

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190317-O

U/jo

Mitwirkend: die Oberrichterin Ruth Bantli Keller sowie
der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 17. Oktober 2019

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,
Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1, S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe im Widerhandlungsfall nach Art. 292 StGB zu verbieten, in der Schweiz Verkaufsaktivitäten (inkl. Kundenanwerbung) betreffend Produkte der Marke "B. _____" durchzuführen bzw. durchführen zu lassen sowie natürliche oder juristische Personen mit Produkten der genannten Marke zu beliefern bzw. beliefern zu lassen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 7.7% MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

(act. 7, S. 2)

- "1. Das Gesuch sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Rechtsbegehren gemäss Ziff. 1 des Gesuchs zu beschränken bis zum 31. Dezember 2019 und die Androhung der vorsorglichen Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit in der Höhe von mindestens CHF 50'000 abhängig zu machen.
3. Subeventualiter sei die Anordnung der vorsorglichen Massnahme von der Leistung einer Sicherheit in der Höhe von mindestens CHF 100'000 abhängig zu machen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 15. August 2019, eingegangen am 16. August 2019, stellte die Gesuchstellerin das Massnahmenbegehren mit den oben genannten Anträgen (act. 1; Beilagen: act. 3/1-15). Mit Verfügung vom 21. August 2019 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 5'500.00 und der Gesuchsgegnerin Frist zur Beantwortung des Massnahmenbegehrens angesetzt (act. 4). Die Gesuchstellerin leistete den Vor-

schluss fristgerecht (act. 6). Die Gesuchsgegnerin erstattete ihre Gesuchsantwort mit den vorerwähnten Anträgen ebenfalls innert Frist am 12. September 2019 (act. 7 und 9/2-8). Am 19. September 2019 reichte die Gesuchstellerin ein vollständiges Exemplar des als Beilage 5 eingereichten Vertriebs- und Bezugsvertrag nach (act. 3/5 und act. 11). Von ihrem Replikrecht machte sie keinen Gebrauch.

1.2. Der Prozess erweist sich als spruchreif.

2. Unbestrittener Sachverhalt

2.1. Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____ und bezweckt die Produktion, den Import und Export sowie den Handel mit Sportartikeln (act. 3/1). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____ ZH, die in erster Linie die Entwicklung, Herstellung und den Handel sowie die Vermarktung von Fahrzeugen, Maschinen, Apparaten, Bestandteilen und Zubehör sowie die Vergebung und Übernahme von Lizenzrechten bezweckt (act. 3/2).

2.2. Am 29. Januar 2015 schloss die Gesuchstellerin (damals unter der Firma E._____ AG, act. 3/1) einen Vertriebs- und Bezugsvertrag mit der in Deutschland domizilierten Gesellschaft E._____ GmbH (nachfolgend E._____). Im Vertrag sicherte die E._____ der Gesuchstellerin das exklusive Alleinvertriebsrecht der Produkte der Marke B._____ in der Schweiz, Russland, Australien, Brasilien, Ukraine, UK und Portugal zu (act. 3/5).

2.3. Am 7. Mai 2019 kündigte die E._____ den Vertriebs- und Bezugsvertrag ausserordentlich und mit sofortiger Wirkung mit der Begründung, die Gesuchstellerin habe schleichend und gezielt ähnliche und gleiche Produkte vertragswidrig direkt von der Herstellerin bezogen, von welcher auch die E._____ ihre Produkte beziehe, und diese vertrieben. Gleichzeitig informierte die E._____ darüber, dass sie seit dem 1. Mai 2019 nicht mehr Inhaberin der Marke B._____ sei (act. 3/12).

2.4. Unbestritten ist ferner, dass aktuell die Gesuchsgegnerin die Tretroller B._____ in der Schweiz vertreibt.

3. Parteivorbringen

3.1. Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch zusammenfassend damit, die Gesuchsgegnerin habe die E._____ zum Vertragsbruch gegenüber der Gesuchstellerin verleitet. Art. 4 lit. a UWG beziehe sich zwar nur auf die Verleitung des Abnehmers zum Vertragsbruch. Auch die Verleitung des Lieferanten führe jedoch zu vergleichbaren Wettbewerbsverzerrungen, weshalb sich eine Subsumtion dieses Tatbestands unter die Generalklausel von Art. 2 UWG rechtfertige. Im Einzelnen bringt die Gesuchstellerin vor, der E._____ sei im Vertriebs- und Bezugsvertrag verboten gewesen, eigene Verkaufsaktivitäten durchzuführen oder die Marke an Konkurrenten der Gesuchstellerin zu liefern. Auch seien der Gesuchstellerin einzelne Kunden fest zugeordnet worden, und es sei vereinbart worden, dass der Vertriebs- und Bezugsvertrag ebenso für "verbundene Unternehmen" gelte, d.h. für Unternehmen, bei welchen der Geschäftsführer der E._____, F._____, Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen könne. Die Gesuchstellerin sei überdies berechtigt erklärt worden, weiterhin selbständig eigene Produkte herzustellen und zu vertreiben. In den Folgejahren sei es der Gesuchstellerin gelungen, die Marke B._____ erfolgreich zu etablieren und namhafte Kunden, wie G._____ und H._____, zu gewinnen. Dieser Erfolg habe dazu geführt, dass sich die grösste Anbieterin auf dem Schweizer Tretrollermarkt, die I._____ AG, in ihrer dominierenden Stellung bedroht gefühlt habe. Deren Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident, J._____, und deren stellvertretender Geschäftsführer und Verwaltungsrat, K._____, hätten deshalb entschieden, unter Mitwirkung von F._____ die Gesuchstellerin auf dem schweizerischen Tretrollermarkt auszuschalten. Der im Schreiben vom 7. Mai 2019 angegebene Kündigungsgrund, die Gesuchstellerin hätte direkt ähnliche und gleiche Produkte wie die E._____ von der Herstellerin bezogen, sei nur vorgeschoben. Eigentlich sei es der E._____ darum gegangen, über die Gesuchsgegnerin einen neuen Vertriebskanal für die Marke B._____ zu etablieren und denjenigen über die Gesuchstellerin trocken zu legen. Die Kündigung stelle einen Vertragsbruch dar. Es sei die Gesuchsgegnerin gewesen, welche die E._____ in unlauterer Weise zu diesem Vertragsbruch verleitet habe. Die Gesuchsgegnerin habe am tt. April 2019 ihre frühere Firma L._____ AG neu in

B._____ AG geändert. Gleichzeitig sei die Zweckumschreibung im Handelsregister unter anderem um die Bereiche "*Vermarktung von Fahrzeugen, Maschinen, Apparaten sowie Bestandteilen und Zubehör aller Art*" erweitert worden. An der ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 26. April 2019 sei F._____, der Geschäftsführer der E._____, schliesslich zum Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin gewählt worden. Kurz darauf und wenige Tage vor der Kündigung habe F._____ mit E-Mail vom 1. Mai 2019 der Gesuchstellerin täuschend und wider besseres Wissen mitgeteilt, er wolle die E._____ nach Hong Kong verlegen und sich von der Marke B._____ trennen. Seit der Kündigung vom 7. Mai 2019 erfolge der Vertrieb dieser Tretroller über die Gesuchsgegnerin, welche bereits die Belieferung der M._____ (G._____) und der N._____ AG übernommen habe. Die E._____ habe sich seither geweigert, die Gesuchstellerin mit den Tretrollern zu beliefern, so dass diese diverse Bestellungen nicht mehr ausführen können. Die Gesuchstellerin habe dadurch eine Umsatzeinbusse im Jahre 2019 von rund CHF 550'000.00 gegenüber dem Vorjahr erlitten. Es drohe weiterer Verlust. Die für die Gesuchsgegnerin handelnden Organe hätten mit der Umfirmierung, der Zweckänderung und der Wahl von F._____ zum Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin bewusst die E._____ zum Entschluss verleitet bzw. darin bestärkt, den Vertriebs- und Bezugsvertrag mit der Gesuchstellerin ungerechtfertigt ausserordentlich zu kündigen (act. 1).

3.2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet zusammengefasst, die E._____ zum Vertragsbruch verleitet zu haben. Das Massnahmenbegehren ziele zudem auf ein generelles Verbot von Verkaufsaktivitäten bezüglich der Produkte der Marke B._____ ab. Der Begriff "Produkte der Marke B._____" sei zu unbestimmt. Es sei deshalb auf das Begehren nicht einzutreten. Im Übrigen seien eine Anspruchsverletzung und eine Anspruchsgrundlage nicht gegeben. Art. 4 lit. a UWG beziehe sich nicht auf den Sachverhalt, dass ein Lieferant zum Vertragsbruch verleitet werde, weshalb die E._____ kein taugliches Objekt für eine unlautere Verleitung sein könne. Die Gesuchstellerin habe überdies nicht substantiiert, weshalb diese Konstellation unter die Generalklausel von Art. 2 UWG falle. Eine unlautere Handlung sei nicht glaubhaft gemacht. Weder die Firmen- und Zweckänderung noch

die Wahl von F._____ in den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin oder die Kündigung durch die E._____ würden ein Verleiten darstellen. Firmen- und Zweckänderungen seien alltägliche Vorgänge und kein unlauteres Verhalten. Der Geschäftsführer der E._____, F._____, habe seit Jahren guten Kontakt zu J._____ unterhalten. Die Gesuchstellerin habe zudem nicht glaubhaft gemacht, weshalb die ausserordentliche Kündigung ungerechtfertigt erfolgt sei. Eine solche wäre nach deutschem Recht zu beurteilen. Die ausserordentliche Kündigung sei nicht wegen der Reorganisation des Vertriebs der E._____ erfolgt, sondern weil die Gesuchstellerin schwerwiegende Vertragsverletzungen gegenüber der E._____ begangen und u.a. deren Produkte kopiert habe. Eventualiter wäre eine ungerechtfertigte Kündigung nach deutschem Recht als ordentliche Kündigung per 31. Dezember 2019 zu betrachten und deshalb gültig erfolgt. So oder anders sei der Anschlussvertrag zwischen der E._____ und der Gesuchsgegnerin gültig und der Vertrag zwischen der Gesuchstellerin und der E._____ beendet. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil sei weder substantiiert noch gegeben. Ein solcher könnte mit der beantragten Massnahme überdies nicht abgewendet werden, da die Gesuchstellerin dennoch nicht mit Tretrollern beliefert würde. Die Massnahme würde die Gesuchsgegnerin auch unverhältnismässig schwer treffen, weil ihr damit jegliche Verkaufstätigkeit in Bezug auf die Marke B._____ untersagt würde, während es der Gesuchstellerin nichts nützen würde. Es sei von der Gesuchstellerin für den bei der Gesuchsgegnerin zu erwartenden Gewinnausfall bei Anordnung der Massnahme eine Sicherheit von CHF 50'000.00 bis Ende 2019 bzw. von CHF 100'000.00 über das Jahr 2019 hinaus zu verlangen (act. 7).

4. Zuständigkeit / anwendbares Recht

4.1. Die örtliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist für die Beurteilung des sich auf das UWG stützenden Massnahmenbegehrens gegeben (Art. 36 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 13 ZPO). Sie blieb auch unbestritten (act. 7 S. 2).

Ebenso ist die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des Massnahmenbegehrens zu bejahen (Art. 5 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 ZPO i. V. m. § 44 lit. a GOG und § 45 lit. b GOG).

4.2. Da es sich nicht um eine internationale Streitsache handelt, ist auf das vorliegende Lauterkeitsverfahren Schweizer Recht anzuwenden. Hinsichtlich des Bezugs- und Vertriebsvertrags haben die Vertragsparteien, d.h. die Gesuchstellerin und die E._____, die Anwendung deutschen Rechts vereinbart (act. 3/15 Ziffer 15). Auf diesen Vertrag - und somit auch auf die Kündigung des Vertrages - ist deutsches Recht anwendbar.

5. Bestimmtheit des Rechtsbegehrens

5.1. Die Gesuchsgegnerin erachtet die Umschreibung im Rechtsbegehren "Produkte der Marke B._____" als zu unbestimmt (act. 7 N 27 ff.). Umstritten ist folglich, ob es sich beim beantragten Verbot von Verkaufsaktivitäten inklusive Kundenanwerbung betreffend der Produkte der Marke B._____ um ein hinreichend bestimmtes Rechtsbegehren im Sinne von Art. 84 Abs. 1 ZPO handelt.

5.2. Ein ausreichend bestimmtes Rechtsbegehren gilt als Prozessvoraussetzung. Der Gegenstand des Unterlassungsbefehls muss genügend individualisiert sein, sodass er der Rechtskraft fähig ist und ohne nochmalige materielle Prüfung vollstreckt werden kann. Eine Unterlassungsklage muss deshalb genau angeben, welches Verhalten dem Beklagten zu verbieten sei und der Entscheid darüber, was dem Beklagten materiell untersagt wird, darf nicht in die Vollstreckungsinstanz verlagert werden (BGE 131 III 70, E.3.3; BAUDENBACHER/ GLÖCKNER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2001, N 42 zu Art. 9; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 28 und 30 zu Art. 221 ZPO). Damit wird nicht ausgeschlossen, dass aus Praktikabilitätsabwägungen im Einzelfall eine geringere Präzisierung des untersagten Verhaltens zulässig ist. Unterlassungsbegehren, denen die erforderliche Bestimmtheit fehlt, sind von den Gerichten von Amtes wegen zu präzisieren; vorausgesetzt die Neufassung ist vom klägerischen Vorbringen umfasst (BAUDENBACHER/GLÖCKNER,

a.a.O., N 47 zu Art. 9). Begehren auf Unterlassung, die sich bei der materiellen Beurteilung als an sich begründet, aber zu umfassend formuliert erweisen, sind im Urteil auf das zulässige Mass einzuschränken (JUNG/SPITZ, a.a.O., N 65 zu Art. 9, unter Hinweis auf BGE 107 II 82, E.2.b, Urteile des Bundesgerichts 4C.169/2004 vom 8. September 2004 und 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008). Unklare Rechtsbegehren sind überdies nach Treu und Glauben auszulegen, wobei nicht nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Klagebegründung bzw. die Massnahmenbegründung abzustellen ist (vgl. BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., N 43 zu Art. 9).

5.3. Wie nachfolgend noch darzulegen ist, erweist sich das Massnahmenbegehren der Gesuchstellerin als unbegründet und ist abzuweisen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Frage der hinreichenden Bestimmtheit des Begehrens im Rahmen des summarisch geführten Verfahrens nicht im Detail zu behandeln. Das Begehren umfasst Verkaufsaktivitäten der *Produkte der Marke B._____* (act. 1). Damit übernimmt das Begehren die gleiche Umschreibung wie in Ziffer 1. des Vertriebs- und Bezugsvertrags (act. 3/5). Dort wird die Gesuchstellerin mit dem Alleinvertrieb u.a. der Marke *B._____ und deren Produkte* betraut (act. 3/5 S.1). Aus den Ausführungen der Parteien geht ferner unmissverständlich hervor, dass es sich bei diesen Produkten ausschliesslich um Tretroller dieser Marke handelt. Von anderen Produkten als Tretrollern ist in den Parteivorträgen nicht die Rede. Insoweit erscheint das Rechtsbegehren hinsichtlich der betroffenen Produkte als hinreichend bestimmt, weil es sich nachvollziehbar auf die gleichen Tretroller der Marke *B._____* bezieht, welche Gegenstand des Vertriebs- und Bezugsvertrag waren. Gemäss Vorbringen der Gesuchsgegnerin bestehe für diese Marke eine internationale Eintragung (act. 7 N 30). Einen Beleg in Form eines Auszugs der Eintragung wurde nicht eingereicht. Dies ist auch nicht nötig, da sich der Inhalt des Begehrens auch ohne Auszug der Eintragung hinreichend bestimmen lässt. Unwesentlich ist überdies für die Frage der Bestimmtheit des Begehrens, dass die Schutzausdehnung auf die Schweiz gemäss Angaben der Gesuchsgegnerin bisher noch nicht erfolgt sei.

5.4. Zusammenfassend erweist sich das Begehren im Rahmen einer summarischen Betrachtung als hinreichend bestimmt.

6. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

6.1. 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).

6.2. 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, a.a.O, N 25 zu Art. 261 ZPO; TREIS, in: Stämpfli Handkommentar zur ZPO, 2010, N 14 ff. zu Art. 261 ZPO). Zweck der vorsorglichen Massnahmen ist zu gewährleisten, dass das künf-

tige 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 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.).

7. Verfügungsanspruch

7.1. 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, 3. Aufl. 2017, 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.

7.2. Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren auf Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 4 lit. a und Art. 2 UWG (act. 1 S. 7 ff.). Ihr obliegt es gemäss Art. 8 ZGB, die wesentlichen Behauptungen zur Begründung ihres materiellen Anspruchs glaubhaft zu machen. Sie hat damit insbesondere die Umstände des Vertragsbruchs durch die *E._____* und des Verleitens im Sinne UWG dazu durch die Gesuchsgegnerin glaubhaft darzulegen. In diesem Zusammenhang hat sie auch glaubhaft zu machen, dass das Verleiten von Lieferanten zum Vertragsbruch genauso verzerrende und dysfunktionale Auswirkungen wie das in Art. 4 lit. a UWG ausdrücklich pönalisierte Verleiten von Abnehmern auf den freien Wettbewerb zeitigt und die Voraussetzungen für eine Subsumtion unter die Generalklausel von Art. 2 UWG erfüllt sind.

7.3. Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Gericht unter anderem be-

antragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG). Materiell wird für die Geltendmachung der Abwehransprüche gemäss Art. 9 UWG vorausgesetzt, dass ein drohendes oder andauerndes unlauteres Verhalten vorliegt.

Gemäss Art. 4 lit. a UWG handelt unlauter, wer *Abnehmer* zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit diesem einen Vertrag abschliessen zu können. Als Verleiten gilt nicht nur ein Verhalten, das strafrechtlich als Anstiftung qualifiziert wird, sondern jedes Bestärken in einem bereits gefassten Beschluss (PHILIPPE SPITZ in: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpfli, 2. Auflage, Bern 2016, Art. 4 N 34 ff.). Das blosses Angebot, einen vorteilhaften Vertrag abzuschliessen, stellt keine Verleitung dar. Als Vertragsbruch gilt ein vertragswidriges Verhalten ohne rechtmässigen Grund. Verträge sind indessen im Rahmen der vertraglichen und gesetzlichen Möglichkeiten aufhebbar.

Art. 4 lit. a UWG spricht ausdrücklich vom Verleiten des *Abnehmers*. Der Begriff Abnehmer ist zwar weit zu verstehen und erfasst nicht nur Letztverbraucher (Konsumenten). So können auch Abnehmer auf den vorgelagerten Wirtschaftsstufen darunter fallen (FISCHER in: Heizmann/Loacher, Art. 4 UWG N 34, BSK UWG-MARKUS R. FRICK, Art. 4 lit. a-c N 25). Die Ausdehnung dieser Bestimmung auf Lieferanten wird von der Lehre mehrheitlich abgelehnt (u.a. BSK UWG-MARKUS R. FRICK, Art. 4 lit. a-c N 32; SPITZ, a.a.O., Art. 4 N 49). Dieser Auffassung ist bei summarischer Betrachtung zu folgen, weil eine weite Begriffsauslegung von Art. 4 lit. a UWG, die das Verleiten des Lieferanten ebenso umfassen würde, dem klaren Wortlaut der Bestimmung und der in der Generalklausel von Art. 2 UWG vorgenommenen Unterscheidung in Anbieter und Abnehmer widerspräche. An der klaren Regelung von Art. 4 lit. a UWG vermag überdies nichts zu ändern, dass die Verleitung von Lieferanten möglicherweise den Wettbewerb ebenso verfälscht und beeinflusst. Das Abwerben von Lieferanten kann folglich nur unter die Generalklausel von Art. 2 UWG fallen (vgl. auch BGE 133 III 431 E. 4.1.; u.a. SPITZ, a.a.O., Art. 4 N 49).

7.4. Gemäss Art. 2 UWG ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und

Abnehmers beeinflusst, unlauter und widerrechtlich. Das Verhältnis zwischen Mitbewerbern (Anbieter untereinander) oder zwischen Anbietern und Abnehmern (in der Regel Kundenbeeinflussung) muss mit dem täuschenden oder treuwidrigen Verhalten zu einem andern Ergebnis des Wettbewerbs führen als ohne diese Handlung. Dabei reicht grundsätzlich eine objektive Eignung der Beeinflussung; ein Erfolg wird nicht vorausgesetzt. Das Funktionieren des freien marktwirtschaftlichen Wettbewerbs darf demnach nicht mehr gewährleistet sein bzw. das Geschäftsgebaren müsste zu einer Wettbewerbsverfälschung führen. Damit ein Verhalten, das keinen besonderen Tatbestand von Art. 3 ff. UWG erfüllt, unter die Generalklausel fällt, müssen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besondere Umstände vorliegen, welche das Verhalten als gegen Treu und Glauben verstossend bzw. als unlauter erscheinen lassen (BGE 114 II 91, E. 4.a.bb.).

7.5. Der von der Gesuchstellerin vorgebrachte Sachverhalt des Verleitens des Lieferanten zum Vertragsbruch stellt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen keinen Tatbestand von Art. 4 lit. a. UWG dar. Die Gesuchstellerin kann sich deshalb nur auf die Generalklausel berufen. Dabei fällt auf, dass sie die von der Bundesgerichtspraxis verlangten besonderen Umstände, die gegen Treu und Glauben verstossen oder unlauter sein sollen, sowie die (möglichen) Auswirkungen des Verleitens des Lieferanten auf den Wettbewerb bzw. eine dadurch bewirkte Wettbewerbsverfälschung weder behauptet noch glaubhaft gemacht hat. Was zunächst das Element des Verleitens der E._____ durch die Gesuchsgegnerin betrifft, handelt es sich bei den von der Gesuchstellerin dargelegten Umständen, nämlich der Umfirmierung und der Zweckändern der Gesuchsgegnerin sowie der Wahl des Mitglieds des Verwaltungsrats der E._____, F._____, zum neuen Verwaltungsratsmitglied der Gesuchsgegnerin, sowohl einzeln als auch in Kombination miteinander, um rechtmässige sowie alltägliche Vorgänge und nicht um treuwidrige Verhaltensweisen. Sie sind höchstens Indizien für eine bereits im Voraus geplante Änderung im Vertrieb der Tretroller B._____. Auf wessen Initiative die genannten Massnahmen bzw. die Änderung im Vertrieb getroffen wurden, lässt sich den Behauptungen der Gesuchstellerin nicht entnehmen. Sie unterlässt es insbesondere, konkrete Äusserungen von Organen der Gesuchsgegnerin nach Ort, Zeit und Inhalt zu substantiieren, die auf ein Verleiten oder Anstiften der Or-

gane der E._____ zum Vertragsbruch hindeuten würden. Aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerin wäre genau so gut denkbar, dass der Aufbau eines neuen Vertriebskanals für die Tretroller B._____ von Seiten der E._____ selber und nicht von der Gesuchsgegnerin initiiert wurde. Das von der Gesuchsgegnerin eingereichte E-Mail von F._____ an J._____ vom 27. September 2017 (act. 9/5) spricht denn auch gegen ein Verleiten durch die Gesuchsgegnerin. Daraus geht vielmehr hervor, dass im Herbst 2017 nicht J._____, damaliger Verwaltungsrat und heutiger Präsident des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerin (act. 3/2), sondern F._____ den gemeinsamen Kontakt suchte. Konkrete Verleitungshandlungen der Gesuchsgegnerin gegenüber E._____, die treuwidrig und täuschend sind, lassen sich somit nicht erkennen. Die Vorbringen der Gesuchstellerin sind damit insgesamt wenig überzeugend und vermögen ein treuwidriges Verleiten nicht glaubhaft zu machen.

7.6. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass die Vorbringen der Gesuchstellerin zum Vertragsbruch durch die E._____ ebenfalls pauschal sind und ein solcher nicht hinreichend glaubhaft gemacht ist. Die Gesuchstellerin hätte darlegen müssen, weshalb die ausserordentliche Kündigung des Vertriebs- und Bezugsvertrags nicht gerechtfertigt war. Sie führt diesbezüglich jedoch einzig aus, es gehe aus dem Kündigungsschreiben vom 7. Mai 2019 nicht klar hervor, womit die vertragswidrige Kündigung begründet werde, der Vertrag sei wohl aus wirtschaftlichen Gründen und nicht wegen grober Vertragsverletzung gekündigt worden. Die Gesuchstellerin sei stets berechtigt gewesen, selbständig eigene Produkte herzustellen und zu vertreiben (act. 1 N 47). Die E._____ hat ihre Kündigung unmissverständlich mit der Verletzung von Ziffer 8 des Betriebs- und Bezugsvertrags durch die Gesuchstellerin begründet. Dieses Verhalten habe bereits zu wiederholten Diskussionen unter den Vertragsparteien geführt. Danach habe die Gesuchstellerin in den letzten Jahren ähnliche und gleiche Marken-Produkte der E._____ wie vom Vertriebs- und Bezugsvertrag umfasst, vertragswidrig selbständig bezogen und vertrieben (act. 3/12 und 7 N 46 f.). Diesem Vorwurf hat die Gesuchstellerin nichts Konkretes entgegengesetzt und nicht glaubhaft dargelegt, weshalb diese Begründung nicht zutreffen und die ausserordentliche Kündigung ungerechtfertigt erfolgt sein soll. Im Vertriebs- und Bezugsvertrag, welcher deut-

schem Recht unterstellt wurde (act. 3/5 Ziffer 15), haben die Parteien zudem ausdrücklich das Recht zur ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund vorgesehen, unter anderem, wenn Umstände eintreten, die unter Berücksichtigung von Inhalt und Zweck des Vertrags einer oder beiden Vertragsparteien eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar macht (act. 3/5 Ziffer 14 Abs. 3-5). Der im Kündigungsschreiben geltend gemachte wiederholte Verstoss der Gesuchstellerin gegen Ziff. 8 des Vertriebs- und Bezugsvertrags kann bei summarischer Betrachtung durchaus einen wichtigen Grund darstellen, der zur sofortigen Auflösung gemäss Ziffer 14 des Vertrags berechtigt. Auf jeden Fall kann aufgrund der konkreten Umstände und pauschalen Behauptungen der Gesuchstellerin nicht gesagt werden, die ausserordentliche Kündigung stelle für sich betrachtet einen Vertragsbruch der E._____ dar. Weshalb nach deutschem Recht eine andere Einschätzung erfolgen sollte, hat die Gesuchstellerin ebenfalls nicht behauptet. Da weitere Umstände, welche die in der Kündigung angegebenen Gründe als ungerechtfertigt erscheinen liessen, nicht behauptet wurden oder erkennbar sind, lässt sich ein Vertragsbruch durch die E._____ somit nicht annehmen. Gleich verhielte es sich, wenn auf den Vertrag Schweizer Recht anwendbar wäre: Der Vertriebs- und Bezugsvertrag ist gemäss Schweizer Recht ein Vertrag *sui generis* und begründet ein Dauerschuldverhältnis. Als solches kann er ohne entsprechende vertragliche Regelung der Parteien in Anwendung Schweizer Rechts jederzeit aus wichtigem Grund aufgelöst werden (BGer. 4A_241/2017 vom 31. August 2018). Folglich ist davon auszugehen, dass der Vertriebs- und Bezugsvertrag gerechtfertigt aufgelöst wurde, womit der Gesuchstellerin kein vertraglicher Anspruch mehr zusteht, die Tretroller B._____ in der Schweiz zu vertreiben. Aufgrund des Verlusts ihrer vertraglichen Stellung als Alleinvertreiberin fehlt es am Anspruch, der Gesuchsgegnerin Verkaufsaktivitäten in der Schweiz betreffend dieser Produkte zu verbieten.

8. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist ein unlauteres, treuwidriges Verhalten der Gesuchsgegnerin, das unter die Generalklausel von Art. 2 UWG zu subsumieren wäre, nicht glaubhaft gemacht. Das Massnahmenbegehren ist folglich abzuweisen. Es kann

unter diesen Umständen darauf verzichtet werden, die weiteren Voraussetzungen, namentlich die Dringlichkeit sowie den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil und die Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahmen, zu behandeln.

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 150'000.– (act. 1 N 4). Diese Schätzung blieb unbestritten (act. 7 N 4) 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 Umfangs des Verfahrens und des benötigten Zeitaufwands auf die Hälfte der Grundgebühr, CHF 5'500.00, 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 7'000.00, festzulegen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Begehren der Gesuchstellerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'500.–.
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 7'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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 150'000.00.

Zürich, 17. Oktober 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati