kann abgesehen von seiner grundsätzlichen Bedenklichkeit (in Zweimanngesellschaften) als Lösungsmöglichkeit im Kooperationsverhältnis nicht in Frage kommen, wenn von vornherein eine 50:50-Beteiligung gewollt worden ist. Es widerspricht dem *Kooperationsgedanken,* in solchen Fällen zugunsten des einen und zulasten des anderen Partners entscheiden zu lassen. Mitunter wird vorgeschlagen, statt des sonst üblichen unparteiischen Dritten[160] gesellschaftsinterne «Instanzen» vorzusehen, die gleichfalls paritätisch zu besetzen wären und die *Pattsituation* beizulegen hätten[161]. Da es sich hier nicht um streitige Rechts-, sondern um Zweck-

[157] Vgl. BÜRGI, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 698 bis 731 N. 40; VON STEIGER, Kommentar, Art. 810 N. 5.

[158] VON STEIGER, Kommentar, Art. 808 N. 5; WEISS, Kommentar, Einl. N. 234; vgl. auch LEO SIGG, Das oberste Organ in der Genossenschaft, Diss. Zürich 1953; ROGER SECRÉTAN, L'Assemblée générale, «pouvoir suprême» de la Société anonyme?, SAG 1959, S. 153. BÜRGI, Kommentar, Vorbemerkungen zu den Art. 698 bis 731 N. 43 und 45 spricht von der «allerdings sehr eingeschränkten Omnipotenz der Generalversammlung». Der Sache nach tritt BÜRGI unzweideutig für die Parität ein. Es besteht somit kein Anlaß, hier von abgeschwächter Omnipotenztheorie zu reden.

[159] BGE 95 II 559.

[160] HANS-KONRAD PEYER, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, Bern 1963, S. 85f.

[161] DIETER SCHAUB, Kooperative Formen der Unternehmenszusammenfassung,

mäßigkeitsfragen handelt, ist im Rahmen des Kooperationsverhältnisses davon abzuraten, statutarisch oder vertraglich verbindliche Schiedsurteile vorzusehen. Überdies ist immer zu beachten: die der GV zwingend zustehenden Aufgaben können nicht auf einen Dritten übertragen werden[162]. Trotzdem ist der Gedanke des *Instanzenzuges* fruchtbar, weil er die sachliche Auseinandersetzung aufrecht zu erhalten und neue Gesichtspunkte geltend zu machen ermöglicht.

11.52 Geschäftsführung und Vertretung

Auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Gewaltenteilung stehen Geschäftsführung und Vertretung *einem eigens dazu bestimmten Organ* zu: Vorstand (Art. 69 ZGB), Verwaltung (Art. 717, 765, 898 OR), Geschäftsführung i.e.S. (Art. 811 OR)[163]. Da Geschäftsführung und Vertretung diesen Organen immer gekoppelt zustehen, erübrigt sich eine gesonderte Erörterung.

Kooperationsrechtlich ist wichtig, daß die Funktionen des geschäftsführenden Organs auf *Dritte* übertragen werden können. Das ist zwar im *Vereinsrecht* nicht ausdrücklich gesagt, kann aber mit dem Hinweis auf die Organisationsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 ZGB)[164] und auf das *Auftragsrecht* ohne weiteres begründet werden. Demgegenüber ist der Einsatz *Dritter* im Handelsrecht ausdrücklich vorgesehen: Direktoren im Aktienrecht (Art. 717 Abs. 2 OR)[165] und im Recht der Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2 OR); «andere Personen» im Recht der GmbH (Art. 812 OR)[166]; Geschäftsführer oder Direktoren im Recht der Genossenschaft (Art. 898 OR)[167].

Gemeinschaftsunternehmen, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 185.

[162] BÜRGI, Kommentar, Art. 698 N. 30; FUNK, Kommentar, Art. 698 N. 2; SCHUCANY, Kommentar, Art. 698 N. 2; GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 319.

[163] Vgl. dazu vor allem VON STEIGER, Kommentar, Art. 811 N. 3ff.

[164] Vgl. dazu HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 557ff.

[165] Man beachte das Erfordernis der statutarischen Grundlage.

[166] Man beachte das Erfordernis der statutarischen Grundlage oder des besonderen Gesellschafterbeschlusses.

[167] Man beachte das Erfordernis der statutarischen Grundlage.

Wollen die Kooperanten selbst unmittelbar an der Geschäftsführung oder der Vertretung teilnehmen, bleibt ihnen das unbenommen. Freilich ist alsdann zu beachten, daß *kooperierende juristische Personen* und *Handelsgesellschaften* als solche nicht Mitglieder der Verwaltung einer AG oder einer Genossenschaft werden können (Art. 707 Abs. 3; 894 Abs. 2 OR), sondern einen Vertreter zu bezeichnen haben. Als Mitglieder der Verwaltung von KAGen kommen sie überhaupt nicht in Frage (Art. 765 Abs. 2 OR)[168].

Keine Schwierigkeiten bereitet die *Besetzung des Verwaltungsorgans*. Aller Regel nach verständigen sich die Partner außerhalb des Korporationsrechts über die Besetzung der Organstellen. Wird das im Einzelfall unterlassen, ist in der Zweimann-AG eine ad-hoc-Verständigung ohnehin unerläßlich, wenn man von der bei Korporationen gänzlich unpassenden Möglichkeit des Stichentscheides absieht. Im Recht der GmbH sind ohnehin alle Gesellschafter «geborene» Geschäftsführer (i.e.S.) (Art. 811 OR), während in der KAG unbeschränkte Haftbarkeit Voraussetzung der gesetzlichen Geschäftsführungsbefugnis ist (Art. 765 Abs. 1 OR). Im Genossenschaftsrecht ist die Verwaltung aus mindestens drei Personen zu bestellen, wobei aber auch *Nichtgenossenschafter* als Minderheit zugelassen sind[169]. Das kann kooperationsrechtlich in der Weise verwertet werden, daß ein Teil der Verwaltungsaufgaben dem Nichtgenossenschafter überlassen wird (Verwaltungsausschuß; Art. 897 OR)[170].

12. Probleme der Kontrolle

Nach den Prinzipien der Organisationslehre gehört auch die *Kon-*

[168] Vgl. dazu REINHARDT, Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 87.

[169] Vgl. GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 322f.

[170] Auf die aktienrechtliche Möglichkeit, Verwaltungsratsansprüche statutarisch nach Art. 708 Abs. 5 OR zu sichern, braucht nicht eingegangen zu werden, weil die Partner aller Regel nach gleiche wirtschaftliche und persönliche Interessen haben; vgl. BÜRGI, Kommentar, Art. 708 N. 63. Man beachte auch, daß ein Verwaltungsmandat nicht als Gründervorteil eingeräumt werden kann; SIEGWART, Kommentar, Art. 628 N. 67.

trolle zur Organisation. Dort erscheint sie unter der Bezeichnung *«Kontrollfunktion»*[171]. Im Rahmen der rechtlichen Ordnung von Gesellschaften und Verbänden kommt indessen den Kontrollrechten eine ganz eigenständige Aufgabe zu, so daß die besondere Erörterung angebracht ist.

12.1 Unverbindliche Abreden

Hier spielen Kontrollen eine große Rolle; denn diese Form der Kooperation wird gerade gewählt, um laufende Anpassungen zu ermöglichen. Da die Kooperation als solche rechtlich unverbindlich bleibt, trifft das auch für die Kontrolle zu. Konkret werden indessen die Vereinbarungen so getroffen, als wären sie rechtsverbindlich. Daher läßt sich ohne weiteres eine *paritätische Kontrollkommission* bestellen, die den Kooperationsverlauf überwacht und den Partnern laufend *Änderungen* vorschlägt.

12.2 Individualverträge

Da es sich um horizontale und vertikale *Austauschverhältnisse* handelt, liegt die Kontrolle in der Regel in der Hand der Parteien, die je für die Einhaltung der Verpflichtungen ihrer Partner besorgt sind. Wo indessen gesellschaftsähnliche Elemente hinzutreten, wie das etwa bei *Lizenz- oder Franchiseverträgen* zutrifft, wird man die Einhaltung der Kooperationspflichten häufig durch unabhängige *«Inspektoren»* kontrollieren lassen. Vielfach einigen sich die Partner darauf, eine *Treuhandgesellschaft* mit der Überwachung zu betrauen.

12.3 Gesellschaftsverträge

Soweit Dritte, die zugleich Angestellte der Partner sind, die Geschäfte führen, steht den Partnern die Kontrollmöglichkeit über den *Arbeitsvertrag* mit dem Dritten offen. Werden einzelne Kooperanten selbst zu Geschäftsführern bestellt, läuft die Kontrolle gesellschaftsrechtlich über das (zwingend gewährte) *Einsichtsrecht* des Art. 541 OR. Dieses Einsichtsrecht sollte indessen in Kooperationsverhältnissen *ausgebaut* und institutionalisiert werden. Be-

[171] Vgl. dazu HANS ULRICH, Betriebswirtschaftliche Organisationslehre, Bern 1949, S. 107.

sonders gut eignen sich periodische *Koordinationskonferenzen* der Partner, in denen die Geschäftsführer den Partnern alle Auskünfte erteilen und Weisungen entgegennehmen.

12.4 Körperschaftsstatuten

Die *Gewaltenteilung* innerhalb der privatrechtlichen Verbände führt zwangsläufig dazu, den von der Geschäftsführung i.e.S. ausgeschlossenen Mitgliedern ein individuelles *Auskunftsrecht* zu gewähren (Art. 696/97; 764 Abs. 2; 819; 857 OR)[172]. Dazu kommt das Recht der *Mitgliederversammlung,* auf Antrag mit Mehrheitsbeschluß Auskunft von der Verwaltung zu verlangen[173].

Aber alle diese Regeln passen *nicht* für *Kooperationsverhältnisse,* weil sie davon ausgehen, die Mitglieder seien primär nur am Ergebnis der Verbandstätigkeit interessiert. Demgegenüber ist die Gemeinschaftsveranstaltung der Kooperanten Teil *ihrer eigenen Unternehmensstrategie.* Das Gemeinschaftsunternehmen ist also ganz und gar beherrscht von den Zielsetzungen seiner Träger. Unter solchen Voraussetzungen gibt es *keine Grenzen der Auskunftserteilung.* Auch muß eine andere Form der Information gefunden werden, als sie das Verbandsrecht vorsieht: Man mag *statutarische Koordinationsausschüsse* bilden, in denen zu Handen der Partner unbegrenzt Auskunft erteilt und Abstimmungsprobleme diskutiert werden. Oder man mag – bei kleiner Zahl von Partnern – monatliche Generalversammlungen einberufen, die ausschließlich dem Zweck der Information und der Koordination dienen.

13. Probleme der Haftung

Koordinationsveranstaltungen stehen im Dienst der Partnerunter-

[172] Lediglich im Vereinsrecht findet sich keine ausdrückliche Vorschrift. Es ergibt sich indessen aus dem funktionalen Zusammenhang mit dem Stimmrecht (dazu SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 270); vgl. auch HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 545 oben.

[173] Vgl. etwa für das Aktienrecht: SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 177.

nehmen. Daraus folgt, daß kein Partner daran interessiert sein kann, durch das Zusammenwirken mit anderen seine *Haftpflicht* irgendwie zu verschärfen. Man wird daher wenn immer möglich *Körperschaften* als Kooperationsformen wählen, weil hier das zusätzliche Risiko überblickbar bleibt[174]. Anderseits erfordern die konkreten Verhältnisse sehr häufig maximale Flexibilität der Kooperationsform. Alsdann muß man aller Regel nach auf die *einfache Gesellschaft* greifen. Bekanntlich besteht zwar im Recht der einfachen Gesellschaft die Möglichkeit, die *Solidarhaft* der Gesellschafter durch Vereinbarung auszumerzen (Art. 544 Abs. 3 OR). Doch wird ein ausdrücklicher Vorbehalt des Vertreters gegenüber dem Gläubiger gefordert, so daß es keinen generellen, sondern nur den Ausschluß *von Fall zu Fall* gibt[175]. Das mag man bei überwiegend introvertierten Gemeinschaftsinstitutionen hinnehmen, versagt aber aus praktischen Gründen, sobald der *Außenverkehr* zur Erfüllung der Kooperationsziele intensiviert werden muß. Daher wird man sich der Figur der Doppelgesellschaft bedienen und die Außenbeziehungen über die *Organgesellschaft* mit formell beschränkter Haftung abwickeln[176]. Vorbehalten bleiben freilich auch hier der Durchgriff oder Rückerstattungs- und Dekkungsansprüche der Organgesellschaft gegenüber den Gesellschaftern der Grundgesellschaft, auf die nach verbreiteter Auffassung auch die Gläubiger der Verkaufs- oder Kaufsgesellschaft greifen können[177].

[174] Im Vereinsrecht ist freilich auf Art. 71 Abs. 2 ZGB und auf Art. 99 HRV hinzuweisen. Im hier gegebenen Zusammenhang geht es vor allem darum, Art. 71 Abs. 2 ZGB durch eine anders lautende statutarische Vorschrift auszuschalten; vgl. HAFTER, Kommentar, Art. 71 N. 2ff.; EGGER, Kommentar, Art. 71 N. 8; HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 551; TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 115f. Der besonderen Haftung nach dem Recht der GmbH (Art. 802 OR) kann durch Volleinzahlung und Erhaltung des Stammkapitals begegnet werden (Abs. 2).

[175] SIEGWART, Kommentar, Art. 544 N. 28; vor allem auch BECKER, Kommentar, Art. 544 N. 8ff.

[176] Vgl. dazu hinten S. 470ff.

[177] Vgl. dazu HELD, Rechtsformen zulässiger Kartelle, S. 117f.; BENISCH, Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen, S. 22; vgl. dazu im einzelnen hinten S. 480f.

14. Probleme der Dauer

Sieht man von einmaligen Kooperationen (z.B. Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe) ab, stellt sich allemal die schwierige Frage, *auf welche Dauer* das Kooperationsverhältnis angelegt werden soll. Auch hier wieder zeigt sich die *Ambivalenz* der Zusammenarbeit durch Kooperation: bald geht man darauf aus, den Bestand des Gemeinschaftsunternehmens trotz grundsätzlicher Anerkennung der Auflösbarkeit möglichst lange zu sichern; dann wieder befürchtet man, die Bestandessicherung verpflichte zum Verweilen wider Willen auch dann, wenn (zumindest nach Auffassung des einen Partners) der Gemeinschaftsversuch gescheitert ist. Diesen Gegebenheiten entspricht am besten eine Lösung, die in Dauerkooperationen die *Aufhebungsfreiheit* der Partner bei ordentlichem Verlauf des Unternehmens möglichst *beschränkt,* dafür aber die einseitige oder gemeinsame Beendigung bei unvorhergesehenem Verlauf erleichtert.

14.1 Unverbindliche Abreden

Da solche Veranstaltungen unverbindlich sind, können sie jederzeit durch jeden Partner aufgehoben werden. Es handelt sich um Ehrenverpflichtungen («gentlemen's agreements»)[178]. Immerhin können sie gewisse Rechtswirkungen zeitigen, auch wenn die Partner übereinstimmend die *Experimentierphase* suchen[179]. Das trifft vollends zu, wenn sich das Verhältnis unbesehen und auf Dauer stabilisiert; wenn also die Parteien ihre Pflichten erfüllen und ihre Ansprüche geltend machen, als gebräche es an der Verbindlichkeit nicht.

Unter solchen Voraussetzungen sind die Regeln anzuwenden, die Lehre und Rechtsprechung zu den *faktischen Vertragsverhältnissen,* zumal zu den Dauerschuldverhältnissen (aufgrund unwirksamer Verträge) entwickelt haben[180]. In der Tat ist die Interessen-

[178] JÄGGI, Kommentar, Art.1 N.121; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, S.92ff.; REUSS, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 154, S.485ff.

[179] Vgl. JÄGGI, Kommentar, Art.1 N.574ff. und vorne S.321.

[180] Vgl. dazu JÄGGI, Kommentar, Art.1 N.563ff., besonders 565 und dort zitierte Literatur und Judikatur.

lage in solchen Fällen nicht schon deshalb anders, weil die Bindung nicht aufgrund eines Mangels (wie bei faktischen Verhältnissen), sondern nach dem ausdrücklichen Willen der Parteien ausbleibt. Entscheidend ist, daß die Abrede *über die Zeit praktiziert* worden ist, wie das auch bei faktischen Dauerschuldverhältnissen zutrifft. Alsdann ist es gerechtfertigt, in bestimmter Hinsicht so zu verfahren, als läge eine Bindung vor, namentlich was Auseinandersetzung, Kündigung und dergleichen betrifft[181]. Freilich wird man nicht so weit gehen dürfen, unverbindliche, aber dauernd praktizierte Abreden nur beim *Vorliegen wichtiger Gründe* zu lösen. Doch wird man ein der Sachlage angemessenes richterliches *Lösungs- und Auseinandersetzungsverfahren* fordern müssen[182].

14.2 Individualverträge

Es ist Sache der kooperierenden Parteien, Regeln über Erhaltung und Beendigung des Vertrages zu setzen, die dem zu regelnden Lebensverhältnis angemessen sind. Das läßt sich vollbringen durch (auflösende) Bedingungen, Kündigungsrechte, Befristungen mit anschließender *Pflicht zu Verhandlungen* usw.[183].

Fehlt eine Parteiabrede, ist zu bedenken, daß nicht bloß einmalige Kooperationen allemal *Dauerschuldverhältnisse* sind[184]. Nach der *bundesgerichtlichen Praxis* und der *Lehre* sind solche Verhältnisse kündbar, wobei freilich zunächst offen ist, für welche Höchstdauer sich die Parteien binden dürfen[185]. Das *Bundesgericht*

[181] Vgl. dazu JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 565.

[182] Vgl. auch die positive Regelung des ZGB bei Verlöbnisbruch (Art. 94).

[183] Vgl. zur vertraglichen Verhandlungspflicht: BGE 93 II 185ff.; ferner JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 573; vgl. auch FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, S. 715ff.; VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II, S. 698ff.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 568ff.; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 19ff.

[184] Vgl. GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 8.

[185] BGE 97 II 399f.; 93 II 300f.; MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 246 und 332; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 1 bis 67 OR, N. 20; BECKER, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 114 bis 142 OR, N. 9; VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II, S. 610 Anm. 51 und dort zitierte Judikatur; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 95. – Aus wichtigen Gründen sind Dauerschuldverhältnisse jederzeit kündbar, wenn der Rücktritt nach Art. 107ff. OR nicht zumutbar ist; BGE 92 II 300.

stützt sich dogmatisch auf Art. 27 ZGB[186] oder auf den Grundsatz von Treu und Glauben[187]. Materiell kommt es auf die *Intensität* der Beschränkung des Verpflichteten an[188]. Weiter wiegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Verpflichtung zu einer *Unterlassung* offenbar schwerer als ein auf Dauer vereinbartes *positives Tun,* zumal Liefer- und Bezugspflichten[189].

Daraus ist für *Kooperationsverhältnisse* zu folgern, daß sie als bloß partielle Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung *verhältnismäßig lange Höchstdauer* beanspruchen dürfen. Dagegen stehen in ihnen häufig Unterlassungs- und positive Leistungspflichten (verschränkt) nebeneinander. Die Unterlassungskomponente ist freilich allemal die bloße Folge des Entscheides, sich auf eine bestimmte Tätigkeit mit *Ausschließlichkeitsverpflichtung* festzulegen. Man kann sie unter dem Gesichtspunkt der zulässigen Dauer als «ancillary restraint» qualifizieren, so daß Kooperationsverhältnisse zusammenfassend als dauerhaft (wenn auch nicht ewig) bezeichnet werden dürfen, sieht man von besonderen Umständen des Einzelfalles und wichtigen Gründen ab.

14.3 Gesellschaftsverträge

Auch das *Recht der Personengesellschaften* ermöglicht es den Kooperationsparteien, eine *ausgewogene Lösung* zwischen Freiheit und Bindung zu finden, die den Erfordernissen des Einzelsachverhaltes Rechnung trägt: vertraglicher Vorbehalt der (an Voraussetzungen der Kooperation gebundenen) Kündigung (Art. 545 Ziff. 6 OR)[190], Ablauf der vertraglich festgesetzten Zeit (Art. 545 Ziff. 5 OR)[191]. Auch sonst trägt das Gesetz den Bedürfnissen der

[186] So in BGE 73 II 300f.

[187] So in BGE 97 II 400 unter Berufung auf PETER LIVER, Die privatrechtliche Praxis des Bundesgerichtes im Jahre 1967, Sachenrecht, in: ZBJV 1969 S. 9ff.

[188] BGE 62 II 35; 62 II 102; 56 II 190f.

[189] BGE 93 II 300f.

[190] BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 18; SIEGWART, Kommentar, Art. 545/47 N. 19, wo die verschiedensten Variationen des vertraglichen Kündigungsrechtes aufgezeigt werden.

[191] Vgl. BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 17: «Die Vertragszeit kann kalendermäßig oder sonstwie, auch durch einen nicht im voraus kalendermäßig feststellbaren Zeitpunkt oder durch auflösende Bedingung, bestimmt sein: z. B.

Unternehmenskooperation Rechnung: Auflösung der Gesellschaft nach Zweckerreichung (bei einmaliger oder kurzfristiger Kooperation) oder wenn die Realisierung des Kooperationsziels unmöglich geworden ist (etwa bei Feststellung der Nichtigkeit der Marke, an der eine Lizenz eingeräumt worden ist): Art. 545 Ziff. 1 OR. Ferner sind in diesem Zusammenhang zu nennen: die Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen[192] und die Möglichkeit der einvernehmlichen Auflösung (Art. 545 Ziff. 4 OR).

Fehlt eine zureichende vertragliche Regelung und paßt keine der eben genannten Gesetzesvorschriften im konkreten Fall, so besteht doch die Möglichkeit, den Vertrag auf sechs Monate zu *kündigen,* wenn die Gesellschaft auf *Lebenszeit* eines Gesellschafters oder auf *unbestimmte Dauer* eingegangen worden ist (Art. 545 Ziff. 6; 546 Abs. 1 OR). Ein solches an keine weiteren Voraussetzungen gebundenes Kündigungsrecht ist für jede Unternehmenskooperation ersichtlich eine *Belastung*. Also ist zu fragen, ob die Partner dieses Kündigungsrecht auszuschließen berechtigt seien, ob mithin Art. 546 Abs. 1 OR (und 545 Ziff. 6 OR) zwingenden oder nachgiebigen Rechts sei.

Die *Kommentarliteratur und die Rechtsprechung* stehen für die zwingende Natur der Vorschrift ein[193]. Anders dagegen PETER

auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens eines neuen Zolltarifes oder für die Dauer des Verbleibens eines leitenden Angestellten.» Ebenso SIEGWART, Kommentar, Art. 545/47, N. 16 mit interessanten Hinweisen auf die ältere Judikatur. Vgl. auch SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 723 N. 6.

192 Vgl. zum Begriff des wichtigen Grundes: BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 20ff.; SIEGWART, Kommentar, Art. 545/47 N. 26ff., besonders N. 29ff.; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 723 N. 51: «Je stärker und wirtschaftlich bedeutsamer der gesellschaftliche Zusammenschluß ist, umso gewichtiger muß der Grund sein, der zur vorzeitigen Kündigung berechtigen soll»; vgl. auch SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 723 N. 33ff.; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 402ff., N. 643ff.

193 BECKER, Kommentar, Art. 546 N. 1, der auch eine Erschwerung der Kündigung für unzulässig hält; SIEGWART, Kommentar, Art. 545/47 N. 21 (betr. die Gesellschaft auf Lebenszeit); BGE 90 II 341 (obiter dictum); ZBJV 1926, S. 238 (ratio decidendi). Für zwingenden Charakter des Kündigungsrechts in § 723 Abs. 3 BGB (BGB-Gesellschaft) und § 132 HGB (OHG) auch die überwiegende deutsche Lehre und Rechtsprechung. Statt vieler: BGHZ 23, S. 10ff.; 50,

JÄGGI[194]: Mit überzeugenden Überlegungen weist er nach, daß weder die Gesellschaft auf Lebenszeit noch jene, die überhaupt keine Regel über die Dauer enthält («auf unbestimmte Dauer»)[195], gesetzgeberisch selbständige Bedeutung haben. Das führt in der *Auslegung* des Art. 546 Abs. 1 OR dazu, eine zwingende Kündbarkeit schon deshalb zu verneinen, weil sich diese nur gegen den (in unvollständigen Verträgen gerade nicht vorgenommenen) Ausschluß der Kündigung wenden könnte.

Der Ausschluß der Kündbarkeit kann somit nach JÄGGI unmöglich ein Fall der unbestimmten Dauer sein, ist daher in Art. 546 Abs. 1 OR gar nicht geordnet, weil eine (anderswo beantwortete) Frage der Zulässigkeit des Maßes oder der Ungewißheit der Dauer in Rede steht. Auch die Gesellschaft auf Lebenszeit eines Gesellschafters[196] ist (diesmal mit Wertungsargumentation und nicht als Ergebnis begrifflich-logisch-systematischer Erwägungen) nach JÄGGI nicht mit zwingender Kündbarkeit behaftet, weil die andere Lösung «einen Fremdkörper im Gesellschaftsrecht darstellen wür-

S. 316ff. Aus der Literatur: HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 364ff.; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 395, N. 627; WIELAND, Handelsrecht I, S. 670; FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 132 Anm. 26; WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft, S. 234ff.; NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 366ff. (alle aus dem Schutzgedanken der Vorschrift argumentierend); ebenso STAUBS Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Berlin/Leipzig 1926, Bd. I, § 132 Anm. 3; FERRI, Commentario del Codice civile, Art. 2285, S. 239; GHIDINI, Società personali, S. 528ff.

194 Vgl. dazu JÄGGI, Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, S. 113ff.

195 Mit Recht betont JÄGGI, Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, S. 10, daß die Wendung «auf unbestimmte Dauer» gegenüber der «Gesellschaft auf Lebenszeit eines Gesellschafters» eine besondere Bedeutung haben muß, weil anders die Gegenüberstellung durch die Konjunktion «oder» sinnlos wäre. Voraussetzung dieses Schlusses ist freilich, daß es sich (logistisch gesehen) beim «oder» des Art. 546 Abs. 1 nicht um ein «oder auch» handelt; vgl. dazu eingehend ZÄCH, Vertraglicher Ausschluß der Kündbarkeit bei den Personengesellschaften, S. 69ff. Zum Ergebnis JÄGGIS gelangt – mit freilich etwas abweichender Begründung – auch GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 33ff.

196 Und zwar – in der Terminologie JÄGGIS – Gesellschaften auf Lebenszeit eines Gesellschafters in der schwachen und in der starken Form.

de» und überdies sachlich nicht angemessen wäre[197]. Man wird dem beipflichten müssen, wenn man die Prämisse anerkennt, das «oder» des Art. 546 Abs. 1 sei kein «oder auch»[198].

Damit ist als wichtiges *Ergebnis des Kooperationsrechts* festzuhalten, daß ein Ausschluß der Kündbarkeit nach Art. 546 Abs. 1 OR zulässig ist, sofern er vor Art. 27 ZGB und Art. 2 ZGB zu bestehen vermag. Die Sachlage ist mithin gleich zu beurteilen wie bei den auf Dauer angelegten Individualverträgen[199]. Für das Kooperationsrecht ist im übrigen zu fragen, wie es sich verhält, wenn eine einfache Gesellschaft auf die Dauer eines *Kollektivmitgliedes* gestellt ist. Vorweg: eine Gesellschaft auf Lebenszeit eines Gesellschafters im Sinne von Art. 546 Abs. 1 OR liegt nicht vor[200]. Alsdann ist zu fragen, ob eine Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit in Rede stehe. Das Ende eines Kollektivmitgliedes muß als zukünftiges ungewisses Ereignis betrachtet werden. Man mag auch sagen, die Gesellschaft stehe unter einer Resolutivbedingung[201]. Somit hat man mit GAUCH[202] anzunehmen, die Vertragsdauer sei bestimmt. In der Tat spielt es keine Rolle, «ob der vertragliche Endzeitpunkt ein gewisser oder ein ungewisser ist, und ob er, wenn er ungewiß ist, eine Bedingung oder einen Termin darstellt»[203].

197 JÄGGI, Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, S. 125.

198 Das aber weist ZÄCH, Vertraglicher Ausschluß der Kündbarkeit bei den Personengesellschaften, S. 74ff., nach, wo auch die übrigen Prämissen JÄGGIS eingehend geprüft werden.

199 Vgl. vorne S. 399f.

200 Vgl. BECKER, Kommentar, Art. 546 N. 3; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 724 N. 2.

201 Vgl. etwa VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II, S. 698ff.

202 Wie GAUCH auch GLATTFELDER, Die Aktionärbindungs-Verträge, S. 338a; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 723 N. 35. Anders aber BGE 56 II 190f.: «... im Sinne der vorerwähnten Gesetzesvorschrift (sc. Art. 267 OR) ist eine Miete nicht nur in den Fällen als auf eine ‹bestimmte Dauer› abgeschlossen zu erachten, wenn diese zum vornherein nach Zeiteinheiten bemessen werden kann, sondern auch dann, wenn als Zeitpunkt ihrer Beendigung der Eintritt eines bestimmten Ereignisses vereinbart wurde, sofern dieses nur mit Sicherheit und nicht erst in völlig unabsehbarer Zeit erwartet werden kann.»

203 GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 45.

In Kooperationsverhältnissen drängt sich – zumal bei mehrgliedriger Kooperation – mitunter auch auf, sich von «lästigen» Partnern zu trennen bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung und Fortsetzung der Gemeinschaftsveranstaltung unter den übrigen Mitgliedern. Auf diese Weise vermag die *Auflösungsklage* umgangen zu werden. Selbstredend kann im Vertrag ein Ausschlußrecht aus wichtigen Gründen vorgesehen werden. Zu beachten ist indes, daß Art. 545 OR (anders als Art. 577 im Recht der Kollektivgesellschaft) ein gesetzliches Ausschlußrecht nicht vorsieht, so daß die vertragliche Abrede unentbehrlich ist[204].

14.4 Körperschaftsstatuten

Verbandspersonen sind in der Regel beständiger als Gesellschaften. Hier geht es somit weniger darum, vor unbedachter Auflösung des Kooperationsverhältnisses zu schützen. Vielmehr hat man für ausreichende Möglichkeiten zu sorgen, die Bindung nötigenfalls lösen zu können.

Von vornherein nur auf *einmalige* oder jedenfalls *zeitlich äußerst beschränkte Kooperationen* ist die allenthalben vorgesehene *statutarische Begrenzung* der Dauer der Körperschaft zugeschnitten (Art. 76 ZGB[205]; Art. 736 Ziff. 1 und 2, 770 OR; Art. 820 Ziff. 1 und 2 OR; Art. 911 Ziff. 1 und 2 OR). Niemand kann im vornhinein einen festen Termin setzen, an dem sich weitere Kooperation erübrigt, wenn eine nicht einmalige gegenständliche oder funktionale Zusammenarbeit angestrebt wird.

Anderseits ist *beschlußmäßige Auflösung,* die das Korporationsrecht auch vorsieht, entweder ein einstimmiges Anerkenntnis einer gescheiterten Kooperation; oder (falls ein – wenn auch qualifizierter – Mehrheitsbeschluß zur Auflösung führt) ein möglicherweise unpassendes Ende einer (zumindest nach Auffassung eines Teils der Partner) reparablen Sachlage; oder bei gescheitertem Mehrheitsbeschluß eine durch Sperrminderheit verhinderte Beendigung einer abbruchreifen Kooperation.

[204] Vgl. dazu BGE 94 II 119ff.

[205] Vgl. dazu auch HAFTER, Kommentar, Art. 76 N. 7; HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 538; BGE 55 II 7.

Nun ist freilich zu beachten, daß die statutarische Festsetzung der Dauer *nicht kalendermäßig* zu erfolgen braucht. Es gilt vielmehr im Grundsatz, was oben über die bestimmte Dauer der Personengesellschaften ausgeführt worden ist. Somit kann der Endzeitpunkt auch ungewiß, weil bedingt oder (ungewiß) terminiert sein[206]. Also kann das Ende der Kooperation sehr wohl statutarisch an *bestimmt umschriebene Voraussetzungen* geknüpft sein, die zur zweifelsfreien Symptomatologie gescheiterter Kooperationen gehören. Generell muß genügen, daß das Ende bestimmbar ist[207].

In Kooperationsverhältnissen kann es sich als nützlich erweisen, solche statutarische Dauerbestimmungen *nachträglich aufzunehmen,* zu *modifizieren* oder *aufzuheben.* Die nachträgliche *Einführung* einer Beendigungsklausel bedarf einer (gewöhnlichen) Statutenänderung (Art. 647; 764 Abs. 2; 784; 888 Abs. 2 OR; Art. 66 ZGB). Fraglich ist indessen, ob damit nicht gleichzeitig ein *Beschluß über die Auflösung* der Körperschaft gefaßt werde. Die Frage ist zu bejahen, weil in der Tat beschlossen wird, die Gesellschaft

206 Vgl. dazu vor allem VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 92, der allerdings im Anschluß an den Gesetzestext (Art. 777 Ziff. 10) unter «Begrenzung» eine Befristung verstehen und ungewisse Ereignisse als Beendigungsgründe nur unter Ziff. 11 («andere als die gesetzlichen Auflösungsgründe») zulassen will; wie im Kontext: FUNK, Kommentar, Art. 736 N. 2; SCHUCANY, Kommentar, Art. 627 N. 7; nicht eindeutig WIEDEMANN, Aktiengesetz, Großkommentar, § 262 Anm. 11. – Bei Konsultation der deutschen Literatur ist zu beachten, daß sowohl im Recht der Personengesellschaften als auch im Aktienrecht die statutarische oder vertragliche Begrenzung der Dauer (z. B. § 131 Ziff. 1 HGB für die OHG; § 262 Abs. 1 Ziff. 1 DAktG für die AG) gesetzlicher Auflösungsgrund ist. Alsdann verhält es sich wie in der Schweiz beim Recht der GmbH. Die herrschende Lehre zum Recht der Personengesellschaften anerkennt als Begrenzung der Dauer nur, wenn der Endtermin sich nach dem Eintritt eines *bestimmten* Ereignisses richten soll; vgl. dazu PETER ULMER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 2. Bd., 1. Halbbd., 3. Aufl., Berlin/New York 1971, § 131 Anm. 17 und dort zitierte weitere Literatur und Judikatur. Das materielle Ergebnis entspricht indessen der Darstellung im Kontext, weil neben der gesetzlich ausdrücklich genannten vertraglichen oder statutarischen Begrenzung der Dauer auch noch weitere vertragliche Auflösungsgründe anerkannt werden, worunter die ungewissen Ereignisse figurieren; ULMER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 131 Anm. 112.

207 WIEDEMANN, Aktiengesetz, Großkommentar, § 262 Anm. 11.

sei im statutarisch festgesetzten Zeitpunkt aufzulösen[208]. Daher sind allfällige statutarische Erschwerungen des Auflösungsbeschlusses (im Vergleich zur Statutenänderung) zu beachten. *Verlängerungen* der statutarisch umschriebenen Dauer sind Statutenänderung, die nach dem Recht der AG unter Vorbehalt anders lautender statutarischer Vorschrift nur in einer GV mit qualifizierter Präsenz gefaßt werden können (Art. 649 Abs. 1 OR). *Verkürzungen* (wozu die Aufhebung nicht zu zählen ist) dagegen bedürfen nach dem Recht der KAG der Zustimmung der Verwaltung (Art. 770 OR).

Neben der statutarischen Festsetzung der Beendigung spielt der *Beschluß zur Auflösung* eines Kooperationsverhältnisses nur dann eine kooperationsrechtlich nützliche Rolle, wenn die im Recht der GmbH (Art. 820 Ziff. 2) und der Genossenschaft (Art. 888 Abs. 2) ohnehin vorgeschriebenen Erschwerungen der Beschlußfassung zur Auflösung der Korporation *verschärft* werden. Alsdann besteht Gewähr dafür, daß die Kooperation (nur dann) freiwillig beendet wird, wenn eine repräsentative Zahl von Partnern das für richtig hält; aber damit ermöglicht man einer unsachlich widerstreitenden Minderheit, die erforderliche Auflösung zu torpedieren. Im Ergebnis bleibt daher der *Auflösungsbeschluß* kooperationsrechtlich ein *unbefriedigendes Instrument* der zeitlichen Regulierung.

Ist die Gesellschaft zufolge einer statutarischen Vorschrift über die Dauer oder im Gefolge eines Auflösungsbeschlusses aufgelöst worden, kann die Auflösung richtiger Auffassung nach *rückgängig* gemacht werden[209], wobei für den Restitutionsbeschluß die gleiche Mehrheit verlangt werden muß wie für den Auflösungsbeschluß. Im Kooperationsrecht kann der Fall vor allem praktisch werden, weil die Schwierigkeiten einer sachgerechten Liquidation gegebenenfalls die *Fortsetzung* doch als das zweckdienlichere Mittel erscheinen lassen.

Im Zusammenhang mit dem Problem der *Dauer* des Kooperationsverhältnisses steht natürlich auch die Aufgabe, allfällige Aus-

[208] Zutreffend WIEDEMANN, Aktiengesetz, Großkommentar, § 262 Anm. 13.

[209] Zutreffend VON STEIGER, Kommentar, Art. 820 N. 29ff.

wirkungen persönlicher Veränderungen der Partner auf den *Bestand der Gemeinschaftsveranstaltung* in Rechnung zu stellen und durch entsprechende Vereinbarungen zu neutralisieren. So ist es sinnlos, das Dauerproblem lösen zu wollen, ohne Vorsorge für den Fall zu treffen, daß ein Partner stirbt, zahlungsunfähig oder bevormundet wird, sein Unternehmen mit einem Drittunternehmen verschmilzt oder Glied eines Konzerns wird. Diese Fragen werden indessen in den größeren Zusammenhang der *Bestandessicherung* gestellt und weiter hinten erörtert[210].

15. Probleme der geographischen Reichweite

Sobald ein Kooperationsverhältnis den bloß lokalen Rahmen sprengt und *regionalen, nationalen oder internationalen Charakter* annimmt, muß zunächst dafür gesorgt werden, daß allfällig erforderliche Anpassungsmaßnahmen ohne Verzug getroffen werden können. Im Bereich der unverbindlichen oder der individualrechtlichen Zusammenarbeit ist das weniger schwierig, weil nötigenfalls der eine Partner am Sitz des andern einen *Vertreter* bestellen kann. Schwieriger wird die Sachlage, wenn Beschlüsse der Geschäftsführer oder Gesellschafter oder der Organe von juristischen Personen erforderlich werden.

Alsdann ist man gut beraten, *Zirkulationsbeschlüsse* vertraglich oder statutarisch vorzusehen. Das kann bei *Personengesellschaften* und *Vereinen* ohne Schwierigkeiten vereinbart werden[211]. Im *Aktienrecht* dagegen dürften GV-Beschlüsse nicht auf dem Zirkulationsweg gefaßt werden[212]. Doch ist es zulässig, daß der Verwaltungsrat auf dem Wege der schriftlichen Zustimmung beschließt,

[210] Vgl. hinten S. 458ff.

[211] Vgl. HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 163, 134f.; SIEGWART, Kommentar, Art. 534 N. 5 mit Hinweis auf ZR 11, S. 295, wo von einem Zirkulationsbeschluß der Verwaltung der AG die Rede ist; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 29; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, 195 N. 271; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 709 N. 22; RGZ 101, 78. – Zum Vereinsrecht: Art. 66 Abs. 2 ZGB.

[212] BGE 67 I 346f.; BÜRGI, Kommentar, Art. 689 N. 6.

sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt (Art. 716 OR)[213]. Im Recht der *GmbH* sind schriftliche Abstimmungen der Gesellschafter durchwegs und nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes zulässig (Art. 808 Abs. 2 OR), wenn die Statuten es vorsehen[214]. Doch bleibt in jedem Fall die Einberufung durch eine Gesellschafterminderheit (Art. 809 Abs. 2 OR) oder durch eine allfällige besondere Kontrollstelle möglich (Art. 819 Abs. 2; 699 Abs. 1 OR)[215]. Da in der GmbH die Gründergesellschafter «geborene» Geschäftsführer sind, gilt die Möglichkeit des Zirkulationsbeschlusses auch für die Geschäftsführung.

Nach den Regeln des *Genossenschaftsrechts* sind schriftliche Abstimmungen (Urabstimmungen) nur zugelassen, wenn die Genossenschaft mehr als 300 Mitglieder zählt oder wenn es sich um einen Genossenschaftsverband handelt (Art. 880 OR), so daß die Verwendbarkeit des Zirkulationsbeschlusses im Rahmen der zwischenbetrieblichen Kooperation praktisch auf den Genossenschaftsverband beschränkt bleibt. Demgegenüber besteht nach der hier vertretenen Auffassung kein Anlaß, die aktienrechtliche Regel über *schriftliche Beschlußfassung der Verwaltung* nicht auch im Genossenschaftsrecht zuzulassen, sofern sie die Statuten ausdrücklich vorsehen.

Kooperieren Unternehmungen über die Landesgrenzen hinweg, hat man, zumal im Recht der Individualverträge und der Gesellschaften, an die Frage des *anwendbaren Rechts* zu denken. Da im schweizerischen IPR das Prinzip der *autonomen Rechtswahl* gilt (kollisionsrechtliche Parteiautonomie)[216], ist es zweckmäßig, das *anwendbare Recht* für Informationsaustausch-, Alleinvertretungs-, Franchise-, Lizenz-, know-how-Verträge usw. ausdrücklich zu be-

[213] Vgl. dazu BÜRGI, Kommentar, Art. 716 N. 13ff. und dort zitierte Literatur. Fraglich ist, ob die Statuten anders disponieren und Zirkulationsbeschlüsse zwingend vorschreiben dürfen. Das ist angesichts der aktienrechtlichen Organisationsstruktur und auch aufgrund des Wortlauts von Art. 716 OR zu verneinen.

[214] Vgl. dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 37ff.; Art. 808 N. 5; JANGGEN/BECKER, Kommentar, Art. 777 N. 17ff.; Art. 808 N. 7f.

[215] Vgl. dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 43.

[216] Vgl. dazu VISCHER, Schweizerisches Privatrecht I, S. 511ff., 661ff.

stimmen und den *Gerichtsstand* festzulegen. Das gleiche gilt für Verträge, welche die Partner abschließen, um ihren Gemeinschaftsunternehmen, die «rechtliche Basis»[217] zu geben, da das Kooperationsverhalten der Partner in den Organen der Gemeinschaftsunternehmen aller Regel nach in solchen Basisverträgen geregelt wird.

Fehlt es an einer eindeutigen Rechtswahl, so ist objektiv nach dem *Prinzip des engsten räumlichen Zusammenhangs* im Sinne der Vertragstypenformel zu verfahren, wonach in der Regel das Recht am Wohnsitz jener Partei anwendbar ist, deren Leistung für den Vertrag typisch ist[218]; anders nur, wenn zwingende (besondere) Umstände eine abweichende Lösung erfordern («escape clause»)[219]. Praktisch genügt die Vertragstypenformel bei vertikaler Kooperation. Wie aber verhält es sich z.B. bei Informationsaustauschverträgen? Die Formel gibt für *Tauschverträge* nichts her[220]. Fehlt es an besonders lokalisierenden Umständen des Einzelfalles, wird man jene Information als vertragstypisch anzusehen haben, die ohne Vertrag mit den größeren Schwierigkeiten (wenn überhaupt) zu erlangen gewesen wäre.

Basisverträge im oben umschriebenen Sinn betreffen die Verhältnisse im zu gründenden Gemeinschaftsunternehmen und sind insoweit meistens *einfache Gesellschaften.* Auch Gesellschaftsverträge für Personengesellschaften unterstehen im *Innenverhältnis* dem Prinzip der freien Rechtswahl[221]. Unterlassen die Kooperationspartner die Bestimmung des anwendbaren Rechts, herrscht nach schweizerischem IPR beträchtliche *Unsicherheit* über die zu-

[217] So CHRISTOPH REITHMANN, Internationales Vertragsrecht, Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge, 2. Aufl., Köln 1972, S. 364 N. 463.

[218] Vgl. dazu SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar, Allgemeine Einleitung N. 250ff.; N. 236ff.; vgl. auch VISCHER, Schweizerisches Privatrecht I, S. 664, wonach statt vom Wohnsitz von der «Résidence habituelle» des Erbringers der typischen Leistung die Rede sein sollte.

[219] Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar, Allgemeine Einleitung N. 240ff.

[220] VISCHER, Internationales Vertragsrecht, S. 117 und dort Anm. 2; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar, Allgemeine Einleitung N. 269, «wonach das Recht desjenigen Landes anzuwenden ist, mit dem der Einzelfall die engste räumliche Beziehung aufweist. Die Umstände des einzelnen Falles entscheiden also».

[221] GRASMANN, System des internationalen Gesellschaftsrechts, S. 341 N. 613.

treffende *objektive Anknüpfung*. Zwar ist unbestritten: es kommt darauf an, wo sich die für den Gesellschaftszweck wichtigsten Handlungen abspielen, wo jener Gesellschafter seinen Sitz hat, «qui exerce l'activité spécifique et prépondérante, consistant à diriger le cartel, prendre l'initiative des accords, veiller à leur application, établir les décomptes, fonctionner comme office de clearing pour les règlements»[222]. Sieht man indessen von *Doppelgesellschaften* mit (gesellschaftsrechtlich problematischer) Mitgliedschaft der Organgesellschaft bei der Grundgesellschaft ab, schafft die Anwendung dieser Prinzipien auf Kooperationsverhältnisse allzu häufig arge Not. Bei *funktionaler Kooperation* wird man darauf abstellen müssen, ob sich die Funktionserfüllung lokalisieren lasse (z.B. der Ort der EDV-Anlage; der Ort der gemeinsamen Werbung). *Gegenständliche Kooperationsverhältnisse* unterstehen dem Recht des Landes, in dem die Ware für die Partner hergestellt wird, der gemeinsam verwendete Betriebsteil gelegen ist usw. Einfacher und klarer ist aber in jedem Fall die *ausdrückliche Rechtswahl*. Daß damit über kartell- und monopolrechtliche Geltung nichts ausgemacht ist, versteht sich angesichts des weithin anerkannten *Auswirkungsprinzips* im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen von selbst[223].

Soweit sich Kooperationen im Rahmen juristischer Personen

[222] BGE 78 II 146; vgl. zur Frage auch WERNER VON STEIGER, Die einfache Gesellschaft im IPR, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1957, S. 17ff.; SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 129; VISCHER, Internationales Vertragsrecht, S. 128f.; vgl. auch GRASMANN, System des internationalen Gesellschaftsrechts, S. 498 N. 996: «Bei nicht registrierten Gesellschaften ist im Falle des Fehlens einer ausdrücklichen Rechtswahl der Schwerpunkt der Verhältnisse zu suchen, wobei in erster Linie das Geschäftszentrum und der Ort der Betätigung der Gesellschafter, subsidiär auch der Ort, an welchem die Gesellschafter ihre Leistungen zu erbringen haben, der Gesellschaftsvertrag geschlossen ist oder die Parteien wohnen, den Ausschlag geben können. Dies bedeutet, daß bei Fehlen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Rechtswahl subsidiär auf den Sitz zurückgegriffen werden kann, wenn die Charakteristiken des gesellschaftlichen Vertragsverhältnisses auf den Sitz verweisen.» Vgl. auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar, Allgemeine Einleitung, N. 322.

[223] Vgl. darüber ausführlich hinten S. 499ff.

abspielen, herrscht das *Personalstatut,* das nach neuerer Auffassung eher mittels der *Inkorporations-* als der *Sitztheorie*[224] bestimmt wird[225]. Maßgebend ist somit das Recht des Landes, nach dessen Vorschriften die fragliche juristische Person gegründet worden ist[226]. Dabei ist freilich auch hier zu beachten, daß sich im *Außenverhältnis* abweichende Regelungen aufdrängen können[227].

16. Probleme des Rechtsweges

Die Parteien müssen sich darüber einigen, ob sie im Streitfalle den *ordentlichen Rechtsweg* sollen beschreiten dürfen oder ob ein *Schiedsgericht* zuständig sein soll. Bekanntlich besteht in der Wirtschaft die Neigung, staatliche Gerichte wenn immer möglich *auszuschalten.* Das mag bei Kartellen aus ersichtlichen *Geheimhaltungsgründen*[228] gerechtfertigt sein. Kooperationsverhältnisse

[224] Die an die Beteiligungsverhältnisse anknüpfende Kontrolltheorie wird übergangen; vgl. dazu WERNER NIEDERER, Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, 2. Aufl., Zürich 1956, S. 112f.; vgl. auch VISCHER, Schweizerisches Privatrecht I, S. 570 und dort Anm. 2 (mit Hinweis auf die Bedeutung der Kontrolltheorie im Fremdenrecht).

[225] Vgl. VISCHER, Schweizerisches Privatrecht I, S. 571; DERSELBE, Internationales Vertragsrecht, S. 129 und die dort in Anm. 2 zitierte weitere Literatur. Nicht eindeutig BGE 95 II 448: «Die Frage beurteilt sich nach dem die Handlungsfähigkeit dieser Gesellschaft beherrschenden Personalstatut, d.h. nach dem Recht des Staates, in dem die Prospera GmbH ihren Sitz hat und dem sie ihre Persönlichkeit verdankt»; unklar ist hier, ob unter «Sitz» der statutarische oder der Verwaltungssitz verstanden wird. Nur im zweiten Fall ergeben sich praktisch ins Gewicht fallende Unterschiede zur Inkorporationstheorie.

[226] Vgl. dazu vor allem MAX GUTZWILLER/WERNER NIEDERER, Beiträge zum Haager IPR, Freiburg 1951, S. 107ff.

[227] Vgl. VISCHER, Schweizerisches Privatrecht I, S. 575f.; RUDOLF MOSER, Personalstatut und Außenverhältnis der Aktiengesellschaft, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von W. F. Bürgi, Zürich 1971, S. 283ff.

[228] Vgl. KUMMER, Grundriß des Zivilprozeßrechtes, S. 244: «Schiedsgerichte erlauben sodann, die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung zu umgehen, was sich insbesondere die Verbände, die Licht in ihre Hausstreite scheuen, zunutze machen (mit der leidigen Folge, daß die Judikatur zu innergesellschaftlichen Fragen sich weitgehend hinter verschlossenen Türen abspielt und nur zum kleinsten Teil ins wissenschaftliche Gespräch einfließt).» Vgl. dazu KLAUS

aber gehören nur dann vor ein Schiedsgericht, wenn die Streitsache möglichst rasch entschieden werden muß (was bei der Unternehmenskooperation meistens zutrifft) und wenn die Schiedsgerichtsbarkeit eine solche speditive Erledigung gewährleistet (was selten der Fall ist). Ferner sind Schiedsklauseln angebracht bei *internationaler* Kooperation.

Im einzelnen ist dann freilich die Schiedsgerichtsbarkeit von der Einschaltung bloßer *Einigungsstellen* zu sondern. Diese sollen vor Austragung des Streites mit der Wirkung konsultiert werden, «daß, wenn die Einigung nicht zustande kommt, das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten seinen Gang geht»[229]. Dagegen ist *Schiedsgerichtsbarkeit* Ausschluß des ordentlichen (staatlichen) Rechtsweges und bedeutet «weitgehenden Verzicht auf staatliche Rechtsmittel»[230]. Eben deshalb ist *rechtsgeschäftliche Verfügbarkeit* über die Rechtsfolgen selbstverständliche Voraussetzung[231]. Im Kooperationsrecht ist sie in der Regel gegeben[232].

Schiedsgerichtsbarkeit in Kooperationsverhältnissen gründet entweder auf *Schiedsverträgen* oder auf *vertraglichen* und *statuta-*

KOHLER, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin, Bd. 8, Berlin 1967, S. 79ff.; STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 1025 I, Ziff. 4 (Bewertung der Schiedsgerichtsbarkeit). – In diesem Zusammenhang ist auch an die Sonderregelung des Art. 15 KG zu erinnern.

229 HAUSSMANN, Das Recht der Unternehmenszusammenfassung II, S. 437.

230 KUMMER, Grundriß des Zivilprozeßrechtes, S. 244.

231 Vgl. dazu KIND, Staatsrechtliche Aspekte der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit im Kartellwesen, S. 41ff.; LEUCH, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, Art. 380 N. 2; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 581f.; BAUMBACH/LAUTERBACH, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und andern Nebengesetzen, § 1025 N. 6; STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 1025 Ziff. III (Zulässigkeit des Schiedsvertrages).

232 Vgl. dazu KIND, Staatsrechtliche Aspekte der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit im Kartellwesen, S. 26ff., 46, wo mit Recht festgestellt wird, daß bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten Zweifel an der Verfügbarkeit kaum bestehen. Vgl. LEUCH, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, Art. 382 N. 1 (S. 363 oben); KIND, Staatsrechtliche Aspekte der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit im Kartellwesen, S. 57f.; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 577f. und dort Anm. 25. Vorbehalten bleiben natürlich kartellrechtliche Tatbestände; darüber ausführlich hinten S. 541.

rischen Schiedsklauseln. Hier interessieren nur die Schiedsklauseln; und auch sie nur, soweit sie gesellschaftsvertraglich oder statutarisch begründet worden sind. Dabei ist vor allem fraglich, ob die Schiedsklausel automatisch gegenüber neuen Gesellschaftern oder neu eintretenden Mitgliedern gelte. Die Frage ist zu bejahen[233].

Weiter ist zu entscheiden, wie es sich verhält, wenn eine Schiedsklausel *nachträglich* in einen Gesellschaftsvertrag oder in die Statuten einer juristischen Person aufgenommen werden soll. In *Personengesellschaften* bedarf es zur Einführung der Schiedsklausel einer Vertragsänderung. Wie vorne ausgeführt worden ist, kann das grundsätzlich mit *Mehrheitsbeschluß* geschehen, wenn das Mehrheitsprinzip ausdrücklich auch für Vertragsänderungen vorgesehen ist und die Änderung weder wohlerworbene Rechte verletzt noch rechtsmißbräuchlich ist[234]. Im *deutschen Recht* wird ein der Individualsphäre zugeordneter Anspruch des Gesellschafters auf den staatlichen Richter mit der Begründung bejaht, § 1025 Abs. 1 ZPO fordere einen Vertrag (und somit genüge ein Mehrheitsbeschluß nicht)[235]. Dem ist auch für das schweizerische Recht *beizupflichten.* Das personengesellschaftliche Band *(intuitus personae)* erlaubt es nicht, daß eine Mehrheit nachträglich dem widerstrebenden Mitgesellschafter den Weg zum staatlichen Richter abschneidet oder ihn umgekehrt um die im Vertrag vorgesehene schiedsgerichtliche Erledigung von Streitfällen bringt[236].

Dagegen wird in Deutschland und in der Schweiz überwiegend angenommen, die *nachträgliche Einführung* einer Schiedsklausel durch Statutenänderung sei ohne Einstimmigkeit zulässig[237]. Man

[233] Vgl. freilich die alte Zivilprozeßordnung des Kantons Solothurn (vom 5. Juli 1891), § 282.

[234] Vgl. vorne S. 353.

[235] SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 709 N. 20; SPENGLER, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften und deren Schranken, S. 176; WOLFGANG ZÖLLNER, Die Formbedürftigkeit von Schiedsklauseln in OHG-Verträgen, Der Betrieb 1964, S. 795.

[236] Vgl. dazu Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, 12, S. 293; HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 12.

[237] Vgl. für Deutschland SPENGLER, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften und deren Schranken, S. 178 f.; BAUMBACH/SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 58 f.; für das schweizerische Recht: KIND, Staatsrechtliche Aspekte der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit im Kartellwesen, S. 59; LEUCH, Kommentar, Art.

teilt allgemein die Auffassung des *Bundesgerichts,* die Schiedsklausel stehe «innerhalb des Geltungsgebietes der Verfügungsgewalt des Verbandes»[238]. Dem kann indessen nicht zugestimmt werden: Wer einem Verband beitritt, muß sich den Zweckmäßigkeitsentscheidungen der Mehrheit fügen, solange diese rechtmäßig bleiben. Ob das im Einzelfall zutreffe, kann gegebenenfalls durch den *ordentlichen Richter* abgeklärt werden. Außerhalb reiner Zweckmäßigkeitserwägungen steht somit die Frage, ob der die Rechtmäßigkeit des Ermessens überprüfende Richter ein privater oder ein staatlicher Richter sein solle. Anders verhält es sich nur, wenn die *Urstatuten* die Möglichkeit einer nachträglichen Einführung des Schiedsgerichts mittels gewöhnlicher Statutenänderung vorsehen, so daß die Gründer die Zulässigkeit der schiedsgerichtlichen Beurteilung im Grundsatz bereits vorweg bejaht haben, was auch der Erwerber der Mitgliedschaft wissen kann.

Anderseits wird durch eine Beseitigung der Schiedsklausel der «natürliche» Zustand wiederhergestellt, so daß im Körperschaftsrecht nur dann die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich ist, wenn die Schiedsklausel als *statutarisch wohlerworbenes Recht* qualifiziert werden muß[239, 240].

382 N. 1; EGGER, Kommentar, Art. 65 N. 5; SIEGWART, Kommentar, Einleitung N. 318; ALFRED WIELAND, Hat der Aktionär ein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung einer Schiedsklausel in den Statuten einer AG?, SAG 1942, S. 31ff.; MAX GULDENER, Die Gerichtsbarkeit der Wirtschaftsverbände, Basel 1952, S. 233a f.

238 BGE 24 II 565; die in diesem Zusammenhang häufig auch zitierten BGE 33 II 207, 71 II 181 und 69 I 88 geben für die hier entscheidende Frage wenig her.

239 Zutreffend sowohl in der Argumentation als auch im Ergebnis: KIND, Staatsrechtliche Aspekte der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit im Kartellwesen, S. 59f.; GUSTAV W. HEINEMANN, Schiedsgerichte kraft Satzung, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin 1933, S. 316ff. – Zur Frage der Beseitigung einer statutarischen Schiedsklausel: SIEGWART, Kommentar, Einleitung N. 318. – Zum Problem der rechtmäßigen Zusammensetzung des Schiedsgerichts: SCHÜRMANN, Kommentar, S. 138f. und die dort zitierte Judikatur: BGE 67 I 214; 72 I 88; 76 I 92; 78 I 112; 80 I 342; 81 I 321. Ferner aus der neueren Judikatur: BGE 93 I 58; 97 I 489. – Zur Diagnose der Wohlerworbenheit bei statutarischen Rechten: SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 253ff.

240 Zur Frage der praktischen Ausgestaltung von Schiedsklauseln in Kooperatio-

17. Probleme der Treuepflicht bei Mehrfachkooperationen

Sehr oft pflegt ein Kooperationspartner bereits vor Abschluß eines Kooperationsvertrages funktionale oder gegenständliche Zusammenarbeit mit Unternehmungen, die am *neuen* Kooperationsverhältnis nicht teilnehmen. So etwa, wenn die AG X nun mit der AG Y eine gemeinsame EDV-Anlage erwerben und betreiben will, aber schon lange vorher mit der AG Z gemeinsam geworben hat.

Unter solchen Voraussetzungen stellt sich die Frage, ob der Abschluß des neuen Kooperationsverhältnisses gegen eine allfällige *Treuepflicht verstoße,* wie sie im Recht der Personengesellschaften, der Genossenschaft, des Vereins und allenfalls auch der GmbH besteht[241]. Mit Recht wird allgemein herausgestellt, die Treue-

nen SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1384 (Vertragsmodelle und Muster). Es handelt sich um eine Schiedsklausel im Vertrag der Kooperationspartner über die Errichtung einer Gemeinschaftsunternehmung X. Beachtlich Abs. 2 der Klausel: «Streitigkeiten im Sinne von Ziff. 1 gelten als Streitigkeiten zwischen den Partnern dieses Hauptvertrages unter Ausschluß von X. X wird deshalb im Falle eines Schiedsverfahrens nicht Partei sein; jedoch sind die aufgrund dieses Schiedsverfahrens ergehenden Schiedssprüche für X verbindlich.» Weiter in Abs. 5: «Wollen zwei oder drei Gesellschaften ein Schiedsverfahren einleiten, so ist der gemeinsame Eröffnungsantrag gegen die übrigen Gesellschaften, die am Verfahren teilnehmen können, zu richten. Für die Zwecke der Konstituierung des Schiedsgerichts gelten sowohl die Gesellschaften, die den Eröffnungsantrag stellen, wie auch die Gesellschaft oder diejenige Gesellschaft, gegen die der gemeinsame Eröffnungsantrag zu richten ist, jeweils als eine Partei; es steht jedoch jeder Partei frei, im Verlauf des Schiedsverfahrens getrennte Anträge zu stellen und Darlegungen zu machen. Beteiligen sich eine oder mehrere Gesellschaften nicht an der Durchführung des Verfahrens, so ist der ergehende Schiedsspruch gleichwohl für sie verbindlich.» Zahlreiche weitere Beispiele mit Erläuterungen bei HAUSSMANN, Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen II, S. 441ff.

241 Vgl. zum Vereinsrecht: HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 551; zum Recht der Genossenschaft: Art. 866 OR und dazu GUTZWILLER, Kommentar, Art. 866 und FORSTMOSER, Kommentar, Systematischer Teil N. 328; DERSELBE, Großgenossenschaften, Bern 1970, S. 183ff.; zum Recht der GmbH: VON STEIGER, Kommentar, Art. 784 N. 33, wonach in Fällen, «bei denen das Verhalten eines Gesellschafters eine besondere Bedeutung hat (z. B. Abberufung von Geschäftsführern, Austritt, Ausschluß oder Auflösung aus wichtigen Gründen), in der Regel strengere Anforderungen (zu stellen sind), als dies im Aktienrecht ... möglich ist»; zum Recht der Personengesellschaften: Art. 536, 561 OR

pflicht sei *eine Funktion des Gesellschaftszwecks* nach der Formel: Je weiter der Gesellschaftszweck, desto umfassender die Treuepflicht[242]. Im Rahmen des Gesellschaftszwecks hat der Gesellschafter alles zu unterlassen, was der Realisierung des Zwecks abträglich sein könnte und was «dem Mitgesellschafter gegenüber die Treue bricht»[243]. Die Generalklausel muß hier wie anderswo *konkretisiert* werden, was positiv-rechtlich (zwar einseitig, aber immerhin) durch die *Konkurrenzverbote* in den Personengesellschaften und im Recht der GmbH (Art. 818 OR)[244] geschehen ist. Im übrigen muß richterliche *Lückenfüllung* intra legem Platz greifen[245].

Gesellschaftliche Kooperationen stehen unter einem verhältnismäßig *engen Zweck:* allemal geht es darum, (nur) eine oder mehrere Unternehmensfunktionen zu vergemeinschaften oder (nur) in einem gegenständlich abgegrenzten Bereich zusammenzuwirken. Daraus folgt ganz allgemein eine *Begrenzung auch der Treuepflicht* durch diesen (engen) Rahmen. Konkret liegt auf der Hand, daß

und BGE 30 II 463 (für den Kommanditär). Im Recht der AG fällt die Treuepflicht mit dem Verbot des Rechtsmißbrauchs zusammen: SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 329ff. An der dort geäußerten Auffassung wird de lege lata festgehalten trotz der beachtlichen neuen Durchblicke, die WERNER VON STEIGER (Über die Verantwortungen des Hauptaktionärs, in: Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 699ff.) und HERBERT WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, gewähren. Zutreffend FRANK VISCHER/FRITZ RAPP, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968, S. 191f. und 175f.

242 SIEGWART, Kommentar, Art. 536 N. 3; BECKER, Kommentar, Art. 536 N. 1; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 66.

243 SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 66; vgl. ferner HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 192 bis 205; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 705 N. 35.

244 Dort aber nur für die Geschäftsführer; durch die Statuten kann dieses Verbot indessen auf alle Gesellschafter ausgedehnt werden (Art. 818 Abs. 2 OR).

245 Vgl. dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewußte, S. 353f. – Zur Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht: SIEGWART, Kommentar, Art. 536 N. 3; BECKER, Kommentar, Art. 536 N. 2ff.; GEILER/KESSLER, Kommentar, Vorbemerkungen zu § 705ff. BGB N. 38ff.

niemand seine Treuepflicht als Kooperant für gemeinsamen Einkauf verletzt, wenn er mit einem anderen gemeinsame Forschung und Produktentwicklung betreibt. Immerhin dient es der Klarstellung, wenn solche Drittbeziehungen zum Zwecke der Mehrfachkooperation *ausdrücklich vertraglich* vorbehalten werden.

Mehrfachkooperationen begründen gegebenenfalls *Parallelbeziehungen* zu Partnern, die unter sich im Wettbewerb stehen, aber nicht zusammenarbeiten. Alsdann erwächst für den mehrfach Kooperierenden ganz von selbst aus der allgemeinen *Treuepflicht* eine besondere *Geheimhaltungspflicht*[246], die in der Praxis nicht immer leicht zu beobachten ist. Da unternehmerische Kooperation die Selbständigkeit der kooperierenden Unternehmen unangetastet läßt, besteht die natürliche Tendenz, die Meinungsäußerung in den verschiedenen Kooperationsgremien auf den unternehmerischen *Gesamtzusammenhang* zu stützen, wodurch unversehens über Beurteilungskriterien relevante, aber geheim zu haltende Sachverhalte die Runde machen. Diese Gefahr kann sich in einem Maße verdichten, daß die kooperationsrechtliche Treuepflicht die Anknüpfung neuer Kooperationsbeziehungen mit gewissen Partnern schlechterdings untersagt. Das trifft etwa dann zu, wenn das Ausgangsverhältnis Gemeinschaftskalkulation und -kostenrechnung betrifft; undenkbar dann, daß der eine Partner (ohne die andern) einem Preiskartell beitritt, weil er an der Preisfestsetzung im Kartell ohne «Verwertung» der ihm bekannten Kostenstrukturen der Außenseiter mitzuwirken überhaupt außerstande ist[247].

Anderseits ist zu betonen: Kooperationsverhältnisse dehnen das dort geflochtene Band der Treue nicht etwa in der Weise, daß die Partner (im Falle der horizontalen Kooperation) zu besonderer Rücksichtnahme im Wettbewerb gezwungen wären. Wo die Zusammenarbeit nicht Parameter der *Absatzpolitik* betrifft oder ein Zusammenwirken in solchen Sparten mit anderen Partnern nicht

246 Vgl. dazu auch HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 193 f.

247 Die Schwierigkeit der Schadensubstantiierung in solchen Fällen ist bekannt. Daher empfiehlt es sich, als Sanktion für die Verletzung von Treuepflichten Konventionalstrafen zu vereinbaren; vgl. SIEGWART, Kommentar, Art. 536 N. 4; BECKER, Kommentar, Art. 536 N. 5.

im eben umschriebenen Sinn ausnahmsweise unzulässig wird, dürfen sich Kooperanten *frei um die Wette bewerben.*

III. Rechtsprobleme während der Dauer der Kooperation

1. Probleme der Auslegung

Individual- und Gesellschaftsverträge sind ebenso wie Körperschaftsstatuten *auslegungsbedürftig*. Daher stellt sich die Frage, wie im Einzelfall zu entscheiden ist, wenn sich die Kooperationsparteien über den Sinn der getroffenen Abmachungen nicht einig sind. Es ist zweckmäßig, die Frage für *Individualverträge, Gesellschaftsverträge* und *Körperschaftsstatuten* gesondert zu erörtern[248].

1.1 Individualverträge

Die Antwort auf die eben aufgeworfene Frage findet sich in Art. 18 Abs. 1 OR, wonach bei Beurteilung des Inhalts eines Vertrages der *übereinstimmende wirkliche Wille* und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdruckweise zu beachten ist. Um feststellen zu können, inwieweit der Wille der Parteien übereinstimmt, muß dieser zunächst ermittelt werden. Das geschieht nach ganz und gar unwidersprochener *Lehre* und *Rechtsprechung* mittels des *Vertrauensprinzips,* das dabei als *Auslegungs- und Entscheidregel* zugleich fungiert[249]: «Eintritt und Inhalt einer rechtsgeschäft-

[248] Praktisch geht es überwiegend darum, daß die Parteien zwar die rechtsgeschäftliche Bindung anerkennen, aber sich über den Sinn der getroffenen Vereinbarung uneins sind. Im Sinne von JÄGGI (Kommentar, Art. 1 N. 172) handelt es sich um reine Auslegungsstreitigkeiten. Doch soll nicht verhehlt werden, daß im Kooperationsrecht auch streitig werden kann, ob überhaupt eine Bindung (und nicht bloß eine unverbindliche Abrede) zustande gekommen sei. Seltener sind die Streitlagen, die dadurch gekennzeichnet sind, daß die Kooperationspartner den Eintritt einer Vertragswirkung hinsichtlich eines von ihnen abgelehnten Inhalts bestreiten, hinsichtlich eines ihnen genehmen Inhalts dagegen behaupten. So kommt es selten vor, daß der eine Partner behauptet, er habe einen Informationsaustauschvertrag (und nicht einen Betriebsvergleichsvertrag) geschlossen, während der andere das Gegenteil vorbringt; vgl. dazu JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 171.

[249] Vgl. zu diesen beiden Einzelregeln: JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 193ff.; die

lichen Wirkung bestimmen sich danach, wie eine Person (‹der Empfänger›) einen wirklichen oder vermeintlichen Erklärungsvorgang nach den Umständen auffassen durfte und mußte.»[250]

Soweit Kooperationsverträge in Rede stehen, ist zu beachten, daß man es praktisch ausschließlich mit *Innominatkontrakten* zu tun hat. Also ist zu fragen, welche Bedeutung diesem Umstand für die Auslegung zukommt. Grundsätzlich keine, weil auch in Innominatverträgen gleich zu verfahren ist, mithin nach dem *Vertrauensprinzip*[251]. Zuzugeben ist, daß das Vertrauensprinzip im Bereich der unbenannten Verträge häufig in der *Entscheidfunktion* auftritt, weil die Gefahr von Fehlverständnissen dort größer ist, wo Ungeformtes erklärt wird. Daher wird man beim Beizug der zum Vertrauensprinzip entwickelten Hilfsregeln[252] vor allem auf eine allfällig bereits sich abzeichnende *Verkehrssitte* abstellen müssen[253]. Ebenso müssen vorangegangene (praktizierte) *unverbind-*

Entscheidregel kommt dann zum Zuge, wenn eine der beiden beteiligten Parteien den äußeren Tatbestand nicht gemäß dem objektiven Sinn verstanden hat.

250 So JÄGGI, Kommentar, Art.1 N.181, der im übrigen mit zahlreichen Belegen selbst darauf hinweist, daß Literatur und Rechtsprechung in der Fassung des Vertrauensprinzips im einzelnen voneinander abweichen (N.188). Aus der unabsehbaren Literatur: MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art.2 N.125; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, Diss. Zürich 1948; OFTINGER, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, S.178ff.; ROBERT PATRY, Le principe de la confiance, Diss. Genf 1953; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S.168ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S.110; WALTHER HUG, Betrachtungen zum Gerichtsgebrauch über Abschluß und Auslegung der Verträge, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1955, S.1ff.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S.167ff. Vgl. im übrigen auch KARL LARENZ, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Photomechanischer Nachdruck der ersten Auflage von 1930 mit einem Nachwort des Verfassers, Frankfurt a.M./Berlin 1966; ALEXANDER LÜDERITZ, Auslegung von Rechtsgeschäften, Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts, Karlsruhe 1966. – Aus der Rechtsprechung: BGE 89 II 54; 94 II 117; 93 I 511; 92 II 339; 87 II 242; 69 II 322; 34 II 528.

251 Vgl. dazu SCHLUEP, Innominatverträge (Manuskript).

252 MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art.2 N.146ff.; SCHLUEP, Innominatverträge (Manuskript).

253 Zutreffend ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S.170: «Pour l'inter-

liche Abreden sowie *Entwürfe* des auszulegenden Kooperationsvertrages beachtet werden[254].

1.2 Gesellschaftsverträge

Nach allgemeiner Auffassung sind Gesellschaftsverträge dadurch gekennzeichnet, daß sie neben *schuldrechtlichen* (z.B. Beitragspflicht) auch *organisatorische* und *statusbegründende* Elemente aufweisen[255]. Fraglich wird daher, ob für die Auslegung *andere Prinzipien* maßgebend seien als die aus dem Vertrauensprinzip folgenden Regeln. Das scheint niemand annehmen zu wollen[256]. Den Besonderheiten, zumal dem *Funktionspluralismus* des Gesellschaftsvertrages ist somit im Rahmen des Vertrauensprinzips unter dem Titel des «besonderen Umstandes» Rechnung zu tragen[257].

1.3 Körperschaftsstatuten

Es ist streitig, ob die für Individual- und Gesellschaftsverträge

prétation proprement dite, ce qui a été exposé jusqu'ici est valable avec cette réserve que les *usages (die Verkehrssitten)* y jouent un rôle évidemment plus prononcé.»

254 Vgl. dazu BGE 94 II 125. Aufschlußreich zu dieser Frage auch DIETMAR WILLOWEIT, Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, S. 44ff.

255 Vgl. dazu MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 31ff.; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 30; SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 78ff.; HARTMANN, Kommentar, Art. 552 N. 9ff.; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 705 N. 1ff.; LEHMANN/DIETZ, Gesellschaftsrecht, S. 45ff.; WÜRDINGER, Gesellschaften, S. 39ff.; JÄGGI, Kommentar, Art. 1 N. 51 («Statusgeschäfte»); KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechtes II, 5. Aufl., München/Berlin 1962, S. 245ff.; JOSEF ESSER, Schuldrecht II, 3. Aufl., Karlsruhe 1969, S. 265ff.; WOLFGANG FIKENTSCHER, Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 538ff.; GHIDINI, Società personali, S. 85ff.; FERRI, Commentario del Codice civile, Art. 2247 N. I; vgl. auch WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 2f.; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften, I, S. 19, N. 25.

256 Vgl. SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 26 mit Hinweis auf ein Urteil des BGH: «Der Vertrag ist nach Sinn und Zweck unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen. Es sind die allgemeinen Auslegungsgrundsätze... zu beachten.» FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 105 Anm. 59.

257 Vgl. dazu BGE 94 II 125.

allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze auch gelten, wenn *Statuten* auszulegen sind. Das hängt damit zusammen, daß der eine Teil der Lehre die im rechtsgeschäftlichen Willen der Partner liegenden *Gemeinsamkeiten,* ein anderer dagegen die in der Funktion begründeten *Unterschiede* zwischen Gesellschaftsvertrag und Statut und damit letztlich zwischen *Gesellschaft* und *juristischer Person* betont[258].

Nach der hier vertretenen Auffassung schlägt die zunächst rein *rechtstechnische Gewährung* der Rechtsfähigkeit immer auch insoweit materiell aus, als die gesellschaftsrechtlichen Horizontalbeziehungen abgeschwächt oder durch das Vertikalverhältnis zur juristischen Person überhaupt verdrängt werden. Daher erscheint es unangemessen, Handelsgesellschaften, Genossenschaften und Vereine mit juristischer Persönlichkeit als bloße *Abart* der auf dem intuitus personae gründenden Gesellschaften einzuordnen, wenn auch im einzelnen differenziert werden muß.

Folgt man dieser Auffassung über die *spürbare und materiell wirksame Eigenart* juristischer Personen, muß man zwangsläufig die Statuten anders einordnen als den Gesellschaftsvertrag und daher die *Frage der Auslegungsmethode* neu stellen. Man wird also davon ausgehen müssen, daß die Statuten der Körperschaften

[258] Hauptvertreter der einheitlichen Betrachtungsweise von Gesellschaften und Körperschaften bleibt WIELAND, Handelsrecht I, S. 400ff.; die andere Ansicht vertritt markant OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, unveränderter Nachdruck der ersten Auflage (Leipzig 1895), München/Leipzig 1936, S. 481f.: «Demgemäß haben wir statt des römischen Gegensatzes den *deutschen* Gegensatz zwischen körperschaftlicher und gesellschaftlicher Vereinigung zugrunde zu legen. Beiderlei Gebilde haben wir durch einen scharfen begrifflichen Einschnitt zu sondern. Denn wir müssen das Dasein einer vom Rechte anerkannten selbständigen Verbandsperson hier bejahen und dort verneinen.» GÜNTER HAUPT/RUDOLF REINHARDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952, S. 11ff. Vgl. auch SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 15ff. mit wertvollen Gegenüberstellungen. Vielfach begegnet man dem Problem heute damit, daß man von einer «aufsteigenden» Typenreihe spricht; vgl. MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 42; LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 447f.; SCHLUEP, Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, S. 15, 18; EGGER, Kommentar, Art. 52 N. 10; vgl. auch LEHMANN/DIETZ, Gesellschaftsrecht, S. 11ff., 25ff.

nach bestimmten Richtungen hin und unter besonderen Voraussetzungen zur *Körperschaftsverfassung*[259] werden und damit die bloße Ausrichtung mehrerer Glieder auf einen gemeinsamen Zweck überholen. Das trifft besonders zu im Verhältnis der Körperschaft zu Nichtgründern und zu *Dritten*. Dort wird man fordern dürfen, daß *Statuten wie Gesetze* ausgelegt werden. Demgegenüber besteht kein Anlaß, Gründer nicht unter das Vertrauensprinzip zu stellen, wobei freilich mit Recht hervorgehoben worden ist, daß das Erfordernis *einheitlicher Auslegung* der Statuten der individualistischen Betrachtungsweise Grenzen setzt[260].

In der *Lehre* werden verschiedene Meinungen geäußert. Eine durchgängige Auslegung nach dem *Vertrauensprinzip* fordern neben WIELAND[261] und EGGER[262] namentlich auch VON STEIGER[263] und (mit mannigfachen Vorbehalten zwar, aber pour finir doch wohl) GUTZWILLER[264]. Demgegenüber hält E. SCHUCANY ohne Ausnahme dafür, es sei vom «Standpunkt des Publikums auszugehen, das die Entstehungsgeschichte nicht kennt und sich deshalb an das hält, was darin (sc. in den Statuten) geschrieben ist ...»[265]. Wieder andere differenzieren ähnlich, wie es hier vertreten wird[266].

259 Vgl. dazu WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 20 N. 25.

260 FORSTMOSER, Kommentar, Art. 832/833 N. 64.

261 WIELAND, Handelsrecht I, S. 403 ff.

262 EGGER, Kommentar, Art. 60 N. 2.

263 WERNER VON STEIGER, Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der AG, ZBJV 91bis (1955), S. 344 ff., 355 ff.; DERSELBE, Kommentar, S. 21 N. 34.

264 GUTZWILLER, Kommentar, Art. 833 N. 9 ff.

265 SCHUCANY, Kommentar, Art. 626 N. 1.

266 Vgl. FUNK, Kommentar, Art. 626 N. 1: «Die Auslegung der Statuten hat nach dem Sinn zu erfolgen, den ihnen ein unbefangener Aktionär, der einigermaßen mit den Verhältnissen vertraut ist, geben würde, wobei die Begleitumstände zu berücksichtigen sind, die einen Schluß auf den wirklichen Willen zulassen, der den Statuten zugrunde liegt ... Die rein juristischen Auslegungsregeln ... dürfen nur mit Vorbehalt angewendet werden ... Man muß sich bewußt bleiben, daß die Statuten eine Satzung sind, die das Leben eines Verbandes ordnen und daher nur beschränkt den Charakter eines Vertrages haben.» Noch differenzierter argumentiert SIEGWART, Kommentar, Art. 626 N. 11 ff. Er geht davon aus, daß die bei der Auslegung von Gesetzen anwendbaren Regeln zu beachten sind, «soweit die Interessen der Gläubiger in Frage stehen oder solcher

Auch in der *Gerichtspraxis* fehlt Einmütigkeit. Immerhin muß man folgern, die Praxis neige dazu, Statuten nach dem *Vertrauensprinzip* auszulegen. Symptomatisch dafür etwa folgende Erwägung: «Die Statuten einer privatrechtlichen Körperschaft sind wie vertragliche Willenserklärungen (vgl. hiezu BGE 69 II 322; 80 II 31/32; 81 II 363; 82 II 453) nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Maßgebend ist der Sinn, den die Mitglieder ihnen nach Treu und Glauben vernünftigerweise beimessen dürfen ... Dies gilt vor allem in Fällen wie dem vorliegenden, wo die Statuten vermögensrechtliche Ansprüche der Mitglieder vorsehen, *die ihrer Art nach auch in einem Vertrag geregelt sein könnten.*»[267] Ebenso stellt der *Appellationshof des Kantons Bern* fest: «Für die Auslegung der Statuten aus einem Gesellschaftsvertrag sind die allgemeinen Re-

Aktionäre, die bei der Aufstellung der Statuten nicht beteiligt waren ...» (N.12). Praktisch heißt das nach SIEGWART, daß die Statuten «aus sich selbst heraus zu interpretieren (sind), nach dem Wortlaut, nach den mit den Statuten verfolgten Zwecken, so wie sich diese objektiv betrachtet im Moment des Konflikts darstellen ...» (N.12). In Anlehnung an BGE 32 II 737 postuliert SIEGWART weiter, daß statutarische Vorschriften restriktiv zu interpretieren sind, wenn sie über das dispositive Recht hinaus dem Aktionär zusätzliche Pflichten auferlegen. Demgegenüber soll bei Konflikten zwischen Personen, die bei der Feststellung der Statuten zugegen waren, der Wille der Beteiligten maßgebend sein. Ins Gewicht fallen also vor allem die Absichten, welche die Beteiligten subjektiv seinerzeit verfolgten (N.12). Wie SIEGWART – aber im Ergebnis noch feiner unterscheidend – sondert auch DAVID HÜPPI (Die Methode zur Auslegung von Statuten, zugleich ein Beitrag zur Untersuchung vom Aufbau und Verhältnis juristischer Auslegungsmethoden, Diss. Zürich 1971, namentlich S.203ff.). Im Ergebnis kommt HÜPPI zum Schluß, daß bei Körperschaften mit personengesellschaftlichem Charakter (z.B. Familienaktiengesellschaften) jedenfalls die das Innenverhältnis beherrschenden statutarischen Normen nach den Gegebenheiten zur Zeit der Entstehung der Norm auszulegen sind (S.207). Soweit dagegen statutarische Vorschriften mit Außenwirkungen auszulegen sind, soll es auf die Bedeutung im Zeitpunkt der Normauslegung ankommen (S.209). Sehr klar und mit der hier vertretenen Auffassung völlig übereinstimmend: FORSTMOSER, Kommentar, Art.832/833 N.57ff.; vgl. auch ARTHUR MEIER-HAYOZ, Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung, SJZ 1956, S.178. Vgl. im übrigen auch FRITZ BARTLOMÉ, Die Statuten der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1949.

[267] BGE 87 II 95; Hervorhebung vom Verfasser. Ähnlich äußert sich das Bundesgericht in BGE 80 II 137.

geln über die Auslegung der Verträge heranzuziehen. Demzufolge sind alle Umstände zu berücksichtigen, die einen Schluß auf den wirklichen Willen zulassen, der den betreffenden Satzungen zugrunde liegt. Hierbei ist entscheidend, welchen Willen die Gründer und Genossenschafter als den Statuten zugrundeliegend betrachten.»[268]

Immerhin muß auch auf den Entscheid des *Bundesgerichts* in Sachen *Suter und Konsorten gegen Arth-Rigi-Bahn-Gesellschaft* hingewiesen werden, wonach die Statuten «aus sich selbst heraus zu interpretieren (sind). Da dieselben dazu bestimmt sind, nicht nur für die bei deren Abfassung beteiligten Personen, sondern für jedermann Recht zu machen, der durch Erwerbung von Aktien der Gesellschaft beitritt, muß bei der Auslegung ihres Inhalts vom Standpunkt des Publikums ausgegangen werden, das die Entstehungsgeschichte der einzelnen Bestimmungen nicht kennt und sich deshalb lediglich an das zu halten hat, was darin geschrieben steht und nach den Regeln grammatikalischer und logischer Interpretation gemeint sein kann»[269].

2. Probleme der Ergänzung

Unternehmenskooperationen sind *zukunftsgerichtete* betriebswirtschaftliche Mittelentscheidungen zur Realisierung von Unternehmenszwecken. Sie sind mithin eingebettet in die wirtschaftliche

[268] SJZ 1956, 179f.; vgl. im übrigen auch BGE 59 II 264ff.; 15, 233; ZR 1945 Nr. 106.

[269] BGE 26 II 284. – Rechtsvergleichend mag ein Seitenblick auf das deutsche Recht interessieren. Nach herrschender deutscher Auffassung sind für die Auslegung von Statuten die gleichen Grundsätze zu beachten, die für die Auslegung von Gesetzen gelten (BARZ, Großkommentar zum Aktiengesetz, § 23 Anm. 19). Dabei stellt die Lehre nicht allein auf den Wortlaut, sondern (wie auch bei der Gesetzesauslegung) auf Zweck und Sinn der Vorschrift ab. Die neuere Praxis des Bundesgerichtshofes stützt die Auffassung der Lehre. Demgegenüber hatte das Reichsgericht abweichend bei der Auslegung zweifelhafter Satzungsbestimmungen vielfach auch Umstände verwertet, die außerhalb des Statuts und der dazugehörenden Registerakten lagen. Auch in Deutschland gilt natürlich, daß individualrechtliche (also nicht körperschaftsrechtliche) Sta-

Wirklichkeit einer sich dauernd verändernden Umwelt. Kooperationsverträge werden eben deshalb häufig *ergänzungsbedürftig*. Ist es schon bei «normalen» Geschäften des täglichen Verkehrs mit typischen Interessenlagen unmöglich, *Vollständigkeit* der Regelung zu erreichen, so erst recht bei Kooperationsverhältnissen mit dynamischer Struktur und kaum prognostizierbarem Verlauf. Daher tauchen immer wieder Fragen auf, an deren Lösung die Parteien nicht gedacht haben. Das Problem der Füllung von *Vertragslücken* ist daher von allererster kooperationsrechtlicher Bedeutung.

2.1 Individualverträge

Nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien stehen – neben dem vorerst naheliegenden Rekurs auf *dispositives Recht* – *zwei* Methoden der Vertragslückenfüllung zur Verfügung: Ergänzung des Vertrages nach dem *übereinstimmenden hypothetischen Willen der Parteien* (Art. 18 Abs. 1 OR und Art. 20 Abs. 2 OR) oder nach der *Natur des Geschäfts* (Art. 2 Abs. 2 OR). Man hat zutreffend von einem *subjektiven* und einem *objektiven* Weg gesprochen[270]. Die subjektive Methode läßt sich in der Tat unmittelbar auf Art. 18 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 OR stützen, weil sie nach dem (zwar nicht wirklichen, aber immerhin hypothetischen) Parteiwillen fragt. Demgegenüber genügt Art. 2 Abs. 2 OR als (ausschließliche) Grundlage für die objektive Methode schon deshalb nicht, weil diese Vorschrift das Lückenproblem im Sinne einer *Nebenfrage* angeht, die zwangsläufig entsteht, wenn man (was Art. 2 Abs. 1 OR anordnet) Verbindlichkeit schon bei Einigung der Parteien über alle wesentlichen Punkte bejaht[271]. Der objektive

tutenvorschriften nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind (BAUMBACH/HUECK, Kommentar, § 23 N. 3; vgl. auch DIEGO CORAPI, Gli statuti delle Società per azioni, Saggi di diritto commerciale, Milano 1971, S. 11 bis 127).

270 Vgl. dazu namentlich YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S. 185ff. (auch ZBJV 1961, S. 41ff.).

271 Vgl. dazu JÄGGI, Kommentar, Art. 2, wo ausdrücklich von «Hauptfrage» und «Nebenfrage» die Rede ist; vgl. auch YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S. 194: «Il est vrai qu'on ne peut pas la fonder sur une interprétation analogique de l'art. 2 CO, car cette disposition est une disposition spéciale, qui suppose que les contractants ont envisagé le point secondaire litigieux

Weg geht vielmehr (wie die Zuständigkeit des Richters zur Ergänzung überhaupt)[272] vom *Vertrauensprinzip* aus[273].

Der *objektive, vom Vertrauensprinzip beherrschte Gang* verdient den Vorzug vor allem deshalb, weil sich ein Parteiwille dort schlechterdings nicht ermitteln läßt, wo er nie bestanden hat. Der «hypothetische Parteiwille» ist daher ebenso ein *Geschöpf des Richters* wie die unumwunden als solche deklarierte objektive Ergänzung, worauf YUNG zutreffend hingewiesen hat[274].

Das heißt nicht, daß dem erkennbaren Willen der Parteien bei der Ergänzung *keine* Funktion zufalle. Gegenteils verlangt gerade der *Gedanke des Vertrauensschutzes,* daß die «Regelung mit dem unzweideutigen Vertragsinhalt und mit den weiteren subjektiven Gegebenheiten harmoniert»[275]. Wo es indessen nicht möglich ist, die «innere Logik» des Vertrages sozusagen zu verlängern[276], erfolgt der richterliche Rekurs auf das, was «des personnes justes et raisonnables auraient conclu dans les circonstances données»[277].

au moment de la conclusion du contrat et au projété de se mettre d'accord ultérieurement à son sujet.» Das Zitat steht freilich im Zusammenhang mit der Frage, ob die richterliche Ergänzung das dispositive Recht verdrängen dürfe.

272 YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S.192; MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art.2 N.131ff.

273 Vgl. MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art.2 N.135: «Das Ergänzungsproblem steht, wie das Auslegungsproblem, im engern Sinn des Wortes unter der Herrschaft des Vertrauensprinzips.»

274 YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S.206: «Le critère est donc en principe la volonté réelle présumable, mais celle-ci est présumée être conforme aux règles de la bonne foi.» – Bei YUNG (a.a.O., S.204f.) auch der überzeugende Nachweis, daß Art.20 Abs.2 OR systemkonform ist. In der Tat läßt sich mit genügender Wahrscheinlichkeit aus dem Verhalten vertraglich gebundener Parteien ermitteln, ob allenfalls eine Partei die Vereinbarung ohne die nichtige Klausel abgeschlossen hätte oder nicht. Unmöglich aber ist es zu ergründen, ob und was zwei Partner gegenseitig übereinstimmend gewollt hätten, falls sie die Frage gesehen hätten.

275 MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art.2 N.135.

276 Markant und subtil zugleich die vorzügliche Formulierung von YUNG: «Le juge dégage les virtualités qu'elle contient par un effort de l'esprit qui ne doit rien à la volonté effective ou présumée des contractants. Il prolonge les lignes ébauchées dans le contrat et développe sa logique.»

277 So YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S.207; ebenso LARENZ,

Was die Vernunft im Einzelfall fordert, mag sich aus der *Verkehrssitte* oder aus dem gemeinsam anerkannten *Ziel* ergeben, das dann auch die *Mittel* mit den Regeln der Vernunft erkennen läßt[278].

Im Bereich der Kooperation hat man es überwiegend mit *Innominatverträgen* zu tun. Daher stellt sich die sonst allemal praktisch werdende Frage, in welchem Verhältnis richterliche Ergänzung und *dispositives Recht* stehen, kaum. Fehlt es nämlich an einer gesetzlichen Regelung, ist von vornherein klar, daß die Ergänzung nach der oben bevorzugten *objektiven Methode* vorgenommen werden muß[279]. Sind ausnahmsweise *Nominatkontrakte* Kooperationsmittel, ist richtiger Auffassung nach das dispositive Recht nur anwendbar, wenn und soweit das *Vertrauensprinzip* es erfordert[280]. Ergänzt der Richter nach dem Vertrauensprinzip, handelt es sich um *richterliche Vertragsfindung*[281], nicht etwa um freie Bildung einer (nicht existierenden) dispositiven Norm, die dann zur Ergänzung des konkreten Vertrags heran-

Allgemeiner Teil des Deutschen BGB, S. 525, wonach es nicht darauf ankommen soll, was die Parteien schlechthin vereinbart hätten, sondern was sie als verständig und redlich denkende Menschen vereinbart hätten.

278 YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S. 207.

279 Vgl. dazu SCHLUEP, Innominatverträge (Manuskript).

280 Ebenso YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S. 194; MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 7; EGGER, Kommentar, Art. 2 N. 18; WIELAND, Handelsrecht I, S. 535 f. Anm. 5; SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 104 und 108; DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 172 f.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 167. Vgl. auch WIDMER, Der richterliche Eingriff in den Vertrag, S. 49 ff.; a. M. VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, S. 48; THEO GUHL, Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen, ZSR 1952, Jubiläumsgabe, S. 166 f.; OFTINGER, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, S. 198 ff.; DERSELBE, Über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, SJZ 1967, S. 353 ff. – Eine interessante Reihenfolge gibt VON BÜREN (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 170 f.), wonach zur Ausfüllung einer Vertragslücke vorab die Verkehrssitte, alsdann das geschriebene dispositive Recht und endlich die Leitideen der Rechtsordnung (Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit, Treue und Glaube) heranzuziehen sind.

281 MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 138 spricht von «vertragssystematischer Einordnung».

zuziehen wäre. Die Lückenfüllung erfolgt also nicht «modo legislatoris» (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB), nicht wie «Moïse, c'est-à-dire pour tout le peuple des justiciables *sub specie aeternitatis*»[282], sondern nach *Recht und Billigkeit* (Art. 4 ZGB)[283, 284].

Im Zusammenhang mit Kooperationsverhältnissen stellt sich natürlich auch die Frage nach einer *allfälligen Anpassung* des Vertrages durch den Richter im Falle *außerordentlicher Veränderungen* der tatsächlichen Verhältnisse *(clausula rebus sic stantibus)*[285]. Die Formel des *Bundesgerichts* ist bekannt: «Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB hat der Richter einen Vertrag dann zu ändern oder aufzuheben, wenn durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein der-

[282] ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 170.

[283] Ebenso YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S. 197; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 171; MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 138; a. M. PAUL PIOTET, La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Bern 1956, S. 32 Anm. 1. – Nach der im Kontext vertretenen Auffassung ist es somit entgegen OFTINGER (Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, S. 198 ff.) nicht gleichgültig, ob der Richter den Individualvertrag oder das Gesetz ergänze; überzeugend dazu YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S. 196 f.

[284] Die neuere Praxis des Bundesgerichtes zur Vertragsergänzung geht formell vom «mutmaßlichen Parteiwillen» aus, stützt sich aber materiell auf das Vertrauensprinzip: «Es liegt entgegen der Auffassung des Klägers auch hier eine Vertragslücke vor. Da diese nicht einen wesentlichen Punkt betrifft, dessen Nichtregelung das Zustandekommen des Vertrages in Frage stellen könnte, ist sie dem Sinn und Zweck des Vertrages entsprechend vom Richter auszufüllen, und zwar in der Weise, wie es angesichts der gesamten Sachlage die Parteien selber nach Treu und Glauben vermutlich getan hätten»; so BGE 90 II 244 f.; vgl. auch BGE 88 II 507, 83 II 308. Übersicht über die frühere Rechtsprechung bei YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, S. 50 ff.

[285] Vgl. allgemein zu dieser Frage OFTINGER, Die krisenbedingte Änderung der Grundlagen bestehender Verträge, S. 245 ff.; MERZ, Die Revision der Verträge durch den Richter, S. 393a ff.; DERSELBE, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 181 ff.; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 401 ff.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 528 ff.; WIDMER, Der richterliche Eingriff in den Vertrag, S. 51 ff. – Unproblematisch sind die Fälle, in denen das Gesetz selbst veränderten Verhältnissen Rechnung trägt: ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 530 f.; DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht, S. 197 ff.; MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 228 ff.

art offenbares Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, daß das Beharren einer Partei auf ihrem Anspruch als mißbräuchlich erscheint.»[286]

Auch die *Lehre* bejaht die Notwendigkeit richterlichen Handelns, wenn unvorhersehbare Ereignisse das vertragliche Gleichgewicht so stören, daß ein *offensichtlich übermäßiges Mißverhältnis* entstanden ist[287], das als *wucherische Ausbeutung* zu qualifizieren ist. Streitig ist aber dann, ob der Richter den Vertrag bloß *aufheben* oder aber ihn auch *korrigieren* dürfe[288]. Die *Gerichte berichtigen,* wenn mindestens *eine* der beiden Parteien es verlangt[289]. Dem ist beizupflichten, weil im Einzelfall oft zweifelhaft ist, ob der Vertrag durch *Lückenfüllung* (im Sinne der Schaffung «vergessener» Ausnahmen) *ergänzt* oder durch *Anpassung* an ver-

[286] BGE 97 II 398; vgl. auch 93 II 189; ferner die bei DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 199 Anm. 98 zitierte Literatur. Vgl. jetzt neuestens BGE 98 II 19.

[287] Vgl. DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 201 ff.; VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, S. 612 ff.; MERZ, Die Revision der Verträge durch den Richter, S. 460 aff.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 532 f. Im einzelnen geht die Literatur indessen verschieden weit. Beachtlich vor allem die Kritik von MERZ (Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 228 ff.) an der bundesgerichtlichen Praxis, wonach weder das Mißverhältnis der Leistungen noch seine wucherische Ausbeutung sinnvolle Konkretisierungen des Rechtsmißbrauchverbotes sind, mithin keine genügende Grundlage für die Revision der Verträge abgeben. Nach MERZ muß der Richter auf dem Wege der Lückenfüllung eine gesetzliche Regel dann aufstellen, wenn eine positive Ordnung der Folgen «einschneidender Veränderungen in der Sozialexistenz» fehlt (N. 258). Demgegenüber meint DESCHENAUX (a.a.O. S. 201, Anm. 103), man habe es hier nicht mit Lückenfüllung, sondern mit der Beseitigung einer unechten Lücke zu tun (Regelberichtigung nach Art. 2 Abs. 2 ZGB). Vgl. im übrigen auch ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 252, wonach die richterliche Korrektur nur ultima ratio sein kann.

[288] Für Aufhebung unter dem Vorbehalt der Einwilligung des Partners in die Änderung: MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 250; ähnlich OFTINGER, Die krisenbedingte Änderung der Grundlagen bestehender Verträge, S. 248; vgl. dagegen DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 204 ff.

[289] In BGE 47 II 314 haben beide Parteien den Vertrag weiter praktiziert; in BGE 48 II 249 ff. hat die beklagte Partei Herabsetzung des Mietzinses verlangt. Zur Methodik der Vertragsgestaltung: BGE 93 II 188 f.

änderte Verhältnisse korrigiert wird. Der enge Zusammenhang zeigt sich besonders dann, wenn die Parteien selbst eine Anpassung vorsehen, ohne sich zugleich auf die Gestaltungskriterien festgelegt zu haben[290].

Aus diesen kurzen Erörterungen wird klar, daß im *Einzelfall* immer wieder streitig sein wird, ob die Voraussetzungen des richterlichen Gestaltens erfüllt sind und ob das Kooperationsverhältnis in korrigierter Form wird fortgesetzt werden können. Daher empfiehlt es sich, veränderte Umstände vertraglich vorzubehalten und den *mutmaßlichen Weg der Anpassung* durch entsprechende Klauseln zu skizzieren[291]. Das ist besonders auch deshalb wichtig, weil im Rahmen der Unternehmenskooperation tatsächliche Änderungen für die Parteien relevant werden können, auch wenn sie nicht «überindividuellen Charakter»[292] oder ein «offensichtliches, übermäßiges»[293] Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zur Folge haben.

2.2 Gesellschaftsverträge

Gesellschaftsverträge der Personengesellschaften werden wie *alle übrigen Verträge* ergänzt, wenn sie sich als lückenhaft erweisen. SIEGWART erinnert an «Sinn und Geist des sicheren Parteiwillens»[294], womit nach der oben vorgenommenen Präzisierung nur eine objektive Verlängerung des Vertrages verstanden werden darf. Das *dispositive* Personengesellschaftsrecht will SIEGWART nur

290 BGE 93 II 188f.; im übrigen ist mit Recht betont worden, die Revision des Vertrages greife re vera gar nicht in den Willen der Parteien ein, da dieser von vornherein nur im Raum tätig werden könne, wie er durch Art. 2 ZGB begrenzt werde; WIDMER, Der richterliche Eingriff in den Vertrag, S. 54f. Vgl. dazu auch die Klage von WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 47: «Es gibt zu denken, wenn man eine Ergänzung mit dem Hinweis auf den ‹anzunehmenden Willen der Vertragsparteien› begründet, beiläufig sogar eine Vertragsberichtigung zuläßt ...»

291 Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 202ff.; DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 198f.

292 DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 202.

293 DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 202.

294 SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 104; vgl. auch EGGER, Kommentar, Art. 2 N. 18.

heranziehen, wo es «zu einem harmonischen Gesamtresultat führt»[295]. Andernfalls sei anzunehmen, der Gesellschaftsvertrag sei wegen mangelnder Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Inhalts noch nicht zustande gekommen.

Ähnlich wird auch in *Deutschland* argumentiert, obwohl dort neuerdings der *Eigenwert* des *dispositiven Rechts* besonders betont wird[296]. Nach SCHULTZE-VON LASAULX sind Lücken des Gesellschaftsvertrages durch «ergänzende Auslegung» zu füllen. Die Ergänzung «verdient vor der Anwendung der gesetzlichen dispositiven Normen dann den Vorrang, wenn für die Gestaltung des Vertrags der individuellen, nicht typischen Interessenlage Rechnung zu tragen ist»[297]. Man darf also zusammenfassend auch für das *deutsche Recht* festhalten: Gesellschaftsverträge sind wie Verträge überhaupt zu ergänzen, wobei das dispositive Recht nur dann zum Zuge kommt, wenn das Vertrauensprinzip es zuläßt.

Demgegenüber besteht im Recht der Personengesellschaften nicht das gleiche Bedürfnis nach der *clausula rebus sic stantibus*

[295] SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551, N. 106 mit Verweis auf WIELAND, Handelsrecht I, S. 536f. (Anm. 5), wo ausgeführt wird, die dispositive Anordnung gleicher Beiträge entspreche nur selten den tatsächlichen Verhältnissen. «Fehlen bestimmte Abmachungen, so werden sich meist Anhaltspunkte für eine andere Art der Festsetzung ergeben. Nimmt z.B. der Geschäftsinhaber einen früheren Prokuristen als Teilhaber auf, ohne daß über die Beiträge Bestimmungen getroffen werden, so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß jener das Geschäftsvermögen als Einlage einbringt, während dieser nur mit Arbeit beteiligt ist ... In Ermangelung bestimmter Anhaltspunkte liegt ein perfekter Gesellschaftsvertrag nicht vor ...»

[296] Vgl. dazu WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 47ff.; zur traditionellen Auffassung: WALTER R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, SAG 1960/61, S. 18ff.; vgl. auch das vom BGH (BGHZ 40, 91, 103) ausgesprochene Verbot der Vertragsergänzung, falls dispositives Recht greifbar ist, das den gleichen Zweck verfolgt; vgl. auch SIEBERT/KNOPP, in: SOERGEL/SIEBERT, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar 1, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, § 157 N. 103ff.

[297] SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 26; vgl. auch HELMUT COING, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., Berlin 1957, § 133 N. 37: «Als Auslegung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung geht auch die ergänzende Auslegung noch gesetzlichen Auslegungsvorschriften und Dispositivnormen vor.»

wie im Recht der Individualverträge, weil Art. 545 Ziff. 7 OR generell (Art. 574, 619 OR) jedem Gesellschafter die Möglichkeit gibt, die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen durch den Richter zu verlangen[298]. Immerhin ist für *kartellmäßige Kooperationen* jetzt schon festzuhalten, daß Art. 12 KG dem Kooperanten die *Klage* auf *gänzliche oder teilweise Befreiung* von den Gesellschafterpflichten eröffnet, wenn sich seine Stellung erheblich verschlechtert hat oder sonst ein wichtiger Grund vorliegt, der die Verpflichtung nach Treu und Glauben unzumutbar macht[299].

2.3 Körperschaftsstatuten

Ganz offenkundig sind aller Regel nach auch Satzungen juristischer Personen *lückenhaft*. Alsdann stellt sich die Frage nach der zutreffenden Methode der Ergänzung. Kooperationsrechtlich begegnet man dem Problem vor allem bei *Vereinen, Gesellschaften mbH* und *Genossenschaften. AGen* und *KAGen* kommen als Kooperationsformen nur im Rahmen von Doppelgesellschaften in Frage; dort aber stellt sich die Frage der Ergänzung nicht in der Organ-, sondern in der *Grundgesellschaft,* weil allemal dort die Kooperationspflichten im einzelnen festgelegt werden.

Allgemein besteht die Tendenz, die für den Gesellschaftsvertrag herausgearbeiteten Grundsätze *auch bei der Ergänzung von Statuten* anzuwenden. Das gilt zunächst für das Recht der *GmbH.* VON STEIGER hebt hervor, die sinngemäße Ergänzung des Statuts könne «in Anbetracht der zwiespältigen Struktur der schweizerischen GmbH nicht ohne weiteres aufgrund der subsidiären Ordnung des Gesetzes erfolgen»[300]. Er will zur Ergänzung des Statuts

[298] Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 236ff., wonach die Klausel hauptsächlich auf wesentlich zweiseitige Verträge, daneben auch auf einseitige, beschränkt zweiseitige Verträge und auf urteilsmäßig festgestellte Ansprüche anzuwenden ist. Die mehrseitigen Verträge (Gesellschaftsverträge) werden bezeichnenderweise nicht erwähnt.

[299] Vgl. darüber ausführlich hinten S. 534ff.

[300] VON STEIGER, Kommentar, Einleitung, Anm. 34; vgl. auch MAX HACHENBURG, Die Schweizerische Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die deutsche Rechtsprechung, ZSR 1936, S. 333: «Man wird aber nicht davon ausgehen dürfen, daß etwaige Lücken aus den Bestimmungen der Kollektivgesellschaft ergänzt werden dürfen oder daß im Zweifel diese bei der Auslegung des Ge-

vielmehr darauf abstellen, «zu welcher Form die Parteien neigten» und im übrigen das Ziel vor Augen halten, «die einzelnen Teile zu einem sachlich einheitlichen Ganzen zu gestalten»[301].

Für das *Genossenschaftsrecht* schlägt GUTZWILLER vor, Lücken der statutarischen Ordnung «durch Vergleichung mit der ausführlicheren Regelung einer analogen Körperschaft zu schließen»[302]. Aber weshalb sollte eine statutarische Regelung in der Baugenossenschaft A die zutreffende Ordnung für die Baugenossenschaft B abgeben, wenn sich in deren Statuten eine Antwort auf die aktuelle Rechtsfrage nicht findet?

Nach der hier vertretenen Auffassung ist davon auszugehen, daß die *Ergänzung der Satzung* nur dort nach dem Vertrauensprinzip erfolgen kann, wo Regeln in Frage stehen, welche die *Beziehungen der Gründer unter sich* betreffen. Solche *objektive Ergänzung* zielt auf generell-abstrakte Ordnung einer Körperschaft, die (im Unterschied zu anderen Körperschaften gleicher Art) durch *einen individuellen Kooperationszweck* ausgezeichnet ist. Von diesem *besonderen Zweck* her hat der Richter Lücken zu schließen. Daraus mag man ersehen, welche Bedeutung *umfassender Formulierung* des Kooperationszwecks – etwa in Gestalt einer *Präambel* – zukommt. Je konkreter der Kooperationszweck umschrieben und je klarer die Funktion des Kooperationsgebildes ersichtlich wird, desto einfacher die *Ergänzung durch den Richter*[303].

Sobald indessen *institutionelle Satzungsbestandteile*[304] fehlen,

setzes entscheiden müssen.» – Vgl. zur Auslegung der Statuten von Aktiengesellschaften: BARZ, Aktiengesetz, Großkommentar, § 23 Anm. 19 und dort zitierte Judikatur und Literatur; SIEGWART, Kommentar, Art. 626 N. 12f.

301 VON STEIGER, Kommentar, Einleitung, N. 34.

302 GUTZWILLER, Kommentar, Art. 833 N. 13 unter Verweis auf BGE 72 II 109ff.

303 Statuten sind allemal formgebundene Rechtsgeschäfte. Daher ist fraglich, ob Lückenfüllung durch richterliche Rechtsfindung nicht an der erforderlichen Form scheitere, wenn die Ergänzung nicht ausgesprochene Nebenpunkte betrifft; so MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 164. Das kann indessen mindestens für die Ergänzung der Statuten nicht zutreffen; wie der Richter bei der freien Rechtsfindung nicht an die Form des Gesetzgebungsverfahrens gebunden ist, steht er bei der Ergänzung des Statuts außerhalb der Formvorschriften für Statutenänderungen; ähnlich DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 173.

304 So TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 132ff. Der

die zumal das Verhältnis zu Dritten beschlagen, und sobald die Lücke Beziehungen zu *Nichtgründern* beschlägt, ist vorab dem *dispositiven Recht* der Vorrang zu gewähren, wenn nicht eine atypische Korporation vorliegt. Führt auch dieser Weg (etwa mangels passender dispositiver Regeln) nicht zum Ziele, so ist die Satzung modo legislatoris über frei gebildetes dispositives Recht (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zu ergänzen.

Die *clausula rebus sic stantibus* kann im Korporationsrecht grundsätzlich nicht zum Zuge kommen, weil die Mitglieder bei veränderten Verhältnissen *austreten,* die Mitgliedschaft *veräußern* oder nötigenfalls die *Auflösung aus wichtigen Gründen* veranlassen können. Aber gerade diese allgemein korporationsrechtlich adäquaten *Schutzfiguren* vermögen im Bereich des Kooperationsrechts meistens nicht zu genügen. Empfehlenswert ist es somit, Anpassungen an veränderte Verhältnisse vorzusehen. Man mag eine besondere *Verpflichtung der Gesellschafter* statuieren, die Satzung bei erheblich veränderten Verhältnissen anzupassen und Lücken durch Vervollständigung der Statuten zu schließen. Ersichtlich kann das nicht als Pflicht gegenüber der Korporation in den Statuten selbst, sondern bloß individualrechtlich vereinbart werden; es sei denn, man schaffe eine *statutarische Organverpflichtung*[305]. So oder anders ist es nützlich, eine solche Verpflichtung zu *konkretisieren*[306, 307]. Vorbehalten bleibt natürlich auch im Korporationsrecht Art. 12 KG.

weiteren Folgerung TEICHMANNS, daß diese Grundsätze der Ergänzung auch bei Personengesellschaften gelten müssen, soweit der institutionelle Bereich betroffen ist, kann man folgen. Fraglich ist dann allemal, unter welchen Voraussetzungen man eine institutionelle Verfestigung auch für Personengesellschaften annehmen darf.

305 Vgl. in diesem Zusammenhang Art. 235 EWGV: Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erläßt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung die geeigneten Vorschriften. – Organverpflichtung kann allenfalls bedeuten, das geschäftsführende Organ habe (unter Verantwortlichkeitsfolge) Ergänzungsanträge zu stellen.

306 Vgl. dazu BENISCH/DÖRINKEL, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1278, wo unter dem Titel «Billigkeitsklausel» formuliert wird: «Die

3. Probleme der Erfüllung und Durchsetzung der Kooperationspflichten

Ein Kooperationsverhältnis lebt mit seiner *praktischen Bewährung*. Daher kommt alles darauf an, daß die Partner ihre Kooperationspflichten *rechtzeitig* und *richtig* erfüllen. Trifft das im Einzelfall nicht zu, muß die *zwangsweise Durchsetzung* veranlaßt werden können.

3.1 Individualverträge

Kooperationsverhältnisse in Gestalt von Individualverträgen

Vertragspartner werden sich um eine Anpassung dieses Vertrages an die neue Lage bemühen, falls Mängel des Vertrages oder unbillige Härten bei seiner Durchführung oder entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen dies notwendig erscheinen lassen.» Vgl. auch SCHAUB, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1385, wo von einer Loyalitäts- und Härteklausel die Rede ist: «(1) Bei Abschluß dieses Vertrages können nicht alle Möglichkeiten, die sich aus der künftigen technischen und wirtschaftlichen Entwicklung ergeben werden, vorausgesehen und erschöpfend geregelt werden. Die Vertragspartner sind sich darüber einig, daß für ihre Zusammenarbeit die Grundsätze der sich aus der Durchführung des Gemeinschaftsunternehmens ergebenden gegenseitigen Loyalität und Treuepflicht zu gelten haben, und sichern sich zu, die vertraglichen Vereinbarungen in diesem Sinne zu erfüllen und gegebenenfalls künftigen Änderungen der Verhältnisse sinngemäß Rechnung zu tragen. (2) Ergibt sich während der Dauer dieses Vertragswerkes bei seiner Durchführung eine Härte für den einen oder andern Vertragspartner, die bei Abwägung der jeweiligen Interessen nicht zumutbar ist, so werden sich die Vertragspartner bemühen, eine freundschaftliche Verständigung herbeizuführen; sollte diese Verständigung nicht zu erzielen sein, so ist auch in derartigen Fällen nach § 9 (sc. Schiedsgericht) zu verfahren.» – Empfehlenswert ist es auch, in Kooperationsverträge eine sogenannte «Teilnichtigkeitsklausel» aufzunehmen. Über ihre Notwendigkeit mag man angesichts des Art. 20 Abs. 2 OR streiten. Doch dient es gewiß der Rechtssicherheit, wenn etwa unter dem Titel «Gültigkeitsklausel» vereinbart wird: «Sollten in diesem Vertrag ... Bestimmungen rechtsungültig sein oder werden, so sind sich die Vertragspartner darüber einig, daß die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt wird. Sie verpflichten sich vielmehr, ungültige Bestimmungen durch im Erfolg ihnen möglichst gleichkommende zu ersetzen»; vgl. SCHAUB, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1385.

307 Vgl. zum Problem im Vereinsrecht: REICHERT/DANNECKER/KÜHR, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, S. 600 f.; SAUTER/SCHWEYER, Der eingetragene Verein, S. 15.

unterstehen den allgemeinen und besonderen Vorschriften des *Obligationenrechts,* was Sorgfaltspflicht, Mängelrüge, Verzug, Schadenersatz, Unmöglichkeit, Konventionalstrafe usw. betrifft[308]. Besondere Probleme sind nicht zu vermerken.

Schwierigkeiten können sich dagegen im Blick auf die *Rechtsanwendung* ergeben, wenn man es (wie bei Kooperationsverhältnissen häufig) mit *Innominatkontrakten* zu tun hat. Hier ist zunächst fraglich, ob der *allgemeine Teil* des OR überhaupt anwendbar sei[309]. Die Frage ist zu bejahen, was sich aus Art. 19 Abs. 1 OR ohne weiteres ergibt. Man hat dabei freilich zu bedenken, daß der allgemeine Teil des OR durch die Ordnung der besonderen Vertragsverhältnisse häufig derogiert wird (z. B. Art. 289 Abs. 1 und 306 Abs. 2 im Verhältnis zu Art. 164 Abs. 1 OR). Daher muß sich der Richter bei Anwendung des allgemeinen Teils auf Innominatverträge allemal fragen, ob nicht der hier und jetzt zu beurteilende Vertrag eine von der Regelung des allgemeinen Teils abweichende Ordnung erheische[310].

Aber auch die Normen des *besonderen Teils* können unter Umständen auf Innominatkontrakte analog angewendet werden, wenn der Richter auf dem Weg der freien Regelbildung feststellt, daß die zu beantwortende Rechtsfrage bei gleichwertigem Ausgangstatbestand im Rahmen der Ordnung eines benannten Vertrages vom Gesetzgeber beantwortet worden ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die analoge Rechtsanwendung unter solchen Voraussetzungen nicht ins Belieben des Richters gestellt; der Richter *muß* vielmehr das *(zwingende* und das *dispositive)* Nominatrecht bei Analogie der Verhältnisse anwenden.

Erfüllt ein Kooperationspartner seine Pflichten nicht freiwillig, kann der Gläubiger *klagen.* Da Kooperationspflichten aller Regel nach nicht in Geldleistungen bestehen, stellt sich das Problem der

[308] Vgl. dazu etwa VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 27 und dort zitierte weitere Literatur (freilich Nebenleistungspflichten betreffend). Vgl. ferner SCHWYN, Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung, S. 67 ff.

[309] Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Gesetzlich nicht geregelte Verträge, SJK Nr. 1134 f.; SCHLUEP, Innominatverträge (Manuskript).

[310] MEIER-HAYOZ, Gesetzlich nicht geregelte Verträge, SJK Nr. 1134, S. 8; SCHLUEP, Innominatverträge (Manuskript).

Vollstreckung. Man denke an den Fall, daß der eine Partner im Rahmen eines Vertrages über gegenseitigen *Erfahrungsaustausch* die Kennziffern seiner Buchhaltung bekanntgegeben hat, der andere aber hintan hält. In solchen Fällen dienen weder Konventionalstrafen noch Schadenersatzansprüche. Der betroffene Partner wird auf den Weg der *Vollstreckung nach Zivilprozeßrecht* verwiesen[311].

3.2 Gesellschaftsverträge

Kooperationspflichten sind gewöhnliche *Gesellschafterpflichten,* wenn das Kooperationsverhältnis die Rechtsform der *Personengesellschaft* annimmt. Inhaltlich unterscheiden sich diese Gesellschafterpflichten in keiner Weise von individualrechtlichen Leistungspflichten. Das Gesetz verweist denn auch auf die Regeln des *Mietvertrags,* des *Kaufvertrags* und des *Auftrags* (Art. 531 Abs. 3; 540 OR). Das gilt aber ganz allgemein, so daß man nötigenfalls auch auf den *Arbeits-* oder den *Werkvertrag* wird zurückgreifen müssen[312].

Da der Beitrag nicht im Blick auf eine Gegenleistung, sondern zur *Verwirklichung des Gesellschaftszwecks* erfolgt, sind die schuldrechtlichen Normen (nur, aber immerhin) *analog* anzuwenden[313]. Aus den daraus möglichen Unterschieden der rechtlichen Beurteilung folgt die Notwendigkeit der (nicht immer leichten) *Abgrenzung* der *Beitragspflichten* von *individualrechtlichen* Beziehungen zwischen der Gesellschaft (oder allen Gesellschaftern) und einem einzelnen Mitglied[314]. Da in Kooperationsverhältnissen die ge-

311 Vgl. dazu GULDENER, Schweizeriches Zivilprozeßrecht, S. 596ff.; KUMMER, Grundriß des Zivilprozeßrechts, S. 205ff.

312 Vgl. BECKER, Kommentar, Art. 532 N. 8.

313 SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 706 N. 11; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 706 N. 19, 30, 39; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 190f., N. 265. Vgl. auch SCHWYN, Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung, S. 61ff.

314 Vgl. WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 188 N. 259 und das dort erwähnte Beispiel: «Die Gesellschafter betreiben ein Kraftwerk mit der von den Gesellschaftern geförderten Kohle. Ist Beitragspflicht (oder ein gesellschaftsrechtliches Recht auf Lieferung) oder ein Kaufvertrag die Rechtsgrundlage der Kohlenlieferung?» Die deutsche

meinsame Förderung der Partnerunternehmen bezweckt wird, sind Beitragspflichten zu vermuten.

Weil überdies die einfache Gesellschaft systematisch in der Abteilung über die einzelnen Vertragsverhältnisse untergebracht ist, stellt sich die Frage, ob neben den für alle Schuldverhältnisse geltenden Regeln des allgemeinen Teils auch die Ordnung synallagmatischer Verträge auf die Verhältnisse bei der einfachen Gesellschaft (und die Innenbeziehungen bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) anwendbar seien. Die Frage spielt im hier gegebenen Zusammenhang namentlich eine Rolle im Blick auf die *Einreden des nicht erfüllten* (Art. 82) und *des nicht erfüllbaren* Vertrags (Art. 83), die *Verzugsfolgen* (Art. 107 ff.) und die Folgen *unverschuldeter Unmöglichkeit* (Art. 119 Abs. 2 OR). Die Beantwortung hängt davon ab, ob man das Gesellschaftsverhältnis als *«zweiseitigen» Vertrag* (Art. 82/83; 107 Abs. 1; 119 Abs. 2 OR) ansehen will. Das ist angesichts der grundsätzlichen Unterschiede zwischen Interessengegensatz und Interessengemeinschaft[315] zu *verneinen*[316]. Da sich indessen die in den Sondervorschriften über zweiseitige Verträge geregelten Fragen auch in Gesellschaftsverhältnissen stellen, muß trotz der erwähnten Unterschiede geprüft

Rechtsprechung nimmt Beitragspflicht an, wenn das Rechtsverhältnis «aufgrund eines *rechtlich* mit dem Gesellschaftsverhältnis zusammenhängenden Umstandes entstanden ist», wofür die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nicht genügen soll.

315 Vgl. dazu WÜRDINGER, Gesellschaften, S. 9 ff.

316 SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 33; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 705 N. 10; SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 56 ff.; HARTMANN, Kommentar, Art. 552 N. 8; BECKER, Kommentar, Art. 530 N. 4; Art. 82 N. 12; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 82 N. 4; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 525; WIELAND, Handelsrecht I, S. 463 ff.; MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 68 f. – Die andere Meinung vertritt vor allem HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 52 ff.; eine dritte Meinung vertritt WESTERMANN (WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 62 ff. N. 85), wonach das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft gegenseitig, jenes der Gesellschafter untereinander allgemein schuldrechtlicher Natur sein soll.

werden, ob sich allenfalls eine *analoge Anwendung* aufdrängt (Art. 7 ZGB).

3.21 Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) steht dem belangten Gesellschafter aller Regel nach *nicht zu*. Der Gesellschafter hat seine Beiträge zur Zweckerfüllung zu leisten, auch wenn seine Mitgesellschafter ihre Pflichten nicht erfüllen. Vorbehalten bleibt rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme, die namentlich im Fall der Zweimanngesellschaft bei Nichterfüllung des Partners regelmäßig gegeben sein wird[317].

3.22 Einrede des nicht erfüllbaren Vertrags

Art. 83 OR ist auf Personengesellschaften grundsätzlich *nicht anwendbar*. Die Zahlungsunfähigkeit eines einzelnen Gesellschafters führt nur dann zu einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft selbst und damit zur Gefährdung des Gesellschaftszwecks, wenn eine Zweimanngesellschaft vorliegt oder wenn bei mehrgliedriger Gesellschaft alle übrigen Gesellschafter zahlungsunfähig werden[318]. Im übrigen ist an die Sonderfolgen zu erinnern, die das

[317] Anders SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 78 ff., der die Einrede beschränkt zulassen will. Soweit er damit nicht Fälle des Rechtsmißbrauches meint, überzeugt die Argumentation nicht; wie SIEGWART auch HARTMANN, Kommentar, Art. 552 N. 15 und dort zitierte weitere Literatur. Wie im Text: BECKER, Kommentar, Art. 82 N. 3; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 82 N. 4; WIELAND, Handelsrecht I, S. 466; MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 100 ff.; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 64; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 55 f.; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 705 Anm. 17; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 36 ff.; FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 105 Anm. 47c; WEIPERT, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 105 Anm. 83.

[318] Ebenso WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften, I, S. 64 f.; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 56, der zwar von grundsätzlicher Anwendbarkeit ausgeht, aber zum gleichen materiellen Ergebnis gelangt; FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 105 Anm. 47d; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 17; MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 112 f., der das Leistungsverweigerungsrecht auch bei der Zweimanngesellschaft nur gewähren

Gesellschaftsrecht an die Zahlungsunfähigkeit eines Partners knüpft[319].

3.23 Verzugsfolgen

Grundsätzlich fehlt jeder Anlaß, den säumigen Gesellschafter anders zu behandeln als irgendeinen anderen Schuldner. In Kooperationsverhältnissen kommt freilich die *Umwandlung der Beitragspflicht in eine Geldleistung* nach Art. 107 Abs. 2 OR *nicht* in Frage, weil Kooperation Realbeiträge der Partner voraussetzt[320]. Auch ist klar, daß das *Rücktrittsrecht* nach Art. 107 Abs. 2 und 109 OR dem Gesellschafter nur so lange gewährt werden kann, als die Gesellschaft ihre Kooperationstätigkeit noch nicht aufgenommen hat[321], da ja die *Klage auf Auflösung aus wichtigem Grunde* gegeben und die Säumigkeit des Partners als *wichtiger Grund* zu qualifizieren ist[322].

3.24 Folgen unverschuldeter Unmöglichkeit

Vermag ein Kooperationspartner unverschuldet seine Beitragspflicht nicht zu erfüllen (etwa die Pflicht zur Lizenzeinräumung,

will, wenn konkrete Zweckgefährdung vorliegt, was man nach der hier vertretenen Auffassung regelmäßig zu bejahen hat.

319 Vgl. dazu die Zusammenstellung bei MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 110ff.

320 Die Ausübung des Wahlrechts käme übrigens einer Änderung des Gesellschaftsvertrages gleich und hätte daher von allen Gesellschaftern gemeinsam zu erfolgen; zutreffend MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 124f.

321 BGE 49 II 491; ZR 1944, 329; 1941, 243; 1909, 188ff. Vgl. auch BGE 92 II 301, Satz 1. Aus der Lehre: OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 107 N. 8; BECKER, Kommentar, Art. 530 N. 4, Art. 107 N. 6; SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 82; HARTMANN, Kommentar, Art. 552 N. 16; MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 125; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 167. – Zur Frage der Zulassung des Rücktritts im «Gründungsstadium»: MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 127ff. und dort zitierte weitere Literatur. Entgegen HARTMANN (Kommentar, Art. 552 N. 16) kommt es in der Tat darauf an, ob die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt sei oder nicht. Eine solche Ordnung ist im übrigen gerade auch für Kooperationsverhältnisse sinnvoll.

322 Ebenso WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 65 N. 92.

weil sich das einzubringende Patent nachträglich als nichtig erweist), fällt die Gesellschafterpflicht dahin. Eine Umwandlung in eine Geldleistung ist kooperationsrechtlich untauglich.

Niemand wird nun freilich annehmen wollen, Art. 119 Abs. 2 OR passe auf einen solchen Fall: In der Tat läßt sich gesellschaftsrechtlich (zumal in Kooperationsverhältnissen) gar nicht ausmachen, worin «Gegenleistung» und «Gegenforderung» bestehen und wem sie zugeordnet werden sollen[323]. Die adäquate Rechtsfolge besteht in kooperationsrechtlicher Sicht darin, daß die nachträgliche Unmöglichkeit einen *wichtigen Grund* setzt und damit die alsdann gegebenen Mechanismen auszulösen geeignet ist (Klage auf Auflösung, Ausschluß usw.). Machen die Partner von den ihnen zustehenden Befugnissen zur Herbeiführung der Auflösung keinen Gebrauch, ist anzunehmen, daß ihnen die Verwirklichung des Kooperationszwecks auch ohne den unmöglich gewordenen Beitrag möglich erscheint. Daneben besteht kein Anlaß, die Gesellschafterstellung des zur Leistung nicht mehr verpflichteten Partners zu modifizieren[324]. Die Sachlage ist dann nicht anders, als bei *Untergang der Sache* in den Fällen des Art. 531 Abs. 3 OR.

Erbringt der Gesellschafter seine Leistungen nicht freiwillig, so kann die Gesellschaft (vertreten durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter) klagen[325]. Aber auch dem einzelnen Partner steht die *actio pro socio* zu, die auf Leistung an die Gesellschaft lautet[326].

[323] Zutreffend MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 137ff.

[324] Anders die herrschende deutsche Lehre, die aufgrund der Treuepflicht mindestens eine Herabsetzung der Gewinnbeteiligung des Gesellschafters fordert; so FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 105 Anm. 47e; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 57f. Für das schweizerische Recht fordert MÜLLER (Gesellschaftsvertrag und Synallagma, S. 146): «Der Gesellschaftsvertrag ist allerdings der durch das Erlöschen der Beitragspflicht entstandenen neuen Sachlage anzupassen.» – Im übrigen ist zu bedenken, daß Gesellschaftsverhältnisse Dauerverhältnisse sind, so daß bei nachträglicher Unmöglichkeit einer Teilleistung die Grundsätze über den Sukzessivlieferungsvertrag heranzuziehen sind; vgl. dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 29.

[325] HARTMANN, Kommentar, Art. 557 N. 4.

[326] Vgl. dazu WALTHER HADDING, Actio pro socio, Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Reihe A, Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 15, Marburg 1966, S. 93ff.; HART-

Die in Kooperationsverhältnissen besonders wichtige Frage der *Vollstreckung in forma specifica* lauert hier nicht anders als bei der Durchsetzung individualrechtlicher Leistungspflichten[327].

3.3 Körperschaftsstatuten

Werden Kooperationspflichten in Statuten von *Gesellschaften mbH* neben der Liberierungspflicht als *Nebenleistungspflichten* oder *vereins-* und *genossenschaftsrechtlich* als *ordentliche Beitragspflichten* vereinbart, handelt es sich um *korporationsrechtliche Ansprüche* der Körperschaft gegenüber dem einzelnen Mitglied[328]. Andererseits «erzeugt das Nebenleistungsverhältnis auch *individualrechtliche* Verhältnisse, denen, was ihre Abwicklung im einzelnen betrifft, gegenüber der Mitgliedschaft eine gewisse Selbständigkeit zukommt und die daher ihren eigenen Normen folgen (Recht des Kaufes, der Gebrauchsüberlassung, des Werkvertrages, der Miete usw.)»[329]. Insoweit mag man in der Tat von *gemischten* (sozial-individualrechtlichen) Verhältnissen reden[330], um zu signalisieren, daß die Rechtsanwendung unter *Korporations- und Schuldrecht* zugleich steht.

Dabei ist zwischen der Leistungspflicht im *Recht der GmbH* und jener im *Recht der Genossenschaft* und des Vereins zu unterscheiden. Vereins- und genossenschaftsrechtlich sind Kooperationspflichten allemal schlichte *Beitragspflichten,* während sie im Recht der GmbH zur Liberierungspflicht hinzutreten und daher aus-

MANN, Kommentar, Art. 557 N. 4; FUNK, Kommentar, Art. 531 N. 1; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 261 ff.; SCHLEGELBERGER, Handelsgesetzbuch, Kommentar, § 109 Anm. 4; WIELAND, Handelsrecht I. S. 547; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 705 N. 41; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 705 N. 57 ff.; a.M. NITSCHKE, Die schuldrechtliche Einordnung des Gesellschaftsvertrages (ZHK 128, S. 89 ff.). der die actio pro socio nur aufgrund eines besonderen Rechtfertigungsgrundes zulassen will; vgl. auch BGE 24 II 736; abweichend BGE 37 II 35.

327 Vgl. dazu oben S. 436 f. – Gerät der Gesellschafter in Konkurs, ist Art. 211 Abs. 1 SchKG anwendbar.

328 VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 25.

329 VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 25.

330 WIELAND, Handelsrecht I, S. 847 ff.

nahmsweise das Schicksal des Gesellschaftsanteils *nicht* zu teilen brauchen[331].

Trotz dieser grundsätzlichen Verschiedenheiten bleiben die Schlußfolgerungen für die Rechtsanwendung gleich: Hier wie dort ist nicht nur der «Normenkreis des Sozialrechtes zu berücksichtigen; sondern auch (derjenige) des Individualrechts»[332]. Praktisch bedeutet das, daß zwar schuldrechtliche Bestimmungen zur Anwendung kommen, *aber immer* bloß analog, ausgerichtet auf die Besonderheiten des körperschaftlichen Verbandes[333]. Wie bei Personengesellschaften wird man daher zu entscheiden haben, wenn fraglich ist, ob die Einreden des nicht erfüllten oder nicht erfüllbaren Vertrags zugelassen sind oder welche Folgen Verzug und unverschuldete Unmöglichkeit auslösen[334].

Besonderheiten ergeben sich immerhin bei sog. *gegenseitigen Nebenleistungspflichten* in der GmbH, wo man durchaus ein dem zweiseitigen Vertrag ähnliches Verhältnis zwischen dem Mitglied und der GmbH vor sich hat, so daß Raum für sinngemäße Übernahme der Art. 82/83 OR besteht[335]. Im Kooperationsrecht wird

331 Vgl. dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 26a. Zur Charakterisierung der Verhältnisse im Genossenschaftsrecht: vgl. ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 48, wo vom «Einbau des Schuldverhältnisses in die Mitgliedschaft» die Rede ist; anders im Genossenschaftsrecht: ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 111 ff.; zu den Verhältnissen in der GmbH auch ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, GmbH-Gesetz, 13. Aufl., München 1970, S. 27.

332 ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 57.

333 So werden etwa die durch das Schuldrecht typisierten Kooperationspflichten gesellschaftsrechtlich und besonders durch den Kooperationszweck konkretisiert; dazu VON STEIGER, Kommentar, Art. 877 N. 27; ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 62 ff.

334 Vgl. vorne S. 439 ff.

335 So VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 29; VON STEIGER will in solchen Verhältnissen auch das Wahl- und Rücktrittsrecht gewähren (mit Rechtswirkungen freilich nur hinsichtlich des Nebenleistungs-, nicht etwa des umfassenden Gesellschaftsverhältnisses). Dem kann für kooperationsrechtliche Verhältnisse nicht beigetreten werden: sie sind in dem Sinne atypisch, daß die Nebenleistungspflicht im Grunde gesellschaftliche Hauptbeitragspflicht ist, während die Liberierungspflicht als bloßes Anhängsel erscheint. Aber auch hier ist selbstverständlich anzunehmen, die Nichterfüllung der Nebenleistungspflicht setze

man indessen *statutarische Behelfe* gesellschaftsrechtlicher Art, wie Konventionalstrafen, Ausschluß, Abtretung des Anteils usw. vorsehen[336]. Darüber hinaus hat man es nach dem kooperationsrechtlichen Gemeinschaftszweck allemal mit einem *wichtigen Grund* zu tun, der die daran anknüpfenden gesellschaftsrechtlichen Folgen auslöst.

Nicht anders verhält es sich im *Genossenschaftsrecht*. Auch dort ist der allgemeine Teil des OR «entsprechend» anwendbar[337]. Zweiseitige Verhältnisse sind zumal im Kooperationsrecht (Pflicht zur Einbringung von Patenten, Recht auf Lizenzen) häufig, so daß zu fragen ist, ob die Regeln über zweiseitige Verträge Geltung beanspruchen dürfen[338]. Im übrigen ist es auch hier Sache der Statuten, die Erfüllung der Kooperationspflichten durch eine zweckmäßige Sanktionsordnung zusätzlich zu sichern[339]. Das Genossenschaftsrecht kennt überdies als singuläres Institut die *Kaduzierung* auch als *Rechtsfolge der Nichterfüllung* von Mitgliedschaftspflichten, die *nicht* in einer Geldleistung bestehen; dies entgegen dem strikten Wortlaut von Art. 867 Abs. 3 OR[340, 341].

einen wichtigen Grund für alle daran anschließenden gesellschaftsrechtlichen Folgen. Wie hier auch ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 113 ff.

336 VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 30.

337 Vgl. dazu im einzelnen ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 98 bis 108.

338 ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 60 f., mit Hinweis auf Art. 904 Abs. 1 OR, wo von einem «angemessenen Entgelt für Gegenleistungen» die Rede ist.

339 Vgl. die Vorschläge bei ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 91 ff.; vgl. auch GUTZWILLER, Kommentar, Art. 833 N. 58.

340 Zutreffend ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 110; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 710; a. M. GUTZWILLER, Kommentar, Art. 867 N. 8 ff. unter dem Titel «Das Verfahren bei ausstehenden Zahlungen»; wie GUTZWILLER auch VON STEIGER, Grundriß des schweizerischen Genossenschaftsrechts, S. 48 ff.

341 Zu der Erfüllung der Vereinspflichten und den sog. Vereinsstrafen: REICHERT/DANNECKER/KÜHR, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, S. 94, 197 ff.; anders VON TUHR, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd., Allgemeine Lehren und Personenrecht, Nachdruck der 1910 erschienenen

4. Probleme der Anpassung an veränderte Verhältnisse

Kooperationsverhältnisse sind in die wirtschaftliche Umwelt eingebettet. Das fordert *Anpassungsfähigkeit*. Überdies schaffen Unternehmenskooperationen Gebilde, die letztlich im *Dienst der einzelnen Partnerunternehmen* stehen sollen. Daraus können sich *Interessenkonflikte* ergeben, die persönliche Auseinandersetzungen bringen und deshalb zu sozusagen «persönlicher» Anpassung des Kooperationsverhältnisses nötigen. Daher ist zu untersuchen, welche rechtlichen Möglichkeiten zur jeweiligen Anpassung bestehen.

4.1 Anpassung der Kooperationsmodalitäten

Hier geht es darum, den *Inhalt* von Kooperationsabreden rechtzeitig an veränderte Verhältnisse anzugleichen. Mag sein, daß die bisherige Forschungsgemeinschaft durch die anfallenden Patente zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens drängt; oder daß der Informationsaustausch dem umfassenden Betriebsvergleich ruft; oder daß der Alleinvertreter Kundendienst und besondere Ausstattungspflichten übernehmen soll; oder daß endlich die bislang lose Kooperation in eine Kooperationsform stärkerer Intensität übergeführt werden soll.

Solche Änderungen lassen sich nur durch eine rechtzeitige Umgestaltung der *Kooperationspflichten* verwirklichen. Vorab ist daran zu erinnern, was über die *Ergänzung* der Kooperationsverhältnisse und die *clausula rebus sic stantibus* bereits ausgebreitet worden ist[342]. Dort ist auch gezeigt worden, daß durch Vertrags- oder Satzungsklauseln *rechtsgeschäftliche Anpassungspflichten* der Partner begründet werden können.

Allein solche Klauseln schaffen die Änderungen noch nicht. Sie verpflichten nur dazu. Die Erfüllung dieser Pflichten fordert die *Änderung* der das Kooperationsverhältnis ordnenden *Individual- und Gesellschaftsverträge* sowie allfälliger *Korporationsstatuten*. Mag man auch im Einzelfall einen außenstehenden *Dritten* beauftragen, als Schiedsgutachter die (materielle) Anpassung vorzu-

1. Aufl., Berlin 1957, S. 548ff.; HANS ANTON FLURY, Der Vereinszweck, Diss. Bern 1959, S. 63f.; EGGER, Kommentar, Art. 71 N. 7.

342 Vgl. vorne S. 425ff.

nehmen: es braucht dann allemal noch die formell-richtige Übernahme des Gutachtens in den Vertrag oder in das Statut[343].

Vertragsänderungen bedürfen der gegenseitigen übereinstimmenden Willensäußerungen der Partner. Personengesellschafter können – wie oben gezeigt worden ist[344] – nur dann durch Mehrheitsbeschluß die Beitragspflichten erhöhen, wenn der Vertrag es ausdrücklich vorsieht oder wenn er wenigstens den Rahmen zieht. Andernfalls ist Zustimmung *aller* Partner erforderlich.

Auch Korporationsstatuten dürfen nur unter erschwerten Bedingungen abgeändert werden, wenn *persönliche und Sachleistungspflichten* verschärft werden sollen[345]: Im Recht der GmbH ordnet

[343] Vgl. KUMMER, Grundriß des Zivilprozeßrechts, S. 244; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 575 Anm. 14, der im Gegensatz zu KUMMER (a.a.O.) annimmt, die Ergänzung eines unvollständigen Vertragsinhaltes sei nicht Aufgabe des Schiedsgutachters; wie KUMMER: BAUMBACH/LAUTERBACH, Zivilprozeßordnung, Kommentar, Grundzüge vor § 1025 N. 3. Eher wie GULDENER: BAUMBACH/SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, S. 51; auch LEO ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München/Berlin 1961, S. 847: «... der Schiedsgutachter dagegen (hat nur) eine *Tatsache festzustellen ...*»; ARTHUR NIKISCH, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952, S. 595; zutreffend die Feststellung von STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozeßordnung vor § 1025 II, Ziff. 3, der eine ganze Reihe von Funktionen anführt, die unter dem Titel «Schiedsgutachten» zusammengefaßt werden; darunter auch: «... wenn ein Dritter für die Parteien eines Rechtsverhältnisses verbindlich bestimmte tatsächliche Feststellungen treffen, Wertansätze oder Gutachten ermitteln, bestimmte Vorgänge als Rechts- oder Vertragsverletzungen qualifizieren oder eine für die Parteien verbindliche Auslegung einer Rechtsnorm oder Vertragsbestimmung (insbesondere bei unbestimmten Begriffen...) treffen soll... Gelegentlich bezeichnet man aber als Schiedsgutachten auch Entscheidungen Dritter, durch welche eine von vornherein bestehende Vertragslücke ausgefüllt, etwa ein Preis, über den sich die Parteien nicht einigen konnten, festgesetzt, Gegenstände eines Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter verteilt oder Leistungen, *die aus Dauerschuldverhältnissen entspringen, geänderten Verhältnissen angepaßt werden sollen*» (a.a.O.) (Hervorhebung vom Verfasser). – Richtiger Ansicht nach handelt es sich bei dem im Kontext erwähnten Fall um die Konkretisierung einer allgemeinen Leistungspflicht durch einen Dritten, die nach Treu und Glauben vorzunehmen ist; VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, S. 182; S. 174 Anm. 9; vgl. auch § 315f. BGB.

[344] Vgl. vorne S. 353.

[345] Vgl. vorne S. 368ff.

Art. 784 Abs. 3 in solchen Fällen ausdrücklich die Zustimmung aller (von der Vorschrift betroffenen)[346] Partner an; Aufnahme der Beitragsvermehrung in ein Reglement ändert nichts an diesem Erfordernis[347]. Bloße Änderungen und Erleichterungen können mit der in Art. 784 Abs. 2 OR vorgesehenen Mehrheit eingeführt werden. Im *Genossenschaftsrecht* wird eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln (allerdings für Statutenänderungen überhaupt) verlangt (Art. 888 Abs. 2 OR)[348]. Nur gerade das *Vereinsrecht* verzichtet (unter Vorbehalt anderslautender statutarischer Vorschriften und von Zweckänderungen) auf besondere Erfordernisse des statutenändernden Beschlusses (Art. 67, 71 ZGB)[349].

Erste Aufmerksamkeit beansprucht die *rechtzeitige Ausrichtung auf eine (spätere) Intensivierung der Zusammenarbeit,* allenfalls sogar auf einen *Übergang zu Konzentrationsgebilden* ohne Wahrung der wirtschaftlichen oder (sogar) der rechtlichen Selbständigkeit der Partner. Man wird daran zu denken haben, daß vielerorts Kooperation nicht als Selbstzweck, sondern als verlobungsähnliche Übergangsphase auf dem Weg zu einer «stabilisierten Unternehmensorganisation» mit «industrieller Gesamtkonzeption» begriffen wird.

Werden die Partner von solchen Vorstellungen beherrscht[350], empfiehlt sich namentlich, die zu Beginn regelmäßig gewählte

[346] VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 16; unklar JANGGEN/BECKER, Kommentar, Art. 777 N. 5.

[347] Vgl. Art. 777 Ziff. 2 OR: «nähere Umschreibung dieser Leistungen»; VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 17.

[348] Art. 889 OR ist nicht anwendbar; vgl. dazu ausführlich ZUMBÜHL, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, S. 80ff.; VON STEIGER, Grundriß des schweizerischen Genossenschaftsrechts, S. 114f.

[349] U. LAMPERT/J. WIDMER, Wie gründet und leitet man Vereine?, 3. Aufl., Zürich 1954, S. 59 (Ziff. 79); anders das deutsche Recht, das in § 33 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Mitglieder verlangt; REICHERT/DANECKER/KÜHR, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, S. 71; SAUTER/SCHWEYER, Der eingetragene Verein, S. 51ff. – Vorbehalten bleibt natürlich auch im schweizerischen Recht Art. 74 ZGB; dazu EUGEN CURTY, Die Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1952, S. 79ff.

[350] Vgl. dazu etwa RÜHLE VON LILIENSTERN, Management-Enzyklopädie, S. 1060.

Form der *einfachen Gesellschaft* so auszugestalten, daß sie bereits für die künftig anvisierte *Doppel- oder Einheitsgesellschaft* vorgeformt ist. Es wird also erforderlich sein, sie körperschaftlich zu strukturieren, was nach schweizerischem Recht Schwierigkeiten nicht bereitet[351]. Dabei kommt es in Kooperationsverhältnissen weniger auf die Einführung des unbeschwerten Gesellschafterwechsels als auf die *Organisation* (Ausgliederung von Quasiorganen, Mehrheitsprinzip usw.) und auf die *Bestandessicherung* durch Lösung der Schicksalsgemeinschaft von Gesellschafter und Gesellschaft an.

Soll also z.B. die vereinte Forschung und Entwicklung zur gemeinsamen Herstellung neuer Produkte führen, muß der Gesellschaftsvertrag jetzt schon nach den Bedürfnissen einer Grundgesellschaft oder den statutarischen Anforderungen einer Einheitskorporation modelliert werden. Das erlaubt anderseits, das künftig anzustrebende Ziel sozusagen *probehalber* vorweg zu praktizieren, was der *Sammlung von Erfahrungen* und der *Überwindung von Mißtrauen* dienen kann. Zielt das Unterfangen auf *Konzernierung* oder *Fusion,* sind *wechselseitige Beteiligungen* und *«interlocking directorates»* der Muttergesellschaften durchaus angezeigt, auch wenn im Rahmen einer bloß einfachen Gesellschaft ausgemacht wird, wie die dadurch entstandene Mitbestimmungsmacht eingesetzt werden soll.

Quid, wenn sich die Partner zur späteren Gründung einer Gemeinschaftsunternehmung oder gar zur Fusionierung verpflichten und sich hernach *daran nicht halten?* Eine Verurteilung zur Gründung einer Drittgesellschaft (nicht aber zur Fusion) ist möglich, wenn die gründungswilligen gegen den widerstrebenden Partner auf *Mitwirkung bei der Gründung klagen*[352]. Undenkbar dagegen:

[351] Art. 62 ZGB; vgl. dazu HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 536ff.; SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 21ff.; vgl. auch BGE 88 II 231; ferner NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 31ff.; TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 145ff.; WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 163ff.; auch MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, S. 301ff.

[352] Vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 606; Art. 76 BZP. – Zur

eine Klage auf Abgabe entsprechender Willenserklärungen, weil es an der *nötigen Bestimmtheit des Inhalts fehlt*[353]. Unter solchen Voraussetzungen ist es zweckmäßig, Ausbaupflichten der Kooperationspartner mit *Konventionalstrafen* abzusichern. Im übrigen wird mit der Verletzung solcher Pflichten durch einen oder mehrere Partner immer ein *wichtiger Grund* gesetzt.

4.2 Anpassung der Partnerzahl

Hier wie anderswo beginnt im Keime, was Blüten zu tragen bestimmt ist. Meistens ist es eine Gruppe besonders *initiativer* Unternehmensträger, die den Anfang setzen. Somit hat man es mit ausbaufähigen Gebilden zu tun, die auf *Wachstum* angelegt sind. Damit wird die kooperationsrechtliche Frage aktuell, ob (und gegebenenfalls wie) dafür gesorgt werden kann, daß Neuinteressenten dem Kooperationsverhältnis *beitreten können.* Andererseits wird man nach Möglichkeit *verhindern* wollen, daß bisherige Partner durch einseitige Willensäußerung *austreten.*

4.21 Ermöglichung der Erweiterung

4.211 Individualverträge

Austauschverträge sind grundsätzlich ungeeignet für die Erweiterung der Zahl der Parteien. In *Vertikalverhältnissen* (z.B. Alleinvertriebsvereinbarungen) geht es denn auch regelmäßig nicht darum, das Ausgangsverhältnis zu erweitern. Ziel ist vielmehr die *Vervielfachung* im Sinne paralleler Vereinbarungen, die alsdann ihre Wirkung begrenzt auf einen bestimmten geographischen Raum oder ausgewählte Abnehmer oder Produkte besonderen Typs entfalten. In *Horizontalkooperationen* dagegen (z.B. Lizenzaustauschverträgen) führt die Erweiterung stracks zur *Gesellschaft,* so daß ein Wechsel der Kooperationsform nötig wird. Werden bereits im Individualvertrag entsprechende Pflichten der Partner vereinbart, wird dieser zum gemischten Vertrag in dem Sinne, daß

Fusion können die beteiligten Unternehmensträger nicht verurteilt werden, weil diese Leistung zu vollbringen nur durch Organbeschluß möglich ist.

353 Vgl. dazu MAX KUMMER, Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZSR 1954, S. 176ff.

neben den gegenseitigen Leistungspflichten ein (suspensiv bedingtes) *Vorgesellschaftsverhältnis* begründet wird.

4.212 Gesellschaftsverträge

Bekanntlich ist in Personengesellschaften die Aufnahme *neuer Partner* ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter nur in der Form der *Unterbeteiligung* (Art. 542 OR) zugelassen. Ein solches *Unterverhältnis* ist kooperationsrechtlich ungeeignet, weil es ganz und gar auf Beteiligung am Ergebnis ausgerichtet ist und daher außerhalb des für die Zusammenarbeit entscheidenden *Förderungszwecks* steht[354].

Der *Gesellschaftsvertrag* kann anderes vorsehen[355]. Namentlich ist es zulässig, auch Neuaufnahmen bloß von *Mehrheitsbeschlüssen* abhängig zu machen oder Dritten gar gesellschaftsvertraglich einen (kooperationsrechtlich angemessen bedingten) *Rechtsanspruch auf Aufnahme* zu gewähren. In diesem letzten Fall hat man einen Gesellschaftsvertrag *zugunsten Dritter* vor sich[356]. Aber auch andere Gestaltungen sind ohne weiteres zulässig; so etwa die Ermächtigung eines Ausschusses («Aufnahmekommission»), Mitglieder aufzunehmen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Bei dieser letzten Lösung besteht allerdings die Gefahr des Mißbrauchs, zumal streitig ist, welche Folge die Mißachtung der Aufnahmegrundsätze für die Rechtsstellung des zu Unrecht aufgenommenen Dritten zeitigt[357].

354 Eben deshalb können weder die Unterbeteiligung noch die Abtretung künftiger Forderungen (Art. 542 Abs. 2 OR) dazu geeignet sein, den Kooperationszweck zu vereiteln.

355 SIEGWART, Kommentar, 542 N. 10ff.; WIELAND, Handelsrecht I, S. 800; BECKER, Kommentar, Art. 542 N. 1; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 272ff., N. 383ff.; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 736, N. 8.

356 Vgl. dazu SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 736 N. 8.

357 Vgl. dazu WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 276f.; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 736 N. 8. Für das schweizerische Recht muß gelten: Der Kandidat ist in die einfache Gesellschaft nicht aufgenommen worden, da dem (oder den) aufnehmenden Gesellschaftern die Vertretungsbefugnis und die Vertretungsmacht gefehlt haben. Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ist zu fragen, ob die vertraglich vorgesehene Aufnahme eine Rechtshandlung ist, die der Zweck der

4.213 Körperschaftsstatuten

Die Aufnahme neuer Mitglieder ist in allen Korporationen des privaten Rechts möglich. Schwierigkeiten sind bei den Kapitalgesellschaften zu vermerken, weil hier der (originäre) Erwerb der Mitgliedschaft Kapitalerhöhungen erforderlich macht (Art. 650ff., Art. 786ff. OR). Überdies stehen dem Neueintritt vorerst *Bezugsrechte* entgegen (Art. 652, 787 OR). Da das *autorisierte Kapital* (im streng technischen Sinn; also ohne Feststellungsbeschluß) im schweizerischen Recht (noch) nicht vorgesehen ist, bleibt das Verfahren auch im Aktienrecht kompliziert.

Also wird man bei Korporationen in der Regel *derivativen Erwerb* ins Auge fassen, was nur im *Vereins- und Genossenschaftsrecht* ausgeschlossen ist. Partneraktionäre übertragen einen Teil ihrer Aktien (oder lassen sie durch Treuhänder übertragen); der Gesellschafter mbH kann nach Art. 795 OR seinen Gesellschaftsanteil teilen.

Im Vereins- und Genossenschaftsrecht vermag man sich mit einfacher *Aufnahme* neuer Kooperationspartner zu helfen (Art. 70 Abs. 1 ZGB; Art. 839 OR). Hier wird nun kooperationsrechtlich gerade umgekehrt fraglich, ob allenfalls die angestammten Kooperanten gesellschaftsrechtlich gezwungen werden dürfen, Interessenten auch *gegen ihren Willen* aufzunehmen. Die Frage wird später unter spezifischen kartellrechtlichen Aspekten zu erörtern sein. Im hier gegebenen Zusammenhang gilt folgendes: Vereinsrechtlich gibt es keinen Anspruch auf Mitgliedschaft[358]. Gleiches gilt nach nunmehr höchstrichterlich geklärter Rechtslage auch im Genossenschaftsrecht, und zwar trotz des zu Zweifeln Anlaß gebenden Grundsatzes der «offenen Türe» (Art. 839 Abs. 2)[359].

Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 564 OR). Die Frage ist richtiger Ansicht nach zu verneinen; vgl. FISCHER, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, § 126 Anm. 4 und dort zitierte weitere Literatur; vgl. auch HARTMANN, Kommentar, Art. 564 N. 8; SIEGWART, Kommentar, Art. 564 N. 2ff.

358 Vgl. dazu HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 544: «Selbst wenn die Statuten die Mitgliedschaft von bestimmten sachlichen oder persönlichen Voraussetzungen abhängig machen (Zugehörigkeit zu einem Beruf, religiösen Bekenntnis, Alter etc.), obliegt bei deren Erfüllung dem Verein keine Aufnahmepflicht. Auch steht es in seinem Belieben, die Mitgliederzahl zu beschränken.»

359 Vgl. BGE 98 II 226ff.

4.22 Verhinderung des einseitigen Austritts

4.221 Individualverträge

Im Recht der Individualverträge gibt es keine Austritte, sondern nur die gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Möglichkeiten zur Beendigung des Kooperationsverhältnisses überhaupt. Sie werden später unter dem Aspekt des *Bestandesschutzes* erörtert werden[360].

4.222 Gesellschaftsverträge

In Personengesellschaften fehlt es an einem Austrittsrecht des Gesellschafters; es wäre denn vertraglich vorgesehen[361] oder die Mitgesellschafter stimmten zu. Auch die Übertragung der Mitgliedschaft auf Dritte ist nur unter den nämlichen Voraussetzungen möglich, so daß die gesetzliche Ordnung kooperationsrechtlichen Bedürfnissen durchaus entspricht[362].

4.223 Körperschaftsstatuten

Von Gesetzes wegen gibt es ein Recht auf *freien Austritt* der Kooperationspartner nur im *Vereinsrecht* (Art. 70 Abs. 2 ZGB) und im *Genossenschaftsrecht* (Art. 842 Abs. 1 OR). Das Recht der GmbH gewährt dem Gesellschafter das gesetzliche Recht, aus wichtigen Gründen beim Richter die Bewilligung des Austrittes zu verlangen (Art. 822 Abs. 2 OR).

Also ist kooperationsrechtlich zu fragen, ob diese Rechte durch die Statuten beschränkt werden dürfen. Das ist hinsichtlich der vereinsrechtlichen und der GmbH-rechtlichen Ordnung zu verneinen: Art. 70 Abs. 2 ZGB ist mit Sicherheit zwingend («è garantito per legge»)[363]. Die *Gerichtspraxis* geht sogar weiter und

[360] Vgl. hinten S. 458ff.

[361] HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 433.

[362] Vgl. im übrigen dazu HERBERT WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München/Berlin 1965, S. 61ff.; RUDOLF REINHARDT, Die Fortentwicklung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft in der neueren deutschen Lehre und Rechtsprechung, ZBJV 1967, S. 329ff.

[363] HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, S. 552f.

anerkennt ein (ungeschriebenes) Recht des Vereinsmitgliedes, jederzeit aus wichtigen Gründen auszutreten[364]. Das gesetzliche Recht des Gesellschafters mbH ist absolut unentziehbar, kann diesem mithin durch Statutenänderung auch mit seiner Zustimmung nicht entzogen werden[365]. Darin liegt kooperationsrechtlich eine *schwere Belastung,* der man auch mit zusätzlichen vertraglichen Bindungen oder über eine Grundgesellschaft im Rahmen einer Doppelgesellschaft nicht Herr zu werden vermag.

Das Genossenschaftsrecht erlaubt zwar (von kartellrechtlichen Weiterungen zunächst abgesehen) die statutarische Erschwerung durch Verpflichtung zur Bezahlung einer *Auslösungssumme*[366], «wenn nach den Umständen durch den Austritt der Genossenschaft ein erheblicher Schaden erwächst oder deren Fortbestand gefährdet wird» (Art. 842 Abs. 2 OR). Ferner kann nach Art. 843 Abs. 1 OR der Austritt während (höchstens) fünf Jahren überhaupt ausgeschlossen werden, sofern nicht wichtige Gründe angerufen werden (Art. 843 Abs. 2 OR).

In Kooperationsverhältnissen entsteht nur ausnahmsweise unmittelbarer Schaden durch Austritt. Gefährlicher ist die mit dem Austritt wichtiger Partner allemal gegebene *Gefährdung des Gemeinschaftswerks.* Die Lösung besteht freilich nicht darin, den Austritt während einer bestimmten Zeit (maximal über fünf Jahre) generell zu sperren; denn damit würde die Belastung nur hinausgeschoben. Der Weg führt auch nicht über die Auslösungssumme zum Ziel, sondern über die «nicht übermäßige» *Erschwerung* des Austritts. Soll der Kooperationszweck erfüllt werden können, muß es zulässig sein, den Partner so lange an die Genossenschaft zu binden, als er die (für das Gelingen des Gemeinschaftswerks in irgendeiner Funktion unentbehrliche) Unternehmung weiterhin trägt. Wird er dann zusätzlich verpflichtet, im Falle der Geschäftsübertragung dem Erwerber auch die Mitgliedschaft zu überbinden, ist die Gefahr für das Kooperationsverhältnis gebannt[367]. Freilich

[364] BGE 89 II 153; 71 II 197.

[365] VON STEIGER, Kommentar, Art. 822 N. 12.

[366] Wohl verstanden: kumulativ zum grundsätzlichen Ausschluß des Abfindungsanspruchs nach Art. 865 Abs. 1 OR.

[367] Nach BGE 89 II 149 handelt es sich im Falle einer solchen Regelung nicht

wird man auch unter solchen Voraussetzungen den Austritt ohne die statutarische Erschwerung zulassen müssen, wenn *wichtige Gründe* vorliegen, da alsdann das Kooperationsverhältnis ohnehin gefährdet ist[368].

Einer unliebsamen Verbandszugehörigkeit[369] kann man sich auch entledigen durch *Veräußerung der Mitgliedschaft,* wie sie im

um ein Austrittsverbot, sondern um eine Erschwerung. Zur Frage einer allfälligen Übermäßigkeit einer solchen Austrittserschwerung führt das Bundesgericht – was mutatis mutandis als Entscheidungsstandard für jedes kooperationsrechtliche Verhältnis herangezogen werden könnte – aus: «Ob eine Austrittserschwerung das zulässige Maß übersteige, läßt sich nicht in einer für alle Fälle gültigen Weise von vorneherein beantworten. Es muß vielmehr die besondere Art der in Frage stehenden Genossenschaften mitberücksichtigt werden, und ferner kommt den konkreten Verhältnissen des zu beurteilenden Falles im Zeitpunkt, in welchem die Zulässigkeit der Austrittserschwerung streitig wird, entscheidende Bedeutung zu. Hier ist nun zu beachten, daß der ausschließliche Zweck der beiden Genossenschaften im Betrieb und Unterhalt der gemeinsamen Anlagen, namentlich der zentralen Heizung und Warmwasserversorgung, besteht. Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem in BGE 55 II 125f. beurteilten, in welchem bei einer gewöhnlichen Baugenossenschaft ohne solche gemeinsame Anlagen der Austritt vom Verkauf des Hauses abhängig sein sollte. Für einen rationellen Betrieb der gemeinsamen Anlagen ist, wie eingangs dargelegt wurde, die Beteiligung aller Liegenschaften der beiden Siedlungen notwendig (Sic!). Die vorgesehene Ordnung, daß der Eigentümer einer angeschlossenen Liegenschaft nur bei deren gleichzeitigem Verkauf an ein neues Mitglied aus der Genossenschaft ausscheiden kann, wird daher durch den Genossenschaftszweck geradezu vorausgesetzt.» Vgl. im übrigen auch BGE 45 II 658f.; 55 II 128; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 843 N. 18.

368 Offen gelassen in BGE 89 II 153.

369 Kooperationsrechtlich beachtlich ist natürlich auch ein allfälliger gesetzlicher Übergang: Erbgang, eheliches Güterrecht bei kooperierenden Einzelunternehmern, Zwangsvollstreckung überhaupt. Die Sonderregelungen des Aktien- und des GmbH-Rechts (Art. 686 Abs. 4 OR; 792 OR) sind kooperationsrechtlich irrelevant, weil es hier nicht auf den Ausschluß des Erwerbers, sondern gegenteils um die Fortsetzung des Verhältnisses mit jenem ankommt, der die Unternehmung des Gesellschafters übernimmt. Geht die Mitgliedschaft an der Kooperationsgesellschaft durch Fusion auf ein neues Rechtssubjekt über (was nicht sein muß), liegt ein gewöhnlicher Übergang vor, so daß die Zustimmung auch ohne Übernahme der Beteiligung verweigert werden kann; BÜRGI, Kommentar, Art. 686 N. 7; REGULA PESTALOZZI-HENGGELER, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948; VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II, S. 818 Anm. 9.

Aktien- und GmbH-Recht grundsätzlich anerkannt wird. Die Übertragung der Partnerstellung ist indes u.U. eine weit größere Belastung für die Unternehmenskooperation als der bloße Austritt. Die Gefahr ist von Gesetzes wegen beseitigt im Recht der GmbH, das neben der *gesetzlichen Vinkulierung* auch die statutarische Möglichkeit kennt, die Abtretung des Gesellschaftsanteils über das Zustimmungserfordernis *von weiteren Bedingungen* abhängig zu machen oder sogar gänzlich auszuschließen (Art. 791 Abs. 2 und 3 OR)[370].

Auch im *Aktienrecht* sind *formelle und materielle Vinkulierung*[371] (mit dem Grenzfall des Übertragungsverbots) durch statutarische Vorschriften erlaubt (Art. 627 Ziff. 8; 686 OR), soweit Namenaktien in Frage stehen. Da die AG nur als *Organgesellschaft* sinnvolle kooperationsrechtliche Funktionen hat, wird nicht das Übertragungsverbot, wohl aber an die Mitgliedschaft bei der Grundgesellschaft anknüpfende *Erschwerung* die Regel sein.

Neben und anstelle statutarischer (oder bei der GmbH: gesetzlicher) *Vinkulierung* finden sich in Kooperationsgesellschaften häufig *Vorkaufs- und Vorhandrechte*[372]. Das Problem besteht allemal darin, solche statutarische Vorrechte mit *Drittwirkungen* auszustatten[373]. Nach der einen Auffassung ist solcher Drittausschlag nur möglich, wenn das Vorrecht in eine *Vinkulierung* umgedeutet werden kann[374]. Dagegen macht HERREN[375] mit guten Gründen

[370] Sind natürliche Personen Träger des kooperierenden Unternehmens, ist an Art. 792 OR zu denken.

[371] Vgl. dazu ausführlich BÜRGI, Kommentar, S. 686 N. 1ff.; vgl. insbesondere N. 16, wo auf Doppelgesellschaftsverhältnisse verwiesen wird, in denen die Mitgliedschaft bei der Organ-AG regelmäßig an die Mitgliedschaft bei der Grundgesellschaft gebunden ist.

[372] Vgl. dazu HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag; ERIKA SALZGEBER-DÜRIG, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien; HERREN, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1972, Manuskript, S. 2ff. (mit beeindruckender Materialsammlung).

[373] Vgl. dazu KUMMER, Die Eignung der AG für die Erhaltung der Familienunternehmung, S. 113 Anm. 3.

[374] So ERIKA SALZGEBER-DÜRIG, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, S. 163ff.

[375] HERREN, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1972, Manuskript, S. 134ff.

geltend, solche Erwerbsberechtigungen seien – falls sie nicht im Verhältnis der Unselbständigkeit zu Vinkulierungen ständen – aktienrechtliche Übertragungsbeschränkungen im Sinne von Art. 684 Abs. 1 OR und könnten daher Dritterwerbern grundsätzlich entgegengehalten werden[376].

4.23 Ermöglichung des Ausschlusses lästiger Partner

4.231 Individualverträge

Im Recht der Individualverträge fällt das Problem des «Ausschlusses» des Vertragspartners zusammen mit der Möglichkeit der *einseitigen Vertragsauflösung*, worüber später berichtet wird.

4.232 Gesellschaftsverträge

Das Recht der einfachen Gesellschaft sieht den Ausschluß eines Gesellschafters nicht vor[377]; doch darf dieser ohne jeden Zweifel *vertraglich* eingeführt werden[378]. Im Gesellschaftsvertrag können denn auch die kooperationsrechtlichen Voraussetzungen umschrieben werden, die den Ausschluß rechtfertigen. Das gilt auch für Gesellschaftsverträge von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Obwohl dort das Gesetz den Partnern die Befugnis einräumt, beim Richter die Ausschließung eines Mitgesellschafters zu beantragen, wenn der Antragspartner einen wichtigen Grund gesetzt hat, der die Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen rechtfertigen würde[379].

376 Freilich löst HERREN die Schwierigkeiten nicht, die dann entstehen, wenn der Erwerbsbelastete im kooperationsrechtlich wichtigen Fall der Fusion im Zeitpunkt der Ausübung der Erwerbsberechtigung nicht mehr existiert. Alsdann fehlt der Adressat einer allfälligen Ausübungserklärung, S. 144.

377 BGE 94 II 119ff.; BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 27; FUNK, Kommentar, Art. 545/46 N. 8; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 259 Anm. 104; GLATTFELDER, Die Aktionärbindungsverträge, S. 346a; a. M. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 1 N. 346.

378 SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 5; BGE 94 II 121.

379 Vgl. darüber HARTMANN, Kommentar, Art. 577 N. 2ff.; der Richter kann, muß aber die Ausschließung nicht aussprechen (N. 6); SIEGWART, Kommentar, Art. 577 N. 2ff. – Die in Art. 578 OR vorgesehene Möglichkeit des Ausschlusses

4.233 Körperschaftsstatuten

Eine gesetzliche Ausschlußordnung findet sich sowohl im Vereins- als auch im Recht der GmbH und der Genossenschaft (Art. 72 ZGB; 822 Abs. 3, 846 OR). Zwar gibt das Vereinsrecht selbst das Ausschlußrecht nur *bei wichtigen Gründen* (Art. 72 Abs. 3 ZGB); doch können die Statuten besondere Ausschlußgründe oder den Ausschluß ohne Grundangabe mit der Wirkung vorsehen, daß der Richter den Beschluß nur noch auf Willkür (Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Rechtsmißbrauch)[380] prüfen kann. Das ist zwar unter dem Gesichtswinkel der Unternehmenskooperation eine nahezu ideale Lösung; doch ist sie nach allgemeinen Verbandsprinzipien *schlechthin unhaltbar*[381].

Das Recht der GmbH räumt der Mehrheit der Mitglieder (mit Mehrheit des Stammkapitals) das Recht ein, zu beschließen, daß die Gesellschaft beim Richter die *Ausschließung eines Partners aus wichtigen Gründen* beantrage (Art. 822 Abs. 3 OR)[382]. Doch bleibt es den Kooperationspartnern unbenommen, die Ausschließung statutarisch in der Weise zu ordnen, daß *bestimmte Gründe* von vornherein als wichtig gelten (z.B. die Verletzung von Nebenleistungspflichten oder der Verlust der Mitgliedschaft bei einer Grundgesellschaft usw.)[383].

Eine sehr *differenzierte Ausschlußordnung* stellt das Genossenschaftsrecht auf: Von Gesetzes wegen gibt es nur den *Ausschluß aus wichtigen Gründen* (Art. 846 Abs. 2). Die Statuten können aber den Ausschluß auch aus irgendwelchen Gründen vorsehen. Die Regel ähnelt somit der vereinsrechtlichen; doch unterscheidet sie

durch Gesellschafterbeschluß hat keine spezifisch kooperationsrechtliche Bedeutung, da die dort genannten Voraussetzungen regelmäßig das Kooperationsverhältnis selbst aufs äußerste gefährden werden.

380 Vgl. BGE 85 II 541; ferner 90 II 346ff.; 51 II 242.

381 Zutreffend die Kritik von HEINI (Schweizerisches Privatrecht II, S. 554 Anm. 67), der mit Recht von einem Widerspruch zur «rule of law» spricht.

382 Das besondere Ausschlußrecht des betriebenen Gesellschafters nach Art. 793 und 794 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist kooperationsrechtlich nicht relevant.

383 Vgl. VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 87, wonach neben den in den Statuten als wichtig bezeichneten Gründen auch «wichtige Gründe» im Sinne des Art. 822 Abs. 3 OR (zusätzlich) zum Ausschluß berechtigen sollen; vgl. auch JANGGEN/BECKER, Kommentar, Art. 777 N. 27, 822 N. 6.

sich grundsätzlich von dieser durch das *zwingende Ausschlußverfahren* und die Einräumung besonderer *gesellschaftsrechtlicher Schutzmittel* mit anschließender *richterlicher Überprüfung* (Art. 846 Abs. 3)[384].

5. Probleme der Bestandessicherung

Die Kooperationspartner können das Partnerschaftsverhältnis von vornherein *befristen* oder *resolutiv bedingt* abschließen oder sich gegenseitige *Kündigungs-* oder *Rücktrittsrechte* einräumen. Insofern versteht man die *herrschende Meinung*, die Kooperationen immer wieder mit dem Merkmal der «freien Widerrufbarkeit» kennzeichnen will[385]. Anderseits besteht aus ersichtlichen Gründen das Bedürfnis, das Verhältnis während der vorgesehenen Dauer nicht durch Ereignisse in seinem Bestand zu gefährden, die *außerhalb der Kontrolle* aller Partner liegen. Daher ist zu ergründen, ob und wie Auflösungsgründe neutralisiert werden können, die unabhängig vom Willen aller Beteiligten (oder der sie vertretenden Mehrheit) eintreten können.

5.1 Individualverträge

Hier stellt sich die Frage, welches Schicksal das Kooperationsverhältnis erleidet, wenn *keine bestimmte Dauer* festgesetzt worden ist. Das ist bekanntlich nur dann der Fall, wenn der Vertrag eine Regelung über die Dauer überhaupt nicht enthält[386]. Bei *Dauerschuldverhältnissen* muß angenommen werden, sie seien nach Art. 2 und Art. 27 ZGB kündbar. Wie aber vorne ausgeführt worden ist, muß aus der bundesgerichtlichen Praxis gefolgert werden, Kooperationsverträge seien ihrer ganzen Natur nach «verhältnis-

[384] Vgl. BGE 21, 250ff.; 31 II 680f.; 38 II 117; 44 II 80ff.; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 846 N. 7ff.; GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 259; VON STEIGER, Grundriß des schweizerischen Genossenschaftsrechts, S. 73. Vgl. im übrigen auch BGE 67 I 264; 69 II 118f.; 80 II 71ff.

[385] Vgl. vorne S. 275f.

[386] Vgl. JÄGGI, Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, S. 113ff. und Referat darüber vorne S. 402.

mäßig *bestandesfest*»[387]. Im übrigen kann auch dieser Schwierigkeit noch begegnet werden, indem man die Dauer vollständig und abschließend gemeinsam beschränkt, sei es durch gewissen oder ungewissen Endigungspunkt[388].

Fraglich ist weiter, welchen Einfluß Änderungen *«in der Person»* eines Kooperationspartners auf das Verhältnis ausüben. Sind Einzelunternehmen Kooperationspartner, ist vor allem an den Tod und den Verlust der Handlungsfähigkeit des Unternehmers zu denken. Handelt es sich dagegen um Gesellschaften und Korporationen, hat man vorab die *Auflösung* (mit und ohne Liquidation) vor Augen. In beiden Fällen endlich spielen Zahlungsunfähigkeit und Konkurs (allenfalls sogar Pfändung) eine Rolle.

Was zunächst *Tod* und *Verlust der Handlungsfähigkeit* eines Einzelunternehmers betrifft, erscheint es richtig, dem anderen Partner vertraglich die *Fortsetzungsbefugnis* (mit Beendigungsmöglichkeit) einzuräumen; das hieße praktisch, daß der Übernehmer der Unternehmung (kraft Erbrechts) und der Geschäftsleiter (kraft Vormundschaftsrechts) an die Kooperationsvereinbarung gebunden blieben. Sonst müßte man bei analoger Anwendung nominatrechtlicher Vorschriften mit der *gesetzlichen Beendigung* rechnen[389].

Wird eine *Gesellschaft* oder eine *Korporation aufgelöst* und liquidiert, ist fraglich, wie zu verfahren sei. Nach BECKER ist die Sachlage gleich wie beim Tod einer natürlichen Person, sobald die Liquidation beendet ist[390]. Dazu präzisiert SIEGWART: Die Liquidatoren sollten das Verhältnis tunlichst zu Ende führen können und sich bei «unverschuldeter» Auflösung auf einen wichtigen Grund

[387] Vgl. dazu ausführlich vorne S. 400 mit Hinweisen auf die Literatur und die Judikatur; PETER JÄGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960, S. 133a ff.; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 1 bis 67 N. 20; BECKER, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 114 bis 142 N. 9; MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 246 und N. 332; MERZ, Über die Schranken der Kartellbindung, S. 23 ff.

[388] GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 33 f.

[389] Vgl. dazu GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 82 ff., 93 ff. – Bei vertikaler Kooperation wird man vor allem an analoge Anwendung des Agenturvertragsrechts zu denken haben.

[390] Vgl. BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 11.

(mit Recht auf vorzeitigen Rücktritt) berufen. Doch soll das Verhältnis nicht ohne weiteres beendet werden, «wenn die Auflösung der Gesellschaft im Interesse der Gesellschafter liegt und der vorzeitige Rücktritt von dem mit einem Dritten bestehenden Vertrag diesem großen Nachteil bringen würde». Gleich soll es gehandhabt werden, wenn der Betrieb von einem Gesellschafter weitergeführt wird «und dieser für die in Frage stehenden vertraglichen Leistungen auch Verwendung hat»[391]. Selbst der Vertragspartner soll nicht ohne weiteres vom Kooperationsverhältnis zurücktreten können, wenn die Liquidationsgesellschaft oder der Übernehmer der Unternehmung *das Verhältnis fortsetzen wollen*[392]. Vorbehalten bleibt natürlich der besondere Auflösungsgrund des *Konkurses*.

Diesen Auffassungen ist beizupflichten: Die Auflösung ist nicht das Ende, sondern ein Sein zum Ende hin[393]. Der Tatbestand der Liquidationsgesellschaft kann aber gegebenenfalls beidseitig als *wichtiger Grund* angerufen werden, falls dies nach Nominat- oder Innominatrecht zulässig ist. Aus dem *Zweck* der Unternehmenskooperation folgt aber auch, daß es zumal dann eine zumutbare Fortsetzung des Verhältnisses geben kann, wenn ein *Mitglied* der aufgelösten Gesellschaft oder juristischen Person die Unternehmung übernimmt und weiter betreibt. Immerhin: man ist gut beraten, solche, bei der Liquidation juristischer Personen dogmatisch nur mit Schwierigkeiten herleitbare Konsequenzen im Vertrag ausdrücklich vorzusehen. Das Kooperationsverhältnis verpflichtet dann Gesellschaften und juristische Personen für den Fall der Auflösung auch zur *Überbindung des Vertrags* auf den allfälligen Übernehmer des Betriebs.

Anders ist indessen zu entscheiden, wenn ein Fall von *Auflösung ohne Liquidation* vorliegt (Fusion, Umwandlung, Übernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts). Zwar könnte man versucht sein, bei der Fusion zu differenzieren, je nachdem, ob passive Annexion oder Kombination einerseits oder aktive

391 SIEGWART, Kommentar, Art. 548/550 N. 35 mit Berufung auf ZR 1916, 202; Art. 545/47 N. 4.

392 SIEGWART, Kommentar, Art. 548/550 N. 35.

393 BGE 33 II 303.

Annexion andererseits in Frage steht[394]. Den zweiten Fall könnte man als rechtlichen Fortbestand des Kooperationspartners qualifizieren; den ersten als der Erbfolge ähnliche Universalsukzession mit der Folge der Gleichstellung mit dem Fall des natürlichen Todes eines Einzelunternehmer-Kontrahenten. Eine solche konstruktive und formale Betrachtungsweise übersähe indessen, daß unter Gesichtspunkten der Parteiinteressen der *wirtschaftliche Vorgang* allemal entscheidet: Entweder ist nach vollzogener Fusion (sei sie aktive oder passive Annexion oder gar Kombination) das Kooperationsverhältnis noch sinnvoll oder nicht. Das hängt vom Wirtschaftszweig, der Marktstufe, der Marktstellung, dem Sitz usw. der Unternehmung ab, die mit dem Vertragspartner zur neuen Einheit verschmolzen wird. Vom *Kooperationsverhältnis* her ist also zu entscheiden, ob die Fälle der Auflösung ohne Liquidation wie der Tod einer natürlichen Person zu behandeln seien oder ob der Vorgang den Vertrag unberührt lasse[395]. Namentlich im Blick auf Fusionen ist es indessen ratsam, vertraglich zu vereinbaren, unter welchen Voraussetzungen die Auflösung ohne Liquidation das Kooperationsverhältnis beenden soll. Dann aber wird man den zu ordnenden Sachverhalt ausweiten und Konzernierung, Verpachtung, Geschäftsübertragung und andere Quasi-Fusionen einbeziehen müssen[396].

Wird ein Vertragspartner (sei er natürliche oder juristische Person oder Handelsgesellschaft) *zahlungsunfähig* und kooperieren

394 So auch die herrschende deutsche Lehre; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 727 N. 3 und dort zitierte weitere Literatur und Judikatur; abweichend WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 390 N. 614: «Dem (sc. der herrschenden Meinung) ist zu widersprechen; mit der Auflösung der juristischen Person oder der Gesellschaft steht fest, daß sie als Gesellschafter der OHG ausfällt; daß zunächst eine Abwicklungsgesellschaft übrig bleibt, hat nur den rechtstechnischen Zweck und Erfolg, eine ordnungsgemäße Abwicklung zu ermöglichen.»

395 Anders die deutsche Lehre, nach welcher die Fusion (mindestens nach dem Recht der Personengesellschaften) auf das in Frage stehende Verhältnis keinen Einfluß hat; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 727 N. 3; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 347 Anm. 24 und dort zitierte weitere Literatur.

396 Vgl. zu diesen Fällen: NIKLAUS STUDER, Die Quasi-Fusion, Diss. Bern 1973, Manuskript.

die Partner mittels synallagmatischen Vertrags, kann nach Art. 83 Abs. 2 OR unter gewissen Voraussetzungen die andere Partei *vom Vertrag zurücktreten*. Soweit Art. 83 Abs. 2 OR im Einzelfall nicht durch eine analog anwendbare Spezialordnung der Zahlungsunfähigkeit (Konkurs, fruchtlose Pfändung) verdrängt wird[397], ist das *Rücktrittsrecht hinzuzunehmen* und sinnvoll, weil Zahlungsunfähigkeit des einen Partners zur Symptomatologie einer gescheiterten Kooperation gehört. Das gilt grundsätzlich a fortiori bei Konkurs und Pfändung, wenngleich die qualifizierte Zahlungsunfähigkeit etwa des Franchise-Gebers das Verteilernetz besonders dann nicht zerreißen sollte, wenn die Unternehmung weitergeführt wird; gleiches ist zu bedenken im Fall etwa des Konkurses eines ausländischen Alleinvertreters[398]. Vertraglich sollte zumindest eine *Verhandlungspflicht* des aufrecht stehenden Partners statuiert werden, damit das Verhältnis allenfalls im Einvernehmen mit der Konkursverwaltung fortgesetzt werden kann[399].

5.2 Gesellschaftsverträge

Auch der Bestand von Gesellschaften muß angesichts der stark *personenbezogenen Auflösungsordnung* gesichert werden (Art. 545, 574ff., 619 OR)[400]. Das ist zunächst erforderlich, weil Art. 545 Ziff. 6 (in Verbindung mit Art. 546 OR) jedem Gesellschafter ein *Kündigungsrecht* einräumt, falls die Gesellschaft auf *unbestimmte Dauer* oder auf *Lebenszeit eines Gesellschafters* geschlossen worden ist. Wie vorne gezeigt worden ist[401], kann bei richtiger Auslegung diese Klippe in der Weise umgangen werden, daß die Gesellschaft auf Lebenszeit der Gesellschafter gestellt und das (nicht zwingende) Kündigungsrecht vertraglich beseitigt wird. Auch Verbände

397 Vgl. dazu GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 97ff.

398 Vgl. die richtige Kritik von GAUCH (System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 112f.) an der gesetzlichen Beendigung des Agenturvertrages durch Konkurs des Auftraggebers.

399 Unerwünschter Beendigungsgrund kann – wie vorne ausgeführt – auch eine qualifizierte Veränderung der Verhältnisse sein (clausula rebus sic stantibus).

400 Der Sache nach gehört im übrigen auch Art. 770 Abs. 1 der Auflösungsordnung der Kommandit-AG in den im Kontext erörterten Zusammenhang.

401 Vgl. vorne S. 402.

können im Recht der einfachen und der Kommanditgesellschaft auf die Dauer ihres Bestehens vertraglich gebunden werden[402].

Der *Tod* eines Gesellschafters (mit Ausnahme des Kommanditärs; Art. 619 Abs. 2 OR) ist Auflösungsgrund; doch kann im Gesellschaftsvertrag verabredet werden, daß an Stelle des verstorbenen Einzelunternehmers jene Erben treten, die den Betrieb weiterführen[403]. Wichtiger ist der Fall der *Auflösung* kooperierender Gesellschaften oder juristischer Personen. Hier gilt zunächst uneingeschränkt, was im Zusammenhang mit dem Einzelvertrag ausgeführt worden ist. Überdies ist zu bedenken, daß mangels vertraglicher Regelung die Auflösung eines Partners allemal *wichtiger Grund* ist und daher zur *richterlichen Auflösung* führen kann (Art. 545 Ziff. 7 OR)[404].

Die nur bei Einzelunternehmern als Kooperationspartnern zu beachtende Möglichkeit der Auflösung infolge *Bevormundung* kann richtiger Ansicht nach vertraglich ausgeschlossen werden, indem die Fortsetzung der Kooperation mit dem Vormund oder dem von diesem eingesetzten Geschäftsführer vereinbart wird[405].

Fällt ein Gesellschafter in *Konkurs* (oder wird sein Liquidationsanteil gepfändet), ist zu unterscheiden: Im Recht der einfachen Gesellschaft bewirken Konkurs und *Verwertung* des Liquidationsanteils (Art. 545 Ziff. 3 OR) die Auflösung. Im Recht der Kollek-

[402] Vgl. vorne S. 403.

[403] Grundlegend: HEINZ HAUSHEER, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Bern 1970, S. 90ff.; vgl. auch CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Unternehmernachfolge in den Personengesellschaften, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die Juristische Praxis 1970, Bern 1972, S. 69ff.; NIKOLAOS ROKAS, Die Teilhaberschaft an der offenen Handelsgesellschaft und ihre Vererbung, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 1, Berlin 1965; PETER BEHRENS, OHG und erbrechtliche Nachfolge, eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburger Rechtsstudien, Heft 62, Hamburg 1969; FRIEDHELM SCHMITZ-HERSCHEIDT, Zur Gestaltung des Personenwechsels in der OHG aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters, Diss. Münster 1966.

[404] Vgl. dazu SIEGWART, Kommentar, Art. 548/550 N. 35; allgemein zum wichtigen Grund: SIEGWART, Kommentar, Art. 545/47 N. 25ff.; BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 20ff.; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 723 N. 33ff.; GEILER/KESSLER, Kommentar, § 723 N. 50ff.

[405] BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 15; SIEGWART, Kommentar, Art. 530 N. 8f.; 547 N. 12; 619 N. 4.

tiv- und der Kommanditgesellschaft dagegen bedarf es der *Kündigung* (seitens der KV oder des pfändenden Gläubigers); und auch dann kann die Gesellschaft die Auflösung durch Befriedigung der Gläubiger abwenden (Art. 574/575 OR). Zudem gibt das Gesetz den übrigen Gesellschaftern auch die *vorsorgliche Möglichkeit,* den überschuldeten Gesellschafter auszuschließen (Art. 578 OR)[406]. Also besteht die Gefahr der Auflösung re vera ausschließlich bei Kooperationen in Gestalt der *einfachen Gesellschaft.*

Richtiger Auffassung nach kann im Vertrag der einfachen Gesellschaft *Fortsetzung der Gesellschaft* auch in den Fällen qualifizierter Zahlungsunfähigkeit vorgesehen werden[407]. Doch bringt eine solche Abrede kooperationsrechtlich nicht in jedem Fall eine passende Lösung. Wenn auch weder die KV noch der Verwertung verlangende Gläubiger durch den Gesellschaftsvertrag gezwungen werden können, weiter zu kooperieren, muß doch eine vertragliche Pflicht zur Führung von *Fortsetzungsverhandlungen* mit einem allfälligen Übernehmer des Betriebes des Schuldner-Gesellschafters zulässig sein[408].

In allen Personengesellschaften kann die *Auflösung aus wichtigen Gründen* verlangt werden (Art. 545 Ziff. 7; 574ff.; 619 OR). Das ist kooperationsrechtlich dann bedenklich, wenn die wichtigen Gründe nicht in der Kooperationsveranstaltung, sondern in irgendwelchen kooperationsfremden (z. B. persönlichen) Belangen liegen. Das Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft eröffnet in solchen Fällen die Möglichkeit, die Ausschließung des betreffenden Partners beim Richter zu verlangen (Art. 577 OR). *Vertraglich* kann indessen ein direktes Recht der übrigen Gesellschafter auf Ausschluß des für den wichtigen Grund verantwortlichen Gesellschafters eingeräumt werden, so daß eine sinnvolle Lösung auch bei *einfachen Gesellschaften* möglich ist[409].

[406] Beachte die Gleichbehandlung des Kommanditärs mit dem Komplementär: Art. 619 Abs. 2 OR.

[407] Zutreffend BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 13; SIEGWART, Kommentar, Art. 547 N. 11; N. 41; SCHULTZE-VON LASAULX, Kommentar, § 725 N. 8; § 728 N. 8.

[408] Vgl. dazu SIEGWART, Kommentar, Art. 547 N. 11; BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 12f.

[409] SIEGWART, Kommentar, Art. 577 N. 1; BECKER, Kommentar, Art. 545 N. 27; HARTMANN, Kommentar, Art. 577 N. 1.

Nach allgemeiner Auffassung kann der Gesellschaftsvertrag einzelne Gründe nennen, die ohne weiteres als «wichtige Gründe» im Sinne des Gesetzes zu gelten haben[410]. Kooperationsrechtlich weit wichtiger ist indessen die andere Frage: ob auch gewisse Vorgänge und Tatsachen, die unter dem Gesichtswinkel der Unternehmenskooperation belanglos sind, vertraglich von vornherein als mögliche «wichtige Gründe» *ausgeschlossen werden dürfen*. Die Frage ist richtiger Ansicht nach zu verneinen, weil die Kooperanten nicht durch Parteiabrede die gesetzlich zwingend vorgesehenen «wichtigen» Beendigungsgründe durch kooperationsrechtlich relevante ersetzen dürfen[411].

5.3 Körperschaftsstatuten

Kooperieren die Unternehmer im Rahmen einer juristischen Person, stellt sich die Frage, ob auch hier Maßnahmen zur *Bestandessicherung* der Gemeinschaftsveranstaltung getroffen werden können und müssen.

Im Vereins- und Genossenschaftsrecht besteht die Gefahr ungewollter Auflösung nicht. Die aktienrechtliche Auflösungsklage (Art. 736 Ziff. 4) ist kooperationsrechtlich irrelevant, weil in *Doppelgesellschaften* die Auflösungsordnung der Organgesellschaft ins Gesamtgefüge der Grundgesellschaft integriert wird. Das Recht der GmbH kennt zwar die Klage des Gesellschafters auf Auflösung aus wichtigen Gründen (Art. 820 Ziff. 4 OR); doch kann nach Art. 822 Abs. 3 OR die Gesellschaft ihrerseits aus wichtigen Gründen beim Richter die Ausschließung des Gesellschafters beantragen und damit die Auflösung abwenden. Freilich bedarf es dazu zwingend eines Beschlusses der Mehrheit der Gesellschafter, die zugleich die Mehrheit des Stammkapitals vertreten[412].

410 SIEGWART, Kommentar, Art. 545/547 N. 30; HARTMANN, Kommentar, Art. 574 N. 24.

411 Vgl. ZR 1945, S. 235; wie im Text: VON STEIGER, Kommentar, Art. 820 N. 18; SIEGWART, Kommentar, Art. 545/547 N. 70; abweichend HARTMANN, Kommentar, Art. 547 N. 24.

412 Zur zwingenden Natur der formellen Mindestvoraussetzungen: VON STEIGER, Kommentar, Art. 777 N. 87.

IV. Rechtsprobleme bei der Beendigung der Kooperation

1. Probleme der Liquidation

Sowohl bei vertraglicher als auch bei gesellschafts- oder korporationsrechtlicher Zusammenarbeit bewirkt der Eintritt von Beendigungsgründen das *Ende des Verhältnisses* oder das *Recht, dieses zu beenden*[413]. Rechtsfolge ist das Erlöschen der Hauptleistungspflichten[414] (Kooperationspflichten) und damit einhergehender Rechte. Damit ist indessen das Kooperationsverhältnis keineswegs vollständig erloschen. Vielmehr wird gleichzeitig die *Liquidationsphase* eröffnet. Sie ist gekennzeichnet durch die Erfüllung der *Abwicklungspflichten*[415].

Natürlich gibt es auch bei Kooperationsverhältnissen eine beachtliche Zahl solcher Abwicklungen, die sich *ohne Schwierigkeiten* nach den einschlägigen oder analog anwendbaren Regeln oder nach den gesellschafts-korporationsrechtlichen Liquidationsordnungen durchführen lassen: Löschung der eingetragenen Patentlizenzen, Entschädigung für die Kundschaft, Rückgabe der Franchise-Ausstattungen, Veräußerung des Gemeinschaftsunternehmens, Erfüllung von Regreßforderungen, Löschung der Kollektivmarke usw. Man erkennt aber sofort, daß die Regeln über die Liquidation leer laufen, wo sich die Unternehmenskooperation in der Wettbewerbsstellung, der Unternehmensstruktur, dem guten Ruf, dem Stand des technischen Wissens, dem Führungsstil usw. niedergeschlagen hat. Denn unter solchen Voraussetzungen

413 GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 201.

414 GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 201, unterscheidet: Beendigung im weiten Sinne (Erlöschen der typischen Hauptleistungspflicht); Beendigung im abgeschwächt engen Sinne (liquidiertes Verhältnis, das im weiten Sinne beendet ist); Beendigung im engern Sinne (vollständig erloschenes Verhältnis).

415 GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 206 ff. zählt auf: Pflicht zur Rückgabe der Vertragsleistungen (Rückleistungspflicht), Pflichten zur Rückgabe anderer Sachen und Werte, insbesondere des Vertragsgegenstandes (ordentliche Rückgabepflichten), Pflicht zur Vergütung von Aufwand, Surrogatsleistungen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung, fortdauernde Schadenersatzpflichten, Pflicht zur Auflösung des Gesellschaftsvermögens und Zurückführung in die Individualsphäre.

fehlt es an passenden Abwicklungspflichten, weil man Kooperationswirkungen vor sich hat, die nicht rückgängig gemacht werden können. Wenn z.B. eine Unternehmung infolge einer Spezialisierungskooperation das technische «know-how» im Bereich der aufgegebenen Produktion verloren hat, läßt es sich (zumal was die banale Alltagserfahrung betrifft) durch Abwicklungspflichten des Partners nicht wieder erlangen. Hier passen somit die ordentlichen Liquidationsordnungen aller Regel nach[416] nicht. Eine adäquate kooperationsrechtliche Ausgleichsregelung wird zum Problem der *nachvertraglichen Wirkungen* der unternehmerischen Zusammenarbeit.

2. Probleme der Nachwirkung

Die Andeutungen vor dem Hintergrund der Liquidationsproblematik haben die *Bedeutung rechtlicher Nachwirkungen* nach der Beendigung eines Kooperationsverhältnisses bereits erkennen lassen. Dazu kommen die *praktischen Erfahrungen*[417]: «Diese Beispiele zeigen, daß eine Ausgliederung entscheidender Teile des Produktionsprozesses – das sind Beschaffung, Fertigung und Absatz – nur zu leicht zu einer Situation nach Beendigung der Konzentration führt, die wesentlich schlechter ist als die Sachlage vordem»[418].

[416] Vgl. immerhin Art. 418*u* OR: Entschädigung des Agenten für die Kundschaft; 339*b* ff. OR: Abgangsentschädigung des Arbeitnehmers.

[417] JAN TAZELAAR, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1059.

[418] Dazu ein kooperationsrechtliches Beispiel aus der Draht/Nägel-Industrie: «Hier haben mehrere Unternehmen mittlerer Größe mit einem Großkonzern einen Vertrag abgeschlossen, wonach der Konzern die Rohstoffe liefert und auch die gesamte Produktion abnimmt. Die erste Gruppe von Unternehmen beschränkt sich also für die Dauer der Konzentration darauf, ausschließlich als Lohnarbeitsbetrieb tätig zu werden. Der Vertrag ist für diese Unternehmen zunächst zweifelsohne eine attraktive Lösung, um ihre akuten Probleme, die vor allem durch die schwierige Absatzlage bedingt sind, zu beheben. Sie haben feste Einnahmen, so daß ihre Kostendeckung und eine niedrige Gewinnspanne gesichert sind. Sie können auch ihre Kosten senken; denn es entfällt die Beschaffung und vor allem der gesamte Vertriebsapparat. – Wie aber ist die Situation nach Beendigung der Konzentration? Die Lohnarbeitsbetriebe haben

Einzelne Nachwirkungen von Kooperationsverhältnissen sind für *alle Dauerverhältnisse* typisch und folgen daher bereits aus analoger Anwendung des Nominatrechts: Konkurrenzverbot, Geheimhaltungspflichten usw.[419]. So erscheint es selbstverständlich, daß die aufgrund eines *Informationsaustauschvertrags* erlangten Kenntnisse auch nach der Aufhebung der Kooperation *geheim zu halten* sind. Auch wird man nach Ablauf der *Spezialisierungsabrede* erwarten dürfen, daß die dem Partner überlassenen Facharbeiter wieder in Dienst genommen werden können usw.

Anderes dagegen schafft erheblich größere *Schwierigkeiten:* Wem soll das Personal aus der aufgelösten Forschungsgemeinschaft zustehen? Welcher Partner darf welche Forschungsergebnisse verwenden? Wer darf Anspruch auf die patentierte Spezialmaschine aus dem aufgelösten Gemeinschaftsunternehmen erheben[420]? Rezepte können angesichts der unübersehbaren Variation der Sachverhalte nicht erwartet werden. Daher muß es bei der *grundsätzlichen Signalisierung des Problems* bleiben: Die Parteien müssen sich eine den Verhältnissen angepaßte vertragliche Abwicklungsordnung setzen, deren Ziel es ist, den status quo ante so weit wie möglich wieder herzustellen.

Wenn aber einseitige Begünstigungen und Belastungen nicht liquidierbar sind, *müssen geeignete nachvertragliche* (zeitlich begrenzte oder dauernde) *Verpflichtungen begründet werden.* So kann u.U. der gemeinsame Forschungsaufwand nur «liquidiert» werden, wenn eine *Patentgemeinschaft* weitergeführt oder einem Partner eine *Lizenz* eingeräumt wird. Der ausländische *Alleinvertreter,* der die Marke des inländischen Herstellers mit persönlichem Aufwand eingeführt hat, bedarf ebenso des *nachvertraglichen*

mit ihren Kunden jahrelang keinen Kontakt mehr gehabt und damit ihren Absatzmarkt verloren. Die eigenen Verkäufer, die man zum Aufbau eines neuen Marktes jetzt besonders dringend braucht, sind in den Verkaufsapparat des Konzerns hinübergewechselt oder anderweitig abgewandert. Die selbständigen Vertretungen oder Großhändler stehen in Geschäftsbeziehungen mit dem Konzern oder anderen Konkurrenten. Zu dem fehlenden Markt fehlt also auch der gesamte Vertriebsapparat!» (TAZELAAR, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1058 f.).

419 Vgl. dazu GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 204 f.

420 TAZELAAR, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1064 f.

Schutzes seiner Interessen am Warenzeichen wie der Hersteller, dessen Produkte ausschließlich unter der *Marke des Abnehmers* bekanntgeworden sind. Wer durch das Kooperationsverhältnis Stärken und Schwächen der Mitarbeiter im Partnerunternehmen kennengelernt hat, soll nach Vertragsbeendigung einem besonderen *Abwerbungsverbot* unterliegen. Wer als *Lizenznehmer* ein patentiertes Erzeugnis unter einer *eigenen* Marke in Verkehr gebracht hat, wird im Gebrauch dieses Zeichens nach Beendigung des Lizenzvertrages beschränkt werden müssen[421]. *Alles in allem ist dazu in der Tat zu bedenken,* daß in Dauerschuldverhältnissen die gegenseitigen Treuepflichten so ausgeprägt sein können wie in *«personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen»*[422].

421 Vgl. dazu WOLFGANG LÜDECKE/ERNST FISCHER, Lizenzverträge, Weinheim 1957, S. 596ff.; dort (a.a.O. S. 585ff.) auch ausführliches Referat über sogenannte «Auslauf-Klauseln» in Lizenzverträgen; HERBERT STUMPF, Der Lizenzvertrag, 4. Aufl., Frankfurt 1968, S. 209ff. mit Hinweis auf die in WRP 1955, S. 223 wiedergegebene Entscheidung des OLG München vom 31. März 1955: Dem Lizenznehmer wurde untersagt, nach Ablauf des Lizenzvertrages über einen patentierten Ski, der unter der Bezeichnung «Elastik» vertrieben worden war, andere Skis unter der Marke «Elastik Super» in Verkehr zu bringen. Interessant sind die weiteren Erwägungen des Gerichts zur Frage, ob der Lizenznehmer auch verpflichtet sei, das Zeichen an den Lizenzgeber zu übertragen. Die Frage wurde offen gelassen. Immerhin finden sich Erwägungen, die das Zeichen in die Interessennähe des Patentinhabers und Lizenzgebers bringen, weil das Wort «Elastik» mit Blick auf die Eigenschaften des patentierten Erzeugnisses gewählt worden sei; vgl. ferner ERIC HOMBURGER/HANS JENNY, Licensing in Switzerland, in: International Licensing Agreements, Indianapolis/New York 1965, S. 290 (Licensing in Switzerland); GÜNTER HENN, Problematik und Systematik des internationalen Patent-Lizenzvertrages, München/Berlin 1967, S. 102ff.; ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht II, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1971, S. 933ff.

422 Vgl. dazu LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil, S. 28. – Man denke in diesem Zusammenhang etwa an die das Verhältnis überdauernde Wirkung des Art. 149 ZGB und an die Unterhaltspflicht nach Art. 152 ZGB; vgl. im übrigen zu den nachvertraglichen Pflichten allgemein: WILHELM WEBER, Treu und Glauben, Berlin 1961, S. 394ff.; LARENZ, a.a.O. S. 112f.

§ 10. Rechtsprobleme einzelner Kooperationsformen

I. Doppelgesellschaft

1. Begriff

Die Doppelgesellschaft ist bereits vorne definiert worden[1]. Pro memoria mag hier eine neuere Umschreibung herangezogen werden, die sich inhaltlich praktisch mit der Definition deckt, die NAEGELI[2] vor mehr als 30 Jahren erarbeitet hat: «Eine Doppelgesellschaft ist die Verbindung zweier rechtlich selbständiger Gesellschaften, der Grundgesellschaft und der Organgesellschaft, zu einer wirtschaftlichen Einheit. Die Organgesellschaft ist nicht Mitglied der Grundgesellschaft. Sie ist aber dem Willen der Grundgesellschaft völlig unterworfen (sachlich abhängig) und in ihrem Zweck allein darauf gerichtet, den Zweck der Grundgesellschaft zu realisieren (funktionell abhängig).»[3]

Daß hier gegenüber NAEGELI ausdrücklich herausgestellt wird, die *Organgesellschaft könne nicht Mitglied der Grundgesellschaft* sein, ist nicht etwa eine materielle Abweichung in der Sache selbst[4]. Formell erscheint es angesichts des Streites in der deutschen Doktrin zweckmäßig, ausdrücklich (im Sinne einer negativen Abgrenzung) darauf hinzuweisen[5]. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es ausgeschlossen (und häufig nicht einmal zweckdienlich), ja

[1] Vgl. vorne S. 338.

[2] NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 9.

[3] TREECK, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, S. 32; vgl. auch CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, S. 52 (unter dem Titel «Die Organgesellschaft»); FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, S. 79 (mit weiteren Hinweisen); ERNST RUDOLF HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953, S. 301 ff. (wonach freilich die Organgesellschaft auch Mitglied der Grundgesellschaft sein kann); GEILER/KESSLER, Kommentar, § 705 N. 63; HUG, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, S. 325.

[4] Vgl. NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 446: «Die Organgesellschaft ist also nicht Mitglied der Grundgesellschaft.»

[5] Zum Streit der Doktrin ausführlich: NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 440 ff.; TREECK, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, S. 29 ff.

recht eigentlich eine Münchhausiade, wenn man ein durch die Gesellschafter für die Gesellschaft erschaffenes Werkzeug (mit Rechtsfähigkeit) sozusagen als Homunculus (sociulus!) im Gesellschaftsverband mitmarschieren läßt[6].

2. Funktion

Die Doppelgesellschaft ist in funktionaler Sicht eine Veranstaltung zur Verfolgung eines einheitlichen Zwecks mit dem rechtsförmlichen Mittel des *Verbundes* verschiedener Gesellschaften, wobei jeder Gesellschaft die (organisatorischen) Funktionen zufallen, die sie nach ihrer rechtlichen Struktur im Blick auf den *einheitlichen Gesamtzweck* am besten erfüllt. Vereinbaren also mehrere Unternehmer eine Verkaufsgemeinschaft, gründen sie neben der das Kooperationsverhältnis ideal strukturierenden einfachen Gesellschaft eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete zweite Gesellschaft, die nur gerade den Zweck hat, das Gemeinschaftsverhältnis nach außen (und allenfalls auch gegenüber den Mitgliedunternehmen) als Einheit darzustellen.

3. Zulässigkeit

Die Koppelung zweier verschiedener Gesellschaftsformen zur Schaffung eines im Gesetz nicht geordneten Gemeinschaftstypus[7] muß die Frage der Zulässigkeit nach zwei Richtungen hin aufwerfen: Einmal kann fraglich sein, ob nicht auf diesem Wege erreicht werden könne, was der Gesetzgeber nicht zulassen wollte, z.B. die Nebenleistungs-AG *(Problem der Gesetzesumgehung)*. Zum andern hat man zu überprüfen, ob die angestrebte Funktio-

[6] Vgl. zur Rolle der Organgesellschaft auch WEISS, Kommentar, Einleitung N. 325; vgl. auch ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 324.

[7] Die Verwendung der Worte «Form» und «Typus» soll hier andeuten, daß die Zusammenfügung gesetzlich vorgesehener Gesellschaftsformen zu einem neuen Realgebilde führt, das gesetzlich (formal) nicht geordnet ist.

nalisierung einer zur selbständigen Zweckverfolgung berufenen Gesellschaftsform nicht rechtsmißbräuchlich sei *(Problem der zweckwidrigen Verwendung der Gesellschaftsform)*.

3.1 Doppelgesellschaft und Gesetzesumgehung

Die Frage der Gesetzesumgehung stellt sich besonders bei der Doppelgesellschaft mit der AG als Organgesellschaft. Art. 680 Abs. 1 OR (Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht) ist die möglicherweise umgangene Norm. Demgegenüber ist Art. 531 Abs. 1 OR (Beitragsautonomie) die mögliche Umgehungsnorm[8]. Also ist Art. 680 Abs. 1 OR auszulegen und zu fragen, ob diese Vorschrift Nebenleistungen schlechthin verbiete oder ob sie sie nur in der Gestalt des aktienrechtlichen Gesellschafterbeitrags untersage (Ziel- oder Wegverbot)[9].

Für ein allgemeines Zielverbot des Art. 680 Abs. 1 OR könnte zunächst der Wortlaut sprechen: Die Vorschrift verbietet nicht einfach statutarische Nebenleistungspflichten; untersagt sind vielmehr die Liberierung überholende Verpflichtungen *auch* durch die Statuten[10]. Aber das Wort «auch» stellt die Statuten nicht in Gegensatz zu irgendwelchen Drittgeschäften, sondern zur *gesetz-*

[8] Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 89.

[9] Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 90; KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, S. 141; BGE 79 II 83: «Bei der Entscheidung dieser Frage ist zunächst hervorzuheben, daß grundsätzlich in der Wahl einer von mehreren Rechtsformen, die das Gesetz zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckes zur Verfügung stellt, keine unzulässige Gesetzesumgehung erblickt werden kann. Von einer solchen kann vielmehr erst dann gesprochen werden, wenn mit der Wahl eines bestimmten Mittels ein verbotener Erfolg herbeigeführt werden soll. Ist der angestrebte Erfolg verboten, handelt es sich mit andern Worten bei der umgangenen Vorschrift um ein sogenanntes Zielverbot, so sind auch alle andern Mittel zur Erreichung des Zieles unzulässig, und es ist daher auch dem anstelle des verbotenen Rechtsgeschäfts gewählten die rechtliche Gültigkeit zu versagen.»

[10] ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 319 Anm. 21. Vgl. auch GILLIARD, Tendances coopératives dans la société anonyme, S. 159, wonach ein Umgehungsgeschäft jedenfalls dann vorliegen kann, wenn die Gesellschafter nicht ein bloßes Organ, sondern eine wirkliche Aktiengesellschaft (mit Nebenleistungspflichten) schaffen wollen.

lichen Beschränkung der Beitragspflicht auf die Liberierung[11]. *Dagegen* spricht zunächst der *Zweck* des Art. 680 Abs. 1 OR. Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht steht in engstem Zusammenhang mit dem Ausschluß der persönlichen Haftung des Aktionärs (Art. 620 Abs. 1 OR). Dieser aber rechtfertigt sich angesichts der fehlenden Austrittsmöglichkeit und der nach Prinzipien der Wirtschaftsverfassung geforderten Entsprechung von Entscheidungsmacht und Risiko[12]. Nichts ist jedoch davon gegen eine autonome Verpflichtung außerhalb der mitgliedschaftlichen Bindung und gegen frei ausgehandelte Gegenleistung herzuleiten[13].

Zum gleichen Ergebnis führen die *Materialien* und die *Rechtsprechung*[14]. Auch ist unter keinem anderen vernünftigen Gesichtswinkel einzusehen, weshalb die Aktionäre nicht (wie beliebige Dritte) Rechtsverhältnisse mit der AG außerhalb des korporationsrechtlichen Bandes sollten begründen können[15]; denn die aktienrechtliche Bindung vermag nur den zweckorganisatorisch umrissenen Raum der Privatautonomie besetzt zu halten. Sind aber je übereinstimmende Einzelverträge zwischen AG und Aktionären möglich, dann gewiß auch die Zusammenfassung der verpflichteten Aktionäre in einer Gesellschaft[16]. Fehlt es aber am

[11] Vgl. dazu den Wortlaut von Art. 633a OR; ferner Art. 620 Abs. 2 und Art. 624 OR.

[12] Vgl. dazu ausführlich HERREN, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1972 (Manuskript), S. 108ff.

[13] Dazu kommt, daß eine neuere Auffassung zwischen durch Art. 680 Abs. 1 OR beschränkten «Leistungspflichten» und davon nicht betroffenen «weiteren Verhaltenspflichten» unterscheidet; vgl. dazu WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, S. 92ff.; ROLF BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, S. 498; allgemein zu Art. 680 Abs. 1 OR: BÜRGI, Kommentar, Art. 680 N. 9; WERNER NAEGELI, Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht, insbesondere der Ausschluß der Nachschußpflicht im Aktienrecht, Diss. Zürich 1948.

[14] Bericht zum Entwurf HUBER vom März 1920 über die Revision der Titel 24 bis 33 des Schweizerischen Obligationenrechts, S. 118f.; Botschaft 1928, S. 38f. Die Praxis hat bereits unter dem alten Recht auf Zulässigkeit der Doppelgesellschaft erkannt: BGE 25 II 14ff. Vgl. im übrigen auch BGE 31 II 896; 39 II 246.

[15] Vgl. dazu GILLIARD, Tendances coopératives dans la société anonyme, S. 158.

[16] Vgl. dazu BGE 31 II 913; HUG, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, S. 326.

allgemeinen Zweckverbot, ist *Gesetzesumgehung auszuschließen*[17].

3.2 Doppelgesellschaft und Rechtsmißbrauch

Rechtsmißbrauch bedeutet, daß die Anrufung einer Norm zu einem Ergebnis führt, das vor dem Normzweck schlechterdings unhaltbar erscheint und daher berichtigt werden muß[18]. Im hier gegebenen Zusammenhang hat man sich zu fragen, ob die Verwendung des Instituts der juristischen Person ausschließlich zur *Darstellung der Einheit* einer einfachen Gesellschaft nicht zweckwidrig sei[19]. Ob es also zulässig sei, die als Gebilde autonomer Zweckverfolgung gedachten Verbandspersonen von vornherein (durch entsprechende Zweckgestaltung) in den Dienst eines (übergeordneten) Fremdzwecks zu stellen.

Vorweg ist zu beachten, daß die Gründer den Zweck einer juristischen Person im Rahmen der zwingenden Vorschriften des Gesetzes frei bestimmen können[20]. Diese Freiheit der Zwecksetzung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung macht den Kern der *Verbandsautonomie* aus. Also darf eine juristische Person gewiß immer dann unentgeltliche Dienstleistungen für irgend jemanden bezwecken, wenn sie von Gesetzes wegen ideale Zwecke verfolgen darf, was für die AG und den Verein zutrifft (Art. 620 Abs. 3 OR;

[17] So auch PEIDER MENGIARDI, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, ZSR 1968 II, S. 162. – Im übrigen folgt das auch daraus, daß die Funktionsfähigkeit der Doppelgesellschaft einer ganzen Anzahl zusätzlicher Maßnahmen bedarf: Das ist der Preis, den man für den Verzicht auf eine Einheitsgesellschaft zu bezahlen hat; vgl. dazu GILLIARD, Tendances coopératives dans la société anonyme, S. 159, der von «multiples inconvénients résultants de la discordance qui existe entre les règles applicables au deux formes de sociétés ...» spricht.

[18] Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 51, N. 25ff.; DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 148; unklar EGGER, Kommentar, Art. 2 N. 10f., N. 7. Zweifelsfrei umschreibt dagegen EGGER den auf Zweckwidrigkeit gründenden Rechtsmißbrauch: «... wenn eine Norm nicht in Verfolgung der ihr innewohnenden, sondern zu ganz andern, ihr fremden Zwecken angerufen wird»; a.a.O. N. 30.

[19] Man spricht von «Institutsmißbrauch»; vgl. MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 93, 420; EGGER, Kommentar, Art. 2 N. 38; KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, S. 141.

[20] Vgl. dazu auch VON STEIGER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, S. 284af.

Art. 60 Abs. 1 ZGB). Sie muß sich (und darf sich daher) überdies ganz und gar in den Dienst ihrer eigenen Mitglieder stellen, wenn sie nur für wirtschaftliche Zwecke zur Verfügung steht. Vorausgesetzt freilich, daß die Dienstleistungen der Verbandsperson wirtschaftliche (und nicht ideale) Interessen ihrer Mitglieder befriedigen sollen; und daß das Gesetz neben der indirekten Förderung der Mitglieder über die Gewinnerzielung auch die unmittelbare zuläßt. Daher dürfen sich auch *Gesellschaften mbH* und *Genossenschaften* als Organgesellschaft betätigen. Zwar sind GmbH[21] (ohne eigenen Geschäftsbetrieb) und Genossenschaft[22] für gemeinnützige Zwecke untauglich (Art. 772 Abs. 3; 828 Abs. 1 OR). Aber beide können dem wirtschaftlichen Zweck in der Weise nachgehen, daß sie – statt auf dem Markt gewinnstrebend aufzutreten – sich unmittelbar in den Dienst wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder stellen. Nichts anderes aber leistet eine *Organgesellschaft*. Sie stellt sich in den Dienst ihrer Mitglieder, wobei nichts darauf ankommen kann, daß diese sich zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen haben[23]. Unter solchen Umständen kann von *Institutsmißbrauch* die Rede nicht sein[24].

4. Probleme der Auslegung

Da die beiden Gesellschaften in *funktionaler Abstimmung* Teil eines Ganzen sind, ist zu fragen, ob das bei der Auslegung ihrer rechtsgeschäftlichen Grundlagen zu berücksichtigen sei, so daß Gesell-

[21] VON STEIGER, Kommentar, Einl. N. 54f.

[22] Vgl. dazu FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 61ff.; aber auch Systematischer Teil N. 92ff., 99ff.

[23] Vgl. VON STEIGER, Kommentar, Einl. N. 54; FORSTMOSER, Kommentar, Art. 828 N. 61; GUTZWILLER, Kommentar, Art. 828 N. 14ff.

[24] So auch GYSIN, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, S. 401; NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 530f.; (ALFRED) WIELAND, Aus dem schweizerischen Kartellrechte, S. 75ff., 102ff.; a. M. CHARLES ZÖLLIG, Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz, Diss. Zürich 1917, S. 146ff. – Zum gleichen Ergebnis müßte man übrigens auch kommen, wenn sich eine juristische Person in den Dienst einer andern juristischen Person stellte, die – wie das bei Parallelgesellschaften etwa zutrifft – zwangsweise aus den gleichen Mitgliedern besteht.

schaftsvertrag und Statut je mit Bezug aufeinander zu verstehen wären. Das ist sowohl aus dem *Vertrauensprinzip* als auch nach Gesichtspunkten der *teleologischen Auslegung* zu bejahen: «Bei der Auslegung des einen Geschäftes ist jeweils das andere mit zu berücksichtigen.»[25] Ein anschauliches Beispiel gibt TREECK[26]: Die Konkretisierung der grundgesellschaftlichen Treuepflicht führt mit Blick auf die Funktion der Organgesellschaft zur Ergänzung des Vertrages der Grundgesellschaft in der Weise, daß der Gesellschafter «zugleich mit dem Ausscheiden aus der Grundgesellschaft seine Beteiligung an der Organgesellschaft aufzugeben» hat[27].

5. Probleme der Abstimmung von Grund- und Organgesellschaft

5.1 Rechtsverhältnis zwischen Grund- und Organgesellschaft

Eine faktische Beziehung zwischen Grundgesellschaft und Organgesellschaft entsteht zunächst ganz einfach dadurch, daß *Identität* der Mitglieder herrscht. Daraus können sich nach der Anlage der Doppelgesellschaft Rechtsbeziehungen ergeben: die Abhängigkeit der Organgesellschaft kann (im Rahmen des zwingenden Rechts) statutarisch untermauert oder in einer besonderen Vereinbarung konkretisiert werden. Wird ein Organvertrag abgeschlossen, so hat man es mit einem *Auftrag* zu tun, der allerdings im konkreten Fall durchaus auch Mischelemente aufweisen mag[28].

Vgl. dazu etwa VON STEIGER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, S. 286a: «Die Frage nach der Zulässigkeit von Beschränkungen der Rechtsfähigkeit hat daher nur einen Sinn, *wenn sie auf die Beteiligten bezogen werden.*»

25 HUG, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, S. 326. Vgl. auch SIEGWART, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530 bis 551 N. 28: «Auch wenn die getrennte Beurteilung grundsätzlich am Platze ist, ist der inneren Verbundenheit soweit wie möglich Rechnung zu tragen, selbst wenn der ausdrückliche Parteiwille in dieser Richtung lückenhaft ist.»

26 TREECK, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, S. 118 ff.

27 TREECK, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, S. 132.

28 Weshalb dieser Vertrag in jedem Fall als «sehr komplex gestalteter Vertrag sui generis aufzufassen (ist), auf den vor allem gewisse Geschäftsbesorgungs- (Auf-

5.2 Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen

Aus der Struktur der Doppelgesellschaft folgt die *Unterordnung der Organgesellschaft* (mithin auch ihrer eigenen Organe) unter den Willen der Grundgesellschaft. Freilich: direkte Weisungsbefugnisse stehen der Grundgesellschaft nicht zu, weil die Organe der juristischen Person zwingend unter eigene Verantwortung gestellt sind. Das heißt aber nur, daß die Befolgung von Weisungen nicht schon deshalb zur Entlastung der Organe der juristischen Person führt, weil vertragliche (oder statutarische) Abhängigkeit besteht[29]. Gleiches gilt, wenn nach ausdrücklicher statutarischer Vorschrift wichtige Beschlüsse in der Organgesellschaft nur mit Zustimmung der Grundgesellschaft gefaßt werden dürfen[30]; unterbleibt zufolge Verweigerung der Zustimmung ein nach Gesetz erforderlicher Beschluß, sind die abhängigen Organe verantwortlichkeitsrechtlich nicht salviert. Überhaupt unzulässig (und nicht nur ohne Entlastungsfolge) wäre ein Zustimmungsvorbehalt zu Statutenänderungen der Organgesellschaft[31].

trags- und Dienstvertrags-), je nach Fall aber auch einzelne Pachtvertrags- oder andere dem jeweiligen Verhältnis entsprechende gesetzliche Vertragsbestimmungen analoge Anwendung finden können» (so NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 451), leuchtet nicht ohne weiteres ein. Die zentrale Aufgabe der Organgesellschaft ist es doch offenkundig, die ihr übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Geschäftsbesorgungspflicht üblicherweise im Gesellschaftsvertrag der Grundgesellschaft begründet wird, wobei die Organgesellschaft auch unterzeichnet; vgl. NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 452. Aus dem Gesellschaftsvertrag folgt im übrigen häufig auch die bloße Treuhandstellung der Organgesellschaft hinsichtlich des ihr überlassenen Vermögens; vgl. im übrigen auch GEILER/KESSLER, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 705, N. 63; WESTERMANN/SCHERPF/PAULICK/BULLA/HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften I, S. 32 N. 44; HELD, Rechtsformen zulässiger Kartelle, S. 100 f.; WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 446 ff.; LEHMANN/DIETZ, Gesellschaftsrecht, S. 127.

[29] Mit Recht macht NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 503, geltend, wenn man die im Zweck verankerte Abhängigkeit der Organgesellschaft zulasse, müsse man auch eine indirekte Abhängigkeit der Organe bejahen, da die Verwaltung die Geschäfte nach 718 OR zweckgerecht zu führen habe.

[30] Vgl. dazu NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 506.

[31] Richtig NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 510.

Nach dem Wortlaut des Art. 698 Ziff. 2 OR (bestätigt in Art. 708 Abs. 1 OR) darf die Grundgesellschaft die Organe der juristischen Person nur über Ausübung des Wahlrechts (und nicht direkt) bezeichnen und einsetzen[32]. Ganz offenkundig können die Statuten auch nicht vorsehen, daß das Delegationsrecht des Art. 717 Abs. 2 OR einem Dritten eingeräumt wird, weil alsdann der Dritte doch unter Umgehung der Organkompetenzen unmittelbar den Geschäftsführer einzusetzen befugt wäre[33].

6. Probleme der Koppelung der Mitgliedschaften

Schwierigkeiten entstehen, wenn ein Partner nur aus der Grund- oder nur aus der Organgesellschaft austritt (oder die Mitgliedschaft veräußert). Setzt man zunächst die Beständigkeit der Grundgesellschaft voraus, läßt sich die Duplizität der Mitgliedschaften auf dem Weg der Vinkulierung (auch der künftigen Forderungen) sichern, wenn die Organgesellschaft AG ist. Es bleibt aber die Gefahr der Auflösung der Organgesellschaft aus wichtigen Gründen. Treten Verein, GmbH und Genossenschaft als Organgesellschaften auf, kann der Austritt aus wichtigen Gründen nicht verhindert werden (Art. 70 Abs. 2 ZGB; 822 Abs. 2 OR; 843 Abs. 2 OR). In solchen Fällen muß die Koppelung über die Grundgesellschaft vollzogen werden: der Austritt aus der Organgesellschaft wird im Vertrag der Grundgesellschaft zum wichtigen Grund erklärt, der den Ausschluß des betreffenden Partners ermöglicht. Es kann aber auch ganz allgemein im Grundgesellschaftsvertrag vereinbart werden, es scheide automatisch aus, wer die Mitgliedschaft bei der Organgesellschaft aus irgendwelchen Gründen verliere.

Nun hat man aber zu bedenken, daß auch der Bestand der *Grundgesellschaft* nicht ohne weiteres gesichert ist, wenn diese als einfache Gesellschaft zu qualifizieren ist. Dann nämlich besteht immer die Gefahr der Auflösung, zumal aus wichtigen Gründen

[32] CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, S. 126ff., 137.

[33] Anders NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 489. Die Berufung auf den Wortlaut der Vorschrift überzeugt nicht.

(Art. 545 Ziff. 7 OR)[34]. Wird zur Abwendung dieser Folge vertraglich der Ausschluß des Gesellschafters vorgesehen, muß erreicht werden, daß der Ausgeschlossene seine Mitgliedschaft bei der Organgesellschaft überhaupt oder zugunsten der Grundgesellschafter aufgibt. Am besten eignen sich dazu *vertragliche Kaufsrechte*. Solche Rechte der Grundgesellschafter können nach neuester (und überzeugend begründeter) Auffassung[35] auch als *statutarische Erwerbsberechtigungen* unmittelbar in den Statuten der Organgesellschaft begründet werden. Es mag aber auch umgekehrt im Vertrag der Grundgesellschaft vereinbart werden, der Verlust der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft begründe die Pflicht zur Abtretung (mit korrespondierendem Abnahmeanspruch) der Beteiligung an der Organgesellschaft oder die Pflicht zum Austritt[36]. Endlich ist es auch möglich, im Vereins- und Genossenschaftsrecht sowie im Recht der GmbH den Verlust der Mitgliedschaft bei der Grundgesellschaft statutarisch als wichtigen Ausschlußgrund zu bezeichnen (Art. 72 Abs. 1 ZGB; Art. 822 Abs. 2 OR mit Erfordernis des doppelten Mehrheitsbeschlusses; Art. 846 OR mit Möglichkeit der richterlichen Nachprüfung)[37].

[34] Vgl. dazu vorne S. 464f.

[35] HERREN, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1972 (Manuskript).

[36] Vgl. dazu TREECK, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, S. 89ff.; NAEGELI, Die Doppelgesellschaft II, S. 552; WIELAND, Aus dem schweizerischen Kartellrechte, S. 110f.

[37] Nicht eindeutig ist die Rechtslage, wenn die Kooperationspartner Anordnungen der im Kontext genannten Art unterlassen. Ist ausnahmsweise die Übertragung der Mitgliedschaft oder der Austritt aus der Organgesellschaft nicht geordnet worden, so wird man beim Ausscheiden eines Partners in jedem Fall einen wichtigen Grund zum Ausschluß des Betreffenden aus der Grundgesellschaft vor sich haben. Das setzt aber voraus, daß im Vertrag mindestens ein solches Ausschlußrecht vorgesehen wird. Schwieriger ist die Rechtslage, falls keine Anordnungen über das Schicksal der Beteiligung an der Organgesellschaft beim Austritt aus der Grundgesellschaft getroffen worden sind. Nach TREECK, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, S. 111ff., 148f. begründet die grundgesellschaftliche Treuepflicht eine Pflicht zur Abtretung des Anteils an der Organgesellschaft (mit korrespondierendem Abnahmeanspruch). Vgl. dagegen HELD, Rechtsformen zulässiger Kartelle, S. 119, wonach ein Mitglied durch Auflösung seiner Kartellbindung nicht ohne weiteres aus der Organgesellschaft ausscheidet.

7. Probleme der Haftung

Allgemein wird angenommen, die Grundgesellschaft hafte den Gläubigern der Organgesellschaft direkt oder indirekt. HUG[38] und NAEGELI[39] begründen die Haftpflicht mit der wirtschaftlichen Einheit von Grund- und Organgesellschaft. Demgegenüber anerkennt die herrschende *deutsche Meinung* nur den Zugriff der Gläubiger auf die Ansprüche der Organgesellschaft auf Verwendungsersatz «als Ausfluß aus dem Organverhältnis und des darin liegenden Handelns für fremde Rechnung»[40].

Die schweizerische Auffassung läßt sich nur mit Argumenten des *Haftungsdurchgriffs* rechtfertigen[41]. Somit kann der wirtschaftlichen Einheit (anders als bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Steuerrecht[42]) im Verhältnis zu Dritten nur Rechnung getragen werden, wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Organgesellschaft gegen *Treu und Glauben* verstieße. Das trifft nun aber in der Tat zu: Gründet die Grundgesellschaft eine Organgesellschaft mit dem ausschließlichen Zweck, den Willen der Gesellschafter mittels der Rechtsfähigkeit im Außenbereich zur Geltung zu bringen, kann sie sich bei solch deklarierter Teilfunktion nicht auf die rechtliche Selbständigkeit der Organgesellschaft berufen. Anderes wäre venire contra factum proprium[43], zumal wenn man bedenkt, daß Organgesellschaften meistens unterkapitalisiert und am Vermögen bloß treuhänderisch berechtigt sind[44]. Also

[38] HUG, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, S. 326.

[39] NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 4.

[40] GEILER/KESSLER, Kommentar, Anhang zu §§ 705 ff. N. 29; HELD, Rechtsformen zulässiger Kartelle, S. 118; BENISCH, Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen, S. 22; CALLMANN, Das deutsche Kartellrecht, Berlin 1934, S. 145 f.

[41] Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 290; ERIC HOMBURGER, Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 1971, S. 249 ff.; BGE 97 II 293; 97 IV 16; 92 II 164; 85 II 115 f.; 81 II 459; 72 II 76; 71 II 274.

[42] Vgl. dazu OTTO WILSER, Der Durchgriff bei Kapitalgesellschaften im Steuerrecht, Heidelberg 1960, S. 70; OTTMAR BÜHLER, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Aufl., Berlin/Frankfurt 1956, S. 189 ff.

[43] Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N. 401 ff.

[44] Vgl. dazu HUG, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, S. 326:

bedarf es in der Tat des Umwegs über den Zugriff der Gläubiger auf Verwendungsersatz und Liberationsanspruch (Art. 402 OR) *nicht*.

II. Gemeinschaftsunternehmen

1. Begriff

Immer häufiger begegnet man der Bezeichnung «Gemeinschaftsunternehmen». Allemal hat man einen wirtschaftlichen Sachverhalt, nicht einen Rechtsbegriff vor sich. Es geht um Gebilde, die sich durch die wirtschaftliche Eigenart auszeichnen, daß zwei oder mehrere selbständige *Unternehmensträger* sich in ihnen gesellschaftsrechtlich, aber in *materieller Verknüpfung mit ihrer angestammten Unternehmerfunktion* zusammenfinden. Entscheidend ist mithin: Gemeinschaftsunternehmen sind Gesellschaften oder Korporationen (in der Regel mit voller oder partieller Rechtsfähigkeit); die Gesellschafter oder Mitglieder wirken außerhalb der Gemeinschaftsveranstaltung als Träger von Unternehmungen; das gemeinsam getragene Gebilde wird irgendwie mit der Führung der Stammunternehmungen verknüpft.

Diese Begriffsbestimmung bedarf der Rechtfertigung. Gegenüber KLEIN[45] ist hervorzuheben, daß hier nicht nur von Gemein-

«Bei dieser rechtlichen Organisation des Kartelles oder der Zweckgemeinschaft verwaltet die juristische Person in der Regel auch als Treuhänderin das gesamte Vermögen der Grundgesellschaft, sofern ein solches überhaupt vorhanden ist.» Vgl. dazu auch ULRICH DROBNIG, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/Berlin 1959, S. 46ff.; ROLF SERICK, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin/Tübingen 1955; PIERO VERRUCOLI, Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali, Milano 1964.

[45] Vgl. KLEIN, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 22: «Wie sich hieraus ergibt, stellt das Gemeinschaftsunternehmen eine Form der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen untereinander rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen dar, die unter Wahrung dieser Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen zur Entstehung eines zusätzlich neben den Unternehmen der Beteiligten vorhandenen Rechts- und Wirtschaftssubjektes mit vollen Unternehmensfunktionen führt, welches in irgendeiner gesellschaftsrechtlichen Form organisiert ist und durch Neugründung oder Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen geschaffen wird.»

schaftsunternehmen gesprochen wird, wenn die Gemeinschaftsveranstaltung im Sinne der gegenständlichen Kooperation selbst Vollunternehmen ist. Vielmehr sind nach unserer Auffassung *funktionale Kooperationen* in Gestalt von Gesellschaften oder Korporationen durchaus auch Gemeinschaftsunternehmen[46].

[46] KLEIN, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 22ff., spricht in diesem Fall von Funktionsgemeinschaften: «Eine Funktionsgemeinschaft stellt somit eine Form der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen untereinander rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen dar, die unter Wahrung dieser Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen zur Entstehung eines zusätzlichen neben den Unternehmen der Beteiligten vorhandenen Rechts- und Wirtschaftsobjekts führt, das in irgendeiner gesellschaftsrechtlichen Form organisiert ist und dessen Aufgabe in der Erfüllung gewisser Unternehmensfunktionen liegt, ohne daß es selbst eine volle unternehmerische Organisation besitzt, mit deren Hilfe es einer selbständigen Gewinnerzielung nachgehen könnte»; a.a.O. S. 25; wie im Kontext: ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 317f.; HEFERMEHL, Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, S. 655; MATTHIES, Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion, S. 320f.; SCHAUB, Gemeinschaftsunternehmen, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 181f., spricht im untechnischen Sinn von Funktionen und unterscheidet, je nachdem, ob die Gemeinschaftsveranstaltung «bereits in der eigenen Firma bestehende Funktionen» übernimmt (Dezentralisationsvorgang) oder «bisher nicht ausgeübte Funktionen» ausübt (Konzentrationsvorgang); CAMPOLONGO/GRISOLI, Le imprese plurinazionali a vocazione europea, S. 101: «Essa consiste nella costituzione de parte di più società di un'impresa giuridicamente autonoma alla quale sono affidate determinate attività dirette al perseguimento di finalità comuni (es. ricerca scientifica, organizzazione della distribuzione e vendita, ecc.).» CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1017: «Pour les titulaires du contrôle des sociétés et des groupes qui les fondent ou les animent, il s'agit soit de concentrer une certaine partie de leur activité au sein d'une seule entreprise sociétaire, soit de coordonner l'une des phases essentielles de l'activité de plusieurs entreprises telle que la recherche ou la vente de leur production.» Demgegenüber unterscheidet RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 47ff., wie KLEIN, Funktionsgemeinschaften und Gemeinschaftsunternehmungen (neben Teilunternehmergemeinschaften, die sich auf bestimmte Teile des Produktionsprogrammes von Gesellschaften, z. B. auf die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb bestimmter Spezialmaschinen beziehen); VICENT CHULIA, Concentración y unión de empresas ante el derecho español, S. 467ff., scheint den Begriff auf die funktionale Kooperation einschränken zu wollen; NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, differenziert zwi-

Die hier vorgeschlagene Definition unterscheidet sich aber auch vom Versuch CHAMPAUDS, die in der Tat unpassende Bezeichnung «filiale commune» durch «société de sociétés» zu ersetzen, weil es nur darauf ankommt, daß Unternehmensträger (also gegebenenfalls auch Einzelunternehmer) sich in der Gemeinschaftsgesellschaft zusammenfinden[47]. Nur das Gemeinschaftswerk, nicht auch dessen Träger müssen die Rechtsgestalt der Gesellschaft (oder der Korporation) annehmen.

Man erkennt, daß überwiegend wirtschaftliche und nur am Rande auch rechtliche Gesichtspunkte zur Geltung kommen. Rechtlich ist es nämlich gleichgültig, ob die Mitglieder einer Gesellschaft Unternehmensträger sind oder nicht[48]. Völlig unbeachtlich ist nach Kriterien des Rechts auch, daß die Gemeinschaftsveranstaltung auf die je individuelle *Unternehmensstrategie* der Partner zurückzuführen ist.

2. Arten

In der Regel unterscheidet man (wie im Kooperationsrecht überhaupt) horizontale, vertikale und konglomerale Gemeinschaftsunternehmen (gemeinsame Forschungsgesellschaft für ähnliche

schen Zweckgemeinschaften (funktionalen Kooperationen) und Gemeinschaftsunternehmungen (a.a.O., S. 102ff., 244ff.). Rein gegenständlich spricht auch FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, S. 90f., von «Gemeinschaftswerken»; ebenso HAUSSMANN, Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen II, S. 40ff. Vgl. im übrigen auch FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 10; URSULA BECKER, Verträge der Exportwirtschaft, Frankfurt 1971, S. 225f.; KARL PETER, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, 2. Aufl., Berlin 1970, S. 479ff.; GERARD J. WEISER, Gemeinschaftsunternehmen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 1963, S. 285ff.; eine eingehende Auseinandersetzung mit den Bemühungen der Literatur um einen zweckmäßigen Begriff der Gemeinschaftsunternehmung findet sich bei MAURER, Die Gemeinschaftsunternehmen im amerikanischen Antitrustrecht, S. 10ff.

[47] Vgl. CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1015; DERSELBE, Le pouvoir de concentration, S. 268ff.; wie CHAMPAUD auch VICENT CHULIA, Concentración y unión de empresas ante el derecho español, S. 472; CAMPOLONGO/GRISOLI, Le imprese plurinazionali a vocazione europea, S. 102.

[48] Eine Ausnahme findet sich im spanischen Spezialgesetz, das besonders der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen dienen soll (Ley de Asociaciones y

Produkte, Vertriebs- oder Einkaufsgesellschaft, gemeinsame Diversifikation)[49]. MATTHIES nennt überdies «zwischenstufige» Gemeinschaftsunternehmen, bei denen «nur eine Zwischenstufe im Produktionsablauf vergemeinschaftet (wird), während z.B. die Rohstahlerzeugung, die übrige Verarbeitung und der Verkauf getrennt erfolgen»[50].

3. Motive

Da Gemeinschaftsunternehmen nur eine *besondere Kooperationsform* darstellen, begegnet man den allgemeinen Motiven für die zwischenbetriebliche Kooperation hier wieder: Rationalisierung, Sicherung des Absatzes, der Rohstoffversorgung, Vermeidung von Doppelspurigkeiten, Erleichterung der Kapitalaufbringung, Kombination partieller Vorteile (in Produktion, Forschung, Organisation usw.), Risikostreuung, Überwindung von Diskriminierung im internationalen Bereich usw.[51].

Uniones de Empresas; vom 28. Dezember 1963): «Los socios de la sociedad anonima de empresas tienen que ser necessariamente empresarios»; so VICENT CHULIA, Concentración y unión de empresas ante el derecho español, S. 477.

[49] Vgl. dazu die Beispiele bei ECKSTEIN, Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive für ihre Gründung, S. 8 ff.

[50] MATTHIES, Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion, S. 320; man wird mit ECKSTEIN, Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive für ihre Gründung, S. 11 ff., ganz allgemein eine vierte Kategorie der komplexen Gemeinschaftsunternehmen anzunehmen haben, zu der auch die eben genannte zwischenstufige Gemeinschaftsveranstaltung zu zählen ist; ECKSTEIN (a.a.O., S. 11) nennt weiter in diesem Zusammenhang: Verwendung eines Vertriebssystems für den Absatz mehrerer Produkte, Unterhalt gemeinsamer Transportkapazitäten (z.B. Pipelines), gemeinsame Verwertung von Kuppelprodukten usw.

[51] Vgl. dazu ECKSTEIN, Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive für ihre Gründung, S. 12 f.; MAURER, Die Gemeinschaftsunternehmen im amerikanischen Antitrustrecht, S. 7 ff.; DIETER SCHAUB, Motive und Grundlagen einer Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1971, S. 175: «Man will, man kann oder man muß ein Gemeinschaftsunternehmen gründen.» KLEIN, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 26 ff.; FRIEDMANN/KALMANOFF, Joint International Business Ventures, S. 125 ff.; CAMPOLONGO/GRISOLI, Le

4. Entstehungsformen

Gemeinschaftsunternehmen entstehen entweder als Folge einer *Gemeinschaftsgründung* oder einer *gemeinsamen Beteiligung* (gemeinsame Übernahme z. B. des gesamten Aktienpaketes von einem Dritten, Übernahme einer 50%igen Beteiligung des einen vom andern Partner). Man spricht auch von *konsortialer Neugründung* und von *konsortialer Beteiligungsnahme*[52]. Als weitere Entstehungsform führt NAEGELI die *Teilfusion* an. Sie entsteht, wenn Unternehmungen «nur teilweise sich vereinigen, indem sie gewisse Betriebsabteilungen in eine gemeinschaftlich gegründete neue Gesellschaft einbringen und als Gegenwert deren Anteile übernehmen»[53]. Ersichtlich handelt es sich (nur) um einen wirtschaftlich-soziologischen Sonderfall; rechtlich hat man es mit einer qualifizierten Gemeinschaftsgründung zu tun.

5. Rechtsformen

Die Gemeinschaftsveranstaltung ist entweder *Gesellschaft* (einfache Gesellschaft, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) oder *Korporation* (Verein, AG, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaft). Maßgebend für die Wahl der Rechtsform sind kooperationsrechtliche Gesichtspunkte, wie sie vorne aufgezeigt worden sind[54]. Im einzelnen kommt es darauf an, ob funktionale oder gegenständliche Kooperation angestrebt wird, wieviele Partner kooperieren wollen, ob eine Unternehmung betrieben werden soll,

imprese plurinazionali a vocazione europea, S. 103 ff.; CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1017 f.

[52] Vgl. NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 249 ff.; ausführlich dazu MATTHIES, Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion, S. 322 ff.; vgl. auch CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1016 f., wo mit Recht hervorgehoben wird, daß kein Gemeinschaftsunternehmen entsteht, wenn zwei Konzerntöchter eine gemeinsame Tochter gründen; oder wenn neben einer Gesellschaft, die ein Mehrheitspaket an einer andern Gesellschaft hält, noch andere Gesellschaften beteiligt sind.

[53] NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 244 ff.

[54] Vgl. vorne S. 348 ff.

wie groß der Kapitalbedarf ist usw.[55]. Ersichtlich herrscht aber in der Literatur die Tendenz, die Bezeichnung «Gemeinschaftsunternehmen» nur zu verwenden, wenn man eine Handelsgesellschaft oder gar eine Körperschaft vor sich hat[56].

Einzelne Staaten haben gesellschaftsrechtliche *Sonderformen* für die Trägerschaft von Gemeinschaftsunternehmen zur Verfügung gestellt. Dabei wird namentlich dem Umstand Rechnung getragen, «que la vie de ces sociétés de sociétés se rapproche plus de celle de sociétés de personnes que de celle des sociétés de capitaux même lorsqu'elles adoptent la forme d'une société par actions»[57]. Zu erinnern ist hier vorab an das *Groupement d'Intérêt Economique* des französischen Rechts[58]. Auch das *spanische Recht* hat in der «Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas» (vom 23. Dezember 1963) aktienrechtliche Sondernormen für den Fall eingeführt, daß Kooperationspartner ihrem Gemeinschaftswerk die Rechtsform der AG geben wollen. Im wesentlichen geht es darum, den *intuitus personae* ins Aktienrecht einzubauen, und zwar «mediante la imposición de obligaciones accesorias a la pura aportación patrimonial y también la responsabilidad de los socios más allá de la aportación, cuando se recurre al procedimiento especial de emisión de obligaciones...»[59]. Ansätze zur Ausgestaltung besonderer Rechtsformen finden sich auch im Recht der *Europäi-*

[55] Vgl. dazu ausführlich KLEIN, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 28ff.; NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 244ff.; SCHAUB, Gemeinschaftsunternehmen, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 184ff.; CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1018f.

[56] Vgl. dazu BENISCH, Kooperationsfibel, S. 224: «Ein Gemeinschaftsunternehmen ist eine von zwei oder mehreren kapitalmäßig beteiligten Unternehmen abhängige Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Zusammenarbeit auf einem bestimmten Gebiet dient.» Ebenso HEFERMEHL, Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, S. 652.

[57] CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1018.

[58] Vgl. vorne S. 342ff.; ferner VOLKMANN, Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht, S. 17f.

[59] Vgl. dazu ausführlich VICENT CHULIA, Concentración y unión de empresas ante el derecho español, S. 475; vgl. weiter auch S. 475ff.

schen Gemeinschaften. Vorab verdient Erwähnung die ausdrückliche (supranationale) Ordnung der *«Gemeinsamen Unternehmen»* in den Art. 45ff. des Euratom-Vertrags. Weiter gehört in diesen Zusammenhang der Vorentwurf der Kommission für eine Verordnung zur Schaffung einer «Europäischen wirtschaftlichen Interessengemeinschaft». Endlich sehen die Art. 2 und 3 des Vorschlags einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften ausdrücklich vor, daß die S.E. zur Gründung gemeinsamer Tochtergesellschaften verwendet werden kann[60].

6. *Verhältnis zur Doppelgesellschaft*

Da die Kooperationspartner in der Gemeinschaftsgesellschaft zusammenwirken wollen, müssen sie sich dazu entschließen und sich über die Art und Weise der Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen *verständigen.* Man hat also eine ähnliche rechtstatsächliche Lage vor sich wie bei der Doppelgesellschaft. Wird die Zusammenarbeit der Partner im Gemeinschaftswerk außerhalb dessen gesellschaftsrechtlicher Verfassung organisiert, stimmt die rechtsförmliche Struktur mit jener der Doppelgesellschaft überein: Hier wie dort werden in einer einfachen Gesellschaft die materiellen Verpflichtungen begründet; allemal tritt daneben sozusagen als Vehikel eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft mit relativer Rechtsfähigkeit auf.

Trotzdem hat man Doppelgesellschaft und Gemeinschaftsunternehmen *auseinanderzuhalten.* Vorab aus dem einfachen Grund,

[60] Soweit Gemeinschaftsunternehmen zwischen Partnern begründet werden, welche «dieselbe Wirtschaftstätigkeit oder zusammenhängende Wirtschaftstätigkeit ausüben» (Art. 2602 des italienischen Zivilgesetzbuches, übersetzt in Bd. 6 der Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Berlin/Tübingen 1965), kann man auch die Art. 2602ff. CCit als Sonderrecht für Gemeinschaftsunternehmen bezeichnen; dabei kommt die in Art. 2616 CCit geordnete öffentlich-rechtliche Kontrolle durch die Verwaltungsbehörde zur Anwendung (Art. 2620). Vgl. dazu MINERVINI, Concorrenza e Consorzi, S. 97ff.; allgemein dazu REMO FRANCESCHELLI, I Consorzi industriali, Padova 1939; DERSELBE, Commentario del Codice civile, Art. 2620, N. 4.

daß Gemeinschaftsunternehmen (z.B. in der Rechtsform der Genossenschaft oder der GmbH) des Umwegs über die Doppelgesellschaft *nicht* bedürfen, also auch von Einheitsgesellschaften getragen werden können. Dazu kommt eine (zumindest theoretisch) völlig verschiedene wirtschaftliche *Interessenlage:* dem Gemeinschaftsunternehmen fällt nicht einfach die Rolle des ausführenden Organs zu; vielmehr sind umgekehrt allfällige organisatorische Abreden der Partner bloße Hilfsveranstaltungen im Dienste der zweckmäßigen Organisation der Gemeinschaftskorporation. Man wird aber zugeben müssen, daß *die Übergänge* fließend sind. So kann bei Gemeinschaftseinkauf die juristische Person als bloßes Organ fungieren oder aber als Träger einer eigenständigen gemeinschaftlichen Einkaufspolitik. Nur gerade bei gegenständlicher Kooperation durch Gemeinschaftsunternehmen in Gestalt des kaufmännischen Vollgewerbes ist die Doppelgesellschaft von vornherein auszuschließen, weil hier das als juristische Person auftretende Unternehmen den Hauptpart spielt. Aber selbst da wird die Stätte gemeinsamer Produktion in einem allerdings übertragenen Sinn zu einem bloßen Teil im Räderwerk der je eigenständig formulierten, aber in einem der Grundgesellschaft ähnlichen Verfahren abgestimmten Kooperationskonzeption[61].

7. Probleme des Zusammenwirkens in der Gemeinschaftsunternehmung

Die Partner gründen und betreiben das Gemeinschaftsunternehmen nicht wie irgendwelche Dritte, die sich in einer Gesellschaft oder einer Korporation zusammenfinden. Das Ganze ist vielmehr

[61] Zu den fließenden Übergängen vor allem VICENT CHULIA, Concentración y unión de empresas ante el derecho español, S. 469 f. Die Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen erhält vor allem dann Züge der Grundgesellschaft, wenn sie mit Bezugs- oder Lieferpflichten der Partnerunternehmen gegenüber dem Gemeinschaftswerk verbunden ist. Richtig NAEGELI, Die Doppelgesellschaft I, S. 248: «Da das Gemeinschaftswerk keineswegs als Organgesellschaft, d.h. als völlig abhängige Angestellte einer übergeordneten einfachen Gesellschaft betrachtet werden kann, da sie vielmehr eine

von vornherein, aber auch im ganzen Ablauf *Ausdruck abgestimmter Geschäftspolitik*. Also muß dafür gesorgt werden, daß die (rechtlich verfaßte) Organisation des Gemeinschaftsgebildes in den Gesamtplan integriert wird.

Praktisch bedeutet das, daß man einen ganzen Katalog von Fragen entweder im vornhinein zu lösen hat oder ein *Verfahren zur Problemlösung* aushandeln muß, falls die mit der Wahl der Rechtsform automatisch verfügbare Willensbildungsprozedur aus sachlichen Gründen unangemessen erscheint. Ein solcher *Problemkatalog* umfaßt u.a. folgende Fragen: Rechtsform, Zweck, Firma, Liquidationsordnung, Zusammensetzung der Geschäftsführung (im umfassenden Sinn), Kapitalbeschaffung (besonders Modalitäten allfälliger Einlagen- oder Kapitalerhöhungen), Kontrolle oder Unterbindung der Übertragbarkeit der Mitgliedschaften, Pflichten der Partner gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen (besonders Bezugs- und Lieferpflichten, Wettbewerbsverbote, Einbringung von Patenten und know-how, Pflicht zur Einräumung von Lizenzen an Immaterialgütern usw.), Pflichten des Gemeinschaftsunternehmens gegenüber den Partnern (Liefer- und Bezugspflichten, Pflicht zur Gewährung von Lizenzen, Informationspflichten, Beratungspflichten, Pflicht zur Gewährung von Nutzungen, Schiedsgerichtsbarkeit usw.)[62].

Konstituiert man das Gemeinschaftsunternehmen als *Einheitsgesellschaft,* wird man versuchen, möglichst viele dieser Fragen im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Organisation und über mitgliedschaftliche Vertikalpflichten und -rechte zu lösen. Vorne ist ausführlich dargelegt worden, inwieweit die einzelnen Gesell-

durchaus selbständige Erwerbsgesellschaft ist, wird man die Möglichkeit der Bildung einer Doppelgesellschaft rundweg verneinen müssen, sofern nicht die Teilfusion gleichzeitig in ein anderes Gemeinschaftsverhältnis eingegliedert ist, das die Voraussetzungen für eine Doppelgesellschaft bietet.» Vgl. auch a.a.O., S. 252 (hinsichtlich konsortialer Neugründungen und konsortialer Beteiligungsnahmen).

62 Vgl. dazu im einzelnen SCHAUB, Gemeinschaftsunternehmen, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 182ff.; CAMPOLONGO/GRISOLI, Le imprese plurinazionali a vocazione europea, S. 106f.; ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 319ff.

schafts- und Korporationsformen dazu taugen[63]. Reine Horizontalverhältnisse zwischen den Partnern müssen dagegen über *Konsortialverträge* rechtlich geordnet werden. Das gilt a fortiori und schlechthin, wenn die Gemeinschaftsveranstaltung als *Doppelgesellschaft* aufgezogen werden soll, so daß die materiell-organisatorische Abstimmung ohnehin in den Bereich der *Grundgesellschaft* fällt[64]. Wichtigste Aufgabe wird alsdann die Koppelung der beiden Mitgliedschaften, wie das vorne gezeigt worden ist[65].

Geht man vom *typischen Grundmodell* aus, wonach zwei Partner sich am Gemeinschaftsunternehmen im Verhältnis 50:50 beteiligen, steht man dem praktisch äußerst wichtigen Problem der Überwindung allfälliger *Pattsituationen* («deadlocks») gegenüber. Unpraktisch und unnötig die erforderliche Vertrauensgrundlage belastend wäre eine Lösung über den statutarischen oder vertraglichen *Stichentscheid* («casting vote») auch dann, wenn man das Präsidialamt vertraglich beiden Partnern im Turnus zusicherte[66].

[63] Vgl. vorne S. 316ff.

[64] Vgl. dazu die umfassende Zusammenstellung bei ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 319ff., der folgende Sachfragen für die konsortialvertraglich-statutarisch kombinierte Lösung nennt: Verpflichtung der Partner, eine gemeinsame Tochtergesellschaft zu gründen und deren Aktien in einem vertraglich bestimmten Verhältnis zu zeichnen; Stimmrechtsbindungen; statutarische Quorumsvorschriften für Generalversammlungsbeschlüsse; statutarische Bestimmungen über die Beschlußfähigkeit der Generalversammlung; statutarische Zuweisung vermehrter Kompetenzen an die Generalversammlung; vertragliche Festlegung des Verwaltungsratsproporzes; statutarische Festlegung des Verwaltungsratsproporzes; statutarische Vorschriften über Quorum und Beschlußfähigkeit des Verwaltungsrates; Verpflichtung, die Organe der gemeinsamen Tochtergesellschaft entsprechend dem Konsortialvertrag zu instruieren; Konventionalstrafen; vertragliche Beschränkung, über die Aktien der gemeinsamen Tochtergesellschaft zu verfügen; statutarische Vinkulierungsvorschriften; vertragliche Pflichten zwischen Partner und gemeinsamer Tochtergesellschaft; Dauer des Konsortialvertrages; Recht des minoritären Partners, die Auflösung der AG zu verlangen; Folgen der Beendigung des Konsortialvertrages; Schiedsgerichtsklausel.

[65] Vgl. dazu vorne S. 478ff.

[66] Auch ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 324, erwähnt mit Recht, daß eine solche Lösung nur die «formale» Parität der Partner garantiert. Von der Sache her ist es geradezu undenkbar, daß unter der Herrschaft des einen Partners möglichst

Man hat es hier mit einem kooperationsrechtlichen Problem zu tun, das man allgemein gesellschaftsrechtlich bei jeder Zweimann-Gesellschaft bewältigen muß[67]. SCHAUB schlägt zur Verhinderung der Handlungsunfähigkeit «die Hintereinanderschaltung von jeweils paritätisch besetzten ‹Instanzen›» vor[68]. Ein solches Verfahren verdient jedenfalls den Vorzug vor der Zuweisung an einen «Schiedsrichter» oder der Aufnahme eines Minderheitsgesellschafters (z.B. einer Bank oder einer Treuhandgesellschaft)[69] oder gar der Ausübung von Erwerbsberechtigungen[70].

Sind dagegen mehrere Unternehmer (oder zwei mit ungleichen Beteiligungen) *Partner,* stellt sich die Aufgabe, einen spezifisch kooperationsrechtlichen *Minderheitenschutz* auszugestalten. Offenkundig passen hier die gesetzlichen Schutznormen der einzelnen Gesellschafts- und Korporationsformen nicht, weil es nicht vorab um Schutz vor Willkür oder (umgekehrt) um die Vermarkung wohlerworbener Unantastbarkeitszonen geht, sondern um die *Garantie der funktionalen Mitwirkung im Rahmen des Kooperationszwecks.* Mit Recht ist darauf verwiesen worden, in Gemeinschaftsaktiengesellschaften verwirkliche sich der sonst seltene Fall, daß die Aktionäre aktiv mitzugestalten willens seien[71]. Werden Dritte

viel rückgängig gemacht oder neu eingeführt wird, was der andere Partner in seiner Amtszeit verwirklicht oder verhindert hat.

67 Vgl. dazu HANS-KONRAD PEYER, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1963, S. 87–92.

68 SCHAUB, Gemeinschaftsunternehmen, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 185: «Ist z.B. eine gemeinsame Entscheidung innerhalb der Geschäftsführung nicht zu erreichen und kann sich auch ein Beirat nicht zu einer einstimmigen Lösung durchringen, so hat ein von den Gesellschaftern ernanntes – oder ad hoc zu ernennendes – Gremium die Dinge nochmals aufzunehmen.»

69 Vgl. dazu KOZYRIS, Equal Joint-Venture Corporations in France, Problems of Control and Resolution of Deadlocks, S. 521 ff.; CAMPOLONGO/GRISOLI, Le imprese plurinazionali a vocazione europea, S. 107.

70 KOZYRIS, Equal Joint-Venture Corporations in France, S. 524 ff. («Buy-or-Sell Arrangements»).

71 CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, S. 1018 f.: «Les sociétés anonymes de sociétés sont peut-être les seules sociétés par actions à fonctionner dans l'esprit de la loi, et cela parce qu'elles sont les seules dont tous les actionnaires se veulent associées et assument les obligations et exercent les prérogatives qui sont attachées à cette qualité.»

als Geschäftsführer eingesetzt, wird man statutarisch alle *Grundsatzentscheidungen* in die Gesellschafterversammlungen verlegen und dort besondere Quorums- und Präsenzvorschriften fordern müssen. Das gilt zumal für *Statutenänderungen*[72]. Sollen die Partner selbst die Geschäfte führen, ist statutarisch oder vertraglich der *Verwaltungs- oder Direktionsproporz* zu sichern[73]. Vorne ist bereits begründet worden, daß auch die individualrechtlichen *Kontrollbefugnisse* der Gesellschafter in Kooperationsverhältnissen untauglich sind. An ihrer Stelle müssen genau umschriebene (unbegrenzte) *Informationspflichten* der verantwortlichen Organe gegenüber den in *Koordinationsausschüssen* zusammengefaßten Partnern begründet werden[74].

8. Probleme der Beendigung von Gemeinschaftsunternehmen

Was allgemein kooperationsrechtlich zur Problematik der Beendigung von Zusammenarbeitsverhältnissen ausgeführt worden ist, gilt angesichts der im Gemeinschaftsunternehmen weit vorangetriebenen *Institutionalisierung* ganz besonders[75]. Zunächst ist zu bedenken, daß der Zusammenbruch des Kooperationsverhältnisses aller Regel nach die Gemeinschaftsgesellschaft nicht von selbst auflöst, so daß sich die ehemaligen Partner mitunter über längere Zeit wie Fremde in den Organen gegenüberstehen[76]. Besondere

[72] Vgl. dazu CAMPOLONGO/GRISOLI, Le imprese plurinazionali a vocazione europea, S. 107, wo folgende Schutzbereiche genannt werden: «(1) Modificazione dello Statuto della Società; (2) Rappresentanza nel Consiglio di Amministrazione e nella sua Direzione; (3) Decisioni nel Campo della Gestione, pre-informazioni per le decisioni importanti e modalità da seguire per questo genere di deliberazioni; (4) Emissione di nuove azioni; (5) Trasferimento delle azioni o del diritto di sottoscrizione a favore di terzi estranei all'impresa; (6) Liquidazione della Società.»

[73] Dazu vor allem ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 320ff.

[74] Vgl. vorne S. 396.

[75] Vgl. vorne S. 396.

[76] Dazu ZIHLMANN, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, S. 323.

Schwierigkeiten sind zu meistern, wenn in mehrgliedrigen Gemeinschaftsverhältnissen ein Partner ausgeschlossen wird, ohne daß ihn am wichtigen Grund ein Verschulden getroffen hätte. Unter solchen Voraussetzungen werden die bereits genannten *Nachwirkungspflichten* besonders aktuell, weil dem Ausgeschlossenen (oder Austretenden) nicht zugemutet werden kann, unversehens über Jahre dem Gemeinschaftsunternehmen überlassene Funktionen wieder selbständig auszuüben. So wird man der Gemeinschaftsunternehmung Fortsetzung der Liefer-, Abnahme- und Lizenzgewährungspflichten während einer (im Kooperationsvertrag nach Möglichkeit festzusetzenden) angemessenen Dauer zumuten dürfen.

9. Sonderprobleme einzelner Typen von Gemeinschaftsunternehmen

Es versteht sich von selbst, daß die allgemeinen Probleme der Kooperation durch Gemeinschaftsunternehmen in den einzelnen Erscheinungstypen mannigfach profiliert und durch Sonderprobleme überdacht werden. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingetreten werden; immerhin seien einige *Sonderprobleme* signalisiert.

Wird im Gemeinschaftsunternehmen *produziert,* so ist zu entscheiden, ob die Partner *eigene Patente* auf die Gemeinschaftsgesellschaft zu übertragen oder bloß *Lizenzen* (auch am know-how) zu gewähren haben. Ferner ist zu klären, wem Patente über neu anfallende Erfindungen zustehen sollen, wobei im Falle der Überlassung an die Partner die Art der Berechtigung festzulegen ist[77]. Wichtig ist auch die Frage, wer intern *Gewährleistungspflichten* zu tragen hat, wenn die im Gemeinschaftsunternehmen hergestellten Produkte durch die Partner vertrieben werden. Ob die Gemeinschaftsunternehmung zu *Verrechnungskosten* liefern muß oder selbst Einfluß auf die Preispolitik der Partner nehmen darf (allenfalls durch Preisbindung zweiter Hand), ist eine Frage des Inten-

[77] Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Kommentar, Art. 562 N. 12 und N. 16.

sitätsgrades der Zusammenarbeit. In jedem Falle vorweg klarzustellen ist der Schlüssel einer allfälligen *Kontingentierung* bei ungenügender Kapazität der Gemeinschaftsunternehmung.

Soll die Gemeinschaftsunternehmung *vertreiben,* muß für den Fall unterschiedlicher Partnerprodukte der Leistungseinsatz aufgeteilt werden. Wichtig ist es im Blick auf den Werbewert, sich (im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften) zu einigen, ob die Firma auf die Partner Bezug nehmen soll (was im Fall des Austritts eines Partners Schwierigkeiten schafft). Ferner ist zu entscheiden, ob die Gemeinschaftsunternehmung unter eigener Marke oder unter den Partnermarken oder gar in Kombination (Eigenmarke als Hauptzeichen, Partnermarken als Typenzeichen)[78] vertreiben soll. Alsdann sind die erforderlichen *Lizenzverträge* abzuschließen. Zu regeln sind weiter die Zuständigkeiten für die Werbung, das Verfahren einer allfälligen Qualitätskontrolle, die Verteilung der Gewährleistungslasten, die Preispolitik, die Haftung für Zahlungsausfälle, die Lieferberechtigungen im Falle der Überproduktion von Einheitsprodukten und dergleichen mehr[79].

[78] Vgl. dazu SCHLUEP, Das Markenrecht als subjektives Recht, S. 102 und dort besonders Anm. 7.

[79] Nach der Darstellung der allgemeinen vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Probleme der Kooperation und der spezifischen Probleme im Zusammenhang mit den Kooperationsmodellen «Doppelgesellschaft» und «Gemeinschaftsunternehmen» wäre zur umfassenden (mehrdimensionalen) Analyse des Phänomens der Unternehmenskooperation ein dritter «approach» fällig: Man müßte einzelne Realtypen der Unternehmenskooperation angehen und die mit ihnen verknüpften besonderen Probleme im Abriß aufzeigen, wie man das etwa bei der Darstellung der einzelnen Vertragstypen des OR ausführlich zu tun pflegt. Im *horizontalen Bereich* müßten *Spezialisierungsvereinbarungen* eine Sonderdarstellung erfahren, die in Verbindung mit gegenseitiger Belieferungspflicht darauf angelegt sind, daß die Kooperanten ein vollständiges Sortiment anzubieten in der Lage sind. Bei solchen Vereinbarungen ist vor allem daran zu denken, daß die Spezialisierung die einzelnen Partner außerstande setzen kann, das volle Sortiment je wieder selbständig herzustellen. Man ist in solchen Fällen gut beraten, eine *gegenseitige Belieferungspflicht* über die Dauer der Kooperation hinaus zu vereinbaren und auch gleich die Bedingungen festzusetzen; vgl. dazu DÖRINKEL, Kartelle, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 1312 (§ 20). Im übrigen ist daran zu denken, daß sich die Nachfrage nach vollzogener Aufteilung der Produktion erheblich *verlagern*

kann, so daß Erlös-Ausgleichsleistungen vorzusehen sind; vgl. dazu BENISCH, Kooperationen, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 161; DERSELBE, Kooperationsfibel, S. 207f. Ferner ist Vorsorge dagegen zu treffen, daß die sich spezialisierenden Partner je ihre eigenen Produkte im Vertrieb bevorzugen. Ein Gewinnmargen-Ausgleich kann hier einen wesentlichen Beitrag leisten. Besonders sorgfältig müssen die Folgen allfälliger Leistungsstörungen der Kooperationspartner bedacht werden (Schlechtlieferung, Verzug usw.). Mit der Spezialisierung einher gehen häufig Vereinbarungen über die Überlassung von Arbeitskräften (Spezialisten). Aus ersichtlichen Gründen muß hier (zusammen mit den betroffenen Arbeitnehmern) vereinbart werden, was im Fall eines Scheiterns der Kooperation zu geschehen hat. Auch ist daran zu denken, daß ein Produkt, auf das sich ein Partner spezialisiert hat, aus irgendwelchen Gründen keinen Absatz mehr findet, so daß die Produktion eingestellt werden muß. Alsdann haben die Kooperationspartner sich darüber zu verständigen, was mit der Unternehmung des betroffenen Partners zu geschehen hat. Namentlich wird man versuchen müssen, Betriebsschließungen zu vermeiden, weil diese in jedem Fall ein schlechtes Licht auf die Kooperationsgruppe werfen. Sonderprobleme tauchen im horizontalen Bereich auch auf bei der Gemeinschaftswerbung (Gefahr der Anlehnung), beim anonymen Betriebsvergleich mittels einer unabhängigen Kooperationsstelle (Gefahr der Verletzung von Geheimhaltungsinteressen); vgl. MANFRED REHBINDER, Grundriß des schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 1972, S. 35; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 390. Problematisch ist weiter die gemeinsame *Benützung des Außendienstes:* Sollen die Mitarbeiter des einen Partners unmittelbar in ein Arbeitsverhältnis zu den andern Partnern treten (mit Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer: Art. 347a OR)? Oder sollen sich die Kooperationspartner gegenseitig unter Erteilung von Vermittlungs- oder Abschlußvollmachten beauftragen? Indirekte Stellvertretung wäre jedenfalls dann nicht möglich, wenn Austauschverträge abgeschlossen werden sollen, weil hier der betreffende Dritte zur Vertragsübertragung zuzustimmen hätte; BECKER, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 164 bis 174 N. 5; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 356; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 238 (welche die Vertragsübernahme – unter nicht schlüssigem Verweis auf BGE 47 II 416; 48 II 470 und SJZ 1965, 221 – im Gegensatz zu den anderen Autoren nicht als Kombination von Zession und Schuldübernahme, sondern als Vertrag sui generis auffassen). Im übrigen hat man (auch bei den hier vorausgesetzten komplementären Sortimenten) durch entsprechende Weisungen dafür zu sorgen, daß die Aktivitäten auf die in Frage stehenden Produkte nach einem bestimmten Schlüssel aufgeteilt werden.

Besondere Probleme ergeben sich bei *gemeinsamer Forschung und Entwicklung:* Hier ist allemal auszumachen, wem das Recht auf das Patent zustehe. Wird die Forschung im Rahmen einer einfachen Gesellschaft vergemeinschaftet, so sind die anfallenden Erfindungen *Gesamterfindungen* in der Hauptabart der

Gesellschaftserfindungen; vgl. BLUM/PEDRAZZINI, Das schweizerische Patentrecht, Kommentar, Band I, Bern 1957, Art. 3 Anm. 18f. Es handelt sich um eine gesamthänderische Zuständigkeit, sofern gesellschaftsvertraglich nicht ausdrücklich Bruchteilsberechtigung vereinbart worden ist; vgl. BLUM/PEDRAZZINI, Kommentar, a.a.O., Art. 3 Anm. 19; ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Band II, Basel/Stuttgart 1971, S. 739; MEIER-HAYOZ, Kommentar, Art. 652 N. 16. Die Vereinbarung von Bruchteilsberechtigungen empfiehlt sich indessen nicht, weil sie offenbar ohne *gemeinsame* Erfindung gar nicht möglich ist; so BLUM/PEDRAZZINI, Kommentar, a.a.O., Art. 3 Anm. 20: Miterfindung; TROLLER, Immaterialgüterrecht II, a.a.O., S. 738f. Zu beachten ist auch, daß hinter den Erfindungen letztlich Arbeitnehmer als originäre Einzelerfinder oder als originäre Miterfinder stehen. Die Kooperanten erwerben die Berechtigung an den Erfindungen ihrer Arbeitnehmer ex lege (Art. 332 OR), wobei eine originäre Einzelerfindung eines Arbeitnehmers ex lege zu einer derivativen Gesamterfindung der Partner werden kann; vgl. BLUM/PEDRAZZINI, Kommentar, a.a.O., Art. 3 Anm. 6 und 10; a.M. die Judikatur und die herrschende Literatur (dazu TROLLER, Immaterialgüterrecht II, S. 741 f. und namentlich Anm. 107).

Im Rahmen der vertikalen Kooperationen verdienten namentlich die sogenannten *Zulieferungsverhältnisse* (vgl. dazu STRAUBE, Zwischenbetriebliche Kooperation, S. 203ff. und die dort in Anm. 301 zitierte weitere Literatur) eine eingehende Darstellung. Man kann unterscheiden: Herstellungs-Zulieferung, wonach der Zulieferer mit eigenen Mitteln und nach Weisungen des Zulieferungsempfängers gegen Vergütung Bestandteile herstellt, welche der Empfänger für sein Produktionsprogramm benötigt; Veredelungs-Zulieferung, wonach der Zulieferer mit eigenen Mitteln nach Weisungen des Zulieferungsempfängers gegen Vergütung eine bestimmte Zahl von Arbeitsgängen im Rahmen des Produktionsprozesses des Empfängers ausführt. In beiden Fällen handelt es sich um gemischte Verträge, welche werkvertragliche, heimarbeitsvertragliche, werklieferungsvertragliche, allenfalls lizenzvertragliche Elemente enthalten. Regelmäßig sind es Dauerschuldverhältnisse. Die wahre Problematik der Zulieferungsverträge ist nicht schuldrechtlicher, sondern wirtschaftsrechtlicher Natur: Die Nachfragemacht des Zulieferungsempfängers schafft Abhängigkeiten, die unter Umständen kartellrechtlich ins Gewicht fallen können; vgl. dazu hinten S. 511ff.

Neben dem dank seiner kartellrechtlichen Aktualität häufig behandelten Alleinvertriebsvertrag (vgl. SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 15ff.) wäre im Rahmen der vertikalen Kooperationsverhältnisse vor allem auch der sogenannte *Franchisevertrag* darzustellen; vgl. dazu GROSS/SKAUPY, Das Franchise-System, S. 5 und passim; THOMPSON, Franchise Operations and Antitrust, S. 5–17; SAINT-ALARY, Le contrat de Franchising, in: Nouvelles Techniques contractuelles, S. 45ff.; LEWIS/HANCOCK, The Franchise System of Distribution, S. 4ff.; PHILIP F. ZEIDMAN, Antitrust Aspects of Franchising, Michigan State Bar Journal, Vol. XLV, 1966, S. 27ff.; ALAN S. WARD, Franchise Restrictions: "Tied" Sales and Territorial Limitations,

Washington and Lee Law Review, Vol. XXIII, 1966, S. 66ff.; SAMUEL WEISBARD, Resale Price Maintenance, Exclusive Dealing and Tying Arrangements, Chicago Bar Record, 1965, S. 378ff.; JAMES K. PECKMANN, Antitrust Problems in Trademark Franchising, The Trademark Reporter, Vol. 55, 1965, S. 835ff.; NEWCOMMER, Defenses: Reasonable Use of Tie-ing, Franchises, Territorials, and Exclusives, Standford Law Review, Vol. 18, 1966, S. 457ff. (note); LAWRENCE H. AVERILL, Jr., Antitrust Considerations of the Principal Distribution Restrictions in Franchise Agreements, The American University Law Review, Vol. 15, 1965, S. 28ff. Auch der Franchise-Vertrag ist ein gemischter Vertrag, wobei zwischen güterbezogener und dienstleistungsbezogener Variante unterschieden werden kann. Im ersten Fall geht es um eine singuläre Vertriebsform von Produkten, im zweiten um das Angebot eines besonderen Dienstleistungssystems. Wichtig ist, daß Franchise-Verträge neben den üblichen ausschließlichen Bezugs- und Lieferklauseln, Vertriebsbindungsklauseln, Verkaufsförderungsklauseln, Konkurrenzklauseln, Ausstattungsklauseln auch besondere Organisationsklauseln, Schulungsklauseln und vor allem Lizenzklauseln hinsichtlich der Waren- oder Dienstleistungszeichen oder des Bezugs auf die Firma des Franchise-Gebers enthalten. Ersichtlich handelt es sich nicht um echte Markenlizenzen, sondern um das Recht (und die Pflicht) des Franchisenehmers, auf seinen Geschäftspapieren, in der Werbung und in der Geschäftsbezeichnung die Marke oder die Firma des Franchisegebers anzuführen. Im wesentlichen ist Franchising in der Tat organisierte Gruppendistribution eigener Art. "The franchised establishments operating within a particular franchise-system are identified and members of the group"; LEWIS/HANCOCK, The Franchise-System of Distribution, S. 8.

C. Kartellrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation (Übersicht)

Vorbemerkungen

Vier Hinweise zu Beginn dieses dritten Teils sind erforderlich: Einmal ist zu präzisieren, daß die kartell- und monopolrechtlichen Fragen (wie schon die Realien) nicht im Verfahren der Spezialisierung zwischen den beiden Berichterstattern, sondern sowohl für Konzentrationen i.e.S. (Konzerne, Fusionen) als auch für Kooperationen i.e.S. abgehandelt werden. Alsdann ist nach der Konstitution des schweizerischen Kartellgesetzes (KG) eine Beschränkung auf den privatrechtlichen Aspekt weder möglich noch sinnvoll; privates und öffentliches Kartellrecht der Schweiz sind je nur als Teile des Ganzen zu begreifen. Endlich muß herausgestellt werden, daß die räumliche Beschränkung nur gerade die Probleme zu signalisieren, nicht aber sie auszuloten erlaubt. Das schadet angesichts der wiederum spezifischen (vorbildlichen) Klarheit und Folgerichtigkeit des schweizerischen KG im Grundsätzlichen nichts. Die Probleme und Ungereimtheiten unseres Kartell- und Monopolrechts beginnen ohnehin erst in den Einzelfragen, deren Herausforderung Untersuchungen vorbehalten bleiben muß, die ex professo dem Kartell- und Monopolrecht gewidmet sind. Endlich wird angesichts der konstitutionellen Eigenart des schweizerischen KG die *Rechtsvergleichung* nur ausnahmsweise und bei funktionaler Gleichwertigkeit der in Frage stehenden Lösungen betrieben.

§ 11. Probleme der Anwendbarkeit des KG auf Unternehmenskonzentration und -kooperation

I. Geltungsbereich des KG[1]

1. Grundsatz

Nach Art. 1 KG gilt das Gesetz für *Kartelle* (und für diesen nach Art. 2 Abs. 2 KG gleichgestellte qualifizierte Preisbindungen zweiter Hand) sowie für *kartellähnliche Organisationen* im Sinne des Art. 3 KG.

2. Ausnahme

Das KG will nach Art. 1 Satz 2 nicht gelten[2] für Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschließlich das Arbeitsverhältnis betreffen[3].

[1] Im Kontext wird der Frage des zeitlichen Geltungsbereichs nicht nachgegangen. Der räumliche Geltungsbereich folgt aus dem sogenannten Auswirkungsprinzip; vgl. dazu SCHÜRMANN, Kommentar, S. 25; BÄR, Kartellrecht und internationales Privatrecht, S. 392ff.; ECKHARD REHBINDER, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, Baden-Baden 1965, S. 112ff., 130ff.; WILBUR LINDSAY FUGATE, Foreign Commerce and the Antitrust Laws, Boston/Toronto 1958, S. 20ff.; HOMBURGER/JENNY, Internationalrechtliche Aspekte des EWG-Wettbewerbsrechts, Bern 1966, S. 50ff.; FRANÇOIS PETITPIERRE, L'application du droit antitrust des Etats-Unis d'Amérique à leur commerce extérieur, Neuchâtel/Paris 1956, S. 43ff.; IVO SCHWARTZ, Deutsches internationales Kartellrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1962, S. 30ff. – Es erfolgt mithin eine Beschränkung auf den hier allein maßgebenden sachlich-persönlichen Geltungsbereich.

[2] Im Unterschied zum Sprachgebrauch des Gesetzes wird im Kontext ausschließlich das Wort «Geltung» verwendet; vgl. die zutreffende Bemerkung von SCHÜRMANN, Kommentar, S. 19; grundsätzlich dazu: MAX GUTZWILLER, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, in: Elemente der Rechtsidee, Ausgewählte Aufsätze und Reden, hg. von A. HEINI, Basel/Stuttgart 1964, S. 149ff.; SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 145 Anm. 304; KOLLER, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, S. 58ff.

[3] Vgl. dazu PETER MATHYS, Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 88, Basel/Stuttgart

II. Anwendbarkeit des KG auf Konzentrationsvorgänge?

Das Wort «Konzentrationsvorgang» soll klar machen, daß hier die Frage der Anwendbarkeit nicht im Blick auf einen *Zustand* der Konzentration, sondern vor dem Hintergrund der *Bildung von Konzentrationen* i.e.S. gestellt wird. Es geht konkret um das Problem, ob Fusionierung und Konzernierung (nicht: die fusionierte Unternehmung oder der Konzern) dem Zugriff des KG ausgesetzt seien. Generell ist offenbar das KG (wie ausgeführt) auf solche Vorgänge nur anwendbar, wenn diese sich als Kartelle, qualifizierte Preisbindungen oder kartellähnliche Organisationen begreifen lassen.

1. Fusionsvorgänge

Fusionen sind rechtsförmlich Auflösungen von Gesellschaften (ohne Liquidation)[4] zum Zwecke der Aufnahme einer Gesellschaft durch die andere oder der Vereinigung mehrerer Gesellschaften zu einer neuen (Art. 748 f., 914 OR). Wirtschaftlich geht es darum, daß aus mehreren wirtschaftlichen (und rechtlichen) Einheiten eine *umfassendere neue wirtschaftliche (und rechtliche) Unternehmungseinheit* entsteht. Allemal wird der Abschluß eines *Fusionsvertrags* zwischen den bisherigen Gesellschaften (Art. 748 Ziff. 8, 749 Ziff. 1 und 2 OR) vorausgesetzt.

Mithin ist zu fragen, ob der *Fusionsvertrag* als Vertrag qualifiziert werden müsse, der mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbs den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflußt oder zu beeinflussen geeignet ist (Art. 2 Abs. 1 KG). Die Lehre verneint einmütig, weil «Wettbewerbsbeschränkung kraft Vertrages, Beschlusses oder rechtlich nicht erzwingbarer Abrede eine Mehrheit von Personen voraussetzt»[5]. Dieser Auffassung ist

1969. – Die mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehenden Kooperationsmaßnahmen auf sozialem Gebiet werden von der Betrachtung ebenfalls ausgeschlossen. Zu den Erscheinungsformen der Kooperation im sozialen Bereich: AMSLER, Die Sozialmaßnahmen des Industriebetriebes, S. 72ff.

[4] Vgl. das Marginale vor Art. 748 OR.

[5] KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 15f.; HOMBURGER, Kartellgesetz und

beizupflichten; freilich nicht mit dem Hinweis auf die vorrechtliche Gestalt des Kartells mit vorausgesetzter rechtlicher und wirtschaftlicher «Selbständigkeit»[6]. Liest man nämlich den Gesetzestext (Art. 2 Abs. 1 KG) bis zum dritten Beistrich, steht er ganz und gar nicht gegen die Annahme, er wolle auch Fusionen einbeziehen. In der Tat: (formale) Wettbewerbsbeschränkungen liegen nicht nur dann vor, wenn das selbständige Streben nach gewinnbringendem Leistungsaustausch beschränkt, sondern auch, wenn die Zahl der Wettbewerber reduziert wird[7]. Gerade das aber zeichnet die Fusion aus.

Verfolgt man aber Art. 2 Abs. 1 KG über das dritte Komma hinaus, wird klar, daß der Begriff «Wettbewerbsbeschränkung» nicht im umfassenden (auch numerischen) Sinn, sondern bloß qualitativ gemeint sein kann: «Regelung» der Erzeugung, des Absatzes oder Bezuges von Waren sowie der Preise und Geschäftsbedingungen ist just nicht Gegenstand des Fusionsvertrags. Dort wird vielmehr «geregelt», daß und unter welchen Voraussetzungen mehrere eins werden wollen, auf daß künftig Preise, Geschäftsbedingungen und dergleichen gesellschaftsrechtlich einheitlich festgelegt werden[8]. Nicht anders verhält es sich, wenn man nicht beim Fusionsvertrag, sondern bei den materiell übereinstimmenden Fusionsbeschlüssen der beiden verschmelzungswilligen Gesellschaften ansetzt[9].

Immerhin ist weiter zu fragen, ob die Fusion nicht mindestens

Unternehmenszusammenschlüsse, S. 151; SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, S. 77; GUT, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, S. 51 f.

6 Daß jedes Kartell (wie jede Kooperationsform) die sogenannte Selbständigkeit mitunter hart anschlägt, ist vorne S. 259 ff. ausführlich dargelegt worden.

7 Vgl. BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 31; vorne S. 220.

8 Ein weiteres Argument für diese Auffassung liegt auch darin, daß angesichts der überwiegenden Lehre von der bloß horizontalen Tragweite der in Art. 2 Abs. 1 angesprochenen Wettbewerbsbeschränkungen Vertikalfusionen von vornherein vom Zugriff ausgeschlossen wären.

9 Auf die den Kartellen gleichgestellten qualifizierten Preisbindungen braucht im Zusammenhang mit der Fusion aus ersichtlichen Gründen nicht eingetreten zu werden.

«Zusammenfassung von Unternehmungen» mit anderen Mitteln als der Kapitalbeteiligung sei und daher bei ausreichendem Markteinfluß als kartellähnliche Organisation qualifiziert werden müsse. Man erkennt aber sofort, daß Art. 3 lit. c KG das Wort «Zusammenfassung» nicht im Sinne einer Tätigkeit, sondern als Ergebnis eben dieses Unterfangens versteht. Das folgt zweifelsfrei aus der allgemeinen Legaldefinition der ähnlichen Organisation, die Beherrschung oder maßgebliche Beeinflussung des Marktes voraussetzt. Die Tätigkeit der Zusammenfassung kann nun aber als solche den Markt überhaupt nicht beeinflussen[10].

2. Konzernbildungen

2.1 Beteiligungskonzerne

Wer sich an einer Gesellschaft beteiligt, schließt einen Vertrag ab: entweder ist er Partner des Gründungsvertrags oder er erwirbt durch Erwerbsgeschäft, was wiederum einen Vertrag voraussetzt[11]. Aber es verhält sich hier gleich wie bei der Fusion: auch wenn der Beteiligungsvertrag, den z. B. zwei AGen im Zuge wechselseitiger Beteiligung schließen, zur Beseitigung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der beiden Gesellschaften führen kann, würde eine solche formale Wettbewerbsbeschränkung von Art. 2 Abs. 1 KG nicht erfaßt, weil es dort nicht um die Verringerung der Zahl der Mitbewerber geht. Die Beteiligung ist somit nicht Kartell. Doch ist auch hier zu fragen, ob die Bildung eines Konzerns durch Beteiligung nicht den Tatbestand der kartellähnlichen Organisation in Gestalt der Zusammenfassung von Unternehmungen durch Kapitalbeteiligung erfülle (Art. 3 lit. c KG). Allein auch hier gilt, daß «Zusammenfassung» Zusammengefaßtes meint, die Tä-

[10] Natürlich ist das KG anwendbar, wenn (und weil) am Fusionsvorgang eine kartellähnliche Organisation oder ein Kartell beteiligt ist.

[11] Vorbehalten ist die Beteiligung durch Übergang von Gesetzes wegen. – Wenn KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 18 (oben), davon spricht, «die mittels Kapitalbeteiligung bewerkstelligte Zusammenfassung» beruhe nicht auf «Vertrag», meint er selbstverständlich die Zusammenfassung, nicht die Beteiligung.

tigkeit als solche dagegen Markteinfluß nicht haben kann. Somit hat man es nicht mit einer ähnlichen Organisation zu tun.

2.2 Vertragskonzerne

Wird eine Mehrzahl von Unternehmungen durch *Zusammenfassungsvertrag* (Beherrschungsvertrag, Zulieferungsvertrag, Betriebsüberlassungs- oder Pachtvertrag usw.) unter einheitliche Leitung gestellt, ist dieser Vorgang aus den sub 2.1 vorgebrachten Gründen weder Kartell noch ähnliche Organisation[12].

III. Anwendbarkeit des KG auf (vollzogene) Konzentrationen?

Anders als im vorangehenden Abschnitt soll hier gefragt werden, ob (wenn schon nicht die Vorgänge, so doch) vollzogene Fusionen oder Konzerne als solche dem KG unterständen.

1. Fusionen

Fusionierte Unternehmungen sind Einzelunternehmungen und als solche keine Kartelle. Beherrschen oder beeinflussen sie dagegen maßgeblich den Markt, geraten sie als kartellähnliche Organisation in die Fänge des KG (Art. 3 lit. a KG).

2. Konzerne

2.1 Beteiligungskonzerne

Fraglos stehen Zusammenfassungen von Unternehmungen durch Kapitalbeteiligung unter dem Zugriff des KG, wenn sie qualifizierten Markteinfluß aufweisen. Zweifelhaft kann höchstens sein, ob man es mit einer ähnlichen Organisation auch zu tun habe, wenn formale Beherrschungsmacht durch Mehrheitsbeteiligung gegeben ist, auf einheitliche Leitung dagegen verzichtet wird[13]. Überdies ist zu entscheiden, ob Beschlüsse der Muttergesellschaft (mit wett-

[12] Vorbehalten bleiben natürlich auch hier Fälle, an denen Kartelle oder ähnliche Organisationen beteiligt sind.

[13] Der Frage braucht hier weiter nicht nachgegangen zu werden, da im Kontext

bewerbsbeschränkendem Inhalt für den Konzern) nicht doch als Kartelle zu qualifizieren wären. Mit Recht hat aber KUMMER herausgestrichen, der «Beschluß» des Art. 2 Abs. 1 KG sei schon rein formal ganz und gar verschieden vom Vorgang der Willensbildung einer einzigen juristischen Person mit Beherrschungsmacht über andere[14]. Aber auch in materieller Hinsicht ist diese Auffassung zutreffend: Der Beschluß der Mutter ist inhaltlich allemal Weisung zur Wettbewerbsbeschränkung, nie aber beschränkt er den Wettbewerb selbst.

2.2 Vertragskonzerne

Marktmächtige Vertragskonzerne sind ähnliche Organisationen (Art. 3 lit. c KG: «andere Mittel»). Sind sie auch Kartelle? Man ist zu bejahen geneigt, weil doch wohl hier mittels gemeinsamer Wettbewerbsbeschränkung (mindestens im Horizontalbereich) der Markt auf vertraglicher Grundlage beeinflußt wird. Indes: wer die Weisungen eines andern zu befolgen sich verpflichtet, hat damit ersichtlich den Wettbewerb noch nicht beschränkt[15]. Er unterwirft sich vielmehr dem Willen eines andern, was ein völlig anderer Vertragsinhalt ist als der in Art. 2 Abs. 1 KG anvisierte[16]. Sobald

Konzerne vorausgesetzt werden. Immerhin sei angemerkt, daß der Begriff der «Zusammenfassung» die Frage offen läßt, unter welchem Gesichtswinkel sie gegeben sein muß (z. B. unter einheitlicher Leitung oder unter einheitlicher Bestimmungsmacht); SCHÜRMANN, Kommentar, S. 57, will offenbar auch «faktitische» Konzerne unter Art. 3 KG stellen: «Bei schwacher Konzernbindung ist es denkbar, daß die beteiligten Unternehmungen Kartellbindungen eingehen (worauf V. E. 10 hinweist)»; anders SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, S. 77, wonach Zusammenfassung nur vorliegt, «wenn die Beteiligungen wirklich dazu benützt werden, die selbständige Willensbildung der Unternehmungen in bezug auf alle grundlegenden Fragen zu verunmöglichen und sie damit unter eine einheitliche Leitung zu stellen»; auch KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 20.

[14] KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 18; SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, S. 78.

[15] Im dezentralisierten Konzern lautet die Devise: «Bewerbt euch um die Wette!»

[16] Grundlegend KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 20f.; ihm folgend MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 35; SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, S. 78. – Der weiteren Schlußfolgerung

sich indessen die Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen (nur) auf Wettbewerbsparameter bezieht, steht man einem Kartell (und keiner ähnlichen Organisation) gegenüber.

IV. Anwendbarkeit des KG auf Kooperationsvorgänge

Kooperationen sind Formen *funktionaler* oder *gegenständlicher* Zusammenarbeit zwischen Unternehmungen. Sie beruhen auf unverbindlichen Abreden, Individual- und Gesellschaftsverträgen. Aller Regel nach kann daher nicht (wie bei der Konzentration) zwischen der Bildung von Kooperationsverhältnissen und dem darauf folgenden Zustand unterschieden werden. Eine Kooperation ist kein Zustand, sondern ein Vorgang.

Nur gerade in zwei Fällen lassen sich (ähnlich wie bei der Konzentration) zwei Stufen im Ablauf unterscheiden: bei den *Vorverhandlungen* und bei der Gründung von *Gemeinschaftsunternehmen*. Allein Vorverhandlungen brauchen hier deshalb nicht besonders als «Kooperationsvorgang» erörtert zu werden, weil unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten die *unverbindliche Abrede* (übrige Voraussetzungen unterstellt) die Anwendbarkeit bereits begründet[17]. Erst recht verdienen *Vorverträge* keine besondere Erwähnung: die Verpflichtung zum Abschluß des wettbewerbsbeschränkenden Vertrags hat nämlich bereits Kartellcharakter.

Gleiches ist wahr, wenn im *Vorgründungsvertrag* kooperationsrechtliche Haupt- oder Nebenpflichten vereinbart werden und diese Kartellcharakter haben, so daß auch der Fall des *Gemeinschaftsunternehmens* nur dann zweistufig zu analysieren wäre, wenn die (nachmaligen) Partner in einer ersten Runde schlicht eine Gesellschaft «zur Verfolgung gemeinsamer Interessen» sich zu gründen verpflichteten. Das aber hält vor der Rechtswirklichkeit nicht

SATTLERS (a.a.O., S. 78f.), der in Anlehnung an HANS WÜRDINGER (Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung, WuW 1961, S. 748f.) den erleichterten Zugriff des KG auf Kartelle (gegenüber ähnlichen Organisationen) aus konzentrationspolitischen Gründen lobt, kann indessen mit Blick auf die hier vorgelegten Realien nicht zugestimmt werden.

[17] Vgl. dazu KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 3; SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, S. 32f.; GUT, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, S. 68ff. (ausführlich).

stand: Allemal wird man die *Funktion* (bei funktionaler Kooperation) oder das *Produkt* (bei gegenständlicher Kooperation) bezeichnen wollen, denen sich das Gemeinschaftsunternehmen zu widmen haben wird. Dann aber hat man es bereits mit einem *Kartell* zu tun, wenn mindestens die ausgegliederte Funktion «marktbezogen» ist.

Nur gerade eine Vereinbarung, eine Gesellschaft (oder juristische Person) zur Herstellung des Produktes X zu gründen, ist als solche für sich allein keine Wettbewerbsbeschränkung und daher auch kein Kartell[18]. Das bleibt erst recht wahr, wenn die Gemeinschaftsunternehmung auf *konsortialer Beteiligung* beruht. Aber auch bei *«Teilfusionen»* ist der Vertrag der Partner zur *Illation* der betreffenden Betriebsteile für sich allein noch völlig unverdächtig, wenn er nicht mit der Verpflichtung zur Unterlassung des betriebseigenen Wiederaufbaus der eben eingelegten Teilbetriebe gekoppelt wird. Es besteht also im Bereich des Kooperationsrechts kein Anlaß, Tätigkeit und Zustand zu trennen[19].

1. Kooperationsverhältnisse ohne Wettbewerbsbeschränkungen

Offenkundig ist das KG dann nicht anwendbar, wenn die Träger einer Uhren- und einer Barometerfabrik vereinbaren, in Italien über den gleichen Grossisten zu vertreiben. Denn hier mangelt es am Wettbewerbsverhältnis[20].

[18] Die Frage allfälliger gesellschaftsrechtlicher Konkurrenzenthaltungspflichten gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen wird später erörtert; vgl. hinten S. 516f.

[19] Der Vertrag zur einfachen oder qualifizierten Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens oder zur Übernahme von Beteiligungen an einer Drittgesellschaft ist für sich allein auch nicht Zusammenfassung von Unternehmungen im Sinne des Art. 3 lit. c, weil nicht die beiden (oder mehreren) Mutter- und Tochterunternehmungen zusammengefaßt werden sollen, sondern letztlich eine gemeinsame Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen angestrebt wird. Kommt keiner Mutterunternehmung eine Mehrheitsbeteiligung zu, ist der Konzerntatbestand auch dann ausgeschlossen, wenn sich die Mütter über die einheitliche Leitung der Tochter in einem Vorkonsortium verständigen, weil die dadurch entstehende einfache Gesellschaft selbst nicht Unternehmen ist.

[20] Vgl. dazu FRÖHLICHER, Die kollektive Rationalisierung, S. 25.

Das KG ist aber auch dann nicht anwendbar, wenn Kooperationsverhältnisse in Frage stehen, denen dem Gegenstand nach die *Marktbezogenheit* fehlt. Die von KUMMER vertretene Gegenmeinung hält meines Erachtens nicht stand[21]. Die Argumentation KUMMERS läuft darauf hinaus, die Qualifikation eines Sachverhaltes als Kartell oder ähnliche Organisation habe «nur» die Unterstellung unter das KG zur Folge und bedürfe daher einer ins einzelne zielenden Abgrenzung nicht. Dem ist nicht zu folgen. Vorab sind gerade in Kooperationsverhältnissen die mit der Unterstellung unter das KG gegebenen Möglichkeiten des «Ausbruchs» von größter praktischer Bedeutung[22]. Entgegen KUMMER kann sich bei den heutigen Techniken der «innerbetrieblichen Maßnahmen» die Stellung eines einzelnen Kooperanten sehr rasch erheblich verschlechtern (Art. 12 Abs. 1 KG), so daß bei der dem KG eigenen Betrachtungsweise auch der Hinweis auf Treu und Glauben (Art. 12) die Gefährdung des ganzen Verhältnisses nicht zu verhindern vermöchte[23].

Darüber hinaus ist es im Zeitalter einer weltweit zu vermerkenden Reaktion auf Konzentrationen *aller Art* und angesichts des allen Interpretationen offenen Wortlauts des Art. 22 KG keineswegs gleichgültig, ob das Kartellverwaltungsrecht anwendbar ist oder nicht[24]. Es muß somit dabei bleiben, daß im Einzelfalle nach der Argumentationsmanier der Rule of Reason zu ergründen ist, ob ein Kooperationsverhältnis marktbezogen und daher Kartell sei[25]. Wird die Frage verneint, ist das KG nur anwendbar, wenn (und weil) am Kooperationsverhältnis ein Kartell oder eine ähn-

[21] Vgl. im einzelnen KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 62ff.

[22] Dazu ausführlich vorne S. 452ff.

[23] Man denke etwa an den Ausbruch aus einer Datenverarbeitungs-Gemeinschaft.

[24] Wie KUMMER: MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 32; wie im Kontext: HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 60; ähnlich auch SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, S. 54f., der mit Recht (wie das vorne S. 506ff. ebenfalls vertreten wird) die Vermutung ablehnt, daß eine kollektive wettbewerbsbeschränkende Abrede ohne weiteres eine Eignung zur Marktbeeinflussung aufweise.

[25] Vgl. vorne S. 286ff.; richtig SCHÜRMANN, Kommentar, S. 41.

liche Organisation beteiligt ist. Dieses Ergebnis ändert sich im übrigen auch nicht, wenn die Kooperation eine marktbezogene Funktion betrifft, solange die Partner frei bleiben, die Funktionsgemeinschaft zu benützen oder nicht (z.B. Verkaufsgemeinschaft ohne Andienungspflicht).

Fraglich ist, ob sich die Anwendbarkeit des KG dadurch ergeben könne, daß unverbindliche Kooperationsabreden im reinen Innenbereich als stillschweigend aufeinander abgestimmtes Verhalten der Partner und daher als kartellähnliche Organisation zu qualifizieren wären (Art. 3 lit. b KG). Die Frage ist zu verneinen, weil Art. 3 KG voraussetzt, daß durch das abgestimmte Verhalten Marktmacht entsteht, was bei reinen Innenabreden unmöglich ist[26]. Dabei ist freilich zu beachten, daß innerbetrieblich Kooperationen besonders leicht zu oligopolistischer Kollusion führen und damit häufig in der ähnlichen Organisation enden[27].

2. Kooperationsverhältnisse mit bewirkten, aber nicht bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen

Bezwecken die Kooperationspartner reine Innenkooperation (etwa im Bereich der Forschung), kann sich daraus ersichtlich eine Übereinstimmung der Qualitäten und damit ein Zustand ergeben, als wären die Qualitätsvarianten abgesprochen worden. Grundsätzlich kommt es nach schweizerischem Recht ausschließlich auf die *tatsächliche Wirkung der Maßnahme* (oder deren Eignung) an, so daß ein Kartell vorliegt und das KG anzuwenden ist[28], wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung die eingetretene Marktbeeinflussung nicht gänzlich auszuschließen war[29]. Inner-

[26] Zutreffend SCHÜRMANN, Kommentar, S. 56.

[27] Sehr anschaulich dazu FRITZ MACHLUP, Die Formen und Grade der Kollusion, in: Theorie und Praxis der Kartelle, ed. Hans-Heinrich Barnickel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1972, S. 295ff., 305ff. Vgl. ferner WALTER GREMINGER, Das Oligopol im schweizerischen Kartellgesetz, Diss. St. Gallen 1971, S. 40ff., wo die Rede ist von «informeller und formeller Kooperation» zwischen den einzelnen Oligopolisten.

[28] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 42; KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 69.

[29] SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation,

betriebliche Kooperationsabreden können allenfalls dann (und nur deshalb) aus dem Kartellbegriff ausgeklammert werden, wenn (und weil) sie infolge fehlender Marktbezogenheit den (auf dem Markt wirksamen) Wettbewerb nicht beschränken *können*. Zeigt sich aber, daß sie im Ergebnis den Markt effektiv beeinflussen, taugen sie selbstredend auch zur Wettbewerbsbeschränkung. In diesem Sinn steht auch das schweizerische KG auf dem Boden einer *Folgetheorie*[30].

3. Kooperationsverhältnisse mit bezweckten, aber nicht bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen

Vereinbaren die Kooperanten zum Zwecke (auch) der Wettbewerbsbeschränkung *einheitliche Rabattarife* und können sie sie infolge der Marktmacht der Gegenseite nicht durchsetzen, muß von der grundsätzlichen Eignung der Maßnahme und nicht vom effektiven Erfolg ausgegangen werden. Das KG ist anwendbar, wenn die Maßnahme ihrem (objektiven) Zweck[31] nach zur Wettbewerbsbeschränkung taugt[32].

S. 55, der allerdings das Adäquanzprinzip nur für den Eigentumsfall anwendet; vgl. dagegen zur bewirkten, aber nicht bezweckten Wettbewerbsbeschränkung: GLEISS/HIRSCH, Kommentar, Art. 85 N. 27.

30 Vgl. dazu namentlich MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. A., § 1 N. 72 f.; FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 47; DERSELBE, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, S. 681 f.; RAUSCHENBACH, Deutsches Kartellrecht, in: SÖLTER/ZIMMERER, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, S. 281, spricht von mittelbaren Wettbewerbsbeschränkungen.

31 Vgl. dazu SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 160 ff.

32 Bloße Absicht genügt freilich nicht: Das KG will nicht schon bei wettbewerbsfeindlicher Gesinnung zugreifen; vgl. GLEISS/HIRSCH, Kommentar, Art. 85 N. 28. Ebenso WOHLFARTH/EVERLING/GLAESNER/SPRUNG, Kommentar, Art. 85 Anm. 5; GERD KLEEMANN, Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962, S. 44, wo der «absolut untaugliche Versuch» ausgenommen wird.

4. Kooperationsverhältnisse mit bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen

4.1 Horizontale Kooperationsverhältnisse

Da in solchen Verhältnissen mittels Wettbewerbsbeschränkung der Markt beeinflußt werden soll, ist das KG anwendbar (Art. 2 Abs. 1 KG).

4.2 Vertikale Kooperationsverhältnisse

Das KG ist anwendbar, falls solche Bindungen von einem *Kartell*[33] oder einer *ähnlichen Organisation* ausgehen. Kooperationsrechtlich ist aber vor allem zu entscheiden, ob auch *vertikale Absprachen* nicht marktmächtiger Unternehmer (z. B. Alleinvertriebs- und Franchiseverträge, Zulieferungsverträge usw.) unter das KG fallen.

Die herrschende Meinung verneint die Frage bekanntlich im Anschluß an die *Botschaft*[34] und überdies im Gefolge der Auslegung des Wortes «gemeinsam» (Art. 2 Abs. 1 KG) durch KUMMER[35], wonach nach Art. 2 Abs. 1 KG nur Konkurrenten ein Kartell bilden können. Das aber hat ganz allgemein zur Folge, daß vertikale Beschränkungen (auch kollektiver Art) nicht unter das KG fallen[36], somit (und erst recht) auch vertikale Individualverträge nicht.

[33] Dem Kartell gleichgestellt ist eine Mehrheit vertikaler Verträge etwa zwischen einem Franchisegeber und der Gesamtheit der Franchisenehmer. Denn die einzelnen Franchisenehmer sind sich bewußt, «auch solche Bindungen einzugehen, die ihrem Inhalt nach auf ihr Verhältnis untereinander einwirken und für die der ... (Franchisegeber) gewissermaßen nur ‹stellvertretender Gläubiger› ist»; KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 8.

[34] BOTSCHAFT, S. 20: «Durch Verträge, die bloß einen individuellen Interessenausgleich zwischen einzelnen Unternehmen anstreben, wird der Markt nicht beeinflußt (z. B. Alleinvertretungsverträge, Konkurrenzverbote bei Geschäftsabtretung), weshalb sie keine Kartelle darstellen.»

[35] KUMMER, S. 80ff. schließt aus, daß das Wort «gemeinsam» im Sinne von «miteinander veranlaßt» oder von «funktionell aufeinander bezogen» verstanden wird; ebenso MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 27 Anm. 24; Kritik an KUMMER bei GUT, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, S. 96ff.

[36] Die Lehre *vor* KUMMER hielt kollektive vertikale Bindungen mit der BOTSCHAFT

Vertikale Individualverträge mit Ausschließlichkeitsklauseln sind Wettbewerbsbeschränkungen doppelter Art: sie schränken die Parteien in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit ein und haben (eben deshalb) Auswirkungen je auf die Konkurrenten des gebundenen Partners[37]. Diese Wettbewerbsbeschränkungen sind überdies als zweiseitige Rechtsgeschäfte (Verträge) mindestens gemeinsam *begründet*. Aber sie beeinflussen – von der Frage der Gemeinsamkeit einmal abgesehen[38] – den Markt spürbar weder aktuell noch potentiell, so lange weder Kartelle noch ähnliche Organisationen als Partner auftreten. Kooperationsrechtlich ist mithin festzuhalten, daß vertikale zwischenbetriebliche Kooperation vom schweizerischen KG nicht erfaßt wird, wenn keines der beteiligten Unternehmen gesteigerten Markteinfluß hat oder im Kartellverband handelt[39].

(S. 20) für Kartelle: DESCHENAUX, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, S. 196; SCHÜRMANN, Kommentar, S. 40; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 27 Anm. 24; HIRSCH, La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, S. 47; SCHWYN, Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung, S. 12.

[37] Ausführlich dazu SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 50ff.

[38] Auf das Problem der «Gemeinsamkeit» braucht hier nicht ex professo eingetreten zu werden.

[39] BOTSCHAFT, S. 20; SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 79; KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 23, 93, 102, 105; SCHÜRMANN, Kommentar, S. 23; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 26f.; SATTLER, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, S. 42ff. (die Lehre KUMMERS übernehmend); GUT, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, S. 102 (der zwar für den Kartellbegriff eine «Mehrzahl von Konkurrenten als Kern» voraussetzt, im übrigen aber bei diesen Gegebenheiten auch vertikale Bindungen mitbegreift, womit gewöhnliche vertikale Individualverträge per se ausgeschlossen sind). – Anders als die herrschende Meinung geht SCHWYN, Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung, S. 17, davon aus, Art. 2 Abs. 1 KG erfasse grundsätzlich auch alle vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen: «Der *Grundtypus* eines *vertikalen Kartells* verbindet einen Abnehmer und seinen Lieferanten derart, daß keiner irgendwelche Geschäftsbeziehungen über einen Dritten abwickeln darf. Abnehmer wie Lieferant schließen sich damit wirtschaftlich gegen außen ab.» HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 61, fordert spürbare Marktbeeinflussung.

5. Kooperationsverhältnis in Gestalt von Gemeinschaftsunternehmen

5.1 Allgemeine Regeln

Gemeinschaftsunternehmen stehen wie Kooperationsverhältnisse überhaupt unter den eben entwickelten kartell- und monopolrechtlichen Regeln. Konkret: Das KG ist anwendbar, wenn die Partner durch das Gemeinschaftsunternehmen den Wettbewerb beschränken; aber auch wenn sie (zusammen mit dem Gemeinschaftsunternehmen) Kartelle oder ähnliche Organisationen sind; oder wenn das Gemeinschaftsunternehmen marktbeherrschend ist. Nicht unter das KG fallen dagegen (nicht marktstarke) Gemeinschaftsunternehmen von Partnern, die kein Wettbewerbsverhältnis verbindet (gemeinsames Vertriebsunternehmen einer Schokoladenfabrik und einer Zigarettenfabrik). Dem Zugriff des KG entzogen sind ferner *funktionale Gemeinschaftsunternehmen,* die eine innerbetriebliche Funktion für beide Partnerunternehmen gemeinsam versehen (AG für gemeinsame Liegenschaftsverwaltung).

5.2 Sonderregeln

Eine Anzahl von Rechtsfragen stellt sich ausschließlich (oder jedenfalls ausschließlich so strukturiert) im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen. Zur Beantwortung der Fragen sind aufgrund des KG Sonderregeln zu entwickeln.

5.21 Funktionale Gemeinschaftsunternehmen

Hier ist namentlich die Gefahr zu signalisieren, daß sich aus kartellrechtlich unbedenklichen (weil bloß den innerbetrieblichen Bereich betreffenden) Kooperationen marktwirksame *Wettbewerbsbeschränkungen* entwickeln, die alsdann durch das Gemeinschaftsunternehmen die Partner (als Kartell) dem KG unterstellen. Man denke an eine verselbständigte Informationsgemeinschaft mit Preismeldepflichten (Open-Price-System), die unter bestimmten Voraussetzungen den «Wettbewerb mit versteckten Rabatten und Konditionen erschweren»[40].

[40] MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3.A., § 1 N.121;

Im übrigen ist bei allen funktionalen Gemeinschaftsunternehmen zu fragen, ob die Gemeinschaftsveranstaltung von den Partnern beansprucht werden *muß* oder nicht. So liegen keine Wettbewerbsbeschränkungen vor, wenn die zum gemeinsamen Einkauf in der Genossenschaft zusammengeschlossenen Partner sich anderwärts eindecken dürfen; wenn das Verkaufspersonal keine Andienungspflicht der Gesellschafter begründet; wenn die Partner sich gegenseitig der Vertreter bedienen dürfen (aber nicht müssen); wenn neben der Werbegemeinschaft die Partner auch frei werben dürfen; wenn die Patentgemeinschaft allen Partnern Lizenzen gewährt und keine Ausschließlichkeiten vereinbart werden[41].

5.22 Gegenständliche Gemeinschaftsunternehmen

Sind die Kooperationspartner nicht Konkurrenten und soll sich das Gemeinschaftsunternehmen überdies auf einem Drittfeld betätigen, erscheint die Sachlage auf den ersten Blick hin ganz und gar unverdächtig. Doch ist zu fragen, ob der gemeinschaftliche Auftritt der Partner nicht mindestens als unverbindliche Abrede zu qualifizieren sei, den Wettbewerb im Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens gegenseitig nicht aufzunehmen. Dann hätte man eine Beschränkung *potentiellen Wettbewerbs* und mithin ein Kartell vor sich. Fehlt eine ausdrückliche Abrede, wird man nach den Umständen abzumessen haben, ob die Gemeinschaftsunternehmung nicht mindestens Ausdruck konkludenten Verhaltens sei. Das wird man zu verneinen haben, wenn es sich um eine völlig neuartige Produktion handelt oder wenn die Partner finanziell, wirtschaftlich und technisch außerstande wären, das Produkt selbständig herzustellen[42].

Stehen die Partner im *Wettbewerbsverhältnis* und stellen sie im Gemeinschaftsunternehmen ein *Drittgut* her, so ist die Rechtslage

vor allem auch ERICH HOPPMANN, Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 1966, S. 121; KRAHE/SÄCKER, Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung der Marktstruktur, dargestellt am Beispiel des «Open-Price-Systems», BB 1967, S. 1026.

41 Vgl. dazu STERNER, Das Syndikat im schweizerischen und deutschen Kartellrecht, S. 31; MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. A., § 1 N. 132 ff.

42 Vgl. dazu ausführlich BENISCH, Kooperationsfibel, S. 233 ff.

grundsätzlich gleich. Anderseits bleibt es den Partnern natürlich unbenommen (sei es durch entsprechende statutarische Zweckänderungsvorschriften, sei es durch ausdrückliche Abrede in der einfachen Gesellschaft), das *Gemeinschaftsunternehmen* an der Aufnahme des Wettbewerbs mit den Partnern zu verhindern. Ein Kartell liegt nicht vor[43].

Wieder anders verhält es sich, wenn die Partner *Wettbewerber* sind und das Gemeinschaftsunternehmen im *Konkurrenzbereich* tätig werden soll. Gewiß ist jede Abrede der Partner, das Konkurrenzgut nicht (oder nicht mehr) herzustellen, blanke Wettbewerbsbeschränkung[44]. Fraglich aber ist, ob man auch konkludentes Verhalten anzunehmen habe, wenn die Partner nach Gründung des Gemeinschaftsunternehmens das Gemeinschaftsprodukt de facto nicht mehr produzieren. Man wird die Frage aller Regel nach bejahen müssen. Ausnahmen sind indessen möglich. So z.B. wenn nachgewiesen werden kann, daß keinem Partner die Fortsetzung der Produktion allein möglich gewesen wäre[45]; oder wenn sich das Gemeinschaftsunternehmen auf einem innerbetrieblichen Gebiet betätigt, also z.B. für die Partner verarbeitet oder bearbeitet[46]. Anderseits sind Abreden der Partner auch dann Kartell,

[43] Die Konsortialabrede bezieht sich auf ein Unternehmen, das erst entstehen soll, so daß eine Wettbewerbsbeschränkung noch gar nicht möglich ist. Es liegt nicht etwa der von KUMMER (Der Begriff des Kartells, S.4) erwähnte Fall vor, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung zweier Aktiengesellschaften nicht durch diese selbst, sondern durch deren Mehrheitsaktionäre vereinbart worden ist. Vielmehr hat man es mit jenem andern von KUMMER auch erwähnten Sachverhalt zu tun (a.a.O. S.18), daß an der Spitze «zunächst die zu befolgende Wettbewerbspolitik ‹beschlossen› (wird), auf die hernach alle Angeschlossenen mittels der Kapitalbeteiligung und der damit verbundenen Stimmkraft hinzulenken sind». Vgl. dazu HEFERMEHL, Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, S.654; BENISCH, Kooperationsfibel, S.228 N.5; MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3.A., § 1 N.131 mit Hinweisen auf die Erklärungen des Bundeskartellamtes, wonach es zulässig sei, daß «Unternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen gründen und dabei durch Beschränkung des Gesellschaftszwecks verhindern, daß ihnen das neue Unternehmen als zusätzlicher Wettbewerber gegenübertritt».

[44] Vgl. HOMBURGER, Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, S.151.

[45] Vgl. BENISCH, Kooperationsfibel, S.233.

[46] BENISCH, Kooperationsfibel, S.235, mit zutreffender zusammenfassender Fest-

wenn sie nicht Wettbewerbsenthaltungspflichten, sondern (positive) Förderungspflichten begründen. Indessen darf man solche Leistungs- und Unterstützungspflichten nicht aus dem Gedanken der allgemeinen Zweckförderungspflicht als stillschweigend verabredet vermuten[47].

Heikel ist die Frage, ob sich ein Verbot der Partner, das Gemeinschaftsunternehmen zu konkurrenzieren, von der *gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht* herleiten und alsdann der Anwendbarkeit des KG entziehen lasse (Art. 23 Abs. 1 KG). Die deutsche Lehre bejaht die Frage[48]. In der Schweiz vertritt KUMMER die Meinung, gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen ermangelten (im Verhältnis zur Gesellschaft) der Gemeinsamkeit und seien daher von vornherein dem KG entwunden[49]. Dem zu folgen hält schwer, wenn man nicht konstruktiv argumentieren mag. Sobald nämlich eine juristische Person (oder Handelsgesellschaft) als Gemeinschaftsunternehmen faktisch-funktionell den Wettbewerb zwischen den Gründern aufzuheben bestimmt ist, muß die Berufung auf die Treuepflicht (soweit die fragliche Gesellschaftsform sie überhaupt kennt) unbehelflich bleiben. In der Gestalt des *Gemeinschaftsunternehmens* ist eben auch die juristische

stellung: «Die ausschließliche Inanspruchnahme des Gemeinschaftsunternehmens durch die Gesellschafter ist dann keine Wettbewerbsbeschränkung, sondern eine innerbetriebliche Unternehmensentscheidung.»

47 Vgl. dazu freilich HEFERMEHL, Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, S. 655.

48 BENISCH, Kooperationsfibel, S. 230; KLEIN, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 55ff., 77; vgl. zum europäischen Recht: PIERRE VAN OMMESLAGHE, Die Anwendung der Art. 85 und 86 des Rom-Vertrages auf Fusionen, Gesellschaftszusammenschlüsse und Gemeinschaftsunternehmen, Beiträge zum Europarecht, erstattet für das internationale Kartellrechtsforum 1966 in Brüssel, Köln/Berlin/Bonn/München 1967, S. 101ff. Zur gesamten Problematik: JÜRGEN WOLFF, Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Gründung gemeinsamer Produktionsunternehmen und ihre Beurteilung nach den §§ 1, 23 GWB, BB 1966, S. 920ff.

49 KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 93ff. Nach der Auffassung von KUMMER fehlt es deshalb an der Gegenseitigkeit, weil die Treuepflicht jedes Gesellschafters vertikal der Gesellschaft selbst (und zwar ohne deren Gegenleistung) geschuldet ist.

Person ganz und gar Diener, Werkzeug und nicht «wichtigster Partner»[50]; sie ist nicht «dekretierendes Rechtsgefüge»[51], sondern durchaus gefügiges Geschöpf.

Also ist das KG anwendbar. Dann aber bleibt die Frage, ob die mit dem Aufzug eines Gemeinschaftsunternehmens offen oder aller Regel nach stillschweigend verabredete Wettbewerbsbeschränkung durch die gesellschaftsrechtliche *Treuepflicht* gedeckt, ob also das KG durch das Gesellschaftsrecht verdrängt werde. Das ist aus den eben erwähnten wirtschaftlich-funktionellen Zusammenhängen grundsätzlich zu verneinen, weil die Treue zum Vehikel der Kooperation aller Regel nach nichts anderes als Kartelltreue der Kooperanten meinen kann. Ausnahmen sind auch hier einzuräumen, wie etwa das Verbot der persönlichen Verwertung von Kenntnissen, welche die Partner nur durch das Gemeinschaftsunternehmen erlangt haben[52].

Anderseits kann auch unter der Voraussetzung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Müttern die gemeinsame Tochter ohne kartellrechtliche Folgen verhalten werden, ihre Tätigkeit nicht auf den Bereich der Mütter auszudehnen. Alsdann handelt es sich nämlich lediglich um die Ausübung von Gesellschaftsrechten. Das deutsche *Bundeskartellamt* hat dazu festgestellt, die Freiheit zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens umfasse notwendig auch die Befugnis zur Festlegung von dessen Geschäftstätigkeit[53].

[50] KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 94.

[51] KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 96.

[52] Vgl. dazu BENISCH, Kooperationsfibel, S. 231, und dort zitierte weitere Literatur.

[53] Vgl. dazu MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3. A., § 1 N. 131.

§ 12. Privatrechtliche Probleme der Anwendung des KG

I. Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbots

Ist das KG im einzelnen Fall auf einen Vorgang oder Zustand der Konzentration oder Kooperation anwendbar, wird wichtigste Rechtsfolge des Privatrechts das *Verbot von Vorkehren* des betreffenden Kartells (oder der ähnlichen Organisation), mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden (Art. 4 KG). Materiell reicht dieses Verbot freilich nur so weit, wie es durch die Rechtfertigungsordnung des Art. 5 KG nicht wieder zurückgenommen wird.

1. Fusionen

Fusionen konstituieren Einheitsunternehmungen, die dem Behinderungsverbot gegebenenfalls als kartellähnliche Einzelunternehmen oder Oligopole unterstehen (Art. 4 Abs. 2, Art. 3 lit. a und b). Es stellen sich somit keine spezifisch konzentrationsrechtlichen Fragen. Das Behinderungsverbot gilt wie bei natürlich gewachsenen marktmächtigen Unternehmungen und Oligopolen. Da auch das Oligopol durch das Merkmal des «gegenseitig abgestimmten Verhaltens» gekennzeichnet ist, steht man allemal einheitlichem Verhalten (sei es der Einzelunternehmung oder der Oligopolisten) gegenüber[1]. Die kartell- und monopolrechtlichen Hauptprobleme in diesem Zusammenhang sind bekannt; sie lassen sich auf das *Diskriminierungsverbot* zurückführen. Dieses schließt indessen, wie anderweitig gezeigt worden ist, «normales Geschäftsverhalten» und auf diesem beruhende Ungleichbehandlungen (eingeschlossen die individuelle Geschäftsverweigerung) nicht aus[2]. Darauf ist nicht mehr zurückzukommen[3].

[1] Vgl. The Antitrust Laws and Single-Firm Conduct, Law and Contemporary Problems, XXX, Duke University, 1965, S. 461 ff.

[2] SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, S. 211; ebenso HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 95.

[3] Eine Wiedererwägung veranlaßt auch nicht MICHELI, Les exceptions à l'illicité

Man mag freilich die Frage stellen, ob nicht die Fusion (oder sogar die gegenseitige Abstimmung) *an sich* als Vorkehr zu gelten haben, wenn an ihnen eine kartellähnliche Organisation beteiligt ist. Das ist jedenfalls grundsätzlich zu verneinen, weil die von der Fusion oder der Abstimmung ausgehenden Drittwirkungen zwar den Dritten behindern können (indem sie den Wettbewerb abbauen), aber eben doch nicht gegen *Dritte gerichtete Vorkehren* sind[4]. Das folgt schon aus dem Umstand, daß das KG die marktmächtige Einheitsunternehmung schlechthin zuläßt, gleichviel, ob die Marktbeherrschung auf «innerem» oder auf «äußerem» Wachstum gründe[5].

Freilich: wenn eine kartellähnliche Unternehmung darauf ausgeht, durch Geschäftsverweigerung oder Diskriminierung Dritte zur Fusion oder zum abgestimmten Verhalten zu zwingen, hat man es unzweideutig mit einer *Vorkehr* zu tun. Alsdann kann nur noch fraglich sein, ob diese allenfalls nach Art. 5 KG gerechtfertigt werden könne. Dabei stößt man sofort auf die grundsätzliche Frage, ob die von der herrschenden Meinung durchwegs und zu Recht geforderte Bindung des schutzwürdigen an das öffentliche Interesse[6] auch bei bloß sinngemäßer Anwendung des Art. 5 KG

des entraves à la concurrence de tiers, S. 126ff., der auch bei normalem Geschäftsverhalten einer ähnlichen Organisation ausschließlich auf die Wirkungen abstellt und daher auch unter diesen Voraussetzungen (zu Unrecht) die Vorkehr bejaht. Das KG verbietet nicht einmal Kartelle, geschweige denn Normalverhalten marktmächtiger Einzelunternehmen (gleichgültig, welche Auswirkungen sie auf Dritte zeitigen). Das KG will vielmehr seiner ganzen Anlage nach den gezielten Einsatz der Macht auf Dritte (Vorkehr!) verhindern; weitere Verdeutlichungen dazu bei SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 108ff. und dort zitierte weitere Literatur.

[4] Vgl. dazu ausführlich SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 127; auch HOMBURGER, Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, S. 151ff.

[5] SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 127.

[6] Vgl. dazu SCHLUEP, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 396 Anm. 81; DESCHENAUX, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, S. 218; GIGER, Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, S. 56f.; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 49; MICHELI, Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence de tiers, S. 39ff.; die herrschende Meinung

(Art. 4 Abs. 2 KG) gegeben sein müsse. Das verneint MICHELI mit der Begründung, das Erfordernis der öffentlichen Interessen müsse angesichts der grundsätzlichen Unterschiede zwischen Kartell und ähnlicher Organisation gerade im Bestreben nach materieller Gleichbehandlung beider Erscheinungen fallen gelassen werden[7]. In der Tat hat man bei sinngemäßer Anwendung des Art. 5 KG auf ähnliche Organisationen zu fragen, ob Koinzidenz der Einzelinteressen mit den Gesamtinteressen hier überhaupt praktisch werden könne. Die Preisbildungskommission hat die Frage bejaht[8]. Dem ist entgegen MICHELI beizupflichten, wie ein Blick auf Einzelbeispiele des Art. 5 Abs. 2 KG lehrt[9]. Selbst den Rechtfertigungsfall, daß eine ähnliche Organisation Träger der Strukturpolitik werden könnte, darf man von der Sache her – gerade im Zusammenhang mit Konzentrationen – nicht von vornherein eliminieren. Freilich hat man sich vor Augen zu halten, daß alsdann die ähnliche Organisation *wirtschaftspolitische Zuständigkeiten* ausübt[10].

ist bestätigt worden in BGE 94 II 339; differenzierend SCHÜRMANN, Kommentar, S. 83 f.; a. M. HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 105 ff. (gegen HOMBURGER: Diskussionsvotum JUNOD, ZSR 1970 II, S. 869).

7 MICHELI, Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence de tiers, S. 127 f.: «Selon nous, devant une entrave commise par une organisation analogue, le juge devrait se contenter de procéder à une pesée des intérêts privés en présence.»

8 Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, S. 170.

9 Weshalb sollte eine marktmächtige Unternehmung nicht für Lauterkeit auf einer nachfolgenden oder vorgehenden Wirtschaftsstufe (lit. a) sorgen, nicht die Abnehmer zu angemessener beruflicher Ausbildung und Einrichtung des Betriebes zwingen (lit. b), nicht angemessene Preisbindungen der zweiten Hand durchsetzen (lit. e) oder nicht ihren Auslandmarkt durch ein differenziertes System der Absatzkanäle durchorganisieren (lit. d) dürfen? Vgl. dazu SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, S. 216 f.

10 Vgl. SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, S. 217, mit der Folgerung, daß schwere Bedenken gegen die Einräumung solcher politischer Zuständigkeiten durch zivilrichterliches Urteil bestehen. – Vgl. im übrigen zum konzentrationsrechtlich wichtigen Rechtfertigungsargument der Rationalisierung: BGE 91 II 25 ff.

2. Konzerne

Vorweg ist darauf hinzuweisen, daß sich bei Konzernbildungen eine Reihe von Fragen kartellrechtlich nicht anders stellen als bei *Fusionen:* Die von einer ähnlichen Organisation ausgehende Konzernbildung ist an sich nicht Vorkehr, wenn sie nicht mittels Einsatzes von Marktmacht zustande gekommen ist[11]. Und auch hier wäre ein solcher unzulässiger Einsatz von Marktmacht grundsätzlich nach Art. 5 KG freistellungsfähig[12].

Das zentrale kartellrechtliche Problem der Konzentration durch Konzerne läuft aber auf die Frage hinaus, ob Wettbewerbsbehinderungen im Rahmen von Konzernen durch den Konzerntatbestand «konsumiert» werden. Bei horizontalen Beteiligungskonzernen ohne Außenseiter wird man davon ausgehen dürfen, daß die Töchter einen eigenen Willen nicht haben und daher durch die marktmächtige Mutter auch nicht benachteiligt werden können[13]. Selbst der «dezentralisierte» Konzern gewährt nur übertragene Autonomie, die sich nicht im Sinne echter Diskriminierung ausspielen läßt[14]. Doch können solche konzerninterne Differenzierungen Außenwirkungen zeitigen und sich so als indirekte Vorkehren entpuppen[15].

Zu fragen ist weiter, ob die Sachlage gleich zu beurteilen ist

[11] SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 127.

[12] Ausführlich dazu SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 128 ff.

[13] Vgl. dazu vor allem den rechtsvergleichenden Überblick bei SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 117 ff. (mit Referaten und Belegen).

[14] Vgl. aber SCHÜRMANN, Kommentar, S. 57. – Zum ganzen Problem: HARMS, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 40 ff.

[15] Vgl. dazu vor allem den Entscheid der Kommission in Sachen Kodak; Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 7. Juli 1970, Nr. L 147/24; Kommentar dazu bei MESTMÄCKER, Die Beurteilung der Unternehmenskonzentrationen nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, S. 752. – Zum Begriff der indirekten Vorkehr: WEIBEL, Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, S. 101 ff.; GUT, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, S. 20 ff., S. 190 f.

bei Vertrags- und Beteiligungszusammenfassungen mit *Minderheitsgesellschaftern*. Das ist grundsätzlich zu verneinen, weil das schweizerische Gesellschaftsrecht ein Konzerninteresse nicht anerkennt, dem auf dem Wege der Mehrheitsbeteiligung oder der vertraglichen Bindung gegen den Willen von Minderheitsgesellschaftern Nachachtung verschafft werden könnte[16]. Kartellrechtlich entscheidend ist die Nichtberücksichtigung des Konzerntatbestandes im schweizerischen Gesellschaftsrecht deshalb, weil unter solchen Voraussetzungen nicht mehr von einem unangefochtenen und ohne Schwierigkeiten durchsetzbaren Einheitswillen die Rede sein kann. Jede Diskriminierung durch eine marktmächtige «Mutter» ist insoweit Behinderung eines *anderen* Unternehmens und fällt unter Art. 4 KG (mit der oben angezeigten Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 5 KG).

Außergewöhnlich heikel wird die Anwendung des Behinderungsverbotes bei marktmächtigen *Vertikalkonzernen,* weil hier allemal die Neigung besteht, die Konkurrenten der Töchter schlechter zu behandeln und die Marktmacht mittels «squeezing» auf die nachfolgende Marktstufe zu verlängern. Die Frage ist kürzlich ex professo erörtert worden[17]. Am Ergebnis ist festzuhalten: «Förderung der Konzerntöchter durch (im Vergleich zu Marktbedingungen) günstigere Preise und Bezugsbedingungen ist als konzernpolitisch begründete Maßnahme aller Regel nach erlaubt, auch wenn sie sich im Reflex behindernd auf die Konkurrenten der Töchter auswirkt. Einseitige und nur unter Einsatz der Marktmacht mögliche Preiserhöhungen und Konditionenerschwerung gegenüber konzernfreien Drittabnehmern bleiben regelmäßig verboten, auch wenn sie die Stellung des Konzerngliedes im Wett-

[16] Vgl. dazu SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 238 ff.; CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, S. 77 ff.; FRANZ PETER OESCH, Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss. Bern 1971, S. 169 ff.; MARTIN ZWEIFEL, Für ein schweizerisches Konzernrecht, SAG 1973, S. 24 ff.

[17] SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 103 ff.

bewerb auf dem Händler-Konsumenten-Markt stärken»[18]. Diese Regel gilt freilich wiederum nicht bei vertikalen Beteiligungs- oder Vertragskonzernen mit *Minderheitsgesellschaftern:* Nach schweizerischem Recht bleibt auch hier eine umfassende Konzernpolitik rechtlich verwehrt, so daß darauf beruhende «Rationalisierungsgewinne» ausbleiben und daher auch den Töchtern nicht weitergegeben werden können. Unter solchen Voraussetzungen ist die Bevorzugung sachlich ungerechtfertigt und gleich zu behandeln wie eine unmotivierte Preiserhöhung gegenüber den Konkurrenten der Tochter: als verbotene Vorkehr im Sinne von Art. 4 KG (mit der Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 5 KG).

3. Kooperationen

3.1 Behinderungen durch Horizontalkooperationen

Der hier näher zu klärende Ausgangssachverhalt ist die horizontale Kooperation in irgendeiner Gestalt (z.B. Werbegemeinschaft, Gemeinschaftsverkauf, Normen- und Typengemeinschaft usw.), die als *Kartell* zu qualifizieren ist. Solchen Kooperationsverhältnissen ist es (wie jedem anderen Kartell) untersagt, Dritte mittels Vorkehren vom Wettbewerb auszuschließen oder erheblich zu behindern (Art. 4 Abs. 1 KG). Fraglich ist nur, unter welchen Voraussetzungen aus (erlaubten) wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen (verbotene) qualifizierte Behinderungen werden.

MERZ scheint anzunehmen, eine (wettbewerbsbeschränkende) Rationalisierungskooperation (z.B. durch Normierungen und Typisierungen) führe aus sich selbst heraus zur Behinderung der außenstehenden Dritten: «Bezieht sich die Wettbewerbsbehinderung nur auf die Rationalisierungsmaßnahme selber – was z.B. bei Normierungen und Typisierungen der Fall ist –, so dürfte, wenn

[18] SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 114f.; vgl. jetzt auch GÜNTHER SKIBA, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Frankfurt 1971, S. 134ff.; WERNER SCHULTES, Preisdifferenzierung unter wettbewerbspolitischem Aspekt, Köln/Berlin/Bonn/München 1963; INGO KOLLER, Der Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, Stuttgart 1972, S. 104ff.; HEINZ-DIETER WEISS, Preisdifferenzierung und funktionsfähiger Wettbewerb, Hamburg 1972, S. 124ff.

die Wettbewerbsfreiheit (wessen?; Verf.) keine zusätzlichen Beschränkungen erfährt, die Rechtfertigung regelmäßig gelingen.»[19] Zu rechtfertigen ist nur, was widerrechtlich war; also wäre die Rationalisierung schon Behinderung? Die weiteren Ausführungen MERZens scheinen diese Deutung zu belegen: nicht rechtfertigungsfähig soll die «gezielte Normierung» bleiben, wodurch «die Typenauswahl in den Dienst der Eliminierung eines bestimmten Konkurrenten gestellt wird»[20].

Dem zu folgen hält schwer: praktisch liefe eine solche Meinung darauf hinaus, kooperationswilligen, aber nicht zugelassenen Dritten einen kartellrechtlichen *Aufnahmeanspruch* zu gewähren. Nun ist zwar zuzubilligen, daß Art. 6 Abs. 2 KG in der Tat dem Behinderten (unter bestimmten Voraussetzungen) einen Aufnahmeanspruch einräumt, so daß offenbar die Abweisung eines Dritten durchaus Baustein des Behinderungstatbestandes sein kann. Indes: Art. 6 Abs. 2 KG ermächtigt den Richter zur Anordnung der Aufnahme nur «nötigenfalls»[21]. Daraus folgt ohne weiteres, daß nicht *jede* Aufnahmeverweigerung schon Vorkehr ist. In der Tat ist Aufnahmeverweigerung nie *selbständige* Vorkehr, tritt also stets nur in Begleitung einer andern gezielten Maßnahme auf und begründet daher den Aufnahmeanspruch nur, wenn die Beseitigung der primären Vorkehr aus irgendeinem Grunde nicht zum Ziele führt. Die Aufnahmeverweigerung erhält somit ihren Widerrechtlichkeitsgehalt sozusagen als Reflex der Beseitigungsschwierigkeiten der eigentlichen Vorkehr[22].

Daraus ist nun positiv zu folgern, daß horizontale Koopera-

[19] MERZ, Rationalisierung und Kartellrecht, S. 128.

[20] MERZ, Rationalisierung und Kartellrecht, S. 128; vgl. aber auch die von MERZ selbst geäußerte Gegenauffassung: Die kartellistische Durchsetzung von Preisvereinbarungen und Kalkulationsnormen, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, S. 198; Probleme einer Kartellgesetzgebung in der Schweiz, WuR 1956, S. 85.

[21] Vgl. dazu WEIBEL, Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, S. 87f.

[22] Vgl. dazu ausführlich WEIBEL, Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, S. 88ff.; WEIBEL verweist vor allem auf den im Kooperationsrecht durchaus möglichen Fall, daß die primäre Behinderung nach Art. 5 KG gerechtfertigt ist. Unter solchen Voraussetzungen wird die Aufnahmeverweige-

tionsgebilde in Kartellform von Kartellrechts wegen auch dann nur ganz ausnahmsweise (und unter besonderen Umständen) zur Aufnahme eines Dritten gezwungen werden können, wenn die Aufnahmeverweigerung gegen diesen Dritten gerichtet ist. Erst recht kann von einem Aufnahmezwang dann die Rede nicht sein, wenn die Verweigerung sachlich gerechtfertigt ist und sich z.B. aus den für den betreffenden Kooperationstyp erforderlichen Unternehmensgrößen aufdrängt[23].

Der guten Ordnung halber sei angemerkt, daß Kooperationskartelle durchaus den Charakter der Vorkehr annehmen können. Freilich ist das nur dann der Fall, wenn die Kooperation bloß vorgetäuscht, in Wahrheit aber Behinderungsvehikel ist. Das trifft etwa zu in dem von MERZ erwähnten Fall der gezielten Normierung, in dem die «Kooperanten» Typen nicht nach Rationalisierungsgesichtspunkten ausmerzen, sondern nach der Eliminationswirkung gegenüber Dritten[24].

Man denke auch an Verkaufs- oder Einkaufsgemeinschaften, die gezielt Kaufs- oder Verkaufsinteressenten meiden, etwa weil diese einzelne (oder alle) Kartellmitglieder auf anderen Märkten konkurrenzieren. Entscheidend ist mithin, ob sich die Behinderung als bloße Kehrseite der Wettbewerbsbeschränkung ergebe oder ob sie qualifiziert auf Beeinträchtigung Dritter angelegt sei (Vorkehr). Folgerichtig wird man in der Forschungsgemeinschaft nicht schon deshalb eine Vorkehr sehen dürfen, weil diese beitrittswillige (aber nicht aufgenommene) Dritte rettungslos ins Hintertreffen bringt[25]. Aber die gleiche Exklusivität wird sofort Vorkehr, wenn der Ko-

rung zur selbständigen Behinderungshandlung. Vgl. im übrigen zur Frage auch HENRI DESCHENAUX, La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de boycott et l'avant-projet de la loi sur les cartels, WuR 1961, S.162; ferner BGE 82 II 307; aber auch 86 II 369f.

[23] Vgl. dazu WEIBEL, Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, S.92.

[24] Vgl. MERZ, Rationalisierung und Kartellrecht, S.128: «... indem – entgegen den Gesichtspunkten des höchstmöglichen Rationalisierungseffektes – gerade jene Größen oder Formen der Normierung zum Opfer fallen, für welche sich dieser Konkurrent mit erheblichen Investitionen besonders eingerichtet hat.»

[25] In sogenannten *Gütezeichengemeinschaften* wird der Dritte insoweit nicht behindert, als ihm unbenommen bleibt, das Gut in gleicher Qualität herzustellen

operationszweck mit Hilfe des nicht aufgenommenen Dritten nach der (wirtschaftlichen) Natur der Sache besser erfüllt werden könnte. Dann nämlich nimmt der numerus clausus ganz offenkundig den Charakter der gezielten Behinderung an, wenn nicht andere sachliche (z.B. persönliche) Gründe der Aufnahme entgegenstehen.

Muß im einzelnen Fall gezielte Behinderung nach Art.4 KG angenommen werden, besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Rechtfertigung, wenn sich die Kooperation aus irgendwelchen Gründen nur um den Preis der Vorkehr verwirklichen läßt. Dabei ist zu bedenken, daß zumal *funktionale* Kooperation als Mittel zur Erlangung von Größenvorteilen gesellschaftspolitisch der Vollkonzentration vorzuziehen ist[26]. Dem ist Rechnung zu tragen, obwohl Art.5 Abs.2 KG Rationalisierungskartelle (und ganz allgemein Kooperationsveranstaltungen) nicht ausdrücklich erwähnt. Darauf kann indessen nichts ankommen, weil die Vorschrift nur beispielsweise («insbesondere») aufzählt[27]. Zudem vermögen die lit. b[28], c[29] und d[30] sehr wohl Einfallstore für die Rechtfertigung von Kooperationen abzugeben.

3.2 Behinderung durch Vertikalkooperationen

Wie oben gezeigt worden ist, erfaßt das KG vertikale Individualverträge ganz allgemein nur dann, wenn ein Vertragspartner

und es entspechend anzupreisen. Nur die Kollektivmarke zu gebrauchen, ist ihm verwehrt, was unmittelbar auf die markenrechtliche Ausschlußordnung und nicht auf die Vereinbarung eines einheitlichen Qualitätstyps zurückzuführen ist; ausführlich dazu SCHLUEP, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S.406f.; KUMMER, Der Begriff des Kartells, S.114ff.; vgl. demgegenüber § 27 GWB und dazu MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gemeinschaftskommentar, 3.A., § 1 N.136.

[26] Vgl. vorne S.247ff.

[27] Vgl. dazu MERZ, Rationalisierung und Kartellrecht, S.127f.

[28] GIGER, Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, S.60; MICHELI, Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence de tiers, S.80ff.

[29] Dazu vor allem BGE 91 II 25ff.; MERZ, Rationalisierung und Kartellrecht, S.129ff.; ARNOLD KOLLER, Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S.116ff.; MICHELI, Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence de tiers, S.86ff.

[30] Vgl. dazu vor allem WÄLTERMANN, Die rechtliche Behandlung der Exportkartelle im KG.

ein Kartell oder ähnliche Organisation ist. Gleiches trifft zu für den Fall der Preisbindung zweiter Hand; das KG will nur gelten, wenn die Bindung aufgrund einer Kartellbestimmung oder durch eine kartellähnliche Organisation auferlegt oder durchgesetzt werden soll (Art. 2 Abs. 2 KG).

Mithin vermögen Vertikalkooperationen Dritte nur dann im Sinne des KG erheblich zu behindern, wenn sie kartellistisch organisiert sind oder von ähnlichen Organisationen ausgehen. Dabei stellen sich indessen keine spezifisch kooperationsrechtlichen Probleme. Allemal ist zu fragen, ob z. B. der Beschluß des Kartelles oder der ähnlichen Organisation, die Produktion z. B. durch das «Franchise-System» abzusetzen, «Vorkehr» gegen die ausgeschlossenen eigenen Konkurrenten und die Wettbewerber der Franchise-Nehmer sei. Es gilt indessen auch hier, daß normales Wettbewerbsverhalten nicht schon wegen allfällig negativer Drittwirkungen Vorkehr ist[31]. In diesem Zusammenhang genügt ein allgemeiner Hinweis auf die wirtschaftlichen Vorteile etwa des Alleinvertriebsvertrags[32] und des Franchise-Vertrags[33]. Aber ganz zweifelsfrei können solche Absatz- oder Einkaufssysteme auch zu Vorkehren verwendet werden, die Dritte vom Wettbewerb ausschließen oder in der Ausübung erheblich behindern sollen. So etwa, wenn der kartellähnliche Produzent Interessenten als Alleinvertreter oder Franchise-Nehmer ohne vernünftigen Grund und aus bloßer Gefälligkeit gegenüber seinen Vertragspartnern ausschließt. Aber auch der Franchise-Nehmer kann ebenso wie der Alleinvertreter erheblich behindert werden, wenn er das Opfer eines Koppelungsversuchs des Kartellmitglieds oder der ähnlichen

[31] Vgl. SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, S. 208 ff.; DERSELBE, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 104 ff.

[32] Vgl. dazu im einzelnen SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 163 ff.; Verordnung Nr. 67/67 der Kommission vom 22. März 1967 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsverträgen.

[33] Vgl. dazu vor allem GROSS/SKAUPY, Das Franchise-System, S. 11 ff.; THOMPSON, Franchise Operations and Antitrust, S. 19 ff.; Report of Ad Hoc Committee On Franchising, Trade Regulation Reports 1969 (Supplement zu Nr. 444), New York/Chicago/Washington 1969.

Organisation geworden ist[34]. Die Behinderungsmöglichkeiten werden erheblich vermehrt, wenn – wie das gerade auch bei Franchise-Verträgen häufig zutrifft – die Kooperation sich über die Einräumung von Lizenzen an gewerblichen Schutzrechten und «know how» oder von bloßen Erlaubnissen zum bezugnehmenden Gebrauch (etwa der Firma des Franchise-Gebers) abwickelt. Hier besteht die Gefahr zumal darin, daß dem Lizenznehmer vertragliche Beschränkungen auferlegt werden, die über den Inhalt des Immaterialgüterrechts hinausgehen[35, 36].

[34] Vgl. dazu Art. 85 lit. c und Art. 86 lit. d EWGV, wonach verboten ist 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. Vgl. dazu auch die Kategorie der «Tying Arrangements» des amerikanischen Rechts: "... (a tying arrangement is an agreement) by a party to sell one (tying) product but only on the condition that the buyer also purchases a different (tied) product, or at least agrees that he will not purchase that product from any other supplier"; Northern Pacific Railroad v. US, 356 US 1 ff.; THOMPSON, Franchise Operation and Antitrust, S. 60 ff.; PHILIP AREEDA, Antitrust Analyses, Boston/Toronto 1967, S. 438 ff.; KAYSEN/TURNER, Antitrust Policy, Cambridge 1959, S. 153 ff.

[35] Vgl. dazu § 20 Abs. 1 GWB; ERNST REIMER, Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1963, § 20 N. 4 und N. 5 ff.; MÜLLER/GRIES/GIESSLER, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, 2. Aufl., Frankfurt 1967) § 20/21 N. 17 ff.; KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 109 ff.; SCHLUEP, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 406 ff.; vgl. zum Problem auch WOLFGANG FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958; ALFONS KRAFT, Patent und Wettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, S. 60 ff.; ERICH KAUFER, Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg v. d. H. 1970, S. 175 ff.; UWE DREISS, Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzvertragssystemen, Köln/Berlin/Bonn/München 1972; HANS-JÜRGEN SCHULTE, Lizenzaustauschverträge und Patentgemeinschaften im amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt a. M. 1971; ULRICH LOEWENHEIM, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, Bad Homburg v. d. H. 1970; HANS-GERWIN BURGBACHER, Warenzeichenlizenzverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt a. M. 1972; GOTTFRIED LIEBERKNECHT, Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt a. M. 1953; MATHIAS LANDOLT, Die Zulässigkeit von Grantback-Vereinbarungen im amerikanischen Patent- und Antitrustrecht, Diss. Zürich 1970; REMIGIUS KÜCHLER, Beurteilung von Lizenzverträgen nach EWG-Recht, Informationsbulletin des Instituts für europäisches und internationales Wirtschafts-

3.3 Behinderung durch Gemeinschaftsunternehmen

Vorne ist gezeigt worden, daß die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens den Tatbestand des Kartells setzen kann. Daher ist zu überprüfen, ob sich aus der Eigenart des Kartelltatbestands in Gestalt der Gemeinschaftsunternehmung Besonderheiten im Blick auf das Behinderungsverbot ergeben.

3.31 Funktionale Kooperation

Vergemeinschaften Konkurrenten eine marktbezogene Unternehmensfunktion (wie z.B. die Werbung), ist es zunächst rechtlich irrelevant, ob die Zusammenarbeit in einer eigenständigen Gesellschaft oder durch bloß individuelle gegenseitige Absprache (A wirbt in Nord- und Südamerika, B in Europa und Asien) erfolge. Selbst wenn A und B durch die Zusammenarbeit den Werbeerfolg erheblich steigern, haben Drittkonkurrenten auch dann keinen Anspruch auf Benützung der gemeinsamen Einrichtungen, wenn diese Gesellschaftsform oder gar juristische Persönlichkeit annehmen. Sogar wenn das die Gemeinschaftswerbung besorgende Gemeinschaftsunternehmen auch für Dritte entgeltlich Werbung zu treiben beginnt, haben die Konkurrenten von A und B kein Recht auf Bedienung. Erlangt das Gemeinschaftsunternehmen dagegen eine marktbeherrschende Stellung (etwa infolge patentierter Werbeeinrichtungen), ist zu unterscheiden: Gewiß brauchen A und B auch weiterhin ihre Werbegemeinschaft nicht zu erweitern. Veranlassen sie indessen das marktbeherrschende Gemeinschaftsunternehmen, Werbeaufträge ihrer Konkurrenten zurückzuweisen, liegt ein gewöhnlicher Fall der Drittbehinderung durch eine ähnliche Organisation vor. Nicht hat man es darüber hinaus mit einer indirekten Vorkehr des zwischen A und B bestehenden Werbekartells zu tun, da das zwischen A und B zur Festlegung der gemeinsamen Politik bestehende Konsortium keine

und Sozialrecht an der Hochschule St. Gallen, 15, St. Gallen 1972; EDMOND MARTIN-ACHARD, Le secret en matière de know-how entre les entreprises et au sein de celles-ci, Rüschlikon-Zürich o.J.; PIERRE HUG, Die künftige Rolle des Lizenzgeschäftes im Großen Markt, Rüschlikon-Zürich o.J.

[36] Daß auch vertikale Preisbindungen Kooperationsinstrumente sein können, weist HANS-OTTO SCHENK, Vertikale Preisbindung als Form vertikaler Kooperation, Berlin 1971, S. 71 ff., besonders S. 82 ff., nach.

Maßnahme des Werbekartells, sondern allenfalls Vollzug der Kartellabrede darstellt[37, 38].

3.32 Gegenständliche Kooperation

Sind A und B Konkurrenten und lassen sie (unter gleichzeitig verabredetem Verzicht auf Eigenproduktion) ein Gut X durch ihre gemeinsame Tochter herstellen, hat man es mit einer kartellistischen Teilausgliederung und -vergemeinschaftung der Herstellung zu tun, wenn das Gemeinschaftsunternehmen ausschließlich die Mütter zu beliefern errichtet worden ist. Tritt es dagegen selbständig am Markt auf, steht man kartellistischer gegenständlicher Kooperation mittels Gemeinschaftsunternehmens gegenüber. Wird ein zur Spezialisierung entschlossener Konkurrent von A und B (und des Gemeinschaftsunternehmens G) nicht beliefert, fehlt es an der Vorkehr auch dann, wenn die Geschäftsverweigerung im Konsortium zwischen A und B abgesprochen worden ist. Es verhält sich nicht anders, als hätten A und B (ohne Gemeinschaftsunternehmen) vereinbart, das Gut X vom Bereich der sog. Kollegenlieferung (zwischen Konkurrenten) auszunehmen. Vorkehr wäre es dagegen, wenn A und B im angestammten Fabrikationsbereich aufgrund der Spezialisierungsabrede ihre Abnehmer dazu verpflichteten, das Gut X nur beim Gemeinschaftsunternehmen und nicht bei Konkurrenten zu beziehen.

Wird das Gemeinschaftsunternehmen marktmächtig, muß die Verkaufsverweigerung gegenüber Konkurrenten der Mütter als gewöhnliche Behinderung durch eine ähnliche Organisation quali-

[37] Vgl. zum grundsätzlich gleich gelagerten Fall des Verkaufssyndikates: MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 78; GUT, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, S. 143; vor allem auch WEIBEL, Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, S. 99.

[38] Nur der guten Ordnung halber wird angemerkt, daß vertikale funktionale Kooperation durch Gemeinschaftsunternehmen im Regelfall schon deshalb außer Betracht fällt, weil das gewöhnliche Vertikalverhältnis nicht unter der Geltung des Kartellgesetzes steht. Ist einer der beiden Partner ähnliche Organisation, kommt zwar das Kartellgesetz zum Zuge; doch ist z.B. die Errichtung einer Datenverarbeitungsanlage durch einen marktmächtigen Hersteller und seinen Alleinvertreter keine Vorkehr der ähnlichen Organisation zur Behinderung Dritter.

fiziert werden, man zählte sie denn zu den Fällen «normalen Geschäftsverhaltens»[39]. Das aber wird man nicht tun dürfen, weil weder gewöhnliche noch marktmächtige Unternehmungen auf Umsatzsteigerungen zu verzichten pflegen, wenn damit nicht irgendwelche überschießende Nachteile für die Geschäftspolitik verbunden sind. Solche Fälle sind freilich möglich; man denke an den Konkurrenten, der das erworbene Gut (trotz der um die Gewinnspanne des Gemeinschaftsunternehmens erhöhten Selbstkosten) zu Kampfpreisen unter den Einstandskosten auf den Markt wirft. Unter solchen Voraussetzungen darf auch die marktmächtige Unternehmung die Belieferung verweigern[40].

Andererseits ist das der Gemeinschaftsunternehmung auferlegte Verbot, die Mutterunternehmungen zu konkurrenzieren, nicht Vorkehr des Kartells zwischen A und B. Entweder ist unter solchen Voraussetzungen das Gemeinschaftsunternehmen ganz einfach Partner im Spezialisierungskartell und insoweit nicht Dritter. Oder aber die Mutterunternehmen haben den Zweck der gemeinsamen Tochter von vornherein auf die Herstellung des Gutes X eingeengt, so daß eine «autonome Selbstbeschränkung»[41] vorliegt.

Dieser letzte Gesichtspunkt beherrscht die Lage auch bei *vertikaler* Kooperation mittels Gemeinschaftsunternehmens, wenn also A und B (als Fabrikationsunternehmen) gemeinschaftlich eine Unternehmung mit Großhandelsfunktion ins Leben rufen. Ganz

[39] Vgl. dazu SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, S. 209ff.; DERSELBE, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 103ff.

[40] In diesem Sinn ist nach der hier vertretenen Auffassung die von WERNER BENISCH, Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1963, § 26 Abs. 2 N. 52, vertretene Meinung zu präzisieren, wonach «unzumutbare Verstärkung der Wettbewerbsstellung des Gegners im Verhältnis zum Verweigerer» zur Leistungsverweigerung berechtigt. Im übrigen ist auch zu beachten, daß kein Konzern vorliegt, so daß man die in Konzernen möglichen sachlichen Rechtfertigungsgründe nicht anrufen kann; vgl. zu diesem letzten Sachverhalt SCHLUEP, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, S. 103ff.

[41] So OTTO SANDROCK, Probleme der Gemeinschaftsunternehmen nach Europäischem Kartellrecht, AWD 1970, S. 344.

offenkundig kann sich kein Konkurrent von A und B zur Wehr setzen, wenn die Gemeinschaftsunternehmung mit dem ausschließlichen Zweck gegründet worden ist, die Brücke zwischen Einzelhandel und A/B zu schlagen. Da die (eben erst gegründete) Gemeinschaftsunternehmung vorher überhaupt nicht existierte, wird niemandem ein aktueller oder potentieller Abnehmer ausgespannt. Aber auch die Großhändler sind nicht behindert, da die Schaffung der eigenen Großhandelsorganisation nicht als Vorkehr, sondern nur gerade als Vollzug der Wettbewerbsbeschränkung (gemeinsame Verteilung mittels einer gemeinsamen Tochter) anzusprechen ist. Ist eine Mutter (oder sind beide Mütter) marktbeherrschend, wird wiederum fraglich, ob ausschließlicher (oder begünstigender) Vertrieb über die gemeinsame Tochter Drittgroßhändler behindere. Das ist zu bejahen, weil kein vernünftiger Geschäftsgrund ersichtlich ist, diese auszumerzen. Das freilich wiederum mit dem Vorbehalt, daß die betreffenden Drittgrossisten nicht ungewöhnliche und dem Ansehen der Hersteller A/B schädliche Absatzmethoden praktizieren.

Übernehmen A und B durch Beteiligungserwerb eine bereits existierende Großhandelsunternehmung und beschließen sie Exklusivvertrieb über diese gemeinsame Tochter, sind sie Kartell und nichts weiter. Die Ausschließlichkeitsabrede ist nicht etwa Vorkehr, sondern Konkretisierung der Vertriebsvereinbarung[42]. Anders nur, wenn A oder B (oder A und B) den Markt beherrschen, weil alsdann die Nichtbelieferung von Drittgrossisten Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung einer ähnlichen Organisation und daher Behinderung im Sinne des Art. 4 KG wäre, wenn nicht der Grossist aus Gründen vernünftiger Geschäftspolitik vom Anspruch auf Gleichbehandlung auszuschließen wäre.

Beherrschte die übernommene (nun) gemeinsame Tochter vor-

[42] Grundsätzlich anders KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 105ff. Die liebenswürdige kollegiale Erläuterung des Kollegen KUMMER im Gespräch läßt aber den Schluß zu, daß auch er hier angesichts der gesellschaftsrechtlichen Integration der gemeinsamen Tochter in der Ausschließlichkeitsbindung keine drittgerichtete Vorkehr sähe. Im übrigen würde KUMMER dem Sachverhalt vermutlich mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht begegnen; ebenda, S. 93ff.

her als Nachfragerin den Markt, darf sie wie jede andere ähnliche Organisation die Konkurrenten der Mütter nur dann übergehen, wenn das «legitimate business reasons» gebieten. Anders als im Konzern sind indessen übereinstimmende Interessen von Gesellschaftern ohne (je) selbständige Mehrheitsmacht (über das Gemeinschaftsunternehmen) keinesfalls Argumente einer vernünftigen Geschäftspolitik auch der gemeinsam beherrschten Tochter. Fraglos schlüge das oben erwähnte Argument der «autonomen Selbstbeschränkung» nicht durch, wenn die Mütter durch nachträgliche Zweckänderung der marktmächtigen Gemeinschaftsgesellschaft ausschließliche Belieferung statutarisch sicherzustellen versuchten. Alsdann hätte man nämlich eine schlichte Vorkehr der ähnlichen Tochterorganisation vor sich, die statt durch die geschäftsführenden Organe durch die «korporationsrechtlich Dirigierenden»[43] veranlaßt wäre.

Wie verhält es sich, wenn zwei marktmächtige Mütter (als bloß potentielle Konkurrenten) im Gemeinschaftsunternehmen ein Drittprodukt herstellen lassen? Die Gründung des «joint venture» setzt im Falle der potentiellen Konkurrenz (im Bereich des Drittproduktes) den Kartelltatbestand, so daß das KG auch aus diesem Grunde anwendbar ist. Leisten die Mütter dem Konglomerat Entwicklungshilfe, werden die Konkurrenten der gemeinsamen Tochter behindert, weil der Wettbewerbsdruck (gegenüber dem status quo ante) zunimmt[44]. Allein diese Behinderung ist nicht Vorkehr, ja nicht einmal Einsatz von Marktmacht der ähnlichen (Mutter-) Organisationen; es handelt sich vielmehr um schlichte Hilfe finanzstarker Gesellschafter für ihre Gesellschaft. Trifft das aber zu, ist auch irrelevant, ob die «rich parents» bloß Starthilfe gewähren

[43] KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 4.

[44] Vgl. dazu die «deep pocket»-Theorie des amerikanischen Antitrustrechts: Nach dieser Theorie «behindert ein konglomerates joint venture dann den Wettbewerb und verstößt gegen Sect. 7 Clayton Act, wenn nach angemessener Wahrscheinlichkeit der finanzielle Rückhalt bei kapitalkräftigen und marktmächtigen Elternunternehmungen dem joint venture einen ungewöhnlichen Vorteil über seine Wettbewerber einräumen und potentiellen Konkurrenten den Markteintritt verleiden wird»; MAURER, Die Gemeinschaftsunternehmen im amerikanischen Antitrustrecht, S. 117.

oder ob sie (wider alle Gesetze natürlichen Lebens) mit ihrer Finanzkraft dem Tod der Tochter erfolgreich die Stirne zu bieten vermögen. Die im Gefolge damit auftretenden Unannehmlichkeiten für Konkurrenten der Tochter beruhen nicht auf Vorkehr; sie sind hinzunehmender Reflex erlaubten Geschäftsgebarens.

II. Probleme der Befreiung von der Kartellverpflichtung

Oben ist gezeigt worden, welche praktische Bedeutung der Bestandessicherung von Kooperationsverhältnissen beizumessen ist[45]. Namentlich wurde herausgestellt, wie im einzelnen Fall der Austritt eines Kooperanten verhindert werden kann[46]. Die dort gewonnenen Ergebnisse bedürfen nun freilich dort der Überprüfung, wo das Kooperationsverhältnis *Kartellgestalt* annimmt. Unter diesen Voraussetzungen greift nämlich die kartellrechtliche Befreiungsregelung (Art. 12/13 KG) als rechtsformenunabhängige *Sonderordnung* Platz. Art. 12 Abs. 4 KG macht klar, daß diese Ordnung (nur) Mindestansprüche verbürgen will.

1. Voraussetzungen der kartellrechtlichen Befreiungsklage

Art. 12 Abs. 1 KG gewährt dem Kartellmitglied die Klage auf Befreiung von der Kartellverpflichtung, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der die Kartellverpflichtung nach Treu und Glauben unzumutbar macht. Das Gesetz nennt als Beispiel eines wichtigen Grundes: die erhebliche Verschlechterung der Stellung des Klägers. Aus den Materialien wird klar, daß die Wettbewerbsstellung gemeint ist[47], was aber die Berücksichtigung einer allfällig beeinträchtigten Rechtsstellung nicht ausschließt[48]. Entgegen SCHÜRMANN[49] und mit HIRSCH[50] sind an den Begriff der Erheblichkeit

[45] Vgl. vorne S. 458ff. [46] Vgl. vorne S. 452ff.

[47] Vgl. Botschaft, S. 41.

[48] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 122; Vorentwurf der Expertenkommission vom April 1959 (Art. 3 Abs. 1); Bericht zum Vorentwurf 16; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 110.

[49] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 122.

[50] HIRSCH, La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, S. 48; ebenso JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 112f.

(anders als in Art. 4 KG) strenge Anforderungen zu stellen, da es um die richterliche Lösung einer rechtsgeschäftlichen Bindung geht. Das folgt schon aus dem ausdrücklichen Verweis auf das Erfordernis der (nach Treu und Glauben zu beurteilenden) Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Kartellverpflichtung.

Neben dem im Gesetz genannten Beispiel können alle Fälle praktisch werden, die unter dem Titel des wichtigen Grundes zumal im Gesellschaftsrecht Anerkennung gefunden haben. So werden etwa genannt: ungleiche Behandlung, schwere Vertrauenskrisen, nachträgliche Verschärfung der Auswirkungen von Kartellbindungen infolge veränderter Verhältnisse, Funktionswandel des Kartells usw.[51]. Es versteht sich, daß der wichtige Grund nachträglich eingetreten sein muß[52,53].

2. Rechtsfolgen der kartellrechtlichen Befreiungsklage

Dringt das Kartellmitglied mit seiner Klage durch, so wird es (zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Klageerhebung) von der Kartellverpflichtung ganz oder teilweise befreit, allenfalls sogar unter Beibehaltung der Verbandsmitgliedschaft (Art. 12 Abs. 1 bis 3 KG)[54]. Das KG ordnet in Art. 13 dazu ausdrücklich an, daß die Aufhebung der Bindung oder das Ausscheiden aus dem Ver-

[51] Vgl. dazu ausführlich JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 114ff.

[52] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 123; HIRSCH, La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, S. 48; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 109.

[53] Vgl. zum ganzen auch DESCHENAUX, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, S. 215f.; JÜRG SCHNEGELSBERG, Das schweizerische Kartellgesetz, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, S. 52ff.; GIGER, Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, S. 36ff.; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 89ff.

[54] Die Teilbefreiung und die Beibehaltung der Verbandsmitgliedschaft kann der Richter selbstverständlich nur auf Parteibegehren hin anordnen; SCHÜRMANN, Kommentar, S. 12; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 119; BOTSCHAFT, S. 41; anders (aber nicht überzeugend) GIGER, Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, S. 37 Anm. 57.

band nicht durch Erhebung einer Auslösungssumme oder benachteiligende Regelung der Abfindungsrechte vereitelt werden darf. Dieses Verbot der *übermäßigen Erschwerung* des Austritts reicht über den Fall der richterlichen Befreiung hinaus; es gilt – wie Abs. 2 deutlich macht – für jeden Austrittsfall[55], da auch Erschwerungen mittels Kündigungs- und Austrittsfristen untersagt sind.

3. Kooperationsrechtliche Folgerungen

Im Blick auf die in Kooperationsverhältnissen erwünschte Stabilität (Bestandesschutz, Verhinderung eigenmächtigen Austritts) ist zunächst zu fragen, welchen Kooperationsformen die kartellrechtlichen Sonderregeln Austrittserleichterungen bringen. Vorab werden Kooperationen in Gestalt der Personengesellschaften betroffen, praktisch also die einfache Gesellschaft: Das Personengesellschaftsrecht kennt zwar die Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen (Art. 545 Ziff. 7 OR), nicht aber auf Austritt. In den übrigen (kooperationsrechtlich praktisch werdenden) Fällen bringt das KG nichts Neues: Beim individualrechtlichen Dauerkooperationsverhältnis fallen Austritt und Kündigung ohnehin zusammen[56]. Demgegenüber gehen die vereinsrechtliche (Art. 70 Abs. 2 ZGB) und die genossenschaftsrechtliche (Art. 843 Abs. 2 OR) Ordnung weiter als die kartellrechtliche, während das Recht der GmbH (Art. 822 Abs. 2 OR) mit dieser übereinstimmt.

Wichtiger ist demgegenüber in kooperationsrechtlicher Sicht das in Art. 13 KG verankerte Verbot der übermäßigen Erschwerung des Austritts, obwohl es *Konventionalstrafen* nicht betrifft[57]. Es verdrängt vor allem die in Art. 843 Abs. 2 OR auch für den Fall

[55] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 127; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 97f.; GIGER, Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, S. 41, überschätzt den an sich richtig gesehenen Zusammenhang zwischen Art. 12 und 13 KG.

[56] Die Rechtsprechung anerkennt bei Dauerschuldverhältnissen die Kündigung aus wichtigen Gründen: BGE 92 II 300ff.

[57] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 127; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 97.

des Austritts aus wichtigen Gründen vorbehaltene Pflicht zur Bezahlung einer angemessenen Auslösungssumme im Genossenschaftsrecht. Darüber hinaus wird man entgegen der Botschaft[58] davon auszugehen haben, eine Beschränkung des Abfindungsanspruchs austretender Gesellschafter halte vor Art. 13 Abs. 2 KG nur dann stand, wenn das Gesetz selbst diesen als Ausnahmefall taxiert, wie das aus Art. 864/65 OR für die Genossenschaft und aus Art. 73 Abs. 1 ZGB für den Verein folgt[59]. Damit wird Kooperationen in Gestalt der einfachen Gesellschaft und der GmbH ein wichtiges Mittel der Vinkulierung der Kooperanten entzogen. Das fällt um so schwerer ins Gewicht, als Art. 13 Abs. 2 KG auch vertragliche oder statutarische Kündigungs- und Austrittsfristen auf das Genossenschaftsmaß zurückschraubt[60].

Kooperationsrechtlich ist weiter zu bedenken, daß die Befreiung von der Kartellverpflichtung in Doppelgesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig nur die Verhältnisse bei der einfachen Gesellschaft betrifft. Der *Kooperationsverband* umfaßt aber sowohl die einfache als auch die Organ- oder Gemeinschaftsgesellschaft, so daß die Beibehaltung der Mitgliedschaft bei diesen nur unter der Voraussetzung des Art. 13 Abs. 3 KG zulässig ist. Verurteilt der Richter auf Widerklage des Kartells den Austretenden zur Veräußerung seiner Beteiligung an der Organ- oder Gemeinschaftsgesellschaft, ist der wahre Wert der Beteiligung zu entrichten. Anders lautende Vorschriften des Grundvertrags (im Zusammenhang mit der Bemühung um Koppelung der Mitgliedschaften) zulasten des Austretenden müssen Art. 13 Abs. 2 KG weichen.

[58] BOTSCHAFT, S. 42; ebenso SCHÜRMANN, Kommentar, S. 128.

[59] Demgegenüber hat der austretende Partner im Recht der einfachen Gesellschaft mangels anderer vertraglicher Abrede einen dem Liquidationsanspruch entsprechenden Abfindungsanspruch; SIEGWART, Kommentar, Art. 545/47 N. 47. Im Recht der GmbH fehlt eine ausdrückliche Anordnung eines Abfindungsanspruchs für den ausscheidenden Gesellschafter. Er folgt indessen aus dem Wesen der GmbH als Kapitalgesellschaft; VON STEIGER, Kommentar, Art. 822 N. 23 f.

[60] Vgl. SCHÜRMANN, Kommentar, S. 128; BOTSCHAFT, S. 42; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 92.

Die kartellrechtliche Sonderordnung erweist sich somit zusammenfassend als Erschwerung der Kooperation (mittels Wettbewerbsbeschränkung). Immerhin ist der guten Ordnung halber anzumerken, daß die in Art. 12 Abs. 3 KG vorgesehene Möglichkeit der vollen oder teilweisen[61] Befreiung unter Aufrechterhaltung der Verbandsmitgliedschaft in manchen Kooperationsfällen ein ideales Mittel der Bestandessicherung ist, weil sie auf eine richterliche Anordnung der Anpassung an veränderte Verhältnisse hinauslaufen kann.

III. Probleme des internen Kartellzwanges

Kooperationen sind – wie andere Gemeinschaftsverhältnisse – darauf angewiesen, daß die Beteiligten ihre Pflichten erfüllen. Daher ist oben[62] der Frage der Durchsetzbarkeit von Kooperationspflichten besondere Aufmerksamkeit geschenkt worden. Sind Kooperationsverhältnisse Kartelle, erlangt die Möglichkeit des internen Kartellzwangs als Durchsetzungsmittel erste Bedeutung.

1. Voraussetzungen des internen Kartellzwangs

Wird eine gültige Kartellverpflichtung nicht erfüllt (oder eine angemessene Preisbindung kartellrechtlich relevanter Art nicht eingehalten), kann nach Art. 14 Abs. 1 KG der Verpflichtete wettbewerbsbehindernden Vorkehren ausgesetzt werden, wenn er sich dieser Folge im voraus unterzogen hat (Art. 14 Abs. 2 KG). Gültig ist die Verpflichtung, wenn sie formrichtig begründet (Art. 11 KG) worden ist, vor Art. 27 ZGB zu bestehen vermag und nicht im Dienst eines rechts- oder sittenwidrigen Kartells steht[63]. Sie bleibt gültig auch dann, wenn der Verpflichtete Befreiungsklage ange-

[61] Entgegen GIGER, Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, S. 37 N. 57, ist Beibehaltung der Verbandsmitgliedschaft auch bei Teilbefreiung möglich; ebenso SCHÜRMANN, Kommentar, S. 125; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 121.

[62] Vgl. vorne S. 435 ff.

[63] Vgl. dazu JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 150.

hoben hat, der Richter hätte denn einstweilige richterliche Verfügungen angeordnet[64].

Der Sanktionsboykott wird als Durchsetzungsmittel greifbar, sobald gültige Kartellverpflichtungen unerfüllt bleiben. Im Unterschied zum Fall der Preisbindung kommt nichts darauf an, ob die Kartellpflicht «angemessen» sei oder nicht; es geht um vereinbarten Zwang zur Durchsetzung privatautonom begründeter Pflichten[65]. Mit Recht ist herausgestellt worden, die Maßregelung stehe ihrem Wesen nach auf der Ebene der Konventionalstrafe[66]. Im Blick auf Art. 163 OR erscheint Art. 14 KG als der Natur der Sache angepaßte Spezialnorm. Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip wollen Vorsorge treffen, daß zum Mittel der Behinderung nur gegriffen wird, wenn dies «um den Zusammenhalt des Kartells zu sichern» notwendig ist[67]. Nach MERZ ist überdies von Kartellrechts wegen der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten: «Das Kartell darf nicht dem einen ankreiden, was dem anderen durchgelassen wird»[68]. In Frage kann aber nur die gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungspflicht kommen, die sich auf relative Gleichheit stützt, so daß – was kooperationsrechtlich die Regel sein wird – sehr wohl die im einen Fall getroffene Maßregelung im anderen unterbleiben mag[69].

[64] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 124; vgl. auch JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 155 f.

[65] Richtig SCHÜRMANN, Kommentar, S. 134; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 148. Vgl. aber Art. 6 des Vorentwurfs und Art. 13 des bundesrätlichen Entwurfs (BOTSCHAFT), wo der Maßregelungsboykott nur für qualifizierte Kartellverpflichtungen («bestimmte wichtige Verpflichtungen», «angemessene Verpflichtung») zugelassen war; vgl. im übrigen auch JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 148 f.

[66] Vgl. dazu ZR 1962, S. 128; ferner HENRI DESCHENAUX, A propos de l'ouvrage «Das schweizerische Kartellgesetz» du professeur Hans Merz, ZSR 1968 I, S. 97; demgegenüber ist MERZ (Das schweizerische Kartellgesetz, S. 85) der Meinung, es handle sich um einen Fall erlaubter Selbsthilfe im Sinne von Art. 52 Abs. 3 OR.

[67] Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 1966, S. 70 (Möbelgutachten); vgl. auch SCHÜRMANN, Kommentar, S. 131 f.; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 156 ff.; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 88.

[68] MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 89.

[69] Vgl. auch den Hinweis von JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire

Die Maßregelung ist endlich nur zulässig, wenn sich ihr der Betroffene zum voraus unterzogen hat. Richtiger Ansicht nach (und entgegen den in der Botschaft zu allgemein formulierten Regeln bei Preisbindungen)[70] bedarf die Unterziehung der in Art. 11 KG vorgeschriebenen Form[71].

2. Rechtsfolgen des internen Kartellzwanges

Sind die eben umrissenen Voraussetzungen erfüllt, darf das Kartell das verpflichtete Mitglied mittels wettbewerbsbehindernder Vorkehr zur Erfüllung der Kartellpflichten zwingen. Dieser Zwang hat angesichts der vorgängigen Unterstellung den Charakter einer kumulativen Konventionalstrafe[72].

3. Kooperationsrechtliche Folgerungen

Man erkennt ohne weiteres, daß die Möglichkeit der Durchsetzung kartellistischer Kooperationspflichten mittels internen Kartellzwangs eine beachtliche Stärkung des gemeinrechtlichen Erfüllungszwangs bringt. Freilich ist anzumerken, daß die Maßregelung nur zulässig ist zur Durchsetzung von Kartellpflichten im technischen Sinn, so daß z.B. parallel laufende Kooperationspflichten ohne Marktauswirkungen nur mit gewöhnlichen Konventionalstrafen abgestützt werden dürfen[73].

interne, S. 161 ff., daß es dem Gläubiger grundsätzlich freisteht, einzelne seiner Schuldner trotz Nichterfüllung in Frieden zu lassen.

[70] BOTSCHAFT, S. 43: «Die Unterziehung kann auch stillschweigend erfolgen, indem z.B. der Abnehmer von Waren den gedruckten Lieferungsbedingungen, die eine Sperre bei Nichteinhaltung der Preisbindungen vorsehen, nicht widerspricht.»

[71] Richtig JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 165; mißverständlich SCHÜRMANN, Kommentar, S. 133.

[72] Vgl. JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 137 f.

[73] Vgl. dazu JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 136 f.

IV. Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit

Oben ist dargelegt worden, daß *Schiedsgerichte* zumal bei internationalen Kooperationen und bei gesteigertem Interesse an der Geheimhaltung des Kooperationsverhältnisses gute Dienste leisten können. Die kartellrechtliche Ordnung wettbewerbsbeschränkender Kooperationen läßt Schiedsklauseln bei Streitigkeiten über die Entstehung, Gültigkeit und Beendigung von Kartellverpflichtungen oder über Maßregelungen nur zu, wenn sie jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfalle beim ordentlichen Richter zu klagen oder binnen dreißig Tagen seit der Zustellung der Klage die Entscheidung durch den ordentlichen Richter zu verlangen (Art. 15 Abs. 1 KG). Fehlt dieser Vorbehalt des ordentlichen Rechtsweges, ist die Schiedsklausel nichtig[74].

Zwar ist zuzugeben, daß gerade die dem Vorbehalt unterstellten Befreiungsklagen von besonderer Bedeutung sind. Trotzdem wird man Art. 15 KG nicht als kooperationshemmende Vorschrift qualifizieren dürfen: Einmal verdrängt der Vorbehalt die Schiedsklausel nicht, so daß die Parteien es bei der Schiedsgerichtsbarkeit bewenden lassen können[75]. Zum andern bleibt das Schiedsgericht zur Beurteilung von Konventionalstrafen uneingeschränkt zuständig[76]. Endlich gilt Art. 15 Abs. 1 KG nicht, wenn am Streit Parteien mit Wohnsitz im Ausland beteiligt sind (Art. 15 Abs. 3 KG[77]).

[74] SCHÜRMANN, Kommentar, S. 138; nichtig ist nur die Schiedsklausel, nicht etwa auch die Kartellverpflichtung: Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission 1968, S. 332; 1969, S. 110.

[75] Vgl. auch Art. 15 Abs. 2 KG; ferner JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 77 ff., S. 80 ff.

[76] BOTSCHAFT, S. 46; SCHÜRMANN, Kommentar, S. 15; JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 79 f.; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 94, mit zutreffendem Hinweis auf die Möglichkeit funktionaler Gleichwertigkeit von Wettbewerbsbehinderung und Konventionalstrafe.

[77] Der Nachsatz («sofern die Beurteilung von Streitigkeiten durch ein internationales Schiedsgericht vorgesehen ist») gibt den Tatbestand nicht richtig wieder: Nicht um die Internationalität des Schiedsgerichts (so BOTSCHAFT, S. 46) geht es, sondern um die Internationalität des Kartellsachverhalts; richtig JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 81 f., wonach Art. 15 Abs. 1 KG bei Auslandswohnsitz der Parteien auch dann nicht anwendbar wäre, wenn ein schweizerischer Einzelschiedsrichter zuständig wäre.

V. Formprobleme

Nur der guten Ordnung halber ist daran zu erinnern, daß Kooperationsverhältnisse (mit Ausnahme der Preisbindung zweiter Hand), die dem KG unterstehen, nur gültig sind, wenn die Formvorschriften des Art. 11 Abs. 1 und 2 KG beachtet worden sind. Kooperationsrechtlich ist dabei vor allem zu bedenken, daß der gute Sinn des Art. 11 Abs. 1 und 2 KG zur Konkretisierung und Fixierung der Kooperationspflichten nötigt[78], was die in Kooperationsbeziehungen erwünschten Experimentierphasen mit Grundsatzverpflichtung und fortlaufendem Anpassungsprozeß erschwert.

§ 13. Öffentlich-rechtliche Probleme der Anwendung des KG

I. Vorbemerkungen

Privates und öffentliches Kartellrecht der Schweiz bilden eine Einheit. Beide Teile des KG sind je aufeinander ausgerichtet[1]. Daher muß auch eine privatrechtliche Studie über Konzentrations- und Kooperationsprobleme der Unternehmungen dieser Eigenart Rechnung tragen.

Freilich kann es sich hier nicht darum handeln, das Kartellverwaltungsrecht ex professo abzuhandeln. Der Blickwinkel wird vielmehr eingeengt auf die Frage, ob sich dem (zentralen) Art. 22 Abs. 1 KG[2] rechtliche Maßstäbe für die Beurteilung von Unter-

[78] MERZ (Das schweizerische Kartellgesetz, S. 80) scheint anzunehmen, Art. 11 KG lasse die generelle Umschreibung mit dem Vorbehalt der Konkretisierung durch Beschlußfassungen der Kartellorgane zu; richtig dagegen HANS GIGER, Eine rechtliche Würdigung des Kartellgesetzentwurfs, WuR 1959, S. 169; ebenso JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 56ff.

[1] Zu Recht ist häufig die Rede vom Prinzip der Symmetrie der beiden Teile; so JEANNERET, Les limites de la contrainte cartellaire interne, S. 154ff., mit Bezug auf den externen und den internen Kartellzwang.

[2] Art. 22 Abs. 1 KG wird deshalb als zentral bezeichnet, weil er gegenüber Art. 20 Abs. 1 KG und Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV eine Konkretisierung anstrebt. Der Versuch ist allerdings kaum von Erfolg getragen; vgl. dazu SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, S. 48ff. Anm. 13.

nehmenskonzentrationen und -kooperationen abgewinnen lassen. Daran muß sich die Frage anschließen, ob Abs. 2 des Art. 22 KG allenfalls den Grund für vorbeugende oder repressive Maßnahmen gegen Konzentrationen und Kooperationen zu legen vermöchte. Endlich ist (mindestens in den Umrissen) zu überprüfen, ob die aufgeworfenen Fragen im Lichte des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Europäischen Gemeinschaften differenziertere oder sogar grundsätzlich andere Antworten erheischen.

II. Zur Auslegung des Art. 22 Abs. 1 KG

Zur Wahrung des öffentlichen Interesses kann das EVD nach Art. 22 Abs. 1 KG aufgrund einer Sonderuntersuchung beim Bundesgericht Klage erheben, wenn ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht zu vereinbarenden Weise ausschließt oder erheblich beeinträchtigt, insbesondere zum Nachteil des Konsumenten. Vorausgesetzt wird also zunächst, daß ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den *Wettbewerb* ausschließt oder erheblich beeinträchtigt. Ausschluß des Wettbewerbs kann nur meinen, daß ein Kartell seinen Mitgliedern jegliche individuelle Wettbewerbshandlung mit Erfolg untersagt und Außenseitern (einschließlich Substitutions- und Auslandskonkurrenten) die Wettbewerbsmöglichkeit abschneidet. Nehmen dagegen Dritte die an sich bestehende Wettbewerbsmöglichkeit nicht wahr, hat man keinen Ausschluß vor sich, wohl aber möglicherweise eine (beeinträchtigende) Auswirkung des Kartells[3]. Eine ähnliche Organisation schließt den Wettbewerb aus, wenn sie Dritten den Marktzutritt verwehrt, ihnen also die Wettbewerbsmöglichkeit abschnürt. Verzichten Dritte auf den Marktzutritt (etwa infolge hoher Eintrittsschranken), hat man wiederum nicht Wettbewerbsausschluß, sondern allenfalls eine Auswirkung der ähnlichen Organisation vor sich.

Ein Kartell beeinträchtigt den Wettbewerb, wenn es (neben der

[3] Vgl. BOTSCHAFT, S. 58, wo davon die Rede ist, auch das nicht behindernde Verhalten eines straffen Horizontalkartells könne den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen; ebenso SCHÜRMANN, Kommentar, S. 170.

Bindung der Kartellmitglieder) Dritten die Ausübung des Wettbewerbs erschwert, indem es sie behindert. Die Beeinträchtigung ist erheblich, wenn die Behinderung erheblich ist. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn die Vorkehr nicht geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Betroffenen zu beeinflussen[4]. Unter den nämlichen Voraussetzungen beeinträchtigt eine ähnliche Organisation den Wettbewerb erheblich. Beeinträchtigungen sind überdies die eben genannten marktschließenden Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen.

Es reicht indessen nach Art. 22 Abs. 1 KG nicht, daß der Wettbewerb auf dem relevanten Markt des Kartells oder der ähnlichen Organisation ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt wird. Erforderlich ist vielmehr, daß ein ganzer Wirtschaftszweig oder Beruf betroffen wird. Nicht genügt also, daß z.B. der Bäckermeisterverband den Wettbewerb im Bereich der Confiserie-Artikel ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt hat. Nötig sind Ausschluß oder erhebliche Beeinträchtigung vielmehr auf allen Märkten, auf denen aufzutreten zum Beruf des Bäckers gehört. Ebenso ist der Wettbewerb nicht schon dann in einem Wirtschaftszweig ausgeschlossen, wenn Dritten durch ein Kartell oder eine ähnliche Organisation der Zutritt zum Markt z.B. der Zifferblätter verschlossen wird. Mit dem Begriff des «Wirtschaftszweigs» ist offenkundig des Nämliche gemeint, was die BV in Art. 31bis Abs. 2, Abs. 3 lit. a und Abs. 4 ausdrücken will: «ein ganzes Teilgebiet der nationalen Wirtschaft (z.B. Fremdenverkehr, Textilindustrie)»[5].

[4] BGE 96 I 302; 94 II 327; SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, S. 207.

[5] Vgl. dazu HANS MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950, S. 169. MARTI (ebenda) definiert im übrigen den Beruf als eine Erwerbstätigkeit, «die gewerbsmäßig und selbständig ausgeführt wird». Vgl. demgegenüber JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse II, Paris/Neuchâtel 1967, S. 684 N. 1921, wonach «la notion de ‹profession›, qui doit être entendue dans un sens plus étroit, permet de pratiquer des subdivisions à l'intérieur des branches». Wie im Kontext: BOTSCHAFT, S. 58: «Der Gedanke von Art. 4, daß die Wettbewerbsbehinderung unerwünscht sei, wird hier auf die Stufe eines ganzen Wirtschaftszweiges oder Berufes übertragen. Was zivilrechtlich unzulässig ist, soll bei größerer Bedeutung der Angelegenheit auch öffentlich-rechtlich reprimiert werden können»; vgl. auch SCHÜRMANN, Kommentar, S. 169.

Endlich fordert das Gesetz Ausschluß oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf «in einer mit dem Gesamtinteresse nicht zu vereinbarenden Weise». Wenn A mit B unvereinbar ist, bedeutet das, daß A sich mit B nicht vereinbaren läßt, daß man A und B nicht zusammenbringen kann. Man darf auch sagen, daß A im Widerspruch zu B stehe.

Nach Art. 22 Abs. 1 KG kann mithin die Klage nur angehoben werden, wenn das Kartell (oder die ähnliche Organisation) den Wettbewerb in einer Weise ausschließt oder erheblich beeinträchtigt, die im Widerspruch zu den Gesamtinteressen steht. Nach dem Wortsinn käme es also auf die Ausschluß- oder Beeinträchtigungsweise an: Die Tätigkeiten des Ausschließens oder des Beeinträchtigens wären zulässig, so lange sie in einer Weise erfolgten, die mit dem Gesamtinteresse in Einklang stehen. Nun wird man aber bedenken müssen, daß die Tätigkeiten des Ausschließens und Beeinträchtigens einen Zustand des Ausschlusses und der Beeinträchtigung bewirken. Alsdann steht nichts der Annahme im Wege, der Gesetzeswortlaut decke auch den Fall, daß Ausschluß und Beeinträchtigung als solche im Widerspruch zum Gesamtinteresse stehen. Für diese Auslegung sprechen sowohl Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV und der dieser Verfassungsvorschrift wörtlich nachgebildete Art. 20 KG, wonach das Gesetz volkswirtschaftlich oder sozial schädliche *Auswirkungen* von Kartellen und ähnlichen Organisationen ins Recht zu fassen hat. Das aber bedeutet, daß der Richter nach Art. 22 Abs. 1 KG der Klage Folge zu geben hat, wenn der durch Kartelle oder ähnliche Organisationen bewirkte Ausschluß (oder die erhebliche Beeinträchtigung) des Wettbewerbs im Widerspruch zum Gesamtinteresse steht.

Insoweit kann man in der Tat sagen, Art. 20 Abs. 1 KG und Art. 22 Abs. 1 KG deckten sich materiell, weil volkswirtschaftliche und soziale Schädlichkeit nur anzeigen soll, daß nach der Natur der Sache der Widerspruch zum Gesamtinteresse vorab im Bereich des Wirtschaftlichen und Sozialen zu suchen ist[6]. Mit HOMBURGER

[6] Vgl. SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, S. 73 Anm. 13: «Denn die Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse ist nur eine andere Ausdrucksweise für die volkswirtschaftliche

ist aber festzustellen, daß wirtschaftliche und soziale Schädlichkeit den Tatbestand des Art. 22 Abs. 1 KG zwar in der Regel, nicht aber schon aus sich selbst heraus erfüllt[7]. Anders als Art. 20 KG verlangt nämlich Art. 22 Abs. 1 KG Unvereinbarkeit nicht nur mit den wirtschaftlichen und sozialen Zielen, sondern mit dem Gesamtinteresse überhaupt. Daher ist (sozusagen in einer zweiten Runde) zu prüfen, ob nicht außerwirtschaftliche (überwiegende) Elemente des Gesamtinteresses wirtschaftliche und (i.e.S.) soziale Schäden hinzunehmen gebieten. Art. 22 Abs. 1 KG steht trotz des Einbezuges der Gesamtinteressen nicht im Widerspruch zur verfassungsmäßigen Grundlage, die das ausführende Gesetz auf «volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen» festlegt. Denn einmal ist im weitesten Sinn sozial alles, «was die Gesellschaft betrifft oder zu ihr gehört»[8]. Überdies wird man zu bedenken haben, daß schon von Verfassungs wegen der Zugriff auf volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen nur gefordert ist, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt»[9].

Daher darf man mit der ganz herrschenden Meinung davon ausgehen, das Wort «Gesamtinteresse» meine in Art. 22 Abs. 1 KG nichts anderes als das Gemeinwohl (bonum commune)[10]. Alsdann hat man zu fragen, ob der Ausschluß (oder die erhebliche Beeinträchtigung) des Wettbewerbs im Blick auf die obersten Ziele des Gemeinwesens haltbar sei oder nicht. Das nötigt zunächst

oder soziale Schädlichkeit des eingeklagten Kartelles oder der ähnlichen Organisation.»

[7] HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 79 f.

[8] SCHLUEP, Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, S. 42; vgl. auch SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, S. 51 f.

[9] Das begründet ausführlich HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 79 ff. und passim.

[10] LEO SCHÜRMANN, Der Kartellartikel der Bundesverfassung, WuR 1958, S. 189; SCHLUEP, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 399; DERSELBE, Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, S. 72 f.; GUNZ, Das öffentlich-rechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, S. 36.

dazu, diese obersten Ziele aufgrund der Rechtsordnung ausfindig zu machen. Weiter wird man prüfen müssen, welche Auswirkungen Ausschluß oder erhebliche Beeinträchtigung auf die einzelnen Ziele zeitigen. In der Regel wird man komplexe Beziehungen diagnostizieren müssen (Harmonie, Antinomie, Indifferenz). Das aber nötigt zur *Gewichtung* in der Weise, daß zu fragen ist, ob die Förderung des einen Zieles die Beeinträchtigung des anderen aufwiege oder gar überlaste. Und man wird überdies nicht darum herumkommen, das Ergebnis einem hypothetischen Zustand *ohne* Ausschluß oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegenüberzustellen. Das zwingt dann in der Tat zu einer umfassenden *Saldierung,* die den «bilan économique» weit überholt.

Neuestens hat SIEBER überzeugend nachgewiesen, daß schon die Saldierung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich nahezu unüberwindliche Schwierigkeiten schafft[11]. Diese Nöte werden vervielfacht, wenn alle Aspekte des Gemeinwohls (z.B. bevölkerungspolitische, militärische, fremdenpolizeiliche usw.)[12] einzubeziehen sind. Unter solchen Voraussetzungen wird man bedauern müssen, daß der Gesetzgeber es verpaßt hat, die noch in der Botschaft angerufene Konzeption des «Möglichen Wettbewerbs»[13] auch ins öffentliche Recht umzusetzen und eine Art gemeinwohlpolitischer per-se-Regel im Sinne des geschützten Wettbewerbsminimums zum Wohle der Rechtssicherheit zu statuieren[14].

[11] SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, S. 48ff.

[12] HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 79; zur Frage der Saldierung auch DAVID SYZ, Die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, Diss. Zürich 1972, S. 20ff., S. 83ff.

[13] BOTSCHAFT, S. 58.

[14] Aufgrund dieses Ergebnisses sind meine früheren Überlegungen zum Problem zu berichtigen: Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 397ff.; Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, S. 70ff. – Auf eine Auseinandersetzung mit der herrschenden Literatur zum Problem muß angesichts der Beschränkung des verfügbaren Raumes verzichtet werden; vgl. aber vor allem HUGO SIEBER, Aktuelle Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik, WuR 1967, S. 25ff.; DERSELBE, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, S. 48ff.; MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 111ff.; SCHÜR-

III. Unternehmenskonzentration im Lichte des Art. 22 Abs. 1 KG

Überprüft man nach diesen Kriterien, ob das KG auf Konzentrationen und Kooperationen zuzugreifen vermöge, fällt die Antwort nicht schwer: Fusionierte Unternehmen und Konzerne stehen nur dann unter der Herrschaft des KG, wenn sie den Tatbestand der ähnlichen Organisation (Art. 3 KG) erfüllen (Beherrschung oder maßgebliche Beeinflussung des Marktes). Trifft das zu, hat man es mit einer formellen (Abnahme der Zahl der Wettbewerber) und einer materiellen (Marktbeherrschung) Wettbewerbsbeschränkung[15] zu tun. Sie allein ruft indessen die Kartellkommission nicht auf den Plan. Das wird erst dann der Fall, wenn die fusionierte Unternehmung oder der Konzern durch Wettbewerbsausschluß oder erhebliche Beeinträchtigung volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen und diese allfälligen Schäden unter Wertungskriterien des Gesamtinteresses den Zugriff

MANN, Kommentar, S. 168ff.; HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, S. 79ff., S. 116ff., S. 129ff.; MARTIN USTERI, Grundzüge des schweizerischen öffentlichen Rechts über die Kartelle, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 153ff.; GUNZ, Das öffentlich-rechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, S. 36ff.; ARNOLD KOLLER, Die Konzeption des Möglichen Wettbewerbes, Auslegungshilfe des Kartellgesetzes?, WuR 1970, S. 149ff.; STERNER, Das Syndikat im schweizerischen und deutschen Kartellrecht, S. 66ff.; GYGI, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 318ff.; CHARLES-ANDRÉ JUNOD, Problèmes actuels de la constitution économique suisse, ZSR 1970 II, S. 620f.; KURT FRÖHLICHER, Die Kartellkommission und der Wettbewerb, WuR 1968, S. 240ff.; HUGO ALLEMANN, Gruß- und Dankadresse des Vertreters des Bundesrates an der Jahrestagung der Schweizerischen Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 1968, S. 236; ähnliche Überlegungen wie im Kontext bei SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, S. 65, der die Frage aufwirft, ob nicht eine Beurteilung nach Wettbewerbswirkungen (Minderung der Wettbewerbsmöglichkeit, Abnahme der Wettbewerbsintensität, per-se-Schädlichkeit bestimmter Ausschlußformen) genügen könnte: «Als Notbehelf jedoch hat dieses Vorgehen dann seine Berechtigung, wenn und soweit sich die volkswirtschaftliche und soziale Schädlichkeit der Kartellwirkungen wegen der beschriebenen Schwierigkeiten nicht umfassend erkennen läßt» (a.a.O., S. 66).

[15] BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 29.

des Staates fordern. Man wird also zunächst nach dem SIEBERschen Verfahren[16] ermitteln, ob die ähnliche Organisation die Wettbewerbsmöglichkeiten beschneide, die Wettbewerbsintensität vermindere, zu Preiserhöhungen führe, die Produktqualität verschlechtere, die Produktionskosten steigere und die Branchenstruktur in unerwünschter Richtung versteinere[17]. Alsdann hat man die Ergebnisse zu gewichten und zu saldieren. Schlägt die Bilanz negativ aus, ist zu fragen, ob das nicht um des Erfolgs der Verwirklichung anderer Staatsziele willen hinzunehmen sei.

Im Realienteil (A) ist einläßlich gezeigt worden, daß Wirtschaftskonzentrationen (durch Fusionen und Konzernierungen) zwar Größenvorteile in Gestalt von Kostensenkungen einbringen und den Wettbewerb sogar intensivieren können. Doch ist zugleich auf die mit der wachsenden wirtschaftlichen Macht einhergehenden Behinderungen Dritter, die Tendenz zu Preiserhöhungen und die Labilität einer allfällig optimalen Wettbewerbsintensität aufmerksam gemacht worden[18]. Dazu kommt aber das eindeutig negative Urteil aus gesellschaftspolitischer Sicht[19]. Natürlich entscheidet der Einzelfall; doch sieht man sofort, daß Fusionen und Konzentrationen in unmittelbarer Nähe der Anwendbarkeit der Art. 20 Abs. 1 und 22 Abs. 1 KG stehen.

Es bleibt die Frage, ob Fusionierungen und Konzernierungen mit ähnlichen Organisationen diesen nicht schon im Stadium der Konzentrationsbildung als mit dem Gesamtinteresse unvereinbarer Ausschluß (oder erhebliche Beeinträchtigung) des Wettbewerbs angekreidet werden dürfe. Man wird sich dabei an den am 21. Februar 1973 vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen

[16] SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, S. 48ff.

[17] SCHÜRMANN/SIEBER, Die Konzentration als Problem der schweizerischen Wettbewerbspolitik, S. 87.

[18] Vgl. dazu vorne S. 221 f.

[19] Vgl. vorne S. 224ff.; beachtlich die Feststellung von SCHÜRMANN/SIEBER, Die Konzentration als Problem der schweizerischen Wettbewerbspolitik, S. 87: «Es ergibt sich daraus, daß eine weit getriebene Konzentration eine Art ‹Refeudalisierung der Wirtschaft›, die Entstehung von ‹Staaten im Staat› bedeutet. Das ist im Licht verschiedener Ziele kein begrüßenswerter Zustand. Er ist auch nicht stabil, sondern trägt die Tendenz in sich, daß die ‹Staaten im Staat›

Fall *Continental Can v. Kommission der Europäischen Gemeinschaften* zu erinnern haben[20]. Keinesfalls kann von vornherein angenommen werden, die von einer marktmächtigen Unternehmung ausgehende Konzentration sei aus sich selbst heraus außerstande, den Wettbewerb auszuschließen oder erheblich zu beeinträchtigen[21]. Der allenfalls damit verbundene Wettbewerbsverlust konstituiert aber für sich allein nicht die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit und schon gar nicht die Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse[22]. Doch kann sich aus den erwähnten Gefahren der Strukturversteinerung und den unerwünschten gesellschaftspolitischen Folgen das Unwerturteil ergeben.

IV. Unternehmenskooperation im Lichte des Art. 22 Abs. 1 KG

Kooperationen, die den Markt nicht mittels gemeinsamer Wettbewerbsbeschränkung der Partner beeinflussen und an denen keine

letztlich in dieser oder jener Form vom Staat aufgesogen werden.»

20 Vgl. Rechtssache 6/72 und dazu A. H. HERMANN, Continental Can Co. v. Commission of the European Communities, Documents selected and commented, London 1973; ROGER ZÄCH, Der Fall Continental-Can, Bulletin Nr. 16 des Instituts für europäisches und internationales Wirtschafts- und Sozialrecht an der Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1973; FRÖHLICHER, Konzentration und Marktmacht – ein Problem der EWG und der Schweiz, S. 93 ff.

21 Zutreffend HOMBURGER, Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, S. 153.

22 Mit Recht weist HOMBURGER, Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, S. 153, darauf hin, daß Art. 3 KG Marktbeherrschung und somit Ausschaltung aktuellen Wettbewerbs durch Fusion oder Konzernbildung grundsätzlich zuläßt. Das hat aber nichts mit der verwaltungsrechtlichen Frage zu tun, ob kartellähnliche Organisationen in gleicher Weise ungehindert seien, bestehende Marktmacht mittels Fusion und Konzern auszubauen, so wie gewöhnliche Unternehmungen mittels Fusion oder Konzernierung Marktmacht aufbauen dürfen. In materieller Hinsicht deckt sich das Ergebnis im Kontext mit der Auffassung HOMBURGERS; vgl. im übrigen auch FRÖHLICHER, Konzentration und Marktmacht – ein Problem der EWG und der Schweiz, S. 98; vgl. im übrigen zu den Wettbewerbsauswirkungen der Konzentration: KLAUE/VON LAMPE/MARKERT/PETRY/REINIGER, Zur Problematik der Fusionskontrolle, S. 11 ff.; EBERHARD GÜNTHER, Probleme der Fusionskontrolle, Köln/Berlin/Bonn/München 1970, S. 1 ff.; RUPERT SCHOLZ, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971, S. 5 ff.; HANS J. FRANKUS, Fusionskontrolle bei Konglomeraten, Berlin

marktmächtigen Partner beteiligt sind, unterstehen dem KG nicht (Art. 2 KG). Muß das Kooperationsgebilde aber als Kartell oder als ähnliche Organisation qualifiziert werden oder beteiligen sich Kartelle oder ähnliche Organisationen daran, entscheiden die oben (II) entwickelten Kriterien über den Zugriff des Staates. Dabei ist nun besonders herauszustellen, daß Kooperationen unter Wertungsgesichtspunkten des Gemeinwohls in abstracto sehr viel besser abschneiden als Konzentrationen i.e.S. Man wird vor allem zu beachten haben, daß auch wettbewerbsbeschränkende Kooperationen ihrer Funktion nach die Intensität des Wettbewerbs im freien Bereich steigern und häufig die Funktion der «countervailing power» überhaupt erst ermöglichen. Namentlich aber ist positiv zu veranschlagen: die Nutzbarmachung der Größenvorteile ohne gänzliche Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit, wie sie zumal das Rationalisierungskartell erleichtert[23]. In gesellschaftspolitischer Sicht hat man eine echte Alternative zur Konzentration vor sich, der die unerwünschten Tendenzen zur Refeudalisierung der Wirtschaft abgehen und die überdies nichts petrifiziert. Es steht daher außer Frage, daß zum staatlichen Eingriff Anlaß auch in den Fällen der Unterstellung von Kooperationsverhältnissen unter das KG nur dann besteht, wenn die Kooperation bloß vorgetäuscht ist, um blanke Kartellmachtpolitik zu vertuschen.

V. Rechtsfolgen gemeinwohlwidriger Unternehmenskonzentrationen und -kooperationen

Hat das Bundesgericht festgestellt, ein Kartell oder eine ähnliche Organisation habe den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht zu vereinbarenden Weise ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt, ordnet es nach Abs. 2 des Art. 22 KG die erforderlichen Maßnahmen an. Das schafft im Bereich der Kooperationen in der Regel keine Schwierig-

1971, S. 47ff.; BERNINI/JAEGER/MATTHIES, Kartellverbot und Fusionskontrolle in der Montanunion, Frankfurt a.M. 1972, S. 91ff.

[23] Vgl. dazu namentlich FRÖHLICHER, Die kollektive Rationalisierung, passim; HOPPMANN/SCHLÖGL, Rationalisierung durch Kartelle? Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge Bd. 62, Berlin 1971.

keiten, weil das Gericht nach den in Abs. 2 ausdrücklich erwähnten Beispielen das Kooperationsverhältnis unmittelbar gestalten kann. Demgegenüber ist fraglich, ob Art. 22 Abs. 2 KG auch die Möglichkeit der Entflechtung fusionierter oder konzernierter Unternehmungen decke.

Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Da es sich indessen um einen sehr schwerwiegenden Eingriff handelt, sind die verwaltungsrechtlichen Grundsätze der *Sachgemäßheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit* sowie der *Bestimmtheit der Anordnung* zu beachten[24]. Zumal unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit[25] hat man immer auch weniger weit reichende Maßnahmen (z.B. Beschränkung des Stimmrechts, Aufgabe anderweitiger Beteiligungen usw.) in Betracht zu ziehen[26, 27].

VI. Modifikation der Ergebnisse durch das Abkommen mit den EG?[28]

Nach Art. 23 des Abkommens sind Wettbewerbsbeschränkungen und die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung mit dem guten Funktionieren des Abkommens unvereinbar, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen. Im einzelnen nennt Art. 23 Abs. 1i alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezüglich der Produktion und des Warenverkehrs be-

[24] Vgl. KLAUE/VON LAMPE/MARKERT/PETRY/REINIGER, Zur Problematik der Fusionskontrolle, S. 73ff.; ERNST FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 9. Aufl., München/Berlin 1966, S. 242.

[25] Vgl. dazu BGE 91 I 464 mit zahlreichen Hinweisen.

[26] KLAUE/VON LAMPE/MARKERT/PETRY/REINIGER, Zur Problematik der Fusionskontrolle, S. 87ff.; ebenso HOMBURGER, Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, S. 154.

[27] Trotz des mißverständlichen Wortlauts des Art. 20 Abs. 2 KG halte ich auch Entflechtungsempfehlungen der Kartellkommission für zulässig; dazu HOMBURGER, Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, S. 154.

[28] Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und den Europäischen Gemeinschaften, BBl 1972 II.

zwecken und bewirken. Betroffen wird ferner nach Art. 23 Abs. 1 ii die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gesamten Gebiet der Vertragsparteien oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen.

Vergleicht man den Wortlaut dieser Vorschriften in materieller Hinsicht mit den einschlägigen Regeln des EWGV (Art. 85/86) fällt auf, daß die gleichen Tatbestände visiert sind. Freilich betrifft das Abkommen nicht den «Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten», sondern nur den «Wettbewerb». Ferner erfaßt es nicht den Wettbewerb schlechthin, wohl aber den «Wettbewerb bezüglich der Produktion und des Warenverkehrs», womit Dienstleistungen ausgeschlossen sind. Schließlich sind die Wettbewerbsregeln des Abkommens nur anwendbar, wenn der Handel zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz (also nicht der Handel zwischen den Mitgliedstaaten) beschlagen wird. Endlich fehlen im Abkommen die Freistellungsklausel des Art. 85 Abs. 3 EWGV und die Anordnung der Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 85 Abs. 2 EWGV. Anderseits ist zu beachten, daß die Wettbewerbsregeln (wie das Abkommen überhaupt) gemäß Art. 2 nur für Ursprungserzeugnisse der Gemeinschaft und der Schweiz gemäß den Ursprungsregeln des Protokolls Nr. 3 gelten.

In konzentrations- und kooperationsrechtlicher Sicht ist nun namentlich die Erklärung der EWG zu Art. 23 Abs. 1 des Abkommens beachtlich[29], wonach die Gemeinschaft die dem Abkommen zuwider laufenden Praktiken auf der Grundlage der Kriterien beurteilen wird, die sich aus der Anwendung der Art. 85, 86, 90 und 92 des EWGV ergeben. Nach diesen Kriterien würden vertikale Kooperationsverhältnisse grundsätzlich vom Art. 23 des Abkommens erfaßt. Im Anschluß an Continental Can wäre wohl auch die Ausschaltung des Wettbewerbs durch Fusionen oder Konzernierungen als Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen zu qualifizieren. Anderseits kämen im Blick auf Kooperationen die Verordnung Nr. 67/67 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (vom

[29] BOTSCHAFT, S. 965.

22. März 1967) und die Verordnung Nr. 2779/72 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (vom 21. Dezember 1972) zwar nicht der Form nach, aber materiell [30] ebenso zum Tragen wie die «EWG-Kooperations-Bekanntmachung» (vom 29. Juli 1968). Die Schweiz hat sich freilich der Erklärung der EWG nicht angeschlossen [31].

Trotzdem wird man auch aus schweizerischer Sicht davon auszugehen haben, daß das Abkommen unzweideutig vertikale Absprachen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (trotz fehlender Marktmacht) erfaßt. Auch wird man zu erwägen haben, ob Ausschaltung des Wettbewerbs durch ähnliche Organisationen mittels Fusionierung oder Konzentration im Blick auf mögliche Auswirkungen auf den Handel zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz unter dem Kriterium «mißbräuchliche Ausnützung einer beherrschenden Stellung» nicht anders beurteilt werden muß als nach Gesichtspunkten des Gemeinwohls.

Nach der hier vertretenen Auffassung hat man allen Nachdruck auf den *Zweck* [32] des Abkommens zu legen. Anders als die EWG (aber ähnlich wie die EFTA) will das Abkommen nicht einen gemeinsamen Markt, sondern (stufenweise) eine Freihandelszone schaffen [33]. Gemäß der auch hier als Grenznorm fungierenden

[30] Vgl. dazu HOMBURGER, Zur international-kartellrechtlichen Situation der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, S. 340, wonach die Rule-of-Reason-Gesichtspunkte des Art. 85 Abs. 3 EWGV angesichts des Fehlens einer Unbedenklichkeitsklausel im Abkommen bei der Auslegung des Art. 23 Abs. 1 zu berücksichtigen sind.

[31] BOTSCHAFT, S. 702; vgl. auch den Bericht über einen Vortrag LEO SCHÜRMANNS vor der Vereinigung schweizerischer Unternehmen in Deutschland, NZZ Nr. 154 vom 2. April 1973, S. 5; KÜCHLER/SPOTT, Auswirkungen des Freihandelsvertrages Schweiz/EWG auf das Patentrecht, Bericht der Arbeitsgruppe der AIPPI zum Studium der Frage 37 B, 1973.

[32] Zur Frage der Bedeutung des Zweckes bei der Auslegung der Vertragsvorschriften: HANS PETER IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 606; SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 143 f.; WILLEMSEN, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, S. 197.

[33] BOTSCHAFT, S. 673; HANS SIEBER, Die wirtschaftlichen Konsequenzen des Freihandelsabkommens Schweiz–EWG, in: Das Freihandelsabkommen Schweiz–EWG, Zürich/St. Gallen 1972, S. 67.

Zwischenstaatlichkeitsklausel[34] kommen die Wettbewerbsregeln des Abkommens deshalb nur zur Anwendung, wenn die Praktiken geeignet sind, den freien Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen. Der Schutz des Wettbewerbs steht mithin nicht (wie in der EWG) im Dienste der Integrationspolitik[35]. Er hat vielmehr (wie in der EFTA) die Funktion einer «frustration clause», soll also verhindern, daß der Freihandel durch wettbewerbsbeschränkende Praktiken vereitelt wird. Man stellt denn auch eine weitgehende Übereinstimmung zwischen Art. 15 EFTAV und Art. 23 des Abkommens in der Umschreibung der in Frage stehenden Praktiken fest. Das Abkommen geht freilich insoweit über den Art. 15 EFTAV hinaus, als schon die *Eignung* zur Beeinträchtigung des Freihandels genügt. Trotzdem hat man zu beachten, daß das Abkommen nicht binnenmarktähnliche Verhältnisse schaffen, sondern «die grundsätzliche Selbständigkeit der nationalen Märkte nicht antasten» will[36]. Der Anwendungsbereich beschränkt sich daher auf den *grenzüberschreitenden Verkehr*. Das schließt natürlich nicht aus, daß ein und dieselbe Maßnahme nach dem *Auswirkungsprinzip* nicht nur unter Art. 23, sondern überdies unter das Gemeinschaftsrecht oder das schweizerische KG fallen kann[37].

Bekanntlich ist es Sache der Vertragspartner, gegen Praktiken vorzugehen, die der Gemischte Ausschuß «mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens im Sinne von Art. 23 Abs. 1 (für) unvereinbar» hält (Art. 27 Abs. 3 lit. a)[38]. Auf die noch völlig offene

[34] Vgl. zum Grenznormcharakter der Zwischenstaatlichkeitsklausel im EWGV: SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, S. 410ff.; ULMER, Der sachliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellverbotes, S. 15ff.; zum EFTAV: WILLEMSEN, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, S. 291.

[35] Vgl. dazu WILLEMSEN, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, S. 311; MARINO BALDI, Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, Bern 1972, S. 145ff.

[36] ULMER, Der sachliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellverbotes, S. 28.

[37] Vgl. 6. Gesamtbericht der EWG, Brüssel 1972, S. 34: «Bemerkenswert ist dabei, daß die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages von Rom und die entsprechenden Bestimmungen der Abkommen gegebenenfalls gleichzeitig angewendet werden können.»

[38] Vgl. dazu HOMBURGER, Zur international-kartellrechtlichen Situation der

Frage, in welchem Verfahren das in der Schweiz geschehen soll, braucht hier nicht eingetreten zu werden[39]. Dagegen muß überprüft werden, ob Art. 23 allenfalls *unmittelbar anwendbar* sei. Staatsverträge gelten in der Schweiz nach Austausch der Ratifikationsurkunden als Landesrecht[40]. Der Richter (oder die Verwaltungsbehörde) entscheidet unmittelbar aufgrund solcher Vertragsvorschriften, wenn die «Vertragsnorm ... *im Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung als Obersatz* fungieren» kann[41]. Nach der zutreffenden Auffassung von KOLLER schadet Interpretationsbedürftigkeit nicht[42]. Dagegen kann die unmittelbare Anwendung ersichtlich dann nicht in Frage kommen, wenn «völkerrechtliche Vertragsnormen ... bloße Programme postulieren oder lediglich Richtlinien für die Gesetzgebung der Vertragsparteien festlegen»[43].

Fraglos ist Art. 23 des Abkommens zwar interpretationsbedürftig, aber genügend konkret, um unmittelbar angewendet zu werden. Das trifft mindestens zu, soweit Rechtsanwendung durch

Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, S. 342.

[39] Vgl. dazu BOTSCHAFT, S. 702; HOMBURGER, Zur international-kartellrechtlichen Situation der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, S. 342 f.; DERSELBE, Künftige Ausgestaltung der schweizerischen Kartellpolitik, Vortragsmanuskript (1973).

[40] Vgl. BGE 94 I 672; Antwort von Bundesrat Spühler vom 10. Dezember 1968 auf eine Interpellation Korner vom 4. März 1968, ZSR 1969 I, S. 556; MARKUS BOEHRINGER, Ausführung und Vollzug von Staatsverträgen durch bundesrätliche Verordnungen, Diss. Bern 1970, S. 20 f.; WILLEMSEN, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, S. 303; vor allem aber KOLLER, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, S. 26; BGE 88 I 91: «Lorsqu'il s'agit d'un traité conclu par la Confédération et qui crée des règles de droit, il devient, à ce moment aussi, obligatoire de plein droit pour les autorités et les citoyens, pourvu qu'il soit directement applicable. Il s'incorpore en même temps au droit fédéral; point n'est besoin, à cette effet, de lui donner la forme d'une loi fédérale. A l'égal d'une telle loi, il constitue une source du droit fédéral ...»

[41] KOLLER, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, S. 71.

[42] KOLLER, ebenda.

[43] KOLLER, ebenda.

die Verwaltung in Frage steht, da nach Art. 23 Abs. 3 klargestellt ist, daß den in Art. 23 genannten Praktiken «ein Ende gesetzt» werden muß. Demgegenüber will der Vertrag nicht subjektive Positionen schützen. Er schweigt sich deshalb über die zivilrechtlichen Folgen der verpönten Veranstaltungen aus, so daß einzelnen den Zivilrichter anzurufen versagt bleiben muß. Verwaltungsrechtlich fällt nicht ins Gewicht, daß es an der Bezeichnung einer schweizerischen kompetenten Behörde mangelt, weil die Notwendigkeit zum Erlaß bloßer Organisationsvorschriften die grundsätzlich gegebene unmittelbare Anwendbarkeit nicht tangiert. Im übrigen ist auf Art. 23 des BG über die Organisation der Bundesverwaltung zu verweisen.

Die hier vertretene Auffassung von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 23 steht im Widerspruch zu der in der Literatur geäußerten Meinung, wonach die Vorschriften des EFTAV nicht unmittelbar anwendbar sein sollen[44]. Auch die Kommission der EG hält dafür, die Wettbewerbsregeln des Abkommens seien «im Gegensatz zu den Vorschriften des EWG-Vertrags nicht unmittelbar auf Unternehmen anwendbar»[45]. Will man dem folgen und sich der hier vorgetragenen Argumentation verschließen, darf man nicht einfach annehmen, die Kartellkommission komme über die Art. 20ff. KG zum Zuge; denn Art. 23 des Abkommens beschlägt auch Tatbestände, die überhaupt nicht unter der sachlichen Geltung des KG stehen (z.B. vertikale Individualverträge, Exportverbote usw.)[46].

[44] ROLAND MORI, Rechtssetzung und Vollzug in der Europäischen Freihandelsassoziation – EFTA, Diss. Bern 1965, S. 20, S. 129f.; WÄLTERMANN, Die rechtliche Behandlung der Exportkartelle im KG, S. 155; indirekt auch WILLEMSEN, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, S. 304; vgl. auch Bundesblatt 1961, S. 566, wonach Art. 15 EFTAV über Art. 20ff. KG angewendet werden soll.

[45] 6. Gesamtbericht der EG 1972, S. 35.

[46] Zutreffend HOMBURGER, Zur international-kartellrechtlichen Situation der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, S. 342; entgegen HOMBURGER (ebenda) hätte ich dagegen keine Bedenken, Art. 22 KG in allen Fällen der Vereitelung des Freihandels zum Zuge kommen zu lassen; vgl. dazu WÄLTERMANN, Die rechtliche Behandlung der Exportkartelle im KG, S. 156ff.