Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 446/2018, 4A 448/2018

Urteil vom 21. Mai 2019

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Hohl, Niquille, May Canellas,
Gerichtsschreiber Gross.

Verfahrensbeteiligte
4A 446/2018
D. _____ Limited,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Simon Holzer und Renato Bucher,
Beschwerdeführerin, Beklagte,

gegen

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Franz Hoffet und Prof. Dr. Felix Dasser,
Beschwerdegegnerin, Klägerin 1

und

4A 448/2018
1. B. _____ SA,
2. C. _____ Limited,
beide vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Franz Hoffet und Prof. Dr. Felix Dasser,
Beschwerdeführerinnen, Klägerinnen 2 und 3,

gegen

D. _____ Limited,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Simon Holzer und Renato Bucher,
Beschwerdegegnerin Beklagte.

Gegenstand
Kartellrecht; internationale Zuständigkeit,

Beschwerden gegen den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 25. Juni 2018 (HG 18 30).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. _____ AG mit Sitz in Neuenburg und Verwaltungssitz (Headquarter) in Biel (Klägerin 1, Beschwerdegegnerin im Verfahren 4A 446/2018) ist die Dachholding des Konzerns X. _____ und bildet zusammen mit den von ihr kontrollierten Tochtergesellschaften die X. _____ Gruppe. Die B. _____ SA mit Sitz in Grenchen (Klägerin 2, Beschwerdeführerin 1 im Verfahren 4A 448/2018) ist eine hundertprozentige Tochter der Klägerin 1. Sie stellt Uhrwerke in der Schweiz her (insbesondere einen Grossteil der Uhrwerke für die Schweizer X. _____ Gruppe-Marken), alle Uhren der Marken "Y. _____" und "Z. _____" sowie Ersatzteile für Uhren und Uhrwerke. Die Ersatzteile vertreibt sie sowohl an interne Kunden als auch an Drittkunden. Die C. _____ Limited mit Sitz in London, Grossbritannien (Klägerin 3, Beschwerdeführerin 2 im

Verfahren 4A 448/2018) ist eine hundertprozentige englische Tochtergesellschaft der Klägerin 1. Sie ist im Vereinigten Königreich und in Irland ausschliesslich für den Vertrieb der Produkte der Gruppe X. _____ zuständig und verkauft diese an autorisierte Händler und Serviceanbieter sowie in ihren eigenen Verkaufsstellen.

Die D. _____ Limited mit Sitz in W. _____, Grossbritannien (Beklagte, Beschwerdeführerin im Verfahren 4A 446/2018, Beschwerdegegnerin im Verfahren 4A 448/2018) bietet als Grosshändlerin Uhrenersatzteile an. Bis am 31. Dezember 2015 vertrieb sie auch Ersatzteile für Uhren der Gruppe X. _____.

A.b. Im Zuge der stufenweisen Einführung eines selektiven Vertriebssystems für Ersatzteile beschloss die Gruppe X. _____, zur lückenlosen Implementierung des Systems die Zusammenarbeit mit Grosshändlern zu beenden. Den Grosshändlern wurde (mit einem Vorlauf von über einem Jahr) bis zur Beendigung der Belieferung mit Ersatzteilen eine Übergangsfrist bis am 31. Dezember 2015 gewährt.

A.c. Mit Schreiben vom 16. März 2016 (" Notice of Termination of Wholesale Supplies - Letter Before Action ") forderte die Beklagte die Klägerinnen auf, bis am 6. April 2016 die Wiederaufnahme der Belieferung zu bestätigen, ansonsten ohne weitere Ankündigung Klage eingereicht würde. Dem Schreiben legte sie eine Eingabe " (Draft) Order " an den High Court of Justice in London bei. Auf Ersuchen der Klägerin 3 erstreckte die Beklagte mit Schreiben vom 11. April 2016 die von ihr angesetzte Frist bis am 20. April 2016.

A.d. Am 19. April 2016 reichten die Klägerinnen die vorliegende negative Feststellungsklage beim Handelsgericht des Kantons Bern ein.

A.e. Mit Eingabe vom 29. April 2016 reichte die Beklagte ihrerseits beim High Court of Justice in London gegen die Klägerinnen Klage ein wegen Verletzung europäischen Kartellrechts.

B.

B.a. Mit Klage vom 19. April 2016 beim Handelsgericht des Kantons Bern beantragten die Klägerinnen:

"1. Es sei festzustellen, dass die Klägerinnen gegenüber der Beklagten keine Pflicht zur Belieferung mit Ersatzteilen für Produkte der Klägerinnen oder von mit diesen verbundenen Gesellschaften trifft.

2. Es sei festzustellen, dass die Klägerinnen wegen Beendigung der Belieferung der Beklagten mit Ersatzteilen für Produkte der Klägerinnen oder von mit diesen verbundenen Gesellschaften per 31. Dezember 2015 der Beklagten nichts schulden, insbesondere keinen Schadenersatz.

3. (...) "

Das Handelsgericht beschränkte das Verfahren mit Verfügung vom 12. Dezember 2016 auf die Fragen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts und des Feststellungsinteresses. Es verneinte ein genügendes Feststellungsinteresse und trat deshalb mit Urteil vom 26. Juni 2017 auf die Klage nicht ein. Die Frage der internationalen und örtlichen Zuständigkeit liess es offen.

Mit Urteil vom 14. März 2018 (BGE 144 III 175) schützte das Bundesgericht die von den Klägerinnen gegen das Urteil des Handelsgerichts erhobene Beschwerde und wies die Sache zu neuer Beurteilung an das Handelsgericht zurück. Es stellte fest, dass im internationalen Verhältnis (unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs) das Interesse des Feststellungsklägers, bei bevorstehendem Gerichtsverfahren einen ihm genehmen Gerichtsstand zu sichern, als genügendes Rechtsschutzinteresse zu qualifizieren ist (E. 5.2-5.4).

B.b. Mit Urteil vom 25. Juni 2018 trat das Handelsgericht Bern auf die Klage in Bezug auf die Klägerinnen 2 und 3 nicht ein (Disp.-Ziff. 1), auferlegte die diesbezüglichen Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- den Klägerinnen 2 und 3 (Disp.-Ziff. 2) und verpflichtete diese, der Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit eine Parteientschädigung von Fr. 31'170.10 (keine MWSt) zu bezahlen (Disp.-Ziff. 3). In Bezug auf die Klägerin 1 bejahte es seine internationale und örtliche Zuständigkeit (Disp.-Ziff. 4) und schlug die diesbezüglichen Gerichts- und Parteikosten zur Hauptsache (Disp.-Ziff. 5).

Das Handelsgericht verneinte ein missbräuchliches Verhalten der Klägerinnen hinsichtlich der von ihnen beantragten Fristerstreckung zur Beantwortung des Schreibens der Beklagten vom 16. März

2016 und der anschliessenden Klageeinreichung in Bern. Die internationale und die innerstaatliche örtliche Zuständigkeit würden sich nach Art. 5 Ziff. 3 Lugano-Übereinkommens (LugÜ, SR 0.275.12) bestimmen. Handlungsort im Sinn von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ sei der Gründungsort des Kartells; vorliegend Biel, wo am 26. November 2013 die Einführung des selektiven Vertriebssystems beschlossen worden sei. Die Klägerinnen 2 und 3 seien jedoch an dieser Beschlussfassung nicht unmittelbar beteiligt gewesen, weshalb es für die Klägerin 2 an der örtlichen Zuständigkeit und für die Klägerin 3 an der internationalen Zuständigkeit fehle. Die örtliche und internationale Zuständigkeit des Handelsgerichts Bern für die Klage der Klägerin 1 entfalle auch nicht wegen der fehlenden besonderen Sach- und Beweismnähe, da dieses Kriterium nicht massgeblich sei. Entgegen der Beklagten stehe der Gerichtsstand am Handlungs- und am Erfolgsort auch offen, unabhängig davon, ob eine spiegelbildliche Leistungsklage nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ am angerufenen Gericht ebenfalls möglich wäre (sog. Spiegelbildprinzip).

C.

Sowohl die Beklagte wie die Klägerinnen 2 und 3 haben gegen diesen Entscheid beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben.

C.a. Die Beklagte beantragt im Verfahren 4A 446/2018, die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils des Handelsgerichts seien kostenfällig aufzuheben und auf die Klage der Klägerin 1 sei nicht einzutreten. Die Klägerin 1 sei zu verpflichten, ihr für das kantonale Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 40'254.05 zu bezahlen; eventualiter sei die Sache zur Neuverlegung der Parteientschädigung für das kantonale Verfahren an das Handelsgericht zurückzuweisen.

Die Klägerin 1 schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Das Handelsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert und dupliziert.

C.b. Die Klägerinnen 2 und 3 beantragen dem Bundesgericht im Verfahren 4A 448/2018, die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 des Urteils des Handelsgerichts seien kostenfällig aufzuheben, die Zuständigkeit des Handelsgerichts für ihre Klagen sei festzustellen und die Sache sei zum Entscheid in der Sache an das Handelsgericht zurückzuweisen. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid und Bejahung der Zuständigkeit für ihre Klagen an das Handelsgericht zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt kostenfällige Abweisung, soweit auf die Beschwerde einzutreten ist. Das Handelsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert und dupliziert.

D.

Am 21. Mai 2019 führte das Bundesgericht eine öffentliche Urteilsberatung durch.

Erwägungen:

1.

Wenn an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind und den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, behandelt das Bundesgericht diese in der Regel in einem einzigen Urteil. Die Beschwerdeverfahren 4A 446/2018 und 4A 448/2018 werden daher vereinigt.

2.

Das Bundesgericht folgt bei der Auslegung des Lugano-Übereinkommens nach ständiger Praxis grundsätzlich der Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (EuGVÜ) sowie zur 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 (EuGVVO), die das EuGVÜ für die Vertragsstaaten der Europäischen Union ersetzt hat und ihrerseits ab dem 10. Januar 2015 durch die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ersetzt worden ist. Soweit ein Entscheid des EuGH sich indessen massgeblich auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze stützt, die weder dem LugÜ noch den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten entnommen worden sind, ist diesem Umstand insofern Rechnung zu tragen, als diese Grundsätze und die sich daraus ergebenden Auslegungsfolgen nicht unbesehen auf die Auslegung des revidierten LugÜ zu übertragen sind

(BGE 140 III 320 E. 6.1 S. 322 mit Hinweisen; siehe Art. 1 zu Protokoll Nr. 2 LugÜ).

Verfahren 4A 446/2018

3.

Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz hatte die Beklagte im kantonalen Verfahren vorgebracht, die Klägerinnen hätten von ihren Wahlmöglichkeiten nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ in missbräuchlicher Weise Gebrauch gemacht. Sie hätten keine überzeugenden Gründe genannt, weshalb sie versucht hätten, der Beklagten schnell zuvorzukommen und in der Schweiz eine negative Feststellungsklage einzureichen. Die Klägerin 3 habe die Beklagte gar um eine Erstreckung der Frist zur Beantwortung des Schreibens vom 16. März 2016 (vgl. Sachverhalt A.c) ersucht und einen Tag vor Ablauf der erstreckten Frist in treuwidriger Weise die negative Feststellungsklage bei der Vorinstanz eingereicht. Es sei offensichtlich, dass es den Klägerinnen einzig darum gegangen sei, der Beklagten mit der Klage zuvorzukommen und einen Gerichtsstand in der Schweiz zu sichern, was kein hinreichendes Feststellungsinteresse begründe.

3.1. Die Vorinstanz stellte fest, es sei unbestritten geblieben, dass ein "Letter Before Action", wie er mit dem Schreiben der Beklagten vom 16. März 2016 den Klägerinnen zugestellt worden sei, nach englischem Recht erforderlich sei, andernfalls der klagenden Partei Kostenfolgen drohen würden. Zur Begründung der verlangten Fristerstreckung zur Beantwortung des Schreibens vom 16. März 2016 hätten die Klägerinnen angegeben, sie bräuchten eine Verlängerung um zwei Wochen, um eine Antwort geben zu können.

Sie erwog sodann, es sei nicht erstellt, dass die Klägerinnen einzig und allein deshalb eine Fristerstreckung verlangt hätten, um ihre negative Feststellungsklage auszuarbeiten. Die Klägerinnen bräuchten vor, das Schreiben vom 16. März 2016 habe sie unerwartet getroffen, nämlich mehrere Monate nach der tatsächlichen Einstellung der Belieferung und der Entscheid über das weitere Vorgehen habe eine umfassende rechtliche Abklärung erfordert. Was die Beklagte dagegen vorbringe, überzeuge nicht. Aus dem Umstand, dass die Klägerinnen in ihren Rechtsschriften den Standpunkt vertreten hätten, die Rechtslage sei aufgrund des Entscheids des Gerichts der Europäischen Union (EuG) xxx klar, lasse sich nicht ableiten, die Klägerinnen hätten nach Eingang des Schreibens vom 16. März 2016 keine umfassenden rechtlichen Abklärungen vorgenommen. Ebenso sei die Behauptung der Klägerinnen, das Schreiben der Beklagten vom 16. März 2016 habe sie unerwartet getroffen, nicht darum unglaubwürdig, weil in der Klage behauptet worden sei, die Beklagte habe sich schon früher über die Beendigung der Lieferung beklagt; die entsprechenden Ausführungen in der Klage hätten sich auf den Zeitraum April bis August 2014 bezogen und lägen damit schon länger zurück. Weiter

sei zwar in der Tat davon auszugehen, den Klägerinnen sei bekannt gewesen, dass die Beklagte im März 2015 dem xxx-Verfahren als Intervenientin habe beitreten wollen; allerdings lasse sich daraus nicht schliessen, die Klägerinnen hätten mit zivilrechtlichen Forderungen der Beklagten im März 2016 rechnen müssen.

3.2. Entgegen der Klägerin 1 hat das Bundesgericht in BGE 144 III 175 die behauptete Missbräuchlichkeit des konkreten Verhaltens nicht beurteilt. In diesem Entscheid wurde einzig festgestellt, dass im internationalen Verhältnis das Interesse des Feststellungsklägers, bei bevorstehendem Gerichtsverfahren einen ihm genehmen Gerichtsstand zu sichern, als genügendes Rechtsschutzinteresse zu qualifizieren ist (E. 5.2 - 5.4), dass also dieses Interesse bzw. dessen Verfolgung als solches nicht rechtsmissbräuchlich ist. Auch wenn der Feststellungskläger sich somit durch Klageerhebung vor der Gegenseite einen ihm genehmen Gerichtsstand sichern darf (vereinfachend als forum running bezeichnet), kann das Vorgehen eines Klägers zur Sicherung eines solchen Gerichtsstands aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls dennoch rechtsmissbräuchlich sein. Vorliegend geht der Vorwurf der Beklagten dahin, dass sich die Klägerin 1 und ihre Tochtergesellschaften mit dem Fristerstreckungsgesuch rechtsmissbräuchlich eine bessere Ausgangsposition verschafft haben. Zu prüfen ist somit, ob aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein missbräuchliches Verhalten zu bejahen ist. Verspätet wären demgegenüber Einwände, welche sich gegen das forum

running als solches richten, solche Einwände macht die Beklagte aber ohnehin nicht mehr geltend.

3.3. Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) ist eine unmittelbar anwendbare Norm des schweizerischen Zivilrechts. Die Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchsverbots richten sich daher in jedem Fall nach schweizerischem Recht, unabhängig davon, welches Recht in der Sache anwendbar ist (BGE 128 III 201 E. 1c S. 206; vgl. auch BGE 136 III 23 E. 6.6.1 S. 35).

Die Geltendmachung eines Rechts ist missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechtigte Erwartungen enttäuscht (BGE 143 III 666 E. 4.2 S. 673; 140 III 481 E. 2.3.2 S. 483; 138 III 401 E. 2.2 S. 403; 130 III 113 E. 4.2 S. 123; 129 III 493 E. 5.1 S. 497; 125 III 257 E. 2a S. 259; vgl. auch BGE 137 III 208 E. 2.5 S. 211; 135 III 162 E. 3.3.1

S. 169; 133 I 149 E. 3.3 S. 154; je mit Hinweisen). Widersprüchliches Verhalten kann ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen auch in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (BGE 138 III 401 E. 2.2 S. 403 und E. 2.4 S. 405). Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen (BGE 143 III 666 E. 4.2 S. 673, 279 E. 3.1 S. 281; 139 III 24 E. 3.3 S. 27; 135 III 162 E. 3.3.1 S. 169).

3.3.1. Die Vorinstanz verneinte - wie erwähnt -, dass es den Klägerinnen mit der verlangten Fristerstreckung "einzig und allein" darum gegangen sei, ihre negative Feststellungsklage auszuarbeiten. Die Beklagte rügt, damit habe die Vorinstanz zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einen Massstab angewendet, der Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 52 ZPO verletze. Sie selbst scheint davon auszugehen, ein missbräuchliches Verhalten liege bereits darin begründet, dass die Klägerin 1 "insbesondere auch" während der erstreckten Frist an der negativen Feststellungsklage gearbeitet habe. Sie begründet nicht, jedenfalls nicht substanziiert, woraus sie dieses Verständnis ableitet. Der allgemeine Hinweis auf den mit Art. 2 ZGB statuierten Fairnessgedanken genügt dafür jedenfalls nicht. Vorliegend kann es vielmehr nur darum gehen, ob der Klägerin 1 (bzw. den Klägerinnen) Rechtsmissbrauch im Sinn eines widersprüchlichen Verhaltens, das dazu geeignet war, bei der Beklagten schutzwürdiges Vertrauen zu erwecken, vorgeworfen werden kann. An anderer Stelle in ihrer Beschwerde beruft sich die Beklagte denn auch explizit auf widersprüchliches Verhalten der Klägerin 1.

Zu prüfen ist somit als Erstes, ob die spätere Klageeinreichung unvereinbar und darum widersprüchlich zum früheren Ersuchen um Gewährung einer Fristerstreckung von 14 Tagen im Sinn der ausgeführten Rechtsprechung (vgl. hiervor E. 3.3) ist. Das setzt voraus, dass der Zweck, die notwendige Zeit für die Klageausarbeitung zu gewinnen, zumindest eine wesentliche Motivation für das Gesuch um Fristerstreckung war.

3.3.2. Die vorinstanzliche Beurteilung der Motive der Klägerin 1 und ihrer Tochtergesellschaften anlässlich des gestellten Fristerstreckungsgesuchs beruht auf Beweiswürdigung.

3.3.2.1. Wenn die Beklagte diese Beweiswürdigung anfechten möchte, ist eine entsprechende Willkürüge erforderlich. Greift doch das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur ein, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; dabei ist erforderlich, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f., 167 E. 2.1 S. 168; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; je mit Hinweisen).

3.3.2.2. Die Beklagte vermag nicht aufzuzeigen, dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz willkürlich im Sinn der Rechtsprechung (vgl. hiervor E. 3.3.2.1) ist.

Sie rügt, die Vorinstanz sei in willkürlicher Weise davon ausgegangen, der "Letter Before Action" vom 16. März 2016 habe die Klägerin 1 unerwartet erreicht und seine Beantwortung habe umfassende rechtliche Abklärungen erfordert. Die Vorinstanz habe dabei offensichtlich übersehen, dass die Entscheidung, mit welcher der EuGH ihr den Beitritt zum xxx-Verfahren rechtskräftig verweigert habe, am 1. März 2016 ergangen sei. Von dieser Entscheidung habe die Klägerin 1 als Intervenientin im Streitbeitrittsverfahren Kenntnis gehabt. Nachdem sie dem xxx-Verfahren nicht habe beitreten können, sei sie auf den - vor diesem Zeitpunkt aufgrund der Rechtsprechung des EuGH (Urteil des EuGH vom 14. Dezember 2000 C-344/98 Masterfoods und HB, Slg. 2000 I-11369) de facto versperrten - zivilrechtlichen Weg angewiesen gewesen, um ihre Ansprüche geltend zu machen. Es sei daher entgegen der offensichtlich unzutreffenden Feststellung der Vorinstanz durchaus zu erwarten gewesen, dass sie nach rechtskräftiger Abweisung ihres Interventionsgesuchs auf dem Weg des Zivilkartellrechts gegen die Klägerin 1 vorgehen werde.

Selbst wenn dies zu erwarten gewesen wäre, folgt daraus nicht zwingend, dass die Klägerin 1 unmittelbar nach dem 1. März 2016 und dem Erhalt des Abmahnschreibens vom 16. März 2016 bereits rechtliche und geschäftsmässige Abklärungen vorgenommen hätte für den Fall, dass sich die Beklagte bei ihr meldet. Willkürlich im Ergebnis wäre die Beweiswürdigung der Vorinstanz aber nur, wenn ausgeschlossen werden könnte, dass die Klägerin 1 und ihre Tochtergesellschaften die rechtliche Beurteilung der Situation und auch die geschäftsmässige Beurteilung des sinnvollen Vorgehens im Zeitpunkt des Fristerstreckungsgesuchs bereits abgeschlossen hätten. Im Übrigen wendet die Klägerin 1 zutreffend ein, üblicherweise würden angeblich Geschädigte die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens abwarten, um bei Feststellung der wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit eines Verhaltens in der Folge Zivilklage einzureichen. Im vorliegenden Fall sei die Europäische

Kommission bereits am 29. Juli 2014 zum Schluss gekommen, der Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer Lieferverweigerung der Klägerin 1 gegenüber unabhängigen Serviceanbietern sei unbegründet. Zum Zeitpunkt des Mahnschreibens vom 16. März 2016 seien also mehr als eineinhalb Jahre seit der materiellen Beurteilung durch die Europäische Kommission vergangen. Eine Beschwerde der xxx gegen diesen Entscheid sei damals rechtshängig gewesen, aber noch nicht entschieden worden. Sie habe deshalb in diesem Zeitpunkt nicht mit einer Zivilklage rechnen müssen.

3.3.3. Der Beklagten gelingt somit der Nachweis nicht, dass das Verhalten der Klägerin 1 und ihrer Tochterfirmen widersprüchlich im Sinn des Rechtsmissbrauchs war. Letztlich könnte diese Frage aber auch offengelassen werden. Es kann nicht gesagt werden, das Fristerstreckungsgesuch habe bei der Beklagten schutzwürdige und später enttäuschte Erwartungen begründen können (vgl. hiervor E. 3.3). Bei allen Beteiligten handelt es sich um geschäftserfahrene Parteien. Auch die Beklagte war bereits anwaltlich beraten; entsprechend stammte das Abmahnungsschreiben vom 16. März 2016 von ihren englischen Anwälten. In der Lehre wird darauf hingewiesen, das forum shopping gehöre zur Checkliste eines international tätigen Anwalts bei der Prozessvorbereitung (CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Internationales forum running aus Schweizer Sicht, Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht [IWRZ] 5/2018 S. 199 ff., 199 f.). Die Möglichkeit bzw. Gefahr des forum running war daher zweifellos auch der Beklagten bewusst. Es wäre ihr denn auch freigestanden, zum Beispiel die gewährte Fristerstreckung an Bedingungen zu knüpfen. Im Übrigen bestand die Gefahr des forum runnings nicht erst mit der gewährten Fristerstreckung für die Beantwortung des "Letters Before Action", sondern die Beklagte konnte grundsätzlich auch bereits während der ursprünglich gewährten Frist nicht ausschliessen, dass die Klägerinnen während dieser Frist eine negative Feststellungsklage einleiten.

3.4. Damit ist auch nicht ersichtlich, inwiefern das Vorgehen der Klägerin 1 "per se" als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre, weil die Gewährung einer Fristerstreckung zur Abklärung der Rechtslage einem gegenseitigen vorläufig befristeten "Waffenstillstand" bzw. "Nichtangriffspakt" gleichkomme, wie die Beklagte in ihrer Beschwerde ausführt. Im Übrigen macht die Beklagte in ihrer Beschwerde ohnehin nicht geltend und es ist aus dem angefochtenen Entscheid auch nicht ersichtlich, dass sie diese Auffassung betreffend "Nichtangriffspakt" schon im vorinstanzlichen Verfahren vertreten hätte, sodass es bereits an der Ausschöpfung des materiellen Instanzenzugs fehlt (vgl. BGE 143 III 290 E. 1.1 S. 293; 134 III 524 E. 1.3 S. 527; je mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat somit ein rechtsmissbräuchliches Verhalten rechtsfehlerfrei verneint. Entsprechend hat im Übrigen auch der EuGH im Urteil vom 21. Mai 2015 C-352/13 CDC Hydrogen Peroxide festgestellt, die Berufung auf die geltende Zuständigkeitsnorm (i.c. Art. 6 Nr. 1 EuGVVO) werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Parteien vor Erhebung der Klage einen Vergleich geschlossen hätten und die Beklagten dessen förmlichen Abschluss bewusst bis nach der Erhebung der Klage hinauszögert hätten. Das blosses Führen von Verhandlungen zum Zwecke eines etwaigen Vergleichs könne nicht als Nachweis für ein kollusives Zusammenwirken angesehen werden (Urteil CDC Hydrogen Peroxide, Randnrn. 30-32). Damit hat der Gerichtshof auch ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen verneint (i.d.S. auch HARMS/SANNER/SCHMIDT, EuGVVO: Gerichtsstand bei Kartellschadensersatzklagen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [EuZW] 15/2015 S. 584 ff., 587). Obschon sich die Frage des Rechtsmissbrauchs nach schweizerischem materiellen Recht beurteilt (vgl. hiervor E. 3.3), ist der Entscheid dennoch illustrativ. Er zeigt auf, dass auch nach Auffassung des EuGH die Schwelle, um gestützt auf Rechtsmissbrauch eine bestehende Zuständigkeit aus den Angeln zu heben, grundsätzlich hoch anzusetzen ist.

4.

Es ist unbestritten, dass sich die Frage der internationalen Zuständigkeit nach den Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens 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 (Rz. 35 bis 40.4) 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.; 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 Handlungsart, da an ihrem Hauptsitz die entsprechenden Beschlüsse gefasst worden seien.

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 Beweismnähe des angerufenen Gerichts im konkreten Fall verlangt worden. Daran fehle es hier.

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 Beweismnähe abhängen.

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 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 Beweismnähe im Einzelfall führe zu Rechtsunsicherheit, denn der Entscheid darüber beruhe weitgehend auf Wertungen und Würdigungen. Gerade das Zuständigkeitsrecht sollte aber klare Lösungen bereithalten. Die Rechtsprechung des EuGH argumentiere mit dem Zweck der Sach- und Beweismnähe 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 Ziff. 3 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, in: 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.

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

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 zusammen fällt - 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.

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 sowie schliesslich die Klägerin 3 mit Sitz im Vereinigten Königreich am Handlungsort gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ.

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 Beweismnähe (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 [E. 40.7.9] 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 Beweismnähe 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 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 Taty/Maciej Rataj, Slg. 1994 I-05439. In dieser Entscheidung ging es einzig um die Feststellung, dass kein Unterschied zwischen der negativen Feststellungsklage und der Leistungsklage besteht (Urteil Taty/Maciej Rataj, Randnr. 45). Mit dem Urteil Folien Fischer und Fofitec, das sich in Randnr. 49 ebenfalls auf das Urteil Taty/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, Randnr. 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 Nr. 3 LugÜ eine Leistungsklage gegen den vermeintlichen Schädiger erheben könnte (ebenso: HOLZER/JOSI, a.a.O., S. 583).

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

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, 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.

6.

Die Klägerinnen 2 und 3 rügen, mit Bezug auf die Klägerin 3 sei die Zuständigkeit gar nicht bestritten worden. Die Beklagte habe zwar pauschal Nichteintreten beantragt und neben dem Feststellungsinteresse auch die Zuständigkeit bestritten. Dabei habe sie sich aber auf die Verletzung des Spiegelbildprinzips im Verhältnis zu den Klägerinnen 1 und 2 wegen deren Sitz in der Schweiz berufen. Die Argumentation zum Spiegelbildprinzip gelte offensichtlich nicht für die Klägerin 3, welche ihren Sitz im Vereinigten Königreich habe und deshalb am Deliktort in der Schweiz eingeklagt werden könne. Die Zuständigkeit der Vorinstanz mit Bezug auf die Klägerin 3 sei daher zufolge Teileinlassung gegeben. Die Beklagte habe in keinem Zeitpunkt einen Handlungsort in Biel angezweifelt. Vielmehr setze die Argumentation mit dem Spiegelbildprinzip logisch voraus, dass grundsätzlich ein Handlungsort in Biel für die Klägerin 3 nicht bestritten werde.

Auch in Bezug auf die Klägerin 2 liege eine Teileinlassung vor, denn die Beklagte habe die örtliche Zuständigkeit für ihre Klage nicht aufgrund eines fehlenden Handlungsorts, sondern ausschliesslich aufgrund der angeblichen Verletzung des Spiegelbildprinzips bestritten. Sie habe also auf die

Geltendmachung des fehlenden Handlungsorts für die Frage der Zuständigkeit verzichtet.

Da das Vorliegen eines Handlungsorts unbestritten sei, habe die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt, indem sie trotzdem die internationale und örtliche Zuständigkeit für die Klägerinnen 2 und 3 verneint habe. Würde man entgegen dem davon ausgehen, es sei für die Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit nicht die Verhandlungsmaxime anwendbar, sondern die Officialmaxime, hätte die Vorinstanz die Parteien aber zumindest zur Stellungnahme auffordern müssen.

Es geht hier um zwei Fragen, die nachfolgend auseinander zu halten sind: einerseits, ob sich die Beklagte eingelassen hat und andererseits, nach welchen prozessualen Grundsätzen der Handlungsort zu bestimmen ist.

6.1. Die Einlassung richtet sich nach Art. 24 LugÜ. Der Begriff der "Einlassung auf das Verfahren" ist vertragsautonom zu bestimmen (vgl. BGE 133 III 295 E. 5.1 S. 297 mit Hinweisen auf die Lehre).

6.1.1. Die Einlassung vor einem international unzuständigen Gericht ist zulässig, soweit das LugÜ nichts anderes bestimmt. Unzulässig ist die Einlassung nur dann, wenn die Streitigkeit gemäss Art. 22 LugÜ in die zwingende Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Vertragsstaats fällt, wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 24 LugÜ ergibt (BERNHARD BERGER, in: Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2015, N. 23 zu Art. 24 LugÜ; LAURENT KILLIAS, in: Lugano-Übereinkommen, Dasser/Oberhammer [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 15 zu Art. 24 LugÜ). Vorliegend geht es nicht um einen zwingenden Gerichtsstand.

6.1.2. Unter Einlassung ist jede Verteidigung zu verstehen, die unmittelbar auf Klageabweisung abzielt (BGE 133 III 295 E. 5.1 S. 297 mit Hinweisen). Art. 24 LugÜ setzt nicht eine Einlassung in der Hauptsache voraus. Denn nach dessen Wortlaut genügt die "Einlassung auf das Verfahren". Deshalb können bereits Einwendungen und Einreden, die lediglich das Verfahren betreffen, eine Einlassung gemäss Art. 24 LugÜ darstellen. Dies ist etwa der Fall, wenn der Beklagte den Einwand der Rechtshängigkeit oder der abgeurteilten Sache erhebt oder wenn er lediglich die sachliche Zuständigkeit bestreitet (KILLIAS, a.a.O., N. 22 zu Art. 24 LugÜ; KROPHOLLER/VON HEIN, a.a.O., N. 7 zu Art. 24 EuGVO; GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, N. 5 zu Art. 24 EuGVVO; QUEIROLO/HAUSMANN, in: unalex Kommentar, Brüssel I-Verordnung, N. 5 zu Art. 24 EuGVVO).

Eine ausdrückliche Rüge des Fehlens der internationalen Zuständigkeit ist nach Art. 24 LugÜ nicht erforderlich. Es genügt, dass der Kläger und das Gericht schon bei der ersten Einlassung des Beklagten erkennen können, dass er sich gegen die Zuständigkeit des Gerichts richtet (Urteil des EuGH vom 13. Juli 2017 C-433/16 Bayerische Motoren Werke, Randnr. 33 und dort zitierte Urteile; BERGER, a.a.O., N. 6 zu Art. 24 LugÜ; GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N. 7 zu Art. 24 EuGVVO). Keine Einlassung ist deshalb anzunehmen, wenn der Beklagte behauptet, nicht der inländischen Gerichtsbarkeit zu unterfallen; denn damit bestreitet er jegliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (KILLIAS, a.a.O., N. 28 zu Art. 24 LugÜ; KROPHOLLER/VON HEIN, a.a.O., N. 8 zu Art. 24 EuGVO. Unklar: BERGER, a.a.O., N. 3 zu Art. 24 LugÜ).

6.1.3. Die Beklagte hat geltend gemacht, wie die Klägerinnen 2 und 3 selber ausführen, sie habe sich gegenüber allen Klägerinnen darauf berufen, die Klage am Sitz der Muttergesellschaft sei rechtsmissbräuchlich (vgl. hiervor E. 3.2) und die Wahl des Gerichtsstands verstosse gegen das Erfordernis der Sach- und Beweismnähe (vgl. dazu hiervor E. 4.1). Zwar habe sie diese zuständigkeitsrechtlichen Fragen unter dem Titel des Feststellungsinteresses thematisiert, dies sei aber nicht entscheidend. Dies trifft zu. Nach dem oben Dargelegten (E. 6.1.2 a.E.) genügt das. Damit hatte die Beklagte geltend gemacht, nicht der inländischen Gerichtsbarkeit zu unterstehen und zwar bezogen auf die Klage aller drei Klägerinnen. Die Beklagte hat sich nicht auf das vorinstanzliche Verfahren eingelassen.

6.2. Die Vorinstanz erwog, Handlungsort im Sinn von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ für einen durch kartellrechtswidrige Absprachen verursachten Schaden sei gemäss dem Urteil CDC Hydrogen Peroxide der Gründungsort des Kartells. Gemäss den Ausführungen der Klägerinnen 2 und 3 sowie ihrer Muttergesellschaft habe die Erweiterte Konzernleitung der Gruppe anlässlich einer Sitzung in Biel vom 26. November 2013 das selektive Vertriebssystem beschlossen. Dieser Beschluss und die anschliessende Umsetzung würden von der Beklagten nicht grundsätzlich bestritten. Der Ort an dem der Beschluss getroffen worden sei, stelle somit hinsichtlich des vorgeworfenen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung den Handlungsort dar. Weiter verneinte sie - wie erwähnt (vgl. E. 5 hiervor) - eine zuständigkeitsbegründende Zurechenbarkeit der jeweiligen Handlungen aufgrund des Bestehens der konzernmässigen Verbindung der drei Klägerinnen, da aus rechtlicher Sicht die Tochtergesellschaften eigenständig seien. Sie ging somit davon aus, massgeblich sei ein

tatsächliches Mitwirken der Klägerinnen 2 und 3 im Rahmen der Erweiterten Konzernleitung bei der Beschlussfassung in Biel; es sei aber nicht klar, ob die Klägerinnen 2 und 3 an diesem Beschluss beteiligt gewesen seien.

Es kann offenbleiben, ob die Vorinstanz bei dieser Qualifizierung der für den Schaden massgeblichen Handlung und damit des Handlungsorts Prozessgrundsätze verletzt hat und für sie Anlass zur Abklärung bestanden hätte, was unter "Erweiterte Konzernleitung" zu verstehen ist, wie die Klägerinnen 2 und 3 geltend machen und wodurch die Sache allenfalls zur Vornahme solcher Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen wäre. Denn die Zuständigkeit der Vorinstanz hinsichtlich der Klage der Klägerinnen 2 und 3 kann aufgrund eines anderen Verständnisses des Rechtsbegriffs des Handlungsorts gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ vom Bundesgericht bejaht werden.

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) ?

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).

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

7.2.1. Gemäss dem Urteil 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 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: 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 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABI. 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).

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 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 u.A. [Hrsg.], 4. Aufl. 2019, N. 37 und N. 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).

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 (INGO 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 auszunutzen und die anschliessende Mitteilung und Durchführung des Lieferstopps. Diesbezüglich lässt sich entsprechend den zitierten Ausführungen des EuGH im Urteil flyLAL, Rndnr. 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 S. 1268 § 11 Rz. 280 [ii] und Rz. 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 deshalb für die Bestimmung der Zuständigkeit herangezogen werden (Schlussanträge des Generalanwalts vom 28. Februar 2018 C-27/17 flyLAL, Randnm. 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 Deliktgerichtsstand in Kartellstreitigkeiten, in: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 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 blosser Vorbereitungshandlung dar, sondern bildet vielmehr die zentrale und grundlegende Handlung für die gruppenweite Einführung des selektiven Vertriebssystems. Würde man 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" (PETER BÖCKLI, a.a.O., S. 1252 § 11 Rz. 256) hinauslaufen. Biel ist daher auch Handlungsort für die Klägerinnen 2 und 3.

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 E. 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 Ziff. 3 EuGVVO eine Vielzahl von Gerichtsständen bei Kartellabsprachen möglich wären, er damit Urhebern 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 demselben zentralen Handlungsort - nämlich dem Ort des Strategieentscheids - geltend zu machen. Die Beschwerde im Verfahren 4A 448/2018 ist somit gutzuheissen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte für beide Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 4A 446/2018 und 4A 448/2018 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerde der Beklagten (4A 446/2018) wird abgewiesen.

3.

Die Beschwerde der Klägerinnen 2 und 3 (4A 448/2018) wird gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffern 1-3 des Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 25. Juni 2018 werden aufgehoben. Auf die Klage wird auch in Bezug auf die Klägerinnen 2 und 3 eingetreten und die Angelegenheit wird zum Entscheid in der Sache an das Handelsgericht zurückgewiesen.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden der Beklagten auferlegt.

5.

Die Beklagte hat die Klägerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 12'000.-- zu entschädigen.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. Mai 2019

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Gross