

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230071-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 28. Juni 2023

in Sachen

A. _____ GmbH & Co KG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten superprovisorisch, eventuell provisorisch, unter Androhung der Straffolgen des Art. 292 StGB gegenüber ihren Organen im Widerhandlungsfall zu untersagen, ...-produkte der Marken "C._____" und "B._____" in Deutschland zu vertreiben, anzubieten und insbesondere unter dem Domain-Namen https://B._____-store.de zu verkaufen, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zur bringen bzw. an solchen Handlungen mitzuwirken oder solche Handlungen zu veranlassen. Ausgenommen von diesen Verboten sind ausschliesslich das Angebot, der Vertrieb und die Lieferung der ...-produkte der Marken "C._____" und "B._____" an die Klägerin.
2. Für den Fall der Widerhandlung gegen die Verbote gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 sei den verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin eine Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 pro Tag der Nichterfüllung sowie eine Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 22. Juni 2023 (Datum Poststempel bzw. -aufgabe unbekannt; Eingegangen am Handelsgericht am 26. Juni 2023) stellt die Gesuchstellerin ein Gesuch um Anordnung obgenannter vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei (act. 1).

Über das Gesuch ist ohne Weiterungen zu entscheiden.

2. Die Gesuchstellerin bringt vor, dass zwischen den Parteien beim Handelsgericht des Kantons Zürich bereits ein Verfahren anhängig sei, welches aber nicht denselben Inhalt habe (act. 1 Rz. 11). Vorliegend beantragt die Gesuchstellerin ein gegen die Gesuchsgegnerin auszusprechendes Verbot der Belieferung Dritter in Deutschland mit ...-produkten der Marken C._____ und B'._____, während im Verfahren HG220130 die Pflicht der Gesuchsgegnerin zur Belieferung der Gesuchstellerin mit diesen Produkten im Streit steht. Letztlich wird in beiden Verfahren zumindest vorfrageweise dieselbe Frage zu beantworten sein, nämlich ob und

in welchem Umfang der Gesuchstellerin gestützt auf einen zwischen der Gesuchsgegnerin und D._____, dem Geschäftsführer der Gesuchstellerin, abgeschlossenen Alleinvertriebsvertrag entsprechende Rechte zustehen. Angesichts der Rechtsbegehren und der Vorbringen der Gesuchstellerin ist indessen davon auszugehen, dass die Rechtskraft des Verfahrens HG220130 den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht erfassen würde. Entsprechend ist von einer Zuständigkeit des Einzelgerichts für die Beurteilung des Massnahmebegehrens auszugehen.

3. Die Gesuchstellerin macht zusammenfasst geltend, sie vertreibe seit 2011 die ...-produkte der Gesuchsgegnerin in Deutschland und Luxemburg. Basis dafür sei der Alleinliefervertrag vom 1. Januar 2011, welchen sie (die Gesuchstellerin) von ihrem Geschäftsführer D._____ übernommen habe. Diese Übertragung der Bezugsrechte sei Gegenstand im Verfahren HG220130 vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich, wobei die Gesuchsgegnerin vorsorglich verpflichtet worden sei, sie (die Gesuchstellerin) weiterhin mit den Produkten zu beliefern. Mit E-Mail vom 13. Juni 2023 habe die Gesuchsgegnerin sämtlichen deutschen Vertriebspartnern mitgeteilt, dass sie neu eine zusätzliche Bezugsquelle für B._____-Produkte innerhalb Deutschlands anbiete. Dabei handle es sich um jenen Bereich, für welchen sie (die Gesuchstellerin) über Exklusivrechte aus dem Alleinvertriebsvertrag verfüge, welche Rechte durch die Gesuchsgegnerin verletzt würden. Da ihr zudem von der Gesuchsgegnerin hohe Einkaufspreise aufgezwungen würden, könne sie mit den von der Gesuchsgegnerin angebotenen Preisen nicht konkurrieren, was dazu führe, dass sie Kunden verliere (act. 1 Rz. 13 ff.).

4. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutmachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle, bei denen eine besondere Dringlichkeit vorliegen muss (JOHANN ZÜRCHER, in: BRUN-

NER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 265 ZPO). Eine solche ist bei einer gesteigerten zeitlichen Dringlichkeit gegeben. Diese besteht dann, wenn die Anhörung der Gegenpartei zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde, so dass der Rechtsschutz voraussichtlich zu spät käme. In diesem Fall darf der Gesuchsteller das Gesuch nicht hinausgezögert haben (ANDREAS GÜNGERICH, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 7 ff. zu Art. 265 ZPO).

5. In der Hauptsache beruft sich die Gesuchstellerin auf ein exklusives Vertriebsrecht aus erwähntem Alleinvertriebsvertrag. Dieser Vertrag wurde nicht zwischen den Parteien, sondern vielmehr zwischen der Gesuchsgegnerin und D._____, dem Mehrheitsinhaber der Gesuchstellerin, abgeschlossen (act. 3/1). Gemäss Ziff. 1.1 des Vertrages wird dem «Importer», also D._____, das Recht eingeräumt, die Vertragsprodukte (...-produkte gemäss Ziff. 2.1 des Vertrages) im Vertragsgebiet (Deutschland und Luxemburg gemäss Ziff. 4 des Vertrages) exklusiv zu verkaufen und die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich, ausschliesslich ihn zu beliefern (act. 3/1). Somit stellt sich die Frage, ob diese Rechte von D._____ auf die Gesuchstellerin übergegangen sind.

Gestützt auf die Ausführungen der Gesuchstellerin erscheint - unter Vorbehalt allfälliger Vorbringen der Gegenseite - glaubhaft, dass es die Gesuchstellerin ist, die im Einvernehmen mit der Gesuchsgegnerin an Stelle von D._____ die Rechte und Pflichten aus dem Alleinvertriebsvertrag wahrgenommen hat und wahrnimmt. So belegt die Gesuchstellerin verschiedene Korrespondenz betreffend den Vertrieb der Vertragsprodukte, welche die Gesuchsgegnerin mit ihr geführt hat (etwa act. 1 Rz. 17, Rz. 52 und Rz. 91; act. 3/13; act. 3/39; act. 3/72+73). Weiter wurden die gelieferten Produkte jeweils der Gesuchstellerin in Rechnung gestellt (act. 1 Rz. 50 f.; act. 3/29-38). Ausserdem stellte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin - und nicht etwa D._____ - die Domain www.B._____.de inklusive einem Onlineshop zur Verfügung (act. 1 Rz. 59 ff.; act. 3/27), wobei die Gesuchstellerin im entsprechenden Vertrag als «Importer» bezeichnet wurde. Schliesslich wurden auch Marketingkosten der Gesuchstellerin in Rechnung gestellt (act. 1

Rz. 78 f.; act. 3/59+60). Obschon daneben verschiedentlich von bzw. mit der Gesuchsgegnerin geführte Korrespondenz vorgelegt wurde, welche nicht eindeutig D._____ persönlich oder der Gesuchstellerin zugeordnet werden kann, erscheint insgesamt glaubhaft, dass die Rechte und Pflichten aus dem Alleinvertriebsvertrag einvernehmlich von der Gesuchstellerin wahrgenommen werden. Entsprechend erscheint auch glaubhaft, dass ihr gestützt auf den Alleinvertriebsvertrag ein exklusives Vertriebsrecht und damit grundsätzlich ein Anspruch in der Hauptsache zusteht.

6. Was das Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils anbelangt, macht die Gesuchstellerin verschiedene Aspekte geltend (act. 1 Rz. 148 ff.):

6.1. Einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil sieht die Gesuchstellerin zunächst im Verlust von Marktanteilen und Kunden. Seit der exklusiven Belieferung durch die Gesuchsgegnerin habe sie in Deutschland einen Marktanteil von 100% gehabt. Diesen Marktanteil könne sie aufgrund des Verhaltens der Gesuchsgegnerin nicht halten, und es sei aufgrund der Einkaufspreise schwierig und allenfalls gar unmöglich, die Kunden zurückzugewinnen (act. 1 Rz. 150).

Dass die Gesuchstellerin gewisse Kunden verlieren und damit auch ihren Marktanteil zumindest vorderhand nicht halten kann, wenn und solange die Gesuchsgegnerin dieselben Produkte direkt selbst verkauft, ist an sich glaubhaft. Allerdings kann dies entgegen der Gesuchstellerin für die Annahme eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht genügen. Im von ihr zitierten Bundesgerichtsentscheid BGE 130 II 149 wird zwar erwogen, dass der Verlust von Marktanteilen einen relevanten Nachteil darstellen *kann* (E. 1.1). Ebenso ergibt sich daraus aber, dass der Verlust von Marktanteilen und Kunden *nicht zwingend* einen Nachteil darstellt, sondern weitere Aspekte - wie die akute Bedrohung in ihrer Existenz (dazu hinten E. 6.5) - erforderlich wären (BGE 130 II 149 E. 3.4.4). Ohnehin kann diese Rechtsprechung, welche eine durch die Lieferantin gegenüber ihrer Abnehmerin und gleichzeitig Konkurrentin erfolgte Erhöhung von Preisen von rohen, zur Weiterverarbeitung bestimmter Uhrwerke zum Gegenstand hatte, nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall angewendet werden, wurde die Massnahme dort doch beantragt, um weiterhin einen funktionierenden Wettbe-

werb namentlich zwischen diesen beiden Marktteilnehmerinnen zu gewährleisten. Ähnlich gelagert war auch ein anderer Fall, in welchem das Bundesgericht den Kundenverlust als massgeblichen (wettbewerbswirtschaftlichen) Nachteil erkannt hat (BGE 125 II 613 E. 6.b). Dagegen geht es der Gesuchstellerin nicht um die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs, stellt sie doch zum Thema Lieferpreise der Gesuchsgegnerin gar keine Anträge; vielmehr will sie auf dem Weg der vorsorglichen Massnahme ihre eigene Monopolstellung bezüglich der Vertragsprodukte in Deutschland sichern. Abgesehen davon, dass das Schweizer Wettbewerbsrecht für die in Deutschland bestehende Situation kaum anwendbar sein dürfte, kann der Verlust dieser Monopolstellung für sich allein nicht als nicht wieder gutzumachender Nachteil angesehen werden.

6.2. Weiter macht die Gesuchstellerin einen Verlust der Preisgestaltungsfreiheit als Nachteil geltend. Dies weil sie (die Gesuchstellerin) ihre Preise aufgrund der durch die Gesuchsgegnerin erhöhten Einkaufspreise nach deren Markteinstieg nicht mehr frei festlegen könne (act. 1 Rz. 154).

Auch diesbezüglich ist nicht ersichtlich, worin ein wesentlicher nicht wieder gutzumachender Nachteil bestehen soll. Zwar dürfte zutreffen, dass die Gesuchstellerin aufgrund der Konkurrenzsituation bei der Preispolitik neu auch andere Aspekte als bisher beachten muss. Dies kann aber für sich ebenfalls keinen relevanten Nachteil darstellen. Die Gesuchstellerin hat sich als Marktteilnehmerin entsprechender Konkurrenz grundsätzlich zu stellen. Ohnehin betrifft die Beschränkung in ihrer Preispolitik in erster Linie die Einkaufspreise, welche von der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren nicht zum Thema ihrer Rechtsbegehren gemacht werden. Inwiefern die «aufgezwungenen» Preise (welche sie an sich nach wie vor selbst bestimmen kann) ruinös sein sollen, bringt die Gesuchstellerin dagegen nicht konkret, geschweige denn überzeugend vor.

6.3. Sodann spricht die Gesuchstellerin von einem nicht mehr wieder gutzumachenden Reputationsschaden (act. 1 Rz. 158 ff.). Ihre diesbezüglichen Ausführungen bleiben jedoch abermals vage. Mutmassungen über mögliche Reaktionen von Kunden können für die Glaubhaftmachung eines bleibenden Reputationsschadens nicht ausreichen. Zudem sind die geltend gemachten Preiserhöhungen

seitens der Gesuchstellerin nach ihrer eigenen Darstellung längst erfolgt. Da der von der Gesuchstellerin vorgenommene Preisvergleich in Europa (act. 3/83) auch ihren Kunden möglich sein dürfte, ist ferner nicht klar, inwiefern der hier behauptete Nachteil nun tatsächlich vom Markteintritt der Gesuchsgegnerin in Deutschland – auf welchen sich die Gesuchstellerin zur Begründung ihres Begehrens zentral stützt – abhängen sollte.

6.4. Ausserdem spricht die Gesuchstellerin von fehlenden Ressourcen für Marketingmassnahmen zur Aufrechterhaltung ihres Marktanteils (act. 1 Rz. 167 ff.), wobei nicht ersichtlich ist, inwiefern dies überhaupt einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen könnte. Vielmehr geht es der Gesuchstellerin wohl darum zu erklären, weshalb sie den von ihr vorgebrachten Nachteilen nicht anderweitig begegnen kann. Dies kann aber der Gesuchsgegnerin nicht angelastet werden und ist entsprechend bei der Nachteilsprognose nicht zu beachten.

6.5. Schliesslich macht die Gesuchstellerin geltend, dass das Verhalten der Gesuchsgegnerin sie in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohe. Dieses ziele darauf ab, sie (die Gesuchstellerin) aus dem Weg zu räumen. Ihre Einkaufspreise seien um 25-30% erhöht worden. Bei der aktuellen Situation gehe sie von einem Gewinn von CHF 6'500.– pro Jahr aus, welcher sich aufgrund der Konkurrenzierung zwangsläufig in einen Verlust umwandeln werde. Sie habe aber auch keine Möglichkeiten, auf die Konkurrenz zu reagieren. Solche Verluste könne kein Unternehmen längerfristig verkraften, weshalb ihre Existenz auf dem Spiel stehe (act. 1 Rz. 162 ff.).

Der Gesuchstellerin ist zuzustimmen, dass eine Bedrohung ihrer wirtschaftlichen Existenz einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen kann. Gerade wenn sie in Konkurs bzw. Insolvenz fallen sollte, ist dies in aller Regel nicht mehr reversibel. Allerdings wäre es an der Gesuchstellerin, eine derartige Situation in genügender Weise darzulegen. Trotz des Beweismasses der blossen Glaubhaftmachung kann sie sich nicht mit pauschalen Behauptungen begnügen. Die Gesuchstellerin beschränkt sich darauf, eine Preiserhöhungen von 25-30% (ohne hierzu einen Beweis anzubieten) und einen prognostizierten (unbezifferten) Verlust gestützt auf die Konkurrenzsituation zu behaupten. Diesen leitet sie aus

einem potentiellen Gewinn von CHF 6'500.– pro Jahr ab, wobei sie pauschal auf bereits Ausgeführtes verweist (act. 1 Rz. 164). Selbst wenn in grosszügiger Auslegung der Behauptungslast die Ausführungen, welche die Gesuchstellerin zum Streitwert macht, hier mit berücksichtigt werden, vermag sie daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. So legt sie zwar die Geschäftszahlen für die Monate April und Mai 2023 vor, aus welchen ein Gewinn von rund EUR 6'400.– resultierte, um dann ohne weitere Begründung oder Belege auf einen potentiellen Jahresgewinn von EUR 6'500.– zu schliessen (act. 1 Rz. 9.3.1), was nicht überaus schlüssig wirkt. Welche Überlegungen dieser Prognose zu Grunde liegen sollen, ist zudem nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin sieht auch davon ab wenigstens der Gröszenordnung nach darzulegen, mit welchen Einbussen sie aufgrund der Konkurrenzierung rechnet und wie gesagt auch nicht, welche Verluste sie aus der die fraglichen Produkte betreffenden Verkaufstätigkeit erwartet. Es kann folglich auch nicht beurteilt werden, welche Verluste die Gesuchstellerin zu verkraften hätte und ob diese existenzbedrohend wären.

Die pauschalen Behauptungen der Gesuchstellerin zur Gefährdung der Existenz genügen auch bei Geltung des Beweismasses der Glaubhaftmachung nicht. Dass die Gesuchstellerin geringere Gewinne erzielen wird, erscheint zwar glaubhaft, stellt aber lediglich einen einfachen Nachteil dar, welcher eine Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht rechtfertigt. Ein zwingender Zusammenhang zwischen geringeren Umsätzen und Eintritt eines Konkurses bzw. einer Insolvenz existiert nicht. Wie der Gesuchstellerin schon im Verfahren HG220130 im Zusammenhang mit den dort von ihr thematisierten Preiserhöhungen erläutert wurde (act. 3/7 E. 7.2.2), wäre es an ihr darzulegen, weshalb ein allenfalls gegebener Nachteil im Nachhinein nicht wieder gutgemacht werden könnte, kann doch eine Vertragsverletzung in aller Regel durch eine Schadenersatzzahlung ausgeglichen werden. Es wäre entsprechend an ihr, konkretere Ausführungen zu machen, inwiefern die Konkurrenzierung ihren Geschäftsbetrieb zeitnah und grundlegend gefährdet und dies mit geeigneten Beweismitteln zu stützen.

6.6. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass es der Gesuchstellerin nicht gelingt, den für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erforderlichen, nicht leicht wie-

der gutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen. Die von ihr vorgebrachten Aspekte reichen hierfür weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit aus. Insbesondere vermag sie mit ihren pauschalen, ohne jegliche konkretere Bezifferung versehenen Ausführungen zu erwarteten Verlusten nicht, eine Gefährdung ihrer gesamten wirtschaftlichen Existenz genügend darzutun.

7. Da es der Gesuchstellerin nicht gelingt, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen und den Parteien im summarischen Verfahren lediglich ein einziger Schriftenwechsel zusteht, womit es der Gesuchstellerin nicht möglich sein wird, ihren Standpunkt noch zu verbessern, ist das Gesuch ohne Weiterungen sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich abzuweisen.

8. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig. Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert mit «sicherlich mehr als CHF 30'000.00» und macht in der Folge verschiedene Ausführungen zum Streitwert, ohne sich auf einen solchen festzulegen (act. 1 Rz. 9 ff.). Im Sinne ihrer entsprechenden Ausführungen ist von einem Streitwert von mindestens CHF 55'250.– auszugehen (act. 1 Rz. 9.5). In Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 3'000.– festzulegen.

Mangels prozessuaalem Aufwand ist der Gesuchsgegnerin keine Parteient-schädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird - sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich - abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 3'000.– festgelegt.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Entschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 1 und act. 3/1-84.

6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 55'250.–.

Zürich, 28. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler