

HSU.2024.28 / SB

Entscheid vom 19. September 2024

Besetzung

Oberrichter Egloff, Vizepräsident
Gerichtsschreiber Bisegger

Gesuchstellerin

A._____ GmbH, [...]
vertreten durch Dr. iur. Dominik Vock, Rechtsanwalt, und Dr. iur. Sabrina Weiss, Rechtsanwältin, [...]

Gesuchs-
gegnerin

B._____ AG, [...]
vertreten durch MLaw Simon Fricker, Rechtsanwalt, und MLaw Yves Durey, Rechtsanwalt, [...]

Gegenstand

Summarisches Verfahren betreffend Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Q._____ (ZG). Sie bezweckt [...] (Gesuch Rz. 8; Antwort Rz. 89; Gesuchsbeilage [GB] 4).

1.2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R._____ (AG). Sie bezweckt [...] (Gesuch Rz. 10; Antwort Rz. 92; GB 1 und 7).

2.

2.1.

Im Zeitraum 2015/2016 legte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin ein Gerät vor, mit dem [...] behandelt werden können. Dieses Gerät wurde von der Gesuchsgegnerin weiterentwickelt (C-Geräte). Die Gesuchstellerin bezog die C-Geräte in der Folge bei der Gesuchsgegnerin und vertrieb sie in verschiedenen Ländern, wobei die Parteien die Geschäftsbeziehung in regelmässig erneuerten und hinsichtlich der geltenden Konditionen angepassten Rahmenverträgen regelten (Gesuch Rz. 11 f.; Antwort Rz. 11 und 94). Zum Zwecke des Vertriebs der Geräte im europäischen Wirtschaftsraum versah die Gesuchstellerin diese mit dem CE-Kennzeichen und gab EG-Konformitätserklärungen ab. Der Vertrieb in einigen Staaten ausserhalb des europäischen Wirtschaftsraums konnte zudem gestützt auf bei Swissmedic eingeholte Free Sale Certificates (FSC) erfolgen (Antwort Rz. 14; Antwortbeilage [AB] 3-16).

2.2.

Zur Absicherung der von der Gesuchsgegnerin getätigten Investitionen zur Entwicklung der C-Geräte schlossen die Parteien am 23. September 2019 einen öffentlich beurkundeten Vertrag (nachfolgend: "IP-Vertrag"; Gesuch Rz. 12; Antwort Rz. 12; GB 2). In diesem vereinbarten die Parteien, dass die Gesuchstellerin die Investitionen in die Entwicklung der C-Geräte, welche von der Gesuchsgegnerin geleistet wurden, durch Bezahlung eines höheren Kaufpreises amortisiert. Dafür sollten sämtliche IP-Rechte nach vollständiger Amortisation an die Gesuchstellerin übergehen (Gesuch Rz. 14 und 18; Antwort Rz. 20 und 22).

Die Gesuchstellerin beabsichtigte damals, die C-Geräte auch in den USA auf den Markt zu bringen. Hierfür musste sie indessen eine Zulassung bei der zuständigen Behörde in den USA (U.S. Food and Drug Administration; abgekürzt: FDA) einholen. Gemäss IP-Vertrag sollten die Amortisationszahlungen mit dem Erhalt der FDA-Zulassung beginnen. Eine solche FDA-Zulassung konnte in der Folge jedoch nicht erwirkt werden. Der Grund hierfür ist zwischen den Parteien strittig. Nach Darstellung der Gesuchstellerin

stellte die Gesuchsgegnerin der von der Gesuchstellerin für die Beantragung der Zulassung bei der FDA beauftragen D._____ AG entgegen der entsprechenden Verpflichtung im IP-Vertrag nicht die notwendigen Unterlagen zur Verfügung. Die Gesuchsgegnerin behauptet demgegenüber, diese Dokumente sehr wohl im Einklang mit dem IP-Vertrag der D._____ AG ausgehändigt zu haben, die Gesuchstellerin sowie ihre Erfüllungsgehilfin D._____ AG seien trotz jahrelangen Arbeiten am Zulassungsprojekt aber schlicht nicht in der Lage gewesen, eine FDA-Zulassung erhältlich zu machen (Gesuch Rz. 14; Antwort Rz. 24 ff. und 98 f.).

2.3.

Der IP-Vertrag enthält weiter die nachfolgende Bestimmung (Gesuch Rz. 15; GB 2):

" 4. Produktion durch Dritte

Solange die IP-Rechte für die C-Geräte bei der [Gesuchsgegnerin] liegen, verpflichtet sich die [Gesuchstellerin], alle Geräte ausschliesslich bei der [Gesuchsgegnerin] zu beziehen.

Die Parteien gehen davon aus, dass die C-Geräte nach Übergang der IP-Rechte an die [Gesuchstellerin] weiterhin von der [Gesuchsgegnerin] produziert werden."

2.4.

Am 18. September 2020 schlossen die Parteien den letzten Rahmenvertrag (Gesuch Rz. 13; GB 3). Nach dessen Auslaufen konnten sich die Parteien über die wirtschaftlichen Parameter trotz intensiver Verhandlungen nicht mehr einigen (Gesuch Rz. 18; Antwort Rz. 109). Mit Schreiben vom 24. Oktober 2023 erklärte die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin (Gesuch Rz. 19; GB 12):

" Sollten wir hier zu keiner Lösung kommen, sehen wir uns gezwungen, um zur Begleichung der vor Jahren von uns getätigten Aufwände, die IP-Rechte anderweitig zu verwerten."

2.5.

Mit E-Mail vom 23. Mai 2024 des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin wurde der Gesuchstellerin in Aussicht gestellt, dass ihr ein neues Angebot für einen Rahmenvertrag unterbreitet werde, falls sie nach wie vor am Kauf von Geräten der Gesuchsgegnerin interessiert sei (Gesuch Rz. 20; GB 13). Mit E-Mail vom 14. Juni 2024 teilte der Verwaltungsratspräsident der Gesuchsgegnerin dann aber mit (Gesuch Rz. 21; GB 14):

" Hence, we are currently looking for a solution with other interessted [recte: interested] parties. In turn, this implies, that we are unable to submit the originally envisaged offer for a new framework agreement, at least for the time being."

3.

3.1.

Mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen an das Handelsgericht des Kantons Aargau vom 8. Juli 2024 stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Gesuchgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB anzuweisen, den Verkauf von C-Geräten an Drittparteien zu unterlassen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchgegnerin."

3.2.

Am 11. Juli 2024 leistete die Gesuchstellerin aufforderungsgemäss einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'500.00.

3.3.

Mit Gesuchsantwort vom 2. August 2024 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 8. Juli 2024 um Erlass von vorprozessualen provisorischen Massnahmen sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

3.4.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 16. August 2024 erstattete die Gesuchstellerin eine Stellungnahme zur Gesuchsantwort.

3.5.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 29. August 2024 nahm die Gesuchsgegnerin zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 16. August 2024 Stellung und stellte folgenden prozessualen Antrag:

" 1.

Die von der Gesuchstellerin mit "Replik" vom 16. August 2024 eingereichten Beilagen 15 - 37 sowie die neuen Tatsachenbehauptungen seien aus dem Recht zu weisen, also im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen."

3.6.

Am 11. September 2024 reichte die Gesuchstellerin eine weitere Stellungnahme ein.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

1.1. Allgemeines

Gemäss Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehören unter anderem die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.2. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte hat sich gemäss Art. 18 ZPO auf das Gesuch eingelassen (Antwort Rz. 86), sodass die örtliche Zuständigkeit gegeben ist.

1.3. Sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht ist gestützt auf Art. 6 Abs. 2 und Abs. 5 ZPO sachlich zuständig, da die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist, der Streitwert mehr als Fr. 30'000.00 beträgt¹ und beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind (KB 1 und 4). Für das auf vorsorgliche Massnahmen anwendbare Summarverfahren (Art. 248 lit. d ZPO) ist gemäss § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO der Einzelrichter am Handelsgericht zuständig.

2. Noven

2.1. Antrag der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin beantragt, die von der Gesuchstellerin mit "Replik" vom 16. August 2024 eingereichten Beilagen 15 -37 sowie die neuen Tatsachenbehauptungen seien aus dem Recht zu weisen, also im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen.

2.2. Rechtliches

Das Bundesgericht hat für das ordentliche Verfahren erkannt, dass die Parteien zweimal die Möglichkeit haben, sich unbeschränkt zu äussern, während sie danach nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO gehört werden können. Dies gilt sinngemäss auch für das vereinfachte Verfahren. Im summarischen Verfahren darf sich jedoch keine der Parteien darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet. Es besteht insofern kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern. Grundsätzlich tritt der Aktenschluss nach einmaliger Äusserung ein.² Wird im Summarverfahren jedoch ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, sind darin unbeschränkt Noven zulässig. Der Aktenschluss tritt nach dem zweiten Schriftenwechsel ein.³

¹ BGE 142 III 788 E. 4.2.

² BGE 146 III 237 E. 3.1.

³ BGE 146 III 237 (Regeste).

Entsprechendes gilt bei einer anstelle eines zweiten Schriftenwechsels stattfindenden Verhandlung.⁴

Nach Eintritt des Aktenschlusses können neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen vorgebracht werden.⁵ Das Gesetz unterscheidet in Abs. 1 lit. a und b von Art. 229 ZPO zwischen echten und unechten Noven. Ausschlaggebend für die Qualifikation ist der Zeitpunkt, in dem die neu behauptete Tatsache oder das neu bezeichnete Beweismittel entstanden ist. Ist die neue Tatsache oder das neue Beweismittel nach Aktenschluss entstanden, liegt ein echtes Novum vor (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO).⁶

Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor Aktenschluss entstanden sind, jedoch erst nach Aktenschluss entdeckt werden oder aus anderen Gründen nicht schon vorher vorgebracht werden konnten, fallen unter die Regelung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO. Sie können als unechte Noven nur eingereicht werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vor Aktenschluss vorgebracht werden konnten.⁷ Dazu kann auch eine Tatsache gehören, deren Behauptung erst durch die Ausführungen der Gegenpartei veranlasst wird.⁸

So genannte Potestativnoven, also Noven, deren Entstehen vom Willen einer Partei abhängen, werden in der Regel als unechte Noven qualifiziert, jedenfalls dann, wenn sie von derjenigen Partei in das Verfahren eingebracht werden, in deren Macht ihre Schaffung lag.⁹

Echte und unechte Noven werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Als Faustregel ist eine Frist von 10 Tagen anzunehmen. Massgebend sind jedoch stets die konkreten Umstände.¹⁰

2.3. Würdigung

Der Vizepräsident hat vorliegend weder einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet noch zu einer Verhandlung vorgeladen. Der Aktenschluss trat folglich für die Gesuchstellerin bereits mit Einreichung des Gesuchs ein.

Die Gesuchstellerin reichte mit der unaufgeforderten Eingabe vom 16. August 2024 eine Vielzahl von neuen Urkunden zu den Akten (GB 15-37) und

⁴ BGE 146 III 237 E. 3.1.

⁵ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, 3. Aufl. 2021, Art. 229 N. 7.

⁶ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (Fn. 5), Art. 229 N. 8.

⁷ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (Fn. 5), Art. 229 N. 9.

⁸ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (Fn. 5), Art. 229 N. 9a.

⁹ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (Fn. 5), Art. 229 N. 11a.

¹⁰ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI (Fn. 5), Art. 229 N. 10.

stellte gestützt auf diese neuen Urkunden auch teilweise neue Tatsachenbehauptungen auf.

Die Gesuchsgegnerin weist zu Recht darauf hin, dass die GB 15-22, 25, 27-31, 33 und 35-37 vor der Einreichung des Gesuchs entstanden sind. Hinsichtlich dieser Gesuchsbeilagen wäre es an der Gesuchstellerin gewesen, darzulegen, weshalb sie nicht bereits vor dem Aktenschluss (d.h. mit dem Gesuch) hätten eingereicht werden können. Entsprechende Ausführungen finden sich in der Eingabe vom 16. August 2024 jedoch nicht. Erst in der weiteren Eingabe vom 11. September 2024 holte sie dies teilweise nach, indessen ohne zu erklären, weshalb diese Ausführungen nicht bereits in der Eingabe vom 16. August 2024 vorgetragen werden konnten. Die (nachgeschobene) Begründung erfolgte zu spät. Werden Noven eingereicht, so ist auch sogleich zu begründen, weshalb diese zulässig sein sollen, zumal die Begründung für deren Zulässigkeit teilweise selbst ein Novum darstellt (etwa soweit begründet wird, weshalb Vorbringen der Gegenseite nicht vorhersehbar gewesen sein sollen). Folglich sind diese Gesuchsbeilagen sowie sämtliche darauf gestützten neuen Vorbringen im Prozess nicht zu berücksichtigen.

Bei den GB 23, 24 und 32 ist das Entstehungsdatum nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin hätte daher auch bezüglich dieser Gesuchsbeilagen aufzuzeigen gehabt, dass diese Gesuchsbeilagen nicht bereits mit dem Gesuch hätten eingereicht werden können oder dass es sich um zulässige echte Noven handelt. Dies hat die Gesuchstellerin jedoch nicht gemacht bzw. dies im Falle von GB 32 erst mit der weiteren Eingabe vom 11. September 2024 (und damit verspätet) getan, stellt doch die nachträgliche Datierung wiederum ein Novum dar. Diese Gesuchsbeilagen (sowie darauf gestützte Tatsachenbehauptungen) dürfen daher ebenfalls nicht berücksichtigt werden.

Nach Einreichung des Gesuchs entstanden sind einzig die GB 26 und 34. Betreffend diese Gesuchsbeilagen weist die Gesuchsgegnerin aber zu Recht darauf hin, dass es sich um Potestativnoven handelt. Bei der GB 26 handelt es sich um eine E-Mail von E._____ der D._____ AG vom 12. August 2024. Die Gesuchstellerin räumt in Rz. 21 ihrer Eingabe vom 16. August 2024 selbst ein, dass ihr diese E-Mail auf Nachfrage zugesendet wurde. Die Gesuchstellerin legt nicht dar, weshalb es nicht möglich gewesen ist, diese Anfrage bereits vor Einreichung des Gesuchs an die D._____ AG zu richten. GB 34 betrifft eine E-Mail von F._____ der G._____ [eine Bank] vom 14. August 2024. Es handelt sich hierbei um die Antwort auf eine E-Mail der Gesuchstellerin vom gleichen Tag. Auch hier legt die Gesuchstellerin nicht dar, weshalb es nicht möglich gewesen ist, diese Anfrage an die G._____ bereits vor Einreichung des Gesuchs zu stellen. Entsprechend dürfen auch die GB 26 und 34 sowie sämtliche darauf gestützten Tatsachenbehauptungen im Prozess nicht berücksichtigt werden.

Zusammenfassend sind daher sämtliche nach Aktenschluss eingereichten Urkunden sowie darauf gestützte Behauptungen – die freilich ohnehin nichts am Ausgang des Prozesses geändert hätten – im Prozess nicht zu berücksichtigen.

3. Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b).

Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sind folglich a) die Verletzung oder Gefährdung eines materiellen Anspruchs (sog. Hauptsachenprognose bzw. Verfügungsanspruch), b) der Umstand, dass die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (sog. Nachteilsprognose bzw. Verfügungsgrund) sowie c) die zeitliche Dringlichkeit.¹¹ Schliesslich hat die anzuordnende vorsorgliche Massnahme verhältnismässig zu sein.¹²

Das Vorliegen der den Erlass vorsorglicher Massnahmen begründenden Tatsachen muss die gesuchstellende Partei glaubhaft machen.¹³ Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn der Richter von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind. Für das Vorhandensein der behaupteten Tatsache müssen folglich gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich diese nicht verwirklicht haben könnten.¹⁴

4. Verfügungsanspruch

4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, in Ziff. 4 des IP-Vertrage (GB 2) hätten die Parteien ein Exklusivrecht zugunsten der Gesuchsgegnerin vereinbart (vgl. hierzu oben, Aktenzusammenzug Ziff. 2.3; Gesuch Rz. 15). Aus Ziff. 4 des IP-Vertrages ergebe sich, dass die Gesuchsgegnerin die einzige Herstellerin der C-Geräte sei (Gesuch Rz. 16).

¹¹ Vgl. hierzu HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N. 17 ff. und Art. 265 N. 7 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N. 10 ff. und Art. 265 N. 6 ff.; je m.w.N.

¹² Vgl. HUBER (Fn. 11), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 11), Art. 261 N. 10 ff.

¹³ HUBER (Fn. 11), Art. 261 N. 25.

¹⁴ BGE 130 III 321 E. 3.3; HUBER (Fn. 11), Art. 261 N. 25; BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Tagungsband HAVE, Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenserledigung, 2006, S. 43.

Im Gegenzug zu diesem Exklusivrecht zugunsten der Gesuchsgegnerin sei die Gesuchsgegnerin bereit gewesen, der Gesuchstellerin ebenfalls ein Exklusivrecht einzuräumen. Das exklusive Recht der Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin ausschliesslich und exklusiv C-Geräte nur für sie produziere und nur an sie verkaufe, ergebe sich aus den Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 27. Januar 2017 und vom 26. Januar 2023 an die Gesuchstellerin. Darin garantiere die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mehrfach das Exklusivrecht am Vertrieb der C-Geräte (Gesuch Rz. 17):

" BB._____ AG [heute: B._____ AG bzw. die Gesuchsgegnerin] is the only manufacturer for C [...] and we declare that AA._____. [heute: A._____ GmbH bzw. die Gesuchstellerin] is our sole and exclusive distributor of these products." (Schreiben 1 der Gesuchsgegnerin vom 27. Januar 2017; GB 9)

" BB._____ AG is the only manufacturer for C [...] and we declare that AA._____ is our sole and exclusive distributor of these products." (Schreiben 2 der Gesuchsgegnerin vom 27. Januar 2017; GB 10)

" B._____ AG is the only manufacturer for C [...] and we declare that A._____ GmbH is our sole and exclusive distributor of these products." (Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 26. Januar 2023; GB 11)

Es sei demgemäss erstellt, dass die Gesuchstellerin das exklusive Recht auf den Vertrieb der C-Geräte innehave. Mit dieser vereinbarten Exklusivität sei aber auch die Pflicht der Gesuchsgegnerin verbunden, C-Geräte ausschliesslich an die Gesuchstellerin zu verkaufen und von der Gesuchstellerin vertreiben zu lassen. Weiter bedeute die Exklusivität eine Unterlassungspflicht der Gesuchsgegnerin. Diese sei verpflichtet, einen Verkauf der C-Geräte an Drittparteien zu unterlassen (Gesuch Rz. 25).

4.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin behauptet demgegenüber, sie gelte gemäss gesetzlicher Fiktion als Herstellerin der C-Geräte und trage folglich das gesamte Produkthaftungsrisiko (Antwort Rz. 14). Als einzige gesetzliche Herstellerin der C-Geräte habe es der Gesuchsgegnerin freigestanden, der Gesuchstellerin das Recht einzuräumen, die jeweiligen länderspezifischen Zulassungen selbst zu beantragen, was sie mit den gegenüber den Zulassungsbehörden ausgestellten Schreiben (GB 9-11) denn auch getan habe (Antwort Rz. 15). Seinerzeit sei das Vertrauen jedenfalls noch so weit intakt gewesen, dass die Gesuchsgegnerin bereit gewesen sei, das mit den Schreiben potentiell verbundene Risiko bezüglich der Produkthaftung einzugehen (Antwort Rz. 16). Als die Gesuchstellerin dann die C-Geräte für die Zulassung in den USA habe anmelden wollen, sei das mit der FDA-Zulassung verbundene Risiko als zu gross erachtet worden, um den Punkt der Produkthaftung ungeregelt zu belassen (Gesuch Rz. 17). Vor diesem Hintergrund hätten die Parteien den IP-Vertrag (GB 2) unterzeichnet (Antwort Rz. 18). Mit der vollständigen Amortisation der Investitionskosten

sollten Hersteller-Eigenschaft sowie die IP-Rechte und damit einhergehend das Produkthaftungsrisiko auf die Gesuchstellerin übertragen werden. Als Eigentümerin der IP-Rechte hätte die Gesuchstellerin berechtigt sein sollen, die C-Geräte in Zukunft unter eigenem Namen in den Verkehr zu bringen (Antwort Rz. 20). Die Gesuchsgegnerin habe dieser Lösung nach langwierigen Verhandlungen nur zugestimmt, weil die Gesuchstellerin damals nicht über die liquiden Mittel verfügt habe, um die anerkannten Entwicklungskosten der Gesuchsgegnerin zu bezahlen. Das belege, dass die Parteien für die Übergansphase bis zur Übertragung der IP-Rechte von einer kurzen Zeitspanne ausgegangen seien. Entsprechend hätten die Parteien für den FDA-Prozess ursprünglich einen Zeitraum von sechs Monaten geplant. Davon ausgehend, dass mit dem Vorliegen der FDA-Zulassung die Investitionskosten abgegolten sein würden und anschliessend das Produkthaftungsrisiko auf die Gesuchstellerin übergehe, habe sich die Gesuchsgegnerin während der Zeit vor der FDA-Zulassung bereit erklärt, den Basispreis für die C-Geräte in den zwischen den Parteien geschlossenen Rahmenverträgen anhand der Produktionskosten festzulegen. Damit sei der Gesuchstellerin während dieser Zeit die ganze Marge zugefallen, ohne dass sie bisher an den Entwicklungskosten oder am Haftungsrisiko partizipierte hätte. Dass dieser jeglicher betriebswirtschaftlichen Logik widersprechende Zustand nicht auf Dauer habe angelegt sein können, sei klar (Gesuch Rz. 22). In Bezug auf die bei der Gesuchstellerin liegenden IP-Rechte hätten die Parteien im IP-Vertrag zusätzlichen Schutz für die Gesuchsgegnerin vereinbart. Denn für die FDA-Anmeldung habe die Gesuchsgegnerin die komplette Produktakte an die Gesuchsgegnerin herausgeben müssen. Für die Zeit, bis die Investitionskosten amortisiert und die IP-Rechte auf die Gesuchstellerin übergegangen seien, sei der Gesuchsgegnerin konsequenterweise ein Exklusivrecht für die Produktion der C-Geräte eingeräumt worden. Damit habe verhindert werden sollen, dass die Gesuchstellerin die C-Geräte bereits vor der Amortisation gestützt auf die ihr herausgegebenen Akten von einem Dritten herstellen lasse (Antwort Rz. 23).

Die Parteien hätten die Beendigung der Phase der atypischen Risiko- und Margenverteilung an die FDA-Zulassung geknüpft. Aufgrund des auf Seiten der Gesuchstellerin versäumten FDA-Prozesses habe diese Phase nicht in der von den Parteien erwarteten Zeitspanne erreicht werden können. Auch nach über fünf Jahren habe die Gesuchstellerin keinen Franken an die anerkannten Entwicklungskosten bezahlt. Folglich seien auch die IP-Rechte und die Hersteller-Eigenschaft bis heute nicht auf die Gesuchstellerin übertragen worden und schliesslich sei die im Zusammenhang mit der FDA-Zulassung angekündigte Zunahme verkaufter Geräte ausgeblieben. Notabene trage die Gesuchsgegnerin auch weiterhin das Produkthaftungsrisiko für sämtliche von der Gesuchstellerin verkauften C-Geräte und die Gesuchstellerin kassiere seit Jahren die ganze Marge aus den verkauften C-Geräten (Antwort Rz. 32). Der Status quo ante, zwischenzeitlich Dauerzustand, widerspreche jeglicher betriebswirtschaftlichen Logik und sei für die

Gesuchgegnerin schlichtweg unhaltbar (Gesuch Rz. 33). Da die Gesuchgegnerin nie gewinnbringende Umsätze habe erzielen können, habe sie zusammen mit den vorfinanzierten Investitionskosten einen enormen finanziellen Schaden erlitten (Antwort Rz. 34).

Aufgrund der vorliegenden atypischen Situation in Bezug auf die Entwicklungskosten und die IP-Rechte sei es sachgerecht und richtig, dass der Gesuchstellerin explizit kein Exklusivrecht eingeräumt worden sei. Ein Exklusivrecht sei ausdrücklich nur der Gesuchgegnerin für die Zeit, bis die Entwicklungskosten abgegolten bzw. die IP-Rechte übertragen worden seien, eingeräumt worden (Antwort Rz. 50). Das Exklusivrecht zugunsten der Gesuchgegnerin sei nebst der Absicherung der Investitionskosten zum Schutz der Eigentums- und IP-Rechte der Gesuchgegnerin eingeräumt worden, da die Gesuchgegnerin für die FDA-Zulassung bereits vor Übertragung der IP-Rechte die komplette Produktakte (inkl. Geschäftsgeheimnisse) an die Gesuchstellerin bzw. deren Hilfsperson D._____ AG habe herausgeben müssen (Antwort Rz. 52).

Ein Exklusivrecht auch zu Gunsten der Gesuchstellerin sei von den Parteien weder beabsichtigt noch vereinbart worden. Eine solche Vereinbarung habe mit Blick auf die mittels des IP-Vertrages zu findende Lösung auch keinen Sinn gemacht: Der Schutz sei nur zu Gunsten der Gesuchgegnerin während der Amortisation der Entwicklungskosten notwendig gewesen. Derlei Schutz habe die Gesuchstellerin gerade nicht bedurft, denn sobald die Entwicklungskosten vollständig abbezahlt gewesen wären, wären auch die Eigentums- und IP-Rechte an den C-Geräten an die Gesuchstellerin übergegangen. Von da an hätte sie es ohnehin selbst in der Hand gehabt, zu entscheiden, von wem und zu welchen Konditionen sie die C-Geräte produzieren lasse (Antwort Rz. 53).

Auch in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Rahmenverträgen sei nie ein Exklusivrecht der Gesuchstellerin vereinbart worden (Antwort Rz. 55).

Die Nicht-Exklusivität der Gesuchstellerin sei vielmehr ein wichtiger Bestandteil des IP-Vertrages gewesen. Denn ansonsten wären die IP-Rechte in den Händen der Gesuchgegnerin de facto nutzlos gewesen (Antwort Rz. 57).

In Anbetracht dieser Tatsachen könne die Gesuchstellerin auch aus den ins Recht gelegten Schreiben (GB 9-11) nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diese Schreiben hätten mit dem IP-Vertrag gar nichts zu tun. Damit könnten sie auch nicht herangezogen werden, um ein Exklusivrecht in die Urkunde hineinzulesen. Jedenfalls in diesem Punkt sei der Wortlaut des IP-Vertrags eindeutig: Dieser enthalte ein Exklusivrecht einzig zu Gunsten der Gesuchgegnerin (Antwort Rz. 58).

Von diesem fehlenden Konnex zwischen den Schreiben und der Urkunde zeuge bereits das Ausstelldatum der ersten beiden Schreiben vom 27. Januar 2017 (GB 9 und 10). Die ins Recht gelegten Schreiben (auch GB 11) seien ausserdem in einem ganz anderen Kontext entstanden: Sie hätten einen regulatorischen Hintergrund und seien an ausländische Zulassungsbehörden gerichtet. Das sei schon daran zu erkennen, dass sie nicht an die Gesuchstellerin, sondern an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet seien ("To Whom it may concern"). Sie bestätigten bloss den damaligen Umstand, dass die Gesuchstellerin in Bezug auf das bisher verkaufte C-Modell tatsächlich die einzige Distributorin gewesen sei (Antwort Rz. 59).

Zudem seien die in der verzweifelten Suche nach Belegen herangezogenen Schreiben jeweils nur von einer Person unterzeichnet. Dabei habe keine der Unterzeichnenden Einzelunterschrift für die Gesuchsgegnerin geführt (Antwort Rz. 61).

4.2. Würdigung

Von beiden Parteien übereinstimmend vorgetragen und offenkundig richtig ist, dass der IP-Vertrag jedenfalls ausdrücklich nur zugunsten der Gesuchsgegnerin insofern ein Exklusivrecht einräumt, als die Gesuchstellerin sich verpflichtet hat, die C-Geräte ausschliesslich bei der Gesuchsgegnerin zu beziehen, solange die IP-Rechte nicht an sie übergegangen sind. Demgegenüber findet sich im Vertrag unbestrittenermassen keine explizite Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, die C-Geräte lediglich der Gesuchstellerin zu veräussern. Fragen könnte man sich höchstens, ob die Parteien vor dem Hintergrund, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin ihre Investitionskosten abgelten und hernach die (nicht näher umschriebenen) IP-Rechte der C-Geräte auf sie übergehen sollen, davon ausgegangen sind, dass die Gesuchstellerin die einzige Abnehmerin der C-Geräte sein wird. Allerdings ist – selbst wenn dies zutreffen sollte – zweifelhaft, ob daraus dann auch eine rechtsverbindliche Pflicht der Gesuchsgegnerin abgeleitet werden könnte, sich später nicht doch zu entscheiden, C-Geräte auch an andere Parteien zu veräussern. Jedenfalls aber könnte eine solche – unbestrittenermassen nicht im Vertrag ausdrücklich festgehaltene – Verpflichtung in diesen nicht durch Auslegung quasi hineingelesen werden, ohne dass die Gesuchstellerin eine solche durch Auslegung zu ermittelnde Verpflichtung konkret, unter Darlegung der Umstände in der Vertragshistorie, welche auf eine solche Vertragsauslegung hindeuten, behauptet. Dies hat die Gesuchstellerin jedoch unterlassen. Eine entsprechende sich aus dem IP-Vertrag ergebende Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, die C-Geräte ausschliesslich an die Gesuchstellerin zu verkaufen, ist daher nicht glaubhaft gemacht.

Die Gesuchstellerin behauptet weiter, eine solche Verpflichtung ergebe sich aus den Schreiben vom 27. Januar 2017 (GB 9 und 10) sowie

demjenigen vom 26. Januar 2023 (GB 11). Allerdings weist die Gesuchsgegnerin zu Recht darauf hin, dass es sich bei den in diesen Schreiben abgegebenen Erklärungen nicht um eine Art Gegenleistung für das im IP-Vertrag der Gesuchsgegnerin eingeräumte Exklusivrecht handeln kann. Dies macht nur schon von den Ausstelldaten der Schreiben her keinen Sinn (der IP-Vertrag wurde am 23. September 2019 abgeschlossen). Zudem ist auch nicht ersichtlich, weshalb das behauptete eine Recht in einem öffentlich-beurkundeten Vertrag und das Gegenrecht in mehreren separaten Schreiben eingeräumt worden sein soll. Sinn gemacht hätte vielmehr, das Recht und das Gegenrecht im gleichen Vertrag, nämlich dem öffentlich beurkundeten IP-Vertrag einzuräumen.

Stellt sich damit die Frage, ob die Gesuchsgegnerin mit diesen Schreiben der Gesuchstellerin unabhängig von den Verpflichtungen im IP-Vertrag ein Exklusivrecht eingeräumt hat. Diesbezüglich macht die Gesuchsgegnerin zu Recht darauf aufmerksam, dass diese Schreiben sich nicht an die Gesuchstellerin, sondern an "To whom it may concern" (d.h. an wenn es angeht) richten, eine in der englischen Sprache verwendete Ausdrucksweise für Bestätigungsschreiben. Vor diesem Hintergrund macht die Darstellung der Gesuchsgegnerin Sinn, dass es sich um Bestätigungen handelt, die zu regulatorischen Zwecken ausgestellt wurden. Dies würde freilich nicht ausschliessen, dass diesen Schreiben immerhin Indiziencharakter für das Bestehen eines Exklusivrechts zukommen könnte. Ein Indiz für das Bestehen eines Exklusivrechts ist diesen Schreiben aber gerade nicht zu entnehmen. Zwar erklärt die Gesuchsgegnerin in diesen Schreiben, dass die Gesuchstellerin ihr "sole and exclusive distributor" (ihr einziger und exklusiver Distributor) für die streitgegenständlichen Produkte sei. Damit wird aber bloss eine Tatsachenbehauptung zum Ausdruck gebracht, die im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung auch unbestrittenermassen richtig war. Aus der Tatsache, dass die Gesuchstellerin zu einem gewissen Zeitpunkt (rein tatsächlich) der einzige und exklusive Distributor der Gesuchsgegnerin für die C-Geräte war, kann nicht geschlossen werden, dass die Gesuchsgegnerin auch verpflichtet ist, diesen Zustand aufrecht zu erhalten. Vielmehr kann es sich auch so verhalten, dass die Gesuchsgegnerin im Zeitpunkt der Ausstellung der Bestätigungen einfach rein faktisch bloss an die Gesuchstellerin geliefert hat, ohne dass sie sich verpflichtet hätte, zukünftig Dritte nicht mit den C-Produkten zu beliefern.

Bei dieser Sachlage vermag offenbleiben, ob die Schreiben vom 27. Januar 2017 bzw. das Schreiben vom 26. Januar 2023, wie die Gesuchsgegnerin geltend macht, gar nicht rechtsgültig unterzeichnet sind. Denn mit der Vorlage dieser Schreiben vermag die Gesuchstellerin das von ihr behauptete Exklusivrecht ohnehin nicht glaubhaft zu machen. Mangels glaubhaft gemachten Verfügungsanspruchs liegt daher eine negative Hauptsachenprognose vor.

5. Fazit

Da bereits kein Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht wurde, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Das Gesuch ist abzuweisen.

6. Prozesskosten

6.1. Allgemeines

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Da das Gesuch vollumfänglich abgewiesen wird, sind sämtliche Prozesskosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

6.2. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen einzig aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO), welche sich gemäss Art. 96 ZPO nach den kantonalen Tarifen, vorliegend nach § 8 GebührD bemisst. Sie wird in Berücksichtigung des verursachten gerichtlichen Aufwands und angesichts von Schwierigkeit und Umfang der Streitigkeit auf insgesamt Fr. 4'500.00 festgesetzt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

6.3. Parteientschädigung

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert bemessen (vgl. § 3 AnwT). Da es sich zwar um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, das Rechtsbegehren i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO jedoch nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, ist zunächst der Streitwert zu bestimmen. Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert auf Fr. 100'000.00 (Gesuch Rz. 7). Die Gesuchsgegnerin bestreitet diesen Streitwert (Antwort Rz. 87 f.). Bei nicht bezifferten Rechtsbegehren ist der Streitwert notwendigerweise zu schätzen. Angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen erscheint die Annahme eines Streitwerts von Fr. 100'000.00 – entgegen der Gesuchsgegnerin – für das vorliegende Massnahmenverfahren durchaus als angemessene Schätzung. Entsprechend ist gestützt auf Art. 91 Abs. 2 ZPO von diesem Streitwert auszugehen.

Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 12'930.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 6 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 50 % (§ 3 Abs. 2 Satz 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 6'465.00. Durch die Grundentschädigung sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Vorliegend fand keine Verhandlung statt. Demgegenüber hat die Gesuchsgegnerin eine zweite Rechtsschrift eingereicht. Dies rechtfertigt im Ergebnis, weder einen Abzug für die fehlende Verhandlung vorzunehmen

noch einen Zuschlag für eine zusätzliche Rechtsschrift zu gewähren. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 Satz 2 AnwT) von praxisgemäss 3% resultiert ein Betrag in der Höhe von Fr. 6'658.95. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist der Gesuchsgegnerin entgegen ihrem Antrag nicht zu gewähren. Diese ist mehrwertsteuerpflichtig und kann daher die ihr von ihrer Rechtsvertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer als Vorsteuerabzug geltend machen.¹⁵

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Gesuch vom 8. Juli 2024 wird **abgewiesen**.

2.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 4'500.00 werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'658.95 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige

¹⁵ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf>> (zuletzt besucht am 5. August 2024).

Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 19. September 2024

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Egloff

Bisegger