

## **BGE 145 III 303**

Bundesgericht (BGE), 2019-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_145\\_III\\_303](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_145_III_303)

FR: ATF 145 III 303

IT: DTF 145 III 303

### **Regeste**

Regeste Art. 5 Ziff. 3 des Lugano-Übereinkommens (LugÜ). Internationale und örtliche Zuständigkeit bei negativer Feststellungsklage; Handlungsort bei kartellrechtlichen Ansprüchen aufgrund der Einführung und Umsetzung eines selektiven Vertriebssystems in einem Konzern. Ist ein Gerichtsstand aufgrund des Handlungs- oder Erfolgsorts identifiziert, bleibt kein Raum für eine einzelfallbezogene Prüfung der Sach- und Beweisnähe (Änderung der Rechtsprechung; E. 4.1). Der negative Feststellungskläger kann sich ebenso auf die Wahlgerichtsstände gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ berufen wie der Leistungskläger unabhängig davon, ob eine spiegelbildliche Leistungsklage gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ am angerufenen Gericht ebenfalls möglich wäre (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 4.2). Bilden bei der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung die zur praktischen Umsetzung nötigen Handlungen Teil einer gemeinsamen Strategie, ist zur Bestimmung des Handlungsorts i.S.v. Art. 5 Ziff. 3 LugÜ das Ereignis zu ermitteln, dem eine besonders grosse Bedeutung zukommt. Anwendung im konkreten Fall (E. 7).

Regeste Art. 5 par. 3 de la Convention de Lugano (CL). Compétence internationale et locale pour connaître d'une action en constatation de droit négative; lieu de commission de l'acte lorsque sont en cause des prétentions du droit des cartels liées à l'introduction et la mise en oeuvre d'un système de distribution sélective dans un groupe de sociétés. Si un for est donné au lieu de l'acte ou au lieu du résultat, il n'y a pas de place pour un examen, dans le cas particulier, du lien de proximité du tribunal pour recueillir les preuves et se prononcer sur les faits de la cause (changement de jurisprudence; consid. 4.1). Le demandeur à l'action en constatation de droit négative peut opter entre les fors déduits de l'art. 5 par. 3 CL de la même manière que le demandeur à l'action condamnatoire, indépendamment du point de savoir si une action condamnatoire correspondante serait également possible devant le tribunal saisi sur la base de l'art. 5 par. 3 CL (précision de jurisprudence; consid. 4.2). Si, dans le cadre de l'exploitation abusive d'une position dominante, les actes nécessaires à la mise en oeuvre pratique font partie d'une stratégie commune, il convient, pour déterminer le lieu de l'acte au sens de l'art. 5 par. 3 CL, de rechercher l'événement qui revêt une signification particulièrement importante. Application au cas d'espèce (consid. 7).

Regesto Art. 5 par. 3 della Convenzione di Lugano (CLug). Competenza internazionale e locale per giudicare un'azione di accertamento negativo; luogo dell'atto in caso di pretese fondate sul diritto dei cartelli in seguito all'introduzione e all'attuazione di un sistema di distribuzione selettivo in un gruppo di imprese. Se un foro è stato identificato in base al luogo dell'atto o del risultato non resta spazio per un esame caso per caso della prossimità alla causa da giudicare e alle prove da assumere (cambiamento della giurisprudenza; consid. 4.1). L'attore di un'azione di accertamento negativo può scegliere come l'attore di un'azione condannatoria fra i fori dell'art. 5 par. 3 CLug indipendentemente dal fatto di sapere se una

speculare azione condannatoria sarebbe ugualmente possibile sulla base di tale norma al tribunale adito (precisazione della giurisprudenza; consid. 4.2). Se gli atti necessari all'attuazione pratica di uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato sono parte di una strategia comune, per determinare il luogo dell'atto nel senso dell'art. 5 par. 3 CLug occorre individuare l'avvenimento che ha un'importanza particolarmente grande. Applicazione nel caso concreto (consider. 7).

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Es ist unbestritten, dass sich die Frage der internationalen Zuständigkeit nach den Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens (SR 0.275.12) beurteilt. Unbestritten ist auch, dass unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinn von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ auch Ansprüche fallen, welche auf Widerhandlungen gegen das Kartellrecht basieren. Es kann auf die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Art. 5 Ziff. 3 LugÜ eröffnet dem Kläger bei Distanzdelikten die Wahl zwischen dem Handlungs- und dem Erfolgsort ( BGE 133 III 282 E. 4.1 S. 289 f.; BGE 132 III 778 E. 3 S. 783 f.; je mit weiteren Hinweisen; HOFMANN/KUNZ, in: Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2016, N. 553 zu Art. 5 LugÜ , mit umfassenden Hinweisen). Die Klägerin 1 berief sich auf Biel als Handlungsort, da an ihrem Hauptsitz die entsprechenden Beschlüsse gefasst worden seien.

#### **E. 4.1**

Der Deliktsgerichtsstand nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ steht grundsätzlich auch dem angeblichen Schädiger für eine negative Feststellungsklage zur Verfügung ( BGE 133 III 282 E. 4.1 S. 290; Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2012 C-133/11 Folien Fischer und Fofitec , Randnr. 54). Die Beklagte macht aber geltend, in BGE 133 III 282 sei als zusätzliches Erfordernis eine Sach- und Beweisnähe des angerufenen Gerichts im konkreten Fall verlangt worden. Daran fehle es hier.

##### **E. 4.1.1**

Die Vorinstanz erwog, angesichts der Kritik in der Lehre zu diesem zusätzlichen Erfordernis und des seither ergangenen Urteils Folien Fischer und Fofitec könne die Zuständigkeit nicht vom Kriterium der Sach- und Beweisnähe abhängen.

##### **E. 4.1.2**

Das Bundesgericht gewährte dem potentiellen Schädiger in BGE 133 III 282 das Wahlrecht zwischen Handlungs- und Erfolgsort nur, sofern er es nicht zweckwidrig ausübe, um die Zuständigkeit eines Gerichts zu begründen, dem die notwendige Beweis- und BGE 145 III 303 S. 307 Sachnähe abgehe ( BGE 133 III 282 E. 4.5 S. 291 f.). Es hielt fest, die Wahlgerichtsstände nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ stünden aus Zweckmässigkeitsüberlegungen zur Verfügung ( BGE 133 III 282 E. 4.3 S. 291). Hinzu komme, dass der potentielle Schädiger, der bei der negativen Feststellungsklage das Wahlrecht ausübe, durch geschickte Planung der Tat und damit des Handlungsorts für die nachfolgende negative Feststellungsklage einen dem Geschädigten möglichst ungünstigen Gerichtsstand sichern könne ( BGE 133 III 282 E. 4.5 S. 291 f.). Es erwog, namentlich unter Hinweis auf einen früheren Entscheid ( BGE 125 III 346 E. 4b S. 349 mit Hinweis) und eine Lehrmeinung (GION JEGHER, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse im internationalen

Zivilverfahrensrecht der Schweiz, 2003, S. 68), das Erfordernis der Beweis- und Sachnähe beinhalte auch nicht eine verdeckte Einführung des "forum non conveniens"-Tests, der für die Zuständigkeitsordnung des Lugano-Übereinkommens verworfen worden sei, sondern garantiere lediglich, dass der Schädiger von der Wahlmöglichkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ keinen zweckwidrigen Gebrauch mache, um dem Geschädigten die Rechtsverfolgung zu erschweren ( BGE 133 III 282 E. 4.6 S. 292 mit Hinweisen). In der Lehre wird BGE 133 III 282 überwiegend kritisch beurteilt (TANJA DOMEJ, Negative Feststellungsklagen im Deliktsgerichtsstand, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts [IPRax] 2008 S. 550 ff.; TARKAN GÖKSU, Negative Feststellungsklage: ausgewählte Aspekte und neuere Entwicklung, ZZZ 2008/09 S. 175 ff., 182 f.; FRIDOLIN WALTHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2007, 2. Teil: Internationales Zivilprozessrecht, ZBJV 145/2009 S. 357 ff., 360; BENDICHT LÜTHI, System der internationalen Zuständigkeit im Immaterialgüterrecht, 2011, S. 130 ff.; PAUL OBERHAMMER, in: Lugano-Übereinkommen, Dasser/Oberhammer [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 102 zu Art. 5 LugÜ und bei Fn. 261; HOFMANN/KUNZ, a.a.O., N. 15 und 534 zu Art. 5 LugÜ ; KROPHOLLER/VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, N. 78 zu Art. 5 EuGVO und bei Fn. 473; NINO SIEVI, Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, 2017, S. 169 ff. Rz. 448 ff. Allgemein i.d.S. vgl. auch: WOLDE/KNOT/WELLER, in: unalex Kommentar, Brüssel I-Verordnung, 2012, N. 18 zu Art. 5 Nr. 3 EuGVVO). Es wurde namentlich eingewendet, die Prüfung der Sach- und Beweisnähe im Einzelfall führe zu Rechtsunsicherheit, denn der Entscheid darüber beruhe weitgehend auf Wertungen und BGE 145 III 303 S. 308 Würdigungen. Gerade das Zuständigkeitsrecht sollte aber klare Lösungen bereithalten. Die Rechtsprechung des EuGH argumentiere mit dem Zweck der Sach- und Beweisnähe allgemein, aber nicht im Hinblick auf den Einzelfall. Trotz verbaler Distanzierung laufe das Erfordernis gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf einen verdeckten "forum non conveniens"-Test hinaus. Zu Recht verweist die Vorinstanz sodann darauf, dass der EuGH im nach BGE 133 III 282 ergangenen Urteil Folien Fischer und Fofitec die Anwendbarkeit von Art. 5 Nr. 3 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 12 vom 16. Januar 2001 S. 1 ff.; nachfolgend: EuGVO) für negative Feststellungsklagen am Handlungs- oder Erfolgsort uneingeschränkt bejaht hat (Urteil Folien Fischer und Fofitec , Randnrn. 51 f.). Die Lehre geht deshalb davon aus, die bundesgerichtliche Einschränkung des Deliktsgerichtsstands lasse sich umso weniger rechtfertigen (BENDICHT LÜTHI, EuGH konkretisiert Deliktzuständigkeit bei Markenrechtsverletzungen mittels AdWords, sic! 4/2013 S. 212 ff., 220; MATHIS PETER, Negative Feststellungsklagen am Deliktsgerichtsstand von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO/ LugÜ, Jusletter 12. August 2013 S. 5 f. Rz. 15; LAURENT KILLIAS, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [2012], SZIER 2013 S. 671 ff., 688 ff. Rz. 18; ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, 2014, S. 244 f. Rz. 894 f.). Nach konstanter Rechtsprechung muss sich eine Praxisänderung auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht, andernfalls ist die

bisherige Praxis beizubehalten ( BGE 144 III 175 E. 2 S. 177 f. mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind nach dem oben Dargelegten erfüllt. Am zusätzlichen Erfordernis der Sach- und Beweismnähe zur Einschränkung des aufgrund des Handlungs- oder Erfolgsorts grundsätzlich gegebenen Gerichtsstands im Einzelfall ist nicht festzuhalten. Ist ein Handlungs- oder Erfolgsort identifiziert, bleibt somit kein Raum mehr für eine einzelfallbezogene Prüfung der Sach- und Beweismnähe. BGE 145 III 303 S. 309

#### **E. 4.2**

Die Beklagte rügt eine Verletzung des sog. Spiegelbildprinzips, wie es sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergebe.

##### **E. 4.2.1**

Sie beruft sich hierfür auf BGE 133 III 282 E. 4 S. 289, wo ausgeführt wurde: "Die Klage auf Feststellung, dass die Klägerin für den von den Beklagten zum Ersatz beanspruchten Schaden nicht hafte, betrifft im Lichte von Art. 21 [a]LugÜ [ Art. 27 LugÜ ] denselben Anspruch wie die spiegelbildliche Klage der Gegenpartei auf Feststellung, dass die Klägerin für diesen Schaden hafte. Daher ist die negative Feststellungsklage, sofern der besondere Gerichtsstand von Art. 5 Ziff. 3 [a]LugÜ [ Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ] gewählt wird, dort anzubringen, wo der bestrittene Anspruch nach Massgabe dieser Bestimmung auf positive Leistungsklage hin zu beurteilen wäre ( BGE 125 III 346 E. 4b S. 349 mit Hinweisen)." Der Wortlaut dieser Erwägung sei unmissverständlich und lasse unter Art. 5 Ziff. 3 LugÜ eine negative Feststellungsklage nur dort zu, wo umgekehrt gestützt auf dieselbe Bestimmung auch eine positive Leistungsklage erhoben werden könnte. Unbestritten ist, dass die Beklagte in der Schweiz nicht gegen die Klägerin 1 gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ hätte klagen können, weil der behauptete Handlungsort mit dem Sitz der Klägerin 1 zusammenfällt - beide befinden sich in der Schweiz. Art. 5 LugÜ ist nach seinem Einleitungssatz nur anwendbar, wenn die Beklagte ausserhalb ihres Sitzstaates (d.h. ausserhalb des allgemeinen Gerichtsstands) verklagt wird. Die Beklagte ist der Ansicht, da eine Leistungsklage nicht nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ in der Schweiz hätte eingereicht werden können, entfalle nach dem Spiegelbildprinzip auch ein Gerichtsstand nach derselben Bestimmung ( Art. 5 LugÜ ) für die negative Feststellungsklage der Klägerin 1 in der Schweiz.

##### **E. 4.2.2**

Die Klägerin 1 hält demgegenüber dafür, bei der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei es einzig darum gegangen, dass der (behauptete) Schädiger über Art. 5 Ziff. 3 LugÜ keinen anderen Gerichtsstand geltend machen könne, als dem (behaupteten) Geschädigten für eine spiegelbildliche Leistungsklage zur Verfügung stünde. Vorliegend sei aber unbestritten, dass die Beklagte die Klägerin 1 und ihre Tochtergesellschaften mit einer Leistungsklage vor der Vorinstanz einklagen könnte; dies zwar aufgrund seines Einleitungssatzes nicht nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ , aber alle Klägerinnen zusammen als passive Streitgenossenschaft gemäss Art. 6 Ziff. 1 LugÜ und alternativ die Klägerinnen 1 und 2 aufgrund ihres Wohnsitzes gemäss Art. 2 Ziff. 1 LugÜ i.V.m. Art. 129 sowie Art. 8a IPRG (SR 291) sowie schliesslich die Klägerin 3 mit Sitz im Vereinigten Königreich am Handlungsort gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ . BGE 145 III 303 S. 310

##### **E. 4.2.3**

Die Formulierung in BGE 133 III 282 und BGE 125 III 346 ist missverständlich. Wäre sie so zu verstehen, wie von der Beklagten geltend gemacht, hätte in beiden Fällen allein schon

deswegen nicht auf die negative Feststellungsklage eingetreten werden dürfen, weil die Feststellungskläger ihren Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz hatten und es deshalb den vermeintlich geschädigten ausländischen Parteien nicht möglich gewesen wäre, gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ in der Schweiz am angeblichen Deliktort zu klagen (i.d.S. kritisch [Ausführungen des Bundesgerichts sind "widersprüchlich"]: HOLZER/JOSI, Die negative Feststellungsklage im schweizerischen Patentprozess: Feststellungsinteresse, Gerichtsstand und Streitgegenstand in internationalen, euro-internationalen sowie nationalen Verhältnissen, GRUR International 2009 S. 577 ff., 583). Das Bundesgericht stützte sich jedoch in beiden Entscheiden nicht auf diese Überlegung, sondern verneinte die Zuständigkeit des schweizerischen Gerichts wegen der fehlenden Sach- und Beweisnähe ( BGE 133 III 282 E. 4.5 S. 291 f.; vgl. dazu hiervor E. 4.1) bzw. bestätigte die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte am Handlungsort ( BGE 125 III 346 E. 4c/bb S. 351 f.). Bei der erstmaligen Formulierung in BGE 125 III 346 E. 4b S. 349 bezog sich das Bundesgericht im Übrigen auf Lehrmeinungen, die alle ohne Einschränkung festhalten, dass auch eine negative Feststellungsklage am Deliktort möglich ist, wie die Vorinstanz zutreffend erwähnt. Dass das Verständnis der Beklagten nicht zutrifft, wird schliesslich auch durch BGE 132 III 778 bestätigt, wo die fehlende Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für eine auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ gestützte Feststellungsklage ebenfalls nicht mit dem Sitz der Klägerinnen in der Schweiz begründet wurde, sondern mit dem mangels Sach- und Beweisnähe nicht gegebenen Handlungsort in der Schweiz; und dies obwohl die Vorinstanz ihr Nichteintreten mit dem Sitz der Feststellungsklägerinnen in der Schweiz begründet hatte ( BGE 132 III 778 Sachverhalt lit. C. und E. 3 S. 783 f.). Mit der von der Beklagten zitierten etwas unklaren Formulierung sollte einzig gesagt werden, der Feststellungskläger könne sich ebenso auf die Wahlgerichtsstände gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ berufen wie der Leistungskläger. Entsprechend bezog sich das Bundesgericht in BGE 125 III 346 E. 4b S. 349 auf das Urteil des EuGH vom 6. Dezember 1994 C-406/92 Tatry/Maciej Rataj , Slg. 1994 I-05439. In diesem Entscheid ging es einzig um die Feststellung, dass kein Unterschied zwischen der negativen Feststellungsklage und der Leistungsklage besteht (Urteil Tatry/Maciej Rataj , Randnr. 45). Mit dem Urteil BGE 145 III 303 S. 311 Folien Fischer und Fofitec , das sich in Randnr. 49 ebenfalls auf das Urteil Tatry/Maciej Rataj berief, hat der EuGH nun in diesem Sinn bestätigt, dass die negative Feststellungsklage den gleichen Anspruch oder Streitgegenstand betrifft wie die Leistungsklage und sich der Feststellungskläger ebenso wie der Leistungskläger auf die Wahlgerichtsstände am Handlungs- oder Erfolgsort berufen kann. Dies ist namentlich auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Interessen bzw. der Schutz des Geschädigten im Vergleich zu jenen des angeblichen Schädigers dies erfordern würden (Urteil Folien Fischer und Fofitec , Randnrn. 41 ff.). In richtiger Lesart knüpft daher der Einleitungssatz zu Art. 5 LugÜ an die formelle Parteirolle an. Liegt der nach Art. 5 LugÜ bestimmte Gerichtsstand am Sitz des formell Beklagten, so kann die Zuständigkeit nicht mittels Art. 5 LugÜ begründet werden, diesfalls ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus Art. 2 LugÜ ( BGE 131 III 76 E. 3 S. 81; Urteil 4A\_224/ 2013 vom 7. November 2013 E. 2.1). Eine negative Feststellungsklage könnte daher nicht im Sitzstaat der Feststellungsbeklagten gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ eingereicht werden, auch wenn diese dort umgekehrt gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ eine Leistungsklage gegen den vermeintlichen Schädiger erheben könnte (ebenso: HOLZER/ JOSI, a.a.O., S. 583).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz hat daher ihre internationale und örtliche Zuständigkeit für die Klage in Bezug auf die Klägerin 1 zu Recht bejaht. Die Beschwerde im Verfahren 4A\_446/2018 ist abzuweisen. Verfahren 4A\_448/2018

## **E. 5**

Umstritten ist, ob auch für die Klägerinnen 2 und 3 die internationale bzw. örtliche Zuständigkeit gegeben ist. Die Vorinstanz bejahte in ihrem ersten Entscheid vom 26. Juni 2017 in einem obiter dictum einen Handlungsort in Biel für alle drei Klägerinnen. Im nun angefochtenen Entscheid verneint sie dies. Sie erwog, bei mehreren Beteiligten sei der Handlungsort nur dort gegeben, wo der jeweilige Schädiger selber gehandelt habe. Eine wechselseitige Zurechnung der jeweiligen Handlungen sei ebenfalls abzulehnen für das Verhältnis von Kartellanten untereinander sowie für Gesellschaften in einem Konzernverbund. Als zuständigkeitsbegründende Handlung würden die Klägerinnen den Beschluss der Erweiterten Konzernleitung in Biel zur Einführung eines selektiven Vertriebssystems erachten. Inwiefern aber auch die beiden Tochtergesellschaften an der Beschlussfassung in Biel unmittelbar beteiligt gewesen seien und somit dort gehandelt hätten, werde von den Klägerinnen nicht dargelegt und sei auch nicht ersichtlich. Damit sei davon auszugehen, BGE 145 III 303 S. 312 nur die Muttergesellschaft (die Klägerin 1) selbst habe in Biel gehandelt. Die beiden Tochtergesellschaften hätten zwar in der Folge den Beschluss der Konzernleitung umgesetzt und sich damit an der behaupteten unerlaubten Handlung beteiligt. Allerdings ergebe sich auch bei dieser Betrachtungsweise keine Handlungsortzuständigkeit in Biel, da sie den Beschluss der Konzernleitung an ihrem jeweiligen Sitz in Grenchen bzw. in London nur umgesetzt hätten. Auch aus Art. 6 Ziff. 1 LugÜ könnten die Klägerinnen 2 und 3 nichts für sich ableiten, da diese Bestimmung nur die passive Streitgenossenschaft regle. Schliesslich befinde sich der Erfolgsort im Vereinigten Königreich, sodass sich auch daraus keine Zuständigkeit in der Schweiz ergebe. (...)

## **E. 7**

Handeln mehrere Personen (insbesondere bei gemeinsamem Zusammenwirken), stellen sich hinsichtlich des Handlungsorts zwei Fragen. Einerseits: Wo ist bzw. sind aufgrund der tatsächlichen Handlungen mehrerer Personen der Handlungsort bzw. die Handlungsorte zu lokalisieren? Und andererseits: Ist die durch eine Person vorgenommene Handlung den anderen Personen zuständigkeitsbegründend zurechenbar (LÜTHI, a.a.O., S. 649 Rz. 779)?

### **E. 7.1**

Im Stadium der Prüfung der internationalen Zuständigkeit prüft das Gericht nicht die Begründetheit der Klage, sondern ermittelt nur die Anknüpfungspunkte mit dem Staat des Gerichtsstands, die seine Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ rechtfertigen (Urteil des EuGH vom 5. Juli 2018 C-27/17 flyLAL-Lithuanian Airlines [im Folgenden: flyLAL ], Randnr. 54 mit Hinweis; Urteil Folien Fischer und Fofitec , Randnr. 50).

### **E. 7.2**

Handlungsort gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist der Ort des ursächlichen Geschehens.

#### **E. 7.2.1**

Gemäss dem Urteil des EuGH vom 21. Mai 2015 C-352/13 CDC Hydrogen Peroxide , auf welches sich die Vorinstanz berief, sei der Handlungsort einerseits abstrakt der Gründungsort des Kartells (Randnrn. 44 und 50) oder - wenn dieser Ort nicht bestimmt

werden könne, weil eine Vielzahl von Kartellvereinbarungen getroffen worden seien - der Ort, wo eine spezifische Vereinbarung getroffen worden sei, die für sich allein das ursächliche Geschehen für den einem Dritten angeblich verursachten Schaden gebildet habe (Urteil CDC Hydrogen Peroxide , Randnrn. 46 und 50). An diesen so bestimmten Handlungsorten könnten alle angeblichen Schädiger BGE 145 III 303 S. 313 eingeklagt werden (Urteil CDC Hydrogen Peroxide , Randnrn. 48 f.). Der EuGH bejahte somit eine zuständigkeitsbegründende Handlungsortzurechnung für angebliche Schädiger, die am betreffenden Ort nicht gehandelt haben. Der besagte Entscheid betraf ein (horizontales) Kartell. Vorliegend handelt es sich demgegenüber um ein angeblich wettbewerbswidriges Verhalten (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) eines Konzerns. Die Klägerinnen 2 und 3 sind hundertprozentige Töchter der Klägerin 1 und werden von dieser kontrolliert. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, enthält das Lugano-Übereinkommen keine expliziten Bestimmungen für Konzernsachverhalte, weshalb die üblichen Gerichtsstände und u.a. auch Art. 5 Ziff. 3 LugÜ zur Anwendung kommen (ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Handelsrecht, SPR Bd. VIII/6, 2. Aufl. 2005, S. 572 und bei Fn. 45). Im späteren bereits zitierten Urteil flyLAL , in welchem ebenfalls zwei nicht konzernmässig verbundenen Gesellschaften ein komplexes wettbewerbswidriges Zusammenwirken vorgeworfen wurde, unterschied der EuGH zwei mögliche Handlungsorte in Abhängigkeit von den für den Schaden ursächlichen Handlungen. Handlungsort könne einerseits der Ort des Abschlusses einer gegen Art. 101 der konsolidierten Fassung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012 S. 47 ff.) verstossenden Vereinbarung sein (Urteil flyLAL , Randnrn. 49 f. und 57 mit Hinweis auf das Urteil CDC Hydrogen Peroxide , Randnr. 50). Bestehe andererseits keine solche Vereinbarung, sondern bestehe das für den Schaden ursächliche Geschehen in der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinn von Art. 102 AEUV, also in der Verwirklichung dieser Ausnutzung, komme es auf die zur praktischen Umsetzung vorgenommenen Handlungen an (Urteil flyLAL , Randnrn. 52 und 57). Zeige sich dabei, dass die den angeblichen Schädigern vorgeworfenen Verhaltensweisen Teil einer gemeinsamen Strategie gewesen seien, wäre dasjenige Geschehnis zu ermitteln, dem für die Umsetzung dieser Strategie in einer Kette von Ereignissen eine besonders grosse Bedeutung zukomme (Urteil flyLAL , Randnr. 53).

### **E. 7.2.2**

Eine Vereinbarung zwischen den drei Konzerngesellschaften im Sinn der Urteile CDC Hydrogen Peroxide und flyLAL liegt hier nicht vor. Denn Vereinbarung im Sinn von Art. 101 AEUV ist im zivilrechtlichen Sinn zu verstehen. Es ist somit ein zweiseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, das durch die Abgabe von Willenserklärungen zustande kommt. Das entscheidende Kriterium ist, dass BGE 145 III 303 S. 314 sich die Vertragspartner gegenseitig verpflichten und binden wollen. Eine Vereinbarung unter Konzerngesellschaften fällt nicht darunter, wenn die Tochtergesellschaften ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmen können (sog. Konzernprivileg), denn in diesem Fall stehen die an sich rechtlich selbstständigen Gesellschaften nicht im Wettbewerb miteinander und kann der Wettbewerb daher auch durch Vereinbarungen zwischen ihnen nicht eingeschränkt werden (INGO BRINKER, in: EU-Kommentar, Jürgen Schwarze und andere [Hrsg.], 4. Aufl. 2019, N. 37 und 58 zu Art. 101 AEUV; HEIKE SCHWEITZER, in: Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, S. 486 f. § 8 Rz. 76; vgl. ebenso für das schweizerische Kartellrecht: ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender

Unternehmen, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2002, S. 183).

### **E. 7.2.3**

Vorliegend wird es bei der materiellen Beurteilung (zur Abgrenzung gegenüber der Prüfung der Zuständigkeit vgl. E. 7.1 hiervor) darum gehen, ob die Klägerinnen 2 und 3 zusammen mit ihrer Muttergesellschaft eine marktbeherrschende Stellung innehaben und diese durch die Nichtbelieferung der Beklagten im Sinn von Art. 102 AEUV (bzw. des nach Darstellung der Parteien parallelen englischen Kartellrechts) missbraucht haben, wovon denn auch die Vorinstanz ausging und worauf die Beklagte selber verweist. Als sog. kollektive Marktbeherrschung im Sinn von Art. 102 AEUV wird denn auch namentlich das Konzernverhältnis erwähnt (BRINKER, a.a.O., N. 14 zu Art. 102 AEUV; PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, in: Europäisches Unionsrecht, Vedder/Heintschel von Heinegg [Hrsg.], 2. Aufl. 2018, N. 10 zu Art. 102 AEUV; EILMANSBERGER/KRUIS, in: EUV/AEUV, Streinz [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N. 15 zu Art. 102 AEUV). Durch die Auslegung des Unternehmensbegriffs im Kartellverwaltungsrecht werden die diesen Vorschriften unterworfenen Tätigkeiten bestimmt. Davon zu unterscheiden ist die Frage, welchem Rechtsträger im Einzelnen der Kartellrechtsverstoss zuzurechnen ist. Solche Zurechnungsfragen stellen sich vor allem bei Konzernen (EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 36 vor Art. 101 AEUV). Zivilprozessual besteht die Komplikation darin - so auch hier -, dass einerseits mehrere rechtlich selbstständige Personen handelten und dass andererseits das vorgeworfene Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung zusammengesetzte, von gegenseitigen Abhängigkeiten geprägte Handlungen beinhaltet. Vorliegend sind dies der Beschluss, die marktbeherrschende Stellung auszunützen und die anschliessende Mitteilung und Durchführung des Lieferstopps. Diesbezüglich lässt sich entsprechend den zitierten Ausführungen des EuGH im Urteil BGE 145 III 303 S. 315 flyLAL, Randnr. 53, sagen, die den angeblichen Schädigern vorgeworfenen Verhaltensweisen seien Teil einer gemeinsamen Strategie - die Strategie der Tochtergesellschaft ist im Konzern Teil der Gruppenstrategie (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 1258 und 1268 § 11 Rz. 280 [ii] und 323). Es ist somit jenes Geschehnis zu bestimmen, dem für die Umsetzung dieser Strategie in einer Kette von Ereignissen eine besonders grosse Bedeutung zukommt, womit verschiedene Handlungsorte vermieden werden. Damit ist der EuGH den Ausführungen des Generalanwalts gefolgt. Dieser legte unter dem Titel "Kausalität für die Zwecke der Zuständigkeit bei Fällen mit komplexen Sachverhalten" dar, dass bei einer Kette von Ereignissen grundsätzlich alle diese im Sinn der tatsächlichen Kausalität notwendig seien und daher ursächlich für den Eintritt des Schadens. Ein bestimmtes Geschehen als relevant für die Zwecke der Bestimmung der Zuständigkeit zu betrachten, verhindere aber, dass mehrere Gerichtsstände entstünden. Idealerweise sollte deshalb ein einziges Geschehen für die Bestimmung der Zuständigkeit herangezogen werden (Schlussanträge des Generalanwalts vom 28. Februar 2018 C-27/17 flyLAL, Randnrn. 93-97). Zentrale Handlung ist hier der Beschluss der Erweiterten Konzernleitung in Biel. Denn Handlungsort ist der Ort der für das folgende Geschehen massgeblichen Entscheidung bzw. Aktion (WULF-HENNING ROTH, Der europäische Deliktsgerichtsstand in Kartellstreitigkeiten, in: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, S. 427 ff., 430 f.). Hierin unterscheiden sich die konkreten Umstände auch von jenen, die der EuGH im Verfahren flyLAL zu beurteilen hatte. Dort war einerseits eine wettbewerbswidrige Vereinbarung (Art. 101 AEUV) zwischen dem Flughafen Riga und der Air Baltic behauptet worden, womit Letzterer bessere Bedingungen eingeräumt worden

seien; andererseits habe Air Baltic selbstständig Kampfpreise festgesetzt (Art. 102 AEUV) und so die Klägerin (flyLAL-Lithuanian Airlines) aus dem Markt verdrängt (Urteil flyLAL, Randnr. 47 i.V.m. 57). Hier haben die Klägerinnen 2 und 3 offensichtlich nicht in diesem Sinn selbstständig über die zu treffende Massnahme (Lieferstopps etc.) entschieden und sie durchgeführt. Vielmehr ist die Mitteilung des Lieferstopps blosser Ausführung der beschlossenen Gruppenstrategie. Die beschlossene Gruppenstrategie stellt auch nicht eine blossere Vorbereitungshandlung dar, sondern bildet vielmehr die zentrale und grundlegende Handlung für die gruppenweite Einführung des selektiven Vertriebssystems. Würde man BGE 145 III 303 S. 316 nicht auf den Strategieentscheid als zentrale Handlung abstellen, sondern auf dessen Umsetzung in den verschiedenen Tochtergesellschaften, sähe man sich vor das Problem gestellt, dass die "Umsetzung" eine Vielzahl von unterschiedlichen Handlungen beinhalten kann. Neben der blossen Mitteilung, nicht mehr zu liefern, dürfte zum Beispiel auch eine rechtliche Begleitung notwendig sein, was allenfalls durch den Rechtsdienst der Mutter zu leisten ist. Daraus folgt, dass es entgegen der Vorinstanz nicht darauf ankommen kann, ob Vertreter der Tochtergesellschaften als Mitglieder der Erweiterten Konzernleitung bei der Beschlussfassung in Biel anwesend waren und mitgewirkt haben und - was bei einer von der Konzernstruktur abstrahierenden Betrachtungsweise wohl vorausgesetzt werden müsste - anschliessend das formelle Einverständnis des jeweiligen Verwaltungsrats der Klägerinnen 2 und 3 bzw. der jeweiligen Geschäftsleitung mit der von der Konzernleitung beschlossenen Strategie mitgeteilt haben. Dies würde auf eine "formalistische Ritualhandlung ohne Inhalt" (BÖCKLI, a.a.O., S. 1252 § 11 Rz. 256) hinauslaufen. Biel ist daher auch Handlungsort für die Klägerinnen 2 und 3.

#### **E. 7.2.4**

Besteht ein internationaler und örtlicher Deliktsgerichtsstand in Biel gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ auch für die Klägerinnen 2 und 3, können diese in Biel eine negative Feststellungsklage einreichen (vgl. hiervor E. 4.1.2 und 4.2.3). Somit ist auch die Zuständigkeit der Vorinstanz für die negative Feststellungsklage der Klägerinnen 2 und 3 gegeben. Aus diesem Grund wies im Übrigen auch der Generalanwalt im Verfahren CDC Hydrogen Peroxide darauf hin, dass im Fall, dass der Gerichtshof - wie er es dann getan hat - anerkennen würde, dass nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO eine Vielzahl von Gerichtsständen bei Kartellabsprachen möglich wären, er damit Urheber einer Wettbewerbsverletzung ermöglichen würde, entsprechend dem Urteil Folien Fischer und Fofitec an allen diesen Gerichtsständen auch negative Feststellungsklagen einzuleiten (Schlussanträge des Generalanwalts vom 11. Dezember 2014 C-352/13 CDC Hydrogen Peroxide, Randnr. 51). Der Vorwurf der Beklagten an die Klägerinnen, mit der Einführung eines selektiven Vertriebssystems ein wettbewerbswidriges Verhalten beschlossen und durchgeführt zu haben, trifft sowohl die Klägerin 1 als auch ihre Tochtergesellschaften. Er gründet mithin insbesondere in deren Zusammenwirken. Vor diesem Hintergrund muss es, mit dem Ziel widersprüchliche Urteile bzw. Doppelspurigkeiten zu vermeiden, den Klägerinnen auch möglich sein, gemeinsam eine negative Feststellungsklage an BGE 145 III 303 S. 317 demselben zentralen Handlungsort - nämlich dem Ort des Strategieentscheids - geltend zu machen. Die Beschwerde im Verfahren 4A\_448/2018 ist somit gutzuheissen.