

BE_ZIVILSTRAF HG 2017 95 vom 3. Juli 2018

BE Obergericht, 2018-07-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_HG_2017_95

FR: BE_ZIVILSTRAF HG 2017 95 du 3 juillet 2018

IT: BE_ZIVILSTRAF HG 2017 95 del 3 luglio 2018

Regeste

Unangemessene Geschäftsbedingungen gemäss Kartellgesetz | Kartellrecht

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von CHF 1'141'927.64 zu zahlen, zzgl. Zins von 5% seit Fälligkeit der jeweiligen Aufwände;

E. 2

Für den Fall, dass das Handelsgericht bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten gestützt auf Art. 15 KG einholt, sei den Parteien vorgängig Gelegenheit einzuräumen, sich zur Darstellung des Sachverhalts und den Fragen äussern zu können;

E. 3

Am 8. November 2017 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zum Antrag der Beklagten auf Verfahrensbeschränkung ein mit folgenden Verfahrensanträgen (pag. 98): 1. Es sei bezüglich der Einrede der Verjährung bzw. der Frage des Vorliegens eines Schadens ein Zwischenentscheid gemäss Art. 237 ZPO zu treffen. 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

E. 4

Mit Verfügung vom 13. November 2017 beschränkte der Instruktionsrichter das Verfahren auf die Fragen der Verjährung sowie den grundsätzlichen Schadenersatzanspruch der Klägerin nach Abgabe der Patronatserklärung der Konzernmuttergesellschaft Phoenix GmbH vom 30. September 2014 / 7. Oktober 2014 (pag. 124).

E. 5

Anlässlich der ersten Parteivorträge an der Hauptverhandlung vom 27. März 2018 bestätigten die Parteien ihre Rechtsbegehren. In der Folge wurde eine Beweisverfügung erlassen und Parteibefragungen mit C. _____ von der Klägerin sowie D. _____ und E. _____ von der Beklagten durchgeführt. Weiter wurde der Zeuge F. _____ einvernommen. Die Parteien beantragten dem Gericht, die Schlussvorträge schriftlich einzureichen und verzichteten auf die Teilnahme an der mündlichen Urteilsberatung (pag. 131 ff.).

E. 6

Die interne Urteilsberatung fand am 3. Juli 2018 statt. II. Formelles

E. 7

Das Gericht tritt auf die Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen wird von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).

E. 8.1

Gemäss Art. 36 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Die Beklagte hat ihren Sitz in Burgdorf, womit die örtliche Zuständigkeit der Berner Gerichte gegeben ist.

E. 8.2

Gestützt auf Art. 6 Abs. 4 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. b ZPO und Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) ist das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz sachlich zuständig für kartellrechtliche Streitigkeiten und damit auch für die vorliegende Streitsache.

E. 8.3

Die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern werden durch drei Richter gefällt, davon zwei Fachrichter (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 9

Der von der Klägerin eingeforderte Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von CHF 48'750.00 ist innert Frist beim Handelsgericht eingelangt.

E. 10

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten. III. Sachverhalt

E. 11

Gestützt auf die übereinstimmenden Ausführungen der Parteien präsentiert sich der unbestrittene Sachverhalt wie folgt: 4

E. 11.1

Die Klägerin ist als Grosshändlerin im Pharmabereich tätig. Als solche beliefert sie Abnehmer von Medikamenten, insbesondere Apotheken, Drogerien und Ärzte. Die Klägerin gehört zur Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG mit Sitz in Deutschland, welche wiederum Teil der Merckle Gruppe bildet. Die Klägerin war ab Mitte 2010 Teil eines konzerninternen («zero-balanced») Cash-Poolings. In diesem Rahmen wurden die liquiden Mittel täglich umverteilt bzw. die Liquidität über einen Pool des Gesamtkonzerns gesteuert (Antwortbeilage [AB] 4 S. 3; pag. 141, 143). Die Beklagte ist als Prewholesaledienstleisterin ebenfalls im Medikamentenhandel tätig und eine Tochtergesellschaft der Galenica AG. Sie erbringt für ihre Kunden (Pharmahersteller) etwa Logistik-, Lager- und Inkassodienstleistungen und übernimmt teilweise auch deren Delkredererisiko (vgl. Klagebeilage [KB] 2 Ziff. 37; AB 9 S. 5).

E. 11.2

Anfangs Dezember 2008 stoppte die Beklagte die Lieferungen an die Klägerin vorübergehend und verlangte für die Erbringung von Leistungen eine Besicherung (KB 6, 8).

Zunächst wurde die verlangte Sicherheit mittels Barhinterlegung geleistet, per Januar 2009 wurde diese durch Bankgarantien abgelöst (KB 31 ff.). Ab 1. Juni 2011 bis 30. September 2014 verfügte die Klägerin sodann über eine Garantiever sicherung (KB 12 f., 45 ff.). Diese wurde mit Vereinbarung vom 30. September bzw. 7. Oktober 2014 durch eine Garantieerklärung der Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG mit einer Maximalsumme von CHF 15 Millionen abgelöst (sog. Patronatserklärung; KB 14). Als Gegenleistung entrichtete die Klägerin ihrer Muttergesellschaft eine Kommission (KB 69-73). Am 12. März 2015 verpflichtete sich die Beklagte gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (WE-KO), künftig nur noch auf individuelle Anweisung eines Pharmaherstellers hin Sicherheiten zu verlangen (KB 29, 2 Ziff. 105 und 107). Mit Schreiben vom 18. August 2015 an die Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG kündigte die Beklagte die Garantievereinbarung auf Ende Februar 2016 und entband die Adressatin mit Ausnahme der Vertraulichkeitsverpflichtungen mit sofortiger Wirkung von ihren Pflichten aus der Vereinbarung (KB 30). Am 16. August 2016 unterzeichnete die Beklagte eine Verjährungsverzichtserklärung und verzichtete damit bis und mit 31. August 2017 auf die Einrede der Verjährung, soweit die Verjährung noch nicht eingetreten war (AB 2).

E. 12.1

Zur Begründung ihres behaupteten Schadenersatzanspruchs führte die Klägerin zusammengefasst aus, das Verlangen von Besicherungen für die Lieferungen durch die Beklagte seit Dezember 2008 sei kartellrechtswidrig. Die Klägerin habe nie Anlass zu diesen Besicherungen gegeben. Ihr seien Kosten in Millionenhöhe entstanden, welche sie aufgrund der Marktstellung der im selben Gebiet tätigen Schwestergesellschaft der Beklagten, der Galexis AG, nicht auf ihre Kunden abwälzen können (pag. 5 ff., 99 ff.).

E. 12.2

Die Beklagte vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass die solidarische Haftung der Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG auf das notwendige Mindestmass beschränkt gewesen sei und handelsüblichen Grundsätzen entsprochen habe. Spätestens ab dem Vorliegen der Patronatserklärung am 30. September 2014 bzw. 5. 7. Oktober 2014 habe damit kein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten mehr stattgefunden, womit allfällige vorherige Schadenersatzansprüche verjährt seien. Die am 16. August 2016 zugunsten der Klägerin unterschriebene Verjährungsverzichtserklärung ändere daran nichts, da die Verjährung zu diesem Zeitpunkt bereits eingetreten sei (pag. 58 ff.). IV. Rechtliches

E. 13

Die Beklagte bestreitet zunächst, dass die Klägerin zur Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs aus der behaupteten unzulässigen Verhaltensweise legitimiert ist.

E. 13.1

Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) ist zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung aktivlegitimiert, wer durch diese in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Dabei ist erforderlich, dass der entsprechende Wettbewerbsteilnehmer in besonderer Weise, d.h. stärker als die Allgemeinheit, betroffen ist. Notwendig ist somit ein persönlich erlittener Nachteil bezüglich der eigenen Wettbewerbsmöglichkeiten. Nicht erforderlich ist, dass ein direktes Konkurrenzverhältnis zwischen behindertem und behinderndem Unternehmen besteht oder dass sich die Wettbewerbsbeschränkung direkt gegen das behinderte

Unternehmen richtet (JACOBS/GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N 12 f. zu Art. 12; BORER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, N 3 zu Art. 12).

E. 13.2

Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Pharmamarkt tätige Schweizer Gesellschaft und die angebliche Wettbewerbsbeschränkung hätte im entsprechenden Marktbereich stattgefunden. Die Klägerin ist als von der Besicherung betroffene Wettbewerbsteilnehmerin direkt von der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung tangiert, zumal sie diese insbesondere auch auf die Konkurrenzsituation mit der Galexis AG auf dem Schweizer Markt stützt. Die Aktivlegitimation der Klägerin zur Geltendmachung von Schadenersatz aus der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung ist damit gegeben.

E. 14.1

Die Klägerin macht Schadenersatz aus einer unzulässigen Wettbewerbsbehinderung gestützt auf Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG geltend. Dieser Schadenersatzanspruch verjährt gemäss Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht; OR, SR 220) nach einem Jahr ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Dauert eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung an, so liegt Kenntnis des Schadens frühestens dann vor, wenn sie abgeschlossen ist. Die relative Verjährungsfrist beginnt somit erst in diesem Zeitpunkt zu laufen (JACOBS/GIGER, a.a.O., N 85 zu Art. 12).

E. 14.2

Massgebend ist folglich, ob nach Unterzeichnung der Patronatserklärung am 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 noch ein mögliches wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Klägerin bzw. überhaupt ein daraus resultierender Schaden vorlag. Wäre dies zu verneinen, hätte die relative Verjährungsfrist von einem Jahr nach Unterzeichnung der Patronatserklärung zu laufen begonnen. Ein allfälliger Schadenersatz wäre verjährt. Wird das Verlangen einer Patronatserklärung dagegen als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten beurteilt und ist der Klägerin daraus ein Schaden entstanden, hätte die Verjährungsfrist erst am

E. 18

Soweit die Klägerin den Ersatz ihrer Anwaltskosten aus dem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vor dem Sekretariat der WEKO geltend macht, stellt dies keinen Schaden dar, der im vorliegenden Zusammenhang geltend gemacht werden kann. Denn vorprozessuale Anwaltskosten können als Schaden unter anderem nur dann berücksichtigt werden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren sowie der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen (Entscheidung des Bundesgerichts 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.4 und 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; BGE 117 II 101 = Pra 1991 Nr. 163). Dies trifft bei den vorliegend geltend gemachten Kosten gerade nicht zu. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die entsprechenden Auslagen für die Geltendmachung des Schadenersatzes nützlich oder sogar notwendig gewesen wären. Daran ändert auch die Argumentation der Klägerin nichts, wonach die Anwaltskosten im Sinne von vorprozessualen Auslagen geltend gemacht würden (pag. 44 mit Hinweis auf den Entscheid des Bundespatentgerichts O2013_007 E. 4.5). Die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung kann damit nicht umgangen werden, was im genannten Entscheid des Bundespatentgerichts denn auch nicht der Fall war. Dabei ging es um Kosten im

Zusammenhang mit einem Versuch, die Streitigkeit aussergerichtlich beizulegen. Die vorliegenden Verhältnisse mit dem vom zivilrechtlichen Verfahren unabhängigen kartellrechtlichen Vorabklärungsverfahren sind damit keineswegs vergleichbar.

E. 19

Die Klage vom 23. Mai 2017 ist abzuweisen. 11 V. Kosten

E. 20

Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen. Sie setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), wobei die Kantone Tarife für die Prozesskosten festsetzen (Art. 96 ZPO). Da die Beklagte vollumfänglich obsiegt, werden die Prozesskosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Klägerin auferlegt. Gründe gemäss Art. 107 f. ZPO, die für eine vom Verfahrensausgang abweichende Aufteilung sprechen würden, liegen keine vor.

E. 21

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Pauschale für den Entscheid (Entscheidgebühr, Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO) und den Kosten der Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 Bst. c ZPO).

E. 21.1

Die Entscheidgebühr richtet sich hauptsächlich nach dem Streitwert des Verfahrens (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12]). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen nicht hinzuzurechnen sind (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Der massgebliche Streitwert beträgt demzufolge CHF 1'141'927.64.

E. 21.2

Die Entscheidgebühr liegt bei einem Streitwert in dieser Höhe zwischen CHF 13'000.00 und CHF 140'000.00 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 Bst. e VKD). Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich die Entscheidgebühr nach dem gesamten Zeit- und Arbeitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kostenpflichtigen (Art. 5 VKD). Die ordentliche Gebühr gemäss den Richtlinien zur Festsetzung der Gerichtsgebühren und Vorschüsse in Zivilverfahren vor Obergericht (Beschluss des Plenums der Zivilabteilung vom 14. Dezember 2010) für einen Streitwert von CHF 1'100'000.00 - 1'199'999.00 beträgt CHF 48'750.00. Nach der Durchführung des Schriftenwechsels und einer eintägigen Verhandlung muss der Zeit- und Arbeitsaufwand als durchschnittlich bezeichnet werden. Die Bedeutung des Geschäfts ist leicht überdurchschnittlich. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien muss als überdurchschnittlich eingestuft werden. Mit Blick auf die Beschränkung des Verfahrens erscheint insgesamt eine Entscheidgebühr von CHF 38'000.00 der Streitsache angemessen.

E. 21.3

Die Kosten für die Beweisführung bestehen einzig aus der Entschädigung für den Zeugen F. _____ in der Höhe von CHF 20.00.

E. 21.4

Die Gerichtskosten in der Höhe von gesamthaft CHF 38'020.00 werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 48'750.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Überschuss in der Höhe von CHF 10'730.00 wird der Klägerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet. 12

E. 22.1

Als Parteientschädigung sind im vorliegenden Verfahren der Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 3 Bst. a und b ZPO). Die Kosten einer berufsmässigen Vertretung liegen bei einem Streitwert zwischen CHF 1'000'000.00 und CHF 2'000'000.00 zwischen CHF 38'500.00 und CHF 78'700.00 (Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Bei einem Streitwert von CHF 1'141'927.64 ergibt sich ein interpolierter Rahmen von mindestens CHF 38'500.00 und maximal CHF 59'000.00; das interpolierte Mittel beträgt CHF 49'000.00 (vgl. Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 6. März 1997, publiziert in: in dubio 4/97, S. 20 f.). Innerhalb des Rahmens bemessen sich die Kosten einer berufsmässigen Vertretung nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Hinzu kommen die Auslagen (Art. 2 PKV).

E. 22.2

Der Rechtsvertreter der Beklagten, Rechtsanwalt B. _____, macht ein Honorar von insgesamt CHF 48'422.00 geltend (pag. 222 f.). Inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer kommt er auf einen Totalbetrag von CHF 54'065.15. Die Bedeutung der Streitsache ist vorliegend leicht überdurchschnittlich. Der in der Sache gebotene Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Prozesses sind als durchschnittlich zu bewerten, zumal das Verfahren beschränkt worden ist. Das von Rechtsanwalt B. _____ geltend gemachte Honorar von CHF 48'422.00 liegt im Bereich des interpolierten Mittels für den vorliegenden Streitwert und ist nicht zu beanstanden. Hinzu kommen die notwendigen Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 2 PKV). Unter diesem Titel macht der Rechtsanwalt der Beklagten einen Zuschlag von 3,5%, ausmachend CHF 1'694.80 geltend, was zu keinen Bemerkungen Anlass gibt. Nicht zu berücksichtigen ist dagegen die Mehrwertsteuer. Denn ist die ersatzberechtigte Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig, wie dies bei der Beklagten der Fall ist (https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=, wird die Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen bei der Festlegung des Parteikostenersatzes nicht berücksichtigt (Praxisfestlegung gemäss Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. November 2014; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2013.137 vom 26. Mai 2014 E. 6.4 und 6.5, publ. in: BVR 2014 S. 484 ff.).

E. 22.3

Die Klägerin hat der Beklagten somit eine Parteientschädigung von total CHF 50'116.80 zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). 13 Das Handelsgericht entscheidet:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.