



Kass.-Nr. AA070171/U/Ia

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Sitzungsbeschluss vom 3. März 2008

in Sachen

A. AG,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher ...

...

gegen

1. **B. AG,**

...,

vertreten durch Rechtsanwalt ...

2. **C. AG,**

...,

vertreten durch Rechtsanwalt ...

3. **D. AG,**

...,

vertreten durch Rechtsanwalt ...

4. **E. AG,**

...,

vertreten durch Fürsprecher ...

Beklagte und Beschwerdegegnerinnen

betreffend

Kartellrecht / vorsorgliche Massnahmen

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 30. Oktober 2007 (HE070017)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin betreibt eine Druckerei, die sich nach eigenen Angaben auf Akzidenzdrucksachen, d.h. Geschäfts- oder Privatdrucksachen (Prospekte, Broschüren, Flyers, Visitenkarten etc.) sowie Zeitschriften und auch Bücher konzentriert. Bei den vier Beschwerdegegnerinnen handelt es sich um Papiergrosshändler.

Mit Eingabe vom 29. Oktober 2007 an den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Handelsgericht stellte die Beschwerdeführerin das Begehren, es seien die Beschwerdegegnerinnen im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gestützt auf Art. 17 Kartellgesetz zu verpflichten, den Lieferboykott bzw. den angekündigten Lieferboykott gegen die Beschwerdeführerin zu unterlassen und mit ihr (weiterhin) Lieferverträge abzuschliessen bzw. die Papierlieferungen fortzusetzen, alles einstweilen ohne Anhörung der Gegenparteien.

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2007 wies der Einzelrichter das Massnahmebegehren ab (KG act. 2).

2. Gegen diese Verfügung richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen "Urteils" (gemeint: Verfügung) beantragt (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerinnen beantragen je Abweisung der Beschwerde, soweit darauf überhaupt einzutreten sei (KG act. 16, 18, 20, 23). Die Vorinstanz hat sich nicht vernehmen lassen.

Die Beschwerdeantworten wurden der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 25).

II.

1. Die Beschwerdeführerin machte vor Vorinstanz geltend, die Beschwerdegegnerinnen weigerten sich, sie (weiterhin) mit Papier zu beliefern und begründeten dies mit der Person X.s, welcher die Beschwerdeführerin aus dem Nachlass erworben habe. Das parallele Verhalten der Beschwerdegegnerinnen beruhe offenbar auf einer Abrede, welches im Sinne von Art. 5 und 7 Kartellgesetz (KG) unzulässig sei. Der Einzelrichter lehnte den Erlass der beantragten Massnahme zum einen deshalb ab, weil von der Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht worden sei, dass dem Verhalten der Beschwerdegegnerinnen eine Abrede zugrunde liege. Ebenso wenig sei glaubhaft gemacht worden, dass ein unzulässiger Missbrauch der Marktstellung vorliege; wenn der Ruf X.s in der Branche tatsächlich derart schlecht sein sollte, wie dies den von der Beschwerdeführerin eingereichten Urkunden zu entnehmen sei, sei es durchaus nachvollziehbar, dass jede der Beschwerdegegnerinnen nichts mehr mit der Beschwerdeführerin zu tun haben wolle. Insofern sei keine unzulässige Wettbewerbsbehinderung seitens der Beschwerdegegnerinnen glaubhaft gemacht, womit die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 17 KG nicht gegeben seien.

2. Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin 1 ist auf die Beschwerde schon deshalb nicht einzutreten, weil damit lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, nicht aber die Rückweisung an die Vorinstanz beantragt werde (KG act. 16 Ziff. 4, S. 2). Dem ist nicht zu folgen. Es genügt, wenn die beschwerdeführende Partei eindeutig zum Ausdruck bringt, dass sie entweder den angefochtenen Entscheid als Ganzes oder bestimmte Teile davon aufgehoben haben will; ob als Folge einer derartigen Gutheissung vom Kassationsgericht in der Sache selbst zu entscheiden oder aber die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (§ 291 ZPO), befindet das Kassationsgericht frei und ohne Bindung an Parteianträge, weshalb es solcher auch nicht bedarf.

3. Die Beschwerdeführerin rügt als erstes (Beschwerde Ziff. II/A.2, S. 5 ff.) die „krasse Verletzung von Kartellrechtsnormen und willkürliche tatsächliche Annahme“.

3.1 Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin geltend, entgegen der Auffassung des Einzelrichters sei im vorliegenden Fall eine unzulässige (missbräuchliche) Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG glaubhaft gemacht worden. Ein solcher Missbrauch liege dann vor, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinderten oder die Marktgegenseite benachteiligten und sich dieses Verhalten nicht durch (betriebs-)wirtschaftliche Gesichtspunkte begründen lasse. Unter letzteren würden vor allem kaufmännische Grundsätze verstanden. Vorliegend – so die Beschwerdeführerin weiter – werde der schweizerische Papiermarkt von den vier Beschwerdegegnerinnen beherrscht; es gebe keine adäquate alternative Bezugsquellen, und auch Importe aus dem Ausland seien nicht möglich, was auch die Vorinstanz nicht verneine. Diese lehne aber die Annahme eines Missbrauchs deshalb ab, weil die Lieferverweigerung im Hinblick auf die Person von X. sachlich begründet sei.

In der Folge äussert sich die Beschwerdeführerin zur Rolle, welcher der eben erwähnte X. im Zusammenhang mit der Beteiligung an gescheiterten Unternehmen gespielt habe; die geltend gemachten finanziellen Nachteile der Beschwerdegegnerinnen seien in keiner Weise auf X. zurückzuführen, womit die diesbezüglichen Annahmen der Vorinstanz offensichtlich unhaltbar seien. Die Auffassung der Vorinstanz widerspreche weiter klar den dem schweizerischen Kartellrecht zugrunde liegenden Wettbewerbsgrundsätzen und insbesondere Art. 7 KG. Dieses diene dem Schutz des Wettbewerbs. Entsprechend sei sowohl nach der Praxis zu Art. 7 KG wie auch gemäss EU-Rechtsprechung zu Art. 82 EG-V (der Art. 7 KG praktisch wortwörtlich entspreche) bei der Rechtfertigung von Geschäftsverweigerungen in Form des Abbruchs bestehender Geschäftsbeziehungen grösste Zurückhaltung zu üben. Es liege auf der Hand, dass in solchen Fällen das betroffene Unternehmen regelmässig keine alternativen Geschäftsgelegenheiten besitze und damit zwangsläufig und endgültig aus dem Markt geworfen werde. Deshalb seien im Falle des Abbruchs solcher Beziehungen nur zwingende wirtschaftliche oder technische Gründe als sog. „legitimate business reasons“ zugelassen. Mit anderen Worten kämen praktisch ausschliesslich Fälle in Betracht,

in welchen die vertraglichen Leistungen des anfragenden Unternehmens objektiv ungenügend seien. Im vorliegenden Fall könnte also lediglich eine objektiv erkennbare Zahlungsunfähigkeit als hinreichender Rechtfertigungsgrund gelten, wobei überdies der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren sei. Daran fehle es aber schon deshalb, weil die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz ausdrücklich Vorauszahlung angeboten habe.

Auf die weiteren Vorbringen ist nachfolgend, soweit erforderlich, einzugehen.

3.2 Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). Das Kassationsgericht prüft dabei nur die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe (§ 290 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.).

Aus dem Gesagten folgt, dass auf die Rüge insoweit nicht einzutreten ist, als die Beschwerdeführerin den Sachverhalt schildert, ohne darzulegen, wo sie die entsprechenden Behauptungen bereits vor der Vorinstanz aufgestellt hat. Soweit es sich um neue, vor der Vorinstanz noch nicht vorgebrachte Behauptungen handeln sollte, wäre darauf ohnehin nicht einzutreten, weil, wie oben dargelegt, lediglich zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leidet, was neue tatsächliche Vorbringen ausschliesst. Soweit die Beschwerdeführe-

rin geltend macht (Beschwerde Ziff. 12), die Vorinstanz stelle auf „unbelegte Behauptungen der Gegenseite“ (d.h. der Beschwerdegegnerinnen) ab (welche sie im Übrigen nicht näher spezifiziert), scheint sie zu übersehen, dass von Behauptungen der Beschwerdegegnerinnen insofern nicht gesprochen werden kann, als diese von der Vorinstanz gar nicht angehört wurden; Äusserungen der Beschwerdegegnerinnen beruhen daher ausschliesslich auf Urkunden, welche von der Beschwerdeführerin selbst als Beilagen zu ihrem Massnahmebegehren (vgl. ER act. 3/4-7, 3/12 ff.) eingereicht worden waren. Soweit die Beschwerdeführerin derartige – aus der Feder der Beschwerdegegnerinnen stammenden – Urkunden einreichte, wäre es im Rahmen der im Massnahmeverfahrens geltenden Glaubhaftmachungslast an ihr gelegen, deren inhaltliche Unrichtigkeit sofort glaubhaft zu machen, was sie aber nicht behauptet bzw. nachweist.

3.3 Damit beschränkt sich der zulässige Teil der Rüge zur Hauptsache auf die Geltendmachung einer Verletzung von Art. 7 KG. Nach dieser Bestimmung verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen dann unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Dabei fällt nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre) in Betracht. Ein Missbrauch liegt dann vor, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung nicht durch sachliche Gründe (sog. „legitimate business reasons“) rechtfertigen lässt (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, N 627 ff.; JÜRIG BORER, Kommentar Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 7 N 9 et passim).

a) Der Einzelrichter hatte das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 7 KG lediglich unter dem Blickwinkel der Glaubhaftmachung zu prüfen (Art. 17 KG); zu beurteilen war mit anderen Worten, ob sich aufgrund einer summarischen Prüfung der Rechtslage gewisse Erfolgsaussichten abzeichneten (BORER, a.a.O., Art. 17 N 7; siehe auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 110 N 16, je mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang kommt dem Kassationsgericht bei der Prüfung der Frage, ob der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO vorliegt, keine freie, sondern auf die Feststellung einer Verletzung *klaren* Rechts beschränkte Kognition zu.

b) Die Vorinstanz hat es, wie erwähnt, als nachvollziehbar erachtet, dass jede der Beschwerdegegnerinnen nichts mit der Beschwerdeführerin zu tun haben wolle, um nicht in ein erneutes Scheitern X.s involviert zu werden. Dies seien sehr wohl „legitimate business reasons“. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang zumindest keine Verletzung *klaren* materiellen Rechts nach. Zwar ist sie der Auffassung, mit der von ihr angebotenen Vorleistung bestehe für die Beschwerdegegnerinnen kein geschäftliches Risiko; sie beanstandet, dass die Vorinstanz diesen Umstand als irrelevant betrachtete. Der Einzelrichter hat dazu erwogen (Erw. 3b), es gehe den Beschwerdegegnerinnen offenbar weniger um die Sicherung der Bezahlung als um die Person X.s, der (nach Darstellung der Beschwerdegegnerin 4) schon „einige Leichen im grafischen Gewerbe hinterlassen“ habe. Grundsätzlich ist bei der Prüfung des Erlasses vorsorglicher Massnahmen im Bereich des Kartellrechts eine gewisse Zurückhaltung zu üben. Strenge Voraussetzungen gelten erst recht dann, wenn es – wie hier – um die vorsorgliche Vollstreckung eines Anspruchs (Verpflichtung zum Abschluss von Lieferverträgen) und nicht bloss um die Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes geht (BORER, a.a.O., Art. 17 N 4 mit Hinw.). Auch daraus lässt sich der angefochtene Entscheid jedenfalls im Ergebnis stützen.

In diesem Zusammenhang übt die Beschwerdeführerin wiederum Kritik an den Annahmen der Vorinstanz zum Sachverhalt, konkret zur bisherigen Tätigkeit X.s (Beschwerde Ziff. 16.3). Die Rüge scheidet indessen daran, dass die Beschwerdeführerin keine Ausführungen darüber macht, wo sie entsprechende Behauptungen bereits vor Vorinstanz aufgestellt hat.

3.4 Die Rüge erweist sich damit als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

4. Weiter macht die Beschwerdeführerin willkürliche Beweiswürdigung geltend (Beschwerde Ziff. II.A.3, S. 7 f.). Es sei unhaltbar und laufe in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider, eine Lieferverpflichtung zulasten von klar marktbeherrschenden Unternehmen allein deshalb zu verneinen, weil der Ruf des Geschäftsführers des zu beliefernden Unternehmens angeblich zweifelhaft sein solle. Damit werde diesem Unternehmen, das neben dem Geschäftsführer auch

zahlreiche andere Mitarbeiter beschäftige, von vornherein die Chance abgesprochen, diesen Ruf durch seriöse Arbeit zu korrigieren und sich auf dem Markt neu zu bewähren. Es sei mehr als stossend, dass die vier kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen die Struktur des nachgelagerten Marktes nach ihrem Ermessen dirigierten und willkürlich über Sein und Nichtsein von Marktteilnehmern und damit den Wettbewerb selber bestimmten.

Mit dieser Rüge wird der Sache nach nicht willkürliche Beweiswürdigung behauptet, sondern eine unzutreffende Rechtsanwendung geltend gemacht. Die falsche Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes schadet der Beschwerdeführerin jedoch nicht. Hingegen ist die Rüge materiell unbegründet. Ob „legimate business reasons“ für eine Lieferverweigerung gegeben sind oder nicht, kann jedenfalls nicht davon abhängen, wie viele Personen auf Seite des Abnehmers betroffen sein könnten, sondern beurteilt sich primär aus der Sicht des Anbieters. In diesem Zusammenhang kann z.B. auch die geschäftliche Zuverlässigkeit des Geschäftspartners ein Kriterium darstellen (ZÄCH, a.a.O., N 658). Insofern kann kein Nichtigkeitsgrund darin erkannt werden, dass der Einzelrichter unter Hinweis auf solche persönlichen Gründe hinreichende Erfolgsaussichten einer Klage als nicht glaubhaft gemacht erachtete.

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Sie ist insoweit abzuweisen.

6. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Der Streitwert beträgt gemäss Vorinstanz Fr. 30'000.--, nach Auffassung der Beschwerdegegnerin 1 jedenfalls mehr als Fr. 100'000.-- (KG act. 16 S. 3, Ziff. 6). Geht man von einem geschätzten Streitwert (§ 22 Abs. 2 ZPO) von Fr. 50'000.-- aus, so ist für das Kassationsverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V. mit § 7 GebVO 2007 eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.-- angemessen. Ferner sind die Beschwerdegegnerinnen für das Kassationsverfahren mit je Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

III.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Demnach ist die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig, wobei jedoch nur die Beschwerdegründe im Sinne von Art. 98 BGG angerufen werden könnten. Ferner beginnt mit Zustellung des vorliegenden Entscheides die Beschwerdefrist gegen den angefochtenen Entscheid neu zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, den Beschwerdegegnerinnen 1–4 für das Kassationsverfahren je eine Prozessentschädigung je Fr. 2'500.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 50'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung der Verfügung des Einzelrichters vom 30. Oktober 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: