

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 634 50 53
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 17 95

Bern, 3. Juli 2018

Besetzung

Oberrichter D. Bähler (Vizepräsident), Handelsrichter Maurer und
Handelsrichter Zbären
Gerichtsschreiberin Brönnimann

Verfahrensbeteiligte

Amedis-UE AG, Mönchmattweg 5, 5035 Unterentfelden
(UID: CHE-101.882.504)
vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. iur. A. _____

Klägerin

gegen

Alloga AG, Buchmattstrasse 10, 3400 Burgdorf
(UID: CHE-101.277.415)
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B. _____

Beklagte

Gegenstand

Schadenersatz aus Kartellrecht (beschränkt auf die Fragen der
Verjährung sowie den grundsätzlichen Schadenersatzanspruch
der Klägerin nach Abgabe der Patronatserklärung vom 30. Sep-
tember 2014 / 7. Oktober 2014)

Klage vom 23. Mai 2017



Regeste:

Trägt eine Prewholesaledienstleisterin das Risiko eines Zahlungsausfalls und ergeben sich aus dem wirtschaftlichen Umfeld einer bedeutenden Handelspartnerin gewichtige Unsicherheiten bezüglich deren Liquidität und Bonität, ist das Verlangen einer Patronatserklärung keine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (E. 16).

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 23. Mai 2017 reichte die Amedis-UE AG (nachfolgend: Klägerin) beim Handelsgericht des Kantons Bern eine Klage gegen die Alloga AG (nachfolgend: Beklagte) ein und stellte darin die folgenden Rechtsbegehren (pag. 2):
 1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von CHF 1'141'927.64 zu zahlen, zzgl. Zins von 5% seit Fälligkeit der jeweiligen Aufwände;
 2. Für den Fall, dass das Handelsgericht bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten gestützt auf Art. 15 KG einholt, sei den Parteien vorgängig Gelegenheit einzuräumen, sich zur Darstellung des Sachverhalts und den Fragen äussern zu können;
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.
2. Am 1. September 2017 erhob die Beklagte die Einrede der Verjährung und stellte die folgenden Verfahrensanhträge (pag. 56 f.):
 1. Das Verfahren sei auf die Einrede der Verjährung bzw. auf die Frage des angeblich schädigenden Verhaltens der Beklagten ab 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 zu beschränken.
 2. Der Beklagten sei die Frist zur Einreichung einer umfassenden Klageantwort bis zum Entscheid über die beantragte Beschränkung abzunehmen und es sei ihr nach dem Entscheid über den Antrag gemäss Ziffer 1 oben eine neue Frist zur Einreichung einer umfassenden Klageantwort anzusetzen.
 3. Eventualiter sei der Beklagten die Frist zur Einreichung einer Klageantwort um 30 Tage zu verlängern.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -
3. Am 8. November 2017 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zum Antrag der Beklagten auf Verfahrensbeschränkung ein mit folgenden Verfahrensanhträgen (pag. 98):
 1. Es sei bezüglich der Einrede der Verjährung bzw. der Frage des Vorliegens eines Schadens ein Zwischenentscheid gemäss Art. 237 ZPO zu treffen.
 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.
4. Mit Verfügung vom 13. November 2017 beschränkte der Instruktionsrichter das Verfahren auf die Fragen der Verjährung sowie den grundsätzlichen Schadener-

satzanspruch der Klägerin nach Abgabe der Patronatserklärung der Konzernmuttergesellschaft Phoenix GmbH vom 30. September 2014 / 7. Oktober 2014 (pag. 124).

5. Anlässlich der ersten Parteivorträge an der Hauptverhandlung vom 27. März 2018 bestätigten die Parteien ihre Rechtsbegehren. In der Folge wurde eine Beweisverfügung erlassen und Parteibefragungen mit C._____ von der Klägerin sowie D._____ und E._____ von der Beklagten durchgeführt. Weiter wurde der Zeuge F._____ einvernommen. Die Parteien beantragten dem Gericht, die Schlussvorträge schriftlich einzureichen und verzichteten auf die Teilnahme an der mündlichen Urteilsberatung (pag. 131 ff.).
6. Die interne Urteilsberatung fand am 3. Juli 2018 statt.

II. Formelles

7. Das Gericht tritt auf die Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen wird von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).
8.
 - 8.1 Gemäss Art. 36 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Die Beklagte hat ihren Sitz in Burgdorf, womit die örtliche Zuständigkeit der Berner Gerichte gegeben ist.
 - 8.2 Gestützt auf Art. 6 Abs. 4 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. b ZPO und Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) ist das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz sachlich zuständig für kartellrechtliche Streitigkeiten und damit auch für die vorliegende Streitsache.
 - 8.3 Die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern werden durch drei Richter gefällt, davon zwei Fachrichter (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
9. Der von der Klägerin eingeforderte Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von CHF 48'750.00 ist innert Frist beim Handelsgericht eingelangt.
10. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

III. Sachverhalt

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

- 11.1 Die Klägerin ist als Grosshändlerin im Pharmabereich tätig. Als solche beliefert sie Abnehmer von Medikamenten, insbesondere Apotheken, Drogerien und Ärzte. Die Klägerin gehört zur Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG mit Sitz in Deutschland, welche wiederum Teil der Merckle Gruppe bildet. Die Klägerin war ab Mitte 2010 Teil eines konzerninternen («zero-balanced») Cash-Poolings. In diesem Rahmen wurden die liquiden Mittel täglich umverteilt bzw. die Liquidität über einen Pool des Gesamtkonzerns gesteuert (Antwortbeilage [AB] 4 S. 3; pag. 141, 143).

Die Beklagte ist als Prewholesaledienstleisterin ebenfalls im Medikamentenhandel tätig und eine Tochtergesellschaft der Galenica AG. Sie erbringt für ihre Kunden (Pharmahersteller) etwa Logistik-, Lager- und Inkassodienstleistungen und übernimmt teilweise auch deren Delkredererisiko (vgl. Klagebeilage [KB] 2 Ziff. 37; AB 9 S. 5).

- 11.2 Anfangs Dezember 2008 stoppte die Beklagte die Lieferungen an die Klägerin vorübergehend und verlangte für die Erbringung von Leistungen eine Besicherung (KB 6, 8). Zunächst wurde die verlangte Sicherheit mittels Barhinterlegung geleistet, per Januar 2009 wurde diese durch Bankgarantien abgelöst (KB 31 ff.). Ab 1. Juni 2011 bis 30. September 2014 verfügte die Klägerin sodann über eine Garantiever sicherung (KB 12 f., 45 ff.). Diese wurde mit Vereinbarung vom 30. September bzw. 7. Oktober 2014 durch eine Garantieerklärung der Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG mit einer Maximalsumme von CHF 15 Millionen abgelöst (sog. Patronatserklärung; KB 14). Als Gegenleistung entrichtete die Klägerin ihrer Muttergesellschaft eine Kommission (KB 69-73). Am 12. März 2015 verpflichtete sich die Beklagte gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO), künftig nur noch auf individuelle Anweisung eines Pharmaherstellers hin Sicherheiten zu verlangen (KB 29, 2 Ziff. 105 und 107). Mit Schreiben vom 18. August 2015 an die Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG kündigte die Beklagte die Garantievereinbarung auf Ende Februar 2016 und entband die Adressatin mit Ausnahme der Vertraulichkeitsverpflichtungen mit sofortiger Wirkung von ihren Pflichten aus der Vereinbarung (KB 30). Am 16. August 2016 unterzeichnete die Beklagte eine Verjährungsverzichtserklärung und verzichtete damit bis und mit 31. August 2017 auf die Einrede der Verjährung, soweit die Verjährung noch nicht eingetreten war (AB 2).

12.

- 12.1 Zur Begründung ihres behaupteten Schadenersatzanspruchs führte die Klägerin zusammengefasst aus, das Verlangen von Besicherungen für die Lieferungen durch die Beklagte seit Dezember 2008 sei kartellrechtswidrig. Die Klägerin habe nie Anlass zu diesen Besicherungen gegeben. Ihr seien Kosten in Millionenhöhe entstanden, welche sie aufgrund der Marktstellung der im selben Gebiet tätigen Schwestergesellschaft der Beklagten, der Galexis AG, nicht auf ihre Kunden habe abwälzen können (pag. 5 ff., 99 ff.).
- 12.2 Die Beklagte vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass die solidarische Haftung der Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG auf das notwendige Mindestmass beschränkt gewesen sei und handelsüblichen Grundsätzen entsprochen habe. Spätestens ab dem Vorliegen der Patronatserklärung am 30. September 2014 bzw.

7. Oktober 2014 habe damit kein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten mehr stattgefunden, womit allfällige vorherige Schadenersatzansprüche verjährt seien. Die am 16. August 2016 zugunsten der Klägerin unterschriebene Verjährungsverzichtserklärung ändere daran nichts, da die Verjährung zu diesem Zeitpunkt bereits eingetreten sei (pag. 58 ff.).

IV. Rechtliches

13. Die Beklagte bestreitet zunächst, dass die Klägerin zur Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs aus der behaupteten unzulässigen Verhaltensweise legitimiert ist.
- 13.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) ist zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung aktivlegitimiert, wer durch diese in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Dabei ist erforderlich, dass der entsprechende Wettbewerbsteilnehmer in besonderer Weise, d.h. stärker als die Allgemeinheit, betroffen ist. Notwendig ist somit ein persönlich erlittener Nachteil bezüglich der eigenen Wettbewerbsmöglichkeiten. Nicht erforderlich ist, dass ein direktes Konkurrenzverhältnis zwischen behindertem und behinderndem Unternehmen besteht oder dass sich die Wettbewerbsbeschränkung direkt gegen das behinderte Unternehmen richtet (JACOBS/GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N 12 f. zu Art. 12; BORER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, N 3 zu Art. 12).
- 13.2 Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Pharmamarkt tätige Schweizer Gesellschaft und die angebliche Wettbewerbsbeschränkung hätte im entsprechenden Marktbereich stattgefunden. Die Klägerin ist als von der Besicherung betroffene Wettbewerbsteilnehmerin direkt von der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung tangiert, zumal sie diese insbesondere auch auf die Konkurrenzsituation mit der Galexis AG auf dem Schweizer Markt stützt. Die Aktivlegitimation der Klägerin zur Geltendmachung von Schadenersatz aus der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung ist damit gegeben.
- 14.
- 14.1 Die Klägerin macht Schadenersatz aus einer unzulässigen Wettbewerbsbehinderung gestützt auf Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG geltend. Dieser Schadenersatzanspruch verjährt gemäss Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht; OR, SR 220) nach einem Jahr ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Dauert eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung an, so liegt Kenntnis des Schadens frühestens dann vor, wenn sie abgeschlossen ist. Die relative Verjährungsfrist beginnt somit erst in diesem Zeitpunkt zu laufen (JACOBS/GIGER, a.a.O., N 85 zu Art. 12).
- 14.2 Massgebend ist folglich, ob nach Unterzeichnung der Patronatserklärung am 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 noch ein mögliches wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Klägerin bzw. überhaupt ein daraus resultierender

Schaden vorlag. Wäre dies zu verneinen, hätte die relative Verjährungsfrist von einem Jahr nach Unterzeichnung der Patronatserklärung zu laufen begonnen. Ein allfälliger Schadenersatz wäre verjährt. Wird das Verlangen einer Patronatserklärung dagegen als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten beurteilt und ist der Klägerin daraus ein Schaden entstanden, hätte die Verjährungsfrist erst am 18. August 2015 (Kündigung der Garantievereinbarung durch die Beklagte; KB 30) zu laufen begonnen. Die Verjährung wäre diesfalls noch nicht eingetreten, da die Beklagte am 16. August 2016 eine Verjährungseinredeverzichtserklärung unterschrieben hat (AB 2).

15. Nach der Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Verjährung und den grundsätzlichen Schadenersatzanspruch nach Abgabe der Patronatserklärung per 30. September bzw. 7. Oktober 2014 ist fraglich, ob das Verlangen einer Sicherheit in Form einer Patronatserklärung eine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG und mithin eine Widerrechtlichkeit darstellen kann oder aber ob eine solche Sicherheit handelsüblich und damit gerechtfertigt war. Gegebenenfalls ist weiter zu prüfen, ob der Klägerin daraus ein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden entstanden ist, insbesondere ob es sich bei der geleisteten Kommission lediglich um eine interne Vermögensverschiebung handelte und damit kein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden resultierte sowie ob die Leistung einer Kommission an die Konzernmuttergesellschaft unüblich oder nicht notwendig war.

Nicht zu prüfen ist im beschränkten Verfahren dagegen das Tatbestandsmerkmal der Erzwingung bzw. das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten. Die Marktmacht der Beklagten wird einstweilen unterstellt (vgl. pag. 132). Insofern erübrigt sich auch die Einholung eines Gutachtens der WEKO im Sinne von Art. 15 Abs. 1 KG.

16. Preise und Geschäftsbedingungen sind dann unangemessen, wenn sie offensichtlich unbillig oder unverhältnismässig sind und von der Marktgegenseite erzwungen werden können (BORER, a.a.O., N 20 zu Art. 7) bzw. wenn Geschäftsbedingungen keinem gerechtfertigten Interesse dienen oder solche Interessen mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden könnten. Dies erfordert eine Abwägung der Interessen der Beteiligten, wobei den Interessen der Beteiligten dann Genüge getan wird, wenn das Interesse des Marktbeherrschers und der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der Handelspartner in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (RPW 2004/3 S. 778 ff. N 67). Geschäftsbedingungen können auch dann unangemessen sein, wenn sie in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht übermässig binden (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N 695).
- 16.1 Die Klägerin bringt vor, es habe gar kein Grund für eine Besicherung bestanden bzw. der von der Beklagten geltend gemachte «gap» habe aufgrund der konkreten Geschäftsabwicklung zu keinem Zeitpunkt bestanden. Die Beklagte sei nicht vorleistungspflichtig gewesen, denn bei der fraglichen Ware habe es sich um Konsignationsware gehandelt, d.h. die Herstellerin sei bis zum Eigentumsübertrag an den Warenempfänger Eigentümerin der Waren geblieben. Die Fälligkeit der Rech-

nungen an die Beklagte seien gekoppelt gewesen an die Zahlungsziele der Kunden (pag. 111).

Die Beklagte ist dagegen der Auffassung, sie habe der Klägerin wirtschaftlich betrachtet laufend einen Kredit zwischen CHF 15 und 17 Millionen gewährt. Das Vorleistungsrisiko der Beklagten bei den hohen Umsätzen und tiefen bzw. negativen Margen im Bereich des Prewholesales sei als sehr hoch zu bewerten. Es sei unter diesen Umständen sachlich begründbar, dass die Beklagte von der Konzernmuttergesellschaft eine Mithaftung verlangt habe. Teilweise habe sie gegenüber den Herstellern das Debitorenrisiko übernommen und selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sei, habe sie den Auftrag gehabt, dafür zu sorgen, dass die Hersteller nicht mit Zahlungsausfällen konfrontiert worden seien (pag. 57, 59, 68).

- 16.1.1 Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien meldete die Beklagte die Menge der an die jeweilige Kundin ausgelieferten Ware in der Regel Ende Monat an die Herstellerin, woraufhin diese der Beklagten Rechnung stellte mit einer vom Zahlungsziel des Kunden abhängigen Fälligkeit, in der Regel 30 Tage (pag. 57, 75, 111; vgl. auch AB 9 Ziff. 1.2).

Der Klägerin ist damit insofern zuzustimmen, als die Beklagte keinen Kredit gewährte, *wenn* sämtliche Rechnungen des Kunden fristgerecht bezahlt wurden (vgl. pag. 151 f.). Die Beklagte trug indessen dennoch das Risiko eines Zahlungsausfalls, da sie die Ware jeweils an die Klägerin ausliefern und ihrer Verpflichtung den Herstellern gegenüber nachkommen musste, selbst wenn ein Abnehmer (bspw. die Klägerin) binnen (derselben) Frist nicht bezahlen sollte (pag. 57, 71, 75, 111, 151, 161). Dies gilt zumindest hinsichtlich jener Verträge, in deren Rahmen die Beklagte das Debitorenrisiko übernommen hatte (vgl. etwa AB 9 Ziff. 2.2).

- 16.1.2 Zu prüfen ist, inwiefern die Beklagte ein zu besicherndes Risiko trug, soweit sie sich gegenüber den Herstellern nicht zur Übernahme des Debitorenrisikos verpflichtet hatte:

Prewholesaledienstleistungen sind rechtlich als Kommission im Sinne von Art. 425 OR zu qualifizieren (vgl. auch RPW 2005/4 S. 638 ff. Ziff. 34). Gemäss Art. 425 Abs. 2 OR gelangen für das Kommissionsverhältnis die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung, soweit nicht die Bestimmungen von Art. 425 ff. OR etwas anderes enthalten.

Grundsätzlich hat der Kommissionär für die Zahlung oder anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners nur dann einzustehen, wenn er sich hiezu verpflichtet hat, oder wenn das am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist (Art. 430 Abs. 1 OR). Im Übrigen treffen den Kommissionär die Sorgfaltspflichten des Auftragsrechts (vgl. Art. 425 Abs. 2 OR). Gemäss Art. 398 Abs. 1 und 2 OR haftet der Beauftragte im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestimmt sich das Mass der Sorgfalt nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforde-

rungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt (Entscheid des Bundesgerichts 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 3.1; vgl. auch WEBER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N 23 zu Art. 398). Für die Beklagte bestand somit die Gefahr einer Sorgfaltspflichtverletzung, wenn sie die Bonität der Kunden nicht überprüfte. Sie musste damit rechnen, dass die Sorgfaltspflicht auch den Abschluss von Verträgen mit solventen Partnern beinhaltete. Insofern war das Verlangen der Sicherheit auch hinsichtlich jener Verträge gerechtfertigt, in denen die Beklagte das Delkredererisiko nicht übernommen hatte.

16.1.3 Aufgrund des Risikos eines Zahlungsausfalls bzw. ihrer Sorgfaltspflicht den Herstellern gegenüber hatte die Beklagte demnach grundsätzlich ein (berechtigtes) Interesse an einer Besicherung, soweit sich aus den wirtschaftlichen Gegebenheiten im Umfeld der Klägerin bedeutende Unsicherheiten im Zusammenhang mit deren Liquidität und Bonität ergeben sollten.

16.2 Hinsichtlich der wirtschaftlichen Situation der Klägerin im Zeitpunkt der Patronatsklärung im August/September 2014 ergibt sich was folgt:

Zunächst geht aus den Akten hervor, dass die EBIT-Marge (Verhältnis des Ergebnisses vor Zinsen und Steuern zum Umsatz) der Gruppe um die Klägerin im hier relevanten Geschäftsjahr 2013/2014 nur 1,14% betrug (KB 86; vgl. auch pag. 105). Eine derart tiefe EBIT-Marge zeugt nicht von einer grossen Rentabilität des Unternehmens und entspricht damit schon für sich allein einem hohen Risiko. Dies spiegelte sich auch in den Ratings von Standard & Poor's wider, die der Phoenix Gruppe keinen investment-grade zuschrieben (AB 26 f.). Entgegen der Auffassung der Klägerin (pag. 183) vermag dies für einen Vertragspartner, der ein gewichtiges Ausfallrisiko trägt, durchaus einen Hinweis für Vorsichtsmassnahmen darzustellen. Dies gilt umso mehr, als für die Beklagte bedeutende Unsicherheiten aufgrund des Cash-Poolings hinzukamen. Fliesst die Liquidität eines Schuldners laufend ab, bedeutet dies für dessen Gläubiger ein grosses Risiko. Einerseits gelangen sie damit in Konkurrenz mit Gläubigern von anderen Gruppengesellschaften. Andererseits werden Cash-Pools mit Bankenkrediten finanziert, die an Bedingungen geknüpft sind. Bei einem negativen Geschäftsverlauf kann ein solcher Kredit ohne weiteres gekündigt werden. Solches ergab sich etwa im Rahmen des Swissair-Groundings (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 und BGE 140 III 533). Insofern kann keineswegs von einer breiten Streuung der Risiken durch das Cash-Pooling (pag. 183 f.) gesprochen werden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist irrelevant, dass die Beklagte gemäss der Darstellung der Klägerin die einzige Handelspartnerin gewesen sei, welcher sie eine Besicherung habe leisten müssen (pag. 14, 20, 144), zumal die Klägerin selber darlegt, dass sie wesentlich von der Beklagten abhängig gewesen sei (pag. 9, 12) und diese damit die bedeutendste Handelspartnerin gewesen sein dürfte. Überzeugend ist in diesem Zusammenhang auch das Argument der Beklagten, wonach die Durchsetzung der Forderung gegenüber der Konzernmuttergesellschaft unklar gewesen wäre und sie daher auf ein direktes Forderungsrecht angewiesen gewesen sei. Ein solches konnte sie mit der verlangten Patronatsklärung erlangen.

Trotz dieser wirtschaftlich fragilen und von erheblichen nicht beeinflussbaren Faktoren abhängigen Situation war die Klägerin nicht bereit, der Beklagten neuere bzw. weitergehende Informationen zur Verfügung zu stellen, um die für sie unüberblickbare Lage in einem Umfeld mit gemeinhin geringer Marge und starker Regulierung einschätzen zu können. Insbesondere weigerte sich die Klägerin, der Beklagten die aktuellen Zahlen offenzulegen. Soweit die Klägerin geltend macht, auch die Beklagte habe ihre Geschäftsberichte nicht offenlegen wollen, ist dies offensichtlich nicht stichhaltig. Denn die Beklagte hatte das Risiko eines Zahlungsausfalls zu tragen und nicht die Klägerin. Die Beklagte konnte damit einzig auf die Zahlen der Geschäftsjahre bis 2011/2012 (KB 84) zurückgreifen, um ihr Zahlungsausfallrisiko im Zusammenhang mit Lieferungen an die Klägerin zu beurteilen.

Insgesamt erweist sich das Verlangen einer Besicherung im fraglichen Zeitpunkt damit dem Grundsatz nach als gerechtfertigt. Eine Lieferung ohne Sicherheit an die Klägerin konnte mit Blick auf das bestehende Marktumfeld, die finanziellen Unsicherheiten und das Verhalten der Klägerin als Risiko betrachtet werden, welches die Beklagte nicht tragen konnte.

- 16.3 Daran ändert der Bericht des Sekretariats der WEKO bzw. das Einlenken der Beklagten im entsprechenden Verfahren entgegen der Auffassung der Klägerin nichts. Wenn die Beklagte beschloss, künftig auf eine Besicherung zu verzichten, dürfte es sich dabei um einen rein unternehmerischen Entscheid gehandelt haben, bei dem die Beklagte eine Abwägung der sich aus dem WEKO-Verfahren ergebenden Risiken (insbesondere Bussenrisiko, Reputationsrisiko und Einbindung zahlreicher Personen) gegen die Risiken einer fehlenden Besicherung (Ausfallrisiko) vorgenommen hat. Dies kann folglich nicht als Eingeständnis ihrerseits und zu Ungunsten der Beklagten ausgelegt werden.
- 16.4 Eine Patronatserklärung stellt keine sehr einschneidende Form der Besicherung dar. Ein letter of comfort als mildere Massnahme wäre nicht zweckdienlich und geeignet gewesen, da er nur ein soft commitment und kein Leistungsversprechen beinhaltet. Eine Patronatserklärung ist jedenfalls weit weniger einschneidend als die Drittgarantien bei Banken oder Versicherungen, wie sie bis im Herbst 2014 ausgestellt worden waren. Nur im Rahmen einer solchen Drittgarantie wäre tatsächlich Geld nach aussen geflossen. Bei der Patronatserklärung waren die Auswirkungen auf die Marktstellung (soweit sie überhaupt entstanden sind) für den Konzern unter dem Blickwinkel der Angemessenheit minim. Eine Patronatserklärung stellt einen nachvollziehbaren Kompromiss dar und erscheint damit als Besicherungsform angemessen.

Weiter erweist sich auch die Höhe der Besicherung von CHF 15 Millionen im Rahmen der Patronatserklärung nicht als unangemessen. Für den Gesamtkonzern ist die Besicherung in dieser Form ohne Auswirkungen auf die Marktstellung geblieben. Innerhalb des Konzerns erfolgte die Kommission als reine Vermögensverschiebung. Es handelte sich insofern um eine interne Erweiterung der Haftungsbasis. Weiter ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass die Klägerin kaum je Bemühungen getätigt hat zu verhandeln – weder vom Grundsatz noch von der Höhe her. Sie hatte die Beklagte bereits im Rahmen der Bank- und Versicherungsgarantien stets nur kurz vor deren Ablauf angefragt, ob eine Verlängerung er-

wünscht bzw. notwendig ist. Raum für Verhandlungen bestanden insofern kaum. Das Argument der Klägerin betreffend fehlender Gesprächsbereitschaft der Beklagten (pag. 180 f.) greift damit nicht.

Schliesslich erweist sich auch die Dauer der Besicherung mittels Patronatserklärung nicht als unangemessen. Die Gründe, welche die Beklagte zu dieser Form der Besicherung veranlasst hatten, dauerten während des Bestehens der Massnahme an. Die Beklagte entschloss sich zudem im Verlauf des Vorabklärungsverfahrens des Sekretariats der WEKO nach zehneinhalb Monaten aus wohl innerbetrieblichen Gründen (vgl. E. 16.3 oben) zur Auflösung der Garantievereinbarung.

- 16.5 Das Interesse der Beklagten an einer Besicherung ihrer Leistungen war nach dem Gesagten erheblich und überwog insgesamt die Interessen der Klägerin am Verzicht auf eine Sicherungsmassnahme. Das Verlangen einer Patronatserklärung durch die Beklagte ab dem 30. September bzw. 7. Oktober 2014 stellt damit keine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Das Verhalten der Beklagten erweist sich als sachlich gerechtfertigt, womit die Widerrechtlichkeit zu verneinen ist.
17. Nachdem sich das Verhalten der Beklagten spätestens ab 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 als rechtmässig erweist, wäre ein Schadenersatzanspruch aus einer allfälligen vorherigen Wettbewerbsbeschränkung verjährt (Verjährungsverzichtserklärung vom 16. August 2016). Es erübrigt sich somit die Prüfung, ob der Klägerin daraus ein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden entstanden ist.
18. Soweit die Klägerin den Ersatz ihrer Anwaltskosten aus dem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vor dem Sekretariat der WEKO geltend macht, stellt dies keinen Schaden dar, der im vorliegenden Zusammenhang geltend gemacht werden kann. Denn vorprozessuale Anwaltskosten können als Schaden unter anderem nur dann berücksichtigt werden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren sowie der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen (Entscheidung des Bundesgerichts 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.4 und 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; BGE 117 II 101 = Pra 1991 Nr. 163). Dies trifft bei den vorliegend geltend gemachten Kosten gerade nicht zu. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die entsprechenden Auslagen für die Geltendmachung des Schadenersatzes nützlich oder sogar notwendig gewesen wären. Daran ändert auch die Argumentation der Klägerin nichts, wonach die Anwaltskosten im Sinne von vorprozessualen Auslagen geltend gemacht würden (pag. 44 mit Hinweis auf den Entscheid des Bundespatentgerichts O2013_007 E. 4.5). Die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung kann damit nicht umgangen werden, was im genannten Entscheid des Bundespatentgerichts denn auch nicht der Fall war. Dabei ging es um Kosten im Zusammenhang mit einem Versuch, die Streitigkeit aussergerichtlich beizulegen. Die vorliegenden Verhältnisse mit dem vom zivilrechtlichen Verfahren unabhängigen kartellrechtlichen Vorabklärungsverfahren sind damit keineswegs vergleichbar.
19. Die Klage vom 23. Mai 2017 ist abzuweisen.

V. Kosten

20. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen. Sie setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), wobei die Kantone Tarife für die Prozesskosten festsetzen (Art. 96 ZPO).

Da die Beklagte vollumfänglich obsiegt, werden die Prozesskosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Klägerin auferlegt. Gründe gemäss Art. 107 f. ZPO, die für eine vom Verfahrensausgang abweichende Aufteilung sprechen würden, liegen keine vor.

21. Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Pauschale für den Entscheid (Entscheidunggebühr, Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO) und den Kosten der Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 Bst. c ZPO).
- 21.1 Die Entscheidunggebühr richtet sich hauptsächlich nach dem Streitwert des Verfahrens (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12]). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen nicht hinzuzurechnen sind (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Der massgebliche Streitwert beträgt demzufolge CHF 1'141'927.64.
- 21.2 Die Entscheidunggebühr liegt bei einem Streitwert in dieser Höhe zwischen CHF 13'000.00 und CHF 140'000.00 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 Bst. e VKD). Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich die Entscheidunggebühr nach dem gesamten Zeit- und Arbeitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kostenpflichtigen (Art. 5 VKD). Die ordentliche Gebühr gemäss den Richtlinien zur Festsetzung der Gerichtsgebühren und Vorschüsse in Zivilverfahren vor Obergericht (Beschluss des Plenums der Zivilabteilung vom 14. Dezember 2010) für einen Streitwert von CHF 1'100'000.00 - 1'199'999.00 beträgt CHF 48'750.00. Nach der Durchführung des Schriftenwechsels und einer eintägigen Verhandlung muss der Zeit- und Arbeitsaufwand als durchschnittlich bezeichnet werden. Die Bedeutung des Geschäfts ist leicht überdurchschnittlich. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien muss als überdurchschnittlich eingestuft werden. Mit Blick auf die Beschränkung des Verfahrens erscheint insgesamt eine Entscheidunggebühr von CHF 38'000.00 der Streitsache angemessen.
- 21.3 Die Kosten für die Beweisführung bestehen einzig aus der Entschädigung für den Zeugen F. _____ in der Höhe von CHF 20.00.
- 21.4 Die Gerichtskosten in der Höhe von gesamthaft CHF 38'020.00 werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 48'750.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Überschuss in der Höhe von CHF 10'730.00 wird der Klägerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

22.

- 22.1 Als Parteientschädigung sind im vorliegenden Verfahren der Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 3 Bst. a und b ZPO).

Die Kosten einer berufsmässigen Vertretung liegen bei einem Streitwert zwischen CHF 1'000'000.00 und CHF 2'000'000.00 zwischen CHF 38'500.00 und CHF 78'700.00 (Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Bei einem Streitwert von CHF 1'141'927.64 ergibt sich ein interpolierter Rahmen von mindestens CHF 38'500.00 und maximal CHF 59'000.00; das interpolierte Mittel beträgt CHF 49'000.00 (vgl. Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 6. März 1997, publiziert in: in dubio 4/97, S. 20 f.).

Innerhalb des Rahmens bemessen sich die Kosten einer berufsmässigen Vertretung nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Hinzu kommen die Auslagen (Art. 2 PKV).

- 22.2 Der Rechtsvertreter der Beklagten, Rechtsanwalt B._____, macht ein Honorar von insgesamt CHF 48'422.00 geltend (pag. 222 f.). Inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer kommt er auf einen Totalbetrag von CHF 54'065.15.

Die Bedeutung der Streitsache ist vorliegend leicht überdurchschnittlich. Der in der Sache gebotene Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Prozesses sind als durchschnittlich zu bewerten, zumal das Verfahren beschränkt worden ist. Das von Rechtsanwalt B._____ geltend gemachte Honorar von CHF 48'422.00 liegt im Bereich des interpolierten Mittels für den vorliegenden Streitwert und ist nicht zu beanstanden.

Hinzu kommen die notwendigen Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 2 PKV). Unter diesem Titel macht der Rechtsanwalt der Beklagten einen Zuschlag von 3,5%, ausmachend CHF 1'694.80 geltend, was zu keinen Bemerkungen Anlass gibt.

Nicht zu berücksichtigen ist dagegen die Mehrwertsteuer. Denn ist die ersatzberechtigte Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig, wie dies bei der Beklagten der Fall ist (https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=, wird die Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen bei der Festlegung des Parteikostenersatzes nicht berücksichtigt (Praxisfestlegung gemäss Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. November 2014; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2013.137 vom 26. Mai 2014 E. 6.4 und 6.5, publ. in: BVR 2014 S. 484 ff.).

- 22.3 Die Klägerin hat der Beklagten somit eine Parteientschädigung von total CHF 50'116.80 zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Die Klage vom 23. Mai 2017 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 38'020.00, werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 48'750.00 verrechnet. Die Restanz von CHF 10'730.00 wird der Klägerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.
3. Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 50'116.80 (inkl. Auslagen, keine MWST) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - den ParteienMitzuteilen:
 - dem Sekretariat der Wettbewerbskommission

Bern, 3. Juli 2018
(Ausfertigungsdatum: 7. August 2018)

Im Namen des Handelsgerichts

Der Vizepräsident:

Oberrichter D. Bähler

i.V. Oberrichter Schlup

Die Gerichtsschreiberin:

Brönnimann

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen sei Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff, 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.