

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190163-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie die Gerichtsschreiberin
Sabrina Schalcher

Urteil vom 11. Juli 2019

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Fürsprecher Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. Y2. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Massnahmege such:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO zu befehlen,
 - a. der Gesuchstellerin den bisher durch die C._____, ... [Adresse] gewährten und am 27.3.2019 durch diese gesperrten Zugang zu den elektronischen D._____-Systemen unverändert und unverzüglich wieder freizuschalten, insbesondere zu folgenden Systemen:
 - dealerportal (Deal-Net)
 - Citrix
 - Extranet
 - Customer Care Center
 - Microcat
 - GDS-M
 - b. die durch die Gesuchstellerin über diese D._____-Systeme inskünftig abgerufenen Bestellungen, Informationen und Dienstleistungen in der bisher üblichen Weise zu liefern.
2. Es sei dieser Befehl bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerinnen gemäss Art. 265 Abs. 1 ZPO anzuordnen.
3. Für den Fall der Nichtbeachtung des Befehls sei
 - a. der Gesuchsgegnerin Ordnungsbusse von CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO), mindestens aber CHF 5'000.– (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO) anzudrohen, sowie
 - b. den Organen der Gesuchsgegnerin Bestrafung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) Ordnungsbussen und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulas-
ten der Gesuchsgegnerin."

Inhaltsverzeichnis

1. Prozessverlauf.....	3
2. Sachverhaltsübersicht	4
2.1. Parteien und ihre Stellung	4
2.2. Prozessgegenstand / unbestrittener Sachverhalt.....	5
2.3. Parteivorbringen	5
2.4. Hintergrund	6
3. Prozessvoraussetzungen	6
4. Noven / Parteivorbringen nach Aktenschluss	6
5. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.....	8
6. Verfügungsanspruch: Nicht-kartellrechtliche Grundlagen	9
6.1. Verträge / Übertragung.....	9
6.2. Superprovisorium / Doppelorganschaft / faktische Organschaft.....	12
6.3. Faktisches Vertragsverhältnis	14
7. Verfügungsanspruch: Kartellrecht / Kontrahierungszwang.....	15
7.1. Zusammengefasste Parteivorbringen.....	15
7.2. Rechtliches im Überblick	16
7.3. Würdigung.....	18
7.3.1. Vorbemerkung	18
7.3.2. Zum relevanten Markt.....	19
7.3.3. Zu Art. 7 KG	22
7.3.4. Zu Art. 5 KG	23
7.3.5. Zwischenfazit.....	24
8. Fazit	24
9. Sicherheit	25
10. Kosten- und Entschädigungsfolgen	27

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 7. Mai 2019 (Poststempel) ein Gesuch um (superprovisorischen) Erlass vorsorglicher Massnahmen mit vorstehend erwähntem Begehren samt Beilagen hierorts ein (act. 1; act. 3/2-29). Mit Verfügung vom 9. Mai 2019 wurde das Gesuch um superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen gutgeheissen, der Klägerin jeweils eine Frist zur Leistung der Sicherheit i.S.v. Art. 265 Abs. 3 ZPO im Betrag von CHF 25'000.– und des Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 6'600.– sowie der Beklagten eine Frist zur Erstattung der Gesuchantwort angesetzt (act. 4). In der Folge wurden der Gerichtskos-

tenvorschuss und die Sicherheit fristgerecht geleistet (act. 6A+B). Sodann ersuchte die Beklagte mit Eingabe vom 15. Mai 2019 um eine Erläuterung der Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 9. Mai 2019 (act. 7), welche mit Verfügung vom 16. Mai 2019 erfolgte (act. 9). Mit Eingabe vom 28. Mai 2019 samt Beilagen erstattete die Beklagte fristgerecht Gesuchsantwort (act. 11; act. 13/2-9). Eine Erklärung, aus welcher ersichtlich ist, wer für die Beklagte die Anwaltsvollmacht unterzeichnet hat, wurde innert mit Verfügung vom 31. Mai 2019 angesetzter Nachfrist nachgereicht (act. 16; act. 17/1-3; vgl. act. 14). Mit derselben Verfügung wurde der Klägerin die Eingabe der Beklagten zugestellt und ihr Frist für eine freiwillige Stellungnahme angesetzt. Mit Eingabe vom 24. Juni 2019 reichte die Klägerin eine solche Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 19; act. 20/1-3).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Entscheid zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

2. Sachverhaltsübersicht

2.1. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in E. _____ und bezweckt den Handel sowie die Reparaturen von Automobilen, einschliesslich den Handel von Bestand- und Ersatzteilen. Selber bezeichnet sich die Klägerin als eine mittelständische Autogarage mit Handelsbetrieb und Service-Reparaturwerkstätte (act. 1 Rz. 9), was unbestritten geblieben ist (vgl. act. 11 Rz. 36).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in F. _____, welche den Handel mit und den Import von Automobilen, Motoren, Automobilersatzteilen sowie Fahrzeugzugehör aller Art, vorab in der Schweiz, bezweckt. Sie ist unbestrittenermassen die derzeitige D. _____-Importeurin für die Schweiz (act. 1 Rz. 8; act. 11 Rz. 8).

2.2. Prozessgegenstand / unbestrittener Sachverhalt

C._____, ..., mit Zweigniederlassung in F.____ (nachfolgend "C.____") war bisher die D.____-Importeurin für die Schweiz (act. 1 Rz. 8; act. 11 Rz. 7). Die Klägerin hat mit C.____ verschiedene Verträge abgeschlossen (nachfolgend "Verträge"; dazu gehört insbesondere ein Service-Partner-Vertrag vom 31. Mai 2011) (act. 1 Rz. 9; act. 11 Rz. 7). Neu, seit 27. März 2019, ist die Beklagte in Folge Übernahme von einzelnen Aktiven und Passiven von C.____ (Personal, Geschäftsräumlichkeiten, Vereinbarungen, etc.) D.____-Importeurin für die Schweiz (act. 1 Rz. 11 f.; act. 11 Rz. 8, 37). Am 27. März 2019 wurden der Klägerin die elektronischen Zugangskanäle zu den D.____-Systemen abgestellt (act. 1 Rz. 16; act. 11 Rz. 41).

2.3. Parteivorbringen

Die Klägerin verlangt primär gestützt auf kartellrechtliche Bestimmungen, dass der Beklagten zu befehlen sei, ihr den gesperrte Zugang zu den elektronischen D.____-Systemen (insbesondere dealerportal [Del-Net], Citrix, Extranet, Customer Care Center, Microcat, GDS-M) unverändert und unverzüglich freizuschalten und ihr die inskünftig abgerufenen Bestellungen, Informationen und Dienstleistungen in der bisher üblichen Weise zu liefern (vgl. Rechtsbegehren). Als weitere Anspruchsgrundlagen nennt sie eine Stellung der Beklagten bzw. ihrer Organe als faktische Organe von C.____, Doppelorganschaft sowie ein faktisches Vertragsverhältnis und nimmt Bezug auf die Verträge (act. 1). Sie erachtet die ausserordentliche Kündigung (per 28. März 2019) der davor bereits per Ende März 2020 ordentlich gekündigten Verträge durch C.____ als nichtig (act. 1 Rz. 17). Die Beklagte bestreitet die klägerischen Vorbringen und beantragt die vollumfängliche Abweisung des Massnahmegesuchs (act. 11). Eventualtief sei die Klägerin zu einer zusätzlichen Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 35'000.– zu verpflichten (act. 11 S. 2). Die Klägerin beantragt wiederum die Abweisung des beklagischen Antrags auf zusätzliche Sicherheitsleistung (act. 19 S. 2).

2.4. Hintergrund

Die Klägerin hat am hiesigen Handelsgericht auch ein Verfahren gegen C._____ hängig (HG190027). In jenem Verfahren wurden ebenfalls superprovisorische und vorsorgliche Massnahmen beantragt, auch gegen die vorliegende Beklagte. Soweit das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen die vorliegende Beklagte betraf, wurde mit Verfügung vom 10. April 2019 darauf nicht eingetreten (act. 1 Rz. 21; act. 3/25 Dispositiv-Ziffer 1). Soweit das Gesuch C._____ betraf, wurde es trotz anfänglicher Gutheissung des Superprovisoriums mit Beschluss vom 20. Mai 2019 abgewiesen (act. 11 Rz. 16, 33; act. 13/2 Dispositiv-Ziffer 1; vgl. act. 19 Rz. 20 ff.).

3. Prozessvoraussetzungen

Für das vorliegende Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen ergibt sich die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich aus Art. 13, 31 und 36 ZPO sowie Art. 5 und 6 ZPO i.V.m. § 44 GOG ZH (für die Zuständigkeit der Zivilgerichte für die Durchsetzung von auf öffentlichem Recht gründenden, allfälligen Kontrahierungszwang vgl. BGer Urteil 2C_966/2018, 2C_967/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.6). Im Übrigen ist die Zuständigkeit ausdrücklich anerkannt worden (act. 11 Rz. 3). Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich vorliegend ebenfalls als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass (Art. 59 Abs. 2 i.V.m. Art. 60 ZPO).

4. Noven / Parteivorbringen nach Aktenschluss

Im summarischen Massnahmeverfahren findet grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel statt, womit der Aktenschluss nach der schriftlichen Gesuchsantwort eintritt (vgl. WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 229 N 58). Diese wurde der Klägerin vorliegend zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt und ihr mit Verfügung vom 31. Mai 2019 eine Frist zur freiwilligen Stellungnahme angesetzt. Gleichzeitig wurde sie darauf hingewiesen, dass neue Tatsachen und Beweismittel nur noch insoweit berücksichtigt werden können, als

dass diese die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen (act. 14). Eine Stellungnahme nach Aktenschluss darf nicht der blossen Nachbesserung des Massnahmegesuchs dienen. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen / Beweismittel stützen, hat für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 ff. E. 3; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 229 N 10). Dem ist die Klägerin in ihrer freiwilligen Stellungnahme trotz neuer Vorbringen bis auf die vorliegend nicht entscheidrelevanten Ausführungen betreffend Sicherheitsleistung (act. 19 Rz. 63; act. 20/3; siehe Ziffer 9) jedoch nicht nachgekommen. In act. 19 Rz. 33 ff. versucht die Klägerin zwar Noven in das Verfahren einzuführen und begründet diese damit, dass die beklagtischen Behauptungen neu seien, weshalb sie diesen neue Tatsachen und Beweismittel nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO entgegen halten dürfe. Dabei verkennt sie aber, dass für die Zulässigkeit von Noven entweder die Tatsachen (a) erst nach Abschluss der letzten Äusserungsgelegenheit entstanden sein dürfen, was die Klägerin nicht vorbringt und auch nicht der Fall zu sein scheint, oder (b) zwar schon vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten und die Verspätung mithin entschuldbar ist. Auch Letzteres trifft nicht zu, wäre es der Klägerin im Rahmen ihres Gesuchs durchaus zumutbar gewesen, Ausführungen zu den Nachteilen einer freien gegenüber einer zugelassenen Werkstatt und zu den Garantiarbeiten/vom Importeur vergüteten Serviceleistungen zu machen. Sie sprach diese Themen darin bereits pauschal an und musste entsprechend mit Bestreitungen rechnen. Bestreitungen der Gegenseite in der Gesuchsantwort sind in einem Verfahren überdies immer neu, da sie die erste Äusserung dieser Partei darstellt. Daraus aber ein grundsätzliches Recht auf Vorbringen von Noven aufgrund in der Gesuchantwort enthaltenen Äusserungen abzuleiten, liefe dem Sinn und Zweck von Art. 229 ZPO klar zuwider (vgl. WILLISEGGER, a.a.O., Art. 229 N 31 ff.; PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-ZPO Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 229 N 1 f.). Die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO sind demnach nicht erfüllt.

Folglich bleiben die seitens der Klägerin nach Aktenschluss vorgetragene(n) Tatsachen und Beweismittel vorliegend unberücksichtigt. Rechtliche Überlegungen werden – soweit relevant – im Rahmen von *iura novit curia* (Art. 57 ZPO) adressiert.

5. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO setzt einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus. Als Verfügungsanspruch gilt ein materiell-rechtlicher Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten. In diesem Zusammenhang hat das Gericht eine sog. Hauptsacheprognose hinsichtlich der rechtlichen Begründetheit des Verfügungsanspruchs zu erstellen (KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], *Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. A., 2014, Art. 261 N 4 f.). Als Verfügungsgrund hat die Gefahr eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils aufgrund einer zu befürchtenden oder bereits vorliegenden Verletzung des Verfügungsanspruches zu bestehen. Gleichzeitig wird vorausgesetzt, dass eine zeitliche Dringlichkeit vorliegt, d.h. dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und ein Entscheid in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., Art. 261 N 7 ff.). Sodann müssen vorsorgliche Massnahmen verhältnismässig sein (SPRECHER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. A., 2017, Art. 261 N 10 m.H.). Demgemäss haben die Gerichte vor der Anordnung von Massnahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen (ZR 111/2012 Nr. 67 S. 189 ff. E. 5; ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], *DIKE-ZPO Kommentar*, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 261 N 3 und N 33 m.H.). Eine weitere Voraussetzung ist die Leistung einer allenfalls angeordneten Sicherheit (SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 10).

Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., Art. 262 N 2). Leistungsmassnahmen greifen in schwerwiegender Weise in die Rechtspositionen der Gegenpartei ein. Deshalb sind sie nur zurückhaltend anzuordnen und für die Hauptsacheprognose ist bei der rechtlichen Vorprüfung erforder-

derlich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht nur nicht aussichtslos, sondern unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen und bei summarischer Prüfung als rechtlich begründet erscheint (HUBER, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 3. A., 2016, Art. 262 N 15 m.H.; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 9; BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32 E. 2.3; CAN 2012 Nr. 51 S. 149 ff. E. 6.1.1; ZR 80/1981 Nr. 43 S. 135 ff. E. 7). Auch die Voraussetzungen der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit sowie der Unersetzbarkeit des Nachteils unterliegen bei der Anordnung von Leistungsmassnahmen verschärften Anforderungen (HUBER, a.a.O., Art. 262 N 15; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 33; BGE 108 II 228 E. 2c).

Für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme müssen alle vorgenannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 10). Die Klägerin hat sie glaubhaft zu machen. Das Gericht ist dabei gehalten, summarisch zu prüfen, ob sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. ob für das Vorhandensein der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (HUBER, a.a.O., Art. 261 N 25 m.H. u.a. auf BGE 130 III 321 E. 3.3). Dem ist im Folgenden nachzukommen.

6. Verfügungsanspruch: Nicht-kartellrechtliche Grundlagen

6.1. Verträge / Übertragung

Soweit die Klägerin – trotz widersprüchlichen Vorbringen – mit ihren Ausführungen zu den nichtigen ausserordentlichen Kündigungen und zum Thema Vertragsübertragung ihre Ansprüche auf die ursprünglich zwischen ihr und C._____ abgeschlossenen Verträge stützen möchte (vgl. act. 1 Rz. 9, 17, 25, 37; act. 11 Rz. 55 ff., 71; act. 19 Rz. 2, 10, wenn auch verspätet), ist Folgendes festzuhalten:

Unbestrittenermassen fragte C._____ die Klägerin um Erteilung ihrer Zustimmung bis zum 15. März 2019 zur Übertragung der Verträge von der C._____ auf die Beklagte an (act. 1 Rz. 12; act. 11 Rz. 21; act. 3/12). Gemäss der Beklagten hatte

sie ihre Zustimmung bis dahin befristet (act. 11 Rz. 12, 21, 38). Laut Klägerin habe sie dies mit Fug bezweifeln dürfen, allerdings erfolgt dieser Hinweis nach Aktenschluss, und eine eigentliche Bestreitung sucht man vergebens (siehe Ziffer 4; act. 19 Rz. 11 f). Ebenfalls unbestrittenermassen erklärte sich die Klägerin mit Schreiben vom 12. März 2019 unter der Bedingung, dass ihre hängigen Klageforderungen (CHF 250'00 bis CHF 300'000) vorgängig anerkannt oder durch einvernehmliche Einigung gelöst würden, mit der Übertragung der Verträge einverstanden (act. 1 Rz. 13; act. 11 Rz. 22, 39; act. 3/13). Wiederum unbestrittenermassen erklärte daraufhin C. _____ mit Schreiben vom 15. März 2019, dass diese Forderungen unbegründet seien, sie diese bestreite und es deshalb keinen Raum für eine vergleichsweise Einigung gebe. Entsprechend nehme sie Vormerk davon, dass die Klägerin mit der Übertragung der Verträge nicht einverstanden sei (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 23, 39; act. 3/14).

Mit der Anfrage von C. _____ liegt eine genügende (befristete) Offerte bezüglich Vertragsübertragung vor. Die Vertragsübertragung als solche ist im Schweizer Recht nicht vorgesehen. Die Lehre und Praxis sind sich allerdings einig, dass Vertragsübertragungen mit Zustimmung der Gegenpartei des zu übertragenden Vertrags möglich sind (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., 2013, 3. Kapitel N 86; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., 2014, Rz. 3548). In der Praxis wird bei einem Asset Deal die Übertragung von Verträgen zwischen Verkäuferin und Käuferin im Kaufvertrag vereinbart und üblicherweise verpflichtet sich die Verkäuferin in diesem Kaufvertrag gleichzeitig auch zur Einholung der Zustimmung der Gegenpartei vor dem Vollzug (vgl. HÄUSERMANN, «Wo das Gesetz nicht hilft ...», GesKR 2018, S. 163 ff., S. 170; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 3548). Eine Kontaktaufnahme der Käuferin mit der Gegenpartei erfolgt normalerweise erst nach der Erteilung deren Zustimmung gegenüber der Verkäuferin (GABERTHÜEL, Auswirkungen der Finanzkrise auf M&A-Transaktionen im Bankensektor, S. 187-226, S. 209, in: TSCHÄNI [Hrsg.], Mergers & Acquisitions XVII, 2015). Obwohl bei der Vertragsübertragung letztlich drei Parteien involviert sind, ist es also nicht zwingend, dass alle drei Parteien in einem Dokument, d.h. einem eigentlichen Übertragungsvertrag, ihre Zustimmung

erklären (vgl. allgemein für Verträge: SCHWENZER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., 2015, Art. 13 N 10). Die fehlende Unterzeichnung der Anfrage der C._____ seitens der Beklagten macht die Offerte demnach nicht ungenügend oder ungültig.

Was hingegen nicht vorliegt, ist die wirksame Zustimmung der Klägerin zur Vertragsübertragung. Betrachtet man nämlich, wie die Parteien, die Äusserung der Klägerin hinsichtlich vorgängiger Anerkennung der hängigen Klageforderung oder Lösung durch einvernehmliche Einigung als aufschiebende Bedingung, so wurde diese Bedingung in der Folge nicht erfüllt und fiel damit aus. C._____ lehnte die Erfüllung der Bedingungen mit Schreiben vom 15. März 2019 ausdrücklich ab (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 9, 23; act. 3/14). Folglich liegt aufgrund des Ausfalls der aufschiebenden Bedingung keine wirksame klägerische Zustimmung zur und somit keine Vertragsübertragung vor (vgl. Art. 151 OR; BGE 129 III 264 E. 3.2.2; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., 2014, Rz. 1316). Art. 156 OR, welcher besagt, dass eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von der einen Partei wider Treu und Glauben verhindert worden ist, kommt vorliegend nicht zur Anwendung. Denn wenn die Partei zum Schutz eigener überwiegender Interessen bzw. als stichhaltigen und triftigen Gründen den Eintritt einer Bedingung verhindert bzw. diese ausfallen lässt, liegt kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor (EHRAT/WIDMER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 156 N 5 f. m.H.; ZR 102/2003 Nr. 5 S. 21 ff. E. 4.2.2). Die Ablehnung seitens C._____, die klägerische Forderung von CHF 250'00.– bis CHF 300'000 anzuerkennen bzw. sich darüber zu einigen (act. 11 Rz. 39; act. 1 Rz. 13 f.; act. 3/13-14), da sie sie für nicht gerechtfertigt hält, ist ein stichhaltiger Grund. Sie ging daher nicht wider Treu und Glauben. Dass die Klägerin die Bedingung überhaupt stellte, ist hingegen verwunderlich. Wusste sie doch, dass C._____ die Forderung bestreitet (vgl. act. 1 Rz. 9; act. 11 Rz. 41) und musste sie entsprechend mit dem Ausfall der Bedingung rechnen. Eine andere Betrachtungsweise erwähnter Äusserung der Klägerin im Schreiben vom 12. März 2019 ist, dass die Klägerin damit ein Gegenangebot machte, welches C._____ mit Schreiben vom 15. März 2019 ablehnte. Ein Konsens wäre damit ebenfalls nicht zustande gekommen (vgl. Art. 1 OR). Unabhän-

gig von der Betrachtungsweise sind folglich die Verträge mit der Klägerin nicht von der C._____ auf die Beklagte übertragen worden; daran ändert auch act. 13/3 nichts. Entsprechend kann aus diesen Verträgen keine Verpflichtung der Beklagten und damit kein Verfügungsanspruch abgeleitet werden.

6.2. Superprovisorium / Doppelorganschaft / faktische Organschaft

Als Verfügungsanspruch macht die Klägerin weiter geltend, dass C._____ gerichtlich befohlen worden sei, die D._____ -Systeme freizuschalten, und damit auch die Beklagte aufgrund ihrer Stellung und derjenigen ihrer Organe als faktische Organe von C._____ zur Wiederaufschaltung verpflichtet sei. Zudem sei ihr dies als Herrin über die übernommenen, streitgegenständlichen D._____ -Systeme auch möglich. Als Indizien für die Stellung als faktisches Organ führt sie an, dass die Beklagte dieselben Geschäftsräumlichkeiten, Büroeinrichtungen und -systeme wie C._____ nutze und im Wesentlichen dieselben Personen für die Geschäftsführung verantwortlich seien. Auch Schreiben der beiden Gesellschaften ähnelten sich stark. Weiter habe zwischen C._____ und der Beklagten bis zum 7. Mai 2019, als Löschungen kollektiv zeichnungsberechtigter Personen im SHAB publiziert worden seien (G._____, H._____, I._____, J._____, K._____), eine weitgehende Doppelorganschaft bestanden. Die Berufung auf die rechtliche Unabhängigkeit der Beklagten sei rechtsmissbräuchlich, entsprechend sei ein Durchgriff vorzunehmen (act. 1 Rz. 21, 26 ff., 37). Die Beklagte erklärt das Konstrukt der Doppelorganschaft bzw. der faktischen Organschaft der Beklagten und der beklagtischen Organe bei C._____ als haltlos. Aufgrund der Übertragung der Aktiven und Passiven von C._____ auf die Beklagte seien Auftritt, Infrastruktur und das Personal gleich. Organe der Beklagten seien deren fünf Verwaltungsräte, die vor der Übernahme noch nie mit dem heute von der Beklagten betriebenen Geschäft zu tun gehabt hätten. Die von der Klägerin genannten Personen (G._____, H._____, I._____, K._____, J._____) seien nicht Organe der Beklagten (act. 11 Rz. 46, 73). Sie seien als Zeichnungsberechtigte der Beklagten im Handelsregister eingetragen, aber nicht Mitglieder des Verwaltungsrates der Beklagten (act. 11 Rz. 73). Die Beklagte habe keinen einzigen Hinweis aufgeführt, welcher darauf schliessen lassen könnte, dass die Beklagte und/oder ihre handelnden Organe

die Willensbildung der C._____ massgeblich beeinflussen. Das Übergehen von fünf Arbeitnehmer der C._____ auf die Beklagte, die als Zeichnungsberechtigte im Handelsregister der Beklagten eingetragen seien, reiche nicht aus, um eine faktische Organschaft der Organe der Beklagten bei C._____ zu begründen (act. 11 Rz. 75).

Die erwähnte superprovisorische Anordnung gegen C._____ (HGer Verfügung HG190027 vom 10. April 2019) fiel mit Beschluss vom 20. Mai 2019 dahin (act. 11 Rz. 16, 33; act. 13/2 Dispositiv-Ziffer 1; siehe Ziffer 2.4). Entsprechend kann daraus über das Konstrukt der Doppelorganschaft oder der faktischen Organstellung sowie des Durchgriffs keine indirekte Verpflichtung der Beklagten abgeleitet werden. Aber auch gestützt auf eine allfällig vertragliche Verpflichtung von C._____ gegenüber der Klägerin (vgl. act. 19 Rz. 3) – deren Bestehen vorliegend offen gelassen werden kann –, wäre die Beklagte nicht aufgrund der behaupteten Doppelorganschaft oder Stellung als faktisches Organ zu deren Einhaltung verpflichtet. Denn eine Doppelorganschaft ist anhand der Handelsregisterauszüge von C._____ und der Beklagten schlicht nicht ersichtlich. Kollektiv zeichnungsberechtigte Personen müssen nicht zwingend zugleich Organe sein (vgl. FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 30 Rz. 118) und zumindest aus dem Handelsregister ist für die von der Klägerin angeführten Personen keine Organstellung ersichtlich. Auch aus dem Vorbringen, dass das übernommene Personal, welches als eigentliches "Asset" das operative Geschäft des D._____ -Imports abwickelt bzw. ermöglicht, lässt sich nicht ableiten, dass von der Beklagten Geschäftsführungskompetenzen an das übernommene Personal delegiert wurden und dieses Personal gleichzeitig immer noch Organfunktion bei C._____ hat (act. 11 Rz. 46). Die Übernahme von Personal ist bei Asset Deals zudem typisch, ohne dass damit zugleich eine Doppelorganschaft angestrebt wird. Weiter ist auch eine faktische Organschaft nicht glaubhaft gemacht worden. Dafür hätte glaubhaft gemacht werden müssen, dass die Beklagte bzw. die beklagten Organe die den tatsächlichen Organen von C._____ vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der C._____ massgebend beeinflussen (anstatt vieler BGE 117 II 432 E. 2b). Dies ist nicht erfolgt. Die vorgetragenen Indizien (über-

nommene Assets, Personal, ähnliche Schreiben, etc.) reichen weder zur Glaubhaftmachung einer Doppelorganschaft noch einer faktischen Organstellung aus, weshalb auch kein Durchgriff vorzunehmen ist.

Folglich ist auch das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs aufgrund eines Konstrukts aus superprovisorischer Anordnung oder Vertrag kombiniert mit Doppelorganschaft oder faktischer Organschaft und Durchgriff zu verneinen.

6.3. Faktisches Vertragsverhältnis

Das (Nicht-/)Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnis wird von den Parteien thematisiert (act. 11 Rz. 66 ff.; vgl. act. 19) und es wurde in der Verfügung vom 9. Mai 2019 als möglicher Verfügungsanspruch genannt (act. 4; vgl. act. 19 Rz. 40, 45). Diese sich auf eine sehr summarische Prüfung stützende erste Einschätzung bindet das Gericht aber in seinem vorliegenden Entscheid nicht. Es darf nur nicht grundlos von den Feststellungen der superprovisorischen Anordnung abweichen (SPRECHER, a.a.O., Art. 265 Rz. 44 m.H.).

Ein faktisches Vertragsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis mit vertragsgleichem oder -ähnlichem Inhalt, das nicht auf einem zwischen den Parteien gültig zustande gekommenen Vertrag beruht. Dazu gehören beispielsweise Dauerschuldverhältnisse aufgrund unwirksamer Verträge oder vertragslose Inanspruchnahme entgeltlicher Leistungen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 1185 ff. m.H.). Es ist jeweils zu prüfen, ob ein Einzelfall vorliegt, in dem die Übernahme von Vertragsrecht auf ein nichtvertragliches Rechtsverhältnis nach den Grundsätzen der Analogie geboten erscheint und begründet ist (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 1193). Vorliegend ist ein solcher Einzelfall nicht gegeben. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wieso selbst wenn die Verträge zwischen der Klägerin und C._____ aufgrund der behaupteten Nichtigkeit der ausserordentlichen Kündigungen noch bis Ende März 2020 bestünden, dies zu einem faktischen Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten führen sollte. Die Verträge bestünden, wenn überhaupt, weiterhin zwischen C._____ und der Klägerin, nicht der Beklagten (siehe Ziffer 6.1). Die Verträge enthalten zudem zwar eine Art. 19 KFZ-Bek konforme zweijährige or-

dentliche Kündigungsfrist. Diese Schutzbestimmung ersetzt aber weder die Übertragung noch führt sie automatisch zu einem faktischen Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten, noch (ohne die Zulässigkeit der Kündigungen beurteilen zu wollen) schliesst sie ausserordentliche Kündigungsmöglichkeiten per se aus. Die Zulässigkeit dieser Schutzbestimmung und damit ihre Verbindlichkeit ist ohnehin umstritten (vgl. NEFF, in: AMSTUTZ/REINERT [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Ziff. 17 Kfz-BM N 1). Weiter lässt sich auch daraus, dass die Beklagte ursprünglich zur Übernahme der Verträge bereit gewesen war, kein faktisches Vertragsverhältnis erstellen, war diese Bereitschaft doch zeitlich befristet (act. 11 Rz. 12, 21; act. 3/12; vgl. act. 19; siehe Ziffer 6.1). Zudem wurde – trotz dieser ursprünglichen einseitigen Bereitschaft – vor der superprovisorischen Anordnung zwischen den Parteien kein vertragliches/vertragsähnliches Verhältnis gelebt. Entsprechend ist auch daraus kein faktisches Vertragsverhältnis ableitbar. Ein anderer Grund für das Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnisses wurde weder geltend gemacht noch ist ein solcher ersichtlich. Folglich ist – gestützt auf eine verglichen zum Superprovisorium umfassendere rechtliche Analyse und eine bessere Informationslage – auch das Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten und damit dieses behaupteten Verfügungsanspruchs zu verneinen. Damit bleibt zu prüfen, ob aus kartellrechtlichen Gründen ein Verfügungsanspruch besteht, insbesondere ein Kontrahierungszwang betreffend Abschluss eines neuen Vertrags.

7. Verfügungsanspruch: Kartellrecht / Kontrahierungszwang

7.1. Zusammengefasste Parteivorbringen

Die Klägerin macht geltend, die angebehrten Massnahmen stützten sich primär auf ihren Anspruch gegen die Beklagte auf Aufnahme als zugelassene Werkstatt im D._____ Service- und Reparaturnetz i.S.v. Art. 4 KFZ-Bek (WEKO) (act. 1 Rz. 4). Den im D._____ -Servicenetzen zugelassenen Werkstätten sei die Erbringung von importeur- bzw. herstellervergüteten Garantie- und Servicearbeiten vorbehalten (act. 1 Rz. 30). Die Aufnahme gemäss Ziffer 22 der Erläuterungen KFZ-Bek stehe ihr aufgrund der jahrelangen Erfüllung der einschlägigen Kriterien zu (act. 1 Rz. 19). Das entsprechende Ersuchen habe sie C._____ bereits am

23. Mai 2018 unterbreitet und wiederholt bekräftigt (act. 1 Rz. 25, 37). Die Beklagte unterhalte mit dem D._____-Vertriebs- und Servicenetz ein selektives Vertriebssystem mit vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor, weshalb die KFZ-Bek und die dazu gehörenden WEKO-Erläuterungen anwendbar seien (act. 1 Rz. 31). Weiter ist die Klägerin der Ansicht, dass die Beklagten den relevanten Markt abschotte, ihn monopolistisch kontrolliere und der Klägerin die diesbezügliche Geschäftsbeziehung verweigere. Da keine sachlichen Gründe vorlägen, welche die Verweigerung der Geschäftsbeziehung rechtfertigen würden, missbrauche die Beklagte unzulässigerweise ihre marktbeherrschende Stellung (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a KG). Gleichzeitig stelle dies eine unzulässige Wettbewerbsabrede dar (Art. 5 Abs. 1 KG) (act. 1 Rz. 30 ff.). Die Klägerin habe Anspruch auf Beseitigung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 lit. a KG) und auf gerichtliche Anordnung, dass die Beklagte mit der Klägerin einen marktgerechten/branchenüblichen Vertrag abschliesse (Art. 13 lit. b KG) (act. 1 Rz. 36).

Die Beklagte führt aus, dass die von der Klägerin angeführten kartellrechtlichen Anspruchsgrundlagen, wenn überhaupt, einen Verfügungsanspruch auf Vollzug eines bestehenden oder auf Abschluss eines neuen marktgerechten oder branchenüblichen Vertrags begründen. Es bestehe jedoch weder ein (faktisches) Vertragsverhältnis zwischen den Parteien noch habe die Klägerin die Beklagte je um den Abschluss eines neuen Service-Partner-Vertrags ersucht (act. 11 Rz. 14, 27, 53, 78). Die Klägerin versuche nun den Zugang und die Belieferung ohne vertragliche Grundlage zu erzwingen. Das Kartellrecht biete jedoch keine Anspruchsgrundlage für die geltend gemachten Massnahmebegehren. Bereits aufgrund dieses fehlenden Verfügungsanspruchs könne den Anträgen nicht stattgegeben werden (act. 11 Rz. 79). Weiter sei der relevante Markt anders zu definieren, zudem lägen keine marktbeherrschende Stellung der Beklagten und in jedem Fall nicht deren Missbrauch vor (act. 11 Rz. 80 ff., 89 ff.). Eventualiter bestreitet die Beklagte eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG (act. 11 Rz. 93).

7.2. Rechtliches im Überblick

Ein Kontrahierungszwang ist in den Erläuterungen zu der KFZ-Bek der WEKO vorgesehen. Bekanntmachungen der WEKO wie die KFZ-Bek und die dazuge-

hörenden Erläuterungen sind für Zivilgerichte aber nicht verbindlich (NEFF, in: AMSTUTZ/REINERT [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 6 N 27; REINERT, in: BAKER & MCKENZIE [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, 2007, Art. 6 N 4). Folglich kann daraus kein Verfügungsanspruch abgeleitet werden.

Als Verfügungsansprüche grundsätzlich in Frage kommen hingegen direkt auf dem Kartellgesetz gründende zivilrechtliche Ansprüche (VETTER, in: ZÄCH/ARNET/BALDI/KIENER/SCHALLER/SCHRANER/SPÜHLER [Hrsg.], DIKE-KG-Kommentar, 2018, Vor Art. 12-15 N 71). Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, kann in zivilrechtlichen Verfahren gestützt auf Art. 12 KG u.a. Beseitigung der Behinderung verlangen. Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht gestützt auf Art. 13 lit. b KG auf Antrag der Klägerin hin zudem anordnen, dass der Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit ihr marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen habe. Voraussetzung für diesen Kontrahierungszwang ist, dass der Klägerin den Abschluss eines marktgerechten bzw. branchenüblichen Vertrags ohne sachliche Gründe kartellrechtswidrig verweigert wird (ARNET, in: ZÄCH/ARNET/BALDI/KIENER/SCHALLER/SCHRANER/SPÜHLER [Hrsg.], DIKE-KG-Kommentar, 2018, Art. 13 N 34 ff.). Für die Anwendung beider Bestimmungen, Art. 12 und 13 KG, ist das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 oder 7 KG) notwendig. Gemäss Art. 7 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen, ohne dass für solche Verhaltensweisen sachliche Gründe gegeben sind. Zu den verpönten Verhaltensweisen zählt auch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 KG lit. a). Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen.

In Bezug auf Massnahmeverfahren ist anzumerken, dass im Bereich des Kartellrechts Rechts- und (mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens behaftete) Tatfragen besonders verzahnt sind, insbesondere bei der Ermittlung des relevanten Marktes und bei der Prüfung der Erheblichkeit, was deren Prüfung erschwert. Eine vorsorgliche Massnahme ist jedenfalls nur dann auszusprechen, wenn in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mehr für als gegen ihre Begründetheit spricht (vgl. HGer Urteil HE140256 vom 17. Dezember 2014 E. 2.5). Weiter ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass im Massnahmeverfahren kein WEKO-Gutachten über die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung (Art. 15 Abs. 1 KG) einzuholen ist (HGer Urteil HE140256 vom 17. Dezember 2014 E. 2.5; JACOBS/GIGER, in: AMSTUTZ/REINERT [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 15 N 9 m.H.).

7.3. Würdigung

7.3.1. Vorbemerkung

Da, wie sich nachfolgend zeigen wird, keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen glaubhaft gemacht worden sind, kann offen gelassen werden, ob die im Rechtsbegehren beantragten Massnahmen überhaupt gestützt auf Art. 13 lit. b KG (Kontrahierungszwang) angeordnet werden könnten. Nach herrschender Lehre hat eine Klage nach Art. 13 lit. b KG nämlich auf Zwang zur Erfüllung eines bestehenden oder zum Abschluss eines neuen Vertrags bzw. Abgabe einer Willenserklärung, nicht auf Belieferung, zu lauten (ARNET, a.a.O., Art. 13 N 45; JACOBS/GIGER, in: AMSTUTZ/REINERT [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 13 N 8 ff.; WALTER, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 13 N 20; DUCREY, in: MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., Rz. 2003; vgl. Rechtsbegehren ZR 114/2015 Nr. 20 S. 86 ff. und RPW 2018/2 S. 482 ff.). Angemerkt werden kann an dieser Stelle aber immerhin, dass das Rechtsbegehren mit den konkret aufgeführten Leistungen eher auf den Vollzug eines bisherigen Vertrags gerichtet zu sein scheint (vgl. auch act. 19 Rz. 13; vgl. Rechtsbegehren Ziffer 1 b "in der bisher üblichen Weise", act. 11 Rz. 47), auch wenn ein

solcher zwischen den Parteien nicht besteht (siehe Ziffer 6.1). Jedenfalls wird darin nicht explizit ein Vertragsabschluss verlangt.

7.3.2. Zum relevanten Markt

Unabhängig von der Anspruchsgrundlage – Art. 5 oder Art. 7 KG (i.V.m. Art. 12 oder 13 KG) – ist zunächst der relevante Markt zu ermitteln. Beiden Bestimmungen ist nämlich gemeinsam, dass sich die darin normierten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen jeweils auf einen relevanten Markt beziehen (DUCREY, a.a.O., Rz. 1455). Nach der üblichen Definition umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften (Preis, Qualität) oder ihres Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU).

Zur grundsätzlichen Streitfrage der Definition des relevanten Marktes im KFZ-After-Sales-Bereich hat sich das Handelsgericht des Kantons Zürich bereits im Urteil HE140256 vom 17. Dezember 2014 (ZR 114/2015 Nr. 20 S. 86 ff.) und im Beschluss HG140228 vom 6. März 2015 (RPW 2015/3 S. 724 ff.) geäußert. Dieser Rechtsprechung gefolgt ist das Handelsgericht des Kantons Bern mit Entscheidung vom 26. März 2018 (RPW 2018/2 S. 482 ff.). In allen drei Entscheidungen schlussfolgerten die Gerichte, dass im KFZ-Bereich von einem Sekundärmarkt (After-Sales-Markt / Reparaturmarkt) auszugehen ist, der markenübergreifend abzugrenzen ist. Für die theoretischen Ansätze sei auf die in diesen Entscheidungen enthaltenen Erwägungen verwiesen.

Während die Beklagte auf die vorgenannte Rechtsprechung abstellt und erklärt, in casu sei der relevante Markt der markenübergreifende Fahrzeug-Reparaturmarkt an sich und nicht der markenspezifische (act. 11 Rz. 86), definiert ihn die Klägerin anders. Sie führt aus, *"der relevante Markt ist der nationale Markt für die Erbringung von Serviceleistungen für die von der Beklagten vertriebenen Marken des D.____-Konzerns"*. Analog zur Konstellation in der WEKO-Vorabklärung zum AMAG-Vertriebsnetz sei vorliegend von einem separaten Sekundärmarkt für Servicedienstleistungen auszugehen, der markenspezifisch und national abzugrenzen sei (act. 1 Rz. 32). Im Rahmen der Hauptsachenprognose führt sie weiter

aus, die Beklagte beherrsche *"den Markt der vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen für D.____-Fahrzeuge"* (act. 1 Rz. 34), wozu Garantieleistungen gehören (act. 1 Rz. 33). Damit ist die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts umstritten.

Der relevante Markt ist zwar jeweils im Einzelfall zu bestimmen und als Rechtsfrage vom Gericht frei zu prüfen, doch hat dies jeweils auf Grundlage der von den Parteien vorgebrachten Tatsachen zu erfolgen (vgl. BGE 139 II 316 E. 5.3). Vorliegend wäre es an der Klägerin gelegen, einen markenspezifischen After-Sales-Markt für Serviceleistungen bzw. einen Teilmarkt innerhalb des markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Markt für vom Importeur bzw. Hersteller vergütete Service- und Garantieleistungen glaubhaft zu machen. Die Klägerin macht zwar Vorbringen zum relevanten Markt, behauptet aber die soeben genannten zwei verschiedenen Marktabgrenzungen und untermauert beide nicht mit Tatsachenbehauptungen (act. 11 Rz. 81 ff.). Zur Begründung ihrer Marktabgrenzung(en) verweist sie einzig auf die WEKO Vorabklärung betreffend AMAG, ohne zu erklären, wieso die darin enthaltenen Erwägungen auch vorliegend gelten sollten. Dies ist ungenügend, zumal solche Vorabklärungen der WEKO – und auch die darin enthaltenen Verweise auf europäisches Wettbewerbsrecht – für Schweizer Zivilgerichte nicht verbindlich sind (siehe Ziffer 7.2). Hinzu kommt, dass die Vorabklärung eine völlig andere Partei betrifft und die Marktabgrenzung nur für die Zwecke der Vorabklärung provisorisch getroffen wurde (WEKO Vorabklärung zum AMAG-Vertriebsnetz Rz. 198). Die WEKO selber hat mit Hinweis auf diese Vorabklärung erklärt, dass in gewissen Fällen eine markenspezifische Marktabgrenzung denkbar sei (GRABER CARDINAUX/BEURET, Neueste Praxis der WEKO: Eine Tour d'Horizon, S. 7; abrufbar auf <https://www.zhaw.ch/storage/sml/institutezentren/zwh/atelier-de-la-concurrence/xxx-adc-praesentation-graber-beuret.pdf>); damit erachtet sie sie aber keineswegs als immer zwingend. Wieso hier ein ebensolcher Fall vorliegen sollte, führt die Klägerin nicht aus. Zudem erkennt sie auch nicht die Unterschiede der Sachverhalte. Die Marken des D.____-Konzerns lassen sich nicht mit den von der AMAG vertriebenen Marken des Volkswagenkonzerns gleichsetzen: Zu den Marken des Volkswagenkonzerns gehören neben VW mindestens auch Seat, Skoda, Audi und VW Nutzfahrzeuge (vgl. WEKO Vorab-

klärung zum AMAG-Vertriebsnetz Rz. 2), während zu den Marken des D._____ Konzerns wohl D._____ und L._____ zu zählen sind. Ein die Marken des Volkswagenkonzerns betreffender Markt wäre demnach breiter als ein auf Marken des D._____ Konzerns begrenzter Markt. Die Klägerin hat die Marken des D._____ Konzerns zudem nicht einmal definiert. Damit hat sie also nicht nur zwei verschiedene Marktabgrenzungen vorgebracht, sondern sie hat diese auch noch unklar formuliert. Diese Argumente für eine markenspezifische Abgrenzung des Marktes und die Abgrenzung selbst überzeugen folglich nicht. Letztlich ist die Marke lediglich der Name eines Produktes oder eine Dienstleistung. Sie ändert aber objektiv nichts an der Substituierbarkeit der Ware oder Dienstleistung, hier der Service- und Reparaturarbeiten. Weiter überzeugt auch das Vorliegen eines markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Marktes für vom Importeur bzw. Hersteller vergütete Service- und Garantieleistungen nicht, auch wenn importeur- bzw. herstellervergütete Garantiewerke nur von zugelassenen Werkstätten ausgeführt werden können (act. 1 Rz. 33; act. 11 Rz. 42). Diese Marktabgrenzung wäre äusserst ergebnisorientiert – je enger der Markt, desto eher wird er beherrscht – und nicht sachlich begründbar, sind die Dienstleistungen selber (unabhängig von der Vergütung) doch substituierbar. Auch geht diese Marktabgrenzung weit über diejenige in der WEKO Vorabklärung hinaus. Gestützt auf die Ausführungen der Beklagten scheint es ausserdem glaubhaft, dass freie Werkstätten Service- und Reparaturarbeiten an D._____ -Autos sinnvoll durchführen können. Die Beklagte legt überzeugend dar, dass Informationen auch über die kostenpflichtige Website D._____ erhältlich sind, mit markenübergreifenden Diagnosegeräte Service- und Reparaturarbeiten vorgenommen werden und dass Ersatzteile und Werkzeuge von Dritten bezogen werden können (act. 11 Rz. 42).

Im Rahmen der im vorliegenden Massnahmeverfahren summarisch erfolgenden Abgrenzung des relevanten Marktes (vgl. BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32 E. 2.3) ist angesichts der pauschal gebliebenen klägerischen Ausführungen und gestützt auf das vorstehend Gesagte kein Grund ersichtlich, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Jedenfalls scheint der vorliegende Einzelfall den bisherigen Urteilen des hiesigen Gerichts mehr zu ähneln als der der WEKO-Vorabklärung zugrundeliegende Sachverhalt. Folglich ist vorliegend der relevante

Markt als markenübergreifender KFZ-After-Sales-Markt (KFZ-Service- und Reparaturmarkt) zu definieren und nicht von einem markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Markt für Serviceleistungen und schon gar nicht von einem markenspezifisch abgegrenzten After-Sales-Markt für vom Importeur bzw. Hersteller vergütete Service- und Garantieleistungen auszugehen.

7.3.3. Zu Art. 7 KG

Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (BGE 139 I 72 E. 9.3.1).

Die Klägerin behauptet pauschal die marktbeherrschende Stellung der Beklagten auf dem markenspezifischen Markt für Serviceleistungen an D.____-Fahrzeugen in der Schweiz (act. 1 Rz. 33) und auf dem Markt der vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen (act. 1 Rz. 34). Die marktbeherrschende Stellung wird seitens der Beklagten bestritten (act. 11 Rz. 82).

Dass der relevante Markt vorliegend nicht markenspezifisch und nicht auf vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen (Garantieleistungen) abgegrenzt wird, schlägt auch auf die Beurteilung der Marktbeherrschung durch. Der Anteil der Marken des D.____-Konzerns – welche von der Klägerin nicht spezifiziert werden – auf dem markenübergreifenden KFZ-After-Sales-Markt ist, wie die Beklagte korrekt bemerkt (act. 11 Rz. 84 ff.), nicht einmal behauptet. Wie die Beklagte ebenfalls zutreffend festhält (act. 11 Rz. 88), ist deshalb praxisgemäss zu lasten der Klägerin anzunehmen, dass er die Schwelle von 20% nicht erreicht, was zur Verneinung der Marktbeherrschung führt (DUCREY, a.a.O., Rz. 1627;

RPW 2018/2 S. 482 ff E. 12.5.3). Gründe, weshalb es sich hier anders verhalten sollte, sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgebracht. Unabhängig von der Marktabgrenzung fehlten substantiierte Schilderungen zu den tatsächlichen konkreten Verhältnissen auf dem relevanten Markt im Gesuch ohnehin. Die Vorbringen der Klägerin in der Stellungnahme, welche sich allenfalls auf eine relative Marktmacht der Beklagten beziehen könnten, sind verspätet (vgl. act. 19 Rz. 33 ff.; siehe Ziffer 4). Zudem hat die Beklagte glaubhaft dargelegt, dass Alternativen für u.a. den Bezug von Informationen und Ersatzteilen verfügbar sind, weshalb auch nicht von einer derartigen Abhängigkeit auszugehen ist (act. 11 Rz. 42; vgl. HÖCHLI/REICH, in: BAKER & MCKENZIE, Kartellgesetz, 2007, Art. 4 N 36).

Nach dem Gesagten ist bereits die Marktbeherrschung nicht glaubhaft gemacht. Die weiteren Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG brauchen deshalb nicht mehr geprüft zu werden. Ob die Klägerin die Beklagte um den Abschluss eines neuen Vertrags ersucht (und diese abgelehnt) hat, kann folglich offen gelassen werden (vgl. act. 1 Rz. 19; act. 11 Rz. 14, 27, 53; vgl. act. 19). Erwähnt werden kann aber, dass das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der angedachten Übertragung der Verträge zwischen C._____ und der Klägerin selbst sicherlich nicht als missbräuchlich ausgelegt werden kann. Hatte die Beklagte sich doch (befristet) zur Übertragung einverstanden erklärt (siehe Ziffer 6.1; act. 11 Rz. 90).

Zusammengefasst hat die Klägerin kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 7 KG glaubhaft gemacht.

7.3.4. Zu Art. 5 KG

Bezüglich Art. 5 KG ist weiter festzuhalten, dass die Klägerin – worauf die Beklagte korrekt hinweist (act. 11 Rz. 93) – lediglich pauschal geltend macht, dass die Beklagte den Markt der importeur- bzw. herstellervergüteten Garantie- und Servicearbeiten in den Reihen immer weniger auserwählter zugelassener Werkstätten behalten wolle, der Klägerin aber die Aufnahme als solche ohne sachliche Gründe verweigert würde. Dies stelle eine Marktabrede i.S.v. Art. 5 KG innerhalb des D._____ -Netzes dar, indem die Klägerin in ihrem Servicenetz den Markt für

vom Importeur bzw. Hersteller vergüteten Serviceleistungen für D._____-Fahrzeuge ohne Gründe der wirtschaftlichen Effizienz erheblich beeinträchtigt (abschotte) und wirksamen Wettbewerb beseitigt (act. 1 Rz. 30, 33, 35). Die Klägerin sei auch kein Einzelfall (act. 1 Rz. 30). Zur Glaubhaftmachung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung hätte die Klägerin aber eine Abrede zu behaupten, die entweder (i) eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder (ii) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede setzt Vereinbarungen oder zumindest aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, voraus (Art. 4 Abs. 1 KG). Die Klägerin führt aber nicht aus, mit wem die Beklagte exakt was vereinbart und wieso dies zu erheblichen Beeinträchtigungen oder Beseitigung des Wettbewerbs führt (vgl. act. 11 Rz. 93). Weiter hat sie auch keine Verträge oder sonstige Dokumente der Beklagten mit Dritten eingereicht, aus denen solche Abreden ersichtlich sein könnten. Folglich hat die Klägerin keine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG glaubhaft gemacht.

7.3.5. Zwischenfazit

Nachdem Art. 4 KFZ-Bek als Verfügungsanspruch von vornherein nicht in Frage kommt (siehe Ziffer 7.2), hat die Klägerin mit ihren zu pauschal gebliebenen Ausführungen (unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes) auch keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 oder 7 KG glaubhaft gemacht. Folglich sind keine zivilrechtlichen Ansprüche nach Art. 12 und/oder Art. 13 KG (i.V.m. Art. 5 oder Art. 7 KG) und somit kein kartellrechtlich begründeter Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht.

8. Fazit

Aus dem Gesagten erhellt sich, dass es der Klägerin nicht gelingt, einen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen. Damit sind die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen (siehe Ziffer 5) nicht erfüllt. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist abzuweisen. Die mit Verfügung vom 9. Mai

2019 superprovisorisch angeordneten Massnahmen fallen mit sofortiger Wirkung dahin.

Nachdem bereits der Verfügungsanspruch verneint wurde, brauchen die weiteren Voraussetzungen nicht geprüft zu werden. Der Vollständigkeit halber sei trotzdem angemerkt, dass die beantragten Leistungsmassnahmen angesichts der vorliegenden Parteiinteressen auch nicht verhältnismässig scheinen. Zum einen wurde deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit nicht dargelegt, ist doch nicht ersichtlich für was welche Massnahme (z.B. welches System) genau benötigt wird. Zum anderen scheint das Interesse der Klägerin an dem Zugang und den Informationen nicht sonderlich hoch zu sein. Hatte sie ihre Zustimmung zur Vertragsübertragung bereits nur unter einer Bedingung, deren Erfüllung von vornherein bereits unwahrscheinlich erschien (siehe Ziffer 6), erteilt. Damit hat sie jedenfalls damals die Vertragsübertragung als nicht zwingend notwendig erachtet, auch wenn sie dies heute in Abrede stellt (act. 1 Rz. 25) (für die klägerischen Äusserungen nach Aktenschluss siehe Ziffer 4). Im Gegensatz dazu scheint die Erbringung von nicht rückgängig machbarer Leistungen für die Beklagte einen vergleichsweise grossen Eingriff darzustellen (Leistungsmassnahmen; siehe Ziffer 5).

9. Sicherheit

Gemäss Art. 265 Abs. 3 ZPO kann das Gericht bei Gesuchen um vorsorgliche Massnahmen die gesuchstellende Partei von Amtes wegen zu einer vorgängigen Sicherheitsleistung verpflichten. Die Anordnung liegt im richterlichen Ermessen und drängt sich dann auf, wenn die realistische Gefahr der Schädigung der Gegenpartei besteht (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 265 N 20; vgl. HUBER, a.a.O., Art. 265 N 22; Botschaft ZPO, S. 7356). Vorliegend wurde die Klägerin mit Verfügung vom 9. Mai 2019 verpflichtet, eine Sicherheit von CHF 25'000.– zu leisten (act. 4). Dieser Verpflichtung kam sie fristgerecht nach (act. 6A).

Mit der Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen ist vorliegend auch über den Verbleib dieser geleisteten Sicherheit zu entscheiden. Da die Sicherheit dazu dient, allfällige, aufgrund der superprovisorisch angeordneten Mas-

snahmen entstandenen Schäden der Beklagten zu decken, fällt eine sofortige Anordnung der Auszahlung ausser Betracht, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass eine Schadenersatzklage erhoben wird (Art. 264 Abs. 3 ZPO; ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, DIKE-ZPO-Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 264 N 21; HUBER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 264 N 37). Gleichzeitig kann die Sicherheit aber auch nicht unbefristet einbehalten werden. Entsprechend sieht Art. 264 Abs. 3 ZPO vor, dass eine geleistete Sicherheit freizugeben ist, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Gericht eine Frist zur Klage an. Vorliegend ist eine Schadenersatzklage ungewiss. Folglich ist zum einen die Obergerichtskasse darauf hinzuweisen, dass diese Sicherheit nur aufgrund einer ausdrücklichen gerichtlichen Anordnung hin ausbezahlt werden darf (vgl. § 17 Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten). Zum anderen ist der Beklagten eine Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf Ersatz des durch die superprovisorisch angeordneten vorsorglichen Massnahmen erlittenen Schadens (Schadenersatzklage) anzuheben; unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf die Sicherheit angenommen wird und die Klägerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann. Eine Frist von 60 Tagen scheint angesichts des Entfallens eines Schlichtungsverfahrens (Art. 198 lit. h ZPO), des Aufwands für die Erarbeitung einer entsprechenden Klageschrift sowie unter Berücksichtigung der Rechtsmittelfrist verhältnismässig (vgl. zum Ermessen SPRECHER, a.a.O., Art. 264 N 65). Allfällige Gerichtsferien sind nicht zu berücksichtigen (vgl. Art. 145 Abs. 2 ZPO). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

Sollte die Beklagte die Schadenersatzklage nachgewiesenermassen nicht innert (allenfalls erstreckter) Frist einreichen, wird Verzicht auf die Sicherheit angenom-

men und die Klägerin kann beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Auszahlung der Sicherheit verlangen (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 264 N 21). Vor Auszahlung der Sicherheit wäre der Beklagten das rechtliche Gehör zu gewähren. Das Recht auf Einreichung einer Schadenersatzklage zu einem späteren Zeitpunkt wird durch den ungenutzten Ablauf der Frist nicht verwirkt (HUBER, a.a.O., Art. 264 N 37; SPRECHER, a.a.O., Art. 264 N 65).

Letztlich braucht der Eventualantrag der Beklagten bezüglich Verpflichtung der Klägerin zur Leistung einer zusätzlichen Sicherheit aufgrund der Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahme nicht behandelt zu werden.

10. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beziffert die Klägerin den Streitwert auf CHF 100'000.– (act. 1 Rz. 5). Die Beklagte hat diesen Streitwert nicht bestritten (vgl. act. 11 Rz. 35 ff.) und er scheint auch nicht offensichtlich unrichtig zu sein (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO). Ausgehend vom genannten Streitwert ist die Gerichtsgebühr – unter Berücksichtigung des entstandenen Aufwands des Gerichts – auf CHF 6'600.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG) und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Sodann hat die Klägerin als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Höhe der Entschädigung für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anwendung von §§ 4, 9 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 7'250.– festzusetzen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung

der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei aufgrund aussergewöhnlicher Umstände nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Nachdem die Beklagte keine solchen aussergewöhnlichen Umstände behauptet und belegt, ist ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76 S. 291 ff. E. III.2.).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Damit fallen die mit Verfügung vom 9. Mai 2019 angeordneten Massnahmen ersatzlos dahin.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die von der Klägerin geleistete Sicherheit nur auf ausdrückliche gerichtliche Anordnung hin auszubezahlen.
4. Der Beklagten wird eine Frist bis 13. September 2019 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Schadenersatzklage im Sinne von Ziffer 9 der Erwägungen anzuheben, unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf die Sicherheit angenommen wird und die Klägerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 6'600.– festgesetzt.
6. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss gedeckt.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'250.– zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 19 sowie act. 20/1-3, sowie an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich und die Wettbewerbskommission, ... [Adresse].
9. 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 100'000.–.

Zürich, 11. Juli 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Sabrina Schalcher