

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220026-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie die Gerichtsschreiberin
Dr. Corina Bötschi

Urteil vom 21. April 2022

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

gegen

B. _____ Genossenschaft,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick

1.1. Am 18./29. Mai 2020 schlossen die A. _____ AG und die C. _____ AG sowie die D. _____ AG eine Vereinbarung betreffend die Herausgabe der D. _____ Mastercard®. Nachfolgend ist vom **"Co-Branding-Vertrag"** die Rede.

1.2. Seit dem Abschluss des "Co-Branding-Vertrages 2020" änderten die damaligen Vertragsparteien mehrmals. Einerseits übernahm die "ursprüngliche" A. _____ AG zwischenzeitlich die C. _____ AG durch Fusion, was zur Folge hatte, dass die C. _____ AG im Handelsregister gelöscht und der Vertrag alleine durch die "ursprüngliche" A. _____ AG fortgeführt wurde. Diese übertrug später den Vertrag auf die "neue" A. _____ AG (nachfolgend: Gesuchstellerin). Andererseits wurde die D. _____ AG per 30. November 2021 durch Fusion von der B. _____ Genossenschaft (nachfolgend Gesuchsgegnerin) übernommen, was zur Folge hatte, dass die D. _____ AG im Handelsregister gelöscht wurde und der "Co-Branding-Vertrag" auf die Gesuchsgegnerin überging. Damit kann festgehalten werden, dass die heutigen Prozessparteien (das heisst die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin) unbestritten die aktuellen Vertragspartner des "Co-Branding Vertrages" sind (act. 1 Rz. 53 [Gesuchstellerin], act. 10 Rz. 241 [Gesuchsgegnerin]).

1.3. Der "Co-Branding-Vertrag" hatte zum Ziel, das "D. _____ - Loyalitätsprogramm" zu betreiben und als wichtiger Teil davon die D. _____ Mastercard® für Kunden der D. _____ AG herauszugeben. Der Vertrag hat eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2026. Aktuell soll das D. _____ Mastercard®-Portfolio nach Darstellung der Gesuchstellerin rund 55'000 Kunden umfassen (act. 1 Rz. 14, 56). Die Gesuchsgegnerin geht von 22'000 D. _____ Mastercard®-Inhabern aus (act. 10 Rz. 2, Rz. 242).

1.4. Die Gesuchsgegnerin hatte vor Jahren mit dem "E. _____ Programm" ein eigenes Kundenbindungsprogramm eingeführt. Die Teilnehmer des "E. _____ Programms" verfügen über eine E. _____ Karte und haben darüber hinaus die Möglichkeit, eine E. _____ Kreditkarte zu beziehen. Die E. _____ Kreditkarte wird von

der F._____ AG herausgegeben. In diesem Zusammenhang schloss die Gesuchsgegnerin mit der F._____ AG am 28. Dezember 2017 eine Vereinbarung betreffend Abgabe der E._____ -Kredit- und Prepaidkarten durch F'._____ als Kunden von B._____ im Co-Branding Modell (act. 10 Rz. 23 ff. mit Hinweis auf act. 11/10). Diesbezüglich ist nachfolgend von der "**E._____ Vereinbarung**" die Rede.

1.5. Als Folge der unter Ziff. 1.2 beschriebenen Fusion mit der D._____ AG verfügt die Gesuchsgegnerin nunmehr über zwei parallel laufende Kundenbindungsprogramme, nämlich den "Co-Branding-Vertrag", in deren Rahmen die Gesuchstellerin die D._____ Mastercard® herausgibt, und das "E._____ Programm", in dessen Rahmen die F._____ AG die E._____ Kreditkarte anbietet.

1.6. Zwecks Beseitigung dieser unerwünschten Parallelitäten kündigte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 18. Februar 2022 den bis am 31. Dezember 2026 laufenden "Co-Branding-Vertrag" aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung (act. 3/32). Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass nach ihrer Fusion mit der D._____ AG die Situation entstanden sei, dass innerhalb des "B._____ Universums" zwei parallele Kundenbindungsprogramme (E._____ Programm [B._____] und D._____ Loyalitätsprogramm [D._____ AG]) und zwei parallele Zahlungslösungen (E._____ Kreditkarte mit dem Kartenherausgeber F._____ AG [B._____] und D._____ Mastercard® mit dem Kartenherausgeber A._____ AG [D._____ AG]) beständen, die wegen der vertraglich vereinbarten Exklusivitäten nicht miteinander vereinbar seien (act. 10 Rz. 61 ff., Rz. 238).

1.7. Mit dem vorliegenden Verfahren verlangt die Gesuchstellerin im Wesentlichen, die Gesuchsgegnerin sei vorsorglich und bis zur Erledigung des noch einzuleitenden Hauptverfahrens zur Erfüllung des "Co-Branding-Vertrages" zu verpflichten.

1.8. Die Gesuchsgegnerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die ausserordentliche Kündigung vom 18. Februar 2020 aufgrund der unter Ziffer 1.6 beschriebenen Situation rechtens sei und dass das Gesuch abzuweisen sei.

2. Prozessgeschichte

2.1. Am 2. März 2022 überbrachte die Gesuchstellerin das Massnahmegesuch und stellte folgende Anträge (act. 1 S. 2 ff.):

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich mit sofortiger Wirkung und bis zum Entscheid im noch einzuleitenden Hauptverfahren zu befehlen, den zwischen den Parteien geschlossenen Co-branding-Vertrag, unterzeichnet am 18. bzw. 29. Mai 2020, weiterhin zu erfüllen. Insbesondere sei der Gesuchsgegnerin zu befehlen,
- (i) das D._____ Loyalitätsprogramm weiterzuführen, d.h. u.a. den teilnehmenden Personen den Treuerabatt von 2% zu gewähren und die Einlösung des gesammelten Treuerabatts zu ermöglichen;
 - (ii) Inhaber der D._____ Mastercard® sowie Loyalitätsprogramm-Teilnehmer bezüglich Fragen zum D._____ Loyalitätsprogramm zu betreuen;
 - (iii) als Vertriebspartnerin Antragsteller der D._____ Mastercard® an die Gesuchstellerin zu vermitteln;
 - (iv) sicherzustellen, dass die Antragsteller ihren Kartenantrag direkt beim Kundendienst der Gesuchsgegnerin und bei allen physischen Kartenakzeptanzstellen der Gesuchsgegnerin ausfüllen bzw. beantragen können, sowie Antragformulare entgegenzunehmen, und diese umgehend an die Gesuchstellerin weiterzuleiten;
 - (v) der Einsatz der D._____ Mastercard® in den Verkaufsstellen als Zahlungsmittel zu fördern, d.h. den Innen- und Aussenumsatz der Karteninhaber nachhaltig zu fördern;
 - (vi) die Möglichkeit zur Antragstellung sowie zum Einsatz der D._____ Mastercard® in den physischen und elektronischen Verkaufsstellen von D._____ (Läden, POS, Websites, Onlineshops etc.) prominent und dauerhaft zu bewerben (bspw. durch Auflegen der Antragsgarnitur, geeignete Steller sowie Hinweise [z.B. Kleber, Sticker, etc.], aktive Beratung durch Verkaufspersonal/Kundendienstmitarbeiter, Pop-ups, Landing Pages, Push Notifications, Hinweise im Checkoutprozess, Einbindung nationaler und internationaler Wallets im Checkoutprozess in Verbindung mit der D._____ Mastercard®, etc.);
 - (vii) die Antragsgarnitur der D._____ Mastercard® (beinhaltet auch das Kartenantragsformular der Gesuchstellerin, exkl. AGB) sowie sämtliche Werbemittel für die D._____ Mastercard® (z.B. Plakate, Inserate) in Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin zu produzieren sowie die hälftigen Kosten zu tragen;
 - (viii) die Antragsgarnitur und sämtliche Werbemittel der Gesuchstellerin zur Abnahme vorzulegen sowie diese der Gesuchstellerin unentgeltlich für deren eigene physischen/elektronischen Vertriebskanäle in ausreichendem Umfang zur Verfügung zu stellen;
 - (ix) die D._____ Mastercard® in die On- und Offlinekommunikation der Gesuchsgegnerin zu integrieren;
 - (x) die detaillierte Marketing-Zusammenarbeit partnerschaftlich mit der Gesuchstellerin auszuarbeiten (jährlicher Marketingplan, dessen Ausarbeitung jeweils im Juni beginnt und der im September für das darauffolgende Jahr zu verabschieden ist, mit Zielsetzung insbes. für den Kartenab-

satz im Neukundengeschäft und den Innenumsatz pro Karte ["Marketing- und Absatzziele"], Kampagnen, Budget); und

- (xi) der Gesuchstellerin Exklusivität zu gewähren, d.h. ohne Einverständnis der Gesuchstellerin keine
 - (aa) weiteren regionalen, nationalen oder internationalen Zahlkarten und/oder bargeldlosen Zahlungslösungen/Zahlungsmittel (insgesamt "Zahlungslösungen") selbst und/oder mit anderen Issuern oder Finanzdienstleistern herauszugeben oder den Karteninhabern einer D._____ Mastercard® anzubieten;
 - (bb) anderen Co-Branding Partnerschaften für Zahlungslösungen einzugehen;
 - (cc) Kundenkarten selbst und/oder mit anderen Issuern, Finanzdienstleistern oder Partnern herauszugeben und/oder sich an solchen Kundenkartensystemen zu beteiligen, wovon die bestehenden Geschenkkarten ausgenommen sind; und
 - (dd) weiteren warenbezogenen Finanzierungs- und/oder Kreditprodukte mit Dritten einzugehen oder selbst anzubieten, wovon die "Kauf auf Rechnung"-Lösung ausgenommen ist.
- 2. Der Gesuchsgegnerin sei vorsorglich mit sofortiger Wirkung und bis zum Entscheid im noch einzuleitenden Hauptverfahren zu befehlen, den Einsatz der D._____ Mastercard® in sämtlichen G._____ Filialen, die zu D._____ Filialen umgewandelt wurden oder werden, zu ermöglichen, in diesen Filialen das D._____ Loyalitätsprogramm zu betreiben sowie in diesen Filialen sämtlichen weiteren Pflichten aus dem Co-Branding-Vertrag gemäss nicht abschliessender Aufzählung in Ziff. 1 vorstehend nachzukommen.
- 3. Der Gesuchsgegnerin sei zu befehlen, innerhalb von zwei Wochen ab Erlass der vorsorglichen Massnahmen die detaillierte Marketing-Zusammenarbeit (gemäss vorstehend Ziff. 1 lit. x) für das Jahr 2022 partnerschaftlich mit der Gesuchstellerin auszuarbeiten.
- 4. Der Gesuchsgegnerin sei vorsorglich mit sofortiger Wirkung bis zum Entscheid im noch einzuleitenden Hauptverfahren zu verbieten, intern (z.B. an Mitarbeiter) oder extern (z.B. an Kunden) die Kündigung des Co-Branding-Vertrags 2020 oder die Einstellung oder Ablösung des D._____ Loyalitätsprogramms zu kommunizieren.
- 5. Für den Fall der Widerhandlung gegen die Verpflichtungen gemäss Ziff. 1 bis 3 sowie das Verbot gemäss Ziff. 4 hiervor sei den verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin die Bestrafung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.
- 6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

2.2. Mit Verfügung vom 2. März 2022 setzte das Einzelgericht der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses (Dispositiv-Ziffer 2) und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Massnahmegesuch an (Dispositiv-Ziffer 3) (act. 4).

2.3. Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 6).

2.4. Mit Stellungnahme vom 25. März 2022 stellte die Gesuchsgegnerin die folgenden Anträge (act. 10 S. 2):

- "1. Das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchstellerin."

2.5. Da das Gesuch - wie zu zeigen sein wird - gutzuheissen ist, kann der obsiegenden Gesuchstellerin die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin mit dem vorliegenden Urteil zugestellt werden.

2.6. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Prozessuale Vorbemerkungen

3.1. Über vorsorgliche Massnahmen wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 248 lit. d ZPO). Die Parteien führen das Verfahren trotz der überschaubaren Materie ungewöhnlich aufwändig. Insbesondere die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin mit 77 eng bedruckten Seiten sprengt den Rahmen des summarischen Verfahrens und entspricht eher einer Eingabe in einem ordentlichen Verfahren. Das Einzelgericht fühlt sich an die Regeln des summarischen Verfahrens gebunden und wird das Urteil entsprechend knapp begründen, selbstverständlich im Bemühen, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Begründungspflicht) auf die wesentlichen Vorbringen kurz einzugehen (BGE 133 III 439 E. 3.3. S. 445 mit Hinweisen).

3.2. Örtlich zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder die Massnahme vollstreckt werden soll (Art. 13 ZPO). Der "Co-Branding-Vertrag" enthält in Ziffer 13 eine Gerichtsstandsklausel, wonach für Streitigkeiten aus diesem Vertrag die ordentlichen Gerichte des Kantons Zürich vorgesehen sind (act. 3/1 Rz. 184). Die Zuständigkeit der Zürcher Gerichte ist zu bejahen. Dies ist unbestritten (act. 1 Rz. 3 ff. [Gesuchstellerin], act. 10 Rz. 237 [Gesuchsgegnerin]).

3.3. Auch die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts für die Anordnung vorprozessualer vorsorglicher Massnahmen ist zu bejahen (Art. 6

Abs. 2 und 5 ZPO in Verbindung mit § 45 lit. b GOG). Auch dies ist unbestritten (act. 1 Rz. 7 ff. [Gesuchstellerin], act. 10 Rz. 237 [Gesuchsgegnerin]).

3.4. Anlass zu weiteren formellen Bemerkungen besteht nicht.

4. Materielles

4.1. Voraussetzungen für vorsorgliche 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. 4.2). Weiter muss als Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht eine Nachteilsprognose (nachfolgend E. 4.3). Sodann muss das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden. In diesem Zusammenhang ist eine Abwägung der involvierten Parteiinteressen vorzunehmen (nachfolgend E. 4.4). 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. 4.5). Vorsorgliche Massnahmen sind häufig Sicherungs- oder Regelungsmassnahmen. Wenn wie im vorliegenden Fall (mehrheitlich) Leistungsmassnahmen (die Vertragserfüllung) 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).

4.2. Hauptsachenprognose bzw. Verfügungsanspruch

a. Die Gesuchstellerin hält die von der Gesuchsgegnerin ausgesprochene Kündigung des "Co-Branding-Vertrages" für nichtig, weil der Vertrag für eine feste Vertragsdauer bis am 31. Dezember 2026 abgeschlossen worden sei. Sie habe daher Anspruch darauf, dass der Vertrag vorerst bis zum Entscheid im noch einzuleitenden Hauptverfahren unverändert erfüllt werde (act. 1 Rz. 95 ff.).

b. Die Gesuchsgegnerin geht demgegenüber davon aus, dass wichtige Gründe für eine vorzeitige Auflösung des "Co-Branding-Vertrages" zu bejahen seien. Die Gesuchstellerin habe daher keinen Anspruch auf weitere (Real-)Erfüllung des Vertrages, weshalb der geltend gemachte Verfügungsgrund nicht bestehe und die Hauptsachenprognose negativ ausfalle (act. 10 Rz. 133 ff.).

c. Gerichtliche Beurteilung:

aa. Der "Co-Branding-Vertrag" ist für eine erste Vertragsperiode bis 31. Dezember 2026 abgeschlossen (act. 3/1 Ziff. 10.1. Rz. 160). Im Anschluss daran besteht für die D._____ AG - bzw. deren Rechtsnachfolgerin (der Gesuchsgegnerin) - eine Option auf eine Verlängerung um weitere fünf Jahre bis zum 31. Dezember 2031 (act. 3/1 Ziff. 10.2 Rz. 161). Es liegt somit ein Dauerschuldverhältnis mit einer Mindestdauer bis am 31. Dezember 2026 vor.

bb. Obwohl Dauerschuldverhältnisse für die vereinbarte (Mindest-)Dauer gelten, können sie unter bestimmten Voraussetzungen vorzeitig aufgelöst werden. Der "Co-Branding-Vertrag" enthält eine spezielle Bestimmung für eine ausserordentliche Vertragsbeendigung (act. 3/1 Ziff. 10.3 Rz. 164). Die Gesuchsgegnerin erwähnt zwar die speziellen Kündigungsgründe gemäss Ziff. 10.3. lit. c und lit. d (act. 10 Rz. 54 ff. und Rz. 142 ff.), stützt sich aber für die Begründung ihrer ausserordentlichen Kündigung grundsätzlich nicht auf diese Bestimmungen, sondern auf die in der Rechtsprechung allgemein anerkannte (und auch im Auffangtatbestand von Ziff. 10.3 lit. h erwähnte) Möglichkeit der Kündigung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigen Gründen. Soweit die Gesuchsgegnerin Ziff. 10.3. lit. c und lit. d für anwendbar halten sollte (vgl. act. 10 Rz. 142 ff.), ist ihr entgegenzu-

halten, dass sich die kündigende Partei (hier B. _____ Genossenschaft) nur auf eine von der Gegenpartei (hier der A. _____ AG) geschaffene Konkurrenzsituation berufen könnte, während im vorliegenden Fall nicht die Gesuchstellerin (A. _____ AG), sondern die kündigende Gesuchsgegnerin (B. _____ Genossenschaft) die Konkurrenzsituation verursacht hat und sich daher nicht auf die von ihr selbst zu verantwortenden Umstände berufen kann.

cc. Nach der Rechtsprechung kann eine Partei ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund vorzeitig kündigen, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für sie unzumutbar erscheint. Ein wichtiger Grund zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses liegt vor, wenn die Bindung an den Vertrag für eine Partei wegen **veränderter Umstände** unzumutbar geworden ist. Bei besonders **schwerwiegenden Vertragsverletzungen** ist ein wichtiger Grund regelmässig zu bejahen. Auch **weniger gravierende Vertragsverletzungen** können die Vertragsfortsetzung für die Gegenpartei unzumutbar machen, wenn sie trotz Verwarnung oder Abmahnung immer wieder vorgekommen sind, so dass nicht zu erwarten ist, dass weitere Verwarnungen den Vertragspartner vor neuen Vertragsverletzungen abhalten würden (BGE 138 III 304 E. 7 S. 319 mit Hinweisen). Ob im einzelnen Fall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB). Das Bundesgericht prüft Ermessensentscheide an sich frei, aber trotzdem mit einer gewissen Zurückhaltung (BGE 128 III 428 E. 4 S. 432).

dd. Wie erwähnt (vgl. E. 1.6) geht die Gesuchsgegnerin vom Vorliegen von wichtigen Gründen für eine vorzeitige Auflösung des "Co-Branding-Vertrages" aus, weil die Fusion mit der D. _____ AG dazu geführt habe, dass innerhalb des "B. _____ Universums" zwei parallele Kundenbindungsprogramme (E. _____ Programm [B. _____] und D. _____ Loyalitätsprogramm [D. _____ AG]) und zwei parallele Zahlungslösungen (E. _____ Kreditkarte mit dem Kartenherausgeber F. _____ AG [B. _____] und D. _____ Mastercard® mit dem Kartenherausgeber A. _____ AG [D. _____ AG]) entstanden seien, die wegen den vertraglich vereinbarten Exklusivitäten nicht miteinander vereinbar seien (act. 10 Rz. 61 f., Rz. 152 ff.). Dieses Dilemma versucht die Gesuchsgegnerin unter Berufung auf ein Kündi-

gungsrecht aus wichtigem Grund des "Co-Branding Vertrags" zu lösen. Dies kann aus verschiedenen Gründen nicht erfolgreich sein:

- Erstens hat die Gesuchstellerin die oben beschriebenen Schwierigkeiten selbst zu vertreten, weil diese auf die zwischen ihr (B. _____ Genossenschaft) und der D. _____ AG vollzogenen Fusion zurückzuführen sind. Demgegenüber hat sich die Gesuchstellerin vertragskonform verhalten, so dass ihr keine - und erst recht keine besonders schwere - Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann. Interessanterweise sieht nicht nur der "Co-Branding-Vertrag" (Ziff. 10.3. lit. h), sondern auch der "E. _____ Vertrag" (Ziff. 12.3.) explizit die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund vor, und zwar mit folgendem Wortlaut (act. 11/10 S. 9 [Hervorhebung des Gerichtes]):

12.3. Aus wichtigen Gründen kann die vorliegende Vereinbarung jederzeit von derjenigen Partei, **welche den wichtigen Grund nicht zu vertreten hat**, aufgelöst werden.

Wenn unter der Geltung des "E. _____ Vertrages" nur diejenige Partei aus wichtigem Grund künden kann, welche den wichtigen Grund nicht zu verantworten hat, muss das Gleiche selbstverständlich auch unter der Geltung des hier massgebenden "Co-Branding-Vertrages" massgebend sein. Schon aus diesem Grund scheitert die Gesuchsgegnerin, glaubhaft zu machen, sie sei zu einer vorzeitigen Kündigung des "Co-Branding-Vertrages" aus wichtigen Gründen berechtigt.

- Zweitens ist aufgrund der Vorbringen der Gesuchsgegnerin nur behauptet, aber nicht glaubhaft gemacht, dass eine Anpassung (ggf. mit Änderungskündigung) des "E. _____ Vertrages" nicht möglich sei (act. 10 Rz. 35). Jedenfalls wurde Ziffer 12 des "E. _____ Vertrages", in welchem die Kündigungsmöglichkeiten definiert sind, grossflächig geschwärzt (act. 11/10 S. 9), weshalb nicht ohne weiteres auf die unbelegten Behauptungen der Gesuchsgegnerin abgestellt werden kann.
- Und drittens ist zu berücksichtigen, dass die Exklusivität im Rahmen des "E. _____ Vertrages" ohnehin nur noch für wenige Monate gelten würde. Ziffer 13.3. des "E. _____ Vertrages" lautet nämlich wie folgt:

13.3. Die Exklusivitäten gemäss Ziff. 13.1 und 13.2 sind auf 5 Jahre ab Inkrafttreten dieses Vertrags beschränkt. Nach Ablauf dieser 5 Jahre sind die Exklusivitäten zwischen den Parteien neu zu verhandeln.

Da der "E. _____ Vertrag" am 28. Dezember 2017 unterschrieben wurde und mit Unterzeichnung durch die Vertragsparteien in Kraft trat (Ziff. 12.1.), gilt die Exklusivität nur bis am 28. Dezember 2022 (und nicht wie die Gesuchsgegnerin behauptet bis am 28. Dezember 2023 [act. 10 Rz. 35 und Rz. 86]), so dass sich das Problem der sich widersprechenden Exklusivitäten nur für wenige Monate bis Ende 2022 stellt und für die Zeit danach neue Verhandlungen möglich sind. Wenn aber der "E. _____ Vertrag" spätestens am 28. Dezember 2022 an die durch die Fusion angeblich entstandenen veränderten Umstände angepasst werden kann, ist kein wichtiger Grund für eine vorzeitige Kündigung des bis am 31. Dezember 2026 geltenden "Co-Branding-Vertrages" glaubhaft gemacht.

ee. Schliesslich ist auch die Meinung der Gesuchsgegnerin nicht überzeugend, dass die in Rechtsbegehren Ziffer 2 beantragten vorsorglichen Massnahmen (Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages in sämtlichen G. _____-Filialen, die zu D. _____-Filialen umgewandelt würden) weiter gingen als der materielle Anspruch (act. 10 Rz. 126 ff.). Nach der Darstellung der Gesuchsgegnerin umfasste das Filialnetz der D. _____ AG vor der Fusion 40 Verkaufsstellen. Da sie - die Gesuchsgegnerin - plane, ihre schweizweit 84 B. _____ G. _____-Filialen fortan unter der Marke "D. _____" zu betreiben, umfasse das Filialnetz neu 124 D. _____-Verkaufsstellen und damit deutlich mehr als im ursprünglichen "Co-Branding-Vertrag" vorgesehen (act. 10 Rz. 39 ff.). Auch dazu ist zu bemerken, dass der Plan, die bisherigen "B. _____ G. _____"-Verkaufsstellen nach der Fusion unter der Marke "D. _____" weiterzuführen, auf einer eigenen Entscheidung der Gesuchsgegnerin beruht. Wie bereits mehrfach dargelegt, hat die Gesuchsgegnerin die dadurch entstandene Situation selbst zu vertreten und kann sich diesbezüglich nicht auf wichtige Gründe für eine vorzeitige Kündigung berufen.

ff. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es der Gesuchsgegnerin nicht gelingt, wichtige Gründe für eine vorzeitige Kündigung des "Co-Branding-Vertrages" glaubhaft zu machen. Als Konsequenz ergibt sich, dass der "Co-

Branding-Vertrag" unverändert zu erfüllen ist. Die Gesuchstellerin hat den Verfügungsanspruch bzw. eine Hauptsachenprognose, die positiv ausfällt, glaubhaft gemacht.

4.2. Nachteilsprognose oder Verfügungsgrund

a. Die Gesuchstellerin befürchtet, dass die ausserordentliche Kündigung verschiedene nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile zur Folge haben könnte (act. 1 Rz. 129 ff.).

b. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die Gesuchstellerin die von ihr behaupteten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteile glaubhaft gemacht habe (act. 10 Rz. 211 ff.).

c. Gerichtliche Beurteilung:

aa. Die vorzeitige Auflösung des "Co-Branding-Vertrages 2020" würde dazu führen, dass die kürzlich herausgegebenen Kreditkarten D.____-Mastercard® schon nach kurzer Zeit ihre Gültigkeit verlieren würden. Dass dies für den Ruf der Gesuchstellerin als Kreditkartenherausgeberin schädlich ist, liegt auf der Hand. Auch der wirtschaftliche Schaden ist offenkundig. Die von der Gesuchstellerin behaupteten Nachteile sind nicht "leere Behauptungen", wie die Gesuchsgegnerin behauptet (act. 10 Rz. 213), sondern ohne weiteres glaubhaft gemacht.

bb. Insbesondere ist auch die Meinung der Gesuchsgegnerin verfehlt, die von der Gesuchstellerin befürchteten Nachteile seien rein finanzieller Natur und damit keine leicht wiedergutzumachenden Nachteile im Sinn von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO, weil es ihr (der Gesuchstellerin) zumutbar sei, einen allfälligen Schaden später einzuklagen (act. 10 Rz. 214). Richtig ist vielmehr, dass die Gesuchstellerin einen Erfüllungsanspruch in Bezug auf den "Co-Branding-Vertrag" hat und sich nicht auf den viel schwieriger nachweisbaren Schadenersatzanspruch gegen die vertragsbrüchige Gesuchsgegnerin verweisen lassen muss. Hinzu kommt, dass der Nachteil wie oben erwähnt nicht nur rein finanzieller Natur ist, sondern auch die Reputation der Gesuchstellerin als zuverlässige Herausgeberin von Kreditkarten auf dem Spiel steht.

cc. Damit ist das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Nachteilsprognose bzw. Verfügungsgrund) glaubhaft gemacht.

4.3. Verhältnismässigkeit

a. Die Gesuchstellerin macht geltend, die beantragten vorsorglichen Massnahmen seien bei einer Abwägung der gegenseitigen Interessen verhältnismässig. Während ihr empfindliche Nachteile drohen würden, wenn die vorsorglichen Massnahmen nicht ergehen würden, werde von der Gesuchsgegnerin nur die vertragskonforme Erfüllung des "Co-Branding-Vertrages" verlangt (act. 1 Rz. 143 ff.).

b. Die Gesuchsgegnerin hält die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf ihr eigenes E._____ Loyalitätsprogramm für unverhältnismässig (act. 10 Rz. 220 ff.).

c. Gerichtliche Beurteilung:

Die von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Massnahmen bezwecken die vertragskonforme Erfüllung des "Co-Branding-Vertrages". Dies ist im Rahmen einer Interessenabwägung höher zu gewichten als das Interesse der Gesuchstellerin, dass ihr vertragswidriges Verhalten Schutz findet. Die Gesuchstellerin hat die Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahmen glaubhaft gemacht.

4.4. Dringlichkeit

a. Die Gesuchstellerin hält die beantragten vorsorglichen Massnahmen für dringlich, weil die Marketingaktivitäten eingestellt worden seien und per Ende April 2022 eine Mitteilung an die Kunden betreffend Beendigung des D._____ Loyalitätsprogramms drohe (act. 1 Rz. 139 ff.).

b. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Dringlichkeit und führt im Wesentlichen aus, dass die Gesuchstellerin selbst ausgeführt habe, dass sie (die Gesuchsgegnerin) ihren Pflichten unter dem "Co-Branding-Vertrag" seit Sommer 2021 nicht mehr nachkomme und die beantragten Massnahmen ohnehin unzulässig und unverhältnismässig seien (act. 10 Rz. 256).

c. Gerichtliche Beurteilung:

Auslöser des vorliegenden Massnahmegesuchs ist, dass die Gesuchsgegnerin im Februar 2022 den "Co-Branding-Vertrag" aus wichtigem Grund kündigte (act. 3/28 und act. 3/32), die unter diesem Vertrag geschuldeten Marketing-Aktivitäten per sofort einstellte (act. 3/32) und schliesslich in Aussicht stellte, dass dies den Kunden per 30. April 2022 gemeinsam kommuniziert werde (act. 3/32). Aufgrund dieser zeitlichen Verhältnisse steht die Dringlichkeit ausser Frage. Im Übrigen ist bereits ausgeführt worden, dass die Massnahme nicht unverhältnismässig ist (vgl. oben E. 4.3.), und wird noch dargelegt werden, dass die Massnahme auch nicht unzulässig ist (vgl. nachfolgend E. 4.5).

4.5. Weitere Vorbringen der Gesuchsgegnerin

a. Soweit die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin vorwirft, sie verfolge mit den beantragten vorsorglichen Massnahmen einen unlauteren Zweck im Sinn von Art. 2 UWG (act. 1 Rz. 12, Rz. 106 ff.), ist ihr entgegen zu halten, dass die Gesuchstellerin nur auf der vertragskonformen Erfüllung des "Co-Branding-Vertrages 2020" beharrt, was nicht unlauter ist.

b. Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, dass das Massnahmegesuch der Gesuchstellerin missbräuchlich sei (act. 1 Rz. 231 ff.), ist ihr entgegen zu halten, dass ein Antrag auf vertragskonforme Erfüllung der "Co-Branding-Vertrages" kaum missbräuchlich sein kann.

c. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die Erfüllung des "Co-Branding-Vertrages" sei nachträglich unmöglich geworden (act. 10 Rz. 12, Rz. 184 ff.) ist ihr entgegen zu halten, dass der (subjektive) Unwille, einen Vertrag zu erfüllen, nicht mit der (objektiven) Unmöglichkeit der Vertragserfüllung gleichgesetzt werden kann.

d. Soweit die Gesuchsgegnerin eine Kündigungsmöglichkeit nach Art. 404 OR sieht (act. 10 Rz. 166 ff., Rz. 179), ist ihr entgegenzuhalten, dass der "Co-Branding-Vertrag" kein Auftrag ist.

e. Schliesslich ist auch der Hinweis der Gesuchstellerin nicht überzeugend, der Anspruch auf Vertragserfüllung durch die Gesuchstellerin verletze den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 2 ZGB (act. 10 Rz. 12, Rz. 198 ff.), weil es grundsätzlich nicht treuwidrig ist, die vertragskonforme Erfüllung eines Vertrages zu verlangen.

4.6. Zusammenfassung und weiteres Vorgehen (Prosequierung)

a. Die Gesuchstellerin hat das Vorliegen der Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen glaubhaft gemacht, und zwar auch die erhöhten Anforderungen, die an die Anordnung von Leistungsmassnahmen zu stellen sind (vgl. E. 4.1. a.E.). Dem Massnahmegesuch ist zu entsprechen.

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

5. Vollstreckungsmassnahmen

Gemäss Art. 236 Abs. 3 kann das Gericht auf Antrag der obsiegenden Partei Vollstreckungsmassnahmen anordnen. Die Gesuchstellerin hat für sämtliche Rechtsbegehren einen entsprechenden Antrag (Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB) gestellt (vgl. act. 1 S. 4). Welche Vollstreckungsmassnahmen im Einzelfall angewendet werden, entscheidet das Gericht von Amtes wegen; es ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden (KOFMEL/EHRENZELLER, in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2014, Art. 343 N. 4 m.w.H.). Vorliegend erscheint die Androhung der Ordnungsbusse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO von CHF 500.– für jeden Tag der Nichterfüllung an die Gesuchsgegnerin als angemessene Vollstreckungsmassnahme.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1 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 Haupt-

sache dahinfallen sollte, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

6.2 Gemäss Verfügung vom 2. März 2022 ist der Streitwert auf CHF 2 Mio. festzusetzen (vgl. act. 4 E. 2). Die Gerichtsgebühr ist daher unter Berücksichtigung der Reduktion für das Summarverfahren (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG) auf CHF 20'000.00 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 ebenfalls auf CHF 20'000.00 anzusetzen (§§ 4 und 9 AnwGebV).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Gesuchsgegnerin wird vorsorglich mit sofortiger Wirkung und bis zum Entscheid im noch einzuleitenden Hauptverfahren befohlen, den zwischen den Parteien geschlossenen Co-Branding-Vertrag, unterzeichnet am 18. bzw. 29. Mai 2020, weiterhin zu erfüllen. Insbesondere wird der Gesuchsgegnerin befohlen,
 - (i) das D._____ Loyalitätsprogramm weiterzuführen, d.h. u.a. den teilnehmenden Personen den Treuerabatt von 2% zu gewähren und die Einlösung des gesammelten Treuerabatts zu ermöglichen;
 - (ii) Inhaber der D._____ Mastercard® sowie Loyalitätsprogramm-Teilnehmer bezüglich Fragen zum D._____ Loyalitätsprogramm zu betreuen;
 - (iii) als Vertriebspartnerin Antragsteller der D._____ Mastercard® an die Gesuchstellerin zu vermitteln;
 - (iv) sicherzustellen, dass die Antragsteller ihren Kartenantrag direkt beim Kundendienst der Gesuchsgegnerin und bei allen physischen Kartenakzeptanzstellen der Gesuchsgegnerin ausfüllen bzw. beantragen

können, sowie Antragformulare entgegenzunehmen, und diese umgehend an die Gesuchstellerin weiterzuleiten;

- (v) der Einsatz der D._____ Mastercard® in den Verkaufsstellen als Zahlungsmittel zu fördern, d.h. den Innen- und Aussenumsatz der Karteninhaber nachhaltig zu fördern;
- (vi) die Möglichkeit zur Antragstellung sowie zum Einsatz der D._____ Mastercard® in den physischen und elektronischen Verkaufsstellen von D._____ (Läden, POS, Websites, Onlineshops etc.) prominent und dauerhaft zu bewerben (bspw. durch Auflegen der Antragsgarnitur, geeignete Steller sowie Hinweise [z.B. Kleber, Sticker, etc.], aktive Beratung durch Verkaufspersonal/Kundendienstmitarbeiter, Pop-ups, Landing Pages, Push Notifications, Hinweise im Checkoutprozess, Einbindung nationaler und internationaler Wallets im Checkoutprozess in Verbindung mit der D._____ Mastercard®, etc.);
- (vii) die Antragsgarnitur der D._____ Mastercard® (beinhaltet auch das Kartenantragsformular der Gesuchstellerin, exkl. AGB) sowie sämtliche Werbemittel für die D._____ Mastercard® (z.B. Plakate, Inserate) in Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin zu produzieren sowie die hälftigen Kosten zu tragen;
- (viii) die Antragsgarnitur und sämtliche Werbemittel der Gesuchstellerin zur Abnahme vorzulegen sowie diese der Gesuchstellerin unentgeltlich für deren eigene physischen/elektronischen Vertriebskanäle in ausreichendem Umfang zur Verfügung zu stellen;
- (ix) die D._____ Mastercard® in die On- und Offlinekommunikation der Gesuchsgegnerin zu integrieren;
- (x) die detaillierte Marketing-Zusammenarbeit partnerschaftlich mit der Gesuchstellerin auszuarbeiten (jährlicher Marketingplan, dessen Ausarbeitung jeweils im Juni beginnt und der im September für das darauffolgende Jahr zu verabschieden ist, mit Zielsetzung insbes. für den

Kartenabsatz im neukundengeschäft und den Innenumsatz pro Karte ["Marketing- und Absatzziele"], Kampagnen, Budget); und

- (xi) der Gesuchstellerin Exklusivität zu gewähren, d.h. ohne Einverständnis der Gesuchstellerin keine
 - (aa) weiteren regionalen, nationalen oder internationalen Zahlkarten und/oder bargeldlosen Zahlungslösungen/Zahlungsmittel (insgesamt "Zahlungslösungen") selbst und/oder mit anderen Issuern oder Finanzdienstleistern herauszugeben oder den Karteninhabern einer D. _____ Mastercard® anzubieten;
 - (bb) anderen Co-Branding Partnerschaften für Zahlungslösungen einzugehen;
 - (cc) Kundenkarten selbst und/oder mit anderen Issuern, Finanzdienstleistern oder Partnern herauszugeben und/oder sich an solchen Kundenkartensystemen zu beteiligen, wovon die bestehenden Geschenkkarten ausgenommen sind; und
 - (dd) weiteren warenbezogenen Finanzierungs- und/oder Kreditprodukte mit Dritten einzugehen oder selbst anzubieten, wovon die "Kauf auf Rechnung"-Lösung ausgenommen ist.
- 2. Der Gesuchsgegnerin wird vorsorglich mit sofortiger Wirkung und bis zum Entscheid im noch einzuleitenden Hauptverfahren befohlen, den Einsatz der D. _____ Mastercard® in sämtlichen G. _____ Filialen, die zu D. _____ Filialen umgewandelt wurden oder werden, zu ermöglichen, in diesen Filialen das D. _____ Loyalitätsprogramm zu betreiben sowie in diesen Filialen sämtlichen weiteren Pflichten aus dem Co-Branding-Vertrag gemäss nicht abschliessender Aufzählung in Ziff. 1 vorstehend nachzukommen.
- 3. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, innerhalb von zwei Wochen ab Erlass der vorsorglichen Massnahmen die detaillierte Marketing-Zusammenarbeit

(gemäss vorstehend Ziff. 1 lit. x) für das Jahr 2022 partnerschaftlich mit der Gesuchstellerin auszuarbeiten.

4. Der Gesuchsgegnerin wird vorsorglich mit sofortiger Wirkung bis zum Entscheid im noch einzuleitenden Hauptverfahren verboten, intern (z.B. an Mitarbeiter) oder extern (z.B. an Kunden) die Kündigung des Co-Branding-Vertrags oder die Einstellung oder Ablösung des D._____ Loyalitätsprogramms zu kommunizieren.
5. Für den Fall der Widerhandlung gegen die Verpflichtungen gemäss Ziff. 1 bis 3 sowie das Verbot gemäss Ziff. 4 hiervor wird der Gesuchsgegnerin angedroht, für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse von CHF 500.– zu bezahlen.
6. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 27. Juni 2022 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würden die Anordnungen gemäss Dispositiv-Ziffern 1 bis 5 ohne Weiteres dahinfallen.
7. Alle Fristen dieses Verfahrens laufen auch während der Gerichtsferien.
8. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 20'000.00. Sie wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziffer 6), so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung dem dortigen Verfahren vorbehalten.
9. Die Regelung der Parteientschädigung wird dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziffer 6), hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 20'000.00 zu bezahlen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act. 10 und von act. 11/1-12.
11. 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 2'000'000.00. Es liegt ein Entscheid gegen vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

Zürich, 21. April 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Corina Bötschi