

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE210136-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der Gerichtsschreiber  
Dr. Giulio Donati

## Verfügung und Urteil vom 13. Dezember 2021

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch MLaw X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1, S. 2 ff.)

1. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse im Betrag von CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO für jeden Fall einer verweigerten Lieferung mit sofortiger Wirkung vorsorglich **zu befehlen**, die Gesuchstellerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, mit den von der Gesuchsgegnerin verkauften Parfums und Düften der Marke B.\_\_\_\_\_, soweit und solange verfügbar, gemäss den Bedingungen des Exclusive Distribution Agreement vom 12. Februar 2004, der Zusatzvereinbarung vom 20. Februar 2007 sowie der Zusatzvereinbarung vom 14. Juli 2011 **zu beliefern**.
2. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse im Betrag von CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO für jeden Fall einer verweigerten Lieferung mit sofortiger Wirkung vorsorglich **zu befehlen**, die Gesuchstellerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, insbesondere mit den nachfolgend aufgelisteten Produkten (vorbehältlich allgemeiner Streichungen von Produkten aus dem Sortiment), in den bestellten Mengen, soweit und solange verfügbar, zu den nachfolgend aufgelisteten Preisen (vorbehältlich allgemeiner Preiserhöhungen) **zu beliefern**:

... [Tabelle mit einzelnen Produkten und Preisen]

3. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse im Betrag von CHF 1'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO für jeden Tag der Zuwiderhandlung mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, vorsorglich **zu verbieten**, jemand anderen als die Gesuchstellerin **als Vertriebshändlerin** für die in Rechtsbegehren 1 und/oder 2 genannten Produkte für die Gebiete Österreichs und/oder Deutschlands **zu ernennen oder zu bezeichnen**, unter Ausnahme der eigenen Geschäfte der Gesuchsgegnerin bzw. von deren Konzerngesellschaften ("B.\_\_\_\_ stores") sowie Tax-Free Geschäften für den Verkauf an Endkunden und "Airline Sales Companies" (Verkäufer von Produkten an Airlines) in Österreich und Deutschland.
4. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse im Betrag von CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b

ZPO für jede Lieferung mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, vorsorglich **zu verbieten**, die C.\_\_\_\_\_ GmbH und/oder allfällige mit dieser konzernmässig verbundene Unternehmen wie Tochtergesellschaften oder Schwestergesellschaften mit den in Rechtsbegehren 1 und/oder 2 genannten Produkten für den Weiterverkauf in Österreich und/oder Deutschland **zu beliefern**.

5. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse im Betrag von CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO für jede Lieferung mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, vorsorglich **zu verbieten**, jemand anderen als die Gesuchstellerin in Deutschland und/oder Österreich mit den in Rechtsbegehren 1 oder 2 genannten Produkten für den Weiterverkauf in Österreich und/oder Deutschland **zu beliefern**, mit Ausnahme der eigenen Geschäfte der Gesuchsgegnerin bzw. von deren Konzerngesellschaften ("B.\_\_\_\_\_ stores") sowie Tax-Free Geschäften und "Airline Sales Companies" (Verkäufer von Produkten an Airlines) in Österreich und Deutschland.
6. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse im Betrag von CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO für jeden Fall der Zuwiderhandlung mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens vorsorglich **zu verbieten**, sich gegenüber Geschäftspartnern oder Dritten dahingehend **zu äussern**, dass die C.\_\_\_\_\_ GmbH oder eine andere Person, welche nicht die Gesuchstellerin ist, ihre Vertriebspartnerin für Deutschland und/oder Österreich in der Zeit vom 1. Januar 2022 bis zum 31. Dezember 2024 sei.
7. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall mit sofortiger Wirkung vorsorglich **zu befehlen**, das Exclusive Distribution Agreement vom 12. Februar 2004, unter Berücksichtigung der Zusatzvereinbarung vom 20. Februar 2007 sowie der Zusatzvereinbarung vom 14. Juli 2011, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, weiterhin zu erfüllen,

eventualiter sei vorsorglich **festzustellen**, dass das Exclusive Distribution Agreement vom 12. Februar 2004, ergänzt und angepasst durch die Vertragsergänzungen vom 20. Februar 2007 sowie vom 14. Juli 2011, bis zum heutigen Zeitpunkt weder aufgelöst ist noch wirksam gekündigt wurde.

8. Alles unter **Kosten- und Entschädigungsfolge** zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Zudem stellen wir folgende

**prozessualen Anträge:**

Die vorsorglichen Massnahmen gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 bis 7 seien superprovisorisch, d.h. ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei, zu erlassen.

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Formelles

1.1. Prozessverlauf

Am 2. November 2021 (Datum Eingang) reichte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (act. 1; act. 3/2–24) und stellte die oben genannten Rechtsbegehren. Das Dringlichkeitsbegehren der Gesuchstellerin wurde mit Verfügung vom 2. November 2021 abgewiesen, weil die Voraussetzungen für eine superprovisorische Anordnung der verlangten Massnahmen nicht erfüllt waren. Mit gleicher Verfügung wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin Frist zur Einreichung ihrer Gesuchsantwort angesetzt (act. 6). Die Gesuchstellerin leistete den Kostenvorschuss innert Frist (act. 8). Die Gesuchsgegnerin reichte ihre Gesuchsantwort am 25. November 2021 (Datum Poststempel; hierorts am 29. November 2021 eingegangen) ein (act. 11; act. 12/2–22). Das Verfahren ist spruchreif.

1.2. Parteien

Die Gesuchstellerin ist eine im deutschen Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ [Stadt in Deutschland] und bezweckt die ... und ähnlichen Produkten sowie alle mit dem ... in Verbindung stehenden Aktivitäten. Die Gesuchsgegnerin bezweckt ... [Unternehmenszweck].

### 1.3. Sachverhaltsüberblick

Die Parteien schlossen 2004 einen Alleinvertriebsvertrag betreffend den Vertrieb der Produkte der Gesuchsgegnerin für die Gebiete Deutschland und Österreich ab, den sie 2007 und 2011 punktuell anpassten. Der vorliegende Streit dreht sich um die Frage, ob der Alleinvertriebsvertrag die Parteien noch bindet oder bereits beendet ist. Für die Gesuchstellerin ist der Alleinvertriebsvertrag weiterhin gültig und verpflichtet die Parteien bis Ende 2024. Die Gesuchsgegnerin behauptet, der Vertrag sei beendet. Sie kündigte an, dass sie für die genannten Gebiete ab dem 1. Januar 2022 auf eine neue Alleinvertriebspartnerin setzen werde und der Gesuchstellerin keine Produkte mehr liefern werde. Die Gesuchstellerin verlangt mit ihrem Gesuch zusammengefasst, dass die Gesuchsgegnerin vorsorglich verpflichtet werde, den Alleinvertriebsvertrag auch nach dem 1. Januar 2022 zu erfüllen.

Unbestritten ist – neben dem Abschluss des Alleinvertriebsvertrages –, dass der Alleinvertriebsvertrag sich jeweils für eine Dauer von 3 Jahren verlängerte, wenn er nicht mit einer Kündigungsfrist von 12 Monaten auf Ende der laufenden Vertragsperiode gekündigt wurde. Die nächste Vertragsperiode beginnt am 1. Januar 2022 und dauert bis Ende 2024. Die Parteien hielten in Art. 8 des Alleinvertriebsvertrags verschiedene Gründe fest, die neben einer ordentlichen Beendigung zu einer ausserordentlichen (also vor Ablauf der jeweils laufenden Vertragsperiode) Beendigung des Alleinvertriebsvertrages führen können. Die Gesuchsgegnerin stützt sich für ihren Standpunkt auf Art. 8 Ziffer 6 (Hervorhebung im Original):

"This contract shall terminate *ipso jure* or may be cancelled in the following events, without liability on B.\_\_\_\_\_'s part to the Distributor:

1-[...]

2- [...]

3- [...]

4- [...]

5- [...]

6- In event of material changes in the Distributor's shareholder list or officers and directors."

Unbestritten ist sodann, dass im Februar 2018 die unabhängige Beteiligungsgesellschaft E.\_\_\_\_\_ GmbH in das Unternehmen der Gesuchstellerin eintrat.

#### 1.4. Rechtsbegehren Nr. 7 der Gesuchstellerin

1.4.1. Mit Rechtsbegehren Nr. 7 verlangt die Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet werde, den Alleinvertriebsvertrag weiterhin zu erfüllen. Eventualiter sei festzustellen, dass der Alleinvertriebsvertrag weder aufgelöst noch wirksam gekündigt worden sei.

1.4.2. Soweit die Gesuchstellerin mit ihrem Rechtsbegehren Nr. 7 verlangt, der Gesuchsgegnerin sei zu befehlen, den Alleinvertriebsvertrag weiterhin zu erfüllen, ist das Begehren zu unbestimmt. Was mit "den Vertrag erfüllen" gemeint ist, lässt allzu viel Interpretationsspielraum offen, weshalb eine strafbewehrte Anordnung der Massnahme nicht möglich ist. Wenn die Gesuchstellerin sodann eventualiter ein Feststellungsbegehren stellt, fehlt das Rechtsschutzinteresse. Die Gesuchstellerin ist mit der Anordnung der Leistungsmassnahmen gemäss den Rechtsbegehren Nr. 1 bis 6 ausreichend geschützt, womit nicht ersichtlich ist, inwiefern die verlangte Feststellung einen weitergehenden Rechtsschutz darstellen könnte. Feststellungsbegehren sind subsidiär zu Leistungsbegehren, wobei vorliegend die Subsidiarität bereits die Gutheissung des Feststellungsbegehrens gemäss Rechtsbegehren Nr. 7 verunmöglicht. Offenbleiben kann darum, ob Feststellungsbegehren in der vorliegenden Konstellation überhaupt vorsorglich angeordnet werden könnten, bliebe im Falle einer Anordnung doch insbesondere unklar, welche Tragweite einer vorsorglich angeordneten Feststellung zukäme. Auf Rechtsbegehren Nr. 7 ist zusammenfassend nicht einzutreten.

## 2. Materielles

### 2.1. Rechtliches

2.1.1. 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 (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; Verfügungsanspruch) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; Verfügungsgrund) (siehe zum Ganzen KOFMEL EHRENZELLER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 261 N. 4).

2.1.2. Die Gerichte müssen sodann vor der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen eine Interessenabwägung vornehmen, gar eine besonders sorgfältige, wenn es nicht nur um Sicherung, sondern um vorläufige Leistungsmassnahmen mit Vollstreckungsandrohung geht, insbesondere bei der Nachteildiskussion (BGE 138 III 378 E. 6.4 S. 381; BGE 131 III 473 E. 2.3 = Pra 95 Nr. 32; Urteil 4A\_367/2008 des Bundesgerichts vom 14. November 2008, E. 4.2; ZÜRCHER, in: DIKE-Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 261 N. 33).

### 2.2. Parteibehauptungen

2.2.1. Die Gesuchstellerin bringt vor, als Beendigungsgrund sei im Alleinvertriebsvertrag unter anderem ein wesentlicher Wechsel in der Gesellschaftsstruktur oder im Management der Gesuchstellerin vereinbart gewesen. Der letzte wesentliche Wechsel der Gesellschafter sei im Februar 2018 geschehen. Der Vertrag spreche von einer Beendigung *ipso iure*. Eine Beendigung des Vertrages *ipso iure* bei einem Anwendungsfall von Ziffer 6 sei hingegen abzulehnen, passe doch diese unmittelbare Beendigung des Vertrages nicht zur genannten Ziffer. Selbst wenn eine Beendigung des Vertrages *ipso iure* in Erwägung gezogen würde, hätten die Vertragsparteien den Vertrag auch nach dem Wechsel in der Gesellschafterstruktur der Gesuchstellerin weitergelebt. Die Parteien hätten damit zum Ausdruck gebracht, dass der Vertrag weiterhin gültig sei. Die Gesuchsgegnerin habe den Al-

leinvertriebsvertrag nicht rechtzeitig gekündigt, weshalb dieser sich um weitere 3 Jahre bis Ende 2024 verlängert habe.

2.2.2. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, es seien zwei wesentliche Änderungen im Sinne von Art. 8 Ziffer 6 des Alleinvertriebsvertrages eingetreten: Die Änderung in der Gesellschafterzusammensetzung der Gesuchstellerin im Februar 2018 sowie der Abgang von F.\_\_\_\_\_ im März 2019 (damals Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesuchstellerin). Beide Veränderungen würden je für sich allein betrachtet einen *ipso-iure-Beendigungsgrund* gemäss Art. 8 Ziffer 6 des Alleinvertriebsvertrages darstellen. Der Alleinvertriebsvertrag habe damit im Februar 2018, spätestens aber im März 2019 geendet. Eine besondere Kündigungserklärung seitens der Parteien sei nicht nötig gewesen. Die Parteien hätten nach Beendigung des Vertrages die Geschäftsbeziehung mit verändernden Konditionen weitergelebt. Der Alleinvertriebsvertrag sei nicht mehr Grundlage für diese Geschäftsbeziehung gewesen. Die Gesuchstellerin könne darum keinerlei Rechte aus dem Alleinvertriebsvertrag ableiten.

### 2.3. Würdigung

#### 2.3.1. Verfügungsanspruch (positive Hauptsachenprognose)

2.3.1.1. Es stellt sich die Frage, ob der Alleinvertrag *ipso-iure* beendet wurde oder zwischen den Parteien noch weiterhin gilt. Wie erwähnt, stützt sich die Gesuchsgegnerin auf Art. 8 Ziffer 6 des Alleinvertriebsvertrages, um die behauptete Beendigung des Vertrages zu begründen. Gemäss dieser Bestimmung scheint der Vertrag unter anderem dann *ipso iure* zu enden, wenn es bei der Zusammensetzung der Gesellschafter oder des Managements der Gesuchstellerin zu einer wesentlichen Änderung kommt ("This contract shall terminate *ipso jure* or may be cancelled in the following events, without liability on B.\_\_\_\_\_ 's part to the Distributor: In event of material changes in the Distributor's shareholder list or officers and directors"). Die Gesuchsgegnerin sieht unter anderem im Eintritt der unabhängigen Beteiligungsgesellschaft E.\_\_\_\_\_ GmbH als Gesellschafterin der Gesuchstellerin im Februar 2018 einen solchen *material change*. Mehrere Gründe sprechen gegen diese Ansicht.

2.3.1.2. Keine der Parteien hielt nach dem Wechsel in der Gesellschaftsstruktur der Gesuchstellerin fest, dass damit der Alleinvertriebsvertrag *ipso iure* beendet sei. Wenn die Gesuchsgegnerin ausführt, bei einer Beendigung *ipso iure* des Alleinvertriebsvertrages sei es gerade nicht nötig, dass eine Vertragspartei die *ipso iure-Beendigung* besonders vermerke (vgl. act. 11 Rz. 15 f., Rz. 25), ist ihr nicht zu folgen. Selbst wenn mit der Veränderung im Februar 2018 der Alleinvertriebsvertrag tatsächlich *ipso iure* geendet hätte, wäre es den Parteien unbenommen geblieben, den Vertrag weiter gelten zu lassen. Von einer Beendigung *ipso iure* gleichsam gegen den Willen der Parteien kann nicht ausgegangen werden. Die Parteien führten ihre Geschäftsbeziehung denn auch nach dem Wechsel im Februar 2018 weiter. Die Gesuchsgegnerin kann nicht nahezu drei Jahre später geltend machen, dass im Februar 2018 ein *material change* stattfand; sie hätte dies damals vorbringen müssen. Die Gesuchsgegnerin behauptet zwar, die Geschäftsbeziehung sei unter neuen Konditionen weitergeführt worden und habe nicht mehr unter dem Dach des Alleinvertriebsvertrags gestanden, welcher beendet gewesen sei. Sie möchte dies anhand einer Preisliste nachweisen. Die Preisliste, die nach der behaupteten Beendigung des Alleinvertriebsvertrages massgebend für die Einkäufe der Gesuchstellerin gewesen sei, zeige die veränderten Geschäftsbedingungen auf. Gestützt auf die Preisliste lässt sich dieser Schluss indes nicht ziehen: Die Gesuchsgegnerin zeigt zum einen gar nicht auf, dass die Parteien nach der behaupteten Auflösung des Vertragsverhältnisses ihre Geschäftsbeziehung tatsächlich gestützt auf andere Bedingungen gelebt haben. Diese angeblich neuen Bedingungen hätte die Gesuchsgegnerin anhand von tatsächlichen Bestellungen der Gesuchstellerin nachweisen können, insbesondere anhand eines Vergleichs mit den angeblich überholten Bedingungen des Vertrags. Das hat die Gesuchsgegnerin unterlassen. Zum anderen wäre die Vereinbarung von neuen Preisen nicht gleichbedeutend damit, dass die Parteien den Alleinvertriebsvertrag nicht mehr weiterführen wollten. Aus der Preisliste liesse sich zunächst einzig eine Änderung der Preise ableiten. Die Gesuchsgegnerin vermag nichts vorzutragen, welches nachweisen würde, dass sie oder die Gesuchstellerin den Alleinvertriebsvertrag als *ipso iure* beendet angesehen hätten. Bezeichnend ist denn auch, dass die Gesuchsgegnerin den Art. 9 des Vertrages, welcher die

Pflichten im Falle der Beendigung des Vertrages regelt, als rechtlich irrelevant bezeichnet (vgl. act. 11 Rz. 38). Ausgerechnet diese Bestimmung, die zentrale Rechte und Pflichten der Parteien im Falle eines Vertragsendes regelt, wollen die Parteien nicht berücksichtigt haben, obwohl der Vertrag *ipso iure* geendet haben soll. Dass die Parteien sich nicht an Art. 9 des Vertrages orientierten, stellt ein weiteres Indiz dafür dar, dass keine der Parteien eine Beendigung des Vertrages annahm und die Parteien folgerichtig auch nicht die im Falle einer Beendigung greifende Bestimmung anwendeten.

2.3.1.3. Gegen das Rechtsverständnis der Gesuchsgegnerin spricht auch, dass sie offenbar seit Februar 2018 davon ausging, die Gesuchstellerin sei nicht mehr ihre exklusive Vertriebspartnerin mit entsprechenden Absatzförderungspflichten gewesen. Die Gesuchstellerin habe sich denn auch offensichtlich nicht mehr um die Absatzförderung der B.\_\_\_\_\_ Produkte in den Gebieten Deutschland und Österreich (und auch der Schweiz) bemüht (vgl. act. 11 Rz. 51). Überraschend ist dann aber, dass die Gesuchsgegnerin für diese Zeitspanne und für die vom Alleinvertriebsvertrag erfassten Gebiete keine Geschäfte mit Dritten behauptet. Es wäre zu erwarten gewesen, dass, wenn sich die Gesuchsgegnerin vom Alleinvertriebsvertrag befreit gesehen hätte, sich die Gesuchsgegnerin sogleich darum bemüht hätte, ihren Umsatz zu erhöhen, indem sie mit Dritten Geschäfte abgeschlossen hätte. Dass sie stattdessen nahezu vier Jahre zugewartet haben will, um erst ab 2022 einen neue Vertriebspartnerin zu präsentieren, erscheint wenig überzeugend. Zumindest ist die Frage naheliegend, was die Gesuchsgegnerin unmittelbar nach dem angeblichen Ende des Alleinvertriebsvertrages unternahm, um die neu gewonnene Abschlussfreiheit gewinnbringend zu nutzen, zumal die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin einen – gemäss Gesuchsgegnerin nicht tolerierbaren – Umsatzeinbruch vorwirft.

2.3.1.4. Die Gesuchsgegnerin macht auch geltend, wenn nicht der Gesellschafterwechsel im Februar 2018 als *material change* gelte, dann aber ein Wechsel in der Geschäftsführung der Gesuchstellerin im März 2019. Am 18. März 2019 habe nämlich Herr F.\_\_\_\_\_ die Gesuchstellerin verlassen. Dieser sei als Geschäftsführer der Gesuchstellerin seit 2003 eine absolute zentrale Person für die Geschäfts-

tätigkeit der Gesuchstellerin gewesen. Wenn der Vertrag somit nicht bereits im Februar 2018 *ipso iure* geendet habe, so sei spätestens im März 2019 ein Grund für die *ipso-iure-Beendigung* eingetreten. Auch dieses Vorbringen hilft der Gesuchsgegnerin nicht weiter. Dagegen spricht – wie beim behaupteten *material change* im Februar 2018 – der Zeitablauf. Die Gesuchsgegnerin hat schlichtweg zu lange zugewartet, um sich auf die Veränderungen im März 2019 zu berufen. Der Hinweis auf eine Veränderung im März 2019 überzeugt sodann auch darum nicht, weil die Gesuchsgegnerin damit zwei sich widersprechende und sich ausschliessende Sachverhalte behauptet. Die Gesuchsgegnerin behauptet nämlich, der Alleinvertriebsvertrag habe im Februar 2018 *ipso iure* geendet. Nach diesem Zeitpunkt hätten andere Geschäftsbedingungen gegolten, mithin habe die Gesuchsgegnerin, da sie nunmehr vom Alleinvertriebsvertrag befreit gewesen sei, ihr Geschäftsverhalten geändert und der (angeblich) neuen Situation angepasst. Die Parteien hätten ihre Geschäfte ab Februar 2018 nach den neuen Bedingungen gemäss Preislisten abgewickelt (vgl. act. 11 Rz. 43). Damit bringt die Gesuchsgegnerin ein tatsächliches Verständnis und Verhalten der Parteien für die Situation ab Februar 2018 vor. Dann kann sie aber nicht die Veränderung ab März 2019 zur Begründung eines *material changes* nachschieben. Entweder betrachtete die Gesuchsgegnerin den Alleinvertriebsvertrag im Februar 2018 als *ipso iure* beendet und die Geschäftsbeziehung wurde gestützt auf neue Bedingungen abgewickelt oder nicht. Die Gesuchsgegnerin verwechselt die rechtliche Würdigung der Frage, ob eine eingetretene Änderung als *material change* gelten kann, mit der Frage nach ihrem tatsächlichen Verständnis und Verhalten. Erstere kann sowohl für 2018 als auch für 2019 gestellt werden – ein tatsächliches Verständnis konnte es in der vorliegenden Konstellation hingegen nur eines geben.

2.3.1.5. Schliesslich spricht auch die Auslegung des Alleinvertriebsvertrages gegen die Vorbringen der Gesuchsgegnerin. Der Einleitungssatz von Art. 8 des Alleinvertriebsvertrages spricht einerseits von einer Beendigung des Vertrages *ipso iure* und andererseits von einer Beendigung aufgrund einer Kündigungserklärung, ohne zwischen den Beendigungsgründen zu unterscheiden. Das ist bereits ein Widerspruch, schliessen sich doch die beiden Beendigungsarten gegenseitig aus und können sie für den gleichen Beendigungsgrund nicht gleichzeitig nebenei-

nander bestehen. Entweder beendet ein eingetretener Sachverhalt den Vertrag *ipso iure* oder er erlaubt einer Partei den Vertrag (ausserordentlich) zu kündigen, was eine entsprechende Kündigungserklärung voraussetzt. Der Gesuchstellerin ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, eine Beendigung *ipso iure* des Alleinvertriebsvertrages passe nicht zu Ziffer 6 von Art. 8 des Vertrages. Aber selbst wenn man beide Beendigungsarten zuliesse und zwar als gleichzeitig nebeneinander bestehende Alternativen, bliebe immer noch unklar, wann ein *material change* im Sinne des Vertrages vorliegen würde. Der Begriff wird im Vertrag nirgends definiert und ist auslegungsbedürftig. Auch das spricht dafür, dass die Parteien gemäss Vertrag gleichwohl verpflichtet sind, der Gegenseite anzuzeigen, dass sie von einem *material change* ausgehen und den Vertrag als *ipso iure* beendet betrachten. Das drängt sich nicht nur aus Gründen der Praktikabilität auf, sondern gebietet bereits die gegenseitige vertragliche Treuepflicht. Eine solche Erklärung gab die Gesuchsgegnerin nie ab.

2.3.1.6. Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin glaubhaft dargelegt, dass der Alleinvertriebsvertrag weiterhin bindend ist. Der Verfügungsanspruch der Gesuchstellerin ist zu bejahen.

### 2.3.2. Verfügungsgrund (Nachteilsprognose)

2.3.2.1. Zur Nachteilsprognose führt die Gesuchstellerin aus, sie habe Anspruch auf Realerfüllung. Wenn die Gefährdung eines in erster Linie auf Realerfüllung gerichteten Anspruchs drohe, sei der Verfügungsgrund stets gegeben, ohne dass zusätzlich ein weiterer Nachteil glaubhaft gemacht werden müsste. Falls die vorliegend beantragten Massnahmen nicht angeordnet würden, würde die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2022 nicht mehr mit den Vertragsprodukten beliefern. Das würde den Erfüllungsanspruch der Gesuchstellerin weitgehend vereiteln (vgl. act. 1 Rz. 69 ff.). Gleiches gelte nicht nur für den Anspruch auf Realerfüllung, sondern auch betreffend den Exklusivitätsanspruch (act. 1 Rz. 72). Ausserdem hätte die Nichtanordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen erhebliche negative Auswirkungen auf das Portfolio der Gesuchstellerin, wäre für diese existenzbedrohend und stellte eine Schädigung der Vertriebsstruktur der Gesuchstellerin dar. Ebenso würden Effizienzverluste immateri-

elle Nachteile verursacht und (vgl. act. 1 Rz. 74 ff.). Die Gesuchsgegnerin entgegnet, die Gesuchstellerin habe keinen Anspruch auf Realerfüllung gemäss dem Alleinvertriebsvertrag, der Gesuchstellerin würden keine erheblichen (neuen) negativen Portfolioeffekte drohen, die Gesuchstellerin wäre eindeutig nicht in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht, die Vertriebsstruktur der Gesuchstellerin würde nicht geschädigt, und der Gesuchstellerin drohe auch kein immaterieller Nachteil, insbesondere kein erheblicher Reputationsschaden (act. 11 Rz. 190).

2.3.2.2. Die Gesuchsgegnerin will ab 1. Januar 2022 auf eine andere ausschliesslichen Vertriebspartnerin als die Gesuchstellerin setzen und hat der Gesuchstellerin mitgeteilt, sie werde sie ab dem 1. Januar 2022 nicht mehr mit Produkten beliefern. Somit steht ausser Frage, dass der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2022 ein Lieferstopp droht. Es ist evident, dass die Gesuchstellerin als bisherige Alleinvertriebspartnerin auf die Lieferung der Vertragsprodukte angewiesen ist und sie erhebliche wirtschaftliche Nachteile erfahren würde, wenn sie auf die Produkte der Gesuchsgegnerin verzichten müsste. Die Gesuchstellerin darf auch nicht auf möglicherweise spätere Schadenersatzansprüche verwiesen werden, sondern hat Anspruch auf Realerfüllung des Alleinvertriebsvertrages. Entsprechend ist glaubhaft gemacht, dass der Verlust des Alleinvertriebsvertrages ab Januar 2022 für die Dauer des Hauptverfahrens für die Gesuchstellerin erhebliche Nachteile nach sich ziehen würde.

2.3.2.3. Es braucht überdies nicht weiter begründet zu werden, dass ein ordentliches Verfahren in der Hauptsache bis Ende 2021 nicht durchgeführt sein wird. Damit ist auch die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft dargelegt. Der Verfügungsgrund ist zu bejahen.

### 2.3.3. Verhältnismässigkeit

2.3.3.1. Laut der Gesuchstellerin ist die Anordnung der beantragten Massnahmen verhältnismässig, denn die Gesuchsgegnerin werde mit der Anordnung einzig dazu verpflichtet, ihre Pflichten gemäss dem *Exclusive Distribution Agreement* zu erfüllen. Das könne nicht unverhältnismässig sein, da lediglich verlangt werde, dass sich die Gesuchsgegnerin an die von ihr eingegangenen Verpflichtungen halte.

Angesichts der Nachteile, die der Gesuchstellerin im Falle der Nichtanordnung von Massnahmen drohen würden, stellte dies auch keinen übermässigen Eingriff in die Rechte der Gesuchsgegnerin dar. Der Gesuchsgegnerin würden aus den angeordneten Massnahmen sodann keine nicht wieder gut zu machenden Nachteile erwachsen. Der Vertrieb in Deutschland und Österreich in den Jahren 2022 bis 2024 werde durch die Gesuchstellerin gesichert. Danach könnte die Gesuchsgegnerin immer noch den Vertriebspartner wechseln (act. 1 Rz. 107 f.).

2.3.3.2. Würde die Gesuchsgegnerin ab Januar 2022 die Produktlieferungen an die Gesuchstellerin einstellen, drohten Letzterer erhebliche Nachteile. Würde hingegen der Alleinvertriebsvertrag weiterhin gelten, so würde die Gesuchsgegnerin an den gelieferten Produkten verdienen. Zwar schränkt die Fortführung des Vertragsverhältnisses die Gesuchsgegnerin in ihrer Vertragsfreiheit ein. Diese Einschränkung wiegt im Verhältnis zu den für die Gesuchstellerin auf dem Spiel stehenden Interessen deutlich weniger schwer. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die verlangten vorsorglichen Massnahmen seien auch darum unverhältnismässig, weil sie einer vorläufigen Vollstreckung des Hauptverfahrens gleichkämen. Nach Beendigung des Hauptverfahrens werde die verbleibende Vertragszeit ohnehin höchstwahrscheinlich bereits abgelaufen sein. Die Gesuchstellerin hätte mit den vorsorglichen Massnahmen somit bereits ihr Hauptanliegen erreicht. Dem ist der im Vertragsrecht geltende Grundsatz *pacta sunt servanda* entgegenzuhalten, wonach Verträge zu erfüllen sind und die ausserordentliche Beendigung die Ausnahme darstellt. Zumal vorliegend nichts die Gesuchsgegnerin davon abgehalten hätte, den Vertrag Ende 2020 auf Ende 2021 ordentlich zu kündigen. Stattdessen hat sie sich erstmals 2021 bei der Gesuchstellerin gemeldet und eine "Beendigung" auf Ende 2021 erklärt, was sie nachträglich einzig aus Rücksichtnahme gegenüber der Gesuchstellerin getan haben will. Ebenso wenig kann die Gesuchsgegnerin die Interessen der C.\_\_\_\_\_ GmbH, mit welcher sie ab 1. Januar 2022 einen Alleinvertriebsvertrag umsetzen möchte, vorbringen, um die Massnahmen als unverhältnismässig erscheinen zu lassen (vgl. act. 11 Rz. 172). Die Interessen einer Drittpartei daran, dass der Alleinvertriebsvertrag zwischen den Parteien als beendet erklärt werde, um an Stelle der Gesuchstellerin die Geschäft-

te mit der Gesuchsgegnerin zu übernehmen, sind im vorliegenden Verfahren nicht massgeblich.

2.3.3.3. Die Gesuchsgegnerin bringt sodann vor, die gestellten Anträge der Gesuchstellerin würden sich teilweise überschneiden und die verlangten Strafandrohungen seien damit unverhältnismässig. Es trifft zwar zu, dass sich die Begehren inhaltlich teilweise überschneiden. Die Massnahmen sind aber gleichwohl verhältnismässig. Daran ändert die mit den einzelnen Massnahmen verbundene Strafandrohung nichts, denn es obliegt ausschliesslich dem Strafrichter, die konkret auszusprechende Strafe festzusetzen. In einem allfälligen Strafverfahren kann einer Überschneidung der strafbewehrten Massnahmen Rechnung getragen und sichergestellt werden, dass für die gleiche Rechtsverletzung nicht mehrmals (kumulativ) eine Strafe ausgesprochen wird.

#### 2.4. Zusammenfassung

Die Gesuchstellerin hat glaubhaft dargelegt, dass der Alleinvertriebsvertrag zwischen den Parteien auch über den 31. Dezember 2021 gilt und weder im Februar 2018 noch im März 2019 *ipso iure* beendet wurde. Aus den dargelegten Gründen ist dem Massnahmebegehren der Gesuchstellerin zu entsprechen, wobei als Vollstreckungsmassnahme nur eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB angemessen erscheint.

#### 3. Prosequierung und weiteres Vorgehen

Der Gesuchstellerin ist Frist anzusetzen, um die Klage in der Hauptsache anhängig zu machen (Art. 263 ZPO).

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO dem Hauptsachengericht vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses in der Hauptsache dahinfallen sollte, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Partei-

entschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

4.2. Gemäss Verfügung vom 2. November 2021 ist der Streitwert auf CHF 500'000.00 festzusetzen (vgl. act. 6 Erw. 5.2). Die Gerichtsgebühr ist daher unter Berücksichtigung der Reduktion für das Summarverfahren (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG) auf CHF 11'000.00 festzusetzen und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Unter Berücksichtigung des Streitwertes und der summarischen Natur des Verfahrens erscheint es angemessen, die Prozessentschädigung auf CHF 15'600.00 anzusetzen (§§ 4 und 9 AnwGebV).

**Der Einzelrichter verfügt:**

1. Auf das Rechtsbegehren Nr. 7 der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, die Gesuchstellerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, mit den von der Gesuchsgegnerin verkauften Parfums und Düften der Marke B.\_\_\_\_\_, soweit und solange verfügbar, gemäss den Bedingungen des Exclusive Distribution Agreement vom 12. Februar 2004, der Zusatzvereinbarung vom 20. Februar 2007 sowie der Zusatzvereinbarung vom 14. Juli 2011 zu beliefern.
2. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, die Gesuchstellerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, insbesondere mit den in Rechtsbegehren Nr. 2 des Gesuchs vom 29. Oktober 2021 aufgelisteten Produkten (vorbehältlich allgemeiner Streichungen von Produkten aus dem Sortiment), in den bestellten Mengen,

soweit und solange verfügbar, zu den in Rechtsbegehren Nr. 2 aufgelisteten Preisen (vorbehältlich allgemeiner Preiserhöhungen) zu beliefern.

3. Der Gesuchsgegnerin wird mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, vorsorglich verboten, jemand anderen als die Gesuchstellerin als Vertriebshändlerin für die von Rechtsbegehren Nr. 1 und/oder von Rechtsbegehren Nr. 2 erfassten Produkte für die Gebiete Österreichs und/oder Deutschlands zu ernennen oder zu bezeichnen, unter Ausnahme der eigenen Geschäfte der Gesuchsgegnerin bzw. von deren Konzerngesellschaften ("B.\_\_\_\_\_ stores") sowie Tax-Free Geschäften für den Verkauf an Endkunden und "Airline Sales Companies" (Verkäufer von Produkten an Airlines) in Österreich und Deutschland.
4. Der Gesuchsgegnerin wird mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, vorsorglich verboten, die C.\_\_\_\_\_ GmbH und/oder allfällige mit dieser konzernmässig verbundene Unternehmen wie Tochtergesellschaften oder Schwestergesellschaften mit den von Rechtsbegehren Nr. 1 und/oder von Rechtsbegehren Nr. 2 erfassten Produkten für den Weiterverkauf in Österreich und/oder Deutschland zu beliefern.
5. Der Gesuchsgegnerin wird mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens aber bis zum 31. Dezember 2024, vorsorglich verboten, jemand anderen als die Gesuchstellerin in Deutschland und/oder Österreich mit den von Rechtsbegehren Nr. 1 oder von Rechtsbegehren Nr. 2 erfassten Produkten für den Weiterverkauf in Österreich und/oder Deutschland zu beliefern, mit Ausnahme der eigenen Geschäfte der Gesuchsgegnerin bzw. von deren Konzerngesellschaften ("B.\_\_\_\_\_ stores") sowie Tax-Free Geschäften und "Airline Sales Companies" (Verkäufer von Produkten an Airlines) in Österreich und Deutschland.
6. Der Gesuchsgegnerin wird mit sofortiger Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens vorsorglich verboten, sich gegenüber

Geschäftspartnern oder Dritten dahingehend zu äussern, dass die C. \_\_\_\_\_ GmbH oder eine andere Person, welche nicht die Gesuchstellerin ist, ihre Vertriebspartnerin für Deutschland und/oder Österreich in der Zeit vom 1. Januar 2022 bis zum 31. Dezember 2024 ist.

7. Im Falle der Zuwiderhandlung gegen die vorstehenden Anordnungen gemäss den Dispositivziffern 1 bis 6 können die Organe der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 292 StGB mit Busse bestraft werden. Art. 292 StGB lautet wie folgt: Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.
8. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 15. Februar 2022 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würden die Anordnungen gemäss Dispositiv-Ziffern 1 bis 6 ohne Weiteres dahinfallen.
9. Alle Fristen dieses Verfahrens laufen auch während der Gerichtsferien.
10. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 11'000.00. Sie wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziffer 8), so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung dem dortigen Verfahren vorbehalten.
11. Die Regelung der Parteientschädigung wird dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziffer 8), hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 15'600.00 zu bezahlen.
12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act. 11 und von act. 12/2–22.
13. 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 Be-

schwerde 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 500'000.00. Es liegt ein Entscheid gegen vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

Zürich, 13. Dezember 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Giulio Donati