



Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Moritz Vischer

Urteil vom 2. November 2017

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B._____ Schweiz AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe im Widerhandlungsfall nach Art. 292 StGB zu verpflichten, die Gesuchstellerin gestützt auf den zwischen den Parteien eingegangenen Rahmenlieferungsvertrag vom 1. Oktober 2016 zu beliefern.
2. Es sei die Gesuchsgegnerin namentlich zu verpflichten, die Bestellungen Nr. ...-02 vom 31.05.2017 und ...-03 vom 14.07.2017 sowie künftige Bestellungen auszuführen.
3. Es sei von der Anordnung einer Sicherheitsleistung der Gesuchstellerin abzusehen.
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um die exklusive Vertriebsgesellschaft der Beklagten, die mittlerweile von dieser wirtschaftlich und rechtlich unabhängig ist.

Die Beklagte bezweckt die Entwicklung, Produktion und den Vertrieb von kosmetischen und dermatologischen Produkten, namentlich von ...-Tücher zur Hautpflege.

b. Prozessgegenstand

Streitgegenstand bildet die am 19. Mai 2017 durch die Beklagte ausgesprochene Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Rahmenlieferungsvertrags. Die Klägerin erachtet diese als ungültig und klagt im vorliegenden Verfahren auf vorsorgliche Erfüllung des genannten Vertrags.

B. Prozessverlauf

Am 21. Juli 2017 reichte die Klägerin ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (act. 1; act. 2; act. 3/2-30). Den ihr mit Verfügung vom 24. Juli 2017 (act. 4) auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete die Klägerin fristgerecht (act. 6). Mit nämlicher Verfügung wurde der Beklagten Frist für die Einreichung der Klageantwort angesetzt. Die Beklagte erstattete die Klageantwort am 11. September 2017 (act. 9). Zu dieser nahm die Klägerin mit Eingabe vom 10. Oktober 2017 (act. 18) Stellung. Eine weitere Stellungnahme der Beklagten datiert vom 20. Oktober 2017 (act. 22), womit sich das Verfahren als spruchreif erweist. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig einzugehen.

Erwägungen

1. Zuständigkeit und anwendbares Recht

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 23 Abs. 1 LugÜ, Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 45 GOG) und auch anerkannt (act. 1 N 6; act. 9 S. 6 N 3). Des Weiteren ist auf den vorliegenden Sachverhalt unbestrittenermassen Schweizer Recht anwendbar (act. 1 N 6; act. 9 S. 6 N 3).

2. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

2.1. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht namentlich dann die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn der Kläger einerseits glaubhaft macht, dass ein ihm zustehender Anspruch verletzt ist (Verfügungsanspruch) und ihm ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Verfügungsgrund). Das Gericht hat diesbezüglich eine Hauptsache- und Nachteilsprognose vorzunehmen. Als weitere Voraussetzungen sind die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der angebehrten Massnahmen zu beurteilen.

2.2. Zulässig ist die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auch dann, wenn es um positive Leistungen, wie die Aufrechterhaltung einer Lieferverpflichtung, geht.

Entsprechende Beispiele finden sich sowohl in der Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 125 III 451 E. 3c; BGE 133 III 360 E. 9.2.1) als auch in derjenigen des hiesigen Gerichts (z.B. Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichtes des Kantons Zürich HE120147-O vom 10. April 2012 = ZR 111 [2012] Nr. 68, S. 191 f.). Die Anforderungen an eine solche Klage sind allerdings aufgrund ihrer sofortigen Vollstreckbarkeit *erhöht* (BGE 138 III 378 E. 6.4; BSK-SPRECHER, Art. 262 ZPO N 8 m.w.H.).

3. Hauptsacheprognose (Verfügungsanspruch): Zulässigkeit der beklagtischen Kündigung

3.1. Streitpunkte

3.1.1. Die Klägerin erachtet die beklagtische Kündigung für nicht zulässig (z.B. act. 1 N 32 ff.).

3.1.2 Die Beklagte erachtet ihre Kündigung als zulässig. Gemäss Ziffer 3.2 b) des Geschäftsanteilskaufvertrags zwischen ihr und dem Geschäftsführer der Klägerin, C._____, schulde ihr dieser einen "Flexiblen Kaufpreis I" für den Fall, dass D._____, d.h. der beste Verkäufer, zum Fälligkeitszeitpunkt noch als unabhängiger Partner der Klägerin arbeite (act. 9 S. 4 N 3). Mitte Mai 2017 sei der Beklagten aber zu Ohren gekommen, dass C._____ auf betrügerische Art und Weise versucht habe, die Bezahlung des flexiblen Kaufpreises zu umgehen, indem er D._____ angeboten habe, den Vertrag mit ihm [recte: Klägerin] aufzulösen, obschon er unter anderer Vertriebsnummer weiterhin bei der Klägerin hätte arbeiten sollen (act. 9 S. 4 N 4).

3.2. Rechtliches

3.2.1. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht es einem allgemeinen Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse von einer Partei bei Vorliegen von wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, vorzeitig gekündigt werden können (BGE 128 III 428 E. 3; Urteil BGer 4A_484/2014 vom 3. Februar 2015 E. 3.2). Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen unter Beachtung

der Umstände im konkreten Einzelfall (Art. 4 ZGB; Urteil BGer 4A_61/2017 vom 31. August 2017 E. 5.2).

3.2.2. Die Parteien sind damit weiterhin für die Lieferung des Prozessstoffes verantwortlich (zum Ganzen etwa: BSK-HONSELL, Art. 4 ZGB N 13). So hat nach Art. 8 ZGB die kündigende Partei die Gründe für die ausserordentliche Kündigung zu behaupten respektive zu beweisen, besteht doch ein ungerechtfertigt gekündigtes Dauerschuldverhältnis uneingeschränkt fort ("pacta sunt servanda"; BRATSCHI/RÜEDI, Fragen rund um die Beendigung von Vertriebsverträgen, in: WEBER ET. AL. [Hrsg.], Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 840 f. m.w.H. zum aktuellen Meinungsstand).

3.3. Würdigung

3.3.1. Hauptbegründung: Unklares und nicht gehörig behauptetes Tatsachenfundament

a. Nach dem Ausgeführten trifft in casu die Beklagte die vollumfängliche Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der Zulässigkeit ihrer Kündigung des Rahmenlieferungsvertrags. Als Beweismass genügt Glaubhaftmachen.

b. Die Ausführungen der Beklagten hierzu sind wenig stringent und sehr pauschal gehalten, mithin nicht schlüssig. Die Beklagte erblickt die Zulässigkeit der Kündigung einzig im Umstand, dass der Geschäftsführer der Klägerin, C._____, D._____ zur Auflösung seines bestehenden "Partner-Vertrags" mit der Klägerin bewegen wollte (z.B. act. 9 N S. 4 3 f.). Gemäss der Beklagten wäre nach Auflösung dieses "Partner-Vertrags" aber sofort ein anderer Vertrag mit der Klägerin geschlossen worden, so dass D._____, vielleicht unter neuer Vertriebs-Nummer, aber *im Ergebnis immer noch* bei der Klägerin weiterbeschäftigt gewesen wäre. Aus dem beklagtischenseits vorgebrachten Tatsachenfundament ist nicht ersichtlich, worin die "betrügerischen Machenschaften" (act. 9 S. 4 f. N 4, 6) von C._____ bestehen sollten: D._____ sollte, zugestandermassen (act. 9 S. 4 N 4), weiterhin bei der Klägerin beschäftigt bleiben. Von einer Unzumutbarkeit der Fort-

setzung der geschäftlichen Beziehungen der Beklagten mit der Klägerin kann jedenfalls angesichts dieses Tatsachenfundaments nicht gesprochen werden.

c. Die Parteien verbindet nur der Rahmenlieferungsvertrag. Inwiefern die Nichterfüllung des Geschäftsanteilskaufvertrags zwischen C._____ und der Beklagten zu einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Rahmenlieferungsvertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten führen soll, ist durch die Beklagte gehörig zu behaupten und glaubhaft zu machen. Sie begnügte sich in casu allerdings mit dem allgemeinen Hinweis, dass die genannten Verträge "verknüpft" seien (act. 9 S. 14 N 1). Zu bemerken gilt es diesbezüglich, dass auch im Rahmen der Prüfung des wichtigen Grundes im beschränkten Ausmass auf das vertraglich Vereinbarte abgestellt werden darf (WOLFER, AJP 2014, S. 624). Kein einziger in § 4 Abs. 2 des Rahmenlieferungsvertrags erwähnter Grund verweist allerdings auf Vertragsexterna, wie beispielsweise die gehörige Erfüllung des Geschäftsanteilskaufvertrags. Mangels relevanter Parteivorbringen kann daher insgesamt nicht vom Vorliegen eines wichtigen Grundes gesprochen werden.

3.3.2. Eventualbegründung: Ausbleiben einer Bedingung stellt keinen wichtigen Grund dar

Gemäss den Ausführungen der Beklagten schuldet C._____ den Kaufpreis nur "für den Fall", dass D._____ bis zu einem bestimmten Zeitpunkt noch als unabhängiger Partner der Klägerin arbeitet (act. 9 S. 4 N 3). Mit anderen Worten wurde eine Bedingung vereinbart, worauf der deutsche Notar bei der Beurkundung des Geschäftsanteilskaufvertrags ausdrücklich hinwies:

act. 3/4 S. 5

"Der Notar hat darauf hingewiesen, dass der Verkäufer [die Beklagte] keine Sicherheit hat, dass die Bedingungen zur Auszahlung der flexiblen Kaufpreisteile erfüllt sind und so auch die zwei flexiblen Kaufpreisteile zu erhalten. Die Parteien wünschen gleichwohl die Beurkundung dieses Vertrages wie vorliegend."

Wer aber ein zukünftiges ungewisses Ereignis im Sinne einer Bedingung vertraglich vereinbart haben möchte, der kann sich nicht bei dessen Ausbleiben auf einen wichtigen Grund berufen. Eine gewisse Unsicherheit nahmen die Parteien mit der vertraglichen Vereinbarung der genannten Bedingung nämlich im Kauf. Selbst wenn D._____ tatsächlich nicht mehr für die Klägerin gearbeitet hätte, läge damit

kein wichtiger Grund vor. Die treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts durch C._____, wie sie sinngemäss durch die Beklagte geltend gemacht wird, hätte im Übrigen *ohnehin* den Bedingungseintritt gemäss Art. 156 OR und damit die Fälligkeit des flexiblen Kaufpreises I zur Folge. Ein wichtiger Grund liegt nicht vor.

3.3.3. Subeventualbegründung: Verspätete Ausübung des Kündigungsrechts durch die Beklagte

Folgender, in der Klageschrift vorgetragener Sachverhalt blieb durch die Beklagte unbestritten (act. 9 S. 8 N 15):

act. 1 S. 15

"Aufgrund dieser Vorkommnisse kündigte die [Klägerin] das Vertragsverhältnis mit Herrn D._____ am Morgen des 02. Februar 2017 fristlos.

Mit separater Mail vom gleichen Tag hat [die Klägerin] [die Beklagte] umgehend über die fristlose Kündigung (zu diesem Zeitpunkt noch ohne detaillierte Angabe von Gründen) informiert."

Der Beklagten war damit bereits am 2. Februar 2017 bekannt, dass D._____ nicht mehr für die Klägerin tätig sein würde. Ihre Kündigung des Rahmenlieferungsvertrags erfolgte aber erst im Mai 2017, als D._____ gemäss unbestrittenem Sachverhalt schon längst fristlos – und damit unabhängig irgendwelcher Machenschaften von C._____ – entlassen war. Aufgrund der langen Zeitspanne dazwischen kann nicht mehr von einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung der vertraglichen Beziehungen gesprochen werden. Die Beklagte führte selbst aus, dass am 10. Februar 2017 das Vertrauensverhältnis zwischen den Involvierten noch nicht zerstört war (act. 9 S. 11 N 23). Ein wichtiger Grund liegt dementsprechend nicht vor.

3.4. Fazit

Zusammenfassend erscheint glaubhaft, dass die Kündigung der Beklagten unzulässig ist. Der Rahmenlieferungsvertrag und damit die Lieferverpflichtung durch die Beklagte bestehen demgemäss uneingeschränkt fort.

4. Verfügungsgrund (Nachteilsprognose)

Unter Hinweis auf BGE 125 III 451 E. 3 c ist festzuhalten, dass die längere Nichtbelieferung der Klägerin geeignet ist, deren Kundenstamm nachhaltig zu erodieren.

ren, was zu Einbussen führt, die im Einzelnen nur schwer zu beweisen und mit Geld allein nicht zu beheben sind. Dies gilt für die Klägerin im besonderen Masse, ist sie doch gemäss unbestrittenem Sachverhalt die alleinige Vertriebspartnerin der Beklagten und damit auf die Belieferung mit deren Produkten angewiesen. Der Klägerin drohen damit gewichtige Nachteile, was auch die Beklagte nicht substantiiert bestritt (act. 9 S. 13 f. N 29).

Zusammenfassend gelingt der Klägerin der Nachweis, dass ihr im Falle der Nichtbelieferung mit den Kosmetika-Produkten der Beklagten ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

5. Verhältnismässigkeit

Ein mildereres Mittel ist nicht ersichtlich. Der Rahmenlieferungsvertrag ist durch die Beklagte zu erfüllen.

6. Dringlichkeit

Angesichts des Lagerbestandes der Klägerin, der nur noch Waren für circa 3-4 Monate ab Klageeinreichung enthält (Leerstände ab circa November 2017), was unbestritten blieb (act. 9 S. 13 f. N 29), ist von zeitlicher Dringlichkeit auszugehen. Ein vollständiges Durchlaufen eines Hauptsacheprozesses vor Handelsgericht des Kantons Zürich dürfte im Regelfall wesentlich länger dauern (vgl. RÜEGG, in: BRUNNER / NOBEL [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 217).

7. Gesamtfazit

Aus den Ausführungen der Beklagten kann, wie vorstehend aufgezeigt, nicht auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes geschlossen werden. Das Massnahmebegehren ist daher gutzuheissen. Von der Anordnung einer Sicherheitsleistung kann abgesehen werden, da der Beklagten kein Schaden droht.

Bei diesem Ausgang ist über den prozessualen Antrag der Beklagten, es sei die Aufnahme des Gesprächs zwischen C._____ und D._____ als Beweismittel zuzulassen, nicht mehr zu befinden. Zu bemerken gilt es immerhin, dass die Ergän-

zung eines Parteivortrages über ein Beweismittel unzulässig ist (z.B. BGE 141 III 549, nicht publ. E. 3.1). Die Beklagte will die nur rudimentär zusammengefasste Tonbandaufnahme namentlich zum Beweis dessen, "dass in der Klageschrift oft das Gegenteil dessen, was C._____ D._____ sagte", anbieten (act. 9 S. 11 N 25). Dies ist nach dem Ausgeführten sowieso, d.h. insbesondere ohne die Rechtswidrigkeit der Aufnahme zu beurteilen, *unzulässig*.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO dem Hauptsachegericht vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses dahinfallen sollte, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Auszugehen ist, wie in der Verfügung vom 24. Juli 2017 erwogen (act. 4), von einem Streitwert von CHF 200'000.–, wogegen die Parteien nicht opponierten. Die Gerichtsgebühr ist auf weniger als drei Viertel der Grundgebühr, d.h. CHF 8'000.–, festzusetzen (§ 8 Abs. 1 GebV OG) und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Bei der Parteientschädigung erscheint es angemessen, sie auf zwei Drittel der Grundgebühr, mithin CHF 10'000.–, zu ermässigen (§ 9 AnwGebV). Mangels Antrags ist keine Mehrwertsteuer geschuldet.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Die Beklagte wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall, **vorsorglich verpflichtet**, die Klägerin gestützt auf den zwischen den Parteien bestehenden Rahmenlieferungsvertrag vom 1. Oktober 2016 zu beliefern.
2. Die Beklagte wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall, namentlich dazu verpflichtet, die Bestellungen Nr. ...-02 vom 31. Mai 2017 und ...-03 vom 14. Juli 2017 sowie künftige Bestellungen auszuführen.
3. Der Klägerin wird eine **Frist bis 6. Dezember 2017** angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würden die Anordnungen gemäss Ziff. 1 bis 2 ohne Weiteres dahinfallen.
4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 8'000.–. Sie wird aus dem klägerischerseits geleisteten Vorschuss gedeckt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv Ziff. 3), so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung dem dortigen Verfahren vorbehalten.
5. Die Regelung der Parteientschädigung wird dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv Ziff. 3), hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin mit einem Doppel von act. 22.
7. 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 200'000.–.

Zürich, 2. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiber:

Dr. Moritz Vischer