

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170081-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie die Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

## Urteil vom 26. April 2017

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. „Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, den Distributionsvertrag vom 11. November 2014 weiterhin zu erfüllen und die Gesuchstellerin exklusiv für Deutschland, Schweiz und Benelux mit ihren per 14. März 2017 aktuellen Produkten zu beliefern.
2. Das Rechtsbegehren Ziff. 1 sei ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin superprovisorisch auszusprechen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich 8 % MWST, zu Lasten der Gesuchgegnerin.“

### **Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessverlauf

Am 15. März 2017 (Datum Poststempel) machte die Klägerin das obgenannte Massnahmebegehren hierorts anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 17. März 2017 wurde das Dringlichkeitsbegehren abgewiesen, der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 15'500.– und der Beklagten Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 6). Unter dem 10. April 2017 erstattete die Beklagte die Gesuchsantwort (act. 7), die am 13. April 2017 an die Klägerin ging (act. 10; Prot. S. 3). Am 25. April 2017 erklärte die Klägerin, auf eine Stellungnahme zur Gesuchsantwort zu verzichten (Prot. S. 4; act. 11 und 12).

#### 2. Prozessuales

2.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 17 ZPO i.V.m. Art. 13 ZPO sowie Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG). Dies ist unbestritten (vgl. act. 7 S. 5 ff.).

### 3. Parteien

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ AG, die den Handel mit pharmazeutischen und kosmetischen Produkten bezweckt (act. 3/1). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_, die u.a. die Herstellung und den Handel mit industriellen, chemischen und pharmazeutischen Produkten zum Zweck hat (act. 3/2).

### 4. Vorsorgliche Massnahmen

#### 4.1. Rechtliches

Damit das Gericht gestützt auf Art. 261 Abs. 1 ZPO vorsorgliche Massnahmen anordnen kann, müssen sowohl der Verfügungsanspruch als auch der Verfügungsgrund gegeben sein (vgl. KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 261 ZPO). Für den Verfügungsanspruch stellt das Gericht eine Hauptsachenprognose. Als Verfügungsgrund muss der Klägerin ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil drohen (Nachteilsprognose); gleichzeitig wird vorausgesetzt, dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorliegt. Sie wird dann bejaht, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und das Resultat des Hauptverfahrens nicht abgewartet werden kann (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., N. 7 zu Art. 261 ZPO). Sodann wird nach der Praxis des Bundesgerichts dem Verhältnismässigkeitsprinzip ein besonderer Stellenwert eingeräumt. Demgemäss haben die Gerichte vor der Anordnung von Massnahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen, gar eine besonders sorgfältige, wenn es nicht nur um Sicherung, sondern um vorläufige Vollstreckung geht, insbesondere bei der Nachteilsdiskussion (ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], ZPO Dike Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 33 zu Art. 261 ZPO; BGE 131 III 473 E. 2.3 = Pra 95 Nr. 32; Urteil des Bundesgerichts 4A\_367/2008 vom 14. November 2008 E. 4.2).

Das Bundesgericht verlangt neben der Glaubhaftmachung und summarischer Rechtsprüfung eine Betrachtung der Nachteile, welche sich bei den Varianten

Anordnung oder Nichtanordnung für die jeweils betroffene Partei ergeben. Das Gericht muss auch das mutmassliche Recht der Klägerin und die (möglicherweise unwiederbringlichen) Nachteile der Gegenseite abwägen. Je einschneidender eine vorsorgliche Massnahme die Gegenpartei treffen kann, desto höhere Anforderungen sind an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.254/2002 vom 12. September 2002 E. 2.6).

Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden (SPRECHER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 24 zu Art. 262 ZPO).

Dabei muss die Klägerin sowohl das Bestehen ihres materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft machen. Das Kriterium der Glaubhaftmachung führt dazu, dass Art. 8 ZGB ausser Funktion tritt. Das Gericht ist dabei gehalten, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. für das Vorhandensein der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (HUBER, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 25 zu Art. 261 ZPO mit Hinweis u.a. auf BGE 130 III 321 E. 3.3). Ein Anspruch ist vorsorglich zu schützen, wenn er sich nach summarischer Prüfung der Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_312/2009 E. 3.6.1; BGE 108 II 69 E. 2). Die Beklagte kann allerdings das Glaubhaftmachen der Klägerin zerstören, indem sie ihrerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht besteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.64/2003 vom 6. Juni 2003 E. 3.1).

## 4.2. Verfügungsanspruch (Hauptsacheprognose)

### 4.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien haben am 11. November 2014 einen Distributionsvertrag abgeschlossen, der der Klägerin das exklusive Recht einräumt, die Produkte der Beklagten in Deutschland, der Schweiz und den Benelux-Staaten zu vertreiben (act. 3/3). Mit Schreiben vom 10. Januar 2017 (act. 3/5), der Klägerin persönlich am 20. Januar 2017 übergeben, kündigte die Beklagte den Distributionsvertrag ausserordentlich auf den 30. April 2017 mit der Angabe, dass die Klägerin die Umsatzsteigerung von 5 % gegenüber dem tatsächlich erreichten Umsatz des Vorvorjahres nicht erreicht habe (act. 1 Rz. 6-8; act. 7 Rz. 1-3).

### 4.2.2. Parteistandpunkte

#### 4.2.2.1. Klägerin

Die Klägerin macht eine vertragswidrige Kündigung geltend. Einerseits werde vorsorglich bestritten, dass die Umsatzsteigerung nicht erreicht worden sei, da die Klägerin nicht wisse, mit welchem Umsatz die Beklagte rechne, andererseits sehe Ziff. 13.5 des Distributionsvertrags neben dem Kriterium des Nichterreichens des Umsatzsteigerungsziels zusätzlich vor, dass diese Steigerung unbegründet nicht habe erreicht werden können. Dieser Fall liege nicht vor, so hätten verschiedene Gründe ausserhalb des Verantwortlichkeitsbereichs der Klägerin erheblich auf die Umsätze gedrückt, so u.a. die Aufhebung des Euro-Mindestkurses sowie eine durch die Beklagte vorgenommene Preiserhöhung. Bereinige man nun die zu vergleichenden Umsätze der Jahre 2014 und 2016, so habe die Klägerin die Umsätze massiv übertroffen (act. 1 Rz. 10-11). Durch die Kündigung seitens der Beklagten werde der ihr zustehende Anspruch auf exklusiven Vertrieb der Produkte verletzt (act. 1 Rz. 14-15).

#### 4.2.2.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Vertragswidrigkeit der Kündigung. Für das Jahr 2016 ergebe sich aus dem Bewirtschaftungssystem ein Umsatzwachstum von 0.5%,

wenn man von den von der Klägerin behaupteten Zahlen ausgehe, belaufe sich das Umsatzwachstum gar nur auf 0.25%, womit das Umsatzziel gemäss Ziff. 13.5 des Distributionsvertrags deutlich verfehlt worden sei (act. 7 Rz. 23-26). Die Preislisten seien jeweils im gegenseitigen Einvernehmen in Euro- und in CHF festgelegt worden. Die Klägerin sei mit diesem Vorgehen immer einverstanden gewesen. Infolge der Aufhebung des Mindestkurses habe die Beklagte die Preise erhöhen müssen, was sie ihren Abnehmern am 30. Januar 2015 kommuniziert habe. Die ursprünglichen Preislisten Januar 2015 seien daher per April 2015 ersetzt worden, wobei sich lediglich in Bezug auf die EUR-Preisliste eine Anpassung ergeben habe. Die Klägerin habe gegen die Preiserhöhung keine Einwände erhoben. Für das Jahr 2016 seien wiederum neue Preislisten festgelegt worden (act. 7 Rz. 16-22). Das Umsatzziel sei unbegründet verfehlt worden, ergebe doch die Auslegung der entsprechenden Vertragsbestimmung, dass es die Klägerin sei, die die allgemeinen Risiken zu tragen habe. Selbst wenn die von der Klägerin genannten Umstände geeignet gewesen sein sollten, das Verfehlen des Umsatzziels i.S.v. Ziff. 13.5 zu begründen, so habe es die Klägerin unterlassen, das Vorliegen solcher Umstände und deren Ursächlichkeit für das Verfehlen des Umsatzziels glaubhaft darzulegen (act. 7 Rz. 55 ff.).

#### 4.2.3. Würdigung

##### 4.2.3.1. Umsatzsteigerung

Die Klägerin hält in ihrem Verzicht auf Stellungnahme fest, dass die Parteien hinsichtlich der Frage, welche Jahresumsätze zu vergleichen sind, uneinig seien (act. 12). Ob die Klägerin damit das massgebende Jahr oder die konkreten Umsatzzahlen oder beides anspricht, bleibt unklar. Es wäre an der Klägerin gewesen, hier substantiierte Ausführungen zu machen. Was das massgebliche Jahr angeht, so trat der Distributionsvertrag am 1. Januar 2015 in Kraft (act. 3/3 Ziff. 1.1 und Ziff. 13.1). Aus Ziff. 13.5 ergibt sich sodann klar, dass die Herstellerin, falls die Distributorin eine Umsatzsteigerung von mindestens 5 % gegenüber dem tatsächlich erreichten Umsatz des Vorjahres (2015) unbegründet nicht erreicht hat, den Vertrag innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des erreichten Umsatzes des Vorjahres, d.h. 2016, kündigen kann. Massgebende Vergleichsjahre sind so-

mit die Jahre 2015 und 2016. Weiter ist klar, dass als massgebende Umsätze die Warenbezüge der Klägerin bei der Beklagten zu gelten haben, da der Vertrag zwischen diesen zwei Parteien abgeschlossen worden ist. Während die Klägerin von Warenumsätzen für das Jahr 2015 von CHF 1'753'187.21 und für das Jahr 2016 von CHF 1'757'523.47 ausgeht (act. 1 Rz. 10; act. 3/13), erachtet die Beklagte CHF 1'744'216.23 für das Jahr 2015 und CHF 1'752'940.50 für das Jahr 2016 als massgebend (act. 7 Rz. 23; act. 9/7). Diese Abweichung ist jedoch nicht entscheidend, beträgt das Umsatzwachstum doch im für die Klägerin günstigeren Fall 0.5 % und liegt daher entgegen der vorsorglichen Bestreitung durch die Klägerin unter dem vereinbarten Umsatzwachstumsziel von 5 % gemäss Ziff. 13.5 (ii) des Distributionsvertrags. Die Parteien sind denn auch im Wesentlichen hinsichtlich der Frage unterschiedlicher Ansicht, ob dieses Umsatzwachstumsziel unbegründet nicht erreicht wurde oder nicht. Dies ist eine Frage der Vertragsauslegung. Auf die offerierten Beweismittel braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

#### 4.2.3.2. Zur unbegründeten Nichterreichung der Umsatzsteigerung

a) Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser - wie im vorliegenden Fall - unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (Urteile des Bundesgerichts vom 31. August 2006 [4C.157/2006 E. 2.1] und vom 15. Juni 2004 [4C.107/2004] E. 2, je mit Hinweis auf BGE 129 III 118 E. 2.5). Grundlage der Auslegung ist der Wortlaut, wobei zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen ist, der sich nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses richtet und sich auch aus Lexika ergeben kann. Massgebend für die Bedeutung eines Wortes ist weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Ver-

trags. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom systematischen Element der Auslegung (WOLFGANG WIEGAND, in: Honsell/ Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 18 Rz. 19 und 24).

b) Die Klägerin verneint eine unbegründete Nichterreichung des Umsatzwachstumsziels, da verschiedene Gründe ausserhalb ihres Verantwortungsbereich erheblich auf die Umsätze gedrückt hätten (vgl. act. 1 Rz. 10). Die Beklagte misst dem Wort unbegründet die Bedeutung zu, dass sich die Beklagte immer auf Ziff. 13.5 des Distributionsvertrags berufen könne, wenn die Klägerin das Verfehlen des Umsatzziels durch ihr eigenes Tun oder Unterlassen verursacht habe. Falls die Umstände des Verfehlens des Umsatzziels ausserhalb des Einflussbereichs der Klägerin liegen würden, komme es darauf an, ob die Klägerin im Lichte von Sinn und Zweck des Distributionsvertrags das entsprechende Risiko zu tragen habe. Sämtliche angeführten Gründe würden in den Risikobereich der Klägerin fallen (vgl. act. 7 Rz. 57-58).

c) Synonyme lassen sich in Wörterbüchern für "unbegründet" neben "nicht begründet" oder "grundlos" nicht finden. Beide Parteien sind sich aber im Ergebnis richtigerweise einig, dass unter unbegründet nicht das Fehlen jeglichen Grundes gemeint sein kann, sondern die Klägerin nicht die Gründe gesetzt haben darf, die zum Verfehlen des Umsatzziels geführt haben. Eine andere Auslegung würde denn auch zu einem viel zu extensiven Anwendungsbereich führen und der Beklagten im Endeffekt jede Möglichkeit einer Kündigung gestützt auf Ziff. 13.5 nehmen. Strittig ist denn zwischen den Parteien im Wesentlichen, wer das Risiko zu tragen hat, das weder die Klägerin noch die Beklagte zu verantworten hat. Eine blossе Betrachtung von Ziff. 13.5 (ii) legt den Schluss nahe, dass mit unbegründet gemeint sein muss, dass die Klägerin alle Gründe anrufen kann als Rechtfertigung für die Nichterreichung des Umsatzwachstumsziels, die sie nicht selber zu verantworten hat (so die Auslegung der Klägerin). Bezieht man jedoch den Gesamtvertrag mit ein, so finden sich diverse Bestimmungen, die Aufschluss über die Interessenlage der Parteien geben: So wird der Klägerin das exklusive Recht zum Vertrieb der Produkte eingeräumt (Ziff. 1.1), wobei die gesamte aktuelle Vertragspalette Vertragsprodukt ist (Ziff. 2.1). Gemäss Ziff. 2.4 ist die Beklagte

berechtigt, das Sortiment mit Folge- und Ergänzungsprodukten zu erweitern, sowie einzelne Vertragsprodukte aus dem Sortiment zu nehmen, wobei die Vertragsprodukte im gegenseitigen Einvernehmen angepasst werden können. Das Exklusivvertriebsrecht betrifft sodann neben der Schweiz auch Deutschland und die Benelux-Länder (Ziff. 3.1). Sodann wurde der Vertrag mit Wirkung ab 1. Januar 2015 für eine feste Vertragsdauer von fünf Jahren abgeschlossen (Ziff. 13.1). Trotz Einräumung eines Exklusivvertragsrechts für ein relativ grosses Vertragsgebiet für eine feste Dauer haben die Parteien keine Mindestabnahmemengen vereinbart. Dafür findet sich in Ziff. 13.5 (ii) die Bestimmung, wonach die Beklagte bei nicht erfolgten Umsatzsteigerungen von jährlich 5 % den Vertrag ausserordentlich kündigen kann. Das Wort unbegründet ist demnach so auszulegen, dass die Klägerin das Marktrisiko zu tragen hat, wie sie es denn auch bei Mindestabnahmemengen zu tragen gehabt hätte. Vor diesem Hintergrund kann von einer begründeten Nichterreichung des Umsatzziels nur dann gesprochen werden, wenn Gründe, die der Risikosphäre der Beklagten zuzurechnen sind oder sonstige Gründe, die weder der Risikosphäre der Klägerin noch der Beklagten zuzurechnen sind, vorliegen.

d) Die Aufhebung des Euromindestkurses Anfangs des Jahres 2015 hat die Schweizer Wirtschaft heftig getroffen. Es ist gerichtsnotorisch, dass exportorientierte Unternehmen unter dem starken Franken litten. Die Beklagte hat denn auch mittels eines Preisaufschlags von 8 % den negativen Auswirkungen entgegen zu wirken versucht. Indes ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Aufhebung des Euro-Mindestkurses in den für die Anwendung von Ziff. 13.5 relevanten Jahren 2015 und 2016 ausgewirkt haben soll. Ein Einbruch bei den Warenbestellungen wäre denn eher unmittelbar nach der Aufhebung des Mindestkurses, d. h. nach dem 15. Januar 2015 zu erwarten gewesen. Angesichts der Tatsache, dass der Distributionsvertrag erst ab 1. Januar 2015 galt, dürften wenige Bestellungen eingegangen sein, denen noch alte Konditionen zu Grunde gelegen haben. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Aufhebung des Euro-Mindestkurses einen Anwendungsfall für ein begründetes Nichterreichen des Umsatzwachstumsziels von 5 % darstellen würde, da sich die Aufhebung im massgeblichen Zeitraum nicht in der Weise ausgewirkt hat, dass die Klägerin deshalb das Umsatzziel von 5 %

nicht erreicht hat. In der Folge hat sich der Eurokurs aber sogar leicht erholt, was sich eher zugunsten der Klägerin ausgewirkt hat.

Was die Klägerin aus der Preiserhöhung von 8 % ableiten will, ist unklar. Einerseits führt sie aus, dass mit der Preiserhöhung die Vermarktung der Produkte erschwert worden sei (sie spricht damit einen negativen Effekt an), andererseits führt sie aus, dass damit ein sehr geringer Teil der Umsatzverluste habe aufgefangen werden können, da Grosskunden davon ausgeschlossen worden seien (somit der Preiserhöhung grundsätzlich ein positiver Effekt zugekommen wäre, wenn denn diese Erhöhung alle getroffen hätte). Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 30. Januar 2015 darauf hingewiesen, dass eine Preiserhöhung von 8 % notwendig werde. Im April 2015 sind dann die Preislisten vom Januar 2015 angepasst worden. Die Klägerin hat gegen dieses Vorgehen nicht opponiert, so dass sie sich heute nicht darauf berufen kann. Ob die Preiserhöhung von 8 % an die Endkunden weitergegeben worden ist oder nicht, ist eine andere Frage, aber auch nicht entscheidend, da die Europreise praktisch zu Beginn der Vertragsdauer, am 30. Januar 2015, erhöht worden sind und sich demzufolge im für die Beurteilung des Umsatzwachstumsziels massgeblichen Zeitraums (Jahre 2015 und 2016) nicht ausgewirkt haben.

Auch aus dem Umstand, dass angeblich drei Gesellschaften in Konkurs gefallen sind (act. 1 Rz. 10; act. 3/7), kann die Klägerin nichts für sich ableiten. Das Begehren erweist sich als sehr unsubstantiiert, werden doch nicht einmal die Namen und Daten im Gesuch behauptet. Mit Blick auf das summarische Verfahren genügt dies den Anforderungen gerade noch sehr knapp, lässt sich doch immerhin aus den Beilagen schliessen, dass drei Gesellschaften im Jahr 2015 den Konkursrichter benachrichtigen mussten. Auch hier ist bezüglich einer Gesellschaft die zeitliche Auswirkung nicht gegeben (E.\_\_\_\_\_ AG). Bei den anderen zwei Gesellschaften erscheint eine zeitliche Auswirkung zwar glaubhaft. Es handelt sich bei konkursiten Gesellschaften aber gerade um einen Anwendungsfall des Absatzrisikos, das der Risikosphäre der Klägerin zuzuschreiben ist. Aus den gleichen Gründen kann die Klägerin auch aus der angeblichen Reduktion der Bestellmengen durch einen Grosskunden nichts für sich ableiten.

Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, in den Jahren 2015 und 2016 sei die Sensibilisierung im Markt hinsichtlich Mikroplastik gestiegen. Die Peelingpartikel der Beklagten beständen aus Mikroplastik, daher sei der Einkauf dieser Rohstoffe massiv zurückgegangen. Aus der Beilage 12 ist ersichtlich, dass die Klägerin einen Einbruch von 2014 zu 2016 mit CHF 41'000.– beziffert (act. 1 Rz. 10). Selbst wenn man mit Blick auf die geringen Substantiierungsanforderungen im summarischen Verfahren diese Behauptungen berücksichtigen will, ergibt sich aus dem eingereichten Anwaltsschreiben zwar eine Zahl; wie die Klägerin auf diese Zahl kommt, bleibt aber unklar. Hinzu tritt, dass sie die Umsätze 2014 mit den Umsätzen 2016 zu vergleichen scheint, was mit Blick auf Ziff. 13.5 des Vertrags nicht angeht, einmal davon abgesehen, dass auch Mehrumsätze von CHF 41'000.– nichts am Verfehlen des Umsatzziels durch die Klägerin ändern würden. Ohnehin handelt es sich um ein klassisches Marktrisiko, worauf sich die Klägerin aus den eingangs erwähnten Gründen (vgl. E. 4.2.3.2 lit. c) nicht berufen kann.

Die Klägerin behauptet sodann ohne Nennung der konkreten Produkte und der zahlenmässigen Auswirkungen, dass die Beklagte die Herstellung verschiedener Produkte in den Jahren 2015 und 2016 eingestellt habe. Wiederum ausschliesslich in der Beilage erfolgt die Bezifferung der Umsatzeinbusse zwischen 2014 und 2016 mit knapp CHF 41'000.– (vgl. act. 3/12). Es bleibt im Dunkeln, um welche Produkte es dabei geht oder wie die Beklagte auf diese Zahl kommt. Zudem sieht Ziff. 2.4 des Vertriebsvertrags vor, dass die Beklagte berechtigt ist, einzelne Vertragsprodukte aus dem Sortiment zu nehmen. Bei dieser Ausgangslage wäre es an der Klägerin gelegen, glaubhaft zu machen, welche Produkte eingestellt worden sind und inwiefern ohne diese Einstellung das Umsatzwachstumsziel hätte erreicht werden können (resp. den Zusammenhang zu weiteren Gründen zumindest rudimentär darzulegen, die mitverantwortlich für das Nichterreichen des Umsatzziels waren) bzw. inwiefern die Einstellung von Produkten Einfluss auf das Umsatzziel haben soll. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Klägerin einen Realerfüllungsanspruch geltend macht. Im Übrigen ist nicht zu erwarten, dass die Beklagte Produkte einstellt, bei denen die Nachfrage gross ist, würde dies doch ökonomisch keinen Sinne ergeben. Zusammenfassend erscheint nicht

glaubhaft, dass durch die Einstellung von nicht näher bekannten Produkten das Umsatzwachstumsziel verfehlt worden ist.

Von vornherein fehlt das Argument der Klägerin hinsichtlich des neuen Produkts, wobei es sich – so zumindest aus den Beilagen ersichtlich – um den neu lancierten Wirkstoff F.\_\_\_\_\_ oder die Produktneuheit G.\_\_\_\_\_ handeln dürfte (vgl. act. 3/10 Ziff. 2.7). Aus dem Vertrag geht klar hervor, dass Vertragsgegenstand nur die aktuellen Produkte sind (vgl. Ziff. 2.1; vgl. auch Ziff. 2.4). Insofern vermag die Klägerin nicht glaubhaft zu machen, dass ihr von Beginn weg ein vertraglicher Anspruch zusteht, eine Produktneuheit (es bleibt unklar, um welche es effektiv geht) vertreiben zu dürfen. Damit kann die Beklagte auch nicht verspätet den Vertrieb des Produktes verursacht haben. Entsprechend vermag die Klägerin nicht glaubhaft zu machen, dass sie das Umsatzwachstumsziel infolge eines um ein halbes Jahr verspäteten Produktes nicht erreicht hat.

Soweit sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, die Umsätze im Kosmetikmarkt Schweiz seien allgemein seit mehreren Jahren rückläufig, so ist diese Behauptung sehr pauschal, abgesehen davon, dass nach Angaben der Klägerin ein Grossteil des Umsatzes im Ausland erwirtschaftet wird. Ohnehin handelt es sich um einen klassischen Fall des Marktrisikos, das die Klägerin zu tragen hat. Auch dieser Umstand vermag daher keine Begründung für das nicht erreichte Umsatzwachstumsziel von 5 % zu sein. Das Risiko des Ausscheidens eines Mitarbeiters ist – selbst wenn die Umstände noch so tragisch sein mögen – der Klägerin zuzurechnen, hat sie doch für eine genügende interne Organisation zu sorgen.

#### 4.3. Fazit

Zusammenfassend gelingt es der Klägerin nicht, eine Vertragsverletzung durch die Beklagte glaubhaft zu machen. Da die Hauptsacheprognose negativ ausfällt, erübrigt sich das Prüfen der Nachteilsprognose. Das Begehren der Klägerin ist somit abzuweisen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der Klägerin als unterliegender Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

5.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

5.3. Die Klägerin beziffert den Streitwert mit CHF 500'000.– (act. 1 Rz. 4). Die Beklagte nimmt dies zur Kenntnis (act. 7 Rz. 8). Ausgehend von diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts auf rund die Hälfte der Grundgebühr, d. h. CHF 10'000.–, festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

5.4. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 23'400.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 AnwGebV auf rund die Hälfte, d.h. 12'000.–, zu reduzieren.

### **Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das klägerische Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 12'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung – vorab per Fax – an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von act. 12.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 500'000.–.

Zürich, 26. April 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann