

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210088-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie
der Gerichtsschreiber Christian Markutt

Urteil vom 21. Juli 2021

in Sachen

A. _____ GmbH,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____

gegen

B. _____ A/S,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y3. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, das Distribution Service Agreement vom 29. März 2018 zwischen der A._____ GmbH und B._____ A/S (vormals C._____ A/S) (für das Vertragsgebiet Deutschland) solange zu erfüllen, bis über die Gültigkeit der Kündigung dieses Vertrages vom 30. März 2021 sowie deren Folgen gerichtlich rechtskräftig entschieden wurde.
2. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, das Distribution Service Agreement zwischen der A._____ GmbH und B._____ A/S (vormals C._____ A/S) vom 1. Dezember 2018 (für das Vertragsgebiet Österreich) solange zu erfüllen, bis über die Gültigkeit der Kündigung dieses Vertrages sowie deren Folgen gerichtlich rechtskräftig entschieden wurde.
3. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, sämtliche Verbreitung von Informationen betreffend mögliche Kündigung des Distribution Service Agreement vom 29. März 2018 mit sofortiger Wirkung zu unterlassen.
4. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, sämtliche Verbreitung von Informationen betreffend eine mögliche Kündigung des Distribution Services Agreement vom 1. Dezember 2018 mit sofortiger Wirkung zu unterlassen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin.

prozessuale Anträge:

(act. 1 S. 3)

6. Die beantragten vorsorglichen Massnahmen seien superprovisorisch und somit ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.
7. Die Verbote gemäss Ziff. 3 und 4 sei unter Androhung einer Busse nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall anzuordnen."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchstellerin ist eine deutsche Vertriebsgesellschaft, die 2018 zum Zweck gegründet wurde, das Medizinalprodukt "D._____", ein Opiat zur Behandlung von schweren ... [Leiden] bei ...-Patienten, in Deutschland und Österreich zu vertreiben (act. 1 Rz. 1, Rz. 25 ff.).

1.2. Die Gesuchsgegnerin ist eine dänische Gesellschaft, welche den Handel mit pharmazeutischen Produkten bezweckt. Unter anderem handelt die Gesuchstellerin mit dem Arzneimittel "D._____" (act. 1 Rz. 1, Rz. 25 ff.). Bis im Juni 2020 firmierte die Gesuchsgegnerin unter C.____ A/S (act. 1 Rz. 21).

1.3. Am 29. März 2018 unterzeichneten die Parteien ein Distribution Services Agreement (nachfolgend: Vertriebsvertrag) für Deutschland und am 1. Dezember 2018 einen weiteren, weitgehend identischen Vertriebsvertrag für Österreich (act. 1 Rz. 28 mit Hinweis auf act. 3/2 [Vertriebsvertrag Deutschland] und act. 3/3 [Vertriebsvertrag Österreich]).

1.4. Mit Schreiben vom 30. März 2021 kündigte die Gesuchsgegnerin den Vertriebsvertrag für Deutschland (und auf Nachfrage auch denjenigen für Österreich) mit der Begründung, die Gesuchstellerin habe die vertraglich vereinbarten "Minimal Purchase Requirements" nicht erreicht (act. 1 Rz. 32 ff. mit Hinweis auf act. 3/21).

1.5. Mit Gesuch vom 28. Mai 2021 (eingegangen am 31. Mai 2021) stellte die Gesuchstellerin das obgenannte Rechtsbegehren (act. 1).

1.6. Mit Verfügung vom 31. Mai 2021 wies das hiesige Einzelgericht ein Dringlichkeitsbegehren ab, verpflichtete die Gesuchstellerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses und setzte der Gesuchsgegnerin eine Frist zur Einreichung einer Stellungnahme an (act. 5).

1.7. Am 30. Juni 2021 erstattete die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist die Stellungnahme und beantragte die Abweisung des Gesuchs, soweit darauf einzutreten sei (act. 12).

1.8. Mit Eingabe vom 16. Juli 2021 äusserte sich die Gesuchstellerin zur Stellungnahme vom 30. Juni 2021 (act. 15).

2. Formelles

2.1. In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit ist festzuhalten, dass die Parteien in Ziff. 34.2. der Vertriebsvereinbarung die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte vereinbart haben (act. 3/2 S. 22 und act. 3/3 S. 22). Diese Vereinbarung erfüllt die Voraussetzungen von Art. 23 LugÜ. Da der Begriff "Swiss courts" in der Gerichtsstandsvereinbarung nicht näher definiert wird, ist die lex fori (IPRG und subsidiär ZPO) beizuziehen. Wenn diese Bestimmungen wie hier nicht weiterhelfen, ist die gesuchstellende Partei berechtigt, das passende Gericht in der Schweiz auszusuchen (BSK LugÜ-Berger, 2. Auflage, Basel 2016, Art. 23 N 32 mit weiteren Hinweisen, auch auf abweichende Meinungen). Im Übrigen erhebt die Gesuchsgegnerin auch keine Unzuständigkeitseinrede, weshalb auch von einer internationalen Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zufolge Einlassung auszugehen wäre (Art. 24 LugÜ). Die internationale und örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte ist zu bejahen.

2.2. Auch die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts ist zu bejahen, weil eine handelsrechtliche Streitigkeit zu beurteilen ist (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG) und weil das Einzelgericht für den Erlass von vorprozessualen vorsorglichen Massnahmen sachlich zuständig ist (Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG).

2.3. Da das Gesuch - wie zu zeigen sein wird - abzuweisen ist, erübrigt es sich, die letzte Stellungnahme der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin vorab zur Kenntnisnahme zuzustellen. Vielmehr kann die letzte Eingabe der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Urteil der Gesuchsgegnerin zur Kenntnis gebracht werden.

2.4. Die Sache ist spruchreif.

3. Materielles

3.1. Anwendbares Recht

Im vorliegenden Fall stehen sich eine deutsche Gesellschaft als Gesuchstellerin und eine dänische Gesellschaft als Gesuchsgegnerin gegenüber. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor. In Ziff. 34.1. der Vertriebsvereinbarungen haben die Parteien Schweizer Recht für anwendbar erklärt. Diese Rechtswahl ist gültig (Art. 116 IPRG). Die Anwendbarkeit von Schweizer Recht ist unbestritten.

3.2. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

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). Damit vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, muss zunächst der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht werden. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht eine Hauptsachenprognose (nachfolgend E. 3.3). Weiter muss als Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht eine Nachteilsprognose. Sodann muss das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden. In diesem Zusammenhang ist eine Abwägung der involvierten Parteiinteressen vorzunehmen. Schliesslich wird vorausgesetzt, dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorliegt. Diese wird bejaht, wenn der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und das Resultat des Hauptverfahrens nicht abgewartet werden kann (nachfolgend E. 3.4). Vorsorgliche Massnahmen sind häufig Sicherungs- oder Regelungsmassnahmen. Wenn wie im vorliegenden Fall (gemäss Rechtsbegehren 1 und 2) Leistungsmassnahmen beantragt werden, sind an das Glaubhaftmachen der Anspruchsvoraussetzungen erhöhte Anforderungen zu stellen; überdies sind die auf dem Spiel stehenden Interessen der Parteien besonders sorgfältig abzuwägen (BGE 138 III 378 E. 6.4 S. 381; BGE 131 III 473 E. 2.2 f.; Urteil des Bundesgerichtes 4A_367/2008 vom 14. November 2008, E. 4.2 a.E.; ZÜRCHER,

in: DIKE-Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Auflage., Zürich 2016, Art. 261 N. 33).

3.3. Verfügungsanspruch und positive Hauptsachenprognose

3.3.1. Zentraler Streitpunkt des Verfahrens ist, ob die Kündigung der Vertriebsverträge vom 30. März 2021 gültig ist. Mit dem vorliegenden Verfahren bezweckt die Gesuchstellerin in erster Linie, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet wird, die Lieferverpflichtungen aus den Vertriebsverträgen bis zur rechtskräftigen Beurteilung der Gültigkeit der Kündigung vom 30. März 2021 aufrecht zu erhalten.

3.3.2. Die Gesuchsgegnerin stützt ihre Kündigung auf Ziff. 5.8. der Vertriebsvereinbarungen vom 29. März 2018 und 1. Dezember 2018, welche Bestimmung wie folgt lauten (act. 3/2 und act. 3/3):

"In respect of each calendar year, Distributor shall order from C._____, at least, the Minimum Purchase Requirements in respect of that calendar year. Without prejudice to any of C._____'s other rights or remedies at law or under this Agreement, failure by Distributor to comply in strict accordance with this Clause 5.8 shall entitle C._____ to terminate this Agreement forthwith, without liability, in accordance with the terms herein."

3.3.3. Die Gesuchstellerin hält die Kündigung vom 30. März 2021 für ungültig, weil die Mindestbestellmengen erreicht worden seien, weil die Kündigung nicht sofort ("forthwith") nach erstmaliger Nichterfüllung der Mindestbestellmengen ausgesprochen worden sei und weil die Mindestbestellmenge nur eine Richtgrösse darstelle und eine Kündigung wegen Nichterreichens dieser Richtgrösse treuwidrig sei (act. 1 Rz. 38 ff.).

3.3.4. Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, dass die vertraglich vereinbarten Mindestmengen weder in Bezug auf die eingekauften noch auf die bestellten Arzneimittel erreicht worden seien (act. 12 Rz. 12 ff., insbesondere mit Verweis auf die tabellarischen Darstellungen bei Rz. 19 und 22) und dass die Kündigung in Einklang mit den vertraglichen Bestimmungen ausgesprochen worden sei (act. 12 Rz. 37 ff.).

3.3.5. Zu den vertraglich vereinbarten Mindestmengen: In Schedule 1 des Vertriebsvertrages für Deutschland wurden als "Minimal Purchase Requirements" für das Jahr 2018 50'000 packs, für das Jahr 2019 100'000 packs und für das Jahr 2020 150'000 packs vereinbart (act. 3/2 Schedule 1). In Schedule 1 des Vertriebsvertrages für Österreich sind als "Minimal Purchase Requirements" für das Jahr 2018 5'000 packs, für das Jahr 2019 10'000 packs und für das Jahr 2020 15'000 packs vereinbart (act. 3/3 Schedule 1). Unabhängig davon, ob es sich bei den "Minimal Purchase Requirements" um Mindest**bestell**mengen (so die Gesuchstellerin) oder Mindest**einkaufs**mengen handelt (so die Gesuchsgegnerin), hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass die vertraglichen Zielvorgaben erreicht worden wären. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Gesuchstellerin nur zu den Mindestmengen in Bezug auf die Vertriebsvereinbarung Deutschland äussert; zum Volumen, dass unter dem Vertriebsvertrag Österreich erreicht wurde, macht die Gesuchstellerin keine Angaben. Entscheidend ist aber, dass die Gesuchstellerin für ihre Behauptung, sie habe die vertraglich vereinbarten Mindest**bestell**mengen (in Deutschland) erreicht, von einem falschen Berechnungszeitraum "Oktober-Oktober" anstatt vom effektiv vereinbarten "calendar year" ausgeht. Innerhalb der "calendar years" 2018, 2019 und 2020 wurden weder die Mindest**bestell**mengen (Berechnungsart der Gesuchstellerin) noch die Mindest**einkaufs**mengen (Berechnungsart der Gesuchsgegnerin) erreicht. Mit anderen Worten: die vertraglich vereinbarten Zielmengen wurden von Anfang an und während der gesamten bisherigen Vertragsdauer (das heisst in den Jahren 2018, 2019 und 2020) verfehlt. Insbesondere verfängt die Meinung der Gesuchstellerin nicht, die Messperioden "Oktober-Oktober" und nicht "calendar year" (vgl. Ziff. 5.8. der Vertriebsvereinbarungen) seien massgebend, weil das Vertragsprodukt erst am 15. Oktober 2018 in Deutschland zugelassen worden sei (act. 1 Rz. 44); dieses Vertragsverständnis wäre allenfalls für das Zulassungsjahr 2018 diskussionswürdig, aber aufgrund des klaren Begriffs "calendar year" wohl kaum für die folgenden Jahre 2019 und 2020. Insgesamt gelingt es der Gesuchstellerin nicht glaubhaft zu machen, dass die vertraglich vereinbarten Mindestmengen erreicht worden wären. Als Folge davon ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Kündigung der Vertriebsvereinbarungen vom 31. März 2021 ungültig war. Im Gegen-

teil hat die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht, dass die Kündigung gültig ist, weil die jährlichen "Minimal Purchase Requirements" während der gesamten Vertragsdauer verfehlt wurden, und zwar sowohl nach "calendar years" als auch nach der Messmethode "Oktober-Oktober".

3.3.6. Zu den Modalitäten und den Motiven der Kündigung: Der Gesuchstellerin gelingt es auch nicht glaubhaft zu machen, dass die Gesuchsgegnerin die Kündigungen unverzüglich ("forthwith") nach Entdeckung des Nichterreichens der Mindestmengen hätte aussprechen müssen und von dieser Möglichkeit der sofortigen Kündigung keinen Gebrauch gemacht habe (act. 1 Rz. 49 ff.); vielmehr hat die Gesuchsgegnerin aufgrund der Formulierung von Ziff. 5.8 der Vertriebsvereinbarungen glaubhaft gemacht, dass bei Nichterreichens der Mindestmenge jederzeit eine Kündigung möglich ist und eine solche Kündigung zur unverzüglichen Auflösung des Vertrages führt ("... shall entitle C._____ to terminate this Agreement forthwith, ..."). Schliesslich gelingt es der Gesuchstellerin auch nicht glaubhaft zu machen, dass das wahre Motiv der Kündigung nicht das Nichterreichen der Mindestzahlen in den Jahren 2018 bis 2020, sondern das wirtschaftliche Interesse der Gesuchsgegnerin gewesen sei, die sich nun einstellenden Gewinne aus dem Geschäft in Deutschland und Österreich nicht mit ihr (der Gesuchstellerin) teilen zu müssen (act. 1 Rz. 52); diese Mutmassung der Gesuchstellerin wird widerlegt durch die von der Gesuchsgegnerin eingereichte Mailkorrespondenz, aus welcher hervorgeht, dass die Gesuchsgegnerin seit längerem auf das Nichterreichen der Mindestmengen hinwies und klar zum Ausdruck brachte, dass die vertragliche Vereinbarung der Mindestmengen als verbindlich zu verstehen sei; als Beispiel sei das Mail vom 27. Oktober 2020 erwähnt (act. 12 Rz. 31 mit Hinweis auf act. 13/3: "*1. Minimum Purchase Requirements (MPRs): A._____ has not achieved the MPRs and is in breach of the agreement under Clause 5.8 and 22.4.5. This is a statement off fact, not a threat*"). Damit ist auch die Ansicht der Gesuchstellerin widerlegt, bei den Mindestmengen habe es sich nach der übereinstimmenden Auffassung der Parteien nur um eine "Richtgrösse" gehandelt (act. 1 Rz. 53 ff.).

3.3.7. Insgesamt ist festzuhalten, dass es der Gesuchstellerin im Rahmen der Glaubhaftmachung des Hauptsachenanspruchs nicht gelingt darzutun, dass die Kündigung der Vertriebsverträge vom 30. März 2021 ungültig ist, zumal an die Glaubhaftmachung bei Leistungsmassnahmen wie eingangs erwähnt erhöhte Anforderungen zu stellen ist (vgl. E. 3.2).

3.4. Weitere Voraussetzungen

Da es an einer positiven Hauptsachenprognose fehlt, muss auf die weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen (nicht leicht wiedergutmachender Nachteil bzw. Verfügungsgrund, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit) nicht eingegangen werden. Immerhin ist zu bemerken, dass im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung – wie oben erwähnt – bei Leistungsmassnahmen eine sorgfältige Abwägung der auf dem Spiel stehenden Parteiinteressen erforderlich ist (vgl. E. 3.2). Nicht in Frage kommen kann, die Gesuchsgegnerin während eines möglicherweise jahrelangen Prozesses zu verpflichten, den Lieferverpflichtungen nachzukommen, obwohl die Gesuchstellerin die vertraglich festgelegten jährlichen Mindestmengen während der gesamten bisherigen Vertragsdauer nie erreicht hat.

3.5. Zusammenfassung

Nach dem Gesagten ist das Gesuch abzuweisen, soweit die Gesuchstellerin die Erfüllung der Lieferverpflichtung aus dem Vertriebsvertrag beantragt (Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2). Da nicht glaubhaft gemacht wurde, dass die Kündigung der Vertriebsvereinbarung vom 31. März 2021 ungültig ist, sind ohne weiteres auch die Anträge abzuweisen, dass der Gesuchsgegnerin zu verbieten sei, Informationen über die Kündigung der Vertriebsvereinbarung zu verbreiten (Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Das Gericht hat sich bereits in der Verfügung vom 31. Mai 2021 zum Streitwert geäußert und diesen auf CHF 2 Mio. geschätzt. Daran ist festzuhalten, und auf die entsprechende Begründung ist zu verweisen (act. 5 E. 4.3).

4.3. Bei einem Streitwert vom CHF 2 Mio. ist unter Berücksichtigung der Reduktion für das summarische Verfahren (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG) und des Zuschlages für Verfahren ohne Inlandbezug (§ 11 GebV OG) die Gerichtsgebühr auf CHF 30'000.00 festzusetzen.

4.4. Ferner ist die Gesuchstellerin unter Annahme eines Streitwertes von CHF 2 Mio. und unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 25'000.00 zu bezahlen (§§ 4 und 9 AnwGebV).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.00.
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 25'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 15 samt Beilagen (act. 16/1-12).
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 2 Mio. (geschätzt).

Zürich, 21. Juli 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Christian Markutt