

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190249-O

U/mk

Mitwirkend: die Oberrichterin Ruth Bantli Keller sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 26. September 2019

in Sachen

A. _____ Co., Ltd.,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. _____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe im Widerhandlungsfall nach Art. 292 StGB zu verpflichten, die Gesuchstellerin als *Designated Marketing Authorisation Holder* der Produkte "C. _____" und "D. _____" zu bezeichnen, namentlich indem sie der japanischen *Pharmaceuticals and Medical Devices Agency* mit dem für den Wechsel des *Designated Marketing Authorisation Holder* vorgesehenen, vollständig ausgefüllten und unterzeichneten Formular No. 54 anzeigt, dass die Gesuchstellerin der *Designated Marketing Authorisation Holder* der Produkte "C. _____" und "D. _____" ist.
2. 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 bestehenden Alleinvertriebsvertrag mit den Produkten "C. _____" und "D. _____" zu beliefern.
3. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsstrafe von CHF 1'000 pro Tag gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, und mindestens CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe im Widerhandlungsfall nach Art. 292 StGB vorsorglich zu untersagen, die Produkte "C. _____" und "D. _____" in Japan selbst oder über einen Dritten anzubieten, zu verkaufen oder auf andere Weise zu vermarkten.
4. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Am 5. Juli 2019, eingegangen am 9. Juli 2019, stellte die Gesuchstellerin das Massnahmenbegehren mit den oben genannten Anträgen (act. 1). Mit Verfügung vom 9. Juli 2019 wurde ihr Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 23'000.00 und der Gesuchsgegnerin Frist zur Beantwortung des Massnahmenbegehrens angesetzt (act. 4). Die Gesuchstellerin leistete den Vorschuss fristgerecht (act. 9). Die Gesuchsantwort wurde innert er-

streckter Frist am 27. August 2019 erstattet (act. 10). Darin beantragt die Gesuchsgegnerin, es sei das Massnahmenbegehrens vollumfänglich abzuweisen (act. 10). Die Gesuchstellerin machte in der Folge von ihrem Replikrecht Gebrauch und reichte am 13. September 2019 ihre Stellungnahme zur Massnahmenantwort ein (act. 13).

1.2. Der Prozess erweist sich als spruchreif. Da das Massnahmengesuch vollumfänglich abzuweisen ist, kann auf die Gewährung des Duplikrechts der Gesuchsgegnerin verzichtet werden.

2. Unbestrittener Sachverhalt

2.1. Die Gesuchstellerin ist eine japanische Gesellschaft mit Sitz in E.____ und bezweckt den Import und den Vertrieb von medizinischen Produkten (act. 3/3). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F.____, LU, die in erster Linie auf die Herstellung von Biomaterialien für die Regeneration von Knochen, Knorpeln und Geweben spezialisiert ist und das operative Kerngeschäft der B.____ Gruppe führt (act. 1, N 15, 3/4 + 5, 10 N 14 ff.). Im Rahmen dieser Tätigkeit stellt sie die beiden Produkte D.____ und C.____ her und vertreibt diese international, unter anderem in Japan. Für den dortigen Vertrieb benötigt sie eine Zulassung durch die japanische *Pharmaceuticals und Medical Devices Agency* (PMDA) und hat ein in Japan ansässiges Unternehmen als *Designated Marketing Authorisation Holder* (DMAH) zu benennen.

2.2. Mit Vertrag vom 16. Juni / 14. Juli 1995 vereinbarten die Gesuchstellerin und die G.____ AG, dass die Gesuchstellerin die Zulassung zum Vertrieb der beiden Produkte in Japan erwirken soll und das exklusive Import- und Vertriebsrecht dafür erhalte (act. 3/13, *Exclusive Distribution Agreement*, nachfolgend Vertrag 1995). Am 26. April / 14. Mai 2001 vereinbarten die Gesuchstellerin, die G.____ AG sowie die H.____ (nachfolgend H.____), dass die H.____ den Import und die Gesuchstellerin die Zulassung sowie den Vertrieb der beiden Produkte der Gesuchsgegnerin in Japan übernehme (act. 3/14, *Agreement on Import and Distribution of "C.____" and "D.____" in Japan*, nachfolgend Vertrag 2001). In der

1. Vertragsänderung vom 8. September 2010 vereinbarten die gleichen Vertragsparteien, dass die Gesuchsgegnerin die G._____ AG als Vertragspartei ablöse. Zudem stellten die Parteien fest, dass die Gesuchstellerin die Zulassung als *Designated Marketing Authorisation Holder* besitzt, und vereinbarten, dass sie die Produkte zukünftig auch importieren soll, bis die H._____ über die notwendigen Voraussetzungen für den Import bzw. ihrerseits über die Zulassung als *Designated Marketing Authorisation Holder* verfüge (act. 3/1, *Amendment No. 1 to the Agreement on Import and Distribution of "C._____" ans "D._____" in Japan*, nachfolgend 1. Änderungsvereinbarung). Zugleich vereinbarten die Parteien eine feste Vertragsdauer vom Tag der Unterzeichnung bis 10 Jahren nach vollendeter Zulassung/Registrierung der beiden Produkte in Japan, mit der Möglichkeit auf Vertragsverlängerungen um jeweils drei Jahre (act. 3/1). Schliesslich haben die Parteien mit einer 2. Änderungsvereinbarung vom 19. Februar 2013 bestimmt, dass die Gesuchstellerin das alleinige Import- und Vertriebsrecht für die beiden Produkte in Japan erhalte und sie der H._____ eine Abgeltung von JPY 200 Mio. innert zehn Jahren bezahle. Während dieser Zeit wurden die Rechte der H._____ als *Designated Marketing Authorisation Holder* sistiert (act. 3/2, *Amendment No. 2 to the Agreement on Import and Distribution of "C._____" ans "D._____" in Japan*, nachfolgend 2. Änderungsvereinbarung).

2.3. Am 1. November 2018 kündigte die Gesuchsgegnerin den Alleinvertriebsvertrag wegen Vertragsverletzung der Gesuchstellerin mit sofortiger Wirkung (act. 3/51).

3. Parteistandpunkte

3.1. Die Gesuchstellerin macht zusammenfassend geltend, die Gesuchsgegnerin habe den Import- und Alleinvertriebsvertrag ungerechtfertigt gekündigt und stützt sich auf die 10-jährige Vertragsdauer gemäss der 1. Änderungsvereinbarung. Im Einzelnen führt sie aus, das Zulassungsverfahren sei aufwändig gewesen und habe ca. CHF 4'720'000.00 gekostet. Die *Pharmaceuticals and Medical Devices Agency* (PDMA) habe die Zulassung der Produkte im Dezember 2011 bzw. 14. Februar 2013 erteilt. Der Verkaufsstart sei anfangs November 2013 erfolgt. In den letzten vier Jahren habe aufgrund der Anstrengungen der Gesuchstellerin der Verkauf und Profit stetig gesteigert werden können; im Jahr 2017 habe der Verkaufserlös 13% betragen. Die Gesuchsgegnerin verfolge indes eine neue Wachstumsstrategie und wolle die Produkte global selber vertreiben. Sie habe deshalb im Jahr 2017 der Gesuchstellerin vorgeschlagen, den Vertrag auf 1. September 2018 vorzeitig aufzulösen, um in Japan die Produkte durch eine neu zu gründende eigene Tochtergesellschaft vertreiben zu können. Die Gesuchstellerin habe den Vorschlag abgelehnt und an der vereinbarten Mindestlaufzeit bis 2023 festgehalten, unter Vorbehalt einer angemessenen Entschädigung. Auch ein weiterer Versuch im Sommer 2018, den Vertrag einvernehmlich aufzulösen, sei gescheitert. Daraufhin habe die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin ungerechtfertigt vorgeworfen, sie verletze die vertragliche Absatzförderungspflicht, und habe behauptet, die Gesuchsgegnerin habe seit Jahren auf die ungenügenden Vertriebsanstrengungen hingewiesen. Am gemeinsamen Treffen vom 9. August 2018 habe die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin eröffnet, dass sie in Japan eine eigene Tochtergesellschaft aufbaue, ab sofort selber Marketingmassnahmen vornehme und an der Zahnarztmesse in Yokohama anfangs Oktober 2018 selber teilnehmen werde. Mit Schreiben vom 27. August 2018 habe sie der Gesuchstellerin überdies zu Unrecht vorgeworfen, ihre Vertragspflicht, die Produkte mit besten Anstrengungen zu fördern und zu vertreiben, verletzt zu haben und ihr die Kündigung angedroht. Es sei jedoch die Gesuchsgegnerin, die ihre Vertragspflichten verletzt und in Japan trotz des alleinigen Vertriebsrechts der Gesuchstellerin eigene Marketingmassnahmen, wie die Teilnahme an der Messe und die Durchfüh-

rung von Seminaren, vorgenommen habe. Nach der Anzeige habe die Gesuchstellerin auf Ersuchen der Gesuchsgegnerin am 17. Oktober 2018 den Budgetplan 2019 präsentiert, ihre Marketingaktivitäten vorgestellt und ein Wachstum des Verkaufsumsatzes um 22% in Aussicht gestellt. Dennoch habe die Gesuchsgegnerin am 1. November 2018 den Alleinvertriebsvertrag gekündigt mit der Begründung, die Gesuchstellerin zeige kein Interesse an der Vertragserfüllung und habe die Absatzförderungspflicht verletzt, weil sie an der Zahnarztmesse in Yokohama nur geringes Marketing für die Produkte betrieben habe. Diese Begründung sei haltlos, die Vorwürfe pauschal und fabriziert. Die Gesuchstellerin habe stets kommuniziert, weitere Investitionen zu tätigen und Personal anzustellen, wenn sich die Gesuchsgegnerin zur Erfüllung des Vertrags bekenne. Die Kündigung sei deshalb zu Unrecht erfolgt und ungültig. Die 1. Änderungsvereinbarung sehe ausdrücklich eine feste Laufzeit von 10 Jahren ab der Zulassung der Produkte vor, weshalb der Vertrag bis Februar 2023 fortdaure. Die Gesuchsgegnerin habe sie weiterhin vertragsgemäss mit den Produkten zu beliefern und eigene Aktivitäten in Japan einzustellen. Die Gesuchsgegnerin habe bis 4. April 2019 Bestellungen der Gesuchstellerin für die beiden Produkte noch entgegengenommen. Seit her liefere sie ihr die beiden Produkte nicht mehr. Am 15. April 2019 habe die Gesuchsgegnerin vertragswidrig der *Pharmaceuticals and Medical Devices Agency* mitgeteilt, dass fortan nicht mehr die Gesuchstellerin sondern die I. _____ als *Designated Marketing Authorisation Holder* gelte. Schliesslich habe die Gesuchsgegnerin am 7. Mai 2019 diverse Zahnärzte darüber benachrichtigt, dass diese ab 1. Juni 2019 die Produkte bei B. _____ Japan bestellen könnten. Der Lagerbestand der Gesuchstellerin reiche nur noch für drei Monate. Sie sei deshalb auf die Rückübertragung der Stellung als *Designated Marketing Authorisation Holder* für die beiden Produkte sowie auf eine anschliessende Belieferung dringend angewiesen. Durch die Nichtbelieferung ihrer Kunden bestehe nicht nur die Gefahr, dass ihr Ansehen und Ruf beschädigt werde, sondern auch, dass sie Kunden an die neu vertreibende Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin verliere (act. 1).

In der Replik hielt die Gesuchstellerin an ihren Ausführungen in der Massnahmenbegründung fest und bestritt, eine Vertragsverletzung begangen zu haben.

Sie beteuerte, grosse Anstrengungen beim Vertrieb der Produkte vorgenommen und den Vertrieb erfolgreich gefördert zu haben. Es sei vielmehr die Gesuchsgegnerin, welche den Vertrag wiederholt gebrochen und einen neuen Vertriebskanal über die eigene Tochtergesellschaft eröffnet habe. Die Kündigung sei deshalb nichtig. Zudem seien die beantragten Massnahmen verhältnismässig, weil die Gesuchsgegnerin in Japan noch keinen Markt bilden können und daher auch keiner Kundschaft verlustig ginge (act. 13).

3.2. Die Gesuchsgegnerin bringt zusammengefasst vor, sie habe den Vertrag ordentlich gestützt auf Ziffer 19 Abs. 2 des Vertrags 1995 gekündigt. Im Einzelnen verneint sie, ihre Strategie ändern und die Märkte über eigene Tochtergesellschaften bearbeiten zu wollen. Die Kündigung sei eine unvermeidliche Reaktion auf das chronische Versagen der Gesuchstellerin als Vertriebspartnerin gewesen. Die Gesuchstellerin habe sich in Ziffer 2 Abs. 3 und Ziffer 9 Abs. 1 des Vertrags 1995 verpflichtet, die besten Anstrengungen ("best efforts") bei der Vermarktung der B._____ Produkte zu zeigen. Eine Verletzung dieser Pflicht gelte als Vertragsverletzung, welche zur Auflösung des Vertrags berechtige, wenn die Verletzung nicht innert 60 Tagen nach Abmahnung geheilt werde. Diese Auflösungsmöglichkeiten bestehe trotz der vertraglich vorgesehenen ordentlichen Laufzeit von 10 Jahren in der 1. Änderungsvereinbarung. Ihre beiden Produkte in der regenerativen Zahnmedizin seien seit Jahren weltweit führend. Wegen den hohen regulatorischen Hürden in Japan seien bis heute keine vergleichbaren Konkurrenzprodukte auf dem japanischen Markt zugelassen. Das dadurch vorhandene Entwicklungspotential habe die Gesuchstellerin nicht ausschöpfen können. So habe sie keine qualitativ und quantitativ angemessene Verkaufsorganisation aufgebaut. Die Verkaufszahlen hätten sich deshalb enttäuschend entwickelt. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits erziele bei gesättigten Märkten und unter Konkurrenzdruck einen Umsatzzuwachs von 10% pro Jahr. Die Gesuchstellerin sei in den Jahren 2016 bis 2018 unter dem prognostizierten Umsatz geblieben. Bereits im Juni 2015 habe die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mitgeteilt, sie sei von der Marktentwicklung in Japan enttäuscht. Die Gesuchstellerin habe sich aber hartnäckig unwillig und unfähig gezeigt, eine taugliche Verkaufsstrategie aufzu-

bauen. So habe sie nicht wie am 29. Oktober 2013 versprochen vier Verkaufsvertreter angestellt. In der Budgetpräsentation vom 17. Oktober 2014 sei die unterdotierte Belegung als erste Position bei den internen Schwächen thematisiert worden. Es sei damals die Etablierung eines proaktiven Verkaufsteams mit Fachwissen und Verkaufskompetenz vorgesehen worden. Die Gesuchstellerin habe aber nur drei Personen ohne Fachwissen für den Bereich E._____ angestellt. Auch am Meeting vom 9. Juni 2015 in F._____ sei die Verkaufsstrategie und die ungenügende Dotierung des Verkaufspersonals sowie die unbefriedigenden Verkaufszahlen diskutiert worden. Keiner der von der Gesuchstellerin angestellten Verkaufsvertreter habe Erfahrung in der Biomaterial- und Dentalindustrie oder im Verkauf aufgewiesen, weshalb Weiterbildungskurse hätten durchgeführt werden müssen. Anlässlich einer Zusammenkunft am 26. Januar 2016 habe die Gesuchsgegnerin noch einmal betont, dass eine professionelle Verkaufsorganisation ein Schlüsselfaktor für den Erfolg bilde. Beim Kick-off-Meeting vom 16./17. Februar 2016 sei erneut darauf hingewiesen worden, dass die Gesuchstellerin keinen für die Region Tokio spezifisch zuständigen Verkaufsvertreter eingesetzt habe. Auch später sei diese Unterdotierung Diskussionspunkt gewesen und die Gesuchsgegnerin habe wiederholt darauf hingewiesen, dass der Verkaufsabsatz vor allem von C._____ zu langsam wachse und ein Hauptfaktor dafür die ungenügende Verkaufsorganisation bzw. fehlendes erfahrenes Verkaufspersonal mit Fachwissen darstelle. Obwohl die Gesuchsgegnerin erklärt habe, sie wolle bei endgültigen Personalentscheiden einbezogen werden, habe die Gesuchstellerin weiterhin eigenmächtig unqualifiziertes Personal eingestellt oder geeignete Personen an unbedeutenden Orten eingesetzt. Nach dem Transfer eines der wenigen geeigneten Verkaufsvertretern habe die Gesuchsgegnerin keine Hoffnungen und keinen ernsthaften Willen bei der Gesuchstellerin auf eine Verbesserung der Situation mehr gehabt. Seit Oktober 2017 hätten die Parteien deshalb eine einvernehmliche Beendigung des Vertriebsverhältnisses gesucht. Dieser Versuch sei gescheitert. Die von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagene finanzielle Lösung habe die Gesuchstellerin abgelehnt und auf ihrer überhöhten Geldforderung beharrt. Selbst die grundsätzlich konstruktiven Managementgespräche der Parteien im April 2018 mit einer Kulanzofferte der Gesuchsgegnerin hätten sich als vergeblich

che Bemühungen erwiesen. Die Gesuchsgegnerin sei deshalb berechtigt gewesen, mit Schreiben vom 27. August 2018 gestützt auf Art. 19 Abs. 2 des Vertrags 1995 der Gesuchstellerin die Kündigung anzudrohen, wenn sie die Verletzungen nicht innert 60 Tagen heilen würde. Da das von der Gesuchstellerin an der Budgetpräsentation vom 17. Oktober 2018 präsentierte Organigramm für das Jahr 2019 wiederum keine hinreichende Verkaufsorganisation enthalten habe, sei die Kündigung vom 1. November 2018 unausweichlich geworden. Die Gesuchsgegnerin habe die Gesuchstellerin laufend über den Aufbau des neuen Vertriebskanals informiert. Die neue Gesellschaft habe ihre Vertriebstätigkeit im Mai 2019 aufgenommen. Die Gesuchsgegnerin habe aus wichtigem Grund ein ordentliches, vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht ausgeübt. Der Vertrag sei erloschen und es bestünde weder ein Verfügungsanspruch noch ein Verfügungsgrund. Das Massnahmengesuch sei erst acht Monate nach der Kündigung gestellt worden, weshalb eine hinreichende Dringlichkeit nicht vorliege. Die Gesuchstellerin verhalte sich überdies widersprüchlich, indem sie sich einerseits auf das bestehende Vertriebsverhältnis berufe, andererseits aber seit der Kündigung ihren vertraglichen Pflichten nicht mehr nachkomme. Es gehe der Gesuchstellerin eigentlich einzig um einen finanziellen Ausgleich. Dieser könne später geleistet werden, so dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nicht drohe. Schliesslich seien die beantragten Massnahmen unverhältnismässig, weil der Gesuchsgegnerin dadurch ein erheblicher Reputationsschaden erwachse und der Markt verwirrt werde.

4. Zuständigkeit / Anwendbares Recht

4.1. Die örtliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des Massnahmenbegehrens ist unbestritten und aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien in den 1. und 2. Änderungsverfügungen gegeben (Art. 1 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 23 LugÜ, act. 1 N 11 und act. 10 N 11). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG und § 45 lit. b GOG.

4.2. Die Parteien haben wiederholt die Anwendung des Schweizer Rechts vereinbart (act. 3/1, 3/2 und 3/13). Demzufolge ist dieses anwendbar (Art. 116 IPRG).

4.3. Die Gesuchstellerin hat in der Replik bei keiner Behauptung die Novenqualität im Sinne von Art. 229 ZPO begründet, weshalb davon auszugehen ist, dass sie keine Noven eingebracht hat. Ihre Ausführungen in der Replik sind folglich nur im Rahmen des Replikrechts zu berücksichtigen.

5. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

5.1. 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 gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Dabei hat eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorzuliegen. Schliesslich wird die Verhältnismässigkeit der Massnahme vorausgesetzt (KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER / DOMEJ / HAAS, Kurzkomentar zur ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 4 ff. zu Art. 261 ZPO).

5.2. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 120 II 393 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A_312/2009 vom 23. September 2009 E. 3.6.1, je m.w.H.). Das Gericht darf somit weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Die Last des Glaubhaftmachens entspricht der Beweislast im ordentlichen Prozess. Die klagende Partei hat sowohl das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen. Auf der anderen Seite muss die Gegenpartei ihre Einwendungen gegen das Vorliegen der genannten Voraussetzungen ebenfalls nur glaubhaft machen. Schliesslich wird auch das

Rechtliche vom Glaubhaftmachen erfasst, womit es das Gericht bei einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen bewenden lassen kann (ZÜRCHER, in: DIKE Kommentar zur ZPO, Art. 197 - 408 ZPO, 2. Aufl. 2016, N 5 ff. zu Art. 261 ZPO; HUBER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 25 zu Art. 261 ZPO; TREIS, in: Stämpflis Handkommentar zur ZPO, 2010, N 14 ff. zu Art. 261 ZPO). Zweck der vorsorglichen Massnahmen ist zu gewährleisten, dass das künftige Prozessergebnis des nachfolgenden Hauptverfahrens umgesetzt werden kann. Die gesuchstellende Partei soll vorläufigen Rechtsschutz erhalten, indem der derzeitige Rechtszustand bzw. der tatsächliche Zustand der Streitsache aufrechterhalten erhalten bleibt, um die zukünftige Vollstreckung zu sichern, oder indem ein Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch vorläufig vollstreckt wird. Die Massnahme muss zur Abwehr des Nachteils notwendig sein (BSK ZPO-THOMAS SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N 39 ff. und 112 ff.).

6. Zum Verfügungsanspruch

6.1. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt in erster Linie einen materiellen Anspruch zivilrechtlicher Natur voraus, für den die gesuchstellende Partei vorläufigen Rechtsschutzes bedarf. In dieser Hinsicht muss die gesuchstellende Partei daher die Begründetheit ihres materiellen Hauptbegehrens glaubhaft machen (BSK ZPO-SPRECHER, N 15 zu Art. 261 ZPO; HUBER, a.a.O., N 17 zu Art. 261 ZPO je m.H.). Der Verfügungsanspruch kann jede subjektive Berechtigung des Zivilrechts sein, d.h. eine positive oder negative Leistung (Tun, Unterlassen, Dulden) oder eine Gestaltung oder eine Feststellung.

6.2. Die Gesuchstellerin begründet ihren Anspruch aus dem Fortbestehen des Alleinvertriebsvertrags und verlangt mit den oben genannten Begehren Realerfüllung. Es ist daher zu prüfen, ob ihr diese vertraglichen Ansprüche trotz Kündigung nach wie vor zustehen.

6.3. Umstritten ist, ob die Gesuchgegnerin wegen Vertragsverletzung gestützt auf Ziffer 19 Abs. 2 des Vertrags 1995 vorzeitig kündigen konnte, obwohl in der 1.

Änderungsvereinbarung eine feste Vertragsdauer von 10 Jahren festgelegt wurde, welche im Februar 2023 enden würde.

Der Vertrag 1995 regelt die Grundlagen des künftigen Zusammenwirkens der Parteien beim Vertrieb und Verkauf der beiden Produkte der G._____ AG bzw. deren Rechtsnachfolger auf dem Territorium von Japan und enthält wesentliche Vertragsbestimmungen, wie die Beendigung des Vertragsverhältnisses und das anwendbare Recht (act. 3/13 Ziff. 19 und 20). So sieht Ziffer 20 unter dem Titel *General* vor, dass diese Vereinbarung das gesamte Verständnis der Parteien enthalte, Vorrang vor allen anderen mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen habe und für die jeweiligen Parteien, ihre Nachfolger und zugelassenen Bevollmächtigten verbindlich sei (*This Agreement contains the entire understanding of the parties. It shall supersede any other oral or written agreements and shall be binding upon and inure to the benefit of the respective parties, their successors and permitted assigns, act. 3/13 Ziffer 20 Abs. 3*). Weiter vereinbarten die Parteien die Schriftlichkeit für spätere Änderungen (*This Agreement shall not be modified in any way without written consent of both parties, and neither party shall have the right to assign this Agreement, in whole or in part, without the prior consent of the other, act. 3/13 Ziffer 20 Abs. 4*). Der Vertrag 1995 erweist sich somit inhaltlich als vorrangiges Rahmenabkommen der damaligen Parteien über die künftige vertragliche Zusammenarbeit beim Vertrieb und Verkauf der Produkte D._____ und C._____ in Japan. Es ist deshalb glaubhaft, dass dieser weder durch den Vertrag 2001 noch die späteren beiden Änderungsvereinbarungen aufgehoben wurde.

Der Vertrag 1995 regelt in Ziffer 19 unter dem Titel "*Termination*" zwei Aufhebungsgründe. Während Absatz 1 die jederzeitige Auflösung durch gegenseitige einvernehmliche Vereinbarung vorsieht, regeln die Absätze 2, 3 und 4 die einseitige Kündigung des Vertrags bei Vertragsverletzung durch eine Partei. Gemäss Ziffer 19 Abs. 2 des Vertrag 1995 hat eine Vertragspartei bei unheilbarer Vertragsverletzung durch die andere Partei das Recht, unter Einhaltung einer Frist von 60 Tagen, den Vertrag zu kündigen. Bei heilbaren Vertragsverletzungen ist sie berechtigt, den Vertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen, wenn die Vertragsverletzung innert 60 Tagen von der Anzeige an nicht geheilt wird ("*In the event of*

breach, the non-breaching party may terminate this Agreement by giving written notice to the breaching party that the Agreement will terminate on the sixtieth (60th) day from notice in the case of an incurable breach and in the case of a curable breach, the Agreement will terminate on the sixtieth (60th) day from notice unless cure is sooner effected"; act. 3/13). Beide Parteien scheinen stillschweigend davon auszugehen, dass es sich bei der geltend gemachten Vertragsverletzung um eine heilbare handelt.

6.4. Der Vertriebsvertrag ist ein Vertrag sui generis und begründet ein Dauerschuldverhältnis. Es gilt der Grundsatz, dass geschlossene Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*). Von der Rechtsprechung und Lehre ist allerdings anerkannt, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund jederzeit aufgehoben werden können (BGE 133 III 360, MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen in: AJP 6/210, S. 704). Ein wichtiger Grund zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses kann in der Nichtbeachtung oder der Verletzung von Vertragsklauseln liegen. Eine schwerwiegende Vertragsverletzung stellt generell einen wichtigen Grund dar. Auch weniger schwerwiegende Vertragsverletzungen können ein solcher sein, wenn diese trotz Abmahnung wiederholt werden und weitere Abmahnungen unnütz erscheinen (BGer. 4A_241/2017 vom 31. August 2018 E. 3, kommentiert in AJP 2019 S. 130 ff.).

Die Parteien haben in Ziffer 19 Abs. 2 des Vertrags 1995 nichts anderes als die Auflösung aus wichtigem Grund vertraglich ausdrücklich vorgesehen. Die sofortige Kündigung nach Abmahnung ist entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin keine ordentliche sondern eine ausserordentliche Kündigung. Bei einer ordentlichen Kündigung wäre das Vertragsverhältnis unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist (auch voraussetzungslos d.h. ohne wichtigen Grund) kündbar.

6.5. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 1. November 2018 den Alleinvertriebsvertrag kündigte, nachdem sie mit Schreiben vom 27. August 2018 die Gesuchstellerin auf die (angebliche) Vertragsverletzung aufmerksam gemacht und ihr die Kündigung nach

Ablauf von 60 Tagen angedroht hatte (act. 3/51 S. 2 : " *...that the distributorship relationship with B._____ under the Existing Contracts is now terminated.*"). Die Gesuchsgegnerin berief sich bei der Kündigung darauf, die Gesuchstellerin habe ihre in Art. 2 Abs. 3 und Ziffer 9 Abs. 1 des Vertrags 1995 vorgesehene vertragliche Pflicht, die besten Anstrengungen bei der Vermarktung der B._____ -Produkte aufzuwenden, verletzt (act. 10 N 26 ff.). Die Gesuchstellerin ihrerseits hält die Kündigung für ungerechtfertigt, weil sie keine Vertragsverletzung begangen habe.

6.6. Die Gesuchstellerin legt schlüssig dar, dass die Kündigung ungerechtfertigt erfolgt ist. Für das Fortbestehen des Vertrags ist deshalb entscheidend, ob eine Vertragsverletzung durch die Gesuchstellerin glaubhaft gemacht ist. Erweist sich nämlich die ausserordentliche Beendigung des Vertriebsvertrags wegen Vertragsverletzung als gerechtfertigt, erlöschen sämtliche Vertragserfüllungspflichten und das Dauerschuldverhältnis wird sofort (ex nunc) und unmittelbar aufgelöst. Es bleibt in diesem Fall, allfällige finanzielle Ansprüche anhand allfälliger Vertragsverletzungen durch die Parteien zu beurteilen. Haben beide Parteien Vertragspflichten verletzt, so bemessen sich die Schadenersatzansprüche nach den vertraglichen Bestimmungen, subsidiär nach Art. 44 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR. Erfolgte die Kündigung ungerechtfertigt, entfaltet diese nach neuerer Bundesgerichtspraxis keine Rechtswirkungen und das Dauerschuldverhältnis bleibt grundsätzlich bestehen (MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, a.a.O., S. 706 ff.; MARIO STREBEL/FABIAN KOCH, Besondere Aspekte bei der Beendigung des Vertriebsvertrags, in: Jusletter 15. Oktober 2018; BGE 133 III 360 E. 8.).

6.7. Sowohl Ziffer 2 als auch Ziffer 9 des Vertrags 1995 verpflichten die Gesuchstellerin, beste Anstrengungen beim Vertreiben und Fördern der beiden Produkte zu erbringen (act. 3/51, "*...use its best efforts...*"). Die Formulierung "best efforts" ist kein klar umrissener fester Begriff, sondern lässt erheblichen Auslegungsspielraum offen, was darunter zu verstehen ist. Dieser Schwierigkeit haben die Parteien in Ziffer 2 des Vertrags 1995 zu begegnen versucht. Sie haben die von der Gesuchstellerin verlangten Anstrengungen quantifiziert, den Begriff der Vertragsverletzung näher definiert und unter Verweis auf den Anhang C von der Erreichung von Leistungsstandards abhängig gemacht ("*A._____ represents and war-*

rants that it will use its best efforts to enter and develop PRODUCTS in the Territory for such indications and that it has the capability through its distribution and sales forces to meet the performance standards set forth in EXHIBIT C. Failure by A._____ to meet the performance standards in any given year may be considered a breach of this Agreement"). Anhang C sieht vor, dass die Parteien innert 12 Monaten *gemeinsam* einen Mindest-Nettoverkaufserlös festlegen und das Nichterreichen dieses Erlöses als Vertragsverletzung im Sinne von Ziffer 2 qualifiziert werden kann (*"it is agreed between A._____ and B._____ that it may be considered a breach of this Agreement by A._____ if the net sales of the Products by A._____ in the Territory are less than the minimum purchase quantities agreed upon by both parties. The minimum purchase quantities shall be agreed upon within 12 months after starting sales of the Products in the Territory"*). Aufgrund des Detaillierungsgrads und des Zwecks der Regelung in Ziffer 2 in Verbindung mit Anhang C scheint bei summarischer Betrachtung glaubhaft, dass gemäss dem Willen der Parteien für die Annahme einer Vertragsverletzung wegen Nichterfüllens der besten Anstrengungen in erster Linie diese Ziffer massgeblich sein soll. Ob die Gesuchstellerin die besten Anstrengungen erbringt oder aber eine Vertragsverletzung begeht, hängt daher nicht von der einseitigen Erwartung einer Partei sondern von dem gemeinsam vereinbarten Nettoverkaufserlös ab.

Die Gesuchsgegnerin hat zwar mit zahlreichen konkreten Beispielen substantiiert veranschaulicht, dass sie die ihrer Ansicht nach unzureichenden Vertriebsanstrengungen der Gesuchstellerin seit Jahren thematisierte und eine erfolgsversprechende Vertriebs- und Verkaufsstrategie sowie die dafür notwendige Organisation vermisste (siehe Ziff. 3.2.). Die diesbezüglich unterschiedlichen Anschauungen waren Anlass für die wiederholten Versuche, das vertragliche Verhältnis im gegenseitigen Einverständnis aufzulösen. Die Gesuchsgegnerin hat es jedoch unterlassen, anhand eines Vergleichs der jährlich vereinbarten Verkaufszahlen und der von der Gesuchstellerin tatsächlich erzielten Verkaufserlöse eine Vertragsverletzung glaubhaft zu machen. Die Gesuchstellerin führte aus, sie habe den Verkaufsumsatz stetig steigern können; der Verkaufserlös habe im Jahr 2018 um 10,5 % und der Gewinn um 12,5 % gegenüber dem Vorjahr gesteigert werden können (act. 1 N 27 und act. 3/21). Es sei für 2019 ein solcher von 22 % in Aus-

sicht gestellt worden. Diesen substantiierten Vorbringen vermochte die Gesuchsgegnerin nichts Konkretes entgegenzusetzen. Auch hat sie weder behauptet noch belegt, ob und allenfalls welche von der Gesuchstellerin zu erzielenden Verkaufsstandards gemeinsam vereinbart wurden. Es kann deshalb nicht angenommen werden, die Gesuchstellerin habe vereinbarte Vorgaben nicht erreicht und deshalb ihre Vertragspflichten verletzt. Ebenso wenig hat die Gesuchsgegnerin behauptet und glaubhaft gemacht, es sei unmöglich gewesen, mit der Gesuchstellerin Vorgaben zu vereinbaren.

6.8. Zusammenfassend gelingt es der Gesuchstellerin einen Anspruch in der Hauptsache (Weitergeltung des Alleinvertriebsvertrages) glaubhaft zu machen. Demgegenüber ist es der Gesuchsgegnerin nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass die Gesuchstellerin die vertraglich verlangten und quantifizierten besten Anstrengungen beim Vertrieb der beiden B.____-Produkte D.____ und C.____ nicht erbracht und dadurch den Vertrag verletzt hat. Die Kündigung vom 1. November 2018 erweist sich unter diesen Umständen bei summarischer Betrachtung als ungerechtfertigt und wirkungslos.

7. Zu den weiteren Voraussetzungen

7.1. Ein drohender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gilt u.a. dann als nicht leicht wieder gutzumachen, wenn durch eine bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre (SPRECHER, a.a.O., N 16 f., Art. 261 ZPO N 34). Mit der Voraussetzung des nicht leicht wieder gut zu machenden Schadens hängt diejenige der Dringlichkeit eng zusammen. Die Dringlichkeit hat sich an der Dauer des zu erwartenden Hauptprozesses zu messen. Lässt sich dasselbe Ziel durch den richterlichen Endentscheid erreichen, fehlt es an der Dringlichkeit (BSK ZPO-THOMAS SPRECHER, Art. 261 N 39). Dabei kommt es auf den geltend gemachten primären Realerfüllungsanspruch und nicht auf einen allfälligen, bloss sekundär gegebenen Schadenersatzanspruch an (HUBER, a.a.O., N 22 zu Art. 261 ZPO m.H.). Die Dringlichkeit ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen. Ver-

langt die gesuchstellende Partei eine Realerfüllung, ist unwesentlich, ob der Nachteil später durch Geld ersetzt werden könnte.

7.2. Im Rahmen der Dringlichkeitsprüfung fällt in Betracht, dass die (ungerechtfertigte) Kündigung durch die Gesuchsgegnerin am 1. November 2018 ausgesprochen wurde (act. 3/51), die Gesuchstellerin das Massnahmenbegehren jedoch erst am 5. Juli 2019, demnach rund acht Monate später, einreichte (act. 1). Es wird von beiden Parteien übereinstimmend vorgebracht, dass die Gesuchsgegnerin nach der Kündigung nicht nur zügig den Aufbau eines neuen Vertriebskanals für die B.____-Produkte in Japan in Angriff nahm, sondern diesen in der Zwischenzeit bereits umgesetzt hat. Die Gesuchstellerin liess damit seit November 2018 keinen Zweifel offen, dass sie an der Fortführung der Vertragsbeziehung mit der Gesuchstellerin kein Interesse mehr hatte und dieses nach der Kündigung als beendet betrachtete. Am 15. April 2019 wurde die Gesuchstellerin als Konsequenz der durch die Gesuchsgegnerin angestrebten Vertragsauflösung als *Designated Marketing Authorization Holder* für die beiden Produkte D.____ und C.____ im japanischen Register durch die I.____ (I.____.) abgelöst (act. 3/68). In der Folge machte sich die Gesuchsgegnerin umgehend daran, die Kundschaft über die Umstrukturierung zu informieren. So liess sie im Mai 2019 ein Schreiben an Zahnärzte in Japan verschicken, worin sie kund tat, dass die B.____-Produkte fortan über die eigene Tochtergesellschaft, *B.____ Japan Co.,Ltd.*, bezogen werden könnten und die Gesuchsgegnerin eine engere Beziehung zur Kundschaft pflegen wolle (act. 3/71). Damit befindet sich die Gesuchstellerin vor vollendeten Tatsachen: Wegen des Verlusts ihres Status als *Designated Marketing Authorization Holder* kann sie die Rechte aus dem Alleinvertriebsvertrag nicht mehr ausüben und die Kundschaft wurde durch die Gesuchsgegnerin offenbar bereits abgeworben. Auch ein gutheissender vorsorglicher Massnahmenentscheid würde den Status als *Designated Marketing Authorization Holder* für die Gesuchstellerin nicht mehr retten sondern dieser müsste, wie im Falle eines gutheissenden Urteils im Hauptverfahren, wieder erworben werden. Die Gesuchstellerin muss sich bei dieser Sachlage den Einwand gefallen lassen, sie hätte sich früher gegen die ausgesprochene Kündigung sowie die konkurrenzierenden Massnahmen der Gesuchsgegnerin zur Wehr setzen können und müssen.

An diesem Einwand vermag nicht zu ändern, dass die Gesuchsgegnerin nach der Kündigung während einer Übergangsphase die Gesuchstellerin auf deren Ersuchen noch mit Produkten belieferte. Es ist bekannt, dass der Aufbau eines neuen Vertriebskanals über eine eigene Tochtergesellschaft in Japan eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Dass die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin weiterhin belieferte, lag somit erkennbar vor allem im Interesse der Gesuchsgegnerin, konnte sie so einen Unterbruch des Vertriebs verhindern und den Markt nahtlos mit den Produkte bedienen, bis die neue Vertreiberin ihre Tätigkeit aufnehmen konnte. Trotz weiterer Belieferung bestand deshalb für die Gesuchstellerin kein nachvollziehbarer Anlass, an der Ernsthaftigkeit der Kündigung zu zweifeln. Umso mehr wäre schnelles Handeln angezeigt gewesen. Nach der Absetzung der Gesuchstellerin als *Designated Marketing Authorization Holder* für die beiden B.____-Produkte und nach dem Abwerben der Kundschaft durch die Gesuchsgegnerin besteht keine Dringlichkeit mehr für die beantragten Massnahmen und die Gesuchstellerin ist auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen.

In Abwägung aller konkreten Umstände ist deshalb die Dringlichkeit zu verneinen.

8. Fazit

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist das Massnahmenbegehren mangels glaubhaft gemachter Dringlichkeit abzuweisen.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, sind der Gesuchstellerin als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

9.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG, GebV OG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen ist. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich nach

dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse, der Schwierigkeit des Falles sowie dem Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

9.3. Die Gesuchstellerin schätzt den Streitwert auf mindestens CHF 1'000'000.– (act. 1 N 12). Diese Schätzung blieb unbestritten (act. 10 N 196) und es besteht kein Anlass, davon abzuweichen. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG in Anbetracht des recht erheblichen Umfangs des Verfahrens und des benötigten Zeitaufwands auf die Hälfte, CHF 15'000.00, festzusetzen. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr der Gesuchstellerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

9.4. Die Parteientschädigung richtet sich im summarischen Verfahren nach den §§ 2, 4, 9 und 11 AnwGebV. Sie ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände auf die Hälfte der ordentlichen Gebühr, demnach auf rund CHF 16'000.00, festzulegen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Begehren der Gesuchstellerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 16'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 13.

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 1'000'000.–.

Zürich, 26. September 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler